

Beschaffung von Haustechnik ist kein öffentlicher Bauauftrag

Von **Clemens Antweiler** aus Ausgabe **IZ 25/2023** (<https://www.iz.de/service/epaper/2023-06-22/immobilienzeitung>)

Donnerstag, 22. Juni 2023



Quelle: ALN

Rechtsanwalt Dr. Clemens Antweiler
von Antweiler Liebschwager Nieberding

Vergaberecht. Nicht jede Beschaffung von Gegenständen, die ein öffentlicher Auftraggeber in ein Gebäude einbauen lassen will, ist als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren.

Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 26. April 2023, Az. Verg 29/22

Der Fall

Ein Auftraggeber führte eine rein nationale Ausschreibung für die umfassende Erneuerung der Medienausstattung eines Berufsbildungszentrums durch: Montage- und Werkstattplanung, Demontage der Altanlage, Lieferung von Hardware, Software sowie einer Audio- und Signalanlage einschließlich Montage. Nachdem der Zuschlag ohne vorherige Bieterinformation an einen der beteiligten Bieter erteilt worden war, erhob ein Konkurrent Rüge. Es handele sich nicht um einen öffentlichen Bauauftrag, sondern um einen öffentlichen Lieferauftrag. Da der Auftragswert deutlich über dem Schwellenwert für öffentliche Lieferaufträge lag, hätte der Auftrag nach den Vorschriften des Teils 4 des GWB ausgeschrieben werden müssen. Mangels vorheriger Bieterinformation sei der Vertrag unwirksam. Der Nachprüfungsauftrag des Konkurrenten war erfolgreich, und auch beim

Bayerischen Obersten Landgericht bekam der Bieter Recht.

Die Folgen

Der Begriff der Bauleistung ist grundsätzlich weit zu verstehen. Für die rechtliche Beurteilung kommt es aber immer darauf an, wo der Hauptgegenstand des konkreten Auftrags liegt. Kein öffentlicher Bauauftrag ist nach dem Beschluss "die nicht im zeitlichen Zusammenhang mit der Fertigstellung der baulichen Anlage erfolgende Beschaffung von Gegenständen, deren Einbau keine baulichen Änderungen erfordert bzw. im Verhältnis zu Lieferung völlig untergeordnete Bedeutung hat". Deshalb ordnete das Gericht den Vertrag hier als öffentlichen Lieferauftrag ein. Unerheblich war, dass der Konkurrent den rechtswidrigen Verzicht auf die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens innerhalb der Angebotsfrist nicht mit einer Rüge beanstandet hatte. Denn nach dem Gesetz besteht bei einer rechtswidrigen "De facto"-Vergabe von vornherein keine Rügeobliegenheit.

Was ist zu tun?

Einige Oberlandesgerichte tendierten in letzter Zeit dazu, bei der Beschaffung von Gegenständen, die zum Einbau in ein Gebäude bestimmt sind, schon wegen dieses Funktionszusammenhangs einen öffentlichen Bauauftrag anzunehmen. Dem folgt das BayObLG mit überzeugenden Argumenten nicht. Entgegen seiner Einschätzung ist es aber unerheblich, ob die Beschaffung von Gegenständen im zeitlichen Zusammenhang mit der Fertigstellung der baulichen Anlage steht. Nur dann, wenn Gegenstand des Auftrags auch bauliche Änderungen sind und diese im Verhältnis zur Lieferung nicht nur völlig untergeordnete Bedeutung haben, liegt ein öffentlicher Bauauftrag vor. Andernfalls handelt es sich um einen öffentlichen Lieferauftrag, und zwar auch dann, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zur Fertigstellung einer baulichen Anlage besteht. (redigiert von Anja Hall)