



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Wissenschaftliche Dienste

Sachstand

Einzelfragen zum vergaberechtlichen Transparenzgebot

Einzelfragen zum vergaberechtlichen Transparenzgebot

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 085/23
Abschluss der Arbeit: 19. Oktober 2023
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Vergaberechtliche Grundlagen	4
3.	Transparenz im Vergabeverfahren	6
3.1.	Maßgebliche Transparenzanforderungen im Oberschwellenbereich	6
3.2.	Maßgebliche Transparenzanforderungen im Unterschwellenbereich	8

1. Einleitung

Das Vergaberecht regelt allgemein die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen sowie die Vergabe von Konzessionen durch staatliche oder vom Staat beeinflusste Auftraggeber.¹ EU-weite Ausschreibungen sind dabei nur vorgeschrieben, sofern der geschätzte Beschaffungswert ein bestimmtes finanzielles Volumen übersteigt, das je nach Branche abweichen kann.

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages sind um Auskunft darüber gebeten worden, unter welchen Voraussetzungen Transparenzanforderungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens berücksichtigt werden können und welche Verfahrensvorgaben diesbezüglich einzuhalten sind. Da sich die **Rechtskonformität eines Vergabeverfahrens** je nach **Einzelfall** entscheidet, kann im Folgenden nur ein summarischer **Überblick** über die wesentlichen bundesgesetzlichen Vorgaben der Ex-Post-Transparenz bei Vergabeverfahren im Dienstleistungssektor gegeben werden.

2. Vergaberechtliche Grundlagen

Das deutsche Vergaberecht² ist kein einheitliches Rechtssystem, sondern weist eine **Zweiteilung**³ auf. Auf Basis von Vorgaben des Rechts der Europäischen Union (EU) – insbesondere der EU-Richtlinie über allgemeine öffentliche Auftragsvergaben, RL 2014/24/EU⁴ – richten sich Verfahren mit höheren Nettoauftragsvolumina nach dem vierten Teil (§§ 97 bis 184) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵ dem „**Kartellvergaberecht**“. Ansonsten gilt das weniger strenge Haushaltsrecht des Bundes und der Bundesländer („**Haushaltsvergaberecht**“).⁶

-
- 1 Pünder/Buchholtz, in: Einführung in das Vergaberecht (Teil 1) – Rechtsgrundlagen und Anwendungsbereich, Juristische Ausbildung (JURA) 2016, S. 1246.
 - 2 Zu den Grundlagen des deutschen Vergaberechts ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Grundzüge des Vergaberechts, Infobrief vom 6. Dezember 2021, WD 7 - 3000 - 107/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/870486/297a8185a47e1f1b909834015e45baf8/Grundzuege-des-Vergaberechts-data.pdf> (Stand dieser und nachfolgender Internetquellen: 19. Oktober 2023).
 - 3 Die Zweiteilung wurde formal begründet durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. 1998 I S. 2512).
 - 4 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94 S. 65), aktuelle Fassung in englischer Sprache abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0024-20220101>.
 - 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.
 - 6 Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung Rn. 24 ff.

Maßgeblich für die Abgrenzung des Kartellvergaberichts und des Haushaltsvergaberichts ist dabei die Relevanz der Vergabeverfahren für den europäischen Binnenmarkt.⁷ Ob bei einem Vergabeverfahren eine Relevanz für den europäischen Binnenmarkt anzunehmen ist, ist anhand festgeschriebener **Schwellenwerte** zu ermitteln.⁸ § 106 Abs. 1 Satz 2 GWB gibt insoweit vor, dass die Vorschriften des Kartellvergaberichts nur für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben gelten, deren geschätzter **Nettoauftrags- oder Vertragswert** die festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Die jeweiligen Schwellenwerte sind gemäß § 106 Abs. 2 GWB den aufgeführten europäischen Richtlinien⁹ zu entnehmen. Diese werden alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und gegebenenfalls neu festgesetzt.¹⁰ Derzeit liegen die Schwellenwerte etwa für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbaren Bundeseinrichtungen bei 140.000 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber bei 215.000 Euro und für soziale und andere besondere Dienstleistungen¹¹ bei 750.000 Euro. Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wird auch vom sogenannten „**Oberschwellenbereich**“ gesprochen, bei dessen Unterschreiten vom „**Unterschwellenbereich**“.¹²

