

Bird & Bird

# Neu-Ulmer Leitstellentage 2022

Vergabe- und Vertragsrecht

*29. September 2022*

# Schön, dass Sie teilnehmen!

*Dr. Jan Byok, LL.M., Partner, Bird & Bird LLP, Standort Düsseldorf*

## *Meine Expertise*

- Spezialisierung auf das öffentliche Vergabe- und Vertragsrecht, Informations- und Kommunikationstechnologierecht sowie Wettbewerbs- und Kartellrecht
- langjährige Erfahrung in der außergerichtlichen und gerichtlichen Konfliktlösung, Mediation sowie Schiedsverfahren (z.B. Sanierung von Krisenprojekten) und Koordination großer und komplexer Infrastrukturprojekte
- Fachanwalt für Vergaberecht und Fachanwalt für Informationstechnologie
- TÜV-zertifizierter externer Datenschutzbeauftragter & IT Compliance Manager
- Mitglied unter anderem der Deutschen Gesellschaft für Wehrtechnik e.V. (Präsidium), der Clausewitz-Gesellschaft e.V. sowie des Verbands der Reservisten der Bundeswehr e.V.

## *Mein Beratungsspektrum*

- Planung, Steuerung, Realisierung und Sanierung hochkarätiger Technologie-, Compliance- und Infrastrukturprojekte im öffentlichen und privaten Sektor
- tiefgehende Beratung in den Märkten von ITK, Gesundheit, Ver-/Entsorgung (Wasser, Energie, Abfall), Transport und Logistik (ÖPNV, SPNV), Sicherheit und Verteidigung sowie Planung und Bau



# Agenda

*29. Mai 2022 – 15:00 bis 15:30 Uhr*

- I. Überblick über Verfahrensarten** – Ihre Bedeutung für Betreiber kritischer Infrastrukturen
- II. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** - Voraussetzungen und Möglichkeiten im Bereich des Bevölkerungsschutzes
- III. Aktuelle Rechtsprechung** - Zu IT-Beschaffungen im Bereich des Bevölkerungsschutzes

