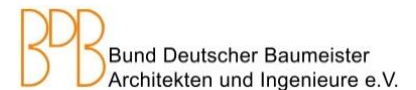


REFERENTENENTWURF EINER VERORDNUNG ZUR MODERNISIERUNG DES VERGABERECHTS STELLUNGNAHME DER KAMMERN UND VERBÄNDE DER PLANENDEN BERUFE

Die deutschen Architekten und Ingenieure, vertreten durch AHO, BAK, BDA, BDB, BDIA, BDLA, BIngK, DAI, IfR, SRL, VFA und wettbewerbsinitiative e. V. begrüßen wesentliche Elemente des vorgelegten Entwurfs einer neuen Vergabeverordnung (VgV). Hierzu gehört insbesondere die Implementierung eines gesonderten Abschnitts für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen. Auch wenn aufgrund der politischen Vorgaben auf eine eigenständige Vergabeordnung verzichtet werden musste, die aus unserer Sicht zu mehr Transparenz und Eindeutigkeit beigetragen hätte, so anerkennen wir die Bestrebungen des Ordnungsgebers, den Belangen der besonderen Leistungen der Architekten und Ingenieure gerecht zu werden. Dazu gehört vor allem, die Planungswettbewerbe im Allgemeinen und bei Architekten- und Ingenieurleistungen im Besonderen zu stärken. Hier ist jedoch eine noch deutlichere Verankerung erforderlich. Zusammen mit einer angemessenen Anwendung von Auswahl-, Eignungs- und Zuschlagskriterien bieten Planungswettbewerbe nicht nur die Gewähr für qualitativ hochwertige Planungsleistungen, für Innovation und – ganz im Sinne des Vergaberechts – für den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot; sie bieten kleinen und „jungen“ Büros auch die größtmögliche Chance, bei Vergaben berücksichtigt zu werden. Diese positiven Ansätze dürfen nicht durch Regelungen konterkariert werden, die zu einer überdurchschnittlich hohen Belastung gerade dieser Büros oder gar zu deren Ausschluss führen. Ebenso steht der zum Teil neue Ansatz zur Berechnung des Auftragswertes einer kleinteiligen und mittelstandfördernden Vergabe entgegen.

In unseren nachfolgenden Anmerkungen folgen wir der Systematik des Entwurfs der VgV und beschränken uns auf diejenigen Vorschriften, zu denen wir Änderungsvorschläge unterbreiten möchten. Zur besseren Übersicht haben wir konkrete Formulierungsvorschläge auch noch in eine gesonderte Synopse eingearbeitet, die dieser Stellungnahme als Anlage beigefügt ist.



1. Zu § 3: Schätzung des Auftragswerts

Aufgrund des derzeitigen § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV werden Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren mit anderen Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem Bauwerk stehen, heute nicht zusammengerechnet. Auch unter Artikel 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU wird nur dann von der Notwendigkeit gesprochen, bei der Ermittlung des Auftragswertes den Gesamtwert aller Lose zu berücksichtigen, wenn Aufträge in mehreren Los vergeben werden, nicht hingegen, wenn mehrere Aufträge vergeben werden. Die Formulierungen der Absätze 1 und 7 VgV-E würden hingegen dazu führen, dass in Zukunft regelmäßig der Gesamtwert der auf ein Projekt bezogenen, aber sehr unterschiedlichen freiberuflichen Leistungen zusammengerechnet werden müssten. Dies hätte zur Folge, dass der maßgebliche EU-Schwellenwert bereits bei kleinen Projekten erreicht würde und damit eine europaweite Ausschreibung erfolgen müsste. Bei den verschiedenen Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren etwa im Zusammenhang mit der Errichtung eines Gebäudes müssten danach die Werte der verschiedenen Aufträge an den Architekten, den Tragwerksplaner, den Fachingenieur für Haustechnik, den Bodengutachter, den Brandschutzplaner, den Freiraumplaner, den Vermesser etc. zusammengerechnet werden, möglicherweise sogar auch noch die in diesem Kontext beabsichtigten Beratungsaufträge für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, und fast alle diese betreffenden Auftragsvergaben europaweit bekanntgemacht werden.

