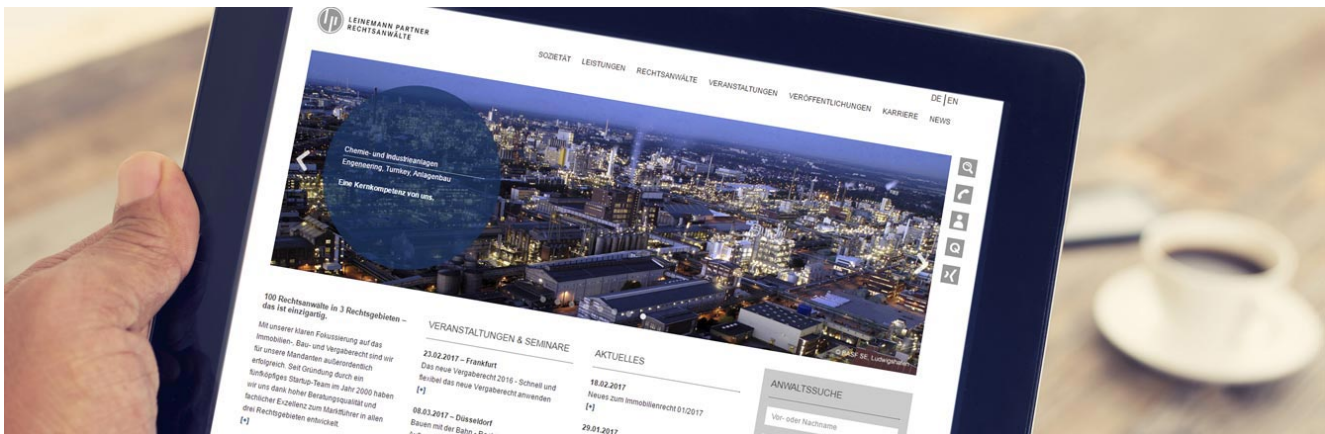


Neues zum Vergaberecht 01/2022



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen, die sich neben einer weiteren praxisrelevantesten Entscheidung des OLG Schleswig zum „Graubereich“ zwischen Bieterfrage und Rüge insbesondere mit den aktuellen Russlandsanktionen sowie dem Wettbewerbsregister befasst.

Insbesondere die letzten beiden Punkte sind – so zumindest unser Eindruck aus der Beratungspraxis – noch nicht abschließend bei den Vergabestellen „angekommen“, sodass wir mit dem vorliegenden Newsletter über die aktuellen Entwicklungen aufklären und ein wenig Licht ins Dunkel bringen möchten. Vor dem Hintergrund, dass auch die DSGVO im Vergaberecht (weiterhin) nicht die Beachtung zu erhalten scheint, die sie erfordert, beleuchten wir zudem nochmals die Auswirkungen der DSGVO auf das Vergaberecht und erläutern, welche Berührungspunkte es bei der Durchführung von Ausschreibungen gibt und zu beachten gilt.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: vergaberecht@leinemann-partner.de.

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Wettbewerbsregister und Russlandsanktionen – was Auftraggeber jetzt wissen müssen

Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

Kann denn Frage Rüge sein?

Peter Schwientek, Hamburg

DSGVO im Vergabeverfahren - praxisrelevante Schnittstellen zwischen DSGVO und Vergaberecht



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

Wettbewerbsregister und Russlandsanktionen – was Auftraggeber jetzt wissen müssen

Das Wettbewerbsregister hat eine lange Vorgeschichte: Das Wettbewerbsregistergesetz (WRegG), trat bereits am 29.07.2017 in Kraft und wurde durch das GWB-Digitalisierungsgesetz, in Kraft getreten am 19.01.2021, punktuell geändert. Die Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV), welche insbesondere die Einzelheiten der elektronischen Datenübermittlung regelt, ist am 23.04.2021 in Kraft getreten.

Wohlwissend, dass die technischen Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des WRegG noch nicht vorlagen, regelt § 12 WRegG, dass die Abfragepflicht erst nach Feststellung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie über das Vorliegen der Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung entstehen soll. Für das Vergaberecht und die in diesem Zusammenhang maßgebliche Regelung des § 6 WRegG soll die Abfragepflicht gemäß § 12 Abs. 2 S. 2 WRegG sechs Monate nach dem auf die Feststellung folgenden Monat entstehen.

