

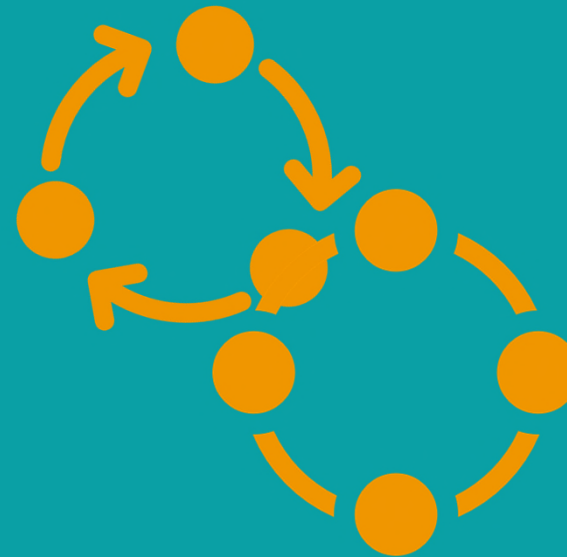
TRACK 1 – Herausforderungen für Kommunen bei der IT- Vergabe

Dr. Annette Rosenkötter/Jonas Puchelt



Die Beauftragung von Start-Ups

Check-In und Stand der Dinge



Umfrage

Haben Sie schon einmal einen Auftrag an ein Start-up oder KMU vergeben?

- a. Ja, das ist schon einmal vorgekommen.
- b. Na klar, das machen wir regelmäßig.
- c. Nein, das habe ich noch nie gemacht.
- d. Ich würde gerne, aber ich weiss nicht wie das gehen soll.



Umfrage

Kennen Sie Start-Ups, an deren Beauftragung Sie Interesse hätten?

- a. Na klar, ich kenne einige interessante Start-Ups.
- b. Ja, ein Start-Up käme für uns in Frage.
- c. Nein, Start-Ups sind mir suspekt.



Umfrage

Offene Frage: Möchte jemand von seiner Erfahrung berichten?

Zum Beispiel: positive Erfahrung mit der Beauftragung eines Start-Ups, Problemstellungen an denen die Beauftragung eines Start-Ups gescheitert ist, Herausforderungen mit Start-Ups usw.





Wer von Ihnen beschafft regelmäßig IT-Leistungen?

- a. Ich beschaffe oft IT-Leistungen und das immer/regelmäßig agil.
- b. Ich beschaffe IT-Leistungen nur klassisch.
- c. Ich beschaffe selten IT-Leistungen.
- d. Was ist agil?



Welchem dieser Probleme begegnen Sie beim Beschaffen von IT-Leistungen am häufigsten?

- a. Datenschutzrechtliche Probleme z.B. Bieter außerhalb der EU
- b. Unbekannte Bieter ohne Erfahrung mit der öffentlichen Hand
- c. Ich weiß nicht genau, wie ich meinen Beschaffungsbedarf sinnvoll decken kann (Markt- und Produktkenntnis)
- d. Es soll ein konkretes Produkt werden- wie geht das vergaberechtlich ?

