

# Die Art der Leistung ist bei der Vergabe wesentlich

von Fabian Budde

**Vergaberecht.** Bei der Bewertung von Bau- und Serviceaufträgen kommt es auf den Schwerpunkt der verlangten Anforderungen an.

OLG Schleswig, Urteil vom 5. Dezember 2023, Az. 45 Verg 8/23



Rechtsanwalt Fabian Budde  
von Heuking Kühn Lüer Wojtek  
Quelle: Heuking

## Der Fall

Die Antragsgegnerin schrieb die Beschaffung von Sensorleistungen und zur Bereitstellung einer Datenplattform als Bauleistung national aus. Die Lose eins bis drei betrafen die Sensorik, Los vier die Datenplattform. Ziel war der Aufbau einer Sensor-Infrastruktur und die Anwendung an 15 Standorten zu erproben. Die Leistungen umfassten die Anbringung der Sensoren an vorhandene Masten oder im Boden. Die Bieter sollten, falls Masten nicht vorhanden seien, zudem deren Errichtung in ihr Angebot einberechnen. Die Antragstellerin rügte, dass es sich bei den Leistungen schwerpunktmäßig um eine Liefer- und Dienstleistung handele, die europaweit hätte vergeben werden müssen. Die Antragsgegnerin wies dies zurück.

## Die Folgen

Der Nachprüfungsantrag war erstinstanzlich erfolglos, weil der Auftragswert unter dem für Bauleistungen relevanten Schwellenwert lag. Es gehe um eine im Tiefbaubereich anzusiedelnde Infrastrukturmaßnahme, denn der Auftragnehmer habe die Sensoren an vorhandene Elektrokabel anzubinden, also Elektroinstallationsarbeiten zu leisten. Bauleistungen seien Schwerpunkt der Leistungserbringung. Das OLG tritt dem entgegen. Es hält den Nachprüfungsantrag für begründet: Ein Auftrag über die Beschaffung der Sensorik und einer Datenplattform zur Lenkung von Besucherströmen und Pendelverkehren sei kein Bau-, sondern ein Liefer- und Dienstleistungsauftrag. Ziel des Vergabeverfahrens sei die Schaffung eines Systems aus Sensoren, die Daten erfassen und diese an die Datenplattform weiterleiten, wo sie verarbeitet werden. Wegen Überschreitung des Schwellenwerts für Liefer- und Dienstleistungen ist eine vergaberechtliche Nachprüfung zu gewähren.

## Was ist zu tun?

Die Entscheidung konkretisiert die vergaberechtlichen Anforderungen an die Bewertung eines Auftrags als Bau- oder Dienstleistung. Sie zeigt, dass die Bewertung als Bauleistung sorgfältig zu prüfen ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund des höheren Schwellenwerts für Bauvergaben. Die Entscheidung macht deutlich, dass es für Bieter wichtig ist, sich den Unterschied zwischen Bau- und Liefer- bzw. Dienstleistung zu vergegenwärtigen, auch um mögliche Rechtsschutzmöglichkeiten nicht verstreichen zu lassen. Bestehen an der Einordnung in die jeweilige Leistungskategorie Zweifel, kann mit Blick auf die unterschiedlichen Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung eine vergaberechtliche Nachprüfung angezeigt sein. (redigiert von Monika Hillemacher)