


<b>Gericht:</b>	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	28.03.2024
<b>Aktenzeichen:</b>	54 Verg 9/23
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGSH:2024:0328.54VERG9.23.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 103 Abs 3 GWB, § 104 Abs 1-4 GWB, § 106 GWB
<b>Zitiervorschlag:</b>	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 28. März 2024 - 54 Verg 9/23 -, juris

---

### **Zur Abgrenzung von Bauaufträgen von Dienstleistungs- und Lieferverträgen.**

#### **Leitsatz**

Ob der Rechtsweg zu der Vergabekammer eröffnet ist, ist von Amts wegen zu prüfen. Eine unterlassene Rüge einer nationalen Ausschreibung statt einer unionsweiten Ausschreibung führt insoweit nicht zur Präklusion.

Wird ein Auftrag national statt unionsweit ausgeschrieben, kann ein drohender Schaden eines Bieters wegen eines weiteren Vergabefehlers nicht aus dem Grund ausgeschlossen werden, dass er wegen der fehlerhaften Ausschreibung den Zuschlag ohnehin nicht erhalten könnte, wenn er die unionsweite Ausschreibung weder erreichen kann noch will.

Die Natur eines Vertrages, mit dem Leistungen beschafft werden sollen, die verschiedenen Vertragsarten zugehören, richtet sich nach der Hauptleistung. Diese ist wertend unter Berücksichtigung aller Umstände zu bestimmen.

Ein Auftrag zur Erstellung eines Systems aus Sensoren zur Parkraumüberwachung und zur Überwachung von Besucherströmen ist kein Bauauftrag.

#### **Tenor**

Die Entscheidung der Vergabekammer vom 25.10.2023 (VK-SH 14/23) wird auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin aufgehoben, soweit der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin betreffend Los 2 zurückgewiesen worden ist. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren hinsichtlich Los 2 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats mit einer neuen Wertung der Angebote fortzusetzen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in dem Be-

schwerdeverfahren einschließlich des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

## Gründe

### I.

1. Gesellschafter der Antragsgegnerin sind die Stadt X, der Kreis Y und der Kreis Z. Ihr Zweck ist die Förderung und Nutzbarmachung der Digitalisierung in der Region. Unter anderem sollen Besucherströme und Pendelverkehre effektiv gelenkt werdend durch die Schaffung von Datenquellen vor Ort, ein Datenmanagement und eine Datenanalyse auf der Basis von Echtzeitdaten.
2. Die Antragsgegnerin leitete mit Bekanntmachung vom 21.06.2023 ein nationales Vergabeverfahren für die Beschaffung der Sensorik und der Datenplattform ein. In einem Leistungsverzeichnis (Anlage Bf 2, Bl. 34 ff. d. A.) beschrieb sie die Aufteilung des Auftrags in vier Lose. Die Lose 1 - 3 betrafen die Sensorik in den einzelnen Gebietskörperschaften, das Los 4 betraf die Datenplattform. Ziel dieser Ausschreibung sollte es sein, prozesshaft die Sensor-Infrastruktur technisch aufzubauen und an 15 Standorten der Region die Anwendungen zu erproben, um den Prozess als Grundlage für eine anschließende Umsetzungsphase zu etablieren. Die Sofortmaßnahme sollte anhand von Show Cases in der Region demonstrieren, wie etwa Besucherströme erfasst und künftig gelenkt, sowie Parkräume besser genutzt werden könnten. Im Sommer 2023 sollten zwei zentrale Use Cases technisch einsetzbar sein, nämlich die Erfassung von Besucherströmen und Ableitung einer Besucherlenkung via Integration der Daten in einer Datenplattform und eine Parkraumüberwachung und Visualisierung der Parkplatzauslastung.
3. Für die Lose 1 - 3 hatten die Bieter alle notwendigen Leistungen anzubieten, insbesondere notwendigen Konfigurations- und Versorgungsleistungen, Transport- und Installationsarbeiten und die technische Übergabe und Einweisung einschließlich eines erfolgreichen Funktionstests aller Komponenten. Die Sensorik musste mit der Datenplattform kompatibel sein. Ziele waren die Implementierung der Sensorik inklusive Installation vor Ort, die Echtzeit-Erfassung und Auslastungserkennung der Parkplätze, die Realisierung einer zuverlässigen Datenübertragung in Echtzeit und die DSGVO-konforme Übertragung der aufbereiteten Daten an die Datenplattform. Gefordert war ein zukunftsfähiges Sensorik-System im Hinblick auf Systemerweiterungen und -entwicklungen mit neuen Funktionen und Fähigkeiten. Das System sollte eine bestimmte Genauigkeit der Verkehrserfassung bieten. Es sollten Schnittstellen zu relevanten Drittsystemen geschaffen werden.
4. Es war vorgesehen, die Sensoren an vorhandenen Masten oder am oder im Boden anzubringen. Die Bieter sollten, falls erforderliche Masten nicht vorhanden waren, die Errichtung in ihr Angebot einrechnen. Sowohl die Montage an Masten als auch die im Boden sollte mit minimalen Beeinträchtigungen erfolgen. Die Bieter sollten ein Montagekonzept und ein Konzept zur Stromversorgung vorstellen. Alle notwendigen Maßnahmen sowie eine Baustellensicherung waren anzubieten.

