

VgV - UVgO

Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75664-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

I. Allgemeines

1. Bedeutung der Vorschrift

Die Vorschrift des § 7 VgV, die weitestgehend § 5 UVgO für den Unterschwellenbereich entspricht, regelt, wie damit umzugehen ist, dass ggf. bestimmte Unternehmen aufgrund einer sog. **Vorbefassung** vor dem eigentlichen Vergabeverfahren Wettbewerbsvorteile erlangt haben, beispielsweise indem sie wegen der Vorbefassung über Informationen verfügen, die die anderen Bewerber bzw. Bieter (noch) nicht haben. Die Vorschrift schreibt die bis zum Erlass der VgV im Oberschwellenbereich geltende Regelung des § 6 EG Abs. 7 VOL/A¹ fort. Es handelt sich folglich um eine Neuregelung der vielfach so apostrophierten **Projektantenproblematik**. Diese entfaltet unmittelbare Geltung auch für die Bauvergabe (vgl. § 2 S. 1 VgV), weshalb die zusätzliche und in Nuancen abweichende Regelung des § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A redundant ist und im Zweifel hinter § 7 VgV zurückzutreten hat.

§ 7 VgV regelt im Grundsatz, dass der öffentliche Auftraggeber Wettbewerbsverzerrungen, die durch die Vorbefassung eines bestimmten Unternehmens entstehen könnten, durch **angemessene Maßnahmen** zu beseitigen hat (Absatz 1). Insoweit werden beispielhaft der Ausgleich des Informationsvorsprungs durch entsprechende Informationshergabe an die Wettbewerber und die Festlegung angemessener (längerer) Fristen für Angebote und Teilnahmeanträge genannt (Absatz 2). Schließlich stellt die Vorschrift die Verbindung zu dem nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB bestehenden **fakultativen Ausschlussgrund** in Bezug auf vorbefasste Unternehmen her, indem normiert wird, dass ein solcher Ausschluss erst erfolgen darf, wenn das vorbefasste Unternehmen hierzu angehört und ihm die Möglichkeit des Nachweises gegeben wurde, dass eine Wettbewerbsverzerrung nicht vorliegt (Absatz 3).

2. Europarechtliche Vorgaben

Die Vorschrift des § 7 VgV ist den Vorgaben des **Art. 41 RL 2014/24/EU** nachgebildet, die weitenteils wörtlich übernommen wurden. Letzterer regelt erstmals auf europarechtlicher Ebene den Umgang mit vorbefassten Unternehmen. Dem ging allerdings eine Rechtsprechung des EuGH voraus, die sich mehrfach mit dem Thema befasst hat. Die Regelung des Art. 41 RL 2014/24/EU kodifiziert und konkretisiert offensichtlich die Maßstäbe der EuGH-Rechtsprechung und stellt ergänzende Anforderungen, die mit § 7 VgV (und § 5 UVgO) in nationales Recht übernommen wurden.

3. Entstehungsgeschichte

Vorgängervorschrift des § 7 VgV war **§ 6 EG Abs. 7 VOL/A 2009**. Dieser regelte die „Projektantenproblematik“ im Wesentlichen mit einem Satz, indem der öffentliche Auftraggeber verpflichtet wurde sicherzustellen, dass

¹ Vgl. hierzu etwa die Kommentierung von Wagner-Cardenal in der 1. Auflage (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VOL/A, EG § 6 Rn. 73 ff.).

der Wettbewerb durch die Teilnahme eines Bieters oder Bewerbers, der den Auftraggeber vor Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder sonst unterstützt hat, nicht verfälscht wird. Diese Regelung wird fortgeschrieben, konkretisiert und den Vorgaben des Art. 41 RL 2014/24/EU angepasst.²

