

## **Stellungnahme zum Vergabetransformationspaket vom 01.11.2024**

Transparency International Deutschland e.V. (Transparency Deutschland) arbeitet deutschlandweit an einer effektiven und nachhaltigen Bekämpfung und Eindämmung der Korruption. Dazu müssen Staat, Wirtschaft und Zivilgesellschaft zusammenarbeiten und Koalitionen bilden.

Vor diesem Hintergrund möchten wir darauf hinweisen, dass ein Zeitraum zur Stellungnahme von zwei Wochen gerade für zivilgesellschaftliche Organisationen mit einem hohen Anteil ehrenamtlicher Arbeit nicht angemessen ist und keine umfängliche Stellungnahme zulässt. Dies bedauern wir sehr und betrachten dieses Vorgehen als einen Rückschritt in einem bisher konstruktiven und inklusiven Prozess. Nichtsdestotrotz finden Sie im Folgenden unsere Stellungnahme zur Reform des Vergaberechts, die unter den gegebenen Umständen nur ausgewählte Sachverhalte behandelt. Eine umfassendere Möglichkeit zur Stellungnahme im weiteren Verlauf des Prozesses würde Transparency Deutschland sehr begrüßen.

Aufgrund der wirtschaftlichen und finanziellen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens besteht auch in Deutschland das Risiko von Fehlverhalten, Manipulation und Korruption. So sind laut Eurobarometer 17 % der Unternehmen in Deutschland der Ansicht, dass sie wegen Korruption in den letzten drei Jahren bei einer öffentlichen Ausschreibung oder bei einem öffentlichen Auftrag den Zuschlag nicht erhalten haben ([Eurobarometer 2024](#)). Intransparente Vergabeverfahren erhöhen dieses Risiko. Daher ist es positiv hervorzuheben, dass dieses Risiko auch in der Erläuterung zu der Reform angesprochen wird. Die Transparenz der öffentlichen Beschaffung von der Vorbereitung der Vergabeverfahren bis hin zur Vertragsausführung sollte deswegen im Mittelpunkt stehen. Transparenz ermöglicht demokratische Kontrolle, erschwert Korruption und stärkt das Vertrauen in öffentliche Institutionen. Gleichzeitig stärkt Transparenz den Wettbewerb um öffentliche Aufträge und führt zu besseren Angeboten.

In diesem Kontext sind die Anpassung zu Interessenkonflikten sowie zur verstärkten und konsequenten Veröffentlichung der Ausschreibung und zur Vergabebekanntmachung auch im Unterschwellenbereich zu begrüßen. Den vorgeschlagenen bürokratischen Erleichterungsmaßnahmen, wie zum Beispiel zur Fristengestaltung von Entscheidungs- oder Antragsfristen oder die unattraktive Ausstattung des Sekundärschutzes müssen allerdings durch eine stärkere ex-post Kontrolle und umfassende Veröffentlichungspflicht aller Verträge abgefedert werden.

Transparency International Deutschland e.V.  
Tel. +49 30 549898-0

E-Mail: [office@transparency.de](mailto:office@transparency.de)  
Website: [www.transparency.de](http://www.transparency.de)

Vorsitzende: Alexandra Herzog  
Stellvertretend: Margarete Bause,  
Carel Mohn

Jetzt spenden!  
IBAN: DE07 4306 0967 1146 0037 00  
BIC: GENODEM1GLS  
Vereinsregister Berlin: 16181

Die Hinwirkung auf eine zentrale Plattform für Vergabedaten wird sehr positiv gesehen, genauso wie die Ausweitung des eForms-Datenstandards auf den Unterschwellenbereich. Hier werden jedoch flankierende Maßnahmen, wie etwa *capacity building* nötig sein, um die Datenqualität sicherzustellen, damit die gravierenden Probleme der Vergabestatistik hier nicht wiederholt werden.

Besonders kritisch wird die nachträgliche Heilbarkeit von De-Facto-Verfahren, also einer rechtswidrig erfolgten Auftragsvergabe gesehen (siehe unten). Einer Entbürokratisierung, etwa durch die Reduktion der Dokumentationspflichten, wie sie im Unterschwellenbereich vorgesehen ist, will auch Transparency Deutschland nicht im Wege stehen. Jedoch sei darauf hingewiesen, dass das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden sollte. Ein übermäßiger Rückbau von Rechenschafts- und Kontrollinstrumenten wäre in letzter Instanz ein Einfallstor für Korruption. Dies könnte neben der Erosion von Unternehmen und Gesellschaft auch die anvisierten finanziellen Einsparungen auf Seiten der Verwaltung zunichtemachen.

Lfd. Nr.	Dokument	Bezug	Norm	Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse
1.	VergabeR-TransfG		§ 108	<p>Die zu § 108 GWB vorgeschlagenen Anpassungen sind lediglich deklaratorischer Natur, weil der unionsrechtliche Rahmen für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bereits sehr ausdifferenziert ist und der nationale Gesetzgeber diesen Rahmen mangels Regelungskompetenz nicht verändern kann. Die Rechtspraxis hat gezeigt, dass eine solche „kommentierende“ Gesetzgebung oft nicht die Rechtsklarheit erhöht, sondern neue Rechtsprobleme erzeugt, z.B. wenn sie durch die Rechtsprechung nicht bestätigt wird und sich damit als falsch erweist.</p> <p>Unabhängig davon werden die Änderungen zu § 108 GWB in der Praxis einen Impuls für mehr ausschreibungsfreie öffentliche-öffentliche Zusammenarbeit setzen. Die öffentliche Hand hat ein nachvollziehbares Bedürfnis, insbesondere im Bereich der Verwaltungsdigitalisierung, die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ausschreibungsfrei zu gestalten. Dadurch wird jedoch der Modus der wettbewerblichen und transparenten Auftragsvergabe zurückgedrängt, was das Risikopotenzial für undurchsichtige und ineffiziente Strukturen und damit für Korruption erhöht. Gerade in diesen Bereichen sollte deswegen über alternative Wege zur Gewährleistung der Transparenz nachgedacht werden. Den öffentlichen Auftraggebern sollten entsprechende Instrumente an die Hand gegeben werden.</p>
2.	VergabeR-TransfG	Art. 1 Nr. 22 b) und c)	§ 135 GWB	Wir sehen die im Vergabetransformationspaket vorgeschlagenen Anpassungen an den Regelungen zur Unwirksamkeit von Verträgen in § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB kritisch. In § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB wird

			<p>vorgeschrieben, dass ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam sein soll, wenn ein öffentlicher Auftraggeber „den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist“. Auf diese Weise sollen sogenannte De-Facto-Vergaben, d.h. Beauftragungen unter kompletter Missachtung des Vergaberechts, sanktioniert werden. Für die Korruptionsprävention ist diese Regelung deshalb von großer Bedeutung. Denn De-Facto-Vergaben stellen den denkbar größten Verstoß gegen Vergaberecht dar und entziehen den jeweiligen Auftrag vollständig dem Wettbewerb. Sie müssen deshalb für öffentliche Auftraggeber unattraktiv sein und auch unattraktiv bleiben.</p> <p>Außerdem ist es wichtig, dass Auftraggeber, die Aufträge direkt vergeben, dies zumindest ex-post bekannt geben müssen. Selbstverständlich auch dann, wenn sie sich auf tatsächlich oder vermeintlich bestehende Ausnahmen vom Vergaberecht berufen. Denn nur so wird die Vergabeentscheidung transparent und in Bezug auf ihre Rechtmäßigkeit effektiv kontrollierbar. Aktuell sind direkte Vergaben öffentlicher Aufträge leider häufig weder für etwaige konkurrierende Anbieter noch für die breite Öffentlichkeit wahrnehmbar. Denn obwohl öffentliche Auftraggeber bereits jetzt gesetzlich zu einer (ex-post) Bekanntgabe von vergebenen Aufträgen verpflichtet sind (vgl. Art. 50 der RL 2014/24/EU bzw. § 39 VgV), unterbleibt eine solche Bekanntgabe in der Praxis häufig. Dies hängt damit zusammen, dass es keine effektive Sanktionierung für fehlende Bekanntmachungen für vergebene Aufträge im EU-Amtsblatt gibt und nach § 135 Abs. 2 GWB auch bei einer solchen intransparenten Vorgehensweise nach sechs Monaten Rechtssicherheit über die Wirksamkeit des vergebenen Vertrages besteht. Vor diesem Hintergrund schafft bereits die aktuell geltende Regelungssystematik in § 135 GWB Fehlanreize zu einem intransparenten Vorgehen öffentlicher Auftraggeber. Aus Sicht von Transparency Deutschland sollten deshalb die Regelung zur Unwirksamkeit von De-Facto-Vergaben – zumindest in den Fällen einer unterlassenen Ex-Post-Bekanntmachung – eher noch verschärft, keinesfalls aber gelockert werden.</p> <p>Der nach dem Referentenentwurf in § 135 Abs. 2 S. 3 GWB ergänzte Satz, nach dem ein Nachprüfungsantrag unstatthaft sein soll, wenn dieser mehr als einen Monat nach einer ex-post Vergabebekanntmachung und sonst (d.h. bei gesetzeswidrig unterlassener Bekanntgabe!) sechs Monate nach Vertragsschluss eingereicht wird, schafft zumindest in Bezug auf die sechsmonatige Frist zusätzliche Fehlanreize. Denn Antragsteller wissen in diesen Konstellationen in der Regel nicht, wann der jeweilige Vertragsschluss erfolgt ist. Hier sollte es deshalb den Vergabekammern zumindest möglich bleiben, Auftraggebern, die eine Beauftragung vergaberechtswidrig und intransparent nicht ex-post im EU-Amtsblatt bekanntgegeben haben, die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Vergabekammern sollten auch in diesen Fällen eine Rechtswidrigkeit der Vergabe</p>
--	--	--	--

				<p>feststellen können, um den sekundären Rechtsschutz vor den (in der Regel fachfremden) Zivilgerichten zu erleichtern.</p> <p>Aus den beschriebenen Gründen sehen wir auch den im Vergabetransformationspaket vorgesehenen § 135 Abs. 4 GWB kritisch. Danach soll ein rechtswidrig direkt vergebener Auftrag wirksam bleiben, „wenn nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zwingende Gründe des Allgemeininteresses es ausnahmsweise rechtfertigen, die Wirkung des Vertrages zu erhalten.“ Durch diese Regelung würde die aus Sicht der Korruptionsprävention wichtige Sanktionierung von De-Facto-Vergaben durch einen zusätzlichen Abwägungstatbestand aufgeweicht. Dies schafft aus unserer Sicht zusätzliche Fehlanreize, gerade bei als besonders wichtig empfundenen Aufträgen im Zweifel das Risiko einer vergaberechtswidrigen Direktvergabe einzugehen. Besonders kritikwürdig ist dabei, dass auch dieser Tatbestand nicht nur für ex-post bekanntgegebene Aufträge gilt, sondern auch für Aufträge, bei denen Auftraggeber rechtswidrig und intransparent auf eine ex-post Bekanntmachung verzichtet haben. Sofern eine Ausnahmeregelung für „im Allgemeingemeininteresse liegende zwingende Gründe“ seitens des BMWK für unbedingt erforderlich gehalten wird, regt Transparency Deutschland an, diese Ausnahmeregelung zumindest nur für ordnungsgemäß ex-post bekanntgegebene Aufträge vorzusehen.</p>
2.	VergabeR-TransfG	Art 1 Nr. 32	§ 166 GWB	<p>Die stets gegebene theoretische Möglichkeit vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren erzeugt für alle öffentlichen Auftraggeber einen Kontrolldruck, sämtliche Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchzuführen und transparent zu dokumentieren. Eine niedrigschwellige Möglichkeit unterlegener Bieter, Vergabeentscheidungen im Wege von Nachprüfungsverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen, ist deshalb essentiell für die Beachtung des Vergaberechts insgesamt und damit auch für die Korruptionsprävention. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir ausdrücklich die im geplanten § 166 Abs. 3 GWB vorgesehenen Möglichkeiten von Bild- und Tonübertragungen für mündliche Verhandlungen von Vergabekammern. Diese erleichtern allen Verfahrensbeteiligten ihr Recht auf rechtliches Gehör und tragen zu einer Beschleunigung und kostengünstigeren Durchführung von Nachprüfungsverfahren bei.</p> <p>Wir regen aus den genannten Gründen allerdings an, den geplanten § 166 Abs. 1 S. 4 GWB zu überdenken. Denn eine Entscheidung nach Lage der Akten, wenn eine Sache tatsächlich oder vermeidlich „keine besonderen Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht aufweist“, verkürzt das Recht der Beteiligten auf rechtliches Gehör in nicht hinnehmbarer Weise. Denn die Beteiligten können ihre Argumente ohne mündliche Verhandlung nicht im gleichen Maße vorbringen und insbesondere auch nicht unmittelbar auf etwaige Gegenargumente reagieren. Auch entsteht bei</p>

				<p>der unterlegenen Partei in einem nach Lage der Akten entschiedenen Verfahren schnell der Eindruck, es habe keine ernsthafte Auseinandersetzung mit ihren Argumenten stattgefunden. Im Ergebnis machen Entscheidungen nach Lage der Akten den vergaberechtlichen Rechtsschutz deshalb unattraktiver und sollten auf Fälle beschränkt bleiben, in denen alle Beteiligten ihr Einverständnis dazu gegeben haben.</p>
	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art 1 Nr. 33</i>	§ 167 GWB	<p>Die angestrebten Beschleunigungen von Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern begrüßen wir grundsätzlich. In Bezug auf die in § 167 Abs. 1 S. 3 GWB geplanten Einschränkungen für Verlängerungen der Entscheidungsfrist möchten wir allerdings auf das Folgende hinweisen: Dass viele Vergabekammern ihre Entscheidungsfristen aktuell um deutlich länger als die gesetzlich anvisierten zwei Wochen verlängern, liegt nach unserem Verständnis zu großen Teilen an einer Überlastung der Vergabekammern. Dieses Problem wird nicht dadurch behoben, dass das gesetzlich vorgesehene Ziel für die Verfahrensdauer etwas strikter formuliert wird. Aus unserer Sicht wäre vielmehr eine größere Personalausstattung der Vergabekammern ein zielführenderer Weg zur gewünschten Beschleunigung von Nachprüfungsverfahren.</p>
3.	<i>VergabeR-TransfG</i>	<i>Art 1 Nr. 37, 39</i>	§ 173, § 176 GWB	<p>Vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sind für Bieter derzeit so lange attraktiv, wie sie noch eine tatsächliche Chance auf den beabsichtigten Zuschlag haben. Wird ein wirksamer Zuschlag an einen anderen Bieter erteilt, kann ein unterlegener Bieter sein primäres Rechtsschutzziel nicht mehr erreichen. Er kann höchstens noch im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes Schadensersatz vor den ordentlichen Gerichten begehren. Diese Möglichkeit ist allerdings aktuell so unattraktiv ausgestaltet, dass sekundärer Rechtsschutz oftmals nur eine theoretische Option darstellt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass mit einer Nichtverlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 GWB oder Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 176 GWB unumkehrbare Fakten geschaffen werden können und der Rechtsschutz des unterlegenen Bieters ausgeschöpft ist.</p> <p>Vor diesem Hintergrund ist aktuell eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 GWB eher eine Ausnahme. Eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist hingegen der Regelfall vor den zweitinstanzlich für Nachprüfungsverfahren zuständigen Oberlandesgerichten. Auch eine Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 176 GWB erfolgt nur in absoluten Ausnahmefällen. Indem nunmehr nach dem geplanten § 173 Abs. 1 GWB die aufschiebende Wirkung nur noch "ausnahmsweise" verlängert werden soll und auch die Schwelle für eine Vorabentscheidung über den Zuschlag in § 176 erheblich abgesenkt wird, findet eine beträchtliche Verkürzung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in der zweiten Instanz statt. Dies macht den vergaberechtlichen Rechtsschutz insgesamt unattraktiver und schmälert damit</p>

				<p>zugleich den von Nachprüfungsverfahren ausgehenden Kontrolldruck. Aus Sicht der Korruptionsprävention sind diese über viele kleine Stellschrauben stattfindenden "Beschleunigungen" des vergaberechtlichen Rechtsschutz hochgradig problematisch. Dies verdeutlicht nicht zuletzt eine Betrachtung der Folgen des BwBBG, wo vergleichbare Möglichkeiten zu vorläufigen Zuschlagserteilungen dazu beigetragen haben, dass die Zahl vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren im Verteidigungsbereich erheblich abgenommen haben. Es bleibt zu befürchten, dass gemeinsam mit dem Kontrolldruck von Nachprüfungsverfahren auf Vergabeverfahren auch deren Transparenz abnimmt. Vor diesem Hintergrund möchten wir anregen, den vergaberechtlichen Rechtsschutz nicht leichtfertig zu verkürzen und auf die geplanten Änderungen an § 173 GWB und § 176 GWB zu verzichten.</p>
4.	Änderung UVgO	S. 23	§ 30 UVgO	<p>Aus unserer Sicht ist zu begrüßen, dass perspektivisch nach § 30 UVgO die (ex-post) Vergabebekanntmachungen für alle Aufträge ab 25.000 Euro (netto) durch eForms über den Datenservice Öffentlicher Einkauf veröffentlicht werden. Dadurch wird die Transparenz der öffentlichen Beschaffung erhöht. Wir kritisieren allerdings, dass Aufträge unterhalb der Grenze von 25.000 Euro (netto) von der Pflicht zur (ex-post) Vergabebekanntmachung ausgenommen sind. Allenfalls Aufträge im Bagatellbereich (z.B. Aufträge unter 1000 Euro) sollten von der Pflicht zur (ex-post) Vergabebekanntmachung ausgenommen sein, weil nur so die Öffentlichkeit ein vollständiges Bild von der Vergabetätigkeit der öffentlichen Hand erhält.</p> <p>Diese Daten sind für bessere datenbasierte Regierungstätigkeit sowie wissenschaftliche und zivilgesellschaftliche Zwecke äußerst wertvoll. Die Aussagekraft der Daten steht und fällt allerdings mit ihrer Vollständigkeit. Das gilt insbesondere für die Auftragsvergaben, für die keine (ex-ante) Auftragsbekanntmachung erfolgen (Direktvergaben, beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb). Wenn schon die Einsatzmöglichkeiten für diese Verfahren erhöht werden, sollte zumindest eine umfassende ex-post Transparenz gewährleistet sein. Mit einer niedrigen Wertgrenze für (ex-post) Vergabebekanntmachungen geht bei entsprechend digitalisierten Prozessen kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand einher. Ohnehin sollte jeder öffentliche Auftraggeber bereits aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die eigene Vergabetätigkeit zumindest intern gesammelt erfassen. Diese Daten müssten lediglich noch veröffentlicht werden, um einer umfassenden Pflicht zur (ex-post) Vergabebekanntmachung gerecht zu werden.</p>