- 5 Die Bieter hatten wegen der umfangreichen Systemtechnik ein Konzept für den Aufbau und den Anschluss aller Komponenten vorzulegen. Sie hatten sicherzustellen, dass alle Sensorikauswertungen an die Datenplattform übermittelt würden.
- 6 Zum Leistungsumfang sollte eine Detailplanung der zu implementierenden Sensorik gehören. Ferner waren alle Administrations-, Konfigurations- und Erstversorgungsdienstleistungen, die für die betriebsfertig eingerichtete Sensorik erforderlich sind, insbesondere die Grundversorgung für Betrieb, der Datenaustausch, die Störungsüberwachung und Übermittlung von Daten zum Betriebszustand anzubieten. Es waren die Schulung der Mitarbeiter der Antragsgegnerin, die Verkehrssicherung, die Baustelleneinrichtung und die Wartung anzubieten.
- 7 Im Anhang befand sich ein abzuschließender EVB-IT-Kaufvertrag. Dessen Regelungen sollten vorrangig gelten.
- 8 Für die Angebotssumme sollten nach Ziff. 2.7.1.2. nur die Preise bis Ende 2023 berücksichtigt werden. Die Angebote sollten nach Ziff. 2.11 anhand von vier Wertungskriterien gewertet werden, für die jeweils 1 - 4 Punkte zu vergeben waren. Wertungskriterien waren zu 45 % der Preis, zu 30 % das Verständnis der Aufgabenstellung, zu 15 % die Bewertung der Geeignetheit der vorgestellten Herangehensweise und zu 10 % die inhaltlich-fachliche Kompetenz.
- 9 Für das Los 2 gaben unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene Angebote ab. Die Antragsgegnerin erhöhte den von der Antragstellerin angesetzten Angebotspreis um die Kosten der Wartung für ein Jahr. Dazu erfolgte eine Abstimmung zwischen einem Mitarbeiter der Stadt Flensburg, die das Vergabeverfahren für die Antragsgegnerin durchführte, und dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin. Das Submissionsergebnis wurde den Bietern mit Schreiben vom 10.08.2023 mitgeteilt. Am 11.08.2023 fragte ein Mitarbeiter der Antragstellerin bei der Stadt Flensburg nach, welchen Hintergrund die handschriftlich geänderten Angebotssummen hätten. Ihm wurde mitgeteilt, es seien Änderungen vorgenommen worden, um vergleichbare Werte zu erhalten. Ob das am Ende richtig gemacht worden sei, müsse die Antragsgegnerin entscheiden.
- 10 Nach der Wertung lag das Angebot der Beigeladenen mit 372 Punkten auf Platz 1, das Angebot der Antragstellerin mit 370 Punkten auf Platz 2. Auf Nachfragen wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass bei dem Kriterium Herangehensweise aufgrund der laufenden Kosten eine Abwertung vorgenommen worden sei.
- 11 Mit Schreiben vom 13.09.2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass der Auftrag für Los 2 an die Beigeladene erteilt werden solle. Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 20.09.2023. Sie führte aus, das Verfahren habe nicht als Bauvergabe durchgeführt werden dürfen und die Angebotswertung sei rechtswidrig, weil auch Preise über Ende 2023 hinaus berücksichtigt worden seien. Eine Abhilfe erfolgte nicht.
- 12 Unter dem 20.09.2023 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Vergabekammer sei zuständig. Es handle sich nicht um einen Bauvertrag, sondern um einen Liefer- und Dienstleistungsvertrag. Die ausgeschriebenen Bauleistungen stellten nicht den Hauptgegenstand der Vergabe

dar. Es gehe vielmehr um ein Sensorik-System. Der Schwellenwert von 215.000,00 € sei überschritten.

13 Bei Zugrundelegung des richtigen Wertungspreises ohne Wartungskosten über Ende 2023 hinaus sei ihr Angebot das günstigste. Die Abwertung im Bereich Herangehensweise wegen der Wartungskosten stelle eine unzulässige Doppelverwertung des Preises dar.

