

Leitsätze:

1. Eintragungen im Formblatt 223 sind keine Preisangaben im Sinne des § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, so dass § 16a Abs.2 EU VOB/A nicht einschlägig ist. Sie werden nicht Vertragsbestandteil, weil im Vertrag nur die (Einheits-)Preise, nicht aber deren einzelne Elemente oder die Art ihres Zustandekommens vereinbart werden. Das Formblatt 223 hat somit ausschließlich den Zweck, dem Auftraggeber zu ermöglichen, auffällig erscheinende Angebotspreise auf Angemessenheit einer ersten Prüfung zu unterziehen und, falls erforderlich, eine gezielte Aufklärung vorzunehmen. Jedenfalls dann, wenn Formblatt 223 nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen ist, darf der Auftraggeber dieses nicht allein deshalb anfordern, weil er sich dies vorbehalten hat oder dies in einem Vergabehandbuch oder einer Dienstanweisung so geschrieben steht. Vielmehr braucht er dafür einen Grund im Sinne des § 16d EG Abs. 1 VOB/A.
2. Ein Angebot enthält dann nicht die geforderten Preise im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A, wenn ein Bieter die für einzelne Positionen aus dem Leistungsverzeichnis vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen verlagert.
3. Seit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2009, kann grundsätzlich nicht mehr ein Angebot nur deshalb ausgeschlossen werden, wenn in einem Vergabeverfahren für Bauleistungen ein Preis in einer einzelnen unwesentlichen Position fehlt. Sinn und Zweck dieser liberalisierenden Novellierung der Vergaberegelungen war, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren (BGH v. 19.06.2018 - X ZR 100/16).

**Nachprüfungsantrag:** .....  
(Antragstellerin - ASt)

**Vergabestelle:** .....  
(Vergabestelle - VSt)

**Beigeladene** .....  
(Beigeladene - BGI)

**Bauftrag:** ....., Gebäudeautomation

**Vergabeverfahren:** Offenes Verfahren

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 28.07.2021 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... am 11.08.2021 folgenden

### **B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist.  
Die VSt wird verpflichtet, die Wertung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu wiederholen.
2. Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Aufwendungen der ASt für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren wird auf x.xxx,-- € festgesetzt.  
Auslagen sind nicht angefallen.  
Die VSt ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Mit EU-weiter Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx schrieb die VSt den verfahrensgegenständlichen Bauauftrag aus. Zur Submission am xx.xx.xxxx waren 12 Angebote bei der VSt eingegangen.

Nach rechnerischer Prüfung hat die ASt mit xxx.xxx,xx € Brutto das preisgünstigste Angebot eingereicht. Auf Rang 2 lag mit xxx.xxx,xx € Brutto das Angebot der BGI. Das an dritter Stelle liegende Angebot endete bei xxx.xxx,xx € Brutto.

Am 11.03.2021 forderte die VSt von den 4 vorliegenden Bietern - darunter die ASt und die BGI -, innerhalb von 6 Kalendertagen u.a. das Formblatt 223 vorzulegen.

#### **2.**

Am 23.04.2021 teilte die VSt der ASt mit, dass im eingereichten Formblatt 223 u.a. bei den Positionen

- 01.01.0027

- 04.02.0003 - 04.02.0006

kein Zeitanatz einkalkuliert sei, obwohl es sich lt. Leistungsverzeichnis um eine Dienstleistung handle, und bat um Aufklärung.

Bzgl. der LV-Position 01.01.027 teilte die ASt am 28.04.2021 mit, dass die zu erbringende Dienstleistung bereits bei den allgemeinen Projektkosten unter der LV-Position 03.01.0001 mit einem Zeitanatz von xx Minuten und Löhnen von xx € kalkuliert worden sei.

Die Position 04.02.0003 - 04.02.0006 sei keine reine Dienstleistung, sondern beschreibe die Montage der Schellen, die bei der LV-Position 04.01.0003 mit einem Zeitanatz von xx Minuten und Löhnen von xx € auskömmlich einkalkuliert worden sei.

