

Reduzierter Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Vergabeverfahren!

Eine kürzlich ergangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, in der es auch um den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Unternehmen in Vergabeverfahren geht, führt derzeit zu Änderungen in der Praxis der deutschen Vergabekammern bei der Gewährung von Akteneinsicht und Weiterleitung von Schriftstücken. In jüngerer Zeit konnten wir in mehreren Verfahren vor verschiedenen Nachprüfungsinstanzen beobachten, dass als vertraulich markierte Informationen anderen Beteiligten offengelegt wurden, weil seitens Auftraggebern oder Vergabekammern die behauptete Schutzbedürftigkeit nicht anerkannt wurde.

Der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs liegt ein Rechtsstreit über die Vergabe eines Projektentwicklungsauftrags in Polen zugrunde (Urteil vom 17.11.2022 in der Rechtssache C-54/21 "Antea"). In dem gegen die Zuschlagserteilung angestregten Nachprüfungsverfahren verlangte das antragstellende Unternehmen unter anderem die Offenlegung bestimmter Dokumente und Informationen aus den Angeboten konkurrierender Bieter, die diese als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet hatten. Der Antragsteller begründete diese Forderung damit, dass die Offenlegung – namentlich von Referenzen, Subunternehmern und Ausführungskonzepten – notwendig sei, weil ohne entsprechende Kenntnis der eigene Nachprüfungsantrag nicht wirkungsvoll formuliert werden könne. Dem öffentlichen Auftraggeber hat das antragstellende Unternehmen vorgeworfen, auch deshalb gegen Vergaberecht verstoßen zu haben, weil die angebliche – lediglich durch Kennzeichnung als "Betriebs- und Geschäftsgeheimnis" markierte und nicht darüber hinausgehend begründete – Vertraulichkeit und Schutzbedürftigkeit dieser Information unreflektiert akzeptiert worden sei und dem Antragsteller mit dieser pauschalen Begründung die Einsicht verwehrt wurde.

Vor diesem Hintergrund hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung eine Reihe von praktisch bedeutenden Aussagen über den vergaberechtlich sachgemäßen Umgang mit angebotsrelevanten vertraulichen Informationen getroffen. Zu den wichtigsten Feststellungen gehört dabei, dass öffentliche Auftraggeber den bloßen Beteuerungen von Bietern, bestimmte übermittelte Informationen würden vertraulich zu behandelnde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, nicht automatisch folgen und mit schlichtem Hinweis auf diese Behauptung anderen Verfahrensbeteiligten die Offenlegung und Weitergabe verweigern dürfen. Stattdessen müssten Bieter die tatsächliche Vertraulichkeit bestimmter Unterlagen und Informationen im Einzelnen begründen und Auftraggeber hierfür entsprechende Nachweise verlangen. Von Bedeutung hierbei können zum Beispiel der wirtschaftliche Wert und die Wettbewerbsrelevanz der jeweiligen Information, ihr Schutz durch ein geistiges Eigentumsrecht oder Aspekte öffentlichen Interesses sein. Wird dieser begründete Nachweis nicht überzeugend geführt, müssen die betroffenen Dokumente und Informationen anderen Beteiligten, die eine Offenlegung beantragen, zugänglich gemacht werden.

Danach gilt künftig, dass eine schlichte Kennzeichnung von sensiblen Angebotsbestandteilen als "Betriebs- und Geschäftsgeheimnis" nach der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr ausreicht, um die Vertraulichkeit gegenüber Wettbewerbern in Vergabeverfahren sicherzustellen. Insbesondere bei der Akteneinsicht in einem Nachprüfungsverfahren besteht nunmehr das Risiko, dass Angebotsinhalte entgegen dem erklärten Willen des betroffenen Unternehmens Wettbewerbern zugänglich gemacht werden. Das gilt auch dann, wenn diese Unterlagen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse markiert wurden. **Darin liegt nicht mehr und nicht weniger als ein Abrücken von einer (nicht nur) in Deutschland seit Anbeginn des EU/GWB-Vergaberechts weithin etablierten und allgemein akzeptierten ständigen Praxis, auf die sich bietende Unternehmen bislang verlassen konnten.**

Erste Vergabekammern und öffentliche Auftraggeber haben diese neue Entwicklung bereits aufgegriffen und sind dazu übergegangen, entsprechend gekennzeichnete Informationen in Angeboten und Schriftsätzen unter Verweis auf diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ungeschwärzt weiterzugeben, ohne dem betroffenen Bieter vorher im Einzelnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. **Um vertrauliche Informationen bestmöglich zu schützen, müssen Teilnehmer an Vergabeverfahren daher jetzt besondere Maßnahmen treffen.**



Wir laden Sie ein, diese Auswirkungen für Ihre Teilnahme an Vergabeverfahren in einem halbstündigen Online-Seminar mit uns zu diskutieren und stimmen hierfür gerne einen individuellen Termin ab.

Kontakt



Prof. Dr. Marc Gabriel, LL.M.

Partner

marc.gabriel@bakermckenzie.com



Dr. Maximilian Voll, LL.M.

Senior Associate

maximilian.voll@bakermckenzie.com

Dieses Mandantenrundsreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundsreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts-gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts-gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© Baker McKenzie