Von dem mit einer solchen europaweiten Ausschreibungspraxis einhergehenden finanziellen und organisatorischen Mehraufwand würden künftig nicht nur die potentiellen Auftragnehmer und hier besonders die überwiegend klein- und mittelständisch geprägten Architektur- und Ingenieurbüros stark betroffen, so dass die Regelung äußerst mittelstandsfeindliche Auswirkungen hätte. Und dies, obwohl sowohl der europäische Gesetzgeber als auch die Bundesregierung als ein Ziel des neuen Vergaberechts die Mittelstandförderung hervorgehoben haben. Vor allem wären die öffentlichen Auftraggeber und speziell die Kommunen zukünftig verpflichtet, ganz erheblich zeit-, kosten- und ressourcenintensivere Vergabeverfahren durchzuführen. Wir gehen davon aus, dass hierin ein wesentlicher Grund dafür liegt, dass nach unserer Kenntnis in mehreren EU-Mitgliedstaaten eine getrennte Vergabe bei unterschiedlichen Planungsleistungen erfolgt (zum Beispiel Finnland, Schweden und Tschechien).

Eine getrennte Betrachtungsweise ist hingegen schon deshalb angebracht, um das auch heute schon ungleiche Verhältnis der Schwellenwerte bei Planungs- und Bauleistungen nicht weiter zu verschärfen: Bauaufträge müssen derzeit bei geschätzten Kosten von über 5 Mio. Euro EU-weit ausgeschrieben werden. Derzeit müssen Planungsleistungen für Projekte mittleren Schwierigkeitsgrades über ca. 3 Mio. Euro EU-weit ausgeschrieben werden. Müssten jedoch alle Planungskosten zusammengezählt werden, müssten Projekte über 1,2 Mio. Euro Bauleistungen EU-weit ausgeschrieben werden.

Zur Begründung der Änderung der derzeitigen Rechtslage wird insbesondere eine Entscheidung des EuGH vom 15.3.2012 („Autalhalle“) herangezogen, in der festgestellt wird, dass für die Frage der Auftragswertberechnung die für Bauaufträge entwickelte funktionale Betrachtungsweise auch bei Dienstleistungen heranzuziehen ist. Hierbei wird verkannt, dass der EuGH im konkreten Fall lediglich ausgeurteilt hat, dass die Vergabe von in Teilaufträgen gesplitteten Architektenleistungen einen

einheitlichen Dienstleistungsauftrag darstellen, der aufgrund des Gesamtwertes am Schwellenwert zu messen und bei Überschreitung entsprechend den europäischen Vorgaben zu vergeben ist. Hier handelte es sich tatsächlich um die Vergabe derselben freiberuflichen Leistungen, nämlich Architektenleistungen, für ein und dasselbe öffentliche Gebäude. Hier war ein einheitlicher Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Leistungen zu bejahen und der Auftragswert somit auch einheitlich zu sehen. Dagegen hat der EuGH weder mit diesem Urteil noch mit anderen Entscheidungen eine durchgängige funktionale Betrachtungsweise über alle Planungsleistungen vorgegeben, so dass eine Streichung des derzeitigen § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV auch nicht mit der Rechtsprechung des EuGH begründet werden kann.

In Absatz 1 des § 3 VgV-E wird deutlich über das hinausgegangen, was die – nach Erlass der Aulathallenentscheidung verabschiedete – neue Richtlinie erfordert, die ihrerseits in Bezug auf die hier erörterte Fragestellung im Verhältnis zu ihren Vorgängerregelungen keinerlei inhaltliche Änderung enthält, was eine Streichung des derzeitigen § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV europarechtlich veranlassen könnte. Deswegen setzen nur die Sätze 1, 3 und 4 des § 3 Abs. 1 VgV-E Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie um. Für die in Satz 2 enthaltene Verpflichtung, in einem funktionalen Zusammenhang stehende Leistungen zusammenzurechnen, findet sich hingegen in der Richtlinie kein Ansatz. Der Entwurf widerspricht daher insoweit dem Grundsatz der Bundesregierung zur 1:1-Umsetzung von EU-Richtlinien.

Wir fordern daher, Satz 2 des Absatzes 1 des § 3 VgV-E ersatzlos zu streichen.

Zum anderen wird – wie soeben erläutert – weder durch die EuGH-Rechtsprechung noch durch die europäische Vergaberichtlinie eine Streichung des bisherigen § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV ausgelöst. Vielmehr handelt es sich bei unterschiedlichen Planungsaufträgen aus verschiedenen Planungsbereichen weiterhin um unterschiedliche Aufträge und nicht um einen Auftrag mit verschiedenen Fachlosen. Dementsprechend bieten sich aus unserer Sicht zwei regulatorische Möglichkeiten an, um die Spezifika von Planungsleistungen auch weiterhin bei der Auftragswertermittlung angemessen zu berücksichtigen.