Diese Feststellung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, wonach die Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung an das Bundeskartellamt vorliegen wurde mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 29.10.2021 getroffen.

Entsprechend ist § 6 WRegG ab dem 01.06.2022 anzuwenden.

Hiernach besteht für Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB bereits ab einem geschätzten Auftragswert von 30 000 Euro (netto) die Pflicht bei der Registerbehörde abzufragen, ob im Wettbewerbsregister Eintragungen zu demjenigen Bieter, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zu vergeben möchte, gespeichert sind. Im Falle von Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB und Konzessionsgebern im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 1,2 GWB entsteht diese Pflicht erst ab Erreichen der Schwellenwerte.

Eine Umgehung dieser Abfragepflicht, etwa dadurch, dass den Bietern aufgegeben wird, selbst einen Auszug vorzulegen, den Bieter gemäß § 5 Abs. 2 WRegG grundsätzlich beantragen können, ist nicht möglich, wie § 6 Abs. 1 a. E. WRegG ausdrücklich klarstellt.

Entsprechend sollten sich Auftraggeber umgehend durch entsprechende Registrierung einen Zugang zum Wettbewerbsregister verschaffen. Das Bundeskartellamt hat hierzu eine eigene Rubrik mit Informationen rund um das neue Wettbewerbsregister erstellt, das unter folgendem Link erreichbar ist:

https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg_node.html;jsessionid=0F174B117E568E1ABC6AD8480BCC57C9.1_cid3

Russlandsanktionen und Vergaberecht

Während den Medien zu entnehmen ist, dass sich die Russlandsanktionen im Wesentlichen auf vermögende Oligarchen beschränke, verrät ein Blick in Artikel 5k der Verordnung (EU) Nr. 833/2014, dass die Sanktionen weitaus extensiver gefasst sind.

Denn hiernach ist es grundsätzlich verboten, öffentliche Aufträge oder Konzessionen oberhalb der Schwellenwerte an Bieter zu vergeben, die in eine der nachstehenden Kategorien fallen:

- „a) russische Staatsangehörige oder in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen,*
- b) juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen, deren Anteile zu über 50 % unmittelbar oder mittelbar von einer der unter Buchstabe a genannten Organisationen gehalten werden, oder*
- c) natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen, die im Namen oder auf Anweisung einer der unter Buchstabe a oder b genannten Organisationen handeln,*

auch solche, auf die mehr als 10 % des Auftragswerts entfällt, Unterauftragnehmer, Lieferanten oder Unternehmen, deren Kapazitäten im Sinne der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe in Anspruch genommen werden.“

Insbesondere der Halbsatz, wonach eine Vergabe auch dann verboten ist, wenn ein russischer Unterauftragnehmer oder Lieferant mehr als 10 % des Auftrags ausführt, ist in der Praxis nur schwer prüfbar. Entsprechend empfiehlt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz das Anfordern einer Eigenerklärung und stellt auch ein entsprechendes Muster zur Verfügung:

<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>

Für laufende Verträge ist zudem zu beachten, dass nur solche Verträge mit Russlandbezug im o. g. Sinne weiter erfüllt werden dürfen, die

vor dem 9. April 2022 geschlossen wurden. Ab dem 10. Oktober 2022 dürfen dann auch diese Verträge nicht mehr bedient werden.



Dr. Jonas Asgodom, LL.M. (Berkeley), Frankfurt am Main

Kann denn Frage Rüge sein?

