

QUALITÄT SICHERN – UNABHÄNGIGKEIT GEWÄHRLEISTEN

Positionen der Architektenkammer Berlin zur Vergabe von öffentlichen Planungs- und Bauleistungen mit GP / GU / GÜ Verfahren

Stand: 14. April 2021

Die erfreuliche Entwicklung und das Wachstum Berlins ist für Planende und Bauende grundsätzlich eine positive