14 Die Antragstellerin hat beantragt,

15 gemäß § 168 Abs. 1 GWB geeignete Maßnahmen zu treffen, um ihre Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere anzuordnen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Prüfung und Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Prüfung und Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;

16 hilfsweise andere geeignete Maßnahmen anzuordnen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens herzustellen;

17 der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich ihrer notwendigen Auslagen aufzuerlegen;

18 die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

19 Die Antragsgegnerin hat beantragt,

20 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

21 Die Antragsgegnerin hat zur Begründung ihres Zurückweisungsantrags im Wesentlichen ausgeführt, es handele sich um einen Bauvertrag mit einem geschätzten Auftragswert von unter 1 Mio. €. Die Antragsgegnerin habe gegen die Ausschreibung keine Einwendungen erhoben. Die Auftragsart sei für die Antragstellerin erkennbar gewesen. Tatsächlich handele es sich um einen Bauvertrag, weil die Montage und der Anschluss von Sensoren vorgesehen sei. Nur aufgrund der Sensorik könnten die Daten an die Datenplattform übermittelt und ausgewertet werden. Der Schwerpunkt liege in der Herstellung der Sensorik.

22 Hinsichtlich der Festsetzung des Angebotspreises sei die Rüge nicht rechtzeitig erfolgt.

23 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag sei unzulässig. Sie sei für die Nachprüfung nicht zuständig. Der vierte Teil des GWB sei nicht anwendbar, weil der Auftragswert unter dem relevanten Schwellenwert liege. Es sei jedenfalls vertretbar gewesen, den Auftrag als Bauauftrag auszuschreiben. Das Ziel sei der technische Aufbau einer Sensor-Infrastruktur. Gegenstand von Los 1 und 2 sei die Realisierung der baulichen beziehungsweise physischen Voraussetzungen für die Verkehrsüberwachung durch die Montage von Sensoren. Es sei eine Zähleinrichtung zu installieren und somit einzubauen. Die Montage der Sensoren sei der Schwerpunkt des Leistungsverzeichnisses, was sich nicht zuletzt darin zeige, dass die Antragsgegnerin an verschiedenen Stellen Ausführungen dazu gemacht habe. Es werde eine Beeinträchtigung des Bodens in Erwägung gezogen. Der Bieter habe ein Montagekonzept vorzulegen. Es handele sich um eine im Tiefbaubereich anzusiedelnde Infrastrukturmaßnahme. Die von der Antragstellerin in Bezug genommenen Positionen des Leistungsverzeichnisses seien nicht Gegenstand von Los 1 bis

- 3, sondern beträfen den künftigen Betrieb der Überwachung. Der Begriff der baulichen Anlage sei gerade nicht auf Gebäude beschränkt. Erfasst werde vielmehr jede mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Produkten hergestellte bauliche Anlage. Nach Anhang II zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU fielen auch die Installation von Beleuchtungs- und Signalanlagen für Straßen sowie die Installation von Ausrüstungen und Befestigungselementen an und in Gebäuden und anderen Bauwerken als „sonstige Bauinstallation“ unter die Definition der Bauleistung. Der Bieter habe alle für die Montage notwendigen Maßnahmen sowie die Baustellensicherung anzubieten. Der Auftragnehmer habe die Sensoren an etwa vorhandene Elektrokabel anzubinden, also Elektroinstallationsarbeiten im Sinne des Anhangs zur Richtlinie zu leisten. Die Bauleistungen stellten den Schwerpunkt neben den ebenfalls anzubietenden Lieferungen und Leistungen dar, die als Annex anzusehen seien. Ein möglicher Dienstleistungsschwerpunkt beginne erst mit der Umsetzungsphase.
- 24 Im Übrigen spreche vieles dafür, dass die Antragstellerin mit dem Vortrag, dass der Auftrag als Liefer- und Dienstleistungsauftrag habe ausgeschrieben werden müssen, präkludiert sei. Was die behaupteten Wertungsfehler angehe, hätten sie in keine Konstellation geprüft werden können. Wäre der Auftrag unionsweit auszuschreiben gewesen, hätte der Zuschlag im nationalen Verfahren auch nicht an die Antragstellerin erteilt werden dürften.
- 25 Zur Begründung ihrer frist- und formgerecht eingelegten und begründeten sofortigen Beschwerde führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig. Er sei statthaft. Es handele sich um einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag, weil die Montageleistungen nicht den Schwerpunkt des Auftrags bildeten. Prägend sei der prozesshafte technische Aufbau einer Sensor-Infrastruktur. Die betroffenen öffentlichen Flächen würden nicht erst geschaffen. Die ausgeschriebene Leistung führe ihre Nutzbarkeit nicht erst herbei. Es sei ein voll funktionsfähiges Sensor-System zu liefern, zu montieren und in Betrieb zu nehmen. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss eines EVB-IT-Kaufvertrages. Die Ergebnisse der Sensorik sollten in die Datenplattform einfließen. Die zu liefernden Gegenstände stünden in keinem Zusammenhang mit einer Bauleistung. Es fehlten ein Zuschnitt auf die Situation in einem Gebäude und der funktionale Zusammenhang zu einem Gebäude. Die Sensorik sei unter weitgehender Vermeidung baulicher Eingriffe zu montieren.
- 26 Sie habe die Wahl der falschen Vergabeart nicht rügen müssen. Die Eröffnung des Rechtsweges sei von Amts wegen zu prüfen. Unabhängig davon rüge sie nicht die Wahl der falschen Vergabeart, sondern begehre die ordnungsgemäße Prüfung und Wertung ihres Angebots. Die gerügte Vergaberechtswidrigkeit, insbesondere die Wertung ihres Angebots und die Zuschlagsentscheidung, seien ihr vor dem Schreiben vom 13.09.2023 nicht bekannt gewesen. Sie begehre nicht die Wiederholung des Vergabeverfahrens. Es sei nicht ersichtlich, dass sie durch die Wahl der falschen Vergabeart einen Schaden erlitten habe. Im Übrigen obsiege sie auch, wenn das Vergabeverfahren in den Stand vor Verfahrenseinleitung zurückversetzt werde, weil ihr Rechtsschutzziel der ordnungsgemäßen Angebotsprüfung und -wertung dann erreicht werde.
- 27 Die Angebotswertung sei rechtswidrig gewesen. Entgegen der Vorgabe in den Vergabeunterlagen seien Wartungskosten über Ende 2023 auf den Wertungspreis aufgeschlagen worden. Die Wartungskosten seien darüber hinaus in die Bewertung der Angebotsqualität eingeflossen.

