

## Update Bauen und Immobilien

### Der Schwerpunkt bestimmt die Auftragsart

#### **Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 26.04.2023 – Verg 16/22**

Die Antragsgegnerin (AG) schrieb einen Auftrag über eine neue Medienausstattung eines Berufsbildungszentrums mit einem Auftragswert von rund 500.000 EURO als Unterschwellenbauauftrag mit nationaler öffentlicher Bekanntmachung auf der Basis der VOB/A Abschnitt 1 aus. Der Auftrag umfasste die Lieferung von Hardware, Software, Displays, der Audio- und Signalanlage samt Montage und Demontage der Altanlage sowie der Montage- und Werkstattplanung. Die Antragstellerin (AS) beantragte ein Nachprüfungsverfahren mit der Begründung, der Auftrag sei als Lieferauftrag zu qualifizieren und bei dem Auftragswert europaweit auszuschreiben gewesen. Schwerpunktmäßig gehe es um die Beschaffung einer medientechnischen Ausstattung. Nur ein geringer Teil der Gesamtleistung könne als Bauleistung qualifiziert werden. Dieser Auffassung schloss sich die Vergabekammer an und erklärte, der Kern des Auftrags sei mit der dauerhaften Überlassung medientechnischer Geräte eine Lieferleistung. Hiergegen legte die AG sofortige Beschwerde ein.

Ohne Erfolg! Auch das BayObLG sieht in dem Auftrag einen Liefer- und keinen Bauauftrag. Öffentliche Aufträge, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben, würden nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen sei. Wenn die Bauleistungen im Verhältnis zum Hauptgegenstand nur Nebenarbeiten sind, liege kein Bauauftrag vor. Dabei seien Wertanteile nur eine Orientierungs- und Kontrollfunktion, maßgeblich sei der anhand von rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtumständen zu ermittelnde Schwerpunkt. Der Begriff der Bauleistung umfasse alle Arbeiten, die für ein Bauwerk oder an einem solchen erbracht werden. Vorliegend habe die Beschaffung einer neuen, zeitgemäßen Medientechnik im Mittelpunkt gestanden, und die Montage und Installation in dem Gebäude sei lediglich eine Nebenleistung gewesen. Das zeige sich auch daran, dass der Anteil der Bauleistungen nur 20 % vom Auftragsvolumen betrage. Die Medienausstattung sei für die Funktionsfähigkeit des Gebäudes als Berufsbildungszentrum nicht derart essenziell, dass es andernfalls überhaupt nicht genutzt werden könne.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Zwar mag es für Auftraggeber verlockend sein, mit der Einordnung einer benötigten Leistung als Bauleistung den weiten Rahmen des Schwellenwerts für Bauvergabe zu suchen. Der Beschluss zeigt aber, dass die falsche Einordnung des Auftrags schwerwiegende Folgen haben kann. Der bereits geschlossene Vertrag der AG mit einer anderen Bieterin wurde für von Anfang an unwirksam erklärt, da der Auftrag europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen. Ein Bauauftrag liegt nur vor, wenn die Bauleistung tatsächlich den Hauptgegenstand des Vertrags bildet. Die Abgrenzung von Bauleistungen zu Lieferleistungen kann im Einzelfall schwierig sein. Es gilt, die einzelnen Merkmale einer Bauleistung im Sinn des § 103 Abs. 3 GWB vergaberechtlich sorgfältig zu prüfen.