4. Vergleichbare Vorschriften

- 5 Eine praktisch deckungsgleiche Vorschrift zu § 7 VgV enthält **§ 7 SektVO**. Hingegen fehlt eine solche in der KonzVgV, ohne dass ein Grund hierfür ersichtlich ist. Allerdings gilt in der KonzVgV ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Weitergabe von Informationen (§ 12). Richtigerweise sollten auch im Anwendungsbereich der KonzVgV die wesentlichen Maßstäbe des § 7 VgV entsprechend angewendet werden, da sie letztlich Ausfluss des allgemeinen vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 97 Abs. 2 GWB) sind.³
- 6 Die Regelungen des § 7 VgV wurden mit **§ 5 UVgO** praktisch uneingeschränkt in den **Unterschwellenbereich** übernommen. § 5 Abs. 1 und 2 UVgO enthalten Abweichungen im Wortlaut nur insoweit, als dort – wie generell in der UVgO – von dem Auftraggeber und nicht von dem öffentlichen Auftraggeber als dem Adressaten der Vorschrift gesprochen wird. Die zusätzliche Regelung des § 5 Abs. 3 S. 1 UVgO (im Vergleich zu § 7 Abs. 3 VgV) bezweckt die Ergänzung um eine Ausschlussregelung, die § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB entspricht (welche im Unterschwellenbereich an sich nicht gilt; vgl. aber § 31 Abs. 1 UVgO). Es wird damit praktisch ein vollständiger Gleichklang der Rechtslage im Ober- und im Unterschwellenbereich hergestellt, was den Umgang mit vorbefassten Unternehmen angeht (vgl. auch die Kommentierung zu § 5 UVgO).

II. Kommentierung

1. Vorbefasstes Unternehmen (Absatz 1)

- 7 Die Vorschrift des § 7 VgV verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zu Ausgleichsmaßnahmen in Bezug auf **vorbefasste Unternehmen**. Ausweislich der **Legaldefinition** in § 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VgV sind dies Unternehmen (einschließlich mit ihnen in Verbindung stehender Unternehmen), die den öffentlichen Auftraggeber beraten haben oder auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren.
- 8 Hiervon erfasst sind folglich Unternehmen (im weiten Sinne, also einschließlich Einzelpersonen und öffentlicher Stellen, die sich ggf. später um den öffentlichen Auftrag bewerben könnten), die in bestimmter Weise mit dem Gegenstand des konkreten (späteren) Vergabeverfahrens bereits auf Auftraggeberseite in Berührung gekommen sind. Dabei muss ein **hinreichender Bezug** zu demjenigen Vergabegenstand bestehen, der später zur Ausschreibung steht und in Bezug auf den sich die Frage der Anwendung der Rechts-

² Vgl. auch die Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, 151.

³ So auch Röwekamp in: KKMPP VgV § 7 Rn. 1.

folgen des § 7 VgV (Vorsprungsausgleich, ggf. Ausschluss) stellt.⁴ Das Unternehmen muss konkret **mit dem später zur Ausschreibung gestellten Beschaffungsvorhaben vorbefasst** gewesen sein. Eine allgemeine Tätigkeit des Unternehmens für denselben Auftraggeber bzw. im weiteren Zusammenhang des Beschaffungsgegenstandes genügt nicht.⁵ Ob und inwieweit eine solche Vorbefassung konkret gegeben ist, ist eine Frage der Bewertung im einzelnen Fall. Letztlich ist diese Bewertung bereits mit Blick auf die Rechtsfolgen der Regelung vorzunehmen: Besteht die begründete Besorgnis, dass aufgrund einer früheren Tätigkeit eines Unternehmens dieses über einen Informationsvorsprung oder einen sonstigen Wettbewerbsvorsprung verfügt (und deshalb ggf. auch zu einer schnelleren Angebotsbearbeitung in der Lage ist), ist es im Sinne der Vorschrift als mit dem Beschaffungsgegenstand vorbefasst anzusehen. Eindeutig ist dies der Fall, wenn ein Unternehmen konkret an der **Erarbeitung der Vergabeunterlagen** (insbesondere der Leistungsbeschreibung) des Vergabeverfahrens beteiligt war oder **konzeptionelle bzw. planerische Vorarbeiten zu dem Beschaffungsvorhaben** geleistet hat.⁶ In diesem Falle ist die klassische Projektantenproblematik zum Greifen. Nach dem weit gefassten Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 1 VgV führt aber auch jeder andere beratende oder sonstige Beitrag eines Unternehmens gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, der im Zusammenhang mit der Vorbereitung des konkreten Vergabeverfahrens steht, dazu, dass dieses Unternehmen als vorbefasst im Sinne der Vorschrift anzusehen ist.⁷ Wann insoweit die Schwelle der Vorbefassung überschritten und der Anwendungsbereich der Norm eröffnet ist, hängt, wie gesagt, von einer wertenden Betrachtung und letztlich von der Feststellung ab, **dass ein Unternehmen aufgrund der Berührung mit dem Beschaffungsgegenstand einen Vorteil erlangt hat**. Keine Vorbefassung im Sinne der Vorschrift liegt allerdings vor, wenn ein Unternehmen als **bisheriger Auftragnehmer** über einen hieraus resultierenden Wissensvorsprung in Bezug auf die Neuausschreibung der Leistungen verfügt,⁸ wenngleich auch insoweit der öffentliche Auftraggeber durch entsprechende Maßnahmen des Informationsausgleichs auf eine möglichste Herstellung diskriminierungsfreier Wettbewerbsbedingungen hinwirken sollte (vgl. dazu → Rn. 18).