- 28 Die Antragstellerin beantragt,
- 29 den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 25.10.2023, Az.: VK-SK 14/23 aufzuheben, soweit der Nachprüfungsantrag betreffend Los 2 zurückgewiesen worden ist;
- 30 der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenaats zu wiederholen;
- 31 die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen;
- 32 die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer Schleswig-Holstein für notwendig zu erklären.
- 33 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 34 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und die von der Antragstellerin gestellten Anträge vollumfänglich abzulehnen;
- 35 der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.
- 36 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie habe den Auftrag zu Recht als Bauauftrag ausgeschrieben. Die ebenfalls zu erbringende Lieferung der Sensoren und die Erprobung der Anwendung seien nur ein Annex. Ohne die Erprobung habe die Lieferung keinen Sinn. Erst nach der Erprobung solle die Umsetzung mit der Datenplattform beginnen. Jedenfalls habe die Antragstellerin eine etwa fehlerhafte Ausschreibung rügen müssen.
- 37 Bezüglich der Angebotswerte stehe die Formulierung unter Ziff. 2.1.7.2 des Leistungsverzeichnisses im Widerspruch zu dem überarbeiteten Preisblatt, in dem die Wartungskosten für die ersten zwölf Monate anzugeben gewesen seien. Die von der Antragstellerin angebotenen Wartungskosten für das erste Jahr seien etwa doppelt so hoch wie die von der Beigeladenen angebotenen. Da die Kosten mittelfristig auf den Kreis und seine Kommunen umzulegen seien, seien sie ein entscheidendes Kriterium dafür, ob die Sensoren langfristig betrieben werden könnten. Daher habe die Antragstellerin für das Kriterium der Herangehensweise nur zwei Punkte erhalten.
- 38 Der Senat hat mit Beschluss vom 05.12.2023 (54 Verg 8/23) die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über sie angeordnet und den beschrittenen Rechtsweg für zulässig erklärt.
- II.**
- 39 Die zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Die Angebotswertung betreffend Los 2 durch die Antragsgegnerin ist rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten. Das ist im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens festzustellen.
- 40 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- 41 a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Nach §§ 106, 104 Abs. 1 bis 4 GWB ist die Nachprüfung eines Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer eröffnet, wenn der für eine bestimmte Auftragsart geltende Schwellenwert überschritten ist. Die Schwellenwerte liegen derzeit nach Art. 4 RL 2014/24 EU bei 5.382.000,00 € für Bauaufträge und 215.000,00 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden.
- 42 aa) Ein Bauauftrag ist nach § 103 Abs. 3 GWB ein Vertrag über die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit den in Anhang II der RL 2014/24 EU genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerkes, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll beziehungsweise nach § 1 Abs. 1 VOB/A ein Vertrag über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Die Begriffe Bauleistung und Bauwerk sollen dabei synonym sein (Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, VOB, 8. Aufl., § 1 VOB/A, Rn. 3).
- 43 Umfasst ein Auftrag Leistungen, die zu verschiedenen Auftragsarten gehören, richtet sich die maßgebliche Auftragsart nach dem Hauptgegenstand des Vertrages. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag prägen, nicht auf Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Vertrages folgen. Der Wert der zu erbringenden Einzelleistungen ist nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstandes zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist die funktionale Zuordnung der Leistungen zum jeweiligen Vertragstyp und deren gegenständliche, vertragliche Bedeutung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 66/18, Rn. 32 bei juris).
- 44 Die ausgeschriebene Hauptleistung besteht nicht in Bauleistungen. Als Bauleistung kann allenfalls die Montage von Sensoren angesehen werden. Auch dabei liegt eine Bauleistung aber allenfalls vor, wenn der Auftragnehmer eigene Masten errichten soll, um daran Sensoren zu befestigen, oder wenn es zur Stromversorgung der Sensoren erforderlich ist, Stromkabel im Boden zu verlegen.
- 45 Die Errichtung eines Mastes oder die Verlegung eines Stromkabels können als die Herstellung einer baulichen Anlage mittels Tiefbauarbeiten angesehen werden. Ein Sensor als solcher ist indes keine bauliche Anlage. Er ist nur ein Gegenstand, der an irgendeiner Stelle befestigt werden muss, seinen Zweck aber nicht für den und unabhängig von dem Ort der Anbringung erfüllt. Auch die Sensoren insgesamt, die an einem Ort angebracht werden, sind keine bauliche Anlage. Es fehlt ihnen eine körperliche Verbindung. Die Sensoren stehen in keinem funktionalen Zusammenhang zu den bereits vorhandenen Befestigungspunkten. Deren Funktion, etwa als Lichtmasten, ist unabhängig von den Sensoren. Bei der Montage der Sensoren handelt es sich damit nicht um Leistungen wie die Installation von Beleuchtungs- oder Signalanlagen für Straßen oder die Installation von Ausrüstungen oder Befestigungselementen an oder in anderen Gebäuden. Soweit die Sensoren elektrisch angeschlossen werden sollen, handelt es sich nicht um Elektroinstallationsarbeiten im Sinn von Klasse 45.31 des Anhangs II RL 2014/24 EU, weil darin die Installation oder der Einbau unter anderem von elektrischen Leitungen in Gebäude oder anderer Bauwerken erfasst ist. Dass eine Baustelleneinrichtung anzubieten war, ist ein bloßer Reflex der notwendigen Montageleistungen.