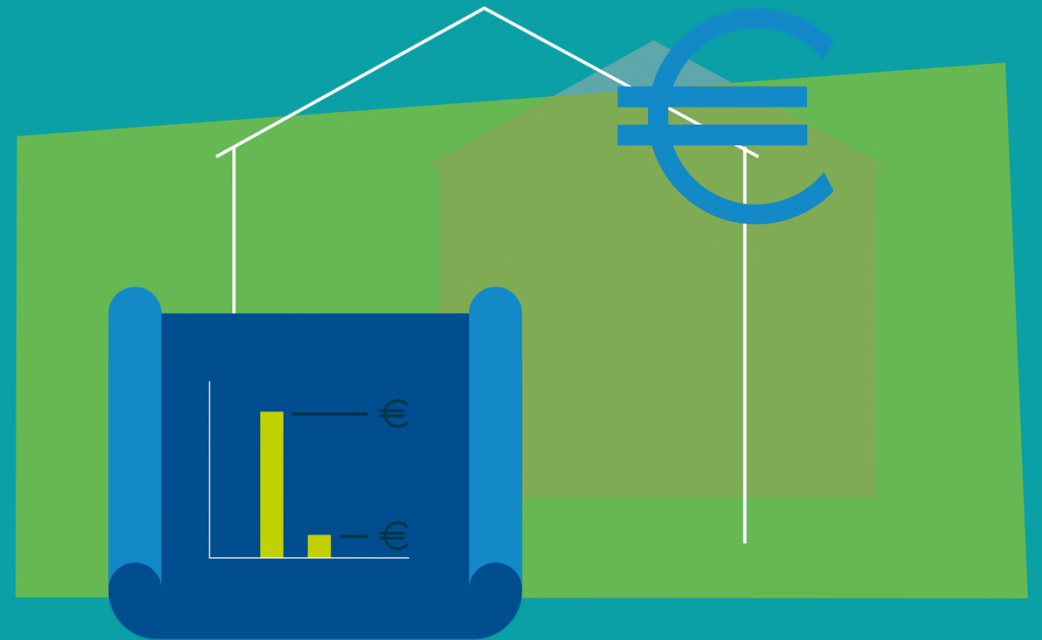


Offene Frage: Erfahrungsberichte zu IT-Ausschreibungen

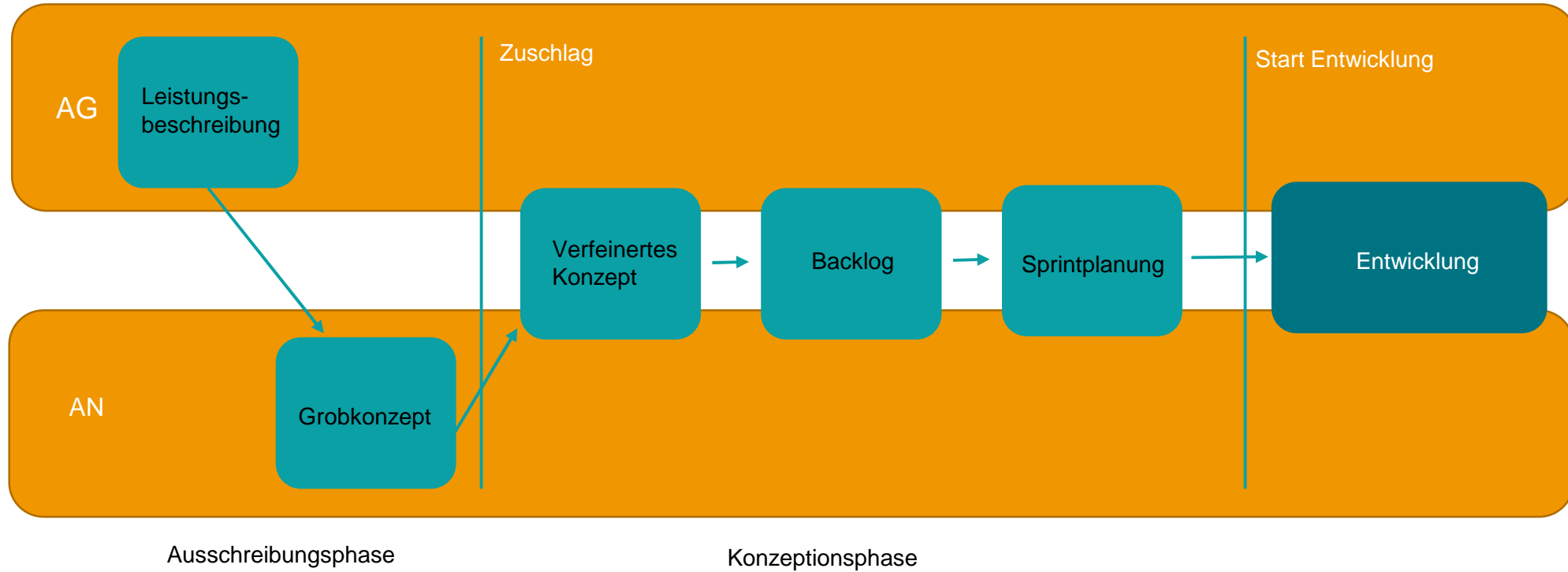
Zum Beispiel: Erfahrung gut/schlecht mit agilen Methoden, Probleme mit IT-Ausschreibungen, innovative Beschaffungsvorgänge

