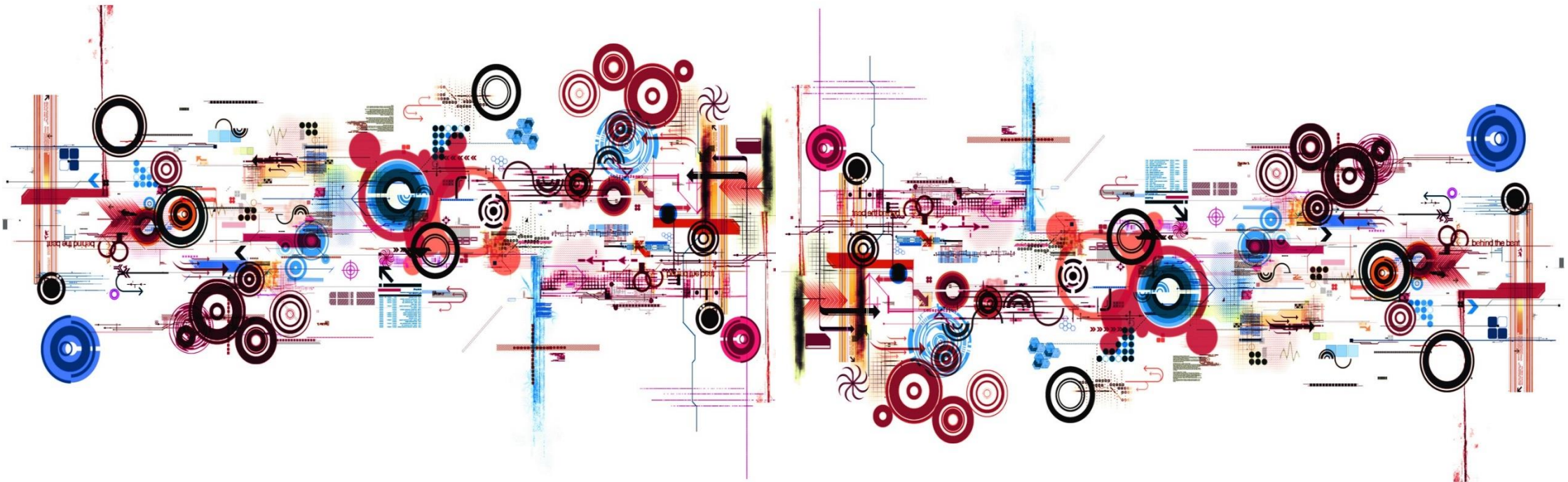


Vergaberecht und Datenschutz

Praktische Umsetzung



Vergaberecht und Datenschutz: Wieso?

- Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 4 DSGVO) findet auch in Vergabeverfahren statt!
- Verantwortliche im Sinne der DSGVO:
 - öffentliche Auftraggeber hinsichtlich personenbezogener Daten der Bewerber / Bieter
 - Bewerber / Bieter hinsichtlich personenbezogener Daten von Mitarbeitern oder Referenzgebern
- Öffentliche Auftraggeber **UND** Bewerber/Bieter betroffen!



Einleitung

Wesentliche Schritte eines Vergabeverfahrens:

- **Eignungsprüfung** (§§ 122 ff. GWB, §§ 42 ff. GWB)
- **Angebotsbewertung** zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots für die Zuschlagserteilung (§ 127 GWB, § 58 VgV)

→ Personenbezogene Daten iSd Art. 4 Abs. 1 DSGVO werden in diesen Schritten regelmäßig verarbeitet!

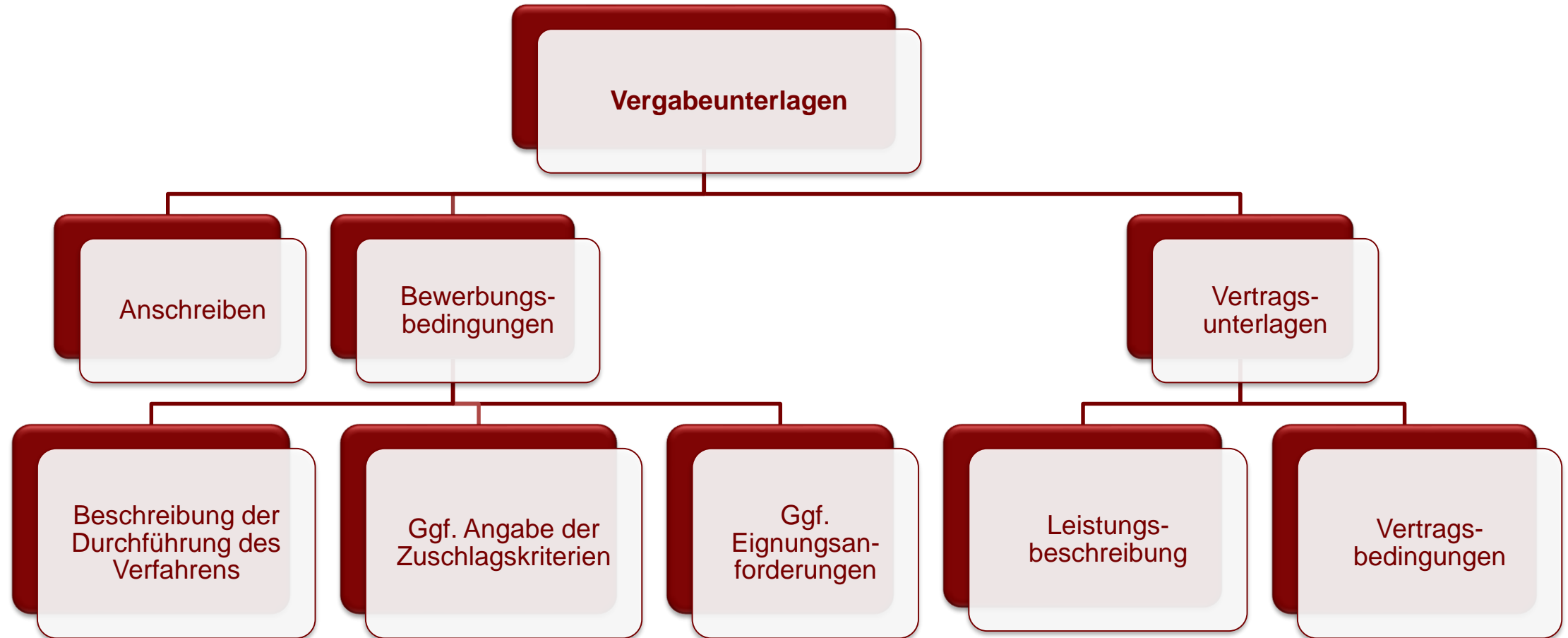


Einleitung

- **Vergabeverfahren auf EU-Ebene (s. § 14 ff. VgV)**
 - Offenes Verfahren
 - Nicht offenes Verfahren (mit öffentlichem TN-Wettbewerb)
 - Verhandlungsverfahren mit öffentlichem TN-Wettbewerb
 - Verhandlungsverfahren ohne öffentlichem TN-Wettbewerb
 - Wettbewerblicher Dialog
 - Innovationspartnerschaft
- **Vergabeverfahren auf nationaler Ebene (s. § 8 ff. UVgO)**
 - Öffentliche Ausschreibung
 - Beschränkte Ausschreibung mit TN-Wettbewerb
 - Verhandlungsvergabe mit TN-Wettbewerb
 - Verhandlungsvergabe ohne TN-Wettbewerb