- 46 Jedenfalls ist die Montage der Sensoren nicht die Hauptleistung des ausgeschriebenen Beschaffungsvorhabens. Dabei sind alle vier Lose zu betrachten, da es um ein einheitliches Vorhaben geht. Ziel ist nicht allein die Montage von Sensoren, sondern die Schaffung eines Systems aus Sensoren, die Daten erfassen und diese an die Datenplattform weiterleiten, wo sie weiter verarbeitet werden. Die bloße Montage von Sensoren wäre für die Antragsgegnerin wertlos.
- 47 Auch die Auftragnehmer der Lose 1 bis 3 haben umfangreiche Leistungen zu erbringen, die über die bloße Montage der Sensoren hinausgehen. Unter den anzubietenden Leistungen macht die Montage bloß einen Punkt aus. Weitere fünf Punkte betreffen funktionale Anforderungen an das System, die Detektionsgüte, die Konfiguration und Versorgung, nichtfunktionale Anforderungen wie die Systemverfügbarkeit oder die IT-Sicherheit sowie Dienst- und Engineeringleistungen. Die Bieter müssen das System planen und für eine fehlerfreie Erfassung und Weitergabe der Daten sorgen. Mit ihnen soll kein Bauvertrag, sondern ein EVB-IT-Kaufvertrag abgeschlossen werden. Das zeigt, dass IT-Leistungen von der Antragsgegnerin als wesentlich angesehen wurden. Dementsprechend hat etwa die Antragstellerin (Angebot abgebildet S. 7 der Beschwerdebeurteilung, Bl. 7 d. A.) nicht nur die Sensoren selbst angeboten, sondern auch Software von beträchtlichem Wert.
- 48 An dem Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistungen ändert es nichts, dass die Bieter ein Montagekonzept vorlegen mussten. Dieses befasste sich vor allem mit den vorgesehenen Befestigungen, damit diese mit den Eigentümern etwa der Masten abgestimmt werden konnten. Auch dass der Betrieb des Systems erst später starten sollte, ändert nichts daran, dass das System aus Sensoren bereits implementiert werden sollte und die Umsetzung der Show Cases erreicht werden sollte.
- 49 bb) Der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist überschritten. Für die Bestimmung des Schwellenwerts ist dabei das Ergebnis der Ausschreibung heranzuziehen. Der Summe der Angebote für die vier Lose liegt deutlich über 215.000,00 €.
- 50 Die Auftragswertschätzung durch die Antragsgegnerin kann nicht herangezogen werden. Die Dokumentation der Vergabeart und der Schätzung des Auftragswerts ist unzureichend. Die Auftragswertschätzung muss nach § 8 VgV dokumentiert werden, und zwar um so genauer, je mehr der Wert sich dem Schwellenwert nähert (OLG Celle, Beschluss vom 29.06.2017, 13 Verg 1/17, Rn. 45 bei juris; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Kau, 3. Aufl., § 3 VgV, Rn. 20; MK-VergabeR/Füllung, 4. Aufl., § 3 VgV, Rn. 21). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kostenschätzung ist nach § 3 Abs. 3 VgV der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesandt oder das Vergabeverfahren sonst eingeleitet wird.
- 51 Aus der Vergabeakte ergibt sich nicht, aufgrund welcher Erwägungen ein Bauauftrag angenommen wurde. Auch die Ermittlung des Auftragswerts ist nicht nachvollziehbar. Es findet sich lediglich die Angabe, es sei anhand des Schwellenwerts die nationale öffentliche Ausschreibung gewählt worden. In einer VOB-Checkliste ist ohne Herleitung der geschätzte Auftragswert mit 260.000,00 € angegeben. Dass dieser Wert illusorisch ist, zeigt das Ergebnis der Ausschreibung.
- 52 cc) Für die Frage der Statthaftigkeit des Rechtsweges ist unerheblich, ob das Fehlen der unionsweiten Ausschreibung gerügt worden ist (BayObLG, Beschluss vom 26.04.2023,