Bird & Bird

# Überblick über Verfahrensarten

Ihre Bedeutung für Betreiber kritischer Infrastrukturen



# Offenes Verfahren

*§ 15 VgV und § 3 Nr. 1 VOB/A-EU*

Ermittlung des Bedarfs

Erstellung der Vergabeunterlagen

Bekanntmachung und Veröffentlichung  
der Vergabeunterlagen

Eingang der Angebote

Angebotswertung

Ausschluss von Bietern

Information der Bieter

**Zuschlag**

# Nicht offenes Verfahren

§ 16 Abs. 1 VgV und §§ 3 Nr. 2 VOB/A-EU

Ermittlung des Bedarfs

Erstellung der Vergabeunterlagen

Teilnahmewettbewerb

Versand der Vergabeunterlagen

Eingang der Angebote

Angebotswertung

Ausschluss von Bietern

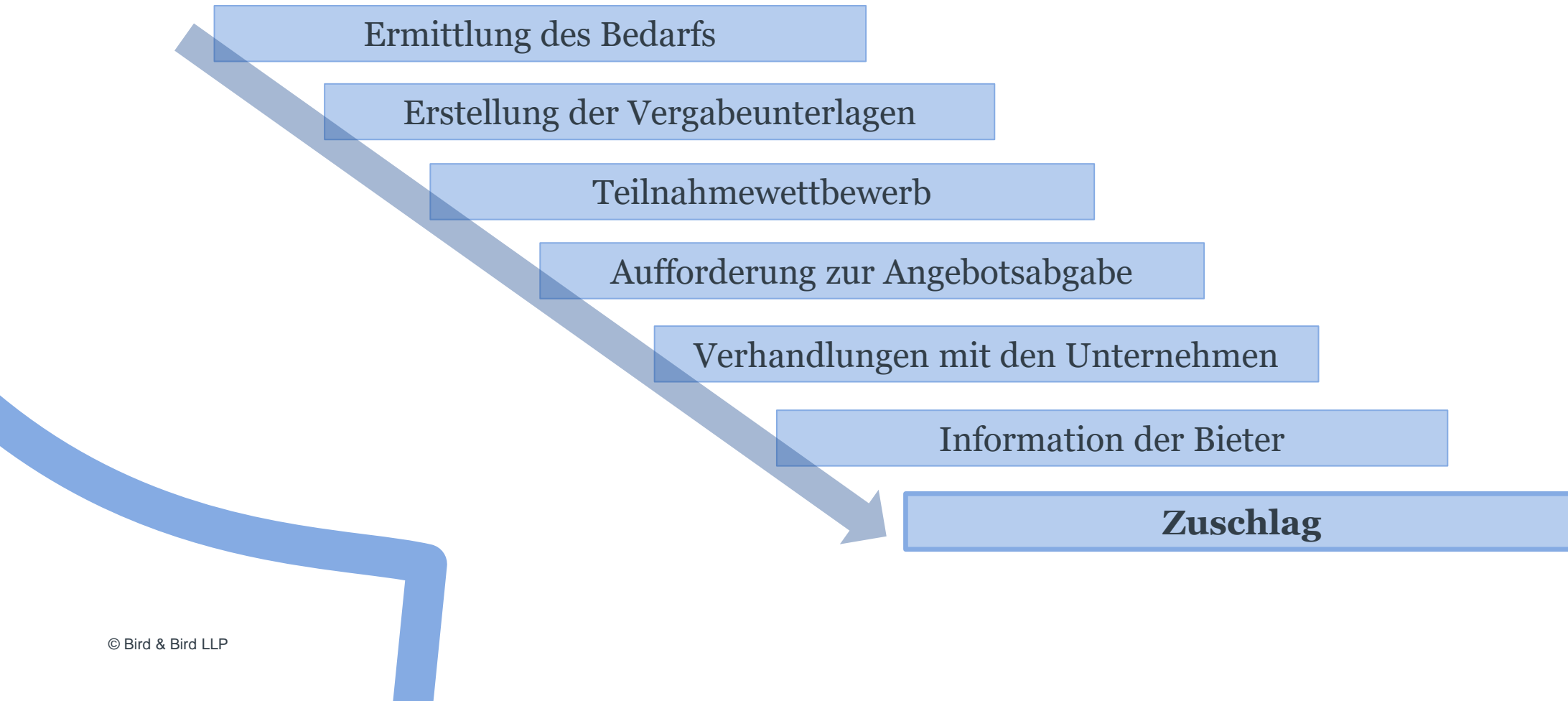
Information der Bieter

**Zuschlag**

Bei KRITIS-Vergaben besonders praxisrelevant!

