



REGIERUNGSENTWURF EINES VERGABERECHTSMODERNISIERUNGSGESETZES (VergRModG-E) STELLUNGNAHME DER BUNDESARCHITEKTENKAMMER

Die Bundesarchitektenkammer (BAK) befürwortet die auf Grundlage der neuen EU-Vergaberichtlinien vorgegebene stärkere Berücksichtigung sozialer, ökologischer, innovativer und insbesondere qualitativer Aspekte und begrüßt vor allem den selbst auferlegten Anspruch, mittelständische Interessen und damit die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.

Mit Blick auf die Besonderheiten von Architektenleistungen, der Struktur von Architekturbüros und damit auch der Situation von jungen und kleinen Büros in der Praxis vertritt die BAK weiterhin die Auffassung, dass die bisherigen Inhalte und Strukturen des deutschen Vergaberechts grundsätzlich bereits gut geeignet waren, diesen Besonderheiten zu entsprechen. Im Rahmen der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien hält die BAK daher die folgenden grundsätzlichen Kernpositionen für besonders wichtig:

- **Erhalt einer eigenständigen Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen**
Eine eigenständige Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – heute VOF - ist als bewährtes und erprobtes Regelwerk im Interesse von Transparenz und Eindeutigkeit zu erhalten. Bei Planungsleistungen handelt es sich um geistig-schöpferische Leistungen, die vorab nicht erschöpfend beschreibbar sind und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Dies macht Verfahren für die betreffende Vergabe erforderlich, die an qualitativen Wertungskriterien orientiert sind und die insoweit grundsätzlich notwendigen Verhandlungen ermöglichen, was in optimaler Weise in einem reinen Leistungswettbewerb im Rahmen eines Planungswettbewerbs gewährleistet würde, ansonsten nur in einem Verhandlungsverfahren. Nur eine eigenständige Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen würde diesen Besonderheiten auch in Zukunft in ausreichender Weise Rechnung tragen und Rechts- und Anwendungssicherheit auch für die Vergabestellen schaffen.
- **Verpflichtende Anwendung des Verhandlungsverfahrens für Architektenleistungen**
Die entscheidende Weichenstellung, wie sie bislang in § 5 der Vergabeverordnung (VgV) enthalten ist, muss beibehalten werden. Danach können Architekten- und Ingenieurleistungen nur im Verhandlungsverfahren und/oder in einem Planungswettbewerb vergeben werden, weil es sich regelmäßig um Leistungen handelt, mit denen konzeptionelle und innovative Lösungen gesucht werden. Demgemäß kann der öffentliche Auftraggeber nur im Rahmen der vorgenannten Verfahren den Bewerber finden, der die bestmögliche Leistung erwarten lässt. Hingegen wäre die Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, Architekten- und Ingenieurleistungen auch im offenen und nichtoffenen Verfahren vergeben zu können, verheerend. Da öffentliche Auftraggeber regelmäßig insbesondere das offene, aber auch das nichtoffene Verfahren aus der Vergabe von Bauleistungen – auch unabhängig vom Schwellenwert – zu beherrschen glauben, würden sie automatisch auf diese Verfahren, die im Schwerpunkt einen Preiswettbewerb bedeuten, auch für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zurückgreifen. Damit verschließen sie sich den großen Vorteilen des Verhandlungsverfahrens: Abruf der Ideen von Bewerbern und Beauftragung nach erkennbarer Qualität und nicht nach vornehmlich preislichen Gesichtspunkten.
- **Planungswettbewerbe als Regelverfahren einbeziehen**
Da Planungswettbewerbe grundsätzlich das innovativste und insgesamt wirtschaftlichste Instrument zur Vergabe von Architektenleistungen sind, sollten sie bei der Festlegung des Verhandlungsverfahrens für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen als



Regelverfahren einbezogen werden. Sie bieten die Gewähr für eine bestmögliche Umsetzung der anstehenden Aufgabe, da der Auftragnehmer über einen reinen Leistungsvergleich gefunden wird. Die wirtschaftlichen Vorteile eines Planungswettbewerbs für den Auftraggeber bestehen insbesondere darin, für geringe Kosten eine Vielzahl von alternativen Planungsleistungen zu erhalten und bei der Bewertung der von den Wettbewerbsteilnehmern vorgelegten Lösungsmöglichkeiten auch die Wirtschaftlichkeit des zukünftigen Bauvorhabens abzuschätzen. Schließlich ermöglichen insbesondere offene Planungswettbewerbe aufgrund des reinen Leistungswettbewerbs eine Auftragschance für Berufsanfänger und kleine Bürostrukturen im Sinne der o.a. wesentlichen, mit dem neuen Vergaberecht verbundenen Ziele sowohl der EU-Kommission als auch der Bundesregierung.