Verg 16/22, Rn. 42 bei juris). Die Statthaftigkeit ist von Amts wegen zu prüfen (Zielkow/Völlink/Dittmann, VergabeR, 4. Aufl., § 155 GWB, Rn. 20). Das bedeutet, dass das Verhalten der Parteien, etwa die Wahl einer Vergabeart durch den Auftraggeber oder die Reaktion der Bieter darauf, keinen Einfluss hat.

- 53 b) Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 lit. a oder c GWB. Ihre Gesellschafter sind Gebietskörperschaften im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB. Im Falle einer öffentlichen Mehrheitsbeteiligung ist von einer öffentlichen Finanzierung auszugehen, wobei allerdings auch an den Fall der Bestimmung der Geschäftsführung gedacht werden kann (Beck'scher Vergaberechtskommentar/Dörr, 4. Aufl., § 99 GWB, Rn. 56). Zudem ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis, dass die Mittel für das Vorhaben aus dem Bundesförderprogramm stammen.
- 54 c) Die Antragstellerin ist nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, weil sie durch ihr Angebot ihr Interesse an dem Auftrag belegt hat und ihr ein Schaden droht, wenn das Angebot nicht berücksichtigt wird.
- 55 Die Antragstellerin kann allerdings (und will) nicht erreichen, dass der Auftrag unionsweit ausgeschrieben wird, weil ihr insoweit kein Schaden droht. Der Schaden eines Bieters ist ausgeschlossen, wenn er eine fehlerhafte Auftragsbekanntmachung zur Kenntnis nimmt und sich an dem Vergabeverfahren beteiligt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 66/18, Rn. 45 bei juris). Die Antragstellerin kann nicht geltend machen, dass sie bei einer Aufhebung des Vergabeverfahrens und einer unionsweiten Ausschreibung bessere Vergabechancen hätte.
- 56 d) Die Antragstellerin ist mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe in die Preiswertung Preisbestandteile über Ende 2023 hinaus berücksichtigt, nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert. Nach dieser Vorschrift ist ein Bieter mit einer Rüge ausgeschlossen, wenn er den geltend gemachten Verstoß gegen das Vergaberecht vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt und nicht innerhalb von 10 Tagen gerügt hat. Die weiteren Präklusionsvorschriften nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB, nach denen ein aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbarer Vergaberechtsverstoß vor Einreichung des Angebots gerügt werden muss, wären in keinem Fall einschlägig.
- 57 Die Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB setzt eine positive Kenntnis des Vergaberechtsverstoßes voraus. Notwendig sind die positive Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, und die zumindest laienhafte rechtliche Wertung, dass sich aus ihnen ein Vergaberechtsverstoß ergibt (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06, Rn. 35 bei juris; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Horn/Hofmann, 4. Aufl. § 160 GWB, Rn. 44).
- 58 Der Antragstellerin fehlte die notwendige Kenntnis. Sie kannte zwar das Submissionsergebnis und es wäre angesichts des Submissionsergebnisses möglicherweise angebracht gewesen, vorbeugend darauf hinzuweisen, dass ihr Angebotspreis falsch wiedergegeben war. Die Zusammensetzung des geänderten Preises konnte die Antragstellerin erkennen. Indessen fehlte eine Entscheidung der Auftraggeberin, da das Submissionsergebnis von der Vergabestelle zusammengestellt und der Antragstellerin gegenüber nicht kommuniziert worden war, dass es mit der Antragsgegnerin abgestimmt war. Nach der der Antragstellerin gegebenen Auskunft sollte die Entscheidung, ob die Preise richtig erfasst waren, erst noch von der Antragstellerin getroffen werden. Es gab also aus Sicht der An-

tragstellerin noch keine Vergaberechtswidrigkeit, gegen die sich eine Rüge hätte richten können.

