

# Beschlussvorlage

Nr.: B-115/2017  
öffentlich

Beratungsfolge	Termin	Behandlung
Gemeindevertretung	22.08.2017	öffentlich

**Vergabe von Bauleistungen für die Erweiterung des Grundschulstandortes  
Wustermark  
Gewerk: Erweiterter Rohbau  
Hier: Beratung und Beschlussfassung**

**Beschlussvorschlag:**

Es wird beschlossen, den Auftrag

für die Leistung	in Höhe von	an die Fa.
Erweiterter Rohbau	2.458.695,60 €/Brutto	Berger Bau GmbH Waldowallee 76/78  10318 Berlin

zu vergeben.

**Sachverhalt/ Begründung:**

Gemäß dem Beschluss B-042/2016 vom 05.04.2016 wurden Planungsleistungen an das Architekturbüro Sander.Hofrichter Architekten GmbH aus Ludwigshafen vergeben. Mit dem Beschluss B-106/2017 wurden die Leistungsphasen 6 und 7 des Architektenvertrages beauftragt und somit die Leistungen zur Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe von Bauleistungen. Vor diesem Hintergrund muss nach dem erfolgten Europaweiten Ausschreibungsverfahren die ausführende Firma mit der Leistungserbringung des Erweiterten Rohbaus beauftragt werden.

**Budget (gemäß Beschluss- Nr.: B-038/2017: Billigung der Entwurfsplanung) für das  
Gewerk: Rohbauarbeiten 2.572.462,98 EURO/Brutto**

**Verpreistes Leistungsverzeichnis des Architekturbüros Sander.Hofrichter für das  
Gewerk: Rohbauarbeiten 2.369.118,18 EURO/Brutto**

Das sachlich und rechnerisch geprüfte Ergebnis der Angebote ergab folgenden Sachstand:

Für das Ausschreibungsverfahren haben sich 30 Firmen auf der Vergabepattform freischalten lassen.  
Anzahl der bis zum 04.08.2017, 13:00 Uhr eingegangenen Angebote: 4

Nr.	Bieter	Angebotssumme Brutto - € -	Bemerkung	Geprüfte Angebotssumme Brutto - € -	Rang
1	MEBAG GmbH Jarchauer Dorfstraße 1a 39576 Stendal OT Jarchau	2.452.508,48	Ausschluss des Angebotes	2.452.508,49	-
2	Ingenieurbau Altmark GmbH Stadtseeallee 1 39576 Stendal	2.730.183,86	keine	2.730.183,86	3
3	<b>Berger Bau GmbH</b> <b>Waldowallee 76/78</b> <b>10318 Berlin</b>	<b>2.458.695,60</b>	<b>keine</b>	<b>2.458.695,60</b>	<b>1</b>
4	ANES Bauausführungen Berlin GmbH Adam-von-Trott-Straße 7 13627 Berlin	2.632.836,71	keine	2.632.836,71	2

Die Prüfung und Wertung der vorliegenden Angebote erfolgte unter

- formellen Gesichtspunkten, z.B. Vollständigkeit der Angebote,
- Berücksichtigung der Eignung der Bieter (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit),
- Berücksichtigung unangemessen hoher und niedriger Preise,
- Beachtung des wirtschaftlichsten Angebotes.

**Im Rahmen der rechtlichen Prüfung des Angebotes der Fa. MEBAG GmbH wird durch Frau Teiwes (Zenk Rechtsanwälte) empfohlen das Angebot der Fa. MEBAG GmbH aus der Wertung auszuschließen.**

#### **Begründung:**

Die Gemeinde Wustermark hat Frau Teiwes (Zenk Rechtsanwälte) mit der Prüfung dahingehend gebeten, ob das Angebot eines Bieters im Rahmen der Vergabe des Gewerks Rohbau gewertet werden kann oder ausgeschlossen werden muss.