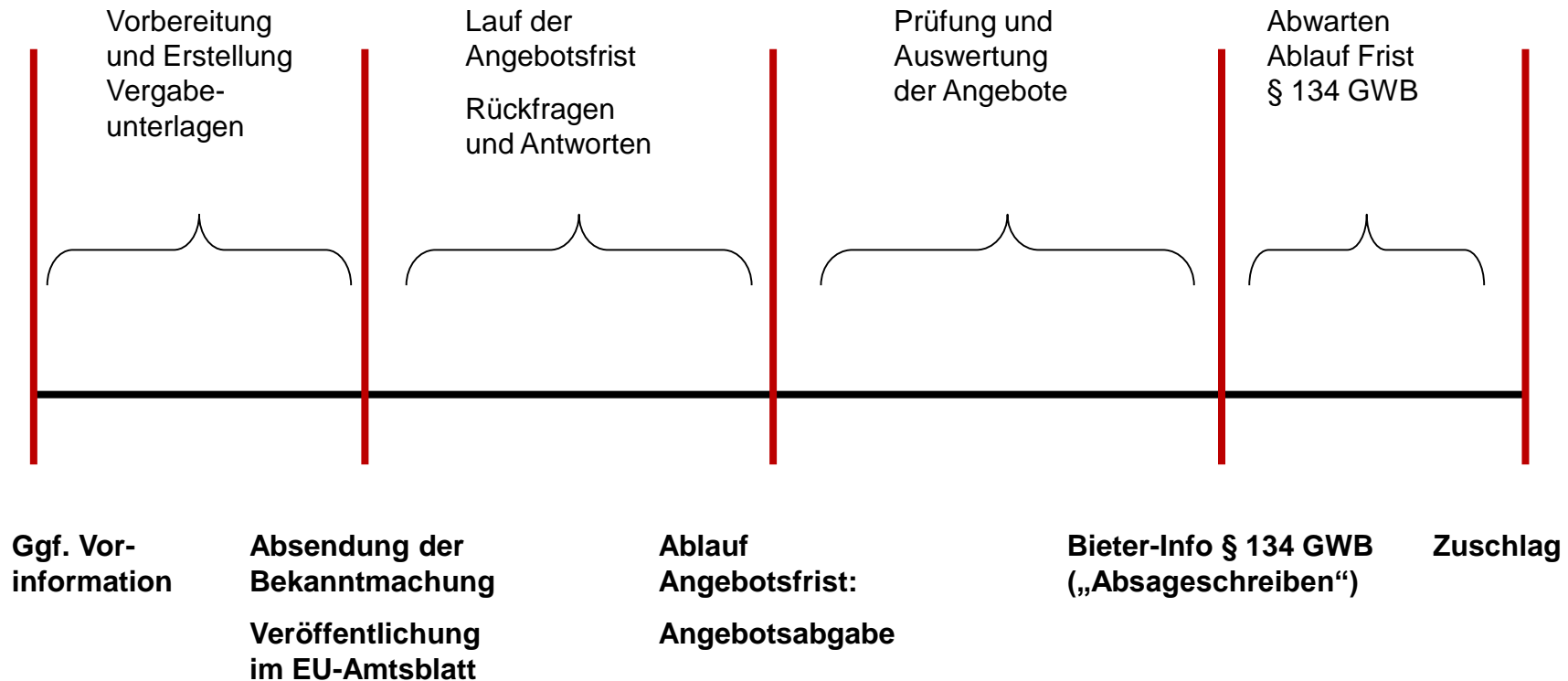


Exkurs: Vergabeunterlagen (§ 29 VgV)



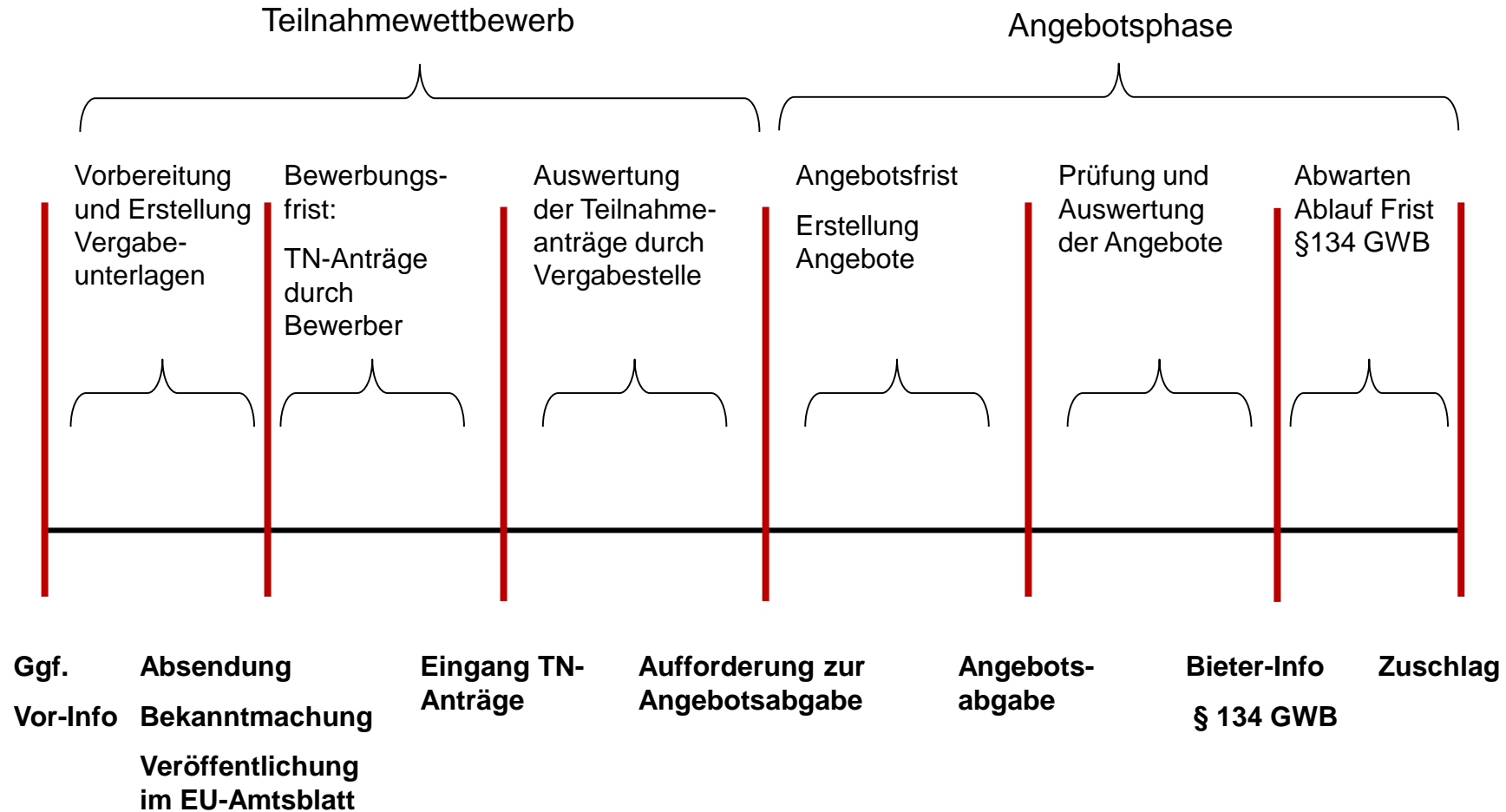
Einleitung

Ablauf Offenes Verfahren:



Einleitung

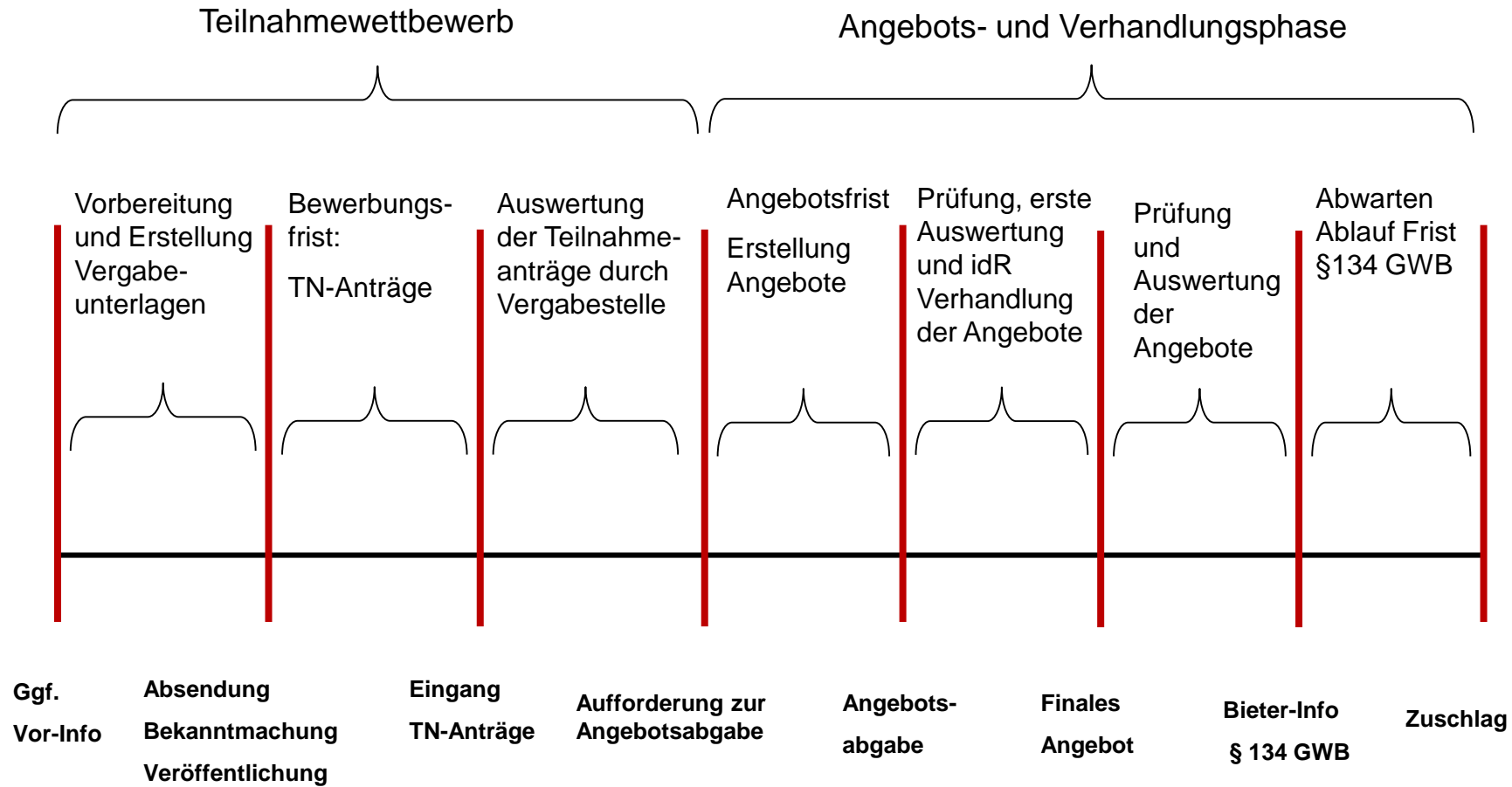
Ablauf nichtoffenes Verfahren mit TNW:



Referent: RAin Elke Bischof, FAin für IT-Recht

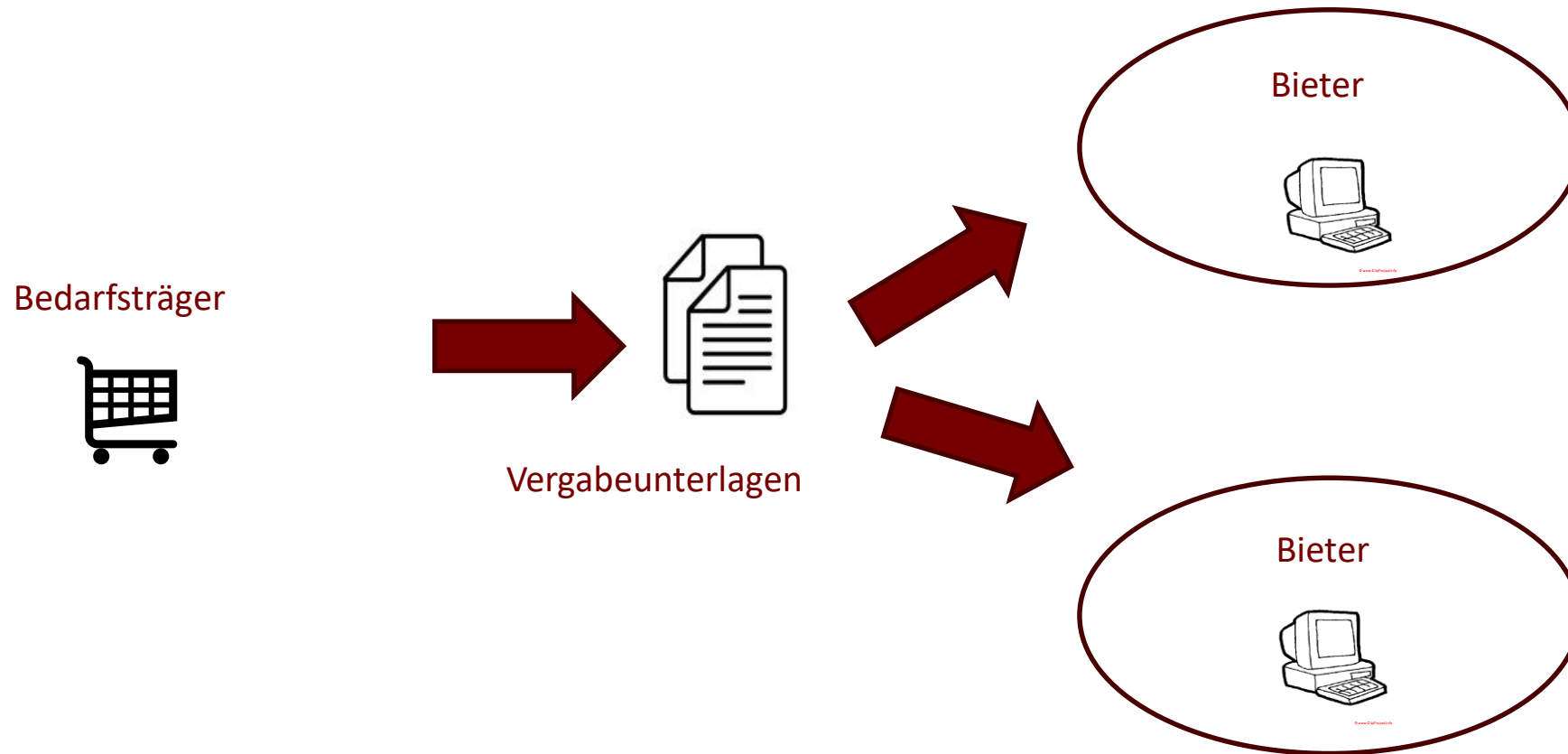
Einleitung

Ablauf Verhandlungsverfahren mit TNW:



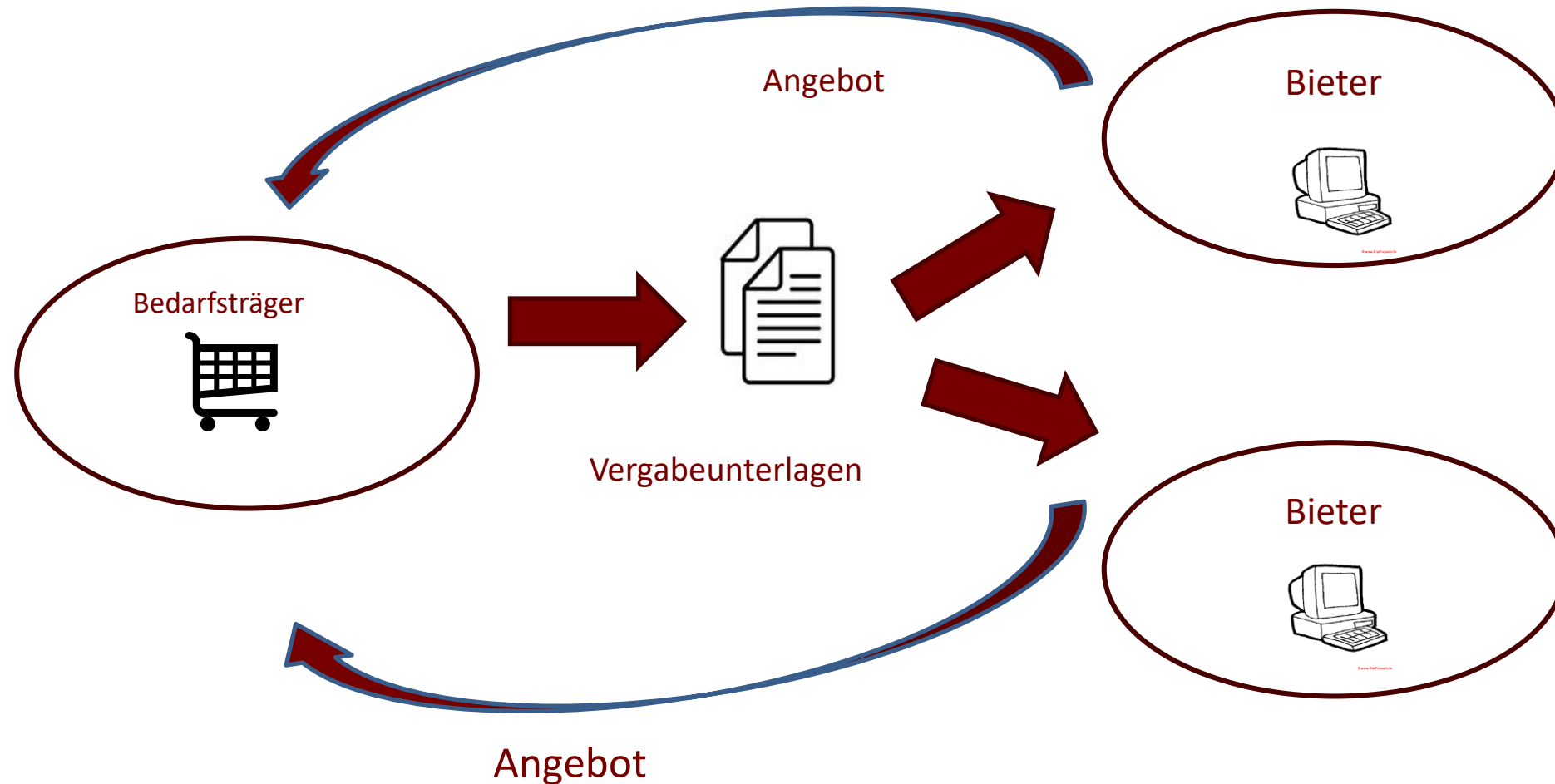
Referent: RAin Elke Bischof, FAin für IT-Recht