Hieraus folgt, dass im Unterschwellenbereich sowohl die §§ 97 ff. des GWB als auch die Regelungen der Vergabeverordnung (VgV)¹³ keine Anwendung finden. Vielmehr gilt in diesem Bereich

7 Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), 4. Auflage 2022, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung Rn. 18.

8 Ebenda.

9 § 106 Abs. 2 GWB verweist für öffentliche Aufträge und Wettbewerbe öffentlicher Auftraggeber auf Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (in der jeweils geltenden Fassung).

10 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>.

11 Näheres zum Begriff der anderen besonderen Dienstleistungen siehe unter Ziffer 3.1.

12 Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), 29. Edition (Stand: 31. Januar 2023), § 106 GWB Rn. 5.

13 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist, abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/.

für die **Vergabeverfahren des Bundes** die Bundeshaushaltsordnung (BHO)¹⁴ und speziell für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**¹⁵.

3. Transparenz im Vergabeverfahren

Vor dem Hintergrund, dass – wie vorstehend beschrieben – im Ober- und Unterschwellenbereich im Grundsatz unterschiedliche Regelungsregime gelten, wird im Folgenden differenziert.

3.1. Maßgebliche Transparenzanforderungen im Oberschwellenbereich

Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB sind öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege **transparenter Verfahren** zu vergeben.

„Das **Transparenzgebot** verpflichtet den Auftraggeber zu offenem, erkennbarem und nachvollziehbarem Beschaffungsverhalten. Hierdurch sind Anforderungen an die Gestaltung des Beschaffungsverhaltens selbst kombiniert mit solchen an die Kommunikation dieses Verhaltens. Diese **Grundmaxime** durchzieht das gesamte Vergabeverfahren und soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidung des Auftraggebers ausschließen.“¹⁶

Zentrale Vorschrift zur Gewährleistung der Ex-Post-Transparenz im überschwelligen Vergabeverfahren ist § 39 VgV.

Danach hat der öffentliche Auftraggeber **spätestens 30 Tage** nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu veröffentlichen (vgl. § 39 Abs. 1 VgV).¹⁷ Nach § 39 Abs. 4 Satz 1 VgV umfasst diese **Vergabebekanntmachung** jedoch nur die abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen, nicht aber die auf ihrer Grundlage vergebenen Einzelaufträge. Die Literatur führt hierzu insgesamt aus:

14 Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 01. Juli 2022 (BGBl. I S. 1030) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/BHO.pdf>.

15 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vom 02. Februar 2017, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

16 Dörr, a.a.O., § 97 GWB Rn. 31 [Hervorhebungen diesseits].

17 Die Vergabebekanntmachung ist verpflichtend nach dem Muster „DE Standardformular 3 – Bekanntmachung vergebener Aufträge“ zu erstellen, abrufbar unter: https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/49051/t02_de.pdf. Veröffentlichte Vergabebekanntmachungen können im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (Tenders Electronic Daily) eingesehen werden, abrufbar unter: [TED-Startseite - TED Tenders Electronic Daily \(europa.eu\)](https://ted.europa.eu). Ein direkter Link zu allen Bekanntmachungen vergebener Aufträge von zentralen Regierungsbehörden findet sich unter: [Suchergebnis - TED Tenders Electronic Daily \(europa.eu\)](https://ted.europa.eu).