Insofern ist nach hier vertretener Auffassung auch **nicht entscheidend**,⁹ ob die Vorbefassung **Gegenstand eines Auftragsverhältnisses** (zB eines

⁴ Vgl. OLG München 2.12.2013 – Verg 14/13 Rn. 29; 25.7.2013 – Verg 7/13, NZBau 2014, 528 (Ls.) Rn. 71.

⁵ Vgl. VK Rheinland (Köln) 30.9.2019 – VK 31/19L; Rn. 120; VK Baden-Württemberg 6.9.2019 – 1 VK 39/19; VK Thüringen 9.1.2017 – 250-4004-7985/2016-E-013-SM Rn. 367.

⁶ Vgl. OLG München 25.7.2013 – Verg 7/13, NZBau 2014, 528 (Ls.) Rn. 71.

⁷ Siehe auch Völlink in: Ziekow/Völlink, VgV § 7 Rn. 5 f.

⁸ VK Bund 10.3.2017 – VK 2-19/17, Ls. 3 und Rn. 68 ff., IBR 2017, 389; VK Baden-Württemberg 6.9.2019 – 1 VK 39/19; OLG Bremen 9.10.2012 – Verg 1/12 Rn. 116, IBR 2013, 102; Conrad in: Müller-Wrede, Vergaberecht, GWB § 124 Rn. 120; Voigt in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, VgV § 7 Rn. 32; Völlink in: Ziekow/Völlink, VgV § 7 Rn. 6.

Beratungsverhältnisses) zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem vorbefassten Unternehmen war. Das vorbefasste Unternehmen kann auch durch **Unterbeauftragung** oder **sonstige Einbeziehung** eines direkt von dem öffentlichen Auftraggeber mit der Beratung im Vorfeld der Ausschreibung betrauten Unternehmens in den Genuss von relevanten Informationen gelangt sein.⁹ Eine Beschränkung der Regelungen über vorbefasste Unternehmen auf direkt von dem öffentlichen Auftraggeber mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beauftragte Unternehmen ist nicht ersichtlich.¹⁰ Entscheidend ist auch insoweit letztlich nur, dass ein Unternehmen als potentieller Bewerber um den öffentlichen Auftrag im Vorfeld des Vergabeverfahrens an dessen Vorbereitung „beteiligt“ war und hieraus ein relevanter Wettbewerbsvorsprung resultieren kann.¹¹ Dem entspricht es, dass nach der ausdrücklichen Regelung des § 7 Abs. 1 S. 1 VgV nicht nur das konkret für den Auftraggeber (beratend oder auf andere Art und Weise) tätige Unternehmen als vorbefasstes Unternehmen der Regelung unterfallen kann, sondern auch „ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen“.¹² Die Regelung unterstellt, dass es zwischen **verbundenen Unternehmen** (im weiteren Sinne) zu einen Informationsaustausch kommen kann. Darauf, ob ein solcher Informationsaustausch zwischen verbundenen Unternehmen tatsächlich stattgefunden hat, soll es offenkundig nicht ankommen. Dies wäre sicherlich problematisch, wenn hieran die Rechtsfolge eines Ausschlusses des verbundenen Unternehmens geknüpft würde, ohne dass dieses tatsächlich an dem Informations- bzw. Wettbewerbsvorteil des vorbefassten, ihm verbundenen Unternehmens teilhatte. In diesem Falle bliebe dem dritten Unternehmen allerdings die Möglichkeit des Negativbeweises nach § 7 Abs. 3 VgV. Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 und 2 ohnehin gehalten, die Vergabeunterlagen so auszugestalten, dass ein vorbefasstes Unternehmen keinen relevanten Wettbewerbsvorsprung hat. Wenn dies gelingt, können natürlich auch die mit diesem vorbefassten Unternehmen verbundenen Unternehmen – selbst im Falle der Weitergabe von Informationen – nicht in den Genuss eines solchen Wettbewerbsvorteils gelangen, bzw. dieser wurde durch den öffentlichen Auftraggeber bereits erfolgreich ausgeglichen.