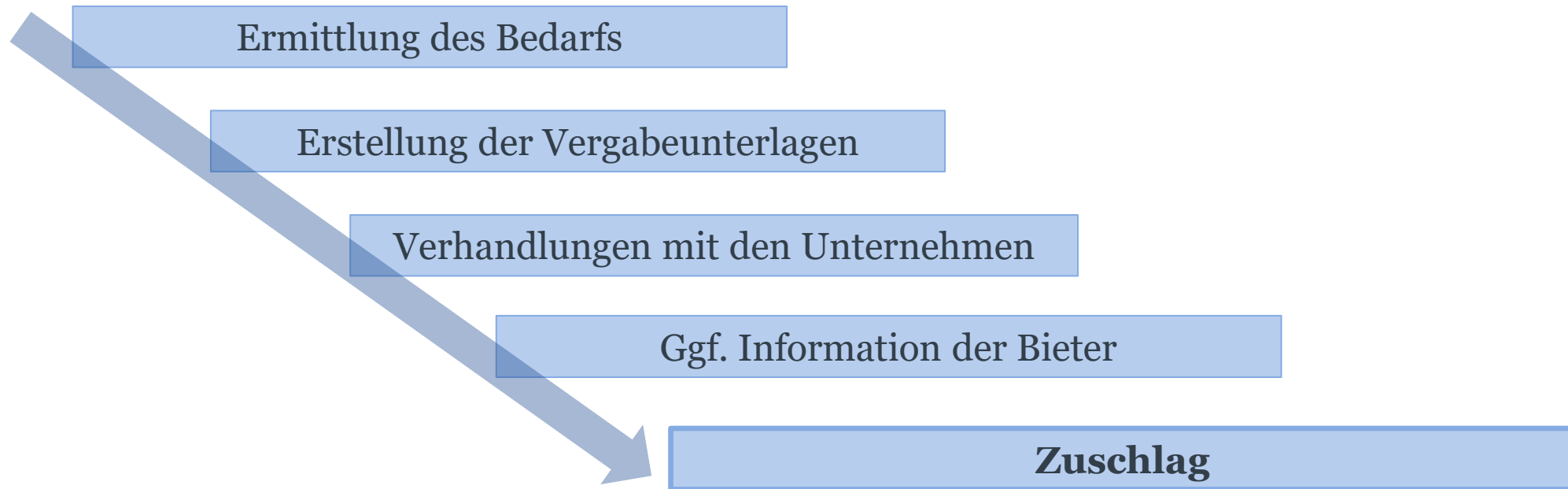
# Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

*§ 16 VgV und § 3 Nr. 3 VOB/A-EU*



# Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

*§ 17 Abs. 1 VgV und § 3 Nr. 3 VOB/A-EU*

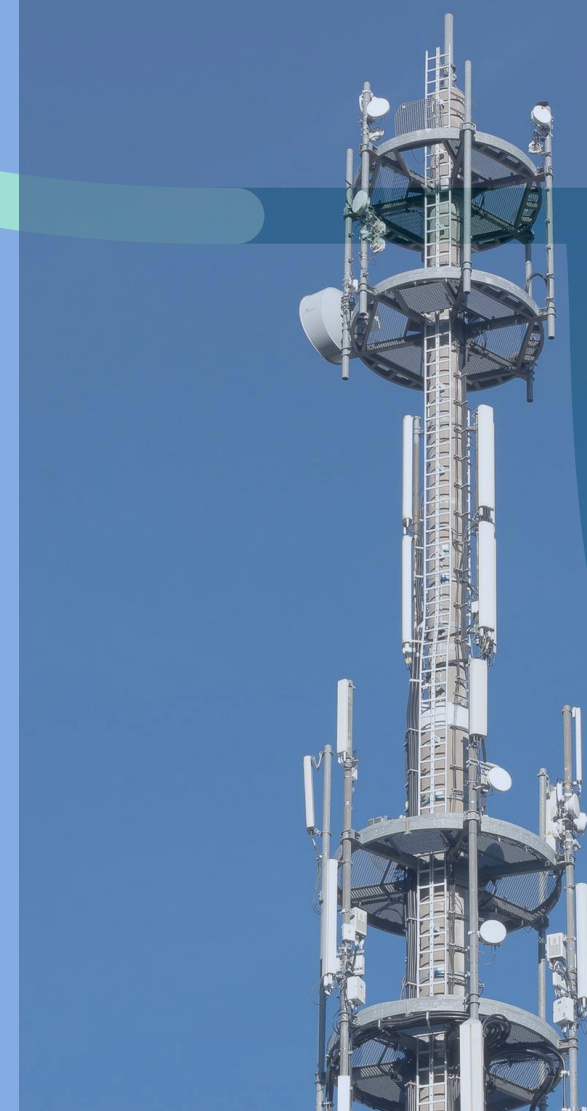




Bird & Bird

# Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

Voraussetzungen und Möglichkeiten im Bereich des  
Bevölkerungsschutzes und des Digitalfunks



# Voraussetzungen der Direktvergabe

*Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb*

In einem **vorangegangenen offenen** Vergabeverfahren sind **keine oder keine geeigneten Angebote** eingegangen

oder

der Auftrag kann aus **technischen Gründen** nur von einem einzigen Unternehmen erbracht werden

oder

Äußerst **dringliche, zwingende Gründe** im Zusammenhang mit **unvorhersehbaren Ereignissen** lassen eine andere Verfahrensart auch bei Verkürzung auf Mindestfristen nicht zu.