Informationsfluss im Vergabeverfahren I

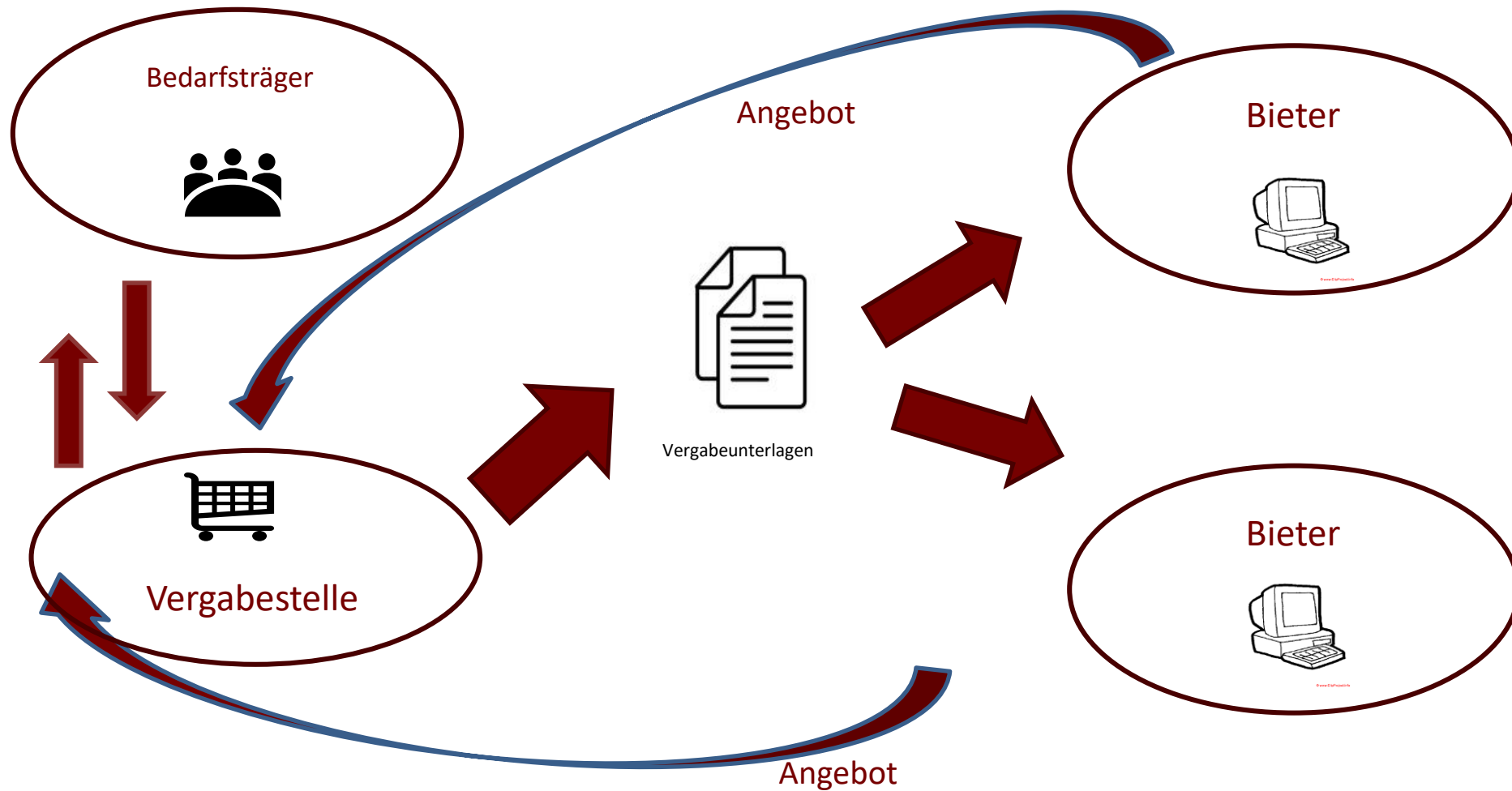


Referent: Ihr Name

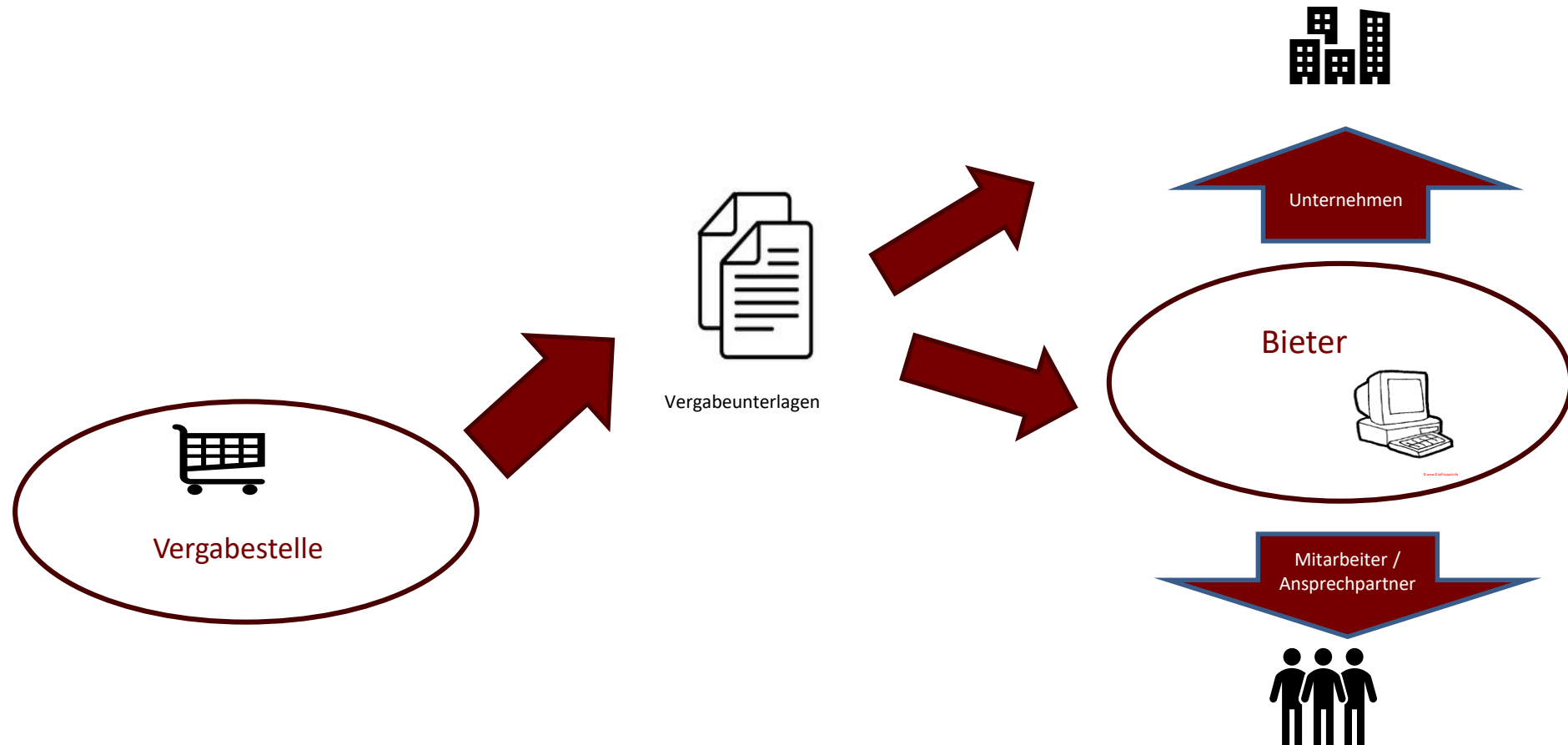
Informationsfluss im Vergabeverfahren II