2. Verpflichtung zu Ausgleichsmaßnahmen

- 10 a) **Allgemeine Handlungsverpflichtung des öffentlichen Auftraggebers (Absatz 1).** Kern der Regelung des § 7 VgV ist die **Grundverpflichtung** des öffentlichen Auftraggebers, **angemessene Maßnahmen** zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme eines vorbefassten Unternehmens nicht verzerrt wird. Die nachfolgenden Rege-

⁹ Vgl. KG 27.1.2015 – Verg 9/14, ZfBR 2015, 708 Rn. 18.

¹⁰ Vgl., zur früheren Rechtslage, VK Nordbayern 9.8.2007 – 21.VK-3194-32/07, ZfBR 2007, 822; aA VK Hessen 12.2.2008 – 69 d – VK-1/2008.

¹¹ Vgl. auch Conrad in: Müller-Wrede, Vergaberecht, GWB § 124 Rn. 116.

¹² Siehe zu dieser Konstellation bereits OLG Celle 14.4.2016 – 13 Verg 11/15, BauR 2016, 1221 Rn. 43.

lungen des Absatzes 2 der Vorschrift dienen offenkundig nur der beispielhaften Konkretisierung dieser Grundverpflichtung. Die Regelung ist praktisch deckungsgleich mit der Vorgabe des Art. 41 UAbs. 1 RL 2014/24/EU. Soweit dort nicht von „Unternehmen“ sondern von „Bewerbern oder Bieter“ gesprochen wird, wird hierdurch klarer, dass natürlich auch Einzelpersonen und öffentliche Stellen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, als vorbefasste und der Regelung unterliegende Personen in Betracht kommen.

Die Regelung des § 7 VgV zielt auf die Verhinderung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die ihre Ursache in der **Vorbereitungsphase** des konkreten Vergabeverfahrens haben (näher → Rn. 8f.). Davon zu unterscheiden ist der Fall der „Doppelbeteiligung“ von Unternehmen und natürlichen Personen während des laufenden Vergabeverfahrens. Diesbezügliche Anforderungen ergeben sich aus § 6 VgV, der die Vermeidung von **Interessenkonflikten im Vergabeverfahren** regelt. 11

Die Handlungsverpflichtung des öffentlichen Auftraggebers nach § 7 Abs. 1 VgV ist **grundsätzlich unbestimmt**. Es sind „**angemessene Maßnahmen**“ zu treffen. Das impliziert, dass überhaupt Vorkehrungen notwendig sind, also durch die Vorbefassung konkret **eine Wettbewerbsverzerrung droht**.¹³ Nicht jede Vorbefassung muss wettbewerbsrelevant sein. Ist sie dies aber, hat der Auftraggeber angemessene Möglichkeiten der Abhilfe zu prüfen. Anknüpfend an die Grundregelung nennt § 7 Abs. 2 VgV als in Betracht kommende Maßnahmen – offenkundig beispielhaft („insbesondere“) – den Ausgleich eines etwa bestehenden Informationsvorsprunges des vorbefassten Unternehmens und die Festlegung angemessener Fristen für Angebote und Teilnahmeanträge. Im Regelfall dürften dies auch die typischen und hinreichenden Maßnahmen sein, um den Wettbewerbsvorteil des vorbefassten Unternehmens angemessen auszugleichen, sofern ein solcher überhaupt festzustellen ist. Welche weiteren Maßnahmen darüber hinaus in Betracht kommen, bleibt offen. Die bisherige Rechtsprechung zur Projektantenproblematik nennt solche praktisch ebenfalls nicht. Der Auftraggeber hat folglich im Einzelfall zu prüfen und nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden, mit welchen Mitteln er den wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen einer Vorbefassung begegnet,¹⁴ und ob andere als die in § 7 Abs. 2 VgV genannten Maßnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um einen fairen und beeinträchtigungsfreien Wettbewerb herzustellen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das vorbefasste Unternehmen Einfluss auf die spätere Verfahrensgestaltung genommen hat, etwa hinsichtlich der Leistungsbedingungen oder der Auswahl- oder Zuschlagskriterien, und zwar in einer Weise, die ihm im Verfahren zum Vorteil gereichen würde. In diesem Falle bedarf es ggf. entsprechender **Abänderungen in den Vergabeunterlagen**, um einen gleichmäßigen Bieterwettbewerb (wieder) herzustellen. 12