#### **3.**

Mit Bieterinformationsschreiben gem. § 134 GWB vom 25.05.2021 schloss die VSt die ASt vom Vergabeverfahren aus, weil das Verhältnis zwischen Preis und Leistung unangemessen sei. Bei der Prüfung des Angebotes sei festgestellt worden, dass bei diversen Positionen im Formblatt 223 kein Zeitanatz enthalten und im Rahmen der Aufklärung bei der Position 01.01.0027 eine unstatthafte Mischkalkulation festgestellt worden sei.

#### 4.

Mit Schreiben vom 31.05.2021 rügte die ASt ihren Ausschluss. Es gebe keinen Anhaltspunkt, dass das Verhältnis zwischen Preis und Leistung unangemessen sei. Bei der Position 01.01.0027 (Lieferung von 2 Stück Durchfluss-Messwertgebern) sei versehentlich der Zeitaufwand nicht berücksichtigt worden. Dieser niedrige Betrag habe bei einem Angebotspreis von rund xxx.000,- € keine wirtschaftliche Bedeutung und könne nicht zur Unangemessenheit des Preises führen. Ein Ausschluss des Angebotes sei nicht berechtigt.

Auch eine Mischkalkulation liege nicht vor, da für eine bewusste Mischkalkulation keine Motivation denkbar sei, um einen wirtschaftlichen Vorteil zu erreichen.

Die Position 03.01.0001, welche eine allgemeine Dienstleistung für das Projekt beschreibe, sei völlig unabhängig von der Position 01.01.0027 ermittelt worden. Mit der Antwort zum Aufklärungsschreiben sollte nur zum Ausdruck gebracht werden, dass der versehentlich vergessene Dienstleistungsaufwand von der allg. Dienstleistungspauschale abgedeckt sein soll und sich an der Auskömmlichkeit nichts ändere.

#### 5.

Am 02.06.2021 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung und beantragten:

1. Die VSt wird verpflichtet, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der ASt zu erteilen.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte erteilt.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gemäß § 182 Abs.4 GWB für notwendig erklärt.
4. Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt.

Der Ausschluss sei vergaberechtswidrig und verletze die ASt in ihren Rechten.

#### 6.

Mit Schreiben vom 15.06.2021 beantragte die VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Laut Rechtsprechung des BGH v. 19.06.2018 - X ZR 100/16, dürfe der Bieter seine zu deckenden Gesamtkosten nicht nach Belieben einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zuordnen. Die ASt bringe in ihrem

Schreiben vom 28.04.2021 eindeutig zum Ausdruck, dass sie die Positionen 01.01.0027 und 04.02.0003 bis 04.02.0006 abgepreist und korrespondierend den zugehörigen Lohnanteil in die Positionen 03.01.0001 bzw. 04.01.0003 einkalkuliert habe. Deshalb sei das Angebot gemäß § 16a EU Abs. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auszuschließen, da eine unzulässige Preisverlagerung erfolgt sei. Angebote mit unvollständigen oder unzutreffenden Preisangaben müssten von der Wertung ausgeschlossen werden. Auch bei den Positionen 004.02.0003 bis 04.02.0006 liege eine Mischkalkulation vor, die nicht unwesentlich sei. Die VSt habe unter Ziffer 1.3.5 der Bewerbungsbedingungen festgelegt, dass Preisangaben nicht nachgefordert würden.

Es sei nicht entscheidend, aus welchen Gründen ein Bieter in seinem Angebot Einheitspreise für bestimmte Positionen auf andere LV-Positionen verlagere. Soweit die ASt in der Rügebegründung und im Antrag vortrage, dass in Position 03.01.0001 keine Aufpreisung erfolgt sei, stehe diese Aussage in Widerspruch zu den eigenen Ausführungen im Schreiben vom 28.04.2021. Diese Angaben seien für die VSt allein verbindlich, ansonsten wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz beeinträchtigt, wenn ein Bieter im Nachprüfungsverfahren beliebig anpassen könnte.

Jedenfalls für die Positionen 04.02.0003 bis 04.02.0006 könne der Argumentation der ASt nicht gefolgt werden, weil unstrittig der Lohnanteil für die Montage der Schellen in die Position 04.01.0003 einkalkuliert worden sei. Die Kabelposition dürfe aber keinen Montageaufwand für die Schellen enthalten und habe damit auch inhaltlich nichts zu tun.

