



Daten- und Geheimnisschutz in Vergabeverfahren

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 29.01.2019 in Hannover**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Überblick über die Datenschutzgrundverordnung

Catrin Peter, Referatsteil-Leiterin bei der Landesbeauftragten für den Datenschutz Niedersachsen, Hannover

- Im Hinblick auf die in Deutschland lange Tradition des Datenschutzes lässt sich feststellen, dass sich mit der DS-GVO in Deutschland im Grundsatz nicht sehr viel verändert hat.
- Insbesondere das Prinzip, dass die Datenverwendung einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterliegt, war bekannt.
- Im Hinblick etwa auf die Betroffenenrechte ist daher allenfalls von einer Evolution zu sprechen. Neu sind insoweit die Rechenschaftspflichten.
- Auch das am Marktortprinzip wurde mit der DS-GVO neu eingeführt.
- Die Rechenschaftspflichten führen dazu, dass die Verpflichteten ein Datenschutzmanagement einführen müssen.
- Die Informationen müssen transparent sein, insbesondere in einer klaren und einfachen Sprache abgefasst sein.
- Besondere Aufmerksamkeit ist den Betroffenenrechten zu widmen, diese sind jedem Empfänger der Daten mitzuteilen.
- Bei Meldung einer Datenpanne werden auch Gegenmaßnahmen und eine etwaige erforderliche Information der Betroffenen geprüft.
- Das Verarbeitungsverzeichnis ist grundsätzlich als Fundament der internen Datenschutzorganisation anzusehen und daher besonders wichtig.
- Bei der Prüfung, ob die Datenverarbeitung rechtmäßig ist, ist insbesondere die Rechtsgrundlage für die Datenverwendung zu prüfen.

- Soweit eine gesetzliche Grundlage für die Datenverwendung vorliegt, ist zu empfehlen, keine Einwilligung einzuholen. Dies würde im Hinblick auf die Betroffenenrechte einen falschen Anschein vermitteln.
- Eine Einwilligung muss aktiv und ausdrücklich erfolgen, ein „opt-out“ würde nicht reichen.
- Die Betroffenenrechte sind von Anfang an bei der Entwicklung relevanter Software zu berücksichtigen.
- Bei einer Auftragsverarbeitung entscheidet der Verantwortliche über den Zweck und der Auftragsverarbeiter über die Technik der Datenverwaltung.
- Zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörde gehört auch die Beratung und Unterstützung der Anwender.
- Die Aufsichtsbehörde verfügt über neue Instrumente wie beispielsweise der Warnung bei unmittelbar bevorstehenden Verstößen.

2. Auswirkungen der DS-GVO auf Vergabeverfahren

Robert Thiele, Techniker Krankenkasse, Hamburg

- Betroffen sind personenbezogene Daten natürlicher Personen. Es geht daher nicht um juristische Personen, wohl aber um Mitarbeiter anbietender Unternehmen.
- Betroffene Verfahrensschritte sind insbesondere die Eignungsprüfung, die Ausschlussprüfung und die Angebotswertung.
- Bei jeder Datenverarbeitung ist eine Erlaubnis erforderlich.
- Soweit die Initiative eines Betroffenen erforderlich ist, Art. 6 Abs. 1 b) DS-GVO, ist dies etwa anders als bei den Verfahren mit Aufforderung zum Wettbewerb bei Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb fraglich.
- Bei elektronischen Vergabeverfahren ist regelmäßig eine Rechtspflicht zur Verarbeitung der Daten anzunehmen.
- Beispielsweise im Rahmen der UVgO fehlt es jedenfalls an der Grundlage mit gesetzlichem Charakter.
- Regelmäßig wird mit der vom Vergaberecht verlangten Datenverarbeitung auch eine Aufgabe im öffentlichen Interesse wahrgenommen, Art. 6 Abs. 1 e) DS-GVO.

- Insbesondere bei Referenzen, die sich auf einzelne Mitarbeiter beziehen, ist der Tatbestand der erforderlichen Einwilligung problematisch. Bei fehlender Einwilligung sind eine Nachforderung oder eine Bestätigung durch Unternehmen denkbar.
- Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, Art. 6 Abs. 1 f) DS-GVO, ist wohl im Vergaberecht nicht einschlägig.
- Die Betroffenenrechte verlangen eine Minimierung der Datenverwendung. Zu denken ist beispielsweise an eine Pseudonymisierung bei Referenzen.
- Bei der Speicherung ist nur das unbedingt erforderliche Mindestmaß an Daten zu speichern.
- Die Betroffenenrechte enthalten unter anderem ein Auskunftsrecht und einen Korrekturantrag sowie, in Abhängigkeit von der Rechtsgrundlage, einen Löschungsanspruch.
- Bei der Umsetzung der DS-GVO sind Informationspflichten zu beachten. Bei Verträgen über die Nutzung eines E-Vergabe-Systems liegt regelmäßig eine Auftragsverarbeitung vor, die datenschutzrechtlich zu begleiten ist.
- Bei gemeinsamen Ausschreibungen mehrerer Auftraggeber ist ein Datenverantwortlicher zu bestimmen.

