

IBRRS 2024, 0122

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Bau- oder Dienstleistungsauftrag?

OLG Schleswig

Beschluss

vom 05.12.2023

54 Verg 8/23

GWB § 103 Abs. 3; § 173; VgV § 8; VOB/A 2019 § 1 Abs. 1

1. Ein Bauauftrag ist ein Vertrag über die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Bauleistung und Bauwerk sind Synonyme.

2. Umfasst ein Auftrag Leistungen, die zu verschiedenen Auftragsarten gehören, richtet sich die maßgebliche Auftragsart nach dem Hauptgegenstand des Vertrags. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag prägen.

3. Ein Auftrag über die Beschaffung der Sensorik und einer Datenplattform zur Lenkung von Besucherströmen und Pendelverkehren ist kein Bau-, sondern ein Dienstleistungsauftrag, auch wenn Masten zu errichten sind, um daran Sensoren zu befestigen.

4. Das Vergabeverfahren ist zu dokumentieren. Bei Wertungsentscheidungen hat der öffentliche Auftraggeber darzulegen, nach welchen konkreten Gesichtspunkten die Bewertung erfolgt ist. Aus der Dokumentation muss sich zudem ergeben, wer die Bewertung durchgeführt hat.

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.12.2023 - 54 Verg 8/23

vorhergehend:

VK Schleswig-Holstein, 25.10.2023 - VK-SH 14/23

In Sachen

(...)

wegen Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 173 GWB)

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht D., den Richter am Oberlandesgericht H. und den Richter am Oberlandesgericht J. am 05.12.2023

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 25.10.2023, Az. VK-SH 14/23 wird bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

Die Kostenentscheidung bleibt der abschließenden Entscheidung vorbehalten.

Der Rechtsweg zu der Vergabekammer wird für zulässig erklärt.

Gründe

I.

Gesellschafter der Antragsgegnerin sind ###, ### und der ###. 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.

Die Antragsgegnerin leitete mit Bekanntmachung vom ### 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.

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 inkl. 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.

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.

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.

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.

Im Anhang befand sich ein abzuschließender EVB-IT-Kaufvertrag. Dessen Regelungen sollten vorrangig gelten.

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.

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. Das Submissionsergebnis wurde den Bietern mit Schreiben vom 10.08.2023 mitgeteilt. 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.

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.

Unter dem 20.09.2023 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Vergabekammer sei zuständig. Es handele sich nicht um einen Bauvertrag, sondern um einen Liefer- und Dienstleistungsvertrag. Die ausgeschriebenen Bauleistungen stellten nicht den Hautgegenstand der Vergabe dar. Es gehe vielmehr um ein Sensorik-System. Der Schwellenwert von 215.000,00 € sei überschritten. 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. Die ungewöhnlich niedrigen Preise der Beigeladenen seien nicht aufgeklärt worden.

Die Antragstellerin hat beantragt,

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;

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

der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich ihrer notwendigen Auslagen aufzuerlegen; die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

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

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. Ihr 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 Zählleinrichtung 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 betreffen 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. 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 keiner Konstellation geprüft werden können. Wäre der Auftrag unionsweit auszuschreiben gewesen, hätte der Zuschlag im nationalen Verfahren auch nicht an die Antragstellerin erteilt werden dürften.

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.

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.

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. Das ungewöhnlich niedrige Angebot der Beigeladenen sei aufzuklären gewesen.

Die Antragstellerin beantragt,

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;

der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen;

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gem. § 173 Abs. 1 S. 3 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern;

die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen;

die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer Schleswig-Holstein für notwendig zu erklären; den beschrittenen Rechtsweg für zulässig zu erklären; hilfsweise den Rechtsstreit an das Landgericht ### zu verweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und die von der Antragstellerin gestellten Anträge vollumfänglich abzulehnen;

der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

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. 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.

II.

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, hat in der Sache Erfolg. Es liegen hinreichende Gründe für die Annahme vor, dass das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotsprüfung und -wertung zurückzusetzen ist.

1. Nach § 173 Abs. 2 GWB wird der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind unter anderem die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Auftrags und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.

Bei der Auslegung ist das unionsrechtliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde haben daher entscheidendes Gewicht, sodass nur ausnahmsweise Gründe des Allgemeinwohls überwiegen können (Ziekow/Völlink/Losch, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47; MKVergabeR I/von Werder, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47 f.). Hat die sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung hohe Erfolgsaussichten, wird dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung in der Regel stattzugeben sein, hat sie dagegen nur geringe Erfolgsaussichten, ist ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung in der Regel nicht anzunehmen (Ziekow/Völlink/Losch, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 52 f.; MKVergabeR I/von Werder, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 50 f.).