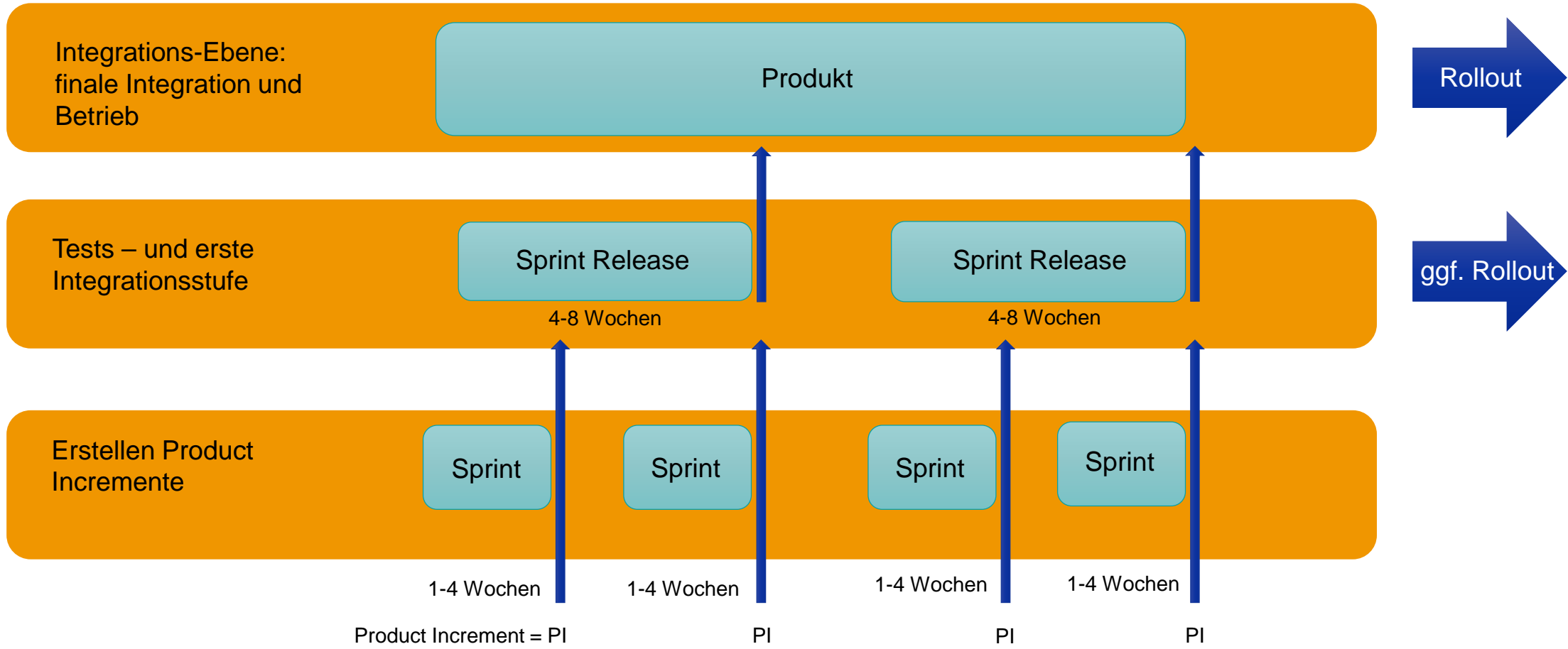
Agile Beschaffung von IT-Leistungen

Tipps & Tricks für Auftraggeber

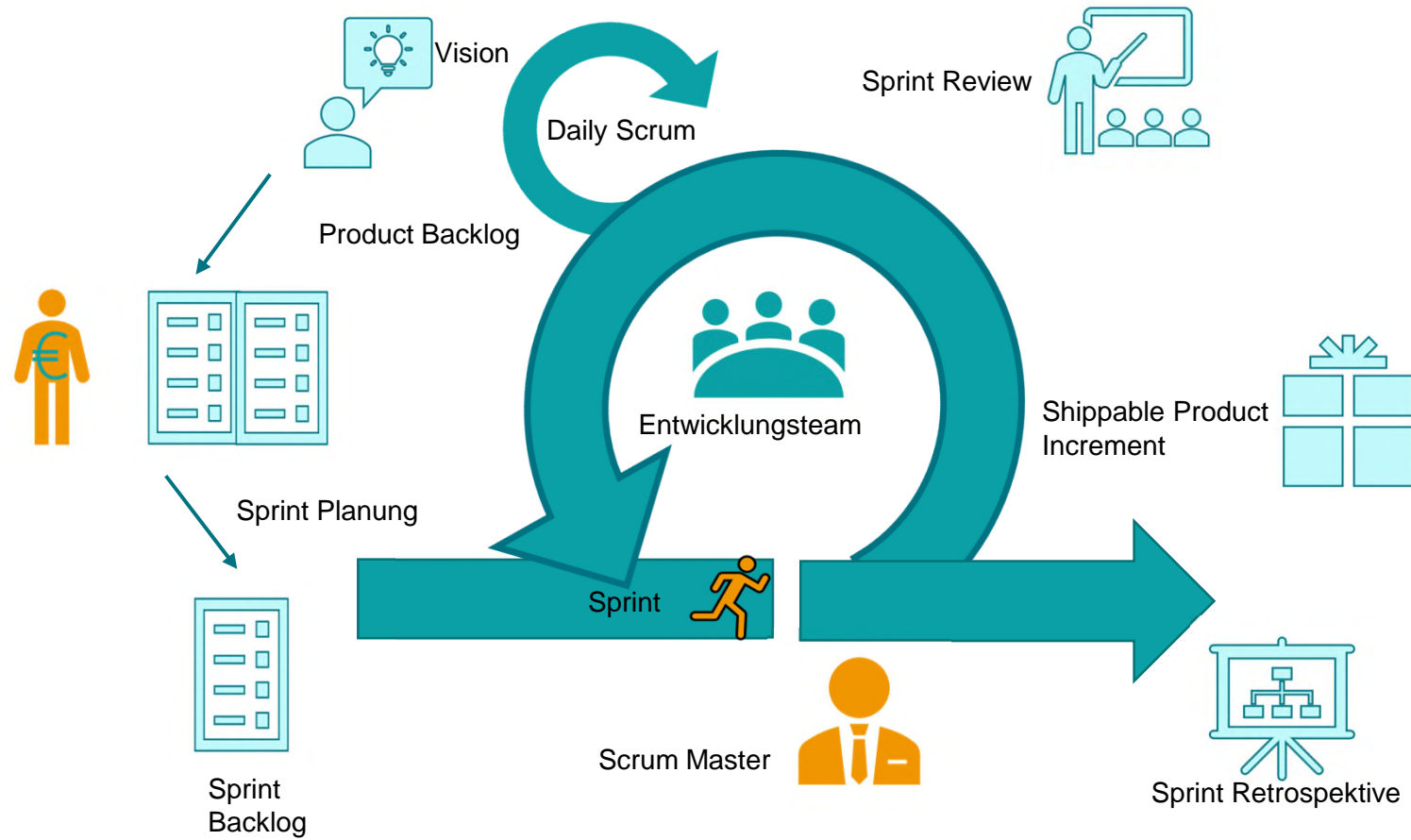


Der Weg ist das Ziel – Absicherung des Erfolges über den Prozess





Ein SCRUM-Zyklus



Wie definiere ich einen Preis bei noch nicht abschließend definierter Leistung?