Entweder der Verordnungsgeber fügt die bisherige Regelung („Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung nach § 5 in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden.“) wieder als Satz 3 in § 3 Abs. 7 ein.

Oder der Verordnungsgeber überträgt das für Lieferaufträge vorgesehene Prinzip, dass solche Leistungen nur bei Gleichartigkeit zusammenzurechnen sind, wie folgt auch auf Architekten- und Ingenieurleistungen:

Bei Lieferaufträgen und bei Architekten- und Ingenieurleistungsaufträgen im Sinne des Abschnitts 6 gilt dies nur für Lose über gleichartige Dienstleistungen und Lieferungen.

2. Zu § 8: Dokumentation und Vergabevermerk

Im Zusammenhang mit § 78 VgV-E fordern wir, dass bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen in der Regel ein Planungswettbewerb durchzuführen ist (siehe Nr. 14 unserer Stellungnahme). Dem muss unseres Erachtens folgerichtig dadurch Rechnung getragen werden, dass projektspezifische Gründe, die in untypischen Fällen für die Ablehnung eines Planungswettbewerbs sprechen sollen, vorab bekannt gegeben werden müssen. § 8 Abs. 2 Satz 2 VgV-E wäre daher um eine dahingehende Regelung zu ergänzen.

3. Zu § 10: Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel

Im Zusammenhang mit den Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel bitten wir darum, die Besonderheiten bei Planungsleistungen zu berücksichtigen und in der Begründung auszuführen, dass jedenfalls bei Planungswettbewerben die Nutzung elektronischer Mittel aus heutiger Sicht noch nicht das probate Instrument sein kann. Der digitale Versand von Planungsunterlagen und demzufolge erforderliche Ausdruck beim Auftraggeber ist nicht nur mit großem Aufwand für diesen verbunden, sondern der Planer kann auch keinen Einfluss und keine Kontrolle über die Qualität des Ausdrucks ausüben. Bei der Vorlage von Modellen kommen elektronische Mittel derzeit ohnehin noch nicht in Betracht.

4. Zu § 14: Wahl der Verfahrensart

Durch Absatz 3 Nr. 2 werden das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog ausdrücklich dann als geeignete Verfahrensarten bestimmt, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst. Geradezu exemplarisch für derartige Aufträge sind Planungsleistungen, die daher auch in der Regel in diesen Verfahrensarten vergeben werden sollen. Diese Gesichtspunkte sollten zumindest in der Begründung zu Absatz 3 Nr. 2 angesprochen werden. Noch besser wäre es, die Planungsleistungen in § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV-E selbst zu erwähnen.

Folgende Formulierung schlagen wir hierfür vor:

...der Auftrag, wie insbesondere bei Planungsleistungen, konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst.

5. Zu § 17: Verhandlungsverfahren

Die in Absatz 11 vorgesehene Möglichkeit, den Auftrag auf Grundlage der Erstanteile zu vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, kann aus unserer Sicht bei Architekten- und Ingenieurleistungen grundsätzlich nicht in Betracht kommen. Zu Recht geht der europäische Gesetzgeber, wie durch Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/24/EU deutlich wird, davon aus, dass bei diesen Leistungen regelmäßig Verhandlungen notwendig sind.

Wir regen daher nachdrücklich an, in der Begründung zu § 17 Abs. 11 VgV-E klarzustellen, dass diese Regelung bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen grundsätzlich

nicht zur Anwendung kommen kann, weil insoweit ein Leistungswettbewerb erforderlich ist, der nur im Rahmen von Verhandlungen vollzogen werden kann.

6. § 18: Wettbewerblicher Dialog

Nach Absatz 5 Satz 1 der Vorschrift eröffnet der öffentliche Auftraggeber mit den ausgewählten Unterlagen einen Dialog, in dem er ermittelt und *festlegt*, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Dies erweckt den Eindruck, als würde die Festlegung bereits während des Dialogs erfolgen. Nach unserem Verständnis ist dies aber erst als Ergebnis des Dialogs möglich.

Wir bitten daher, vor dem Wort „festlegt“ die Worte „am Ende“ einzufügen.

Nach Absatz 8 Satz 1 fordert der öffentliche Auftraggeber zur Vorlage des endgültigen Angebots auf der Grundlage der „eingereichten“ Lösungen auf. Dies würde zumindest vom Wortlaut her die Angebotsabgabe auf der Grundlage fremder Lösungsvorschläge ermöglichen, was aber in jedem Fall ausgeschlossen sein muss.