Die Erfolgsaussichten vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren entscheiden sich oft schon in der Zulässigkeit – genauer: bei der Prüfung der Rügepräklusion. Ein Vergabeverstöß wird grundsätzlich nur geprüft, wenn ein Bieter seiner Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB nachgekommen ist. Wenn nicht, mag er in der Sache Recht haben, wird mit seiner Beanstandung vor der Nachprüfungsinstanz aber nicht mehr gehört. Nun soll aber nicht jede Äußerung eines Bieters im Vergabeverfahren eine Rüge sein. Der Großteil der Kommunikation im Vergabeverfahren dient der Aufklärung unklarer Vergabeunterlagen durch Bieterfragen. Bisweilen verschwimmen die Grenzen zwischen Bieterfrage und Rüge jedoch. Das OLG Schleswig hat sich in einer aktuellen Entscheidung (**Beschl. v. 04.02.2022 – 54 Verg 9/21**) mit dieser Konstellation befasst und bewertete die Frage anders als die Vergabekammer.

Sachverhalt

Die Ag. schrieben die Beschaffung eines digitalen Dokumentationssystems aus. In der Leistungsbeschreibung hieß es, es werde eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Im Laufe des Vergabeverfahrens teilten die Ag. auf eine Bieterfrage mit, es würden Einzelverträge geschlossen. Die ASt. äußerte daraufhin teils als Frage, teils als Feststellung formuliert, wie von den Ag. gemeinsam genutzte Installationskomponenten und Lizenzen vertraglich abgebildet werden sollten, wenn keine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werde. Dies sei unklar. Z.B. bei einer Kündigung durch einen der beteiligten Auftraggeber könnten Probleme daraus resultieren. Abschließend unterbreitete sie einen Lösungsvorschlag. Auf diese Frage erhielt sie keine Antwort. Im Nachprüfungsantrag trug die ASt. unter anderem die unklare Vertragssituation vor. Die Vergabekammer wies diese Beanstandung zurück, da die ASt. zwar eine Frage gestellt, den Aspekt aber nicht gerügt habe. Sie sei damit präkludiert. In der sofortigen Beschwerde argumentierte die ASt., es habe sich um eine Rüge und nicht nur um eine Frage gehandelt.

Die Entscheidung

Mit Erfolg!

Das OLG bewertete die Bieterfrage der ASt. als Rüge und erkannte keine Präklusion. An eine Rüge dürften keine hohen formalen oder inhaltlichen Hürden gestellt werden. Entscheidend sei, dass der Bieter einen Sachverhalt schildert, den er als Vergaberechtsverstöß bewertet und Abhilfe erwartet. Diese drei Merkmale seien durch Auslegung einer Bieterfrage im Lichte des objektiven Empfängerhorizonts zu ermitteln. Danach habe die ASt. die Mindestanforderungen sogar übererfüllt, da sie bei genauer Betrachtung die unklare Vertragssituation in ihrer Bieterfrage feststellend und nicht fragend benannt habe. Das Abhilfeverlangen ergebe sich aus dem Umstand, dass sie die Bieterfrage überhaupt gestellt habe. Zudem habe sie einen Lösungsvorschlag unterbreitet. Die Anforderungen an eine Rüge seien damit erfüllt.

Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG überzeugt. Aufgrund der Konsequenzen einer Präklusion für den Primärrechtsschutz sind die Anforderungen an eine Rüge nicht zu hoch anzusetzen. Der § 160 Abs. 3 GWB enthält keine Vorgaben an Form und Inhalt einer Rüge, sodass gesetzlich keine strengere Handhabung geboten ist. Der Ansatz der Rechtsprechung erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der Funktion einer Rüge angebracht: Der Auftraggeber soll in die Lage versetzt werden, einen Vergabeverstöß zu beseitigen.

Durch

1. die Schilderung des Sachverhalts,
2. die (konkludente) Bewertung als Vergaberechtsverstöß und
3. ein (konkludent) zum Ausdruck gebrachtes Abhilfeverlangen

werden Auftraggeber hinreichend dafür sensibilisiert. Diese Funktion kann in Form einer Frage oder einer Feststellung erfüllt werden. Auf bloße Förmelerei hingegen sollte es zu Gunsten des Rechtsschutzes nicht ankommen.

Dennoch sollten Bieter zur Vermeidung unnötiger Risiken trotz allem klar, deutlich und frühzeitig agieren und das Kind beim Namen nennen. Dies vermeidet unschöne Überraschungen, da sich der niedrigschwellige Ansatz des OLG Schleswig noch nicht überall herumgesprochen hat.