- **Zugangskriterien müssen eine Chance für junge und kleine Büros sicherstellen**
Die Vorgabe und/oder Kombination bestimmter Eignungskriterien schließt einen Großteil der Leistungsträger aus, obwohl es für die Erfüllung eines Planungsauftrags in der Regel nicht auf die Größe des Büros (90 Prozent der Architekturbüros haben weniger als fünf Mitarbeiter) ankommt. Ebenso ist die Abfrage des Honorarumsatzes zur Ermittlung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit weder aussagekräftig noch zielführend, da der Planer zur entsprechenden Absicherung des Auftraggebers zwingend eine Berufshaftpflichtversicherung vorhalten muss. Schließlich ist auch die nach altem Recht regelmäßig vorgenommene Beschränkung des Referenzzeitraums nicht sinnvoll, um für die konkrete Bauaufgabe eine gute Lösung zu finden; denn es kommt in aller Regel nur auf den Nachweis an, dass der Architekt oder Ingenieur überhaupt schon Vergleichbares geplant hat, um zu belegen, dass er die ausgeschriebene Aufgabe ebenfalls erfüllen könnte.
- **Beibehaltung der bisherigen Auftragswertberechnung**
Bei der Umsetzung von Artikel 5 Abs. 13 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU ist darauf zu achten, dass es auch zukünftig eine Regelung entsprechend § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV geben wird. Der Eigenständigkeit der Leistungen muss auch im Vergabeverfahren Rechnung getragen werden. Dies hat sich in der Vergangenheit durchgängig bewährt.

Auf der Grundlage der zuvor cursorisch beschriebenen prinzipiellen Forderungen in Bezug auf das neue deutsche Vergaberecht, beschränken sich die folgenden konkreten Anmerkungen zum jetzt vorliegenden Regierungsentwurf eines Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes auf diejenigen Vorschriften, die für den Berufsstand der Architektinnen und Architekten von besonderer Bedeutung sind:

Zu § 97 GWB-neu (Grundsätze der Vergabe)

Die in § 97 enthaltenen Grundsätze der Vergabe sind uneingeschränkt zu begrüßen. Dies gilt insbesondere für die derzeit in § 97 Abs. 3 GWB, jetzt in Absatz 4 geregelte vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen. Zur Betonung und weitergehenden Differenzierung des gesetzgeberischen Ziels empfehlen wir, dass – in Übereinstimmung mit dem Begründungstext unter A. I., dort 2. Absatz – schon im Gesetzestext zumindest auch auf den Begriff „kleine und mittlere Unternehmen“ zurückgegriffen werden sollte. Wir schlagen als Formulierung für § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB-neu daher vor:

„Mittelständische Interessen und damit die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.“

Ebenfalls begrüßen wir die grundsätzliche Trennung von Leistungen in Teil- oder Fachlose. In diesem Zusammenhang ist es aber – wie die Praxis zeigt – auch erforderlich, den für das Bauen elementar wichtigen übergeordneten Grundsatz der Trennung von Planung und Ausführung ausdrücklich zu benennen. Damit würde für diesen wesentlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts klargestellt, dass trotz der zumindest insoweit unveränderten Definition der Bauaufträge in § 103 Abs. 3 GWB-neu das Bauen aus einer Hand, d.h. Bauleistungen und Planungen durch einen Auftragnehmer, wie bisher nicht nur den mittelständischen Interessen, sondern auch dem Streben nach größtmöglicher Qualität prinzipiell zuwiderläuft und damit nur in seltenen zu begründenden Ausnahmesituationen möglich sein darf. Alternativ könnte in § 103 Abs. 3 GWB-neu eine besondere Begründungspflicht für die