„Die nachträgliche Bekanntmachung der Auftragsvergabe und der Ergebnisse des Vergabeverfahrens dient der sog. Ex-post-Transparenz. Sie erlaubt Marktteilnehmern zum einen, anhand der Wettbewerbsergebnisse die eigene Positionierung mit Blick auf den künftigen Wettbewerb zu überprüfen. Sie ermöglicht zum anderen in begrenztem Umfang eine nachträgliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Auch wenn die Rechtsschutzmöglichkeiten für nicht berücksichtigte Bieter nach dem Zuschlag stark limitiert sind, kann die Information, wer den Zuschlag erhalten hat oder zu welchem Preis der Auftrag erteilt wurde, in Einzelfällen auch im Nachhinein Abhilfemaßnahmen eröffnen. Das gilt insbesondere bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, bei denen der Zuschlag innerhalb des Zeitfensters des § 135 Abs. 2 GWB auch nachträglich noch angegriffen werden kann. Darüber hinaus kann die Information über die Auftragsvergabe unrechtmäßig übergangenen Bietern die Geltendmachung von Schadensersatz erleichtern. Die nachträgliche Bekanntmachung ermöglicht auch den Aufsichtsbehörden, bis zu einem gewissen Grad die Rechtmäßigkeit der Vergabep Praxis nachzuvollziehen und ggf. wettbewerbswidrige Praktiken aufzudecken. Die Ex-post-Transparenz hat damit insgesamt eine wichtige disziplinierende Funktion zur Sicherung des Vergabewettbewerbs.“¹⁸

Dies einschränkend, sieht § 39 Abs. 6 VgV demgegenüber **abschließende und eng auszulegende**¹⁹ **Ausnahmetatbestände** vor, wonach der öffentliche Auftraggeber im Einzelfall nicht verpflichtet ist, einzelne Angaben zu veröffentlichen. Dies ist dann möglich, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden oder den lautereren Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde.

Zur Auslegung dieser Ausnahmetatbestände führt die Literatur aus:

„Angaben, deren Veröffentlichung den **Gesetzesvollzug behindern** würde, müssen unterbleiben (Nr. 1). Dabei handelt es sich um Angaben, deren Weitergabe nach gesetzlichen Vorschriften verboten ist (z. B. nach dem GWB, dem UWG oder aufgrund datenschutzrechtlicher Vorgaben).“²⁰

In Betracht kommen hierbei ausschließlich Gesetze, deren Zielrichtung die Untersagung der Weitergabe von Informationen ist.²¹ Inwieweit das Datenschutzrecht zu Einschränkungen führt, hängt von der Art der Daten (insbesondere personenbezogene Daten) ab und von einer eventuellen wirksamen Einwilligung.

„Nicht in die Bekanntmachung aufzunehmen sind ferner Angaben, deren Veröffentlichung dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde (Nr. 2). Nr. 2 ist ein Auffangtatbestand zu

18 Krohn, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 2), 3. Auflage 2019, § 39 VgV Rn. 10 f.

19 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 39 VgV Rn. 9.

20 Völlink, a.a.O., § 39 VgV Rn. 10 mwN [Hervorhebungen diesseits; UWG = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb].

21 Franzius, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 39 VgV Rn. 26.

Nr. 1 und betrifft Informationen, deren Geheimhaltung nach dem Gesetz vorgeschrieben oder aus sonstigen Gründen (z. B. projektbezogen) geboten ist (etwa bei militärischen oder sonstigen, dem Geheimnisschutz unterliegenden Beschaffungen).

Die Veröffentlichung muss ferner unterbleiben, wenn die Angaben **berechtigte geschäftliche Interessen eines Unternehmens** schädigen würden (Nr. 3). Darunter fallen vor allem Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des Auftragnehmers. Informationen, die einen Rückschluss auf die Kalkulation oder Produktions- und Verfahrensabläufe des Auftragnehmers zulassen und deren Bekanntwerden seine Wettbewerbsposition gegenüber Wettbewerbern nachteilig beeinflussen können, dürfen nicht weitergegeben werden. Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit § 5 Abs. 2 S. 2 VgV, wonach der Auftraggeber verpflichtet ist, die Angebote und deren Anlagen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln.