# Technische Gründe

## *für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb*

- Für die Durchführung des Auftrags ist eine besondere Befähigung oder technische Ausstattung notwendig, die europaweit nur einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer zur Verfügung steht.



- Technische Alleinstellungsmerkmale können sich auch aus konkreten Anforderungen an die **Interoperabilität** ergeben.
- Technische Gründe können sich zudem aus der **Ausführung eines früheren Auftrags** ergeben.

- Es darf zu der vom Auftraggeber beabsichtigten konkreten Beschaffung **keine vernünftige Alternative** oder **Ersatzlösungen** geben. Es muss sichergestellt sein, dass der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer **künstlichen Einschränkung der Auftragsparameter** ist.
- Der Auftraggeber muss nachweisen können, ernsthafte **Nachforschungen auf europäischer Ebene** (Markterforschung) angestellt zu haben, um festzustellen, dass die Erbringung der geforderten Leistung für andere Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist.
- Ergeben sich technische Gründe aus der Auswahl des konkreten Beschaffungsgegenstandes (z.B. eines bestimmten Herstellers), muss diese **durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt** sein → siehe nächste Folie.

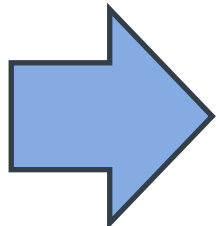
# Produktspezifische IT-Vergaben

*Entscheidung des OLG Celle v. 31.03.2020 – 13 Verg 13/19*

- Für produktspezifische Ausschreibungen muss ein sachlicher Grund gegeben sein (beispielsweise Sicherstellung der Funktionsfähigkeit eines Alarmierungssystems).
- Die Entscheidung für ein spezifisches Produkt, die den Wettbewerb einschränkt, muss **nachvollziehbar begründet** und **dokumentiert** sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die Notwendigkeit einer produktspezifischen Ausschreibung liegt beim Auftraggeber.
- Die Entscheidung für ein spezifisches Produkt kann aus technischen Gründen gerechtfertigt sein, wenn dadurch im Interesse der Systemsicherheit und –funktion eine **wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen** (z.B. Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, höherer Umstellungsaufwand) bewirkt wird.



**Eine schlagwortartige Dokumentation und Begründung sowie pauschale Verweise** auf "Performanceverluste" z.B. bei alternativem Mischbetrieb oder eine undifferenzierte Behauptung von Risiken bei Mischbetrieb **reichen nicht aus!**



**Ein Auftraggeber darf insbesondere in sicherheitsrelevanten Bereichen jedwedes Risikopotenzial ausschließen und den sichersten Weg wählen.** Vergaberechtlich entscheidend ist die ausführliche und fundierte Begründung und deren Dokumentation.

# Dringlichkeitsvergabe

## *Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb*

- Unmöglichkeit der Einhaltung von **Mindestfristen** aus **äußerst dringlichen, zwingenden Gründen**



Kommt nur in Betracht, wenn auch die gesetzlichen **verkürzten** Fristen nicht eingehalten werden können.

**Es müssen besonders hochrangige Rechtsgüter betroffen sein.**

Beispielsweise: Leben, körperliche Unversehrtheit, hohe Vermögenswerte, existentielle Daseinsvorsorge. Im Umfeld von Leitstellen in der Regel (+).