Peter Schwientek, Hamburg

DSGVO im Vergabeverfahren - praxisrelevante Schnittstellen zwischen DSGVO und Vergaberecht

Bereits seit dem 25.05.2018 gilt die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten und ist mithin auch bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu beachten. Der Öffentliche Auftraggeber muss dabei eine Vielzahl von Schnittpunkten zwischen Vergaberecht und DSGVO im Auge behalten.

Bei Durchführung eines Vergabeverfahrens ist der Anwendungsbereich der DSGVO in der Regel eröffnet, da hier regelmäßig personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO) verarbeitet (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) werden. Personenbezogene Daten sind - im Kern - solche, bei denen eine natürliche Person anhand der Daten bereits identifiziert ist oder identifiziert werden kann.

Solche Daten können im Vergabeverfahren in allen Verfahrensabschnitten eine Rolle spielen. Von gehobener Relevanz sind hierbei die Eignungsprüfung und die Prüfung von Zuschlagskriterien (siehe insb. §§ 46 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 6, 58 Abs. 2 VgV, §§ 123 ff. GWB). Darunter fallen etwa Namen von natürlichen Person, Adressen, Lebensläufe, Fotos, Daten zu Ansprechpartnern des Referenzgebers, Angaben über berufliche Aktivitäten oder zu strafrechtlichen Verurteilungen. Nicht vom Anwendungsbereich der DSGVO umfasst sind ausschließlich unternehmensbezogene Informationen, auch wenn sie zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zählen.

Im Rahmen der DSGVO gilt der Grundsatz, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten verboten ist, es sei denn, es gibt eine gesetzliche Erlaubnis: sog. „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“. Von zentraler Bedeutung im vergaberechtlichen Kontext sind hierbei die Grundsätze der Transparenz und Rechtmäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO).

Werden personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, so hat der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung die in der DSGVO festgelegten Informationen mitzuteilen. Von Relevanz sind insbesondere die Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO, wobei einzelne Bundesländer Vordrucke für diese Informationspflicht zur Verfügung stellen - etwa die Freie Hansestadt Hamburg (Vergabevordruck Nr. 03, DSGVO-Informationen, Anlagen II zur HmbVgRL) und der Freistaat Bayern (Formblatt L 2440, VHL Bayern). Diesen ist zu entnehmen, dass es nicht zwingend erforderlich ist, eine Einwilligung (Art 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a) DSGVO) bei den Bietern/Bewerber einzuholen. Die vorgenannten Formblätter führen als Rechtsgrundlage unter anderem die Erfüllung rechtlicher Interessen (Art 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c) DSGVO) und die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse auf (Art 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e) DSGVO), was mit Blick auf die rechtliche Verpflichtung nach § 122 GWB durchaus als vertretbar erscheint. Darüber hinaus existieren mittlerweile Hilfestellungen und Formblätter für die Einbeziehung von Auftragsverarbeitern (vgl. Formblatt L 2441, VHL Bayern).

In der Vergabepaxis ist oft die Konstellation anzutreffen, dass sich der Bieter/Bewerber selbst auf keine Rechtsgrundlage stützen kann, die es ihm erlaubt, personenbezogenen Daten (etwa von Referenzgebern) an den öffentlichen Auftraggeber weiterzuleiten. Nach der Rechtsprechung besteht jedoch ein sachliches, im Vergaberecht (national und europarechtlich) allgemein anerkanntes Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Benennung eines Ansprechpartners für Referenzobjekte. Dass sich daraus für die Bieter die Notwendigkeit ergibt, um die Einwilligung in die Weitergabe von Kontaktdaten nachzusuchen, macht die Anforderung nicht unzulässig (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 –Verg 15/16, Rn. 37).

Praxistipp

In Anbetracht der voranschreitenden Digitalisierung wird die Handhabung von personenbezogenen Daten zukünftig einen immer höheren Stellenwert gewinnen. Für die Belehrungspflichten und Einbeziehung von Auftragsverarbeitern halten die Vergabehandbücher mittlerweile empfehlenswerte Vorlagen bereit, an denen sich der Vergabepraktiker orientieren kann bzw. muss.