2. Bei einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin Aussicht auf Erfolg, sodass ein überwiegendes Interesse an einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung besteht. Dem steht kein überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens entgegen. Sie macht zwar geltend, dass die Vergabe noch in diesem Jahr erfolgen müsse, weil sonst die Fördermittel wegfielen. Das kann gegenüber dem Recht der Antragstellerin auf ein fehlerfreies Vergabeverfahren nicht den Ausschlag geben, weil die Antragsgegnerin dem Risiko durch eine frühere Einleitung des Verfahrens und bessere Vorbereitung und Durchführung hätte begegnen können.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist begründet, soweit der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet ist.

a) Der Nachprüfungsantrag dürfte jedenfalls teilweise zulässig sein.

aa) Der Nachprüfungsantrag dürfte statthaft sein. 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 2014/24EU bei 5.382.000,00 € für Bauaufträge und 215.000,00 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden.

(1) 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**).

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**).

Die von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Hauptleistung ist keine Bauleistung. Als Bauleistung kann allenfalls die Montage von Sensoren angesehen werden. Auch dabei dürfte eine Bauleistung aber allenfalls vorliegen, wenn der Auftragnehmer eigene Masten errichten soll, um daran Sensoren zu befestigen.

Die Errichtung eines Mastes kann 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 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 Bauwerke erfasst ist. Dass eine Baustelleneinrichtung anzubieten war, ist ein bloßer Reflex der notwendigen Montageleistungen.

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.

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 wesentliche angesehen wurden. Dementsprechend hat

etwa die Antragstellerin (Angebot abgebildet S. 7 der Beschwerdebegründung, Bl. 7 d. A.) nicht nur die Sensoren selbst angeboten, sondern auch Software von beträchtlichem Wert.

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.

(2) Anzumerken ist, dass die Dokumentation der Vergabeart unzureichend ist. 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**; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Kau, 3. Aufl., § 3 VgV, Rn. 20; MK-VergabeR/Fülling, 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.

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 in dem Vergabevermerk 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.

(3) Für die Frage der Statthaftigkeit des Rechtsweges ist es unerheblich, ob das Fehlen der unionsweiten Ausschreibung gerügt worden ist (BayObLG, Beschluss vom 26.04.2023, **Verg 16/22**). Die Statthaftigkeit ist von Amts wegen zu prüfen (Ziekow/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.

bb) 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.

cc) 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.

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**). Die Antragstellerin kann nicht geltend machen, dass sie bei einer Aufhebung des Vergabeverfahrens und einer unionsweiten Ausschreibung bessere Vergabechancen hätte.

dd) Es kommt in Betracht, dass die Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe in die Preiswertung Preisbestandteile über Ende 2023 hinaus berücksichtigt, präkludiert ist. 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.

Die Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB setzt eine positive Kenntnis des Vergaberechtsverstößes 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; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Horn/Hofmann, 4. Aufl. § 160 GWB, Rn. 44). Die Kenntnis muss bei dem Bieter selbst vorliegen. Ist Bieter eine juristische Person, muss sie bei deren Organen vorliegen oder, weil eine Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB erfolgt, bei den Mitarbeitern, die für das Vergabeverfahren handlungs- und vertretungsbefugt sind (Beck'scher Vergaberechtskommentar, a. a. O., Rn. 46). Da es sich um eine innere Tatsache handelt, obliegt es der Vergabestelle zunächst nur, Indizien für eine Kenntnis vorzutragen. Der Bieter muss sich sodann wahrheitsgemäß dazu äußern (Beck'scher Vergaberechtskommentar, a. a. O., Rn. 49).

Der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß ergab sich zwingend aus der Kenntnis des Submissionsergebnisses (abgebildet S. 6 der Beschwerdebegründung, Bl. 6 d. A.), das den Bietern mit Schreiben vom 10.08.2023 bekannt gemacht worden ist. Darauf beruft sich die Antragsgegnerin.

Aus dem Submissionsergebnis ergab sich, dass die Antragsgegnerin auf die Angebotssumme, die von der Antragstellerin angegeben worden war, weitere Beträge aufgeschlagen hatte. Da die Antragstellerin nach ihrem Vortrag die Wartungskosten gesondert ausgewiesen hatte, wusste sie, dass diese aufgeschlagen worden waren. Bei laienhafter Wertung stand der Widerspruch zu den Vorgaben in den Vergabeunterlagen fest. Die Antragstellerin hatte sogar nach ihrem Vortrag gerade die Kosten getrennt angegeben, um diesen Vorgaben gerecht zu werden.

