

BAK-Forderungspapier zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht

Die Bundesarchitektenkammer (BAK) befürwortet grundsätzlich die Ziele der Modernisierung des EU-Vergaberechts. Insbesondere findet die Berücksichtigung sozialer, ökologischer und innovativer Aspekte sowie der erleichterte Zugang kleiner und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren große Zustimmung. Um den Besonderheiten von Architektenleistungen, der Struktur von Architekturbüros und damit auch der Situation von jungen und kleinen Büros in der Praxis gerecht zu werden, stellt die Bundesarchitektenkammer folgende Forderungen auf:

1. Forderung: Erhalt der eigenständigen Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)

Zwischen den in Deutschland in drei Vergabeordnungen geregelten Auftragskategorien bestehen substantielle Unterschiede, die auch unterschiedliche Regelungsansätze hinsichtlich der Art und des Ablaufs der Vergabeverfahren erfordern. Daher ist im Rahmen der laufenden Vergaberechtsreform die VOF im Interesse von Transparenz und Eindeutigkeit als eigene Vergabeordnung zu erhalten. Nur dieses bewährte und erprobte Regelwerk wird den Besonderheiten der Planungsleistungen als nicht erschöpfend beschreibbaren geistig-schöpferischen Leistungen durch eine spezifische Auswahl der Verfahrensarten und Betonung der maßgeblichen qualitativen Wertungskriterien wie Gestaltung, Funktionalität, Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit gerecht. Nur hierdurch gelingt es, bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien die Struktur und den Inhalt des Vergaberechts tatsächlich einfach und anwenderfreundlich zu gestalten. Die Richtlinien selbst bieten mit ihren Vorgaben auch keinen Anlass zu einer Strukturänderung des deutschen Vergaberechts. In den Leitlinien des BMWi zur Umsetzung in deutsches Recht wird zu Recht die Bedeutung der Gewährleistung einer rechtssicheren Vergabe unterstrichen, was auch der Zielsetzung des europäischen Gesetzgebers entspricht. Die aktuellen Pläne, Teile des Kaskadensystems zu beseitigen und lediglich die VOB/A als eigenständige Vergabeverordnung zu erhalten, dürfte genau das Gegenteil bewirken.

2. Forderung: Auch weiterhin verpflichtende Anwendung des Verhandlungsverfahrens für Architektenleistungen

Die wesentliche Grundlage der Entscheidung des Gesetzgebers für ein Sonderregime für freiberufliche Leistungen war und ist die Möglichkeit, diesen, anders als den Liefer- und Bauleistungen, ein besonderes und ausschließlich anzuwendendes Vergabeverfahren zuzuweisen. Die entscheidende Weichenstellung, wie sie bislang in § 5 der Vergabeverordnung (VgV) enthalten ist, muss beibehalten werden. Danach können Architekten- und Ingenieurleistungen nur im Verhandlungsverfahren vergeben werden, weil es sich dabei regelmäßig um Leistungen handelt, mit denen konzeptionelle und innovative Lösungen gesucht werden, also Lösungen, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Da es insofern um die Möglichkeiten des potentiellen Auftragnehmers geht, diese Lösungen im Rahmen des Planungsvertrages im Sinne des Auftraggebers zu finden, muss der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Verhandlungsverfahrens den Bewerber finden, der die bestmögliche Leistung erwarten lässt. Dies ist aber ausschließlich im Rahmen des Verhandlungsverfahrens möglich, weshalb der deutsche Vergaberechtssetzer für freiberufliche Leistungen und speziell für Architekten- und