## 7.

Am 17.06.2021 wurde die Fa. Siemens AG zum Verfahren beigelegt.

## 8.

Mit E-Mail vom 22.06.2021 hat die VSt der ASt folgendes mitgeteilt. Die VSt habe bei der Prüfung des Beiblattes 070 - 4 festgestellt, dass die ASt die Automationsstation von zwei verschiedenen Herstellern angeboten habe und die Kommunikation über ein nicht genormtes Protokoll (Modbus) erfolgen solle. Dies widerspreche den „Verbindlichen Ausführungsstandards für die Gebäudeautomation der .....“ Ziffer 2, wonach die Koppelung unterschiedlicher herstellereinspezifischer, also nicht genormter Systeme unzulässig sei. Zudem müsse zur Kommunikation der Komponenten ein Modbus Modul eingebaut werden. Dies entspreche nicht den Vorgaben.

In ihrer Stellungnahme vom 28.06.2021 führt die ASt aus:

Die Forderung einer standardisierten Kommunikation innerhalb der Automationsebene könne aus der Beschreibung nicht abgeleitet werden. Außerdem sei die Forderung, alle

Komponenten der Automationsebene von einem Hersteller anzubieten, aus dem Leistungsverzeichnis nicht erkennbar. Mit dem Einbau des Busanschlussmoduls würde die Forderung des Leistungsverzeichnisses aus dem Vortext zu Pos. 01.02.0001 ff. erfüllt.

**9.**

Mit Schriftsatz vom 28.06.2021 vertieft die ASt ihren bisherigen Sachvortrag zur Kalkulation. Vergaberechtlich unzulässig sei lediglich eine bewusste, spekulative Mischkalkulation, bei der durch gezielte Aufpreisung und Abpreisung zwischen Leistungspositionen die Gefahr einer erheblichen Übervorteilung geschaffen werde. Zwischen der Position 01.01.0027 und der Leistungsposition 03.01.0001, welche allgemeine Dienstleistungen in Form einer Pauschale beschreibe, bestehe keine inhaltliche Konnexität. Dies sei aber Voraussetzung für die Annahme einer spekulativen Mischkalkulation. Die ASt habe zum eigenen Nachteil vergessen, bei der Position 01.01.0027 den Arbeitszeitanteil in diese Position einzukalkulieren. Aus Sorge, wegen dieses Kalkulationsversehens ausgeschlossen zu werden, habe sie erklärt, dass der versehentlich nicht kalkulierte Dienstleistungsanteil in der Pauschale der LV-Position 03.01.0001 enthalten sei.

**10.**

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die Fünf-Wochen-Frist zuletzt bis einschließlich 20.08.2021 verlängert.

**11.**

Mit Schreiben vom 09.07.2021 informiert die VSt über eine nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens durchgeführte technische Prüfung des Angebots der ASt. Die durchgeführte technische Prüfung habe ergeben, dass das Angebot der ASt den Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht entspreche. Wegen betroffener Geschäftsgeheimnisse der ASt verzichte die VSt auf eine detaillierte Erläuterung der technischen Prüfung der Angebote und verweist stattdessen auf das Aufklärungsverlangen der VSt vom 22.06.2021 und die Antwort der ASt vom 28.06.2021.

Ansonsten wiederholt und vertieft die VSt ihr bisheriges Vorbringen zur Mischkalkulation. Nach aktueller Rechtsprechung des BGH müsse die ASt ausgeschlossen werden, weil ihr Angebot eine unzulässige Mischkalkulation enthalte und Preise unvollständig angegeben worden seien.

**12.**

In ihrer Stellungnahme vom 16.07.2021 trägt die ASt zur technischen Ordnungsgemäßheit ihres Angebots u.a. vor:

Die angebotene Leistung entspreche der Vorgabe, dass die Kopplung unterschiedlicher, herstellungsspezifischer, also nicht genormter Systeme unzulässig sei, da der Datenaustausch zwischen den Ebenen AE und MBE über das standardisierte Netzwerkprotokoll BACnet/IP erfolge und der Datenaustausch zwischen den Ebenen AE und FE über standardisierte physikalische IO erfolge. Eine standardisierte Kommunikation innerhalb der AE sei nicht vorgegeben.