- 59 e) Der Antragstellerin droht auch hinsichtlich der Rüge der falschen Preiswertung ein Schaden. Zwar lag der von ihr angebotene Preis auch mit dem von der Antragsgegnerin vorgenommenen Zuschlag unterhalb des von der Beigeladenen angebotenen Preises, die Wertung des richtigen Preises hätte jedoch bereits für sich die Wertungsreihenfolge geändert.
- 60 Zwar hätte die Antragstellerin bei der Preiswertung nach wie vor 4 Punkte erhalten, aber die Punktzahl der Beigeladenen wäre niedriger ausgefallen. Das folgt aus der unter Ziff. 2.11. der Leistungsbeschreibung festgelegten Methode der Punktermittlung. Die Punktzahl höherer Angebote wird ermittelt, indem der niedrigste Preis mit 4 multipliziert und das Ergebnis durch den höheren Preis geteilt wird. Zur Gewichtung erfolgt dann eine Multiplikation mit 45. Die Antragsgegnerin hat auf diese Weise eine Punktzahl von 162,01 für das Angebot der Beigeladenen ermittelt ( $237.612,16 \times 4 / 263.995,55 \times 45$ ). Die richtige Punktzahl hätte 128,27 lauten müssen ( $188.121,15 \times 4 / 263.995,55 \times 45$ ). Bei sonst unveränderten Punktzahlen wäre die Antragstellerin auf 370 Punkte ( $180 + 120 + 30 + 40$ ) gekommen, die Beigeladene nur auf 338,27 Punkte ( $128,27 + 120 + 60 + 30$ ).
- 61 2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.
- 62 a) Die Rüge, dass die Antragsgegnerin entgegen den Vorgaben in den Vergaberechtsunterlagen einen zu hohen Preis in die Wertung des Angebots einbezogen hat, greift durch. Nach Ziff. 2.7.1.2. sollten nur die Preise bis Ende 2023 berücksichtigt werden. Die einbezogenen Wartungskosten gehen über Ende 2023 hinaus.
- 63 Dieses Vorgehen der Antragsgegnerin verstößt gegen die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Daran ändert es nichts, dass die Bieter die Wartungskosten für das erste Jahr in dem überarbeiteten Preisblatt anzugeben hatten. Allein durch diesen Umstand wurde die Festlegung im Leistungsverzeichnis, dass nur Preise bis Ende 2023 berücksichtigt werden sollten, nicht in der gebotenen Deutlichkeit geändert.
- 64 b) Die Wertung des Angebots der Antragstellerin in dem Unterkriterium der Herangehensweise widerspricht dem Grundsatz der Transparenz.
- 65 aa) Es ist bereits fraglich, ob die Bewertungsmatrix mit den dazu gehörenden Erläuterungen überhaupt auf die Lose 1 bis 3 anwendbar ist. Denn sie findet sich im Leistungsverzeichnis unter Ziff. 2.11. der Projektbeschreibung allein für Los 4. Für die Bieter auf die Lose 1 bis 3 wird so nicht deutlich, dass die Wertungsmatrix auch auf ihre Angebote angewendet werden soll.
- 66 bb) Das Kriterium „Geeignetheit der Herangehensweise“ kann nicht dahin verstanden werden, dass auch der angebotene Preis mit berücksichtigt werden soll. Es wäre sonst nicht deutlich genug formuliert.
- 67 Nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB müssen Zuschlagskriterien so festgelegt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien hat der Auftrag-

geber einen Ermessensspielraum, der nur begrenzt auf die Vertretbarkeit überprüfbar ist (OLG Celle, Beschluss vom 24.02.2015, 13 Verg 1/15, Rn. 105 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2012, VII Verg 3/12, Rn. 10 bei juris). Die Zuschlagskriterien müssen jedoch nach § 97 Abs. 2 GWB hinreichend transparent sein. Die Anforderungen in den Vergabeunterlagen müssen ein Maß an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit aufweisen, dass jeder gebührend informierte und mit der üblichen Sorgfalt handelnde Bieter sie im gleichen Sinn versteht und auf dieser Grundlage sein Angebot erstellen kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.2017, VII Verg 16/17, Rn. 24 bei juris; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Opitz, 4. Aufl., § 127 GWB, Rn. 160).