Ingenieurleistungen wegen ihrer überwiegend geistig-schöpferischen Inhalte seit 1997 den Schluss gezogen hat, das Verhandlungsverfahren verbindlich vorzuschreiben, obwohl dies EU-rechtlich nicht zwingend war. An der Richtigkeit dieser Überlegungen des Gesetzgebers hat sich bis heute nichts geändert. Den Regelungen und den Erwägungsgründen der klassischen neuen Vergaberichtlinie kann auch nicht entnommen werden, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung nunmehr anders verfahren müsste. Vielmehr ist es das ausdrücklich erklärte Ziel der neuen Richtlinie, das Verhandlungsverfahren bei konzeptionellen und geistigen Dienstleistungen zu stärken. So wird im Erwägungsgrund 43 ausgeführt, dass sich bei Dienstleistungen, die eine Anpassung oder konzeptionelle Arbeiten erfordern, insbesondere das Verhandlungsverfahren anbietet. Explizit angesprochen werden in diesem Zusammenhang Architekten- und Ingenieurleistungen, da bei diesen, im Gegensatz zu Standardleistungen, regelmäßig Verhandlungen notwendig sind, um überhaupt zu gewährleisten, dass die betreffende Lieferung oder Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht.

Nach den Erwägungsgründen sollen die Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit haben, das Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog vorzusehen, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nichtoffene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis bzw. zu unregelmäßigen oder inakzeptablen Angeboten führen. Eine formale Gleichrangigkeit aller Vergabeverfahren und insbesondere die Zulassung des offenen Verfahrens würden bei Architektenleistungen ohne Not zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den öffentlichen Auftraggebern und im Berufsstand der Architekten führen.

Die reinen Angebotsverfahren, also das offene und das nichtoffene Verfahren, dürfen für Architektenleistungen schon deshalb nicht zugelassen werden, weil die für diese Verfahren erforderliche eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung aufgrund der zum Zeitpunkt der Suche nach einem geeigneten Architekten und der noch nicht bekannten und konkretisierbaren Lösung, die im Rahmen der Auftrags Erfüllung erst gefunden werden soll, nicht möglich ist. Eine funktionale Leistungsbeschreibung ist genauso wenig möglich, da der Auftraggeber naturgemäß – anders als bei Bauleistungen – im Rahmen der Tätigkeit des Architekten auf die Ziele maßgeblich Einfluss nehmen will und muss.

Im Hinblick auf die Praxis wäre ein Angebot an öffentliche Auftraggeber, Architekten- und Ingenieurleistungen auch im offenen und nichtoffenen Verfahren vergeben zu können, verheerend. Das liegt vor allem daran, dass viele öffentliche Auftraggeber nur selten Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte vergeben müssen, stattdessen aber regelmäßig Bauleistungen – und zwar unabhängig vom Schwellenwert – im offenen Verfahren vergeben, über diese Verfahrensart also Bescheid wissen und – mangels Kenntnis der Möglichkeiten des Verhandlungsverfahrens – automatisch auf das zurückgreifen, was sie zu beherrschen glauben. Damit nähmen sie sich aber die großen Vorteile, die das Verhandlungsverfahren gerade dem Auftraggeber bietet. So kann dieser im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens bzw. Wettbewerbs Ideen von den Bewerbern abrufen und so nach tatsächlicher schon erkennbarer Qualität beauftragen. Dies ist bei einem offenen Verfahren schon aus Kostengründen undenkbar, da alle mit dem Angebot abgegebenen Leistungen honoriert werden müssten. Im Übrigen ist auch die Betonung des Preises, wie sie bei offenen und nichtoffenen Verfahren grundsätzlich verlangt wird, für die Auswahl eines Architekten für alle Beteiligten nachteilig. Auf diese Weise würde ggf. ein geringfügig billigerer Auftragnehmer gefunden, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht derjenige, der die bestmögliche Leistung verspricht. Das lehrt selbst die Erfahrung mit einer zu starken Bewertung eines betreffenden Auftragskriteriums im Rahmen von VOF-Verfahren, da die Honorarvorstellungen der Bewerber im Rahmen des Anwendungsbereichs der HOAI marginal unterschiedlich sind.