- **Unvorhersehbarkeit** der Dringlichkeit

**Unvorhersehbar** sind solche Ereignisse, die **außerhalb des üblichen wirtschaftlichen und sozialen Lebens stehen.**

An der Unvorhersehbarkeit fehlt es beispielsweise bei:

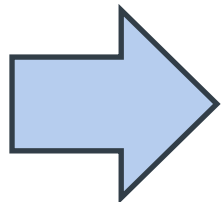
- Sich regelmäßig wiederholenden Notlagen (Rheinhochwasser)
- Personellen Engpässen in der Urlaubszeit
- Verweigerung von Genehmigungen oder Zustimmungen durch andere Behörden
- Mittelverfall am Ende eines Haushaltsjahres
- Bei absehbar stark steigenden Preisen

- Die Dringlichkeit darf dem Auftraggeber **nicht zurechenbar** sein.

# SDH end of life-Problematik

## *Und die Möglichkeit von Interimslösungen*

- Die **Umstellung des Digitalfunknetzes in Deutschland auf den IP-Standard** geht mit der erforderlichen Ablösung der durch die Telekom betriebenen Plattform für die Synchrone Digitale Hierarchie (SDH-Plattform) einher.
- Die SDH-Plattform stellte die technologische Basis des Kerntransportnetzes des Bundes (KTN) dar.
- Das Ende der SDH-Plattform ist auch für die durch die Länder betriebenen Zugangsnetze zum Digitalfunk bedeutend. Die SDH-basierten E1-Leitungen der Zugangsleitungen sind abzubauen und durch andere Technik zu ersetzen.
- Zeitliche Verzögerung bei der IP-Migration des KTN durch die BDBOS könnten bei von der Abschaltung der SDH-Technik betroffenen Zugangsnetzen technische Überbrückungslösungen notwendig machen.

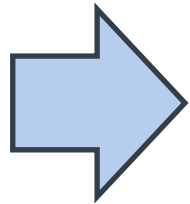


**Zeitliche Verzögerungen auf vorgelagerten Ebenen technischer Großprojekte können auf weiteren Projektebenen **Interimslösungen** erforderlich machen.**

# Interimsvergaben

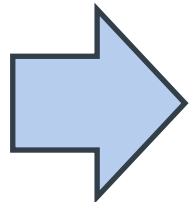
## *Voraussetzungen und Einschränkungen*

- Die jüngere Rechtsprechung neigt dazu, das öffentliche Interesse an einer Kontinuität der Bereitstellung von Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge höher zu gewichten als Vorhersehbarkeits- und Verursachungsgesichtspunkte auf Auftraggeberseite.



Sind **wesentliche Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge** betroffen, kann der Maßstab an die Vorhersehbarkeit für den Auftragnehmer weniger streng ausfallen.

- Der Interimsauftrag ist in seinem Umfang und Zeitraum auf das **unbedingt für die Überbrückung Notwendige** zu beschränken.



Bereits vorhersehbarer etwaiger **Folgebedarf** ist ab dem frühestmöglichen Zeitpunkt im Wege eines **förmlichen Vergabeverfahrens** zu decken!



# Weitere Beschaffungsmaßnahmen

## Im Digitalfunk im Zuge der Netzhärtung

- Errichtung von **Netzersatzanlagen** (Brennstoffzellentechnologie oder Dieselgeneratoren) durch die Bundesländer zur Stromversorgung der Basisstationen
- Vorkehrungen gegen physikalische Beschädigung und Zerstörung von gemieteten im Boden verlegten Übertragungsleitungen z.B. durch **Aufbau eigener Leitungen**
- Beschaffung **satellitengesteuerter mobiler Basisstationen** (→ **herstellerspezifisch?**)
- Errichtung/Beibehaltung/Reaktivierung analoger **Rückfallebenen bei Großschadenslagen**