„shared pain/ shared gain“

vereinbarer Tagessatz: 1.000 Euro – geschätzte Entwicklungsdauer: 5 Tage

Szenario 1:

tatsächliche Entwicklungsdauer: 7 Tage



Vergütung der zwei zusätzlichen Tage nur mit einem 600 Euro

Szenario 2:

tatsächliche Entwicklungsdauer : 4 Tage



es werden die tatsächlich eingesetzten plus der Hälfte der eingesparten Tage berechnet, also viereinhalb Tage.

Und auf welcher Basis werte ich?

 **geschätzte Gesamtvergütung**

 **ausdetailliert auf Basis der der Grobkonzept zu Grunde gelegten Prozessschritte „Sprints“**

Nicht jeder muss das Rad (alleine) neu erfinden



Auftraggebergemeinschaften können eine sinnvolle Möglichkeit sein, vorhandenes Know-How zu nutzen und weiterzugeben

Konsortialvertrag + Kooperationsvereinbarung

Vorteile: Know-How muss nur einmal erlangt werden, harmonisierte & einheitliche Standards, Integration in einheitliche Plattform, gemeinsame Vorbereitung und Durchführung der Beschaffung

Denkbare Konstellationen: Gemeinsame Beschaffung, Rahmenvereinbarung, Optionsmöglichkeiten



Der Auftraggeber muss weiterhin genau wissen, was er beschaffen möchte

- es bietet sich eine frühe Einbindung fachlicher Berater an
- gerade in dynamischeren Beschaffungen, muss der Auftraggeber seine Position kontinuierlich im Auge behalten → Anforderungen an Entwicklungsstufen, Endprodukte, Bedürfnisse

Marktkennntnis ist das A und O

- in einem dynamischen Umfeld sind dem Auftraggeber womöglich Umsetzungsmöglichkeiten und Produkte unbekannt
- die Markterkundung muss sich dem dynamischen Marktumfeld anpassen

Keep it simple



Um möglichst viele wertbare Angebote zu enthalten, sollten die Ausschreibungsunterlagen so einfach wie möglich gehalten werden.

- Viele Marktteilnehmer machen formale Fehler
- Die Auftragsvergabe gilt als kompliziert und formalisiert

„Die Auftragsunterlagen so einfach wie möglich und so ausführlich wie nötig halten“

- Ankreuzformulare
- ausführliche Beschreibung und Anleitung, was gefordert wird

FAZIT



Der vergaberechtliche Werkzeugkoffer bietet viele Möglichkeiten, um Leistungen in dynamischen Marktumfeldern zielgerichtet zu beschaffen.



Die Beschaffung komplexer/ innovativer Leistungen bedarf einer professionellen Aufstellung auf Seiten des Auftraggebers – auch mit externer (v.a. technischer Unterstützung).



Eine sorgfältige Markerkundung ist auch hier ein entscheidender Erfolgsfaktor.



Dokumentationspflichten bei Anwendung der erleichterten Vergaben in jedem Fall beachten.

Datenschutz nach Schrems-II



Datenschutzrechtliche Ausgangslage



Die Datenverarbeitung findet nur im EWR bzw. Staaten mit Angemessenheitsbeschluss statt
→ keine zusätzlichen Maßnahmen erforderlich



Die Datenverarbeitung findet in den USA statt
oder von einem US-amerikanischen Unternehmen, welches dem CLOUD-Act unterfällt
→ die SCC müssen um weitere Garantien ergänzt werden



Die Datenverarbeitung findet in einem anderen Staat statt
→ der Datenexporteur (hier: AG) muss anhand der Rechtslage und Praxis das Datenschutzniveau prüfen und abhängig davon SCC und ggf. weitere Maßnahmen ergreifen

Vorbereitung des Verfahrens

AG ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO in der Verantwortung → Verstoß ggf. Bußgelder

Risikoanalyse

- Datentransfer in USA unausweichlich? Europäische Alternativen?
- Wie sensibel sind die Daten? Wie viele Daten?
- Technische Schutzmaßnahmen denkbar? Ausnahmen durch Einwilligung, DSGVO Konzept des Bieters ?