3. Forderung: 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. Planungswettbewerbe sind innovativ, da sie die Teilnehmer dazu auffordern, die eigene schöpferische Kraft im direkten Vergleich mit anderen zu messen und dem Auslober bereits vor der Auftragsvergabe eine Auswahl zwischen verschiedenen Lösungsmöglichkeiten für eine zuvor gestellte Planungsaufgabe bieten. Planungswettbewerbe bieten die Gewähr für eine bestmögliche Umsetzung der anstehenden Aufgabe, da sie nunmehr ausdrücklich in der RPW 2013 sowohl das nachhaltige Planen und Bauen als auch die ästhetische, technische, funktionale, ökologische, ökonomische und soziale Qualität der gebauten Umwelt fördern.

Planungswettbewerbe stellen auch ein wirtschaftliches Instrument für den Auftraggeber dar. Dies betrifft zum einen die wirtschaftliche Seite der Vergabe des Architektenauftrags. Bereits im Rahmen eines Wettbewerbs erhält der öffentliche Auftraggeber auf sehr kostengünstige Weise Planungsleistungen, die er sich bei einer wettbewerbslosen Vergabe erst mit dem Auftrag erkaufen müsste, ohne dass er die Qualität der Planung, die dann erst zu erbringen wäre, und damit der möglichen Lösungen voraussehen könnte. Zum anderen ist bei der Bewertung der von den Wettbewerbsteilnehmern vorgelegten Lösungsmöglichkeiten die Wirtschaftlichkeit des zukünftigen Bauvorhabens ein Entscheidungskriterium, so dass der Wettbewerb exakt der Zielsetzung des Vergaberechts entspricht und der Auftraggeber auch in dieser Hinsicht nicht „die Katze im Sack“ einkaufen muss.

Schließlich ermöglichen insbesondere offene Planungswettbewerbe eine echte Teilnahmechance für Berufsanfänger und kleine Bürostrukturen. Genau dies entspricht auch den im Eckpunktepapier der Bundesregierung ausdrücklich hervorgehobenen Zielen – Mittelstandsförderung, Gründergeist und Innovation. Der Auftraggeber erschließt sich auf diese Weise neues kreatives Potential im Interesse herausragender Lösungen für sein Vorhaben.

4. Forderung: Die anzuwendenden Kriterien für den Zugang müssen sicherstellen, dass junge und kleine Büros eine echte Chance haben.

Wie in den Erwägungsgründen der klassischen Vergaberichtlinie zutreffend dargestellt wird, stellen übermäßig strenge Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit oft ein ungerechtfertigtes Teilnahmehindernis dar. Der Zugang der Leistungsträger im Bereich Architektur zu öffentlichen Aufträgen ist häufig unangemessen erschwert. Eine der wesentlichen Ursachen hierfür sind die zu hohen Mindestanforderungen und Eignungskriterien in der derzeitigen Verfahrenspraxis. Bedingt durch die Struktur des Marktes – 90 Prozent der Architekturbüros in der Bundesrepublik Deutschland haben weniger als fünf Mitarbeiter – handelt es sich um einen klar von Mikrounternehmen geprägten Sektor. Bereits auf den ersten Blick schließt die Vergabe und/oder Kombination bestimmter Eignungskriterien, wie beispielsweise die Vorgabe eines entsprechenden Mindestjahresumsatzes, z.B. im sechsstelligen Bereich, und einer bestimmten Mitarbeiterzahl über einen Zeitraum von drei Jahren einen Großteil der Leistungsträger aus. Und dies, obwohl es im Rahmen von Planungsleistungen in der Regel nicht auf die Größe des Büros ankommt, sondern auch kleinere Planungsbüros größere Bauvorhaben planen und überwachen können. Zudem wird bei zu hohen Eignungskriterien völlig unnötiger Weise auf die erheblichen Ressourcen an Innovationskapital, die der deutsche (und europäische) Markt zu bieten hat, verzichtet, obwohl es gerade bei Architektenleistungen vor allem auf diese geistig-schöpferischen Qualitäten ankommt. Schließlich führen die Beauftragungen aufgrund solcher Eignungskriterien zu einer weiteren Veränderung der Strukturen der Planungsbüros, mit der Folge, dass insgesamt die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittelständischer Architekturbüros immer weiter reduziert wird. Insgesamt führt die

Anwendung völlig überflüssiger Eignungskriterien zu Folgen, die sich in Marktverengung und -konzentration widerspiegeln werden.