¹³ OLG Brandenburg 19.12.2011 – Verg W 17/11, ZfBR 2012, 182 Rn. 50: abstrakte Möglichkeit der Vorteilerlangung genügt nicht; vgl. auch Conrad in: Müller-Wrede, Vergaberecht, GWB § 124 Rn. 122 ff.

¹⁴ OLG Celle 14.4.2016 – 13 Verg 11/15 Rn. 45, VPR 2016, 103; OLG München 25.7.2013 – Verg 7/13, NZBau 2014, 528 (Ls.) Rn. 72.

13 Die Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers sind letztlich unter Gesichtspunkten der **Zumutbarkeit** begrenzt. Es können nicht jedwede Anstrengungen verlangt werden, um vollständig gleiche Wettbewerbsbedingungen herzustellen, zumal auch unabhängig von einer Vorbefassung häufig einzelne Unternehmen über gewisse Wettbewerbsvorteile hinsichtlich der Erbringung einer bestimmten Leistung verfügen, sei es durch besonderes Knowhow oder besondere Ressourcen oder aufgrund des Umstandes, dass sie eine vergleichbare oder genau diese Leistung – ggf. sogar für den nämlichen Auftraggeber (dazu → Rn. 8 und → Rn. 18) – schon einmal erbracht haben. Die Handlungspflicht dürfte sich im Wesentlichen auch in Maßnahmen erschöpfen, die die **Gestaltung der Vergabeunterlagen** (Bewerbungsbedingungen, Leistungsbeschreibung etc) betreffen. Vergaberechtlich nicht geboten ist es beispielsweise, dass der Auftraggeber Mehrkosten, die anderen Bewerbern im Vergleich zu dem bisherigen Auftragnehmer für die Leistungen entstehen, ausgleicht, zumal wenn diese Mehrkosten aus einer üblichen Marktstellung der Unternehmen resultieren.¹⁵ Das muss nicht ausschließen, dass im Einzelfall auch andere als die in § 7 Abs. 2 VgV genannten Maßnahmen in Betracht kommen und geboten sind, um einen unbeeinträchtigten Bieterwettbewerb herzustellen. Letztlich folgen die Maßnahmen, die der Auftraggeber zu ergreifen hat, aus der im Einzelfall festzustellenden Wettbewerbsbeeinträchtigung, wie sie aufgrund der Art und Weise der Vorbefassung eines bestimmten Unternehmens droht. Diese bestimmt auch die zu treffenden Maßnahmen.

14 Die Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers aus § 7 Abs. 1 (und 2) VgV kommen – spätestens – bei bzw. bis zum **Beginn des Vergabeverfahrens** zum Tragen, insbesondere wenn die nach Lage der Dinge zu ergreifenden Maßnahmen den Inhalt der Vergabeunterlagen und ggf. auch die Bekanntmachung betreffen. Sie wirken jedoch mangels zeitlicher Einschränkung der Regelung **während der Dauer des Vergabeverfahrens** fort, dh der Auftraggeber hat auch zu jedem späteren Zeitpunkt, soweit noch möglich, geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine relevante Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verhindern, wenn er einer solchen erst während des Verfahrens gewahr wird. So kann es geboten sein, während des laufenden Vergabeverfahrens einen Informationsausgleich durch Änderungen oder Ergänzungen zB der Leistungsbeschreibung zu bewirken (ggf. durch entsprechende Bieterinformationsschreiben) oder die Angebotsfrist angemessen zu verlängern (was idR eine entsprechende, nachträgliche Änderung der EU-Auftragsbekanntmachung erfordern dürfte), wenn der Auftraggeber erst später erkennt, dass anderenfalls ein Wettbewerbsvorteil durch die Beteiligung eines vorbefassten Unternehmens droht. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Auftraggeber generell mit dem Ergreifen von Ausgleichsmaßnahmen zuwarten dürfte, bis er positiv weiß, dass sich das vorbefasste Unternehmen an dem Vergabeverfahren beteiligt. Vielmehr sind die nach § 7 Abs. 1 und 2 VgV gebotenen Maßnahmen schon im Vorfeld der Verfahrenseinleitung zu treffen, wenn der Auftraggeber nicht sicher ausschließen kann, dass sich ein vorbefasstes Unternehmen an der Ausschreibung beteiligen wird.¹⁶