Es müssten nicht alle Komponenten der AE von einem Hersteller stammen. Eine solche Vorgabe sei im Leistungsverzeichnis an keiner Stelle formuliert. Bei vier anderen Bauvorhaben habe die VSt solche Vorgaben nicht behauptet.

Auch der Einwand, der Einbau eines Busanschlussmoduls „B01.8DI“ entspreche nicht den Vorgaben, sei falsch. Vielmehr erfülle dieser Einbau die Forderung im Text zu Position 01.02.0001. Bei anderen Herstellern seien Busanschlussmodule für die Verbindung zwischen der AE und den IO-Baugruppen üblich, beispielsweise bei .....

Auf die weiteren Ausführungen zur Mischkalkulation im Schriftsatz wird verwiesen.

### **13.**

In der mündlichen Verhandlung am 28.7.2021 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bleibt bei ihren schriftsätzlich gestellten Anträgen.

Die VSt stellt ihre Anträge aus der Antragserwiderung vom 15.06.2021

Die BGI stellt keine Anträge.

## **Begründung:**

### **1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Die Gesamtprojektkosten für die Arbeiten am ..... überschreiten den Schwellenwert nach § 106 Abs. 1 GWB.

Die hier streitgegenständliche Installation von Schaltanlagen ist ein Teillos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 3 Abs. 9 VgV) und hat die Arbeiten deshalb im Offenen Verfahren ausgeschrieben sowie im Amtsblatt der EU am 08.02.2021 bekannt gegeben. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 155 ff GWB festgelegt.

- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht.
- f) Die ASt hat am 31.05.2021 rechtzeitig den Ausschluss ihres Angebotes gerügt, nachdem ihr dies am 25.05.2021 mitgeteilt worden war.
- g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

## 2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die VSt hat das Angebot der ASt zu Unrecht ausgeschlossen. Es ist der VSt deshalb aufzuerlegen, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu wiederholen.

- a) Das Angebot der ASt enthielt die geforderten Preise und war somit nicht nach §§ 16a Abs.2, 13 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A auszuschließen. Eine unzulässige Mischkalkulation liegt nicht vor.
  - aa) Eintragungen im Formblatt 223 sind nach der Rechtsprechung (OLG Koblenz v. 19.01.2015 - Verg 6/14) keine Preisangaben im Sinne des § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, so dass § 16a Abs.2 EU VOB/A nicht einschlägig ist. Sie werden nicht Vertragsbestandteil, weil im Vertrag nur die (Einheits-)Preise, nicht aber deren einzelne Elemente oder die Art ihres Zustandekommens vereinbart werden. Das Formblatt 223 hat somit ausschließlich den Zweck, dem Auftraggeber zu ermöglichen, auffällig erscheinende Angebotspreise auf Angemessenheit einer ersten Prüfung zu unterziehen und, falls erforderlich, eine gezielte Aufklärung vorzunehmen. Jedenfalls dann, wenn Formblatt 223 nicht bereits mit dem Angebot vorzulegen ist, darf der Auftraggeber dieses nicht allein deshalb anfordern, weil er sich dies vorbehalten hat oder dies in einem Vergabehandbuch oder einer Dienst-anweisung so geschrieben steht. Vielmehr braucht er dafür einen Grund im Sinne des § 16d EG Abs. 1 VOB/A. (Vergabekammer Südbayern v. 29.01.2018 - Z3-3-3194-1-53-11/17 mit Hinweis auf OLG Koblenz a.a.O.).



Vorliegend bestand kein Grund für ein Aufklärungsverlangen.

Das Angebot der ASt enthält alle Preise. Auch hat die VSt bei der Preisprüfung keine Auffälligkeiten festgestellt. Am 11.03.2021 wurde die ASt dennoch aufgefordert, u.a. das Formblatt 223 „Aufgliederung der Einheitspreise“ zu übermitteln. Die VSt begründet dieses Verlangen mit der Festlegung in den Verfahrensinformationen, worin unter Ziffer 14 eine Beauftragung von der Vorlage des Formblattes 223 abhängig gemacht wurde.

Diese Begründung greift hier nicht.

Nach § 15 EU Abs.1 Nr.1 VOB/A darf der öffentliche Auftraggeber nach Öffnung der Angebote von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten. In Anbetracht eines Preisunterschieds zwischen der ASt und der BGI von weniger als 1 % ist bei objektiver Betrachtung ein Aufklärungsbedarf nicht erkennbar.

Deswegen fehlen die Grundlagen für eine Feststellung, dass der von der ASt gebotene Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig ist. Damit liegen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür, dass der Antragsgegner gemäß § 15 EU Abs.1 Nr.1 VOB/A von der ASt Aufklärung verlangt hat, nicht vor. Das Verlangen einer Aufklärung ist vergaberechtswidrig gewesen.

Das Einfordern des Formblattes 223 hätte eines konkreten Aufklärungsbedarfes bedurft. Ein Aufklärungsbedarf ist vorliegend nicht ersichtlich, die Forderung wurde unberechtigt erhoben.

Durch das unberechtigte Aufklärungsverlangen ist die ASt in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden. Die VSt hat die ASt ausgeschlossen, weil deren Antwort sie nicht befriedigt hat. Ohne Aufklärungsverlangen wäre das Angebot der ASt nach damaliger Sachlage in der Wertung geblieben.

**bb)** Es liegt auch keine Mischkalkulation vor. Ein Angebot enthält dann nicht die geforderten Preise im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A, wenn ein Bieter die für einzelne Positionen aus dem Leistungsverzeichnis vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen verlagert (OLG München v. 17.04.2019 - Verg 13/18).

Der Bundesgerichtshof hat mit Blick auf die entsprechende Regelung in älteren Fassungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen als der Ausgabe 2009 angenommen, dass ein Angebot nur gewertet werden dürfe, wenn die in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Preise vollständig und mit dem Betrag angegeben sind, die für die betreffende Position beansprucht werden. Der BGH hat dies auf die Erwägung gestützt, ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren

sei nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden Hinsicht und grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben würden.

Diese vom Gedanken formaler Ordnung geprägte Rechtsprechung ist nicht mehr uneingeschränkt anwendbar, weil sich ihre rechtlichen Grundlagen verändert haben. Seit Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2009, kann grundsätzlich nicht mehr ein Angebot nur deshalb ausgeschlossen werden, wenn in einem Vergabeverfahren für Bauleistungen ein Preis in einer einzelnen unwesentlichen Position fehlt. Sinn und Zweck dieser liberalisierenden Novellierung der Vergaberegeln war, im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig zu reduzieren (BGH v. 19.06.2018 - X ZR 100/16).

Das nachgereichte Formblatt 223 sah für diverse LV-Positionen, welche inklusiv einer Dienstleistung zu kalkulieren waren, keinen Zeitansatz vor. Am 23.04.2021 hat die VSt die ASt aufgefordert dies aufzuklären. Die ASt nimmt am 28.04.2021 zur Zusammensetzung des Einheitspreises in den genannten Leistungspositionen wie folgt Stellung:

„ 01.01.0027

Die unter dieser Position zu erbringende Dienstleistung ist bereits bei den an allgemeinen Projektkosten unter der Leistungsposition 03.01.0001 angemessen und auskömmlich mit einem Teilansatz von xx Minuten und Löhnen von xx € kalkuliert (Lohnbasis xx €/h).

04.02.0003-04.02.0006

Nach unserem Verständnis ist bei diesen Positionen keine reine Dienstleistung beschrieben, sondern nur die Montage von Schellen. Die Arbeitszeit für die Montage der Schellen ist bei den Kabelpositionen unter der Leistungsposition 04.01.0003 angemessen und auskömmlich mit einem Zeitansatz von xx Minuten und Löhnen von xx € kalkuliert (Lohnbasis xx €/h). “

Nach der Rechtsprechung des BGH v. 19.06.2018 - X ZR 100/16 sind die Bieter in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt die Befugnis ein festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen.