Wir fordern daher, vor dem Wort „eingereichten“ die Worte „von ihnen“ einzufügen.

7. Zu § 45: Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Sofern der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit vom Bewerber oder Bieter einen bestimmten Mindestjahresumsatz verlangt, soll dieser nach § 45 Abs. 2 VgV-E das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nur im Ausnahmefall überschreiten dürfen. Diese Regelung geht im Grundsatz in die richtige Richtung, würde aber in dieser allgemeinen Form zur Ausgrenzung eines großen Teils der Planungsbüros führen, die vielleicht gerade für den Auftrag prädestiniert wären. Tatsächlich erstreckt sich die Erfüllung eines Planungsauftrages in aller Regel über einen längeren Zeitraum von zwei Jahren oder mehr. Folglich ist die mit der Mindestjahresumsatzvorgabe beabsichtigte Sicherung der Auftragserfüllung bei Planungsaufträgen entsprechend zu relativieren. Folgendes Beispiel: Bei einem Auftragswert von 210.000 Euro für Planungs- und Überwachungsleistungen bei einem Gebäude dauert der Vollzug aller üblichen Leistungen (Leistungsphasen 1 bis 8 des Leistungsbildes der HOAI) ca. drei Jahre, so dass sich das jährlich in Aussicht gestellte Honorar auf 70.000 Euro beschränkt. Die Forderung nach zweifachem Mindestjahresumsatz in Höhe des Zweifachen des geschätzten Auftragswertes (420.000 Euro) käme somit einer Versechsfachung des tatsächlich zu erwartenden Jahresumsatzes gleich.

Wir regen daher dringend an, in § 45 Abs. 2 VgV-E nach den Worten „darf dieser“ den Passus „bezogen auf den Mittelabfluss pro Jahr“ einzufügen.

Absatz 4 des Referentenentwurfs wurde im Gegensatz zum Diskussionsentwurf von einer Nachweispflicht auf eine Belegpflicht (Darlegung) sprachlich „abgeschwächt“.

Es erscheint aus unserer Sicht fraglich, ob und inwieweit dies in der Praxis tatsächlich Auswirkungen

auf die Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters hat; zumal Ziff. 2 des Absatzes auch weiterhin von „Nachweis“ spricht.

Wir schlagen daher vor, es bei dem Begriff „Nachweis“ zu belassen.

8. Zu § 46: Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Die in Absatz 3 Nr. 1 Halbsatz 1 verwendete Formulierung, wonach Referenzen der letzten „höchstens“ drei Jahre verlangt werden können, sollte aus unserer Sicht gestrichen werden, da sie mit Halbsatz 2 nicht in Einklang steht.

Wir bitten daher, das Wort „höchstens“ zu streichen.

Ergänzend verweisen wir in diesem Zusammenhang auch auf unsere Anmerkungen zur Begründung des § 75 Abs. 5 VgV-E (Nr. 11 unserer Stellungnahme).

9. Zu § 73: Anwendungsbereich und Grundsätze

Wir begrüßen im Grundsatz die Regelung und insbesondere die Übernahme des derzeit in § 2 Abs. 3 VOF enthaltenen „Grundsatzes der Unabhängigkeit“ in Absatz 3. Aus unserer Sicht sollte aber die Gelegenheit genutzt werden, diesen elementaren Grundsatz zu verstärken und zugleich präziser zu fassen.

Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

Aufträge und Leistungen nach Absatz 1 sind unabhängig von Ausführungs- und Lieferinteressen zu vergeben.

Darüber hinaus sollte als weiterer Grundsatz die Beteiligung der jeweils zuständigen Kammer festgelegt werden. Dies wäre ein wichtiges Element, um eine ordnungsgemäße Vergabep~~ra~~xis zu gewährleisten. Zugleich würde hierdurch Art. 83 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU entsprochen, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe überwacht werden und der EU-Kommission die für diese Aufgabe zuständigen Stellen und Behörden nennen müssen. Die Beteiligung kann graduell ausgestaltet werden. Sie kann in einer rechtzeitigen Informationspflicht gegenüber den Kammern bestehen, die diese in die Lage versetzt, bei absehbaren Verstößen gegen das Vergaberecht ihrerseits noch vor deren Veröffentlichung beratend mitzuwirken.

Als Formulierung schlagen wir vor:

Die zuständige Architektenkammer oder Ingenieurkammer soll an dem Verfahren beteiligt werden.