Verfahrenswahl

- Anforderungen unklar und von Bieter abhängig, die auch Lösungen anbieten können
- → Verhandlungsverfahren mit TW
- §14 Abs. 3 Nr. 3 VgV: Verhandlung notwendig
- Bieter sollen datenschutzkonforme Lösung anbieten

Auslagerung auf Bieter datenschutzrechtlich nicht möglich

- Allerdings vergaberechtlich
- Deshalb muss das Verfahren angepasst werden

Wege zur Beauftragung von Bieter die Daten in Staaten ohne Angemessenheitsbeschluss verarbeiten

Standarddatenschutzklauseln als Grundgerüst

Teil der Vergabeunterlagen i.S.v. § 29 Abs. 3 VgV
Änderungen durch Bieter führen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zum Ausschluss

Zusätzliche technische Maßnahmen d.h. vertragliche Verpflichtungen

Ergänzungsvereinbarungen z.B. bzgl. Einhaltung der SCC, nur verhältnismäßiger Zugriff durch Behörden, Verpflichtung zur Rechtswegerschöpfung, kein selbständiger Zugriff → Ebenfalls nach § 29 Abs. 3 VgV als Teil der Vergabeunterlagen
Eigenerklärung des Bieters in Eignungsprüfung § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB
Leistungsanforderung → AG muss nur noch Konzept von Bieter bewerten
(P) Inwieweit darf sich der AG auf Bieterangaben verlassen → vergaberechtlich: idR (+) Ausn: konkrete Anhaltspunkte;
datenschutzrechtlich: Verantwortlichkeit bleibt bei AG

Zusätzliche technische Maßnahmen d.h. physische Hürden

Verschlüsselung, Pseudonymisierung, Anonymisierung
(P) Was ist ausreichend? z.B. keine Entschlüsselung durch NSA
(P) Auftrag setzt Verarbeitung der Daten selbst voraus

Limitierung im Verfahren

Limitierung in der Leistungsbeschreibung

- grds: Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers
- Grenze: Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 97 Abs. 2 GWB → Anwendbarkeit auf Bieter aus „Drittstaaten“ umstritten
- Lösung: Rechtfertigung der Limitierung → Schrems-II

Ausschluss der Datenvereinbarung in den USA bzw. CLOUD-Act

- Sachliche Rechtfertigung:
 - Schrems II bzw. Bindung des AG an DSGVO generell
 - Risikoanalyse im konkreten Einzelfall
 - zusätzliche Maßnahmen (insb. Verschlüsselung) nicht mit Leistung vereinbar

Ausschluss der Datenvereinbarung in Staaten ohne Angemessenheitsbeschluss

- Ausgangslage: datenschutzrechtliche Rechtslage unklar → Muss der AG dieses rechtliche Risiko eingehen?
- Abwägung: Leistungsbestimmungsrecht vs. Gleichbehandlungsgrundsatz
- Argumente: Risikoanalyse, datenschutzrechtliche Vertretbarkeit

F P S

Ihre Kanzlei. Ihr Partner.

Ihre Kanzlei. Ihr Partner.

BERLIN

Kurfürstendamm 220
10719 Berlin
T +49 30 88 59 27-0
F +49 30 88 59 27-100
berlin@fps-law.de

DÜSSELDORF

Immermannstraße 20
40210 Düsseldorf
T +49 211 30 20 15-0
F +49 211 30 20 15-90
duesseldorf@fps-law.de

FRANKFURT AM MAIN

Eschersheimer Landstr. 25–27
60322 Frankfurt am Main
T +49 69 95 957-0
F +49 69 95 957-455
frankfurt@fps-law.de

HAMBURG

Große Theaterstraße 31
20354 Hamburg
T +49 40 37 89 01-0
F +49 40 36 62 98
hamburg@fps-law.de