- 68 Dass die Antragstellerin bei der Geeignetheit der Herangehensweise auch den Preis bewerten wollte, wird nicht deutlich. Daran ändert auch die Erläuterung der Antragsgegnerin nichts, wonach die Wartungskosten auf den Kreis und seine Kommunen umzulegen seien und ihre Höhe den längerfristigen Betrieb der Sensoren gefährde. Ein solcher Zusammenhang ist zwar nachvollziehbar, steht jedoch nicht in Zusammenhang zu der Geeignetheit der Herangehensweise. Die Antragsgegnerin hat vielmehr nicht die geeigneten Wertungskriterien gewählt. Sie hätte auch die Höhe der laufenden Wartungskosten zum Wertungskriterium machen müssen. Nur damit wäre auch dem Transparenzgebot Genüge getan worden, denn nur so wäre den Bietern deutlich geworden, dass es auch auf die Höhe der Wartungskosten ankommen soll.
- 69 cc) Die Wertung ist außerdem nicht ausreichend dokumentiert. Es ergibt sich aus der Vergabeakte nicht, wer die Wertung vorgenommen hat. Auch bleiben die Überlegungen zum Teil unklar.
- 70 Nach § 8 Abs. 1 VgV ist das Vergabeverfahren zu dokumentieren. Sinn der Dokumentation ist es, die Entscheidungen des Auftraggebers transparent und überprüfbar zu machen (BeckOK Vergaberecht/Fett, Stand 31.07.2023, § 8 VgV, Rn. 4). Zu diesem Zweck sind insbesondere die Gründe für den Zuschlag zu dokumentieren. Das gilt vor allem, wenn Qualitätskriterien in einem Benotungssystem bewertet werden. Bei Wertungsentscheidungen hat der öffentliche Auftraggeber darzulegen, nach welchen konkreten Gesichtspunkten die Bewertung erfolgt ist (BGH, Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17, Rn. 53 bei juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.09.2020, 11 Verg 7/20, Rn. 80 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 6/19, Rn. 124 bei juris; BeckOK Vergaberecht/Fett, Stand 31.07.2023, § 8 VgV, Rn. 19). Aus der Dokumentation muss sich ergeben, dass der Auftraggeber die Kriterien zur Wertung herangezogen hat, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben (OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.09.2020, 11 Verg 7/20, Rn. 87 bei juris). Die Dokumentation kann etwa dadurch erfolgen, dass der Auftraggeber tabellarische Übersichten anfertigt, aus denen sich die Gründe für die Bewertung ergeben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 6/19, Rn. 124 bei juris). Ferner muss die Wertungsentscheidung von dem Auftraggeber selbst getroffen werden, wobei es ausreicht, wenn sich der Auftraggeber die Entscheidung eines Beraters zu eigen macht (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.01.2014, 15 Verg 10/13, Rn. 49 bei juris; OLG München, Beschluss vom 21.08.2008, Verg 13/08, Rn. 47 bei juris; Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 127 GWB, Rn. 20).
- 71 Aus der Wertungstabelle lässt sich nicht entnehmen, wer die Bewertung durchgeführt hat. Die Überlegungen, die zu der Bewertung geführt haben, sind nur teilweise erkennbar. Insbesondere ist nicht erkennbar, aus welchem Grund der Preis für die Angebotsbewertung herangezogen worden ist.

- 72 3. Die Kosten des Vergabeverfahrens sind nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB nach dem Unterliegensprinzip zu verteilen. Danach hat die unterlegene Antragsgegnerin die Kosten zu tragen.
- 73 Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig. Es ist nicht zu erwarten, dass auch erfahrene Bieter ein Nachprüfungsverfahren ohne rechtlichen Beistand durchführt, da es sich bei dem Vergaberecht um eine Spezialmaterie handelt.
- 74 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Eilantrags sind nach §§ 75 Abs. 2, 71 S. 1 GWB nach der Billigkeit zu verteilen. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten der unterlegenen Antragsgegnerin aufzuerlegen.
- 75 Beigeladene können an den Kosten beteiligt werden, wenn sie unterliegen, soweit sie durch Anträge oder Sachvortrag versucht haben, das Verfahrensergebnis zu beeinflussen (Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 182 GWB, Rn. 50). Die Beigeladene war danach an der Kostentragung nicht zu beteiligen, da sie sich an dem Nachprüfungsverfahren und dem Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt hat. Umgekehrt entspricht es deswegen nicht der Billigkeit (§ 182 Abs. 4 S. 2 GWB), ihre außgerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen.