



BUNDESARCHITEKTENKAMMER



Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
Referat I B 3, Vergabepflichtstelle
Frau Dr. Pukall
Scharnhorststr. 34-37

10115 Berlin

15. April 2005

h:\justiz1\bak-internes\stehnahmen\150405-stellnahme-vergaberecht-bak-bingk.doc

Entwürfe zur Neuregelung des Vergaberechts Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Dr. Pukall,

das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat am 30.03.2005 weitere Entwürfe zur Neufassung des Vergaberechts vom 18.03.2005 (Vergabeverordnung –VgV) und vom 29.03.2005 (Gesetz zur Neuregelung des Vergaberechts) mit einer Äußerungsfrist bis 15.04.2005 veröffentlicht und um eine Stellungnahme gebeten.

Zu den bisher im Internet verfügbaren Arbeitsentwürfen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 08.10.2004 haben die Bundesarchitektenkammer und die Bundesingenieurkammer in einer ersten gemeinsamen Stellungnahme vom 21.10.2004 verschiedene Hauptkritikpunkte angeführt. Weiterhin haben wir unsere Vorstellungen und Anregungen für ein neues Vergaberecht anhand von Formulierungsvorschlägen zu den Arbeitsentwürfen am 12.11.2004 präzisiert.

Die Bundesarchitektenkammer und die Bundesingenieurkammer unterstützen dabei ausdrücklich das gesetzgeberische Ziel, das deutsche Vergaberecht zu vereinfachen und ihm eine transparentere, wettbewerbs-, investitions- und mittelstandsfreundliche Ausgestaltung zu verleihen.

Irritiert sind wir jedoch darüber, dass offenbar eine getrennte Abstimmung zum Gesetz über die Neuregelung des Vergaberechts (GWB) und zum Verordnungsentwurf erfolgen soll. Unabhängig vom Charakter der Regelungen liegt insoweit eine inhaltliche Einheit vor, insbesondere sind die Regelungen im GWB und in einer neuen Vergabeverordnung zwingend in einen gemeinsamen Kontext einzuordnen.

BAK Bundesarchitektenkammer e.V.
BingK Bundesingenieurkammer
Verbindungsbüro Brüssel

Federal Chamber of German Architects
Federal Chamber of Engineers
EU Liaison Office

Die Bundesarchitektenkammer und die Bundesingenieurkammer werden deshalb – wie bisher ebenfalls - insgesamt zu Änderungen des Vergaberechts Stellung nehmen.

Zur Verbesserung gegenüber dem bisherigen Entwurf ist nun in § 9 Abs. 2, Ziffer 3 des Verordnungsentwurfes der Vorrang des Verhandlungsverfahrens festgelegt. Die vorrangige Vergabe von freiberuflichen Leistungen, insbesondere von Architekten- und Ingenieurleistungen im Verhandlungsverfahren hat sich in der Praxis bewährt und unterstützt ein transparentes, anwenderfreundliches Verfahren wie bisher § 5 Abs. 1 VOF.

Die aktuellen Entwürfe für ein neues Vergaberecht halten wir jedoch an entscheidenden Punkten weiter für nachbesserungsbedürftig. Wir sind dabei zuversichtlich, dass unsere Anregungen, die sich auf grundsätzliche Problemstellungen beschränken, in einer weiteren Überarbeitung der Entwürfe berücksichtigt werden können.

Im Einzelnen möchten wir folgende Schwerpunkte aufgreifen:

- Trennung von Planung und Ausführung
- Definition des Wettbewerbs in § 101 GWB
- Definition „Freiberufliche Leistung“
- Wettbewerblicher Dialog und freiberufliche Leistungen
- Hinweise auf bestehende Gebührenordnungen
- Besonderheiten im Verfahren zu Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen
- Die Berufskammern als Alternative zu zertifizierten Stellen

1. Anmerkungen zum GWB

Im Rahmen der aktuellen Diskussion zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts (GWB) möchten wir folgende Schwerpunkte setzen:

Trennung von Planung und Ausführung

Für ein transparentes Vergabeverfahren, zur Förderung der Wirtschaftlichkeit und von mittelständischen Interessen ist eine Vergabe von Planungs- und Ausführungsleistungen grundsätzlich zu trennen. Diese Auffassung wird u.a. auch vom Bundesrechnungshof und von Landesrechnungshöfen geteilt. Eine entsprechende Regelung findet sich derzeit in § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A.

Es wird deshalb vorgeschlagen, in § 97 GWB einen neuen Absatz 4a einzufügen:

„Aufträge für die Planung und Ausführung von Bauvorhaben sind grundsätzlich getrennt zu vergeben.“

Alternativ könnte diese Regelung auch in § 16 Abs. 1 VgV (Berücksichtigung von mittelständischen Interessen) aufgenommen werden.

Definition des Wettbewerbs in § 101 GWB

Bei Wettbewerben handelt es sich um eigenständige Vergabeverfahren für freiberufliche Leistungen, § 53 VgV. Insbesondere sind für Architekten- und Ingenieurleistungen sog. Planungswettbewerbe vorgesehen, § 54 VgV.

Diese Verfahren haben sich in der Praxis bewährt und sind auf diese Vergabebereiche abgestimmt.

§ 9 Abs. 2 Ziffer 3 VgV enthält nun – wie festgestellt – einen Vorrang für das Verhandlungsverfahren für freiberufliche Leistungen, ohne jedoch dabei näher auf den Wettbewerb bzw. den Planungswettbewerb einzugehen.

An § 9 Abs. 2 Nr. 3 VgV sollte deshalb folgender Satz angefügt werden:

„Bei Aufgaben, die einem Planungswettbewerb zugänglich sind, erfolgt die Vergabe nach §§ 53, 54.“

Mit dieser Neufassung des § 9 Abs. 2 Nr. 3 VgV wird klargestellt, dass Planungsleistungen entweder im Verhandlungsverfahren oder im Wege des Planungswettbewerbs vergeben werden können.

Im Sinne einer einheitlichen und vollständigen Abbildung aller Vergabeverfahren ist deshalb ebenfalls § 101 GWB um eine Definition zum Wettbewerb zu ergänzen.

Durch Ergänzungen in § 101 GWB und § 9 Abs. 2 Ziffer 3 VgV wird der Planungswettbewerb gestärkt und damit eine sachgerechte, anwenderfreundliche Grundlage für die Vergabe von geistig-schöpferischen Leistungen geschaffen. Gleichzeitig wird damit für Planungsleistungen eine Anwendung anderer Verfahren - so auch des wettbewerblichen Dialogs, des offenen und des beschränkten Verfahrens, aber auch dynamischer elektronischer Verfahren und elektronischer Auktionen – ausgeschlossen. Damit könnte ebenfalls auf die von uns bisher für § 11 Abs. 1 VgV geforderte Änderung, dass der wettbewerbliche Dialog auf die Vergabe von geistig-schöpferischen Leistungen nicht anzuwenden ist, verzichtet werden. Gleiches würde hinsichtlich dynamischer elektronischer Verfahren gelten.

2. Anmerkungen zum Verordnungsentwurf

Wie eingangs dargelegt, sind Regelungen zum GWB und zu einer neuen Vergabeverordnung in einem inhaltlichen Kontext zu sehen und zu behandeln.

Wesentliches Ziel von Architekten und Ingenieuren bei einer Neufassung des Vergaberechts ist es, die bisherigen Errungenschaften für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, wie sie sich in der Praxis gezeigt und in der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ihren inhaltlichen Niederschlag gefunden haben, beizubehalten. Falls dies bei einer Neufassung des Vergaberechts in der vorgesehenen Form nicht möglich sein sollte, bliebe nur der Erhalt des Kaskadenprinzips unter Einschluss der VOF.

Die von zahlreichen Bundesländern insoweit vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken zur Ermächtigungsgrundlage stützen sich v.a. darauf, dass die beabsichtigten Vorgaben im Unterschwellenbereich sich keinesfalls in Form eines Grundsatzes, wie er derzeit im Haushaltsgrundsätzegesetz hinsichtlich der Vergabe verankert sind, regeln lassen, sondern insbesondere im Hinblick auf die Adressaten eine Reihe von Detailregelungen erforderlich machen.

Falls die wesentlichen Inhalte der VOF nicht erhalten bleiben sollen, werden wir für den Beibehalt des bisherigen Kaskadenprinzips votieren, unabhängig von der verfassungsrechtlichen Diskussion und deren Ergebnis.

Zu den „Essentials“ im Einzelnen:

Definition „Freiberufliche Leistung“

Der Verordnungsentwurf lässt derzeit eine Definition für freiberufliche Leistungen, z.B. in § 1 Abs. 2 Ziffer 1 VgV, offen. Ein transparentes und anwenderfreundliches Vergaberecht sollte zur allgemeinen Bestimmung und Konkretisierung von „freiberuflichen Leistungen“ deshalb zumindest einen Hinweis auf die Definition in § 1 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz enthalten. In jedem Fall wäre hierauf in der Gesetzesbegründung hinzuweisen. Durch die Technik des Vor-die-Klammer-Ziehens werden so für die gesamte Verordnung abweichende Definitionen für freiberufliche Leistungen vermieden und somit Transparenz und Anwenderfreundlichkeit gefördert.

Wettbewerblicher Dialog und freiberufliche Leistungen

Positiv hervorzuheben ist, dass nunmehr in § 9 Abs. 2 Ziffer 3; 2. Halbsatz des Verordnungsentwurfes der Versuch einer Definition für geistig-schöpferische Leistungen übernommen wird. Zur klaren Abgrenzung für den Anwender könnten wir uns jedoch eine noch differenziertere Definition vorstellen.

Bereits in unserer ersten Stellungnahme - seinerzeit zum Arbeitsentwurf des BMWA vom 8. Oktober 2004 - haben wir einen expliziten Ausschluss freiberuflicher/geistig-schöpferischer Leistungen aus dem Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs gefordert. Für die Vergabe geistig-schöpferischer Leistungen steht mit dem Planungswettbewerb nach §§ 53, 54 des Verordnungsentwurfs sowie dem Verhandlungsverfahren ein nicht nur ausreichendes, sondern gerade konkret für diese Fälle konzipiertes Instrumentarium zur Verfügung.

Sollten freiberufliche Leistungen aus dem Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs nicht herausgenommen werden können, weisen wir erneut darauf hin, dass es sich beim wettbewerblichen Dialog um ein fakultatives Verfahren handelt. Eine Notwendigkeit zur Einführung des wettbewerblichen Dialogs durch den Bundesgesetzgeber besteht nicht.

Es ist an dieser Stelle nochmals zu unterstreichen, dass der wettbewerbliche Dialog nach der RL 2004/18/EG ein Ausnahmeverfahren ist, das nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers nur in besonderen Fällen wie etwa der Durchführung von bedeutenden integrierten Verkehrsinfrastrukturprojekten, großen Computernetzwerken oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus vorgeschrieben werden kann, anzuwenden ist, s. Erwägungsgrund (31) der RL.

Nur in diesem Sinne kann das Kriterium "besonders komplex" in Art.29 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 11 lit c) der RL zutreffend ausgelegt werden. Das zeitgleich mit der Richtlinie durch die Europäische Kommission veröffentlichte „PPP-Grünbuch“ versucht bedauerlicherweise, vermutlich zum Zweck einer nachträglichen Sinngebung für dieses bis heute umstrittene Verfahren, die praktische Nutzbarkeit des wettbewerblichen Dialogs für Öffentlich-Private-Partnerschaften darzulegen. Derartiger Versuche, den vom Gemeinschaftsgesetzgeber überaus eng definierten Anwendungsbereich des Verfahrens aufzubrechen, sollte der Bundesgesetzgeber in keinem Falle folgen.

Falls freiberufliche Leistungen weder aus dem Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialog herausgenommen werden können, noch auf eine Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in nationales Recht verzichtet werden kann, können etwaige erforderliche Vorplanungen jedenfalls nur gegen eine angemessene Honorierung verlangt werden. § 11 Abs. 8 des Verordnungsentwurfes ist damit zu präzisieren. Nur somit ist für die Ideenlieferanten ein echter Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung herzustellen. Die Angemessenheit kann dabei durch eine ausdrückliche Bezugnahme auf bestehenden Vergütungs- und Gebührenregelungen konkretisiert werden.

Hinweise auf bestehende Gebührenordnungen

Ziel eines Vergabeverfahrens ist die Ermittlung des bestmöglichen Leistungserbringers und damit des potentiellen Auftragnehmers. Soweit bereits im Vorfeld einer Beauftragung freiberufliche Leistungen von Architekten und Ingenieuren vom Auslober gefordert werden, müssen diese vergütet werden.

Die vorliegende Fassung von § 33 des Verordnungsentwurfes könnte allerdings dahingehend missverstanden werden, dass die Erbringung von Planungsleistungen im Rahmen des Vergabeverfahrens gänzlich ohne Vergütung oder zumindest mit einer viel zu geringen und damit HOAI-widrigen Honorierung möglich wäre. Es bedarf daher zwingend einer Regelung entsprechend den §§ 15 Abs. 1, 24 Abs. 3 VOF.

Diese bisherige Vergütungspflicht bei einer Ausarbeitung von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen und anderer Unterlagen im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens bzw. außerhalb eines Planungswettbewerbs nach den geltenden Gebühren- und Honorarordnungen darf in keinem Fall in Frage gestellt werden.

Bei § 47 VgV (Zuschlagskriterien) ist ebenfalls auf geltende Gebührenordnungen hinzuweisen.

Wir schlagen deshalb vor, an § 47 Abs. 3 VgV folgenden Satz anzufügen:

„Ist die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten, ist der Preis nur im dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen“, § 16 Abs. 2, 2. Halbsatz VOF.

Zu § 11 Abs. 8 des Verordnungsentwurfes (angemessene Vergütung beim wettbewerblichen Dialog) haben wir entsprechendes bereits oben ausgeführt.

Besonderheiten im Verfahren zu Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

Bei der Durchsicht der bisher vorgelegten Textfassungen für eine neue Vergabeverordnung ist festzustellen, dass ungleiche Tatbestände nicht in einer Vergabeverordnung zusammengefasst werden können, jedenfalls nicht in der vorliegenden Fassung. So stellt sich in der Praxis eine Vergabe von Bauleistungen völlig anders dar, als eine Vergabe von Lieferleistungen bzw. Dienstleistungen, insbesondere von Architekten- und Ingenieurleistungen.

Inhaltliche Defizite

Für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sind in der Praxis folgende Regelungen unerlässlich:

- Zur Unabhängigkeit der Leistungserbringung, § 4 Abs. 4 VOF, § 7 Abs. 2 VOF. Diese Regelungen sind zur Qualitätssicherung und somit für den Verbraucherschutz unabdingbar.

- Zur Vorbefasstheit von Projektanten/ Sachverständigen. Die für Planungswettbewerbe unter § 54 Abs. 4 VgV getroffene Regelung muss durch die Technik des Vor-die-Klammer-Ziehens als allgemeiner Grundsatz im Sinne einer Konkretisierung des Gleichbehandlungsprinzips verankert werden, z.B. in einem neuen Absatz zu § 5 VgV. Dies ist im Übrigen notwendig, um zwingende Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes umzusetzen (siehe auch EuGH vom 03.03.2005, Rs. C-21/03, Rs. C-34/03).

Technische Umsetzung

Der Versuch, zweifellos bestehende Unterschiede und Besonderheiten der einzelnen Vergabebereiche technisch mit einer einheitlichen Regelung – ergänzt durch einzelne partielle Sonderregelungen – in den Griff zu bekommen, kann nicht als gelungen bezeichnet werden, wie bereits einige Fehler in der VgV erkennen lassen.

Exemplarisch sei hier auf § 47 VgV (Zuschlagsfrist) verwiesen.

Eine sog. Zuschlags- bzw. Angebotsbindungsfrist ist bei einer Vergabe von freiberuflichen Leistungen im Verhandlungsverfahren bzw. im Planungswettbewerb nicht denkbar. Zwar ist für freiberufliche Leistungen eine Ziel- und Aufgabenbeschreibung möglich, nicht jedoch eine – bindungsfähige -vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung.

Weitere technische Fehler in diesem Sinne enthalten z.B. auch §§ 13, 14, 15, 31, 36, 45, 46 VgV. Weiterführende einzelne Ausführungen können hierzu jederzeit nachgereicht werden.

Die Berufskammern als Alternative zu zertifizierten Stellen

Bei den Berufskammern für Architekten und Ingenieure sind alle mit der Berufsausübung zusammenhängenden Informationen von Bewerbern verfügbar, die zudem ständig aktualisiert werden. § 35 Abs. 3 Satz 3 VgV sollte deshalb unmittelbar auf die Berufskammern als Alternative zu den zertifizierten Stellen Bezug nehmen.

Die Bundesarchitektenkammer und die Bundesingenieurkammer bitten um Verständnis, dass sie sich angesichts der sehr knapp bemessenen Frist in ihrer schriftlichen Stellungnahme nur zu grundsätzlichen Problemstellungen äußern. Wir möchten uns daher vorbehalten, unsere Stellungnahme zeitnah zu ergänzen und/oder zu präzisieren.

Darüber hinaus würden wir es begrüßen, wenn in weiteren Gesprächen die Auffassungen der Architekten und Ingenieure zur Änderung des Vergaberechts mit Ihnen erörtert werden könnten. Hierzu stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.



Präsident der
Bundesarchitektenkammer



Präsident der
Bundesingenieurkammer