3. Auswirkungen der DS-GVO auf anbietende Unternehmen

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Dr. Jan Seidel, Siemens Healthcare GmbH, Erlangen

- Bei der Verwendung von Mitarbeiterdaten in Vergabeverfahren sind eine sorgfältige Prüfung und ein achtsamer Umgang geboten.
- Diese Verwendung ist regelmäßig zulässig auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 f) DS-GVO wegen berechtigter Interessen des Arbeitgebers.
- Eine Einwilligung ist daher nicht erforderlich. Wird, beispielsweise wegen interner Vereinbarungen, eine Einwilligung erforderlich, ist zu prüfen, ob diese tatsächlich für jedes Vergabeverfahren einzuholen ist.
- Bei der Weitergabe von Daten ist jeweils die Erforderlichkeit sorgfältig zu prüfen. Soweit beispielsweise von Auftraggebern Hochschulzeugnisse abgefragt werden, ist insoweit die Erforderlichkeit oft fraglich.
- Verweigert bei Referenzen der Referenzgeber die Einwilligung, dass Ansprechpartner benannt werden, darf dies, weil diese Weigerung auf einer gesetzlich legitimierten freien Wahl beruht, nicht zulasten der Bieter gehen.

- Die Auftraggeber-seitig vorgegebenen Vereinbarungen über die Auftragsverarbeitung enthalten oft eigene Standards der öffentlichen Auftraggeber und sind sehr häufig nicht auf international tätige Unternehmen mit komplexen Konzernstrukturen zugeschnitten.
- Soweit in Vertraulichkeitsvereinbarungen Löschungspflichten vorgesehen sind, werden diese oft zum einen wegen redundanter Sicherungssysteme gar nicht erfüllbar sein, zum anderen widerspricht eine solche Löschung regelmäßig rechtlichen Aufbewahrungspflichten.

4. Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Björn Honekamp, Deutsche Bahn AG, Frankfurt am Main

- Unabhängig von der Kennzeichnung durch anbietende Unternehmen trifft den Auftraggeber eine originäre Prüfpflicht, ob es sich bei Angebotsinhalten um schützenswerte Geheimnisse handelt oder nicht.
- Bei der elektronischer Aktenführung stellen sich besondere praktische Herausforderungen, die etwa durch das Rechtmanagement und Zusammenarbeit mehrerer Konzerngesellschaften bedingt sind.
- Bei funktionalen Ausschreibungen ist regelmäßig die Weitergabe von Konzepten eines Bieters an andere unzulässig.
- Das Vertraulichkeitsgebot ist bieterschützend, auch wenn die Geltendmachung im Einzelfall regelmäßig schwierig ist.
- Das schärfste Schwert gegen Datenmissbrauch ist wohl die damit verbundene Strafbarkeit.
- Im Nachprüfungsverfahren ist auch die Vergabekammer zur Geheimhaltung verpflichtet. Dabei übernimmt sie eigene Pflichten als Amtsträger im Sinne des § 203 StGB.
- Auch die Vergabekammer ist nicht an Kennzeichnungen des Bieters gebunden.
- Bei der Gewährung von Akteneinsicht besteht grundsätzlich ein Konflikt zwischen Rechtsschutz und Geheimnisschutz. Hier ist jeweils im Einzelfall eine Abwägung vorzunehmen.

5. Geheimschutz und kommunale Selbstverwaltung

Rechtsanwältin Katrin Beckmann-Oehmen, M.M., Sonntag Niestrate Rechtsanwältin, Düsseldorf

- Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Öffentlichkeit. Nur ausnahmsweise sind Beschlüsse und Beratungen in nicht-öffentlicher Sitzung vorzunehmen.
- Es ist jeweils eine Abwägung zwischen der Vertraulichkeit und dem Öffentlichkeitsprinzip vorzunehmen.
- Ausgehend von dem Gedanken des § 20 Abs. 3 VOB/A ist die Pflicht zur Information zu entnehmen.
- § 3 UVgO schreibt Vertraulichkeit vor.
- Bei der Erstellung von Sitzungsunterlagen ist auf die Zweckbindung zu achten.
- Der Gemeinderat kann Entscheidungsbefugnisse delegieren, beispielsweise an einen in nicht-öffentlicher Sitzung tagenden Ausschuss.
- Auch in veröffentlichten Sitzungsunterlagen ist der Schutz personenbezogener Daten zu berücksichtigen. Gegebenenfalls sind unterschiedliche Unterlagen-Sets zu erstellen oder diese gar nicht herauszugeben.