#### **1. Sachverhalt**

Folgenden Sachverhalt haben wir auf Basis der uns übersandten Unterlagen und den geführten Telefonaten zugrunde gelegt:

In der Vergabe für das Gewerk Rohbau ist im Leistungsverzeichnis die Erstellung einer Erdungsanlage ausgeschrieben worden. Dazu heißt es auf Seite 86 des Leistungsverzeichnisses:

Gemäß DIN EN 62305 / VDE 0185 ist die Erdungsanlage von einem Elektrofachbetrieb bzw. von einer Blitzschutz-Fachfirma herzustellen.

In der Regel verfügen Hochbauunternehmen nicht über entsprechend qualifiziertes eigenes Personal.

Der Bieter hat deshalb den von ihm vorgesehenen Errichterbetrieb nachfolgend mit der vollständigen Adresse und Telefonnummer zu benennen: bzw. die Nachweise zur Qualifikation der eigenen Mitarbeiter dem Angebot beizulegen. Ist der Errichterbetrieb nicht benannt oder fehlen die Qualifikationsnachweise, kann der Bieter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Die Firma MEBAG hat mit ihrem Angebot vom 03.08.2017 angeboten, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen (siehe Ziffer 7 des Angebotsformulars) und entsprechend keine Angaben zu Nachunternehmern gemacht, auch nicht für einen Elektro-fachbetrieb im Leistungsverzeichnis (siehe oben, Seite 86 des Leistungsverzeichnisses).

Da die Firma MEBAG ihrem Angebot jedoch (u.a.) nicht die im Leistungsverzeichnis (siehe oben) geforderten Nachweise zur Qualifikation der eigenen Mitarbeiter für die Errichtung der Erdungsanlage beigefügt hatte, ist sie durch sander.hofrichter architek- ten mit Schreiben vom 15.08.2017 u.a.aufgefordert worden:

*„Wir bitten Sie um eine Bestätigung, dass Ihre Firma diese Leistungen erbringen kann.“*

.....  
Darauf hat die Firma MEBAG mit Datum vom 16.08.2017 das Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen..(Formblatt.233).nachgereicht, in dem nun für den Leistungsbereich „Erdung Blitzschutz Elektroeinbau und Installationsarbeiten“ als Nachunternehmer die Firma Blitzschutzanlagenbau G. Marzinek eingetragen ist, und eine Eigenenerklärung der Firma Blitzschutzanlagenbau G. Marzinek als Bestätigung deren Qualifikation beigefügt.....

Auf Basis dieses Sachverhalts stellte sich die Frage, ob das Angebot der Firma MEBAG wertbar oder von der Firma auszuschließen ist.

## 2. **Rechtslage**

Nach unserer Prüfung stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

Die Firma MEBAG hat ein Angebot abgegeben, das zum Inhalt hat, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, ohne Nachunternehmer einzusetzen. Davon umfasst ist auch die Erdungsanlage.

Allerdings war das Angebot unvollständig, da (u.a.) die Nachweise der eigenen Qualifikation für die Leistungen der Erdungsanlage nicht beigefügt waren.

Entsprechend § 16 a EU VOB/A und im Einklang mit den Vergabeunterlagen ist konkret die fehlende Bestätigung der eigenen Qualifikation nachgefordert worden.

Jedoch hat die Firma MEBAG diese geforderten Unterlagen nicht vorgelegt, sondern stattdessen einen — im Angebot nicht vorgesehenen — Nachunternehmer und dessen Qualifikationsnachweis.

Daraus folgt:

Die Unterlage, wegen derer das Angebot der MEBAG vom 03.08.2017 unvollständig war und die konkret nachgefordert wurde, ist nicht vorgelegt worden. Es ist eine Angabe nachgeliefert worden, welche in den Vergabeunterlagen vorgesehen war und deshalb für ein wertbares Angebot zulässig gewesen ist, allerdings nicht Inhalt des ursprünglichen Angebots vom 03.08.2017 war und erst nach Ablauf der Angebotsfrist gemacht wurde.

Rechtsprechung, die genau einen solchen Fall abbildet, lässt sich nicht finden. Die Beantwortung der gestellten Frage ist daher aus den gesetzlichen Regelungen und allgemeinen Grundsätze herzuleiten.