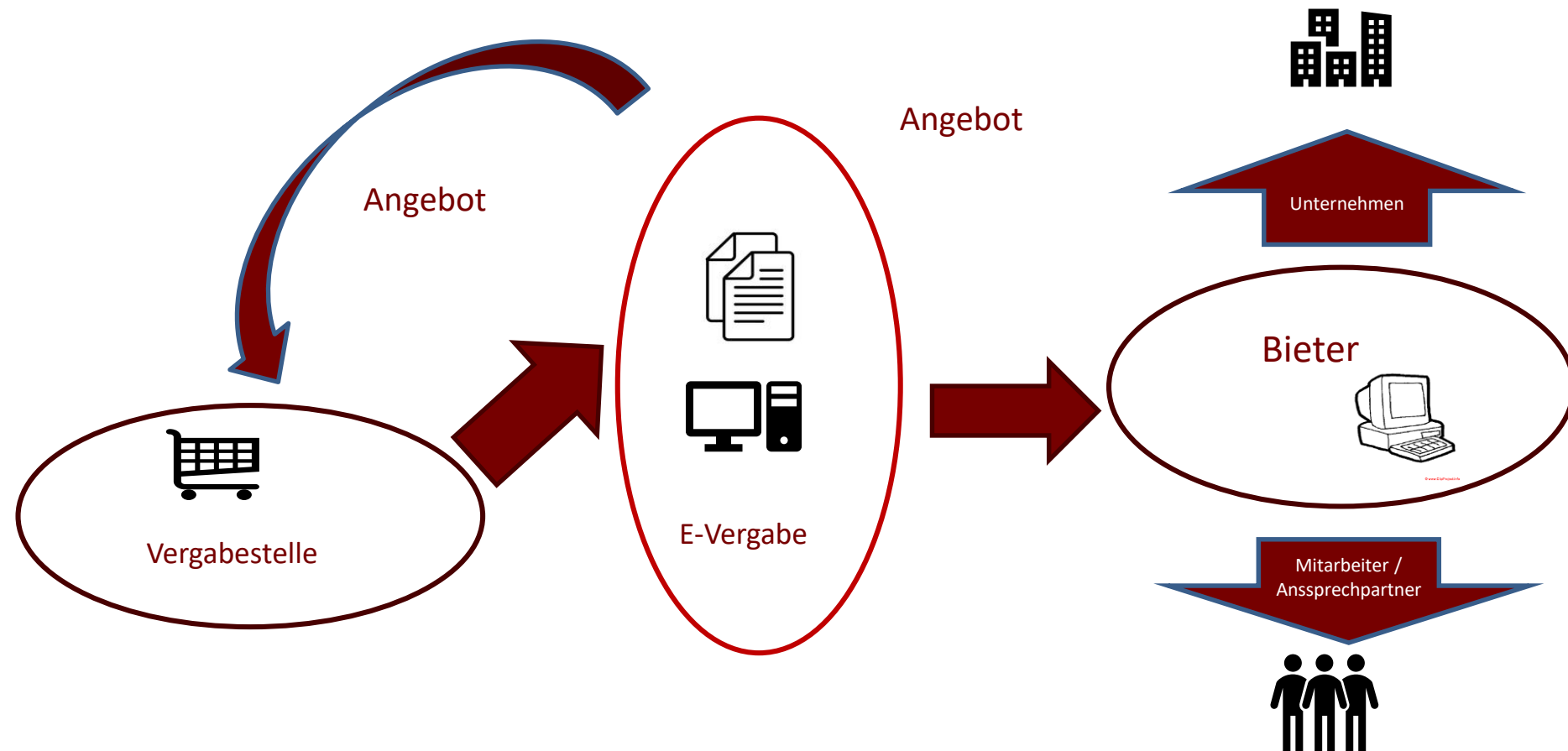
Informationsfluss im Vergabeverfahren III



Informationsfluss im Vergabeverfahren IV



Informationsfluss im Vergabeverfahren V



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Wann kommen welche personenbezogene Daten in Vergabeverfahren ins Spiel?

1) Eignungsprüfung: technische / berufliche Leistungsfähigkeit nach § 46 VgV

- **Referenzen** (unter Angabe des **Ansprechpartners** des früheren Auftraggebers des Bewerbers/Bieters)
- Angabe der **Fachkräfte**, die ein Bewerber/Bieter einsetzen will
- **Studien- und Ausbildungsnachweise der Inhaber und Führungskräfte** von Unternehmen



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Auszug aus § 46 Abs. 3 VgV:

(3) Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters kann der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen:

1. **geeignete Referenzen** über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen **mit Angabe** des Werts, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunkts **sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers**; soweit erforderlich, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen, kann der öffentliche Auftraggeber darauf hinweisen, dass er auch einschlägige Liefer- oder Dienstleistungen berücksichtigen wird, die **mehr als drei Jahre** zurückliegen,
2. **Angabe der technischen Fachkräfte** oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, **unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angehören oder nicht**, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind,
....
6. **Studien- und Ausbildungsnachweise** sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für die Inhaberin, den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens, sofern diese Nachweise nicht als Zuschlagskriterium bewertet werden,



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Wann kommen welche personenbezogene Daten in Vergabeverfahren ins Spiel?

1) Eignungsprüfung: keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB, Maßnahmen der Selbstreinigung (§ 125 GWB)

- Daten über strafrechtliche Verurteilungen von Unternehmensinhabern, Geschäftsführern, Prokuristen, anderer Mitarbeiter auf Führungsebene

(s. hierzu auch Art. 10 DSGVO)



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Wann kommen welche personenbezogene Daten in Vergabeverfahren ins Spiel?

2) Angebotswertung: Zuschlagskriterien (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV)

Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

.....die Organisation, **Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals**, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder....



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Ausschluss von TN-Anträgen / Angeboten, wenn geforderte oder nachgeforderte Unterlagen nicht enthalten sind:

§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV:

„**Von der Wertung ausgeschlossen** werden Angebote von Unternehmen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, und Angebote, die nicht den Erfordernissen des § 53 genügen, insbesondere:

.....

2. Angebote, die **nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten**,

.....



Personenbezogene Daten bei Vergaben

Wann kommen welche personenbezogene Daten in Vergabeverfahren ins Spiel?

3) E-Vergabe:

Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten der Beteiligten im Rahmen der Vergabepattform



Unterscheidung folgender Aspekte:

Erhebung personenbezogener Daten der Verfahrensbeteiligten iRd Vergabeplattform:

- Voraussetzung für Nutzung der Vergabeplattform
- Umfasst „Anmeldedaten“ z.B. Name, E-Mail-Adresse oder berufliche Position des Bieters; Infos zu öffentlichem Auftraggeber
- Relevanz nur im Verhältnis öffentlicher Auftraggeber/Bieter zur Vergabeplattform d.h. nicht im Verhältnis öffentlicher Auftraggeber zu Bieter

Erhebung von personenbezogenen Daten in Vergabeunterlagen:

- z.B. Daten in Unterlagen für Eignungsprüfung wie etwa als Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (vgl. 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV) oder z.B. Daten bzgl. strafrechtlicher Verurteilungen in Bezug auf §§ 123, 124 GWB
- Daten für die Zuschlagskriterien: Benennung und Qualifikation von Mitarbeitern



Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Vergabeverfahren

- Der weitreichende Begriff der „Verarbeitung“ iRv Art. 4 DSGVO führt dazu, dass jegliche Verarbeitung in diesem Sinne eine datenschutzrechtliche Erlaubnis voraussetzt.
- nur gegeben, wenn
 - eine wirksame Einwilligung vorliegt; Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO
 - die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen infolge eines Antrages der betroffenen Person erforderlich ist; Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO,
 - die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung notwendig ist; Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO
 - die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen; Art. 6 Abs. 1 lit. d DS-GVO
 - die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde; Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO oder
 - die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen der Person überwiegen; Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.