¹⁵ VK Bund 10.3.2017 – VK 2-19/17 Rn. 66 ff., ZfBR 2017, 520 (Ls.).

¹⁶ Wohl enger: VK Sachsen 14.5.2018 – 1/SVK/006-19, Rn. 87.

b) Insbesondere: Informationsausgleich und angemessene Fristen 15
(Absatz 2). In Absatz 2 nennt § 7 VgV – ersichtlich **beispielhaft** („insbesondere“) – **zwei Maßnahmen**, die im Rahmen des § 7 Abs. 1 VgV in Betracht kommen, um eine durch die Beteiligung vorbefasster Unternehmen bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugleichen. Es handelt sich einerseits um „die Unterrichtung der anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen in Bezug auf die einschlägigen Informationen, die im Zusammenhang mit der Einbeziehung des vorbefassten Unternehmens in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausgetauscht wurden oder daraus resultieren“, andererseits um „die Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Teilnahmeanträge“. Insoweit entspricht der „Maßnahmenkatalog“ weitgehend den bisherigen Erfahrungen in der Anwendung der Grundsätze für die Bewältigung der Projektantenproblematik. Insbesondere der Ausgleich des Informationsvorsprungs des vorbefassten Unternehmens ist im Regelfall das entscheidende Mittel, um eine Ungleichbehandlung der Bewerber bzw. Bieter zu verhindern.¹⁷

In Bezug auf den **Ausgleich des Informationsvorsprungs** des vorbefassten Unternehmens setzt die Regelung an dem vor dem Vergabeverfahren stattgefundenen Informationsaustausch zwischen diesem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber an. Durch die weite Formulierung („ausgetauscht wurden oder daraus resultieren“) ist klar, dass es um den **zusätzlichen Wissensstand des vorbefassten Unternehmens** geht, der zwar auf – direkten oder indirekten (vgl. → Rn. 9) – Kontakten zwischen öffentlichem Auftraggeber und diesem Unternehmen beruhen wird, jedoch nicht notwendig in einer gezielten Mitteilung von Daten durch den öffentlichen Auftraggeber bestehen muss. Voraussetzung ist allein, dass das Unternehmen die zusätzlichen Informationen erlangt hat. Insofern ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht entscheidend, ob die Vorbefassung Gegenstand eines Auftragsverhältnisses (zB eines Beratungsverhältnisses) zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem vorbefassten Unternehmen war. Das vorbefasste Unternehmen kann auch durch Unterbeauftragung seitens eines direkt von dem öffentlichen Auftraggeber mit der Beratung im Vorfeld der Ausschreibung betrauten Unternehmens oder als dessen verbundenes Unternehmen (wie § 7 Abs. 1 VgV klarstellt) in den Genuss der Informationen gelangt sein. Eine Beschränkung der Regelungen über vorbefasste Unternehmen auf direkt von dem öffentlichen Auftraggeber mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beauftragte Unternehmen ist nicht ersichtlich (vgl. zum Ganzen → Rn. 9).¹⁸

Als **Informationen** im Sinne der Vorschrift, die, wenn sie nur dem vorbefassten Unternehmen zur Verfügung stehen, eine Wettbewerbsverzerrung iSv 17

¹⁷ Siehe etwa OLG München 25.7.2013 – Verg 7/13, NZBau 2014, 528 (Ls.) Rn. 74; OLG Brandenburg 19.12.2011 – Verg W 17/11, ZfBR 2012, 182 Rn. 50; vgl. auch KG 27.1.2015 – Verg 9/14, ZfBR 2015, 720 Rn. 25 ff.; OLG München 2.12.2013 – Verg 14/13 Rn. 33; VK Lüneburg 27.1.2017 – VgK-49/2016 Rn. 88 ff., VPR 2017, 179.

