



Ausschuss der Verbände und Kammern
der Ingenieure und Architekten
für die Honorarordnung e.V.

Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie
Referat I B 3
Herrn Hans-Peter Müller
Villemombler Str. 76
53123 Bonn

24.03.2009

H:\Justitiariat\Einzelthemen\vergaberecht\3 Vergaberechtsnovelle\090324_Stellungnahme_Müller.doc

Stellungnahme zum Entwurf der VOF Ausgabe 2009 vom 16.03.2009

Sehr geehrter Herr Müller,

anbei übersenden wir Ihnen die Stellungnahme der Bundesarchitektenkammer, der Bundesingenieurkammer und des AHO zum Entwurf der VOF Ausgabe 2009 vom 16.03.2009.

Freundliche Grüße

Thomas Maibaum
Bundesarchitektenkammer

Thomas Noebel
Bundesingenieurkammer

Ronny Herholz
AHO

Anlage

Stellungnahme der Bundesarchitektenkammer, Bundesingenieurkammer und des AHO zum Entwurf der VOF Ausgabe 2009, Stand 16.03.2009

1. Anwendungsbereich

a) Laut § 1 VOF-E gilt die VOF nach wie vor ausschließlich für Leistungen ab den EU-Schwellenwerten.

Nach unseren Informationen wird derzeit im DVAL erwogen, eine Regelung zur Vergabe freiberuflicher Leistungen im Unterschwellenbereich in die VOL/A zu integrieren. Wir halten eine betreffende Normierung wie bisher für nicht erforderlich. Sollte das BMWi dennoch der Auffassung sein, dass Regelungen in diesem Bereich unerlässlich sind, wären diese schon aus rechtssystematischen Gründen in die VOF zu integrieren. Für die Zuordnung von Leistungen in die verschiedenen Vergabeordnungen ist allein die Art und der Charakter der Leistungen, nicht hingegen die Frage maßgeblich, ob es sich um Aufträge im Ober- oder Unterschwellenbereich handelt.

b) Des weiteren wäre es interessant zu erfahren, ob und wie die seit Jahren bestehende Regelungslücke hinsichtlich freiberuflicher Leistungen im Sektorenbereich geschlossen werden soll.

2. Angleichung der VOF an die VOL/A

Dem überarbeiteten Entwurf der VOF (Stand:16.03.2009, nachfolgend: "VOF-E") liegt erkennbar die Absicht zu Grunde, aus Gründen der Rechtsvereinfachung eine möglichst weitgehende strukturelle und inhaltliche Angleichung der Vergabeordnungen vorzunehmen. Dies ist vom Grundsatz her zu begrüßen. Die Rechtsvereinheitlichung findet allerdings dort ihre Grenzen, wo sachliche Unterschiede auch eine unterschiedliche rechtliche Regelung erfordern. Diese Grenzen sind nach unserer Auffassung in einigen Fällen überschritten worden, so dass es hier noch einer Nachbesserung bedarf.

Die aus unserer Sicht noch dringend erforderlichen Änderungen sind Voraussetzung dafür, dass den Besonderheiten bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen weiterhin in ausreichendem Maße Rechnung getragen und eine *sachwidrige* Angleichung an die VOL/A verhindert wird.

Es handelt sich dabei um folgende Punkte:

1. Der bisher in § 4 Abs. 4 VOF geregelte Grundsatz der VOF, wonach die Durchführung freiberuflicher Leistungen unabhängig von Ausführungs- und Lieferinteressen erfolgen soll (Trennung von Planung und Ausführung), ist sowohl für die Bewerber hinsichtlich einer mittelstandsgerechten Vergabe *freiberuflicher* Leistungen als auch für die Auftraggeber im Hinblick auf eine unabhängigen Erbringung von solchen Leistungen unverzichtbar und muss auch in eine neuen VOF zwingend aufgenommen werden.
2. Eine terminologische Überarbeitung des VOF-E ist dringend geboten. In der VOF werden im Gegensatz zur VOL/A nur Leistungen erfasst, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Für nicht beschreibbare Leistungen können – im Gegensatz zur VOL/A und VOB – eben keine „zuschlagsfähigen“ Angebote eingeholt werden. Der Auftrag konkretisiert sich bei der Vergabe von geistig-schöpferischen Leistungen erst im Rahmen der Verhandlungsphase, bei der gleichzeitig der Bewerber herausgefunden wird, der die bestmögliche Leistungserbringung verspricht. Die derart ermittelten Auftragsbedingungen sind dann ebenfalls Gegenstand der Verhandlungen, ohne dass insoweit ein einseitiges Angebotsverfahren mit Eröffnungstermin, mit Angebots-, Binde- und Zuschlagsfristen und mit einem einseitigen Zuschlag des Auftraggebers auf Angebote von „Bietern“ existierte. Nicht einschlägige Begriffe müssen konsequent durch zutreffende Begriffe aus dem VOF-Verhandlungsverfahren ersetzt werden.