# Bird & Bird

## Aktuelle Rechtsprechung

Zu IT-Beschaffungen im Bereich des Bevölkerungsschutzes

```
string sInput;  
int iLength, iN;  
double dblTemp;  
bool again = true;  
  
while (again) {  
    iN = -1;  
    again = false;  
    getline(cin, sInput);  
    system("cls");  
    stringstream(sInput) >> dblTemp;  
    iLength = sInput.length();  
    if (iLength < 4) {  
        again = true;  
        continue;  
    } else if (sInput[iLength - 3] != '.') {  
        again = true;  
        continue;  
    } while (++iN < iLength) {  
        if (isdigit(sInput[iN])) {  
            continue;  
        } if (iN == (iLength - 3)) {
```

# Öffentlich-Öffentliche Zusammenarbeit

## *Überlassung eines Einsatzleitsystems zwischen öffentlichen Auftraggebern*

### **Keine Anwendung von Vergaberecht nach § 108 Abs. 6 GWB bei IT-Kooperationen/Softwareüberlassungen zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern:**

Wird im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

- eine Software (hier: ein Einsatzleitsystem) überlassen und
- verpflichtet sich der Nutzer zur Kooperation bei der Weiterentwicklung der Software

liegt ein **öffentlicher Auftrag** im Sinne des Vergaberechts vor.

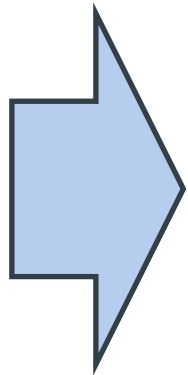
**Dieser unterfällt jedoch dann nicht dem Vergaberecht, wenn sichergestellt ist,**

- dass Folgeaufträge **z.B. durch Überlassung des Quellcodes** auch durch andere Auftragnehmer als den ursprünglichen Softwarehersteller erbracht werden können
- und insofern **keine Besserstellung** des ursprünglichen Softwareherstellers gegeben ist.

# Öffentlich-Öffentliche Zusammenarbeit

*Überlassung eines Einsatzleitsystems zwischen öffentlichen Auftraggebern*

Fazit:



Bei der unentgeltlichen Überlassung von Software - z.B. eines Einsatzleitsystems - einschließlich Abschluss eines Kooperationsvertrags zwischen öffentlichen Auftraggebern (z.B. Land und Kommune) ist sicherzustellen, **dass andere Unternehmen nicht aufgrund fehlender Informationen zur Software bei Folgevergaben, die die Pflege, Anpassung oder Weiterentwicklung betreffen, faktisch ausgeschlossen sind.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2021, Verg 25 / 18 sowie EuGH, Urteil vom 28.05.2020, C - 796 / 18 (NZBau 2020, 461))

# Prüfungspflichten der Vergabestelle

## *Beschaffung datenschutzkonformer Cloud-Lösungen*

- Insbesondere für **kooperative und integrierte Leitstellen** mit einheitlichen Einsatzleitsystemen und gemeinsamem Zugriff auf Datenbanken kommen **Cloudlösungen** in Betracht.

Eine **Cloud** ist ein Rechenzentrum, das Software und Dienstleistungen als Service zentral über ein Netzwerk zur Verfügung stellt. Diese können von mehreren Standorten aus gleichzeitig verwendet werden.

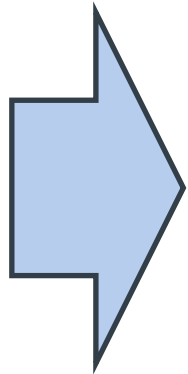
Die **Private Cloud** charakterisiert ein fest umrissener Kreis von Nutzern. Nur diese haben Zugang zur IT-Infrastruktur. Die Private Cloud ist von anderen Clouds getrennt.

- Bei der Vergabe eines Auftrags an **Cloud-Anbieter**, der eine Cloud mit Schnittstellen (beispielsweise Programmierschnittstellen) bereitgestellt, muss sichergestellt sein, dass Anforderungen an den **Datenschutz** (DSGVO) eingehalten werden.
- Dabei genügt es grundsätzlich, wenn sich ein Auftraggeber zusichern lässt, dass der Cloud-Anbieter die Vorgaben der DSGVO einhalten werde. Besteht keine Veranlassung an den Zusicherungen zu zweifeln, treffen den Auftraggeber im Vergabeverfahren keine tiefergehenden Nachprüfungspflichten beispielsweise hinsichtlich des Sitzes etwaiger Nachunternehmer in der EU.

