



REFERENTENENTWURF EINES VERGABERECHTSMODERNISIERUNGSGESETZES (VerGModG-E) STELLUNGNAHME DER BUNDESARCHITEKTENKAMMER

Die Bundesarchitektenkammer (BAK) befürwortet grundsätzlich die auf Grundlage der neuen EU-Vergaberichtlinien vorgegebene stärkere Berücksichtigung sozialer, ökologischer, innovativer und insbesondere qualitativer Aspekte. Ebenso wird der weiterhin bestehende Anspruch begrüßt, 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 die Auffassung, dass die bisherigen Inhalte und Strukturen des deutschen Vergaberechts grundsätzlich bereits gut geeignet waren, diesen Besonderheiten zu entsprechen. Soweit dies, wie insbesondere bei der Anwendung der Eignungskriterien, nicht der Fall war, müssen die neuen gesetzlichen Regelungen dem Ziel der neuen Vergaberichtlinie, kleine und mittlere Einheiten zu fördern, in besonderer Weise entsprechen. Auch setzt dies insgesamt eine Ausgestaltung der Verfahrensarten und des Verfahrensablaufs voraus, die es auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten den grundsätzlich geeigneten Bewerbern ermöglicht, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen.

Insbesondere ist darauf zu achten, dass das Erfordernis des wirtschaftlichsten Angebots weniger als in der Vergangenheit mit dem „günstigsten Preis“ verwechselt wird. Dies gilt zumindest dort, wo ein echter Wettbewerb mit dem Ziel, auch unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten das qualitativ hochwertigste und in diesem Sinne wirtschaftlichste Ergebnis zu erreichen, gewährleistet sein muss.

Die folgenden Anmerkungen beschränken sich auf diejenigen Vorschriften des Referentenentwurfs, 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 stärkeren Verdeutlichung des gesetzgeberischen Ziels sollte allerdings – 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. 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 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 von einem Auftragnehmer, wie bisher den mittelständischen Interessen und 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 deutlich werden, dass die Trennung von Planung und Ausführung den Grundsätzen des § 97 Abs. 4 GWB-neu entspricht und in 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 (Seite 100) ausgeführt wird, besteht der Zweck der Richtlinie nicht darin, 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 dem derzeitigen Recht das offene Verfahren Vorrang vor den übrigen Verfahren hatte.

Es entspricht sicherlich der Richtlinie und dem Willen des Richtliniengebers, 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 Referentenentwurf 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 tatbestandsimmanenten 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“*.

Dem ist zumindest dadurch Rechnung zu tragen, 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. Hierdurch erhielte 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 und die angestrebte stärkere Mitwirkungsmöglichkeit kleiner



und mittlerer Einheiten zu fördern. Bei Planungsleistungen wären dies aus unserer Sicht insbesondere:

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

Zu § 121 GWB-neu (Leistungsbeschreibung)

Zur Vermeidung zukünftiger Missverständnisse ist zumindest in die Gesetzesbegründung aufzunehmen, dass es – wie es vor allem bei Architektenleistungen der Fall ist – Dienstleistungen gibt, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (vgl. § 5 Abs. 2 VgV), oder – wie es bis 2009 in § 2 Abs. 2 VOF zutreffend formuliert war – die selbst nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind. Diese Hinweise sind notwendig, damit dem öffentlichen Auftraggeber im Zusammenhang mit der von ihm vorzunehmenden Leistungsbeschreibung die Besonderheiten der Vergabe von Planungsleistungen bewusst sind. Naturgemäß können die Leistungen eines Planungsauftrages und die am Ende zu erwartende Lösung, die ja durch die Planung des zu findenden Auftragnehmer erst erarbeitet werden soll, zum Zeitpunkt der Ausschreibung des Auftrages noch nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Vielmehr kann im Rahmen des Vergabeverfahrens nur das grundsätzliche Ziel des Planungsauftrages und damit der grundsätzliche Auftragsgegenstand benannt werden.

Zu § 122 GWB-neu (Eignung)

Ausdrücklich begrüßen wir die auf der Umsetzung des Artikels 58 der Richtlinie 2014/24/EU beruhende Regelung zu den sogenannten Eignungskriterien. In der praktischen Umsetzung der im 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 eine Festlegung der Eignungskriterien zu Lasten der jungen und kleinen Unternehmen verwehrt ist.

Zu § 127 GWB-neu (Zuschlag)

Insofern stellt sich die Frage, 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. Nicht geregelt sind hingegen die weiteren, mit einer solchen Kündigung verbundenen Rechtsfolgen. Dies betrifft insbesondere die



BUNDES
ARCHITEKTEN
KAMMER

Frage der 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. Diese Frage darf auch nicht erst der Entscheidung durch die Gerichte überlassen werden. Stattdessen sind bereits in § 133 GWB-neu selbst die Rechtsfolgen festzulegen. Hierzu bietet sich ein Verweis auf die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen bei freiwilliger Auftragskündigung an, insbesondere auf § 649 Satz 2 BGB. Danach ist der Unternehmer bei Kündigung des Bestellers berechtigt, die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung seiner Aufwendersparnis oder anderweitiger Vergütungen oder Vergütungsmöglichkeiten zu verlangen.

Bundesarchitektenkammer
Berlin, 26.5.2015