Beispielhaft soll nachfolgend auf die erforderlichen Änderungen in § 11 VOF-E hingewiesen werden:

- Überschrift: „Angebotsabgabe und“ müsste ersatzlos gestrichen werden,
 - Abs. 1 Satz 2: „abgeforderte Angebote“ müsste durch „Grundlagen des Vertrages“ oder „Auftragsbedingungen“ ersetzt werden,
 - Abs. 2 und 4: „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ müsste durch „Aufforderung zur Verhandlung“ ersetzt werden,
 - Abs. 3: „Angebote“ müsste durch „Bewerbungen“ ersetzt werden,
 - Abs. 4 , 5 und 6: „Zuschlagskriterien“ müsste durch „Auftragskriterien“ ersetzt werden,
 - Abs. 6: „Bieter“ müsste durch „Bewerber“ ersetzt werden.
3. Die Beschränkung in § 11 Abs. 5 VOF-E auf „Kriterien des Auftragsgegenstands“ sollte unter Berücksichtigung der o.g. Zusammenhänge entsprechend dem bisherigen § 16 Abs. 3 VOF auf die „zu erwartende fachliche Leistung“ bezogen werden, damit auch bei den spätestens vor der Verhandlung festzulegenden Auftragskriterien der Bezug zu der im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach VOF notwendigen Prognoseentscheidung hinsichtlich der zu erwartenden bestmöglichen Leistung hergestellt wird.
 4. Die Einschränkung der Eignungsnachweise auf drei Jahre in § 5 Abs. 4 Buchst. b) VOF-E sollte wegen der Spezifika bei der Vergabe geistig-schöpferischer Leistungen entfallen.

3. Sonstige Regelungen

1. Die Regelung in § 2 Abs. 3 VOF-E sollte stringenter gefasst werden. Nach § 97 Abs.3 GWB (neu) sind mittelständische Interessen bei der Auftragsvergabe vornehmlich zu berücksichtigen. Entsprechend sollte § 2 Abs. 3 VOF-E lauten:

„Kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger *sind* angemessen zu beteiligen“,
§ 2 Abs. 3 VOF-E.

2. Positiv hervorzuheben ist der Vorschlag des BMVBS, in § 5 Abs. 6 VOF-E bei der Prüfung der Eignung als Nachweise die Bescheinigung der zuständigen Berufskammer anzuerkennen. Dieser Vorschlag sollte auch in die VOF übernommen werden.
3. Von der Teilnahme am Verfahren sollten Personen nur ausgeschlossen werden können, wenn der Auftraggeber Kenntnis von Tatbeständen nach § 4 Abs. 9 VOF-E hat (entsprechend § 4 Abs. 4 VOF-E). Die insoweit vorgenommene Ergänzung in § 5 Abs. 2 Satz 1 VOF-E ist aber in diesem Sinne durchaus als praktikabler Kompromiss zu bewerten. Damit jedoch das Problem der teilweise nicht möglichen Vorlage anderer Nachweise (vgl. z.B. gem. § 4 Abs. 9 lit. d VOF-E) nicht auftreten kann, müsste die gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 VOF-E mögliche Forderung nach weitergehenden Nachweise auf solche nach § 5 Abs. 4 und 5 VOF-E beschränkt werden.
4. Die geplante Regelung in § 13 Abs. 1 Satz 2 VOF-E ist nicht sinnvoll. Eine gesetzliche Definition der Begriffe „Schutzgebühr“ und „dergleichen“ gibt es genauso wenig wie eine gesetzliche Grenzbestimmung, mit der Folge, dass ein öffentlicher Auftraggeber versucht sein könnte, über diese Regelung – trotz des Verbotes in Satz 1 – weitergehende Ausgaben für das Vergabeverfahren von den Bewerbern erstattet zu bekommen.

Weiteren Vortrag zur Sache behalten wir uns vor.

Berlin, den 24. März 2009