In § 16a EU VOB/A heißt es:

*Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend § 16 EU Nummern 1 und 2 ausgeschlossen, verlangt der öffentliche Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen.*

Nach dem Wortlaut des § 16a EU VOB/A sind also nur die Erklärungen oder Nachweise nachzufordern, die im Angebot fehlen und es können nur die Nachweise und Erklärungen wirksam nachgereicht werden, die ursprünglich fehlten. Werden diese nicht nachgereicht, ist das Angebot auszuschließen. Das muss auch gelten, wenn andere Unterlagen als die fehlenden nachgereicht werden.

Eine inhaltliche Nachbesserung oder Änderung der mit dem Angebot eingereichten Unterlagen ist vom Wortlaut des § 16a EU VOB/A nicht gedeckt, der ausschließlich die formale Vollständigkeit der geforderten Belege betrifft (vgl. Weyand, Online-Kommentar Vergaberecht, Kommentierung zu § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A mit Rechtsprechungsnachweisen).

Dafür spricht auch, dass eine Änderung des Angebots durch den Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geändert werden kann. Dies ist insbesondere Ausfluss der Grundsätze des „Gleichbehandlungsgebots“ und des „fairen Wettbewerbs“. Nach diesseitiger Auffassung ist der Umstand, ob Leistungen selbst oder durch Nachunternehmer ausgeführt werden, ein den Inhalt des Angebots betreffender Faktor, so dass insoweit eine Änderung des Angebots der MEBAG erfolgt ist, die von der Regelung des § 16a EU VOB/A nicht gedeckt und nach Ablauf der Angebotsfrist nicht zulässig ist. Diese Auffassung stützen wir darauf, dass den Angaben zu Nachunternehmerleistungen in Vergabeverfahren und auch in Rechtsprechung und Literatur maßgebliche inhaltliche Bedeutung zugesprochen wird, soweit es sich nicht nur um Neben- oder Hilfsleistungen handelt. Dies ist nach unserer Einschätzung bei einer Erdungs- und Blitzschutzanlage nicht der Fall.

Es ist hier ausdrücklich im Angebot die Erklärung gefordert worden, ob Leistungen selbst oder durch Nachunternehmer erbracht werden. Die MEBAG hat eindeutig und unzweifelhaft erklärt und angeboten, dass sie die Leistungen selbst erbringt, so dass die nachgelieferten Unterlagen zweifellos eine andere Erklärung als diejenige im Angebot beinhalten, nämlich die Ausführung durch Nachunternehmer.

Nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 - Verg 35/15 ist nach der Nachreichung von Unterlagen, die im Widerspruch zum ursprünglichen Angebots stehen, das Angebot zwar nicht sofort auszuschließen, sondern aufzuklären, was gelten soll. Daran könnte man im oben geschilderten Fall auch denken. Allerdings darf das Aufklärungsergebnis auch nicht zu einer Änderung des ursprünglichen Angebots führen. In dem Beschluss heißt es:

„Die Vergabestelle hätte das Angebot der Antragstellerin indes nicht ohne vorherige Aufklärung über dessen Inhalt, was den Einsatz von Nachunternehmern bei Planungsleistungen unter den das Traggerüst betreffenden Leistungspositionen 2.7.1 und 3.7.1. betrifft, von der Wertung ausschließen dürfen. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EG darf sich der Auftraggeber bis zur Auftragserteilung bei einem Bieterunternehmen jederzeit Aufklärung über die Eignung, insbesondere die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst sowie über die geplante Art der Durchführung verschaffen. **Freilich sind in offenen und nicht offenen Verfahren Verhandlungen über das Angebot unstatthaft (wegen des sog. Nachverhandlungsverbots, § 15 Abs. 3 VOB/A-EG) - womit das innerhalb der Angebotsabgabefrist eingereichte Angebot gemeint ist, das nicht abgeändert werden darf.**“

### 3. Ergebnis und Empfehlung

Nach vorstehenden Grundsätzen ist das Angebot der MEBAG auszuschließen, da das Angebot vom 03.08.2017 unvollständig war und der fehlende, nachgeforderte Nachweis nicht (rechtzeitig) vorgelegt worden ist.