einheitliche Vergabe gemischter Aufträge vorgesehen werden. In jedem Fall muss aus der Gesetzesbegründung durch eine explizite Erwähnung des o.a. Grundsatzes deutlich werden, dass die Trennung von Planung und Ausführung den Prinzipien des § 97 Abs. 4 GWB-neu entspricht und im Zusammenhang mit den weiteren vergaberechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen ist. Es entspricht über Jahrzehnte den Erkenntnissen der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, wonach die getrennte Vergabe von Planungsleistungen und gewerblichen Bauleistungen die sichersten, ökonomischsten, nachhaltigsten und letztlich korruptionsvermeidendsten Ergebnisse erzeugt. Auch die Richtlinie 2014/24/EU steht dem nicht entgegen. Wie in dem Begründungstext zu dieser Richtlinie (Seite 102) ausgeführt wird, besteht der Zweck der Richtlinie gerade nicht darin, den EU-Mitgliedsstaaten eine gemeinsame oder getrennte Vergabe vorzuschreiben. Der nationale Gesetzgeber hat demnach die Freiheit, ein solches Regel-/Ausnahmeverhältnis vorzusehen.

Zu § 119 GWB-neu (Verfahrensarten)

Von besonderer Bedeutung für das gesamte weitere Vergaberecht ist die Regelung der Verfahrensarten. Angesichts des grundlegenden Paradigmenwechsels, der gerade in diesem Bereich durch die neue Vergaberichtlinie vollzogen worden sein soll, erscheinen die Änderungen gegenüber dem derzeitigen § 101 GWB vergleichsweise geringfügig. Hinzugekommen ist die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft. Ansonsten ist augenfällig die Gleichstellung des nichtoffenen Verfahrens mit dem offenen Verfahren. Im Übrigen wird allerdings jetzt diesen beiden Verfahren strukturell der Vorrang vor den weiteren Verfahrensarten Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft eingeräumt, ebenso wie nach derzeitigem Recht das offene Verfahren Vorrang vor den übrigen Verfahren hatte.

Es entspricht sicherlich der EU-Richtlinie und dem Willen des Richtliniengabers, die bisherige Vorrangstellung des offenen gegenüber dem nichtoffenen Verfahren aufzuheben. Zugleich sollen nach der Richtlinie allerdings auch die anderen Verfahrensarten, insbesondere das Verhandlungsverfahren, allgemein aufgewertet und stärker verbreitet werden. So wird in Erwägungsgrund 42 ausgeführt: *„Für die öffentlichen Auftraggeber ist es äußerst wichtig, über zusätzliche Flexibilität zu verfügen, um ein Vergabeverfahren auszuwählen, das Verhandlungen vorsieht“*.

Dies kommt im Regierungsentwurf unseres Erachtens nur sehr unzureichend zum Ausdruck. Nach § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB-neu stehen die anderen Verfahrensarten nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund des Gesetzes ausdrücklich gestattet ist. Dies entspricht nahezu wortgleich der Formulierung im derzeitigen § 101 Abs. 7 Satz 1 GWB und erweckt den Eindruck, dass es sich gegenüber dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren um zweitrangige Vergabearten handelt. Es trifft zwar zu, dass das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog nach Art. 26 Abs. 4 der Richtlinie tatbestandsimmanente Beschränkungen unterworfen sind; liegen diese Voraussetzungen aber vor, sind das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog zumindest gleichrangige, wenn nicht sogar in ihrem Anwendungsbereich gegenüber dem offenen und nichtoffenen Verfahren die per se geeigneteren Vergabearten. Hierzu sei noch einmal aus Erwägungsgrund 42 der Richtlinie zitiert: *„Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, das Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog in verschiedenen Situationen vorzusehen, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nichtoffene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen“*.

Diesem Umstand muss nach unserer Ansicht dadurch Rechnung getragen werden, dass in § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB-neu das Wort „nur“ gestrichen wird. Ergänzt werden muss die Umsetzung der vorgenannten Überlegungen dadurch, dass bereits in der Gesetzesbegründung zu § 119 GWB-neu ausführlicher und stärker auf die alternativen Verfahrensarten „Verhandlungsverfahren“ und „wettbewerblicher Dialog“ eingegangen wird. Insbesondere wären schon an dieser Stelle der nach Art. 26 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehene Anwendungsbereich zu beschreiben und die in Erwägungsgrund 42 enthaltenen allgemeinen und in Erwägungsgrund 43 genannten konkreten Überlegungen zur geeigneten Verfahrensart bei geistigen Dienstleistungen wie z.B. bei Architektenleistungen wiederzugeben. Gerade der Erwägungsgrund 43 macht deutlich, dass für die Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen Verhandlungen und damit das Verhandlungsverfahren



unabdingbar sind: „Bei Dienstleistungen oder Lieferungen, die eine Anpassung oder konzeptionelle Arbeiten erfordern, bietet sich ein Verhandlungsverfahren oder ein wettbewerblicher Dialog an. Notwendig sind solche Anpassungen oder konzeptionellen Arbeiten vor allem bei komplexen Anschaffungen, beispielsweise für besonders hoch entwickelte Waren, geistige Dienstleistungen wie etwa bestimmte Beratungs-, Architekten- oder Ingenieurleistungen [...]. In diesen Fällen können Verhandlungen notwendig sein, um zu gewährleisten, dass die betreffende Lieferung oder Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht.“ Durch eine Übernahme dieser Vorgabe erhalte der Verordnungsgeber bereits im Rahmen des Vergabemodernisierungsgesetzes eine richtlinienkonforme inhaltliche Anleitung, die in einer auf der Ermächtigung des § 113 GWB-neu beruhenden Rechtsverordnung zu berücksichtigen wäre.

In dieser oder in einer aufgrund dieser Rechtsverordnung erlassenen Regelung müssen sodann die Anforderungen und Voraussetzungen konkretisiert werden, um in bestimmten Tätigkeitsbereichen zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen. Bei Planungsleistungen wären dies aus unserer Sicht insbesondere:

- Die umfassende Sicherstellung des Urheberrechtes
- Die angemessene Vergütung, d.h. nicht nur Kostenerstattung, der eingereichten Planungsvorschläge.

Die Notwendigkeit dieser Vorgaben ergibt sich daraus, dass Urheberrechtsschutz und Vergütung sowie – insbesondere bei Planungswettbewerben - eine entsprechend umfassende Beauftragung mit Planungsleistungen sicherstellen sollen, dass der Auftraggeber nicht durch das Vergabeverfahren selbst schon die geistig-schöpferischen Leistungen weitgehend „abschöpfen“ und anschließend – nach einem extrem beschränkten Planungsauftrag – einen Generalunternehmer mit dem weiteren Vollzug beauftragen kann.

Zu § 122 Abs. 4 GWB-neu (Eignung)

Ausdrücklich begrüßen wir die wörtliche Umsetzung des Artikels 58 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24/EU zu den sogenannten Eignungskriterien. In der praktischen Umsetzung der derzeitigen § 97 Abs. 4 Satz 1 und 4a GWB enthaltenen Kriterien hat sich gezeigt, dass hierin eine der wesentlichen Hindernisse für die Beteiligung junger und kleiner Einheiten an Vergabeverfahren liegt. Um dieser Fehlentwicklung entgegenzuwirken, wird es darauf ankommen, die in einer neuen Vergabeverordnung vorzunehmenden Konkretisierungen in einer Weise auszugestalten, dass öffentlichen Auftraggebern die Festlegung der Eignungskriterien grundsätzlich so zu gestalten haben, dass dem jetzt in § 97 Abs. 4 GWB-neu vorgegebenen Mittelstandsgebot Folge geleistet wird und jungen und kleinen Unternehmen so weit wie möglich die Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglicht wird.

Um diesem Anliegen aber auch bereits im Rahmen des § 122 Abs. 4 GWB-neu noch stärker Rechnung zu tragen, regen wir an, als dessen zweiten Satz folgenden Satz einzufügen: *Sie haben dem Vergabegrundsatz gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 Rechnung zu tragen.* Zumindest sollte in der Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass diesem Vergabegrundsatz bei der Festlegung und Anwendung von Eignungskriterien besonders Rechnung zu tragen ist.