10. Zu § 74: Verfahrensart

In der Begründung muss aus unserer Sicht deutlich auf die mit den Verfahrensarten Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog verbundenen Aufgabenstellungen verwiesen

werden. Zitiert werden sollte vor allem aus den Erwägungsgründen 42 und 43 der Richtlinie 2014/24/EU. Dies ist nicht nur mit Blick auf die Abgrenzung zum offenen und nichtoffenen Verfahren notwendig, sondern auch zur Verdeutlichung der Besonderheiten des wettbewerblichen Dialogs gegenüber dem Verhandlungsverfahren. Hierzu heißt es in Erwägungsgrund 42:

Der wettbewerbliche Dialog hat sich in den Fällen als nützlich erwiesen, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung des Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Diese Situation kann insbesondere bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer Computernetzwerke, oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung eintreten...“.

Trotz der formalen Gleichstellung von Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog im Richtlinien text selbst kommt in den Erwägungsgründen somit zum Ausdruck, dass der Richtliniengeber den wettbewerblichen Dialog weiterhin vorrangig als Verfahren für die Fälle beabsichtigt, in denen bei spezifischen Großprojekten die zur Bedarfsbefriedigung erforderlichen Mittel und damit die grundsätzliche Aufgabenstellung für den zu vergebenden Auftrag noch nicht bekannt sind, diese also erst im Rahmen des Wettbewerblichen Dialogs ermittelt werden müssen.

11. Zu § 75: Eignung

Wie bereits in den einleitenden Anmerkungen ausgeführt, begrüßen wir grundsätzlich die Regelungen zur „Eignung“ in § 75 VgV-E.

Diese positive Einschätzung wird allerdings durch die Formulierung in Absatz 4 Satz 2 stark relativiert, wonach Eignungskriterien „bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen sind, dass kleine Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können“. Zunächst regen wir an, neben den kleinen Büroorganisationen und den Berufsanfängern auch die Bürogründer begrifflich zu berücksichtigen, da diese mit Blick auf die Eignungskriterien vor denselben Herausforderungen stehen.

Vor allen Dingen stellt der Passus „bei geeigneten Aufgabenstellungen“ eine erhebliche Einschränkung dar, die nach unserer Erfahrung in der Praxis dazu führen wird, dass das mit der Vorschrift verbundene Regelungsziel nicht erreicht würde. Er ist deshalb zu streichen.

Wir halten daher für Absatz 4 Satz 2 folgende Formulierung für erforderlich:

Sie sind so zu wählen, dass sich auch kleinere Büroorganisationen, Berufseinsteiger und Bürogründer beteiligen können.

Der in Absatz 5 enthaltene Grundsatz, wonach vom Auftraggeber verlangte Referenzprojekte in der Regel nicht gleich, sondern nur vergleichbar sein müssen, ist gerade für kleine und junge Architektur- und Ingenieurbüros von existenzieller Bedeutung und entspricht einer langjährigen Forderung der unterzeichnenden Kammern und Verbände. Ansatzpunkt für die Vergleichbarkeit und auch für das Erfordernis zur Präsentation von Referenzprojekten darf aber nicht ein identisches Referenzprojekt selbst, sondern muss dessen vergleichbare planerische Komplexität sein. Des Weiteren muss nach

unserer Auffassung in Ergänzung zu § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV-E auch klargestellt werden, dass Referenzen von erbrachten Leistungen zeitlich unbegrenzt zu berücksichtigen sind. Nur durch eine Ausweitung des Realisierungszeitraums für Referenzen ist ein ausreichender Wettbewerb sichergestellt. Dies begründet sich am Beispiel der Architektenleistungen wie folgt: Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten betreuen Architekten in der Bundesrepublik Bauprojekte vom Entwurf bis zur Fertigstellung. Da hierfür in der Regel Bearbeitungszeiträume von mehr als drei Jahren notwendig sind, können innerhalb dieser Frist nicht eine Vielzahl verschiedener Bauaufgaben gleichzeitig von einem Architekturbüro erbracht werden. Daher stellt die jetzige Regelung faktisch eine Schlechterstellung von deutschen Architekten auf dem deutschen Markt dar, da ihr Leistungsbild umfassender ist als in anderen europäischen Ländern. Auch zeigen gerade ältere Projekte, ob sie in Hinsicht auf Qualität, Nachhaltigkeit, Funktion etc. Bestand haben.