Auch nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf ist das Angebot der MEBAG auszuschließen, wenn die nachgelieferten Unterlagen bedeuten, dass die Leistungen für die Erdungsanlage tatsächlich nicht von der MEBAG ausgeführt werden sollen, geschweige denn können, weil die MEBAG die notwendige Qualifikation nicht besitzt. Dies ist zwar zu vermuten, er stellt sich allerdings die Frage, ob dies noch aufzuklären ist, die nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu bejahen wäre.

Es ist deshalb zu empfehlen, vorsorglich bei der MEBAG schriftlich anzufragen, ob sie tatsächlich die Leistungen nicht selbst erbringen will/kann, sollte sich dies nicht eindeutig aus vorhandenen Unterlagen (Anschreiben zu nachgereichten Unterlagen oder Ähnliches) ergeben. Wird dies bejaht, ist das Angebot auszuschließen.

Gemäß der Empfehlung des Rechtsanwaltsbüros Zenk hat die Gemeindeverwaltung den Sachverhalt aufgeklärt, ob die MEBAG an ihrem ursprünglichen Angebot festhält und die Leistungen selbst erbringen will oder beabsichtigt, Nachunternehmer einzusetzen.

Das Ergebnis dieser Aufklärung ist, dass trotz Ihrer Fristsetzung am 21.08.2017 an diesem Tag keine Erklärung eingegangen ist. Vielmehr erfolgte am heutigen 22.08.2017 zunächst schlicht die Erklärung, die Leistungen im eigenen Betrieb ausführen zu wollen, allerdings ohne jegliche Begründung und wiederum, ohne die Qualifikationsnachweise für die eigenen Mitarbeiter nachzureichen. Diese Nachreichung erfolgte dann später. Beigefügt war ein Meisterbrief, ausgestellt für Heiko Marzinek.

### 1. Rechtliche Einschätzung

Die Aufklärung hat also ergeben, dass nun doch, entgegen der am 16.08.2017 übermittelten Unterlagen die Leistung im eigenen Betrieb ausgeführt werden soll. Allerdings ist eine Übermittlung der mit Schreiben vom 15.08.2017 angeforderten Qualifikationsnachweise zunächst nicht und dann erst am 22.08.2017 erfolgt.

Damit ist die in § 16 a EU VOB/A, welcher in der Stellungnahme vom 21.08.2017 auch zitiert ist, normierte Frist nicht eingehalten. Die gern. § 16 a EU VOB/A nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise sind **spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen** nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber.

Die Aufforderung zur Vorlage der fehlenden Qualifikationsnachweise erfolgte mit Schreiben der sander.hofrichter architekten am 15.08.2017. Die 6-Tage-Frist begann demnach am 16.08.2017 und endete am 21.08.2017.

Nach § 16 a EU VOB/A ist das Angebot **zwingend** auszuschließen, wenn die nachgeforderten Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt werden. Dem Auftraggeber steht insoweit **kein Ermessen** zu (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 29.06.2017, 21.VK-3194-07/16).

Deshalb kommt eine Verlängerung der Frist auch nicht in Betracht. Eine nochmalige Aufforderung nach Fristablauf ist nicht vergaberechtskonform und deshalb unbeachtlich (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 29.06.2017, 21.VK-3194-07/16).

Es kann deshalb auch keine Rolle spielen, ob in der Aufforderung zur Nachlieferung die Frist genannt ist. Es handelt sich um eine gesetzliche Frist, die schlicht gilt.

Würde man die Geltung an die Benennung im Aufforderungsschreiben knüpfen, würde damit eine unzulässige Verlängerung bzw. mehrfache Nachforderung möglich.

Schon deshalb ist das Angebot der MEBAG auszuschließen.

Darüber hinaus fällt auf, dass der nunmehr als „eigener“ Qualifikationsnachweis vorgelegte Meisterbrief für Herrn Heiko Marzinek ausgestellt ist, der ausweislich der am 16.08.2017 übermittelten Unterlagen als Inhaber der als Nachunternehmer benannten Firma Blitzschutzanlagenbau G. Marzinek ausgewiesen ist. Es ist deshalb zu bezweifeln, dass es sich bei dem übermittelten Meisterbrief tatsächlich um einen Nachweis der eigenen Qualifikation der Firma MEBAG handelt.