Im Angebot der ASt sind Verschiebungen von Preisbestandteilen oder verdeckte Auf- oder Abpreisungen tatsächlich nicht erkennbar. In den fraglichen Leistungspositionen 01.01.0027 und 04.02.0003 - 04.02.0006 sowie 03.01.0001 und 04.01.0003 finden sich keine Anhaltspunkte für eine Preisverlagerung. Zwar hat die Antragstellerin am 28.04.2021 zunächst erklärt, dass sie die Dienstleistungen bei den Positionen 03.01.0001 bzw. 04.01.0003 kalkulatorisch berücksichtigt habe. Die Antragstellerin hat aber nachvollziehbar dargestellt, dass eine Preisverlagerung nicht stattgefunden hat. Die Vergabekammer erachtet diesen Sachvortrag der ASt für glaubhaft, da keine objektiven Anhaltspunkte für eine entsprechende Preisverlagerung erkennbar sind. Nachdem die vorgenommene Preisauflärung nicht zulässig war, durfte die ASt ihr Vorbringen auch entsprechend richtigstellen. Deshalb kann ein Angebotsausschluss auf diese Erläuterungen der ASt vom 28.04.2021 nicht gestützt werden.

- b)** Das Angebot der ASt kann nicht wegen dem Systemaufbau ausgeschlossen werden. Die Vergabekammer hat zur fachtechnischen Beratung Herrn xxxxx von der Regierung von Mittelfranken (.....) zur Beratung der Vergabekammer beigezogen. Das Angebot der ASt verstößt nach Auffassung der Kammer weder gegen die verbindlichen Ausführungsstandards für die Gebäudeautomation der ..... (Anlage 11 f)) noch gegen die Funktionsbeschreibung Gebäudeautomation, die beide Bestandteil der Vergabeunterlagen waren.

**aa)** In der Anlage 11 f der Vergabeunterlagen findet sich u.a. die Vorgabe: *„Die Koppelung unterschiedlicher herstellerepezifischer, also nicht genormter Systeme ist unzulässig.“*

Bei dem eingereichten Angebot der ASt sieht die Vergabekammer –entgegen der Auffassung der VSt - keinen Verstoß gegen diese Vorgabe der Anlage 11f, weil die ASt innerhalb der Automationsebene die Koppelung der CPU mit den I/O-Modulen mit einem Busanschlussmodul via Modbus bewerkstelligen möchte. Wie Herr ..... zutreffend ausführt, ist das vorgesehene Modbus-Protokoll weder herstellerepezifisch noch ein nicht genormtes System.

**bb)** Auch die Vorgabe: *„Als Datenkommunikationsprotokoll kommt sowohl in der zentralen Bedien- und Beobachtungseinrichtung als auch in der Automations-ebene (AE) BACnet nach DIN EN ISO 16484-5 zum Einsatz. Jede Automationsstation muss zum Zweck einer bidirektionalen Kommunikation sowohl als BACnet-Server als auch als BACnet-Client fungieren können“* (Funktionsbeschreibung Gebäudeautomation, ..... ) rechtfertigt nicht den Ausschluss des Angebotes der ASt.

Die von der ASt im Angebot vorgeschlagene Regeleinheit (PX-Controller) besitzt das in den Vergabeunterlagen geforderte Zertifikat nach dem in den Vergabeunterlagen beschriebenen Kommunikationsprotokoll BACnet. Auch nach dieser Vorgabe in der Funktionsbeschreibung Gebäudeautomation ist innerhalb der Automationsebene die Koppelung der CPU via Modbus dennoch nicht ausgeschlossen.

Die Vorgaben in den Vergabeunterlagen rechtfertigen deshalb nach Auffassung der Vergabekammer nicht den Ausschluss des Angebotes der ASt.

### 3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt hat die Verfahrenskosten zu tragen, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI hat sich am Verfahren nicht in Schriftform beteiligt und keine Anträge gestellt. Sie hat daher das Risiko des Unterliegens nicht getragen und bekommt im Umkehrschluss dazu auch keine Aufwendungen erstattet.
- d) Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, sodass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,-- €. Die VSt ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.
- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....