Zulässigkeit im Rahmen Eignungsprüfung/Zuschlag

- Manche Verarbeitungen finden eine Ermächtigungsgrundlage in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO

- Hintergrund ist, dass Vergabeverfahren gerade auf Vertragsanbahnung über einen öffentlichen Auftrag ausgerichtet sind = vorvertragliche Maßnahme iSd Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO
- Dazugehörige Unterlagen oft mit personenbezogenen Mitarbeiterdaten behaftet

ABER:

Problematisch ist aber, dass nur das Unternehmen, welches Zuschlag erhält, Partei des Vertrags wird
→Dementsprechend scheidet Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO für diese Verarbeitungen aus

- Im Außenverhältnis öffentlicher Auftraggeber-Bieter als Ermächtigungsgrundlage für Verarbeitung von Mitarbeiterdaten des anderen **Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO** heranzuziehen

ACHTUNG für Bieter:

Verarbeitung von Mitarbeiterdaten im Vergabeverfahren im Innenverhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer →§ 26 BDSG geregelt

- Möglichkeit zur Heranziehung von Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO (Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung) oder Art. 6 Abs.1 lit d DSGVO (Erfüllung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse denkbar (aber nicht geklärt))



Zulässigkeit im Rahmen Vergabeportal

Verarbeitung der **Anmeldedaten** beruht idR auf **Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO**

- Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten gegeben, sofern insofern Erforderlichkeit für Erfüllung des Vertrags, dessen Partei die betroffene Person ist, besteht
- Vertrag = Nutzungsvertrag zwischen Betreiber der Vergabepattform und öffentlichen Auftraggeber/ Bewerber sofern es sich um Software-as-a-Service oder Cloud-Lösung und nicht Eigenlösung handelt

ABER:

Problematik des häufigen Auseinanderfallens von Vertragspartner und betroffener Person (z.B. Vertragspartner ist öffentlicher Auftraggeber, aber betroffen sind Daten von dessen Mitarbeiter, da dieser als Ansprechpartner agiert):

- Lösung über **Art. 6 Abs. 1 lit.f DSGVO**, da Verarbeitung im Falle eines berechtigten Interesses des Datenverantwortlichen, sofern kein Überwiegen der Interessen der von Datenverarbeitung betroffenen Person
- IdR bei Mitarbeiter-Beispiel der Fall, da hier Mitarbeiter in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit agiert
- Auch für Datenerhebung über Plattformnutzung bietet Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO Ermächtigungsgrundlage
- Insofern berechtigtes Interesse des Plattformbetreibers: Ordnungsgemäßer Betrieb/ Anpassung/ Verbesserung der Plattform
- Über diese Zwecke hinausgehende Verarbeitung, verlangt dagegen gesonderte Einwilligung der betroffenen Person gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO



Weitere zu beachtende datenschutzrechtliche Grundsätze:

Grundsatz der **Transparenz**:

- Umfassende und verständliche Information der betroffenen Person über Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten (siehe auch nachfolgende Folien zu den Informationspflichten)
- Pflicht für Vergabeplattformbetreiber gegenüber Plattformnutzern
- Pflicht für öffentlichen Auftraggeber gegenüber Bietern

Grundsatz der **Zweckbindung**:

- Verwendung personenbezogener Daten nur für Zwecke, für die Daten erhoben wurden
- Darüber hinausgehende Nutzung unzulässig
- Mit Wegfall des Zwecks auch entspr. Daten zu löschen (z.B. Bieter nimmt Angebot zurück)
- Pflicht zur Löschung nach Vertragsende zwischen Plattform-betreiber und öffentlichem Auftraggeber und Bewerber
- Überlagerung nur durch vergaberechtliche Dokumentations-pflichten/ steuerrechtliche Vorgaben aus der Abgabenordnung (AO)
- Löschung nach Ablauf dieser Pflichten



Informationspflichten nach §§ 13, 14 DSGVO

- Nach den Vorgaben der Art. 13, 14 DSGVO müsste der Auftraggeber grundsätzlich jede natürliche Person, deren Daten er im Vergabeverfahren erhebt, über die Verarbeitung ihrer Daten informieren.
- Diese Verpflichtung würde im Vergabeverfahren mindestens einen erheblichen organisatorischen und zeitlichen Mehraufwand für die Auftraggeber bedeuten; mitunter schlicht undurchführbar sein.
- Die Informationspflicht aber auf den Bieter zu übertragen, damit dieser wiederum seine Mitarbeiter, früheren Auftraggeber, etc. informiert, erscheint nach dem Wortlaut der beiden Vorschriften (§§ 13, 14 DSGVO) nicht möglich. Beide Vorschriften sehen vor, dass der Verarbeiter den Betroffenen selbst informiert.



Informationspflichten nach § 13 DSGVO

- Strittig, ob im Vergabeverfahren anwendbar, da die Daten nicht beim Betroffenen selbst erhoben werden, sondern bei einem Unternehmen (Ausnahmen: Einzelunternehmen uä.)
- Vorsorglich daher:
 - **Beifügung einer standardisierten Datenschutzerklärung mit den nach Art. 13 DSGVO erforderlichen Informationen**
 - Die Datenschutzerklärung kann entweder in die Aufforderung zur Angebotsabgabe integriert oder als separates Formblatt den Vergabeunterlagen beigefügt werden. Entsprechend als Bestandteil der Unterlagen für einen Teilnahmewettbewerb.



Informationspflichten nach § 14 DSGVO I

Von der in Art. 14 DSGVO geregelten Informationspflicht für Fälle, in denen die Daten bei einem Dritten erhoben werden, ist der öffentliche Auftraggeber, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, dagegen mit guten Argumenten befreit:

Nach **Art. 14 Abs. 5 lit. b) DSGVO** ist die Information an den Betroffenen entbehrlich, wenn sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert und im übrigen bereits geeignete Schutzmaßnahmen bestehen, um die Freiheiten und Rechte des Betroffenen zu gewährleisten:

- Abwägung der Interessen des Betroffenen im Einzelfall mit dem Aufwand, den der Auftraggeber betreiben müsste. Wie groß das Informationsdefizit des Betroffenen tatsächlich. Inwieweit besteht z.B. überhaupt ein Informationsdefizit bei Mitarbeitern des Bieters oder bei Nachunternehmern, die grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass ihre Namen und ihre beruflichen Kontaktdaten an potentielle Auftraggeber weitergegeben werden, um sich auf Aufträge zu bewerben und diese durchzuführen?
- Das Schutzbedürfnis beruflicher personenbezogener Daten ist im Regelfall geringer als die privaten Informationen, es sei denn es handelt sich um kritische Daten, wie z.B. die Gewerkschaftszugehörigkeit oder die Anzahl der Krankentage.