¹⁸ Vgl., zur früheren Rechtslage, VK Nordbayern 9.8.2007 – 21.VK-3194-32/07, ZfBR 2007, 822; aA VK Hessen 12.2.2008 – 69 d – VK-1/2008.

§ 7 Abs. 1 VgV begründen und den öffentlichen Auftraggeber zu Maßnahmen verpflichten können, kommen sämtliche Unterlagen, Daten, Beschreibungen und sonstigen Informationen in Betracht, die im Zusammenhang mit dem der Vorbefassung nachfolgenden Vergabeverfahren stehen. Im Kern werden dies häufig die Leistungsbeschreibung sowie weitere Unterlagen und Informationen zum Leistungsgegenstand (vorbereitende Untersuchungen, Planungen, Konzepte, Gutachten etc) sein.¹⁹ Theoretisch denkbar ist aber auch ein Informationsvorsprung hinsichtlich anderer Teile der Vergabeunterlagen, wie zB in Bezug auf Informationen zur Anwendung der Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien oder dgl. Letztlich ist der Begriff der „entschlagigen Informationen“ in diesem Zusammenhang **unbeschränkt**. Entscheidend ist auch hier wieder, ob nach den Umständen des Falles das Unternehmen bestimmte Kenntnisse oder Informationen hat, über die seine Mitbewerber nicht verfügen, und dass dies zu einer den fairen Bieterwettbewerb potentiell beeinträchtigenden Besserstellung des vorbefassten Unternehmens führt.

- 18 Fraglich erscheint dennoch, ob der öffentliche Auftraggeber jeglichen Informationsvorsprung ausgleichen muss und kann, über den bestimmte Unternehmen aufgrund ihrer Berührung mit dem Leistungsgegenstand im Vorfeld des Vergabeverfahrens schon verfügen. Bei der gezielten Einschaltung eines Unternehmens als **Berater** in der Vorbereitungsphase eines Vergabeverfahrens wird man dies tendenziell bejahen müssen (wobei sich hier der Anwendungsbereich der Vorschrift, wie gesagt, auch auf mittelbar begünstigte Unternehmen bezieht; vgl. → Rn. 9). Hier sollte der öffentliche Auftraggeber, sofern er nicht ohnehin mit dem Beraterunternehmen vereinbart, dass dieses nicht an dem anschließenden Vergabeverfahren teilnimmt (vgl. dazu → Rn. 24), sehr weitgehende Anstrengungen unternehmen, um alle weiteren Bewerber/Bieter in einen entsprechenden Kenntnisstand zu versetzen. Das umfasst insbesondere eine möglichst weitgehende und detaillierte Beschreibung der Leistungen, die die Sonderkenntnisse des vorbefassten Unternehmens umfasst und ausgleicht. Anders ist der Fall zu beurteilen, dass ein Unternehmen aufgrund seiner vor Beginn der Vorbereitung der Ausschreibung bestehenden Marktstellung bereits über weitergehende Kenntnisse verfügt als die anderen in Betracht kommenden Bewerber bzw. Bieter. Insbesondere bei Leistungen, die kontinuierlich für den Auftraggeber zu erbringen sind (zB Ver- oder Entsorgungsleistungen, Reinigungsleistungen, andere auf Dauer zu beschaffende Dienstleistungen), verfügt üblicherweise der **bisherige Auftragnehmer** über gewisse Sonderkenntnisse über die für die Leistungserbringung bedeutsamen Umstände und Randbedingungen (zB bei Entsorgungsdienstleistungen, wie der Abfuhr von Abfällen, über Ortskenntnisse hinsichtlich der Abfuhrbereiche, einschließlich möglicher Erschwernisse durch unübliche Straßenverhältnisse etc). Diese besonderen Kenntnisse sind ihm nicht vorzuwerfen und auch nicht Ergebnis einer Beratungstätigkeit im Vorfeld der Ausschreibung, sondern resultieren schlicht aus der vorangegangenen Tätigkeit. In diesem Falle ist der Anwendungsbereich

¹⁹ VK Baden-Württemberg 6.9.2019 – 1 VK 39/19.