Wir fordern daher für Absatz 5 folgende Formulierung:

Die Präsentation von Referenzen ist zugelassen, wenn die Komplexität des Auftragsgegenstands dies erfordert. Verlangt der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzen im Sinne von § 46 Absatz 3 Nummer 1, so lässt er hierfür Referenzen zu, deren Komplexität der Planungs- oder Beratungsanforderungen mit derjenigen der zu vergebenden Planungs- oder Beratungsleistung vergleichbar ist. Für die Vergleichbarkeit der Referenzen ist es in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat. Referenzen von erbrachten Leistungen sind zeitlich unbegrenzt zu berücksichtigen.

In der Begründung zu Absatz 5 wird präzise die derzeitige Vergabep Praxis analysiert und ein Maßstab für die Vergleichbarkeit von Referenzen entwickelt. Dieses „Signal an die Praxis, das häufig zu beobachtende gedankenlose Fordern der gleichen Nutzungsart“ zu überdenken, wird durch den letzten Satz der Begründung wieder konterkariert. Denn öffentliche Auftraggeber sind an die Einhaltung der Vergabeverordnung gehalten und somit nicht „frei in ihrer Entscheidung, welche Anforderungen an Referenzprojekte sie als angemessen und für notwendig erachten“. In diesem Sinne ist dieser Satz zu streichen. Hier gelten maßgeblich die Grundsätze des Art. 58 Abs. 1 Satz 3 und 4 Richtlinie 2014/24/EU. Die Vorgaben sind danach aus dem Auftragsgegenstand abzuleiten, sie müssen zweckmäßig und angemessen sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet insbesondere eine „freie“ Wahl „notwendiger“ Kriterien, denn die Erforderlichkeit gibt „notwendige“ Kriterien bereits vor.

Der betreffende Schlusssatz in der Begründung sollte demnach wie folgt lauten:

Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der Festlegung von Anforderungen an Referenzen im Übrigen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.

Darüber hinaus sollte in der Begründung klargestellt werden, dass planerische Referenzen nicht gleichzusetzen sind mit „Bauleistungen“ oder gebauten Referenzen.

Deshalb sollte folgender Hinweis in die Begründung aufgenommen werden:

Referenzen können beauftragte und abgeschlossene Aufträge, Planungen, Wettbewerbsbeiträge oder vergleichbare erbrachte Planungsleistungen sein.

Zu Absatz 6 regen wir an, den Begriff „Anforderungen“ durchgängig zu verwenden und bei Vorliegen der Voraussetzungen die Losvergabe verpflichtend vorzuschreiben.

Wir schlagen insoweit folgende Formulierung vor:

Erfüllen mehrere Bewerber an einem Teilnahmewettbewerb mit festgelegter Höchstzahl (§ 51) gleichermaßen die Anforderungen, und ist die Bewerberzahl auch nach einer objektiven Auswahl entsprechend der zugrunde gelegten Anforderungen zu hoch, ist die Auswahl unter den verbleibenden Bewerbern durch Los zu treffen.

12. Zu § 76: Zuschlag

Wir weisen darauf hin, dass der Verweis in Absatz 2 § 77 statt § 78 lauten müsste. Des Weiteren bitten wir, in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass es bei § 77 VgV-E nicht nur um die Erstattung von Kosten, sondern vor allem auch um die Vergütung geht.

Wir schlagen deshalb für Satz 2 von Absatz 2 folgende Formulierung vor:

Die Vergütung und die Erstattung der Kosten richten sich nach § 77.

13. Zu § 77: Kosten

Aus den in unserer Anmerkung zu § 76 VgV-E genannten Gründen sollte daher zunächst die Überschrift der Regelung auch die „Vergütung“ enthalten. Der Vollständigkeit halber wäre auch der Urheberrechtsschutz aufzunehmen.

Die Überschrift sollte daher lauten:

Vergütung, Kosten und Urheberrechtsschutz

Inhaltlich begrüßen wir die Regelung im Wesentlichen. Unseres Erachtens sollte der in Absatz 2 Satz 2 genannte Urheberrechtsschutz allerdings in einem gesonderten Absatz 3 angesprochen werden. Vor allen Dingen besteht mit Blick auf die derzeitige Formulierung die Gefahr, dass Planungsleistungen in einem Verhandlungsverfahren oder wettbewerblichen Dialog zu gänzlich unangemessenen Aufwandsentschädigungen verlangt werden könnten. Eine Vergütung nach der HOAI setzt regelmäßig den Abschluss eines wirksamen Vertrages voraus. Im Gegensatz hierzu befindet sich der Bieter im Vergabeverfahren noch in einem Akquisestadium, das von der HOAI nicht erfasst wird. Es genügt daher nicht, dass die HOAI „unberührt“ bleibt, sondern sie muss für entsprechend anzuwenden erklärt werden.