Jedenfalls ergibt dies einen gewissen Widerspruch, zumal es keinerlei Erläuterung dazu gibt, warum Herr Marzinek nun nicht mehr Nachunternehmer ist, sondern Mitarbeiter. Es entsteht der Eindruck, dass versucht wird, die bisherigen formalen Fehler zu verbergen.

Man könnte hier an eine weitere Aufklärung denken. Eine Aufklärung liegt im Rahmen des Ermessens: Gegen eine weitere Aufklärung spricht, dass hier bereits Gelegenheit zur Aufklärung gegeben wurde, die letztlich wiederum zu weiteren Widersprüchen geführt hat. Insbesondere spricht aber gegen eine weitere Aufklärung, dass das Angebot wegen der Fristüberschreitung nach § 16a EU VOB/A sowieso auszuschließen ist, selbst wenn Herr Marzinek nun tatsächlich Mitarbeiter der MEBAG geworden ist. Wird Herr Marzinek doch als Nachunternehmer in seiner Eigenschaft als Inhaber der Firma Blitzschutzanlagenbau G. Marzinek tätig, ist das Angebot aus den in der Stellungnahme vom 21.08.2017 genannten Gründen auszuschließen. Eine Aufklärung kann deshalb gar nicht zu einer anderen Bewertung führen.

## 2. Handlungsempfehlung

**Nach alle dem ist das Angebot der MEBAG auszuschließen. In der Anlage übersende ich Ihnen den Entwurf eines entsprechenden Schreibens an die MEBAG.**

Gemäß Wertung nach Richtlinie 2014/24/EU Abschnitt 2 ist das Angebot der Fa. Berger Bau GmbH, Waldowallee 76/78, 10318 Berlin mit 2.458.695,60 € das wirtschaftlichste.

Bei einem noch stattfindenden Aufklärungsgespräch muss noch die Wirtschaftlichkeit, die Auskömmlichkeit der Preise und die Leistungsfähigkeit des Bieters hinterfragt und abgeklärt.

Die Fa. Berger Bau GmbH, Waldowallee 76/78, 10318 Berlin hat für den ausgeschriebenen Leistungsumfang das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben. Der angebotene Preis ist angemessen und auskömmlich. Sie lassen eine fachgerechte Ausführung der Leistungen durch den Bieter zu. Die Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters, wurde durch Nachweise, Unbedenklichkeitsbescheinigungen und Firmendarstellung nachgewiesen.

Dem Bieter Berger Bau GmbH sollte auf der Grundlage der Richtlinie 2014/24/EU zu Europaweiten Ausschreibung und der VOB/A-EU der Zuschlag erteilt werden.

### **Finanzierung:**

Durch die Ausführung des vorgeschlagenen Beschlusses entstehen folgende Auswirkungen auf den Haushalt:

Unter dem  
Produkt: 21110  
Sachkonto: 096103000 G003  
stehen

für das Haushaltsjahr 2017 insgesamt 4.500.000,00 € für die Baumaßnahme „Erweiterung der Grundschule Wustermark“ zur Verfügung.

Vor dem Hintergrund der Beauftragung der Planungs- und Ingenieurleistungen in Höhe von 751.902,89 €, stehen für die bauliche Umsetzung des Erweiterungsneubaus der Grundschule Wustermark **noch 3.652.880,58 € zur Verfügung.**

Die Submission für die erweiterten Rohbauarbeiten war dahingehend erfolgreich, als **der günstigste Bieter Berger Bau GmbH, Waldowallee 76/78, 10318 Berlin mit 2.458.695,60 € unter dem veranschlagten Budget.**

**Damit stehen für das Haushaltsjahr 2017 noch insgesamt 1.194.184,98 € für die Umsetzung der o.g. Hochbaumaßnahme zur Verfügung.**

Az.:  
22.08.2017