Die Kenntnis des Vergaberechtsverstößes hängt damit von der Kenntnis des Schreibens vom 10.08.2023 ab. Die Antragstellerin wird angeben müssen, wer bei ihr dieses Schreiben zur Kenntnis genommen hat.

b) Der Nachprüfungsantrag dürfte teilweise begründet sein.

aa) Die Rüge, dass die Antragsgegnerin entgegen den Vorgaben in den Vergaberechtsunterlagen einen zu hohen Preis in die Wertung des Angebots einbezogen hat, dürfte, selbst wenn sie nicht präkludiert ist, jedenfalls in der Sache nicht durchgreifen, weil der Antragstellerin insoweit kein Schaden droht.

Zwar sollten nach Ziff. 2.7.1.2. nur die Preise bis Ende 2023 berücksichtigt werden. Die einbezogenen Wartungskosten gehen über Ende 2023 hinaus. Das 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.

Es erscheint jedoch ausgeschlossen, dass sich bei der Wertung des angebotenen Preises nach den Vorgaben im Leistungsverzeichnis die Wertungsreihenfolge ändert. Denn der von der Antragstellerin angebotene Preis liegt auch mit dem von der Antragsgegnerin vorgenommenen Zuschlag unter dem von der Beigeladenen angebotenen Preis. Das Angebot der Antragstellerin hat die nach den Wertungsgrundsätzen (S. 60 f. des Leistungsverzeichnisses) höchste Punktzahl von 4 Punkten erhalten (gewichtet mit 45 % 180 Punkte). Eine höhere Punktzahl kann sie nicht erreichen.

bb) Die Wertung des Angebots der Antragstellerin in dem Unterkriterium der Herangehensweise dürfte dem Grundsatz der Transparenz widersprechen. Die Antragstellerin kann dadurch einen Schaden durch den Nichtzuschlag erleiden. Die hat für das Unterkriterium 2 Punkte erhalten, die Beigeladene 4 Punkte. Würde das Angebot der Beigeladenen bei einer neuen Bewertung eine bessere Wertung erzielen, könnte es eine höhere Gesamtpunktzahl erreichen als das der Beigeladenen.

(1) 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.

(2) Das Kriterium "Geeignetheit der Herangehensweise" dürfte nicht deutlich genug formuliert worden sein. 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 Auftraggeber einen Ermessensspielraum, der nur begrenzt auf die Vertretbarkeit überprüfbar ist (OLG Celle, Beschluss vom 24.02.2015, **13 Verg 1/15**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2012, **Verg 3/12**). 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, **Verg 16/17**; Beck'scher Vergaberechtskommentar/Opitz, 4. Aufl., § 127 GWB, Rn. 160).

Was die Antragstellerin bei der Geeignetheit der Herangehensweise bewerten wollte, wird nicht deutlich. Es bleibt offen, was unter welchem Maßstab gewertet werden sollte. Das wird auch nicht deutlicher durch die Regel für die Punktevergabe, die von den Anforderungen der Auftraggeberin ausgehen. Welche Anforderungen das sind, ist offen.

Zwar hätte die Unklarheit des Wertungskriteriums als solche nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen. Jedoch war für einen Bieter nicht erkennbar, dass die Höhe des Preises für die Bewertung der Herangehensweise herangezogen werden soll. Die Herangehensweise kann sich nur in dem Inhalt des Angebots ausdrücken, etwa darin, welche Sensoren wo und wie montiert werden sollen. Der Zusammenhang zwischen dem Inhalt des Angebots und dem Preis erschließt sich nicht.

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.

(3) Ein Problem mit der Doppelverwertung des Preises dürfte dagegen nicht bestehen. Es gibt kein Verbot einer Doppelwertung von Kriterien im Rahmen der Zuschlagskriterien. Es sollen lediglich nicht verschiedene Wertungsebenen vermischt werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.2016, **Verg 15/16**). Das ist nicht der Fall, weil es sich bei dem Preis und der sonstigen Angebotswertung um Zuschlagskriterien handelt.

Zuzugeben ist, dass eine mehrfache Berücksichtigung eines Kriteriums zu einer Verzerrung der Gesamtwertung führen kann. Das ist hier aber nicht zu befürchten, weil der höhere gewertete Preis nicht zu einer Abwertung des Angebots der Antragstellerin geführt hat.

(4) Die Wertung ist nicht ausreichend dokumentiert. Es ergibt sich aus der Vergabeakte nicht, wer die Wertung vorgenommen hat. Auch bleiben die Überlegungen zum Teil unklar.

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**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.09.2020, **11 Verg 7/20**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, **Verg 6/19**; 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**). 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**).

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 Angebotswertung herangezogen worden ist.

cc) Eine Überprüfung des von der Beigeladenen angebotenen Preises hatte für Los 2 nicht zu erfolgen. Denn der Preis ist höher als der von der Antragstellerin angebotene. Eine Preisprüfung nach § 60 VgV ergibt nur Sinn, um Ungereimtheiten bei dem niedrigsten angebotenen Preis aufzudecken.