Angaben, deren Veröffentlichung den **lauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen** beeinträchtigen würde, dürfen ebenfalls nicht gemeldet werden (Nr. 4). Der Auftraggeber muss solche Informationen zurückhalten, deren Veröffentlichung einzelnen Unternehmen Wettbewerbsvorteile bei künftigen Vergaben einbringen können. Ausreichend ist, dass solche Angaben geeignet sind, die Wettbewerbssituation zu beeinträchtigen. Die Veröffentlichung sollte daher so abstrakt gehalten sein, dass sich daraus keine Rückschlüsse auf technische und kaufmännische Konzepte sowie Wettbewerbsstrategien und Marktstellung des erfolgreichen Bieters ableiten lassen.“²²

Für die Erbringung von anderen besonderen Leistungen²³, worunter beispielsweise rechtliche Beratungen fallen, regelt § 66 Abs. 3 VgV davon abweichend:

Der öffentliche Auftraggeber, der einen Auftrag zur Erbringung von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen vergeben hat, teilt die Ergebnisse des Vergabeverfahrens mit. Er kann die Vergabebekanntmachungen quartalsweise bündeln. In diesem Fall versendet er die Zusammenstellung spätestens 30 Tage nach Quartalsende.

3.2. Maßgebliche Transparenzanforderungen im Unterschwellenbereich

Sofern und soweit Vergaben im Unterschwellenbereich durchgeführt wurden, gründet sich die auch in diesem Segment des Vergaberechts grundsätzlich zu gewährleistende Ex-post-Transparenz maßgeblich auf der Vorschrift des **§ 30 UVgO**.

Hintergrund dieser Regelung ist, dass bei beschränkten Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb keine Auftragsbekanntmachung nach § 27 Abs. 1 UVgO erfolgt. Dieses Transparenzdefizit soll durch § 30 Abs. 1 UVgO zumindest etwas abgemildert werden,

22 Völlink, a.a.O., § 39 VgV Rn. 10, 11, 12 mwN [Hervorhebungen diesseits].

23 Vergleiche zum Begriff der besonderen Leistungen näher etwa Kraus, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 130 GWB Rn. 10 ff.

„[...] indem dort eine Pflicht zur nachträglichen Information über die in diesen Verfahren vergebenen Aufträge vorgeschrieben ist. Zu informieren ist über jeden so vergebenen Auftrag ab einem Netto-Auftragswert von 25.000 Euro. Hierbei ist der Gesamtauftragswert des bezuschlagten Angebotes, einschließlich etwaiger Optionen, Verlängerungen, Prämien etc. [...] maßgebend.

Um den Verwaltungsaufwand gering zu halten, müssen die Informationen für die Dauer von drei Monaten nur auf den Internetseiten des betreffenden Auftraggebers oder auf Internetportalen veröffentlicht werden. Folgende Angaben sind mindestens zu machen:

- Name und Anschrift des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle,
- Name des beauftragten Unternehmens; bei natürlichen Personen ist deren Einwilligung mit der Veröffentlichung einzuholen oder die Angabe zu anonymisieren,
- Verfahrensart,
- Art und Umfang der Leistung und
- der Zeitraum der Leistungserbringung.²⁴

Analog zu den im Oberschwellenbereich nach § 39 VgV geltenden Ausnahmeregelungen, sind solche nach § 30 Abs. 2 UVgO auch im Unterschwellenbereich vorgesehen. Die Ausnahmen sind im Wesentlichen mit den in § 39 Abs. 6 VgV geregelten Fällen identisch.²⁵ Eine Veröffentlichung muss bei Vorliegen einer der Ausnahmen unterbleiben, da das Ermessen des Auftraggebers in diesen Fällen im Regelfall auf null reduziert ist.²⁶

* * *

24 Völlink, a.a.O., § 30 UVgO Rn. 1, 2 mwN.

25 Völlink, a.a.O., § 30 UVgO Rn. 3.

26 Ebenda.