Im Detail ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Abfrage des Honorarumsatzes zur Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aussagekräftig und die Begrenzung des geforderten Mindestumsatzes auf das Zweifache des Auftragswertes nicht zielführend ist. Hinsichtlich der Ermittlung der technischen und fachlichen Leistungsfähigkeit muss zudem berücksichtigt werden, dass sich Planung und Durchführung von Bauaufgaben in der Regel über einen längeren Zeitraum erstrecken. Eine Beschränkung von Referenzen aus den letzten drei Jahren ist somit nicht sachgerecht. Im Rahmen der Umsetzung sollte somit von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Referenzzeitrahmen zu verlängern. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Richtlinie selbst. Danach können die öffentlichen Auftraggeber zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs darauf hinweisen, dass sie auch einschlägige Lieferungen oder Dienstleistungen berücksichtigen werden, die mehr als drei Jahre zurückliegen. Weiterhin sollte der Gesetzgeber eine Regelung schaffen, nach der die Anzahl der geforderten Referenzen begrenzt wird. Insbesondere der Nachweis wiederholter Leistungserbringung schränkt den Teilnehmerkreis unverhältnismäßig stark ein. Schließlich ist eine thematische und objektbezogene Einengung der Referenzobjekte regelmäßig verzichtbar, da es insoweit auf das grundsätzliche Potential der Bewerber ankommt. Ist ein solches ausreichend vorhanden, ist es dem betreffenden Architekten auch möglich, für die konkrete Bauaufgabe eine gute Lösung zu finden.

5. Forderung: 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, wonach nur Auftragswerte von Teilaufträgen derselben freiberuflichen Leistung zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden. Unterschiedliche Planungsaufträge müssen insoweit getrennt behandelt werden. Bei unterschiedlichen Planungsaufträgen handelt es sich in aller Regel um grundverschiedene Auftragsgegenstände mit völlig andersartigen Zielsetzungen und Aufgaben. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass Dienstleistungen nicht objektbezogen, sondern leistungs- oder auftragsbezogen zu betrachten sind. Sollen dementsprechend verschiedene Dienstleistungen und insbesondere Architekten- und Ingenieurleistungen mehr oder weniger parallel, durchaus auch für dasselbe Objekt, vergeben werden, handelt es sich nicht um verschiedene Lose derselben Leistung, sondern um verschiedene Leistungen. Sie sind daher vergaberechtlich, also auch in Bezug auf die Schätzung des Auftragswertes, als Dienstleistungsaufträge einzeln und getrennt zu behandeln. Gerade bei Architekten- und Ingenieurleistungen stehen die Leistungen der einzelnen Planer mit den spezifischen, vor allem geistig-schöpferischen Fähigkeiten im Vordergrund, die sich – anders als bei Losen von Bauleistungen – nicht als unselbständiger Teil einer Gesamtleistung einordnen lassen. Unabhängig von dieser juristischen Einschätzung ist auf die in praktischer Hinsicht unhaltbare Konsequenz hinzuweisen, zu der eine andere Betrachtungsweise führte: Viele kleinere und kleinste (Fach-)Planungsaufträge, die bei jedem Bauvorhaben in einer größeren Anzahl anfallen und nur von Spezialisten erfüllt werden können, müssten – zumindest über die sog. Bagatellgrenze hinaus – europaweit ausgeschrieben werden.

18.3.2015

BAK