Informationspflichten nach § 14 DSGVO II

Auch die Ausnahme des **Art. 14 Abs. 5 lit. c) DSGVO** kann im Einzelfall greifen. Demnach darf auf die Information verzichtet werden, wenn die Erlangung der personenbezogenen Daten auf einer Rechtsvorschrift beruht, die geeignete Maßnahmen zum Schutz des Betroffenen vorsehen. Die Rechtsvorschrift muss allerdings ausreichend konkret beschreiben, welche Daten für welchen Zweck erhoben werden.

Dies ist mit guten Argumenten z.B. für § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV anzunehmen.



Informationspflichten nach § 14 DSGVO III

Erforderliches Schutzniveau nach Art. 14 Abs. 5 lit b und c DSGVO

Schutzmechanismen des Vergaberechts für die im Vergabeverfahren übermittelten Informationen sorgen für dieses Schutzniveau, so z.B.

- Grundsatz der Wahrung der Vertraulichkeit (§ 5 Abs. 2 VgV)
- Hohe Sicherheitsanforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz (z.B. §§ 10, 11 VgV)



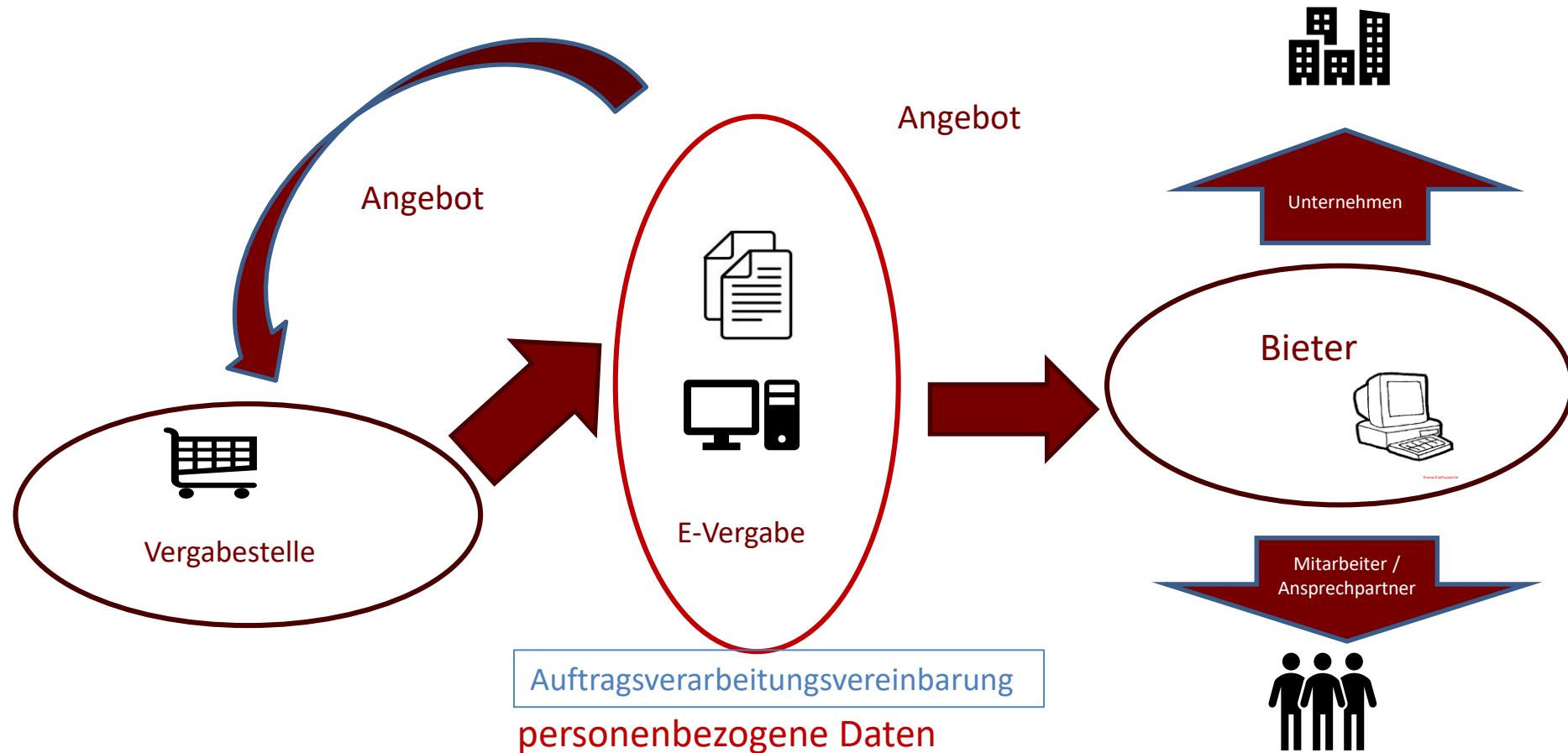
Rechte der betroffenen Personen

- Auskunftsrecht
- Berichtigungsanspruch bzgl. unrichtiger Daten
- Ggf. Löschungsanspruch
- Datenportabilität

→ Anspruchsgegner ist der Verantwortliche d.h. bzgl. Anmelde- und Nutzungsdaten auf Vergabepattform der Plattformbetreiber, bzgl. hochgeladener Unterlagen im Vergabeverfahren der öffentliche Auftraggeber



Auftragsverarbeitung I



Auftragsverarbeitung II

- Zu vergebender Auftrag beinhaltet Auftragsverarbeitung durch den Auftragnehmer
- Auftragsverarbeitungsvereinbarung als Bestandteil der Vergabeunterlagen
- Prüfung der Eignung des Auftragsverarbeiters:
 - Bei allen im Rahmen der Eignungsprüfung?
 - Oder Aufspaltung: Datenschutzkonzept erst im Rahmen des Angebotswettbewerbs (mit den ausgewählten Bieter nach TNW)?



Technische und organisatorische Maßnahmen

- Gewährleistung der Sicherheit der verarbeiteten personenbezogenen Daten, Art. 32 DSGVO iVm Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO durch Technische und organisatorische Maßnahmen (TOM's)
 - Zugangskontrolle
 - Zugriffskontrolle
 - Verschlüsselung: Soweit möglich, sollen personenbezogene Daten verschlüsselt werden
 - Stabilität: Die Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme ist auf Dauer sicherzustellen.
 - Wiederherstellbarkeit: Schutz gegen Datenverlust: Datensicherung.
- Und das regelmäßig überprüft!



Vergaberechtliche Folgen von Datenschutzverstößen

Für Bewerber/Bieter:

Ggf. sind Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen eine „schwere Verfehlung“ im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Unternehmens nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB

→ ggf. Ausschluss des betreffenden Bewerbers/Bieters
(fakultativer Ausschlussgrund)





Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Elke Bischof

Rechtsanwältin

Fachanwältin für IT-Recht

MAYBURG

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Paul-Wassermann-Str. 3

81829 München

Tel 089 45108896-0

Fax 089 45108896-9

bischof@mayburg.de

www.mayburg.de

Referent: RAin Elke Bischof, FAin für IT-Recht