

Update Vergaberecht

Zur Überprüfung von Leistungsversprechen

VK Bund, Beschluss vom 20.06.2023 – VK 2-34/23 (nicht bestandkräftig)

Der öffentliche Auftraggeber A schrieb Reisebüroleistungen im Offenen Verfahren aus. Die Bieter B und C gaben Angebote ab. Mit der Abgabe hatten die Bieter zu erklären, dass ihr Angebot den Vorgaben der Vergabeunterlagen entspreche. A informierte die Bieter, dass er beabsichtige den Zuschlag auf das Angebot des B zu erteilen. C rügte dies. Er meint, dass B nicht in der Lage sei, die in den Vergabeunterlagen enthaltenen datenschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten. A führte daraufhin eine Aufklärung des Angebots des B durch und hielt auch danach an seiner Zuschlagsabsicht fest. Nachdem die Rüge erfolglos blieb, stellte C einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes.

Mit Erfolg! Der zulässige Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Grundsätzlich dürfe sich ein öffentlicher Auftraggeber zwar auf ein Leistungsversprechen eines Bieters verlassen. Hier ergäben sich jedoch aus allgemein zugänglichen datenschutzrelevanten Verlautbarungen des B Unsicherheiten, die eine Aufklärung indizierten. So enthielten die „Binding Corporate Rules (BCR)“ des B Regelungen, nach welchen eine Datenweitergabe innerhalb des Konzerns - auch Übermittlungen personenbezogener Daten - in Drittländer ohne Angemessenheitsbeschluss nach Art. 44, 45 DSGVO vorsehe. Dies sei insbesondere im Hinblick auf ein ausschließlich in den USA betriebenes Preisvergleichstool bedeutsam, welches der B (zumindest nach Auffassung des C) regelmäßig nutze. Eine Aufklärung sei insofern nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV grundsätzlich zulässig und geboten gewesen. Die durchgeführte Aufklärung sei jedoch nach Auffassung der Vergabekammer zu oberflächlich gewesen. Vielmehr hätte A klären müssen, wie B die Sicherstellung der Vorgaben der Vergabeunterlagen im Einzelnen umsetzen werde.

Bedeutung für die Praxis

Dass Auftraggeber sich im Grundsatz auch ohne Überprüfung auf Leistungsversprechen von Bieter verlassen dürfen, ist inzwischen vielfach durch Nachprüfungsinstanzen bestätigt worden (zuletzt durch die VK Bund im Beschluss vom 07.07.2023 – VK 2-36/23 – nicht bestandkräftig). Erst wenn sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens zweifelhaft ist, ist ein öffentliche Auftraggeber gehalten, dieses durch Einholung ergänzender Informationen zu überprüfen. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit, dass die Anhaltspunkte nicht aus dem Angebot selbst, sondern aus allgemein zugänglichen datenschutzrelevanten Verlautbarungen stammen, (was - soweit ersichtlich - noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des nunmehr in zweiter Instanz mit dem Fall befassten OLG Düsseldorf war). Im Rahmen einer Überprüfung muss der Auftraggeber bereit und in der Lage sein, das Leistungsversprechen des Bieters effektiv zu verifizieren. In Hinblick auf datenschutzrechtliche Versprechen kann ein Auftraggeber beispielsweise IT-Beschaffungsdienstleister, externe Datenschutzbeauftragte oder Landesdatenschutzbehörden einbeziehen (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 28.02.2023 - 3194.Z3-3_01-22-42).