# Prüfungspflichten der Vergabestelle

## *Beschaffung datenschutzkonformer Cloud-Lösungen*

Fazit:



Hat der Auftragnehmer vertraglich zugesichert, die Vorgaben der DSGVO einzuhalten und insbesondere keine Datenverarbeitung außerhalb der EU vorzunehmen, **stellt auch die Zugehörigkeit des Auftragnehmers zu einem Unternehmen/Konzern außerhalb der EU (beispielsweise USA) keinen vergaberechtlichen Ausschlussgrund dar.**

**Aufgrund der Zusicherung** kann der Auftraggeber grundsätzlich darauf vertrauen, dass trotz der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zu einem Konzern mit Sitz außerhalb der EU keine Daten in Länder außerhalb der EU weitergeleitet werden.

(OLG Karlsruhe, Beschluss v. 07.09.2022 – 15 Verg 8/22)

# Verpflichtung zur Aufteilung in Fachlose

## *Am Beispiel eines digitalen Alarmierungssystems*

Der öffentliche Auftraggeber kann von einer losweisen Vergabe nur dann ausnahmsweise absehen, wenn **wirtschaftliche oder technische Gründe** eine Gesamtvergabe erfordern.

Die Aufteilung in Lose dient der in § 97 Abs. 4 GWB normierten Berücksichtigung **mittelständischer Interessen**.

- Für die Beschaffung der Errichtung der Infrastruktur eines digitalen Alarmierungssystems bedeutet das, dass der Auftraggeber in seiner Vergabedokumentation festhalten muss, aus welchen wirtschaftlichen oder technischen Gründen er sich innerhalb seines Beurteilungsspielraums gegen eine losweise Vergabe entschieden hat.
- Das OLG Karlsruhe hat am 11.11.2020 (Az.: 15 Verg 6/20) in einem konkreten Fall entschieden:
  - Die **Errichtung des digitalen Alarmsystems einschließlich der Informationstechnik, der Lieferung von Komponenten, die Integration und die komplette Inbetriebnahme** kann in einem Los ausgeschrieben werden.
  - Die **Montage von Antennenmasten** und die damit verbundenen **Blitzschutz- und Elektrikerarbeiten** sowie die **Gebäudeertüchtigung** sind jedoch in einem weiteren Fachlos zu vergeben.



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

**Dr. Jan Byok, LL.M.**

Partner, Fachanwalt für Vergaberecht,  
Fachanwalt für Informationstechnologie

**Tel: +4921120056224**

**[jan.byok@twobirds.com](mailto:jan.byok@twobirds.com)**



Sie haben Rückfragen? Benötigen weitere Informationen?  
Sprechen Sie mich gerne an!



# Vielen Dank!

[twobirds.com](https://twobirds.com)

The information given in this document concerning technical legal or professional subject matter is for guidance only and does not constitute legal or professional advice. Always consult a suitably qualified lawyer on any specific legal problem or matter. Bird & Bird assumes no responsibility for such information contained in this document and disclaims all liability in respect of such information.

This document is confidential. Bird & Bird is, unless otherwise stated, the owner of copyright of this document and its contents. No part of this document may be published, distributed, extracted, re-utilised, or reproduced in any material form.

Bird & Bird is an international legal practice comprising Bird & Bird LLP and its affiliated and associated businesses.

Bird & Bird LLP is a limited liability partnership, registered in England and Wales with registered number OC340318 and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA) with SRA ID497264. Its registered office and principal place of business is at 12 New Fetter Lane, London EC4A 1JP. A list of members of Bird & Bird LLP and of any non-members who are designated as partners, and of their respective professional qualifications, is open to inspection at that address.