Zu § 127 GWB-neu (Zuschlag)

Hier ist die Frage aufzuwerfen, warum der Preis zwingend ein Zuschlagskriterium sein muss, wie dies auch in der Gesetzesbegründung noch einmal ausdrücklich betont wird. Gerade dort, wo – wie bei Architektenleistungen – der qualitative Aspekt bei der Auftragsvergabe maßgeblich sein muss und der Preis angesichts einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung im Einzelfall auch mal keine Rolle zu spielen braucht, erscheint eine solche Vorgabe unnötig. Dies zumal damit ein Paradigmenwechsel im deutschen Vergaberecht erfolgen würde, da der Preis bisher nicht in allen Fällen ein Zuschlagskriterium sein musste. Auch wird damit nicht die in Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 der



Richtlinie 2014/24/EU enthaltene Möglichkeit einer Beschränkung der zwingenden Beachtung des Kriteriums auf bestimmte Arten von Aufträgen genutzt.

In jedem Fall muss, zumindest in der Gesetzesbegründung, deutlich gemacht werden, dass es wie bei Architektenleistungen bestimmte Arten von Aufträgen gibt, die eine Auftragsvergabe nur nach dem Preis gar nicht zulassen, sondern immer auch zwingend die Berücksichtigung der Qualität der Leistung erfordern. Insofern ist es notwendig, eine diesbezügliche Formulierung in Absatz 5 der Gesetzesbegründung „Zu Absatz 1“ einzufügen.

Zu § 133 GWB-neu (Kündigung von öffentlichen Aufträgen)

Die an sich ohnehin systemfremde, weil vertrags- und nicht vergaberechtliche Regelung konstituiert spezielle Kündigungsrechte für den öffentlichen Auftraggeber. Im ursprünglichen Referentenentwurf nicht geregelt waren hingegen die weiteren, mit einer solchen Kündigung verbundenen Rechtsfolgen, insbesondere mit Blick auf die Vergütung. In den Fällen des § 133 GWB-neu, in denen der Kündigungsgrund nicht in der Sphäre des Auftragnehmers liegt, wäre es grob unbillig, wenn die vereinbarte Vergütung nicht zu leisten wäre.

Unserem Petitem, die Rechtsfolgen der Kündigung bereits in § 133 GWB-neu selbst festzulegen und die Entscheidung nicht den Gerichten zu überlassen, ist im Regierungsentwurf zwar entsprochen worden; nicht aufgegriffen wurde allerdings unser Vorschlag, hierzu auf die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen bei freiwilliger Auftragskündigung zu verweisen, insbesondere auf § 649 Satz 2 BGB. Danach ist der Unternehmer bei Kündigung des Bestellers berechtigt, die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung seiner Aufwendersparnis und anderweitiger Vergütungen oder Vergütungsmöglichkeiten zu verlangen.

Stattdessen ist im neuen § 133 Abs. 2 GWB lediglich ein Vergütungsanspruch für einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil vorgesehen, was der Regelung des § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht, worauf in der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich hingewiesen wird. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer nur für die tatsächlich schon erbrachten Leistungen vergütet wird, obwohl seine auf eine vollständige Auftragsdurchführung ausgerichteten Aufwendungen u.U. wesentlich höher waren. Dies ist völlig unangemessen und unbillig in den Fällen, in denen nicht der Auftragnehmer für die Beendigung des Auftragsverhältnisses verantwortlich ist, sondern der Kündigungsgrund der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen ist. Zudem ist dies jedenfalls bei Planungsleistungen auch systematisch verfehlt. § 628 BGB regelt die Rechtsfolgen im Fall der fristlosen Kündigung von Dienstverträgen (§§ 611 ff. BGB), während Planungsleistungen von der Rechtsprechung durchgängig als Werkleistungen qualifiziert werden – mit entsprechend nachteiligen Folgen für den Planer. Gerade im Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) ist mit guten Gründen geregelt, dass bei einer nicht durch Fehlverhalten des Auftragnehmers verursachten Kündigung der Auftragnehmer nicht nur seinen Honoraranspruch für die bereits erbrachten Leistungen behält, sondern angesichts der völlig anderen Strukturierung des Werkvertrages im Verhältnis zum Dienstvertrag auch das Honorar für noch nicht erbrachte Leistungen behält, allerdings unter Abzug der ersparten Aufwendungen und anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft. Dementsprechend ist es auch konsequent und notwendig, für den Fall der Kündigung eines solchen Vertrages auch auf die für Werkverträge zugeschnittene Regelung des § 649 BGB zu verweisen.