Für Absatz 2 Satz 2 fordern wir daher folgende Formulierung:

Gesetzliche Gebühren- oder Honorarordnungen sind entsprechend anzuwenden.

Ein neuer Absatz 3 könnte wie folgt lauten:

Der Urheberrechtsschutz für eingereichte Lösungsvorschläge bleibt unberührt.

14. Zu § 78: Grundsätze und Anwendungsbereich für Planungswettbewerbe

In Absatz 1 sollte der vorgesehene Programmsatz dahingehend ergänzt werden, dass im Regelfall Planungswettbewerbe durchzuführen sind. Nur dann kann gewährleistet werden, dass die mit dem Programmsatz verbundene und von uns sehr unterstützte Zielsetzung erreicht wird.

Wir regen dringend folgenden Satz 2 an:

Daher führen die Auftraggeber insbesondere bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung zur Lösung von Planungsaufgaben im Regelfall Planungswettbewerbe durch.

Folge dieser Ergänzung muss sein, dass für den Fall, dass ein Planungswettbewerb nicht durchgeführt wird, die Gründe hierfür im Vergabevermerk nach § 8 VgV-E genannt werden müssen (siehe hierzu oben Nr. 2 unserer Stellungnahme).

Des Weiteren sollte zum Zweck der Klarstellung in der Begründung zum neuen § 78 Abs. 1 Satz 2 VgV-E ausgeführt werden, dass zum Bereich des Hochbaus insbesondere auch innenarchitektonische Aufgabenstellungen gehören.

Nach Absatz 2 Satz 2 können Planungswettbewerbe vor oder ohne Vergabeverfahren ausgerichtet werden. Soweit ein Vergabeverfahren stattfindet, muss unseres Erachtens klargestellt werden, dass der Planungswettbewerb ein Bestandteil des Vergabeverfahrens ist, also in dessen Rahmen stattfindet. Anderenfalls sehen wir die Gefahr, dass der spezifische Vergaberechtsschutz bei Verstößen gegen die Regelungen zum Planungswettbewerb nicht greift. Inwieweit im Zusammenhang mit der Vergabeverordnung ein Planungswettbewerb ohne Vergabeverfahren ausgerichtet werden kann, sollte unseres Erachtens in der Begründung näher ausgeführt werden, um etwaige Missverständnisse auszuschließen.

Bei der Übernahme unseres Vorschlags für einen neuen Absatz 1 Satz 2 wäre Absatz 2 Satz 4 (hier fehlt im Übrigen die Landschafts- und Freiraumplanung) zu streichen, da hiermit lediglich eine Prüfungs- und Dokumentationspflicht verbunden wäre, während der neue Absatz 1 Satz 2 ein Regel-/Ausnahmeverhältnis (und damit entsprechende Dokumentationspflichten bei Abweichung) begründen würde. Nach unserer Erfahrung und Einschätzung führt eine bloße Dokumentationspflicht nicht dazu, dass die öffentlichen Auftraggeber sich zukünftig ernsthafter mit der Frage befassen, ob ein Planungswettbewerb sinnvoll ist. Vielmehr würde sich in der Praxis die Prüfung all zu leicht wieder auf die nicht prüfbare Entscheidung beschränken, keinen Planungswettbewerb durchzuführen. Das wird der Sache und der Zielsetzung des Verordnungsentwurfs nicht gerecht. Und deshalb sollte – wie in unserem Vorschlag vorgesehen – genau umgekehrt vorgegangen werden: Der Planungswettbewerb als Regelfall und eine Begründung für die Fälle, in denen davon abgewichen wird. Eine übermäßige Belastung stellt diese Prüfpflicht für die Auftraggeber nicht dar, da diejenigen projektspezifischen Kriterien, die in der sowieso geforderten Erwägung gegen einen Planungswettbewerb gesprochen haben, dann natürlich auch mit wenigen Worten bekannt gegeben werden können.

Im Weiteren sollten in der Begründung zu § 78 Abs. 2 VgV-E im vorletzten Satz die Worte „grundsätzlich zumindest“ und der letzte Satz vollständig gestrichen werden. Denn nach unserer praktischen Erfahrung ist nur bei wenigen, keinesfalls aber bei „zahlreichen“ Aufgabenstellungen der Planungswettbewerb nicht sinnvoll.

Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass die allgemeinen Regelungen zum Planungswettbewerb in Abschnitt 5 VgV-E und damit auch § 71 Abs. 3 VgV-E anzuwenden ist. Nach dessen Satz 1 sind bei einem Planungswettbewerb mit beschränkter Teilnehmerzahl eindeutige und nichtdiskriminierende Auswahlkriterien festzulegen. Dies begrüßen wir ausdrücklich. Die für die Eignung bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen geltenden und in § 75 VgV-E enthaltenen Vorschriften zur Eignung müssen nach unserer Auffassung aber auch im Rahmen der Festlegung der Auswahlkriterien gelten.

Wir bitten daher, Absatz 3 Satz 1 folgenden Satz 2 anzufügen:

Im Falle des § 71 Absatz 3 ist § 75 entsprechend anzuwenden.

15. Zu § 79: Durchführung von Planungswettbewerben

Absatz 1 der Regelung ist zum Teil inhaltlich nicht zutreffend. Bei Planungswettbewerben sind nicht Preise oder Anerkennungen auszuloben, sondern immer Preise und gegebenenfalls zusätzlich Anerkennungen. Auch ist der Begriff der Bauaufgabe zu eng.

Für § 79 Abs. 1 VgV-E schlagen wir daher folgenden Wortlaut vor:

Mit der Ausrichtung eines Planungswettbewerbs sind Preise und gegebenenfalls Anerkennungen auszuloben, die der Bedeutung und Schwierigkeit der Aufgabe sowie dem Leistungsumfang nach der jeweils geltenden Honorarordnung angemessen sind.

Absatz 2 enthält eine spezielle Regelung zum Ausschluss von Personen bei Planungswettbewerben für Architekten- und Ingenieurleistungen. Abschnitt 5, in dem die allgemeinen Regelungen zu Planungswettbewerben verortet sind, enthält eine derartige Regelung hingegen nicht. Stattdessen wird dort (§ 69 Abs. 2 VgV-E) zu Recht auf die Regelung des § 6 VgV-E zur Vermeidung von Interessenkonflikten verwiesen. Nichts anderes kann aber bei Planungswettbewerben für Architekten- und Ingenieurleistungen gelten, wobei zusätzlich § 7 VgV-E (Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens) anzuwenden wäre.

Für § 79 Abs. 2 VgV-E schlagen wir daher folgende Formulierung vor:

Für den Ausschluss von Personen an der Vorbereitung oder Durchführung von Planungswettbewerben gelten die §§ 6 und 7 entsprechend.

16. Zu § 80: Aufforderung zur Verhandlung; Nutzung der Ergebnisse des Planungswettbewerbs

In Absatz 1 wird davon ausgegangen, dass beabsichtigt ist, einen oder mehrere der Preisträger mit den zu beschaffenden Planungsleistungen zu beauftragen. Zumindest in der Begründung muss in diesem Zusammenhang verdeutlicht werden, dass die Ergebnisse des Planungswettbewerbs im

weiteren Verfahren angemessen zu berücksichtigen sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Planungswettbewerb nur formal abgewickelt wird, dessen Ergebnisse aber nicht hinreichend in die abschließende Vergabeentscheidung einbezogen werden.

Nach Absatz 2 Satz 1 sind – vorbehaltlich des Satzes 2 – nur urheberrechtlich und wettbewerbsrechtlich geschützte Teillösungen von Teilnehmern eines Planungswettbewerbs von der Vergütungspflicht erfasst. Dies ist aus unserer Sicht nicht angemessen, da der Urheberrechtsschutz bei Teillösungen nur in seltenen Fällen greift. Zu Absatz 2 Satz 2 gelten im Übrigen die gleichen Erwägungen wie bei § 77 VgV-E (Nr. 13 unserer Anmerkungen).

Wir bitten daher, § 80 Abs. 2 VgV-E wie folgt zu formulieren:

Teillösungen von Teilnehmern des Planungswettbewerbs, die bei der Auftragserteilung nicht berücksichtigt worden sind, dürfen nur gegen eine angemessene Vergütung genutzt werden. Gesetzliche Gebühren- oder Honorarordnungen sind entsprechend anzuwenden.

Wir bitten des Weiteren, folgenden Absatz 3 anzufügen:

Der Urheberrechtsschutz bleibt unberührt.

17. Übernahme der Regelung zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen in die Sektorenverordnung

Abschließend bitten wir darum, die vorgenannten Grundsätze und Regelungen auch in die Sektorenverordnung zu übernehmen. Aus unserer Sicht spricht nichts dagegen, die entsprechenden Vorschriften auch in deren Anwendungsbereich anzuwenden.

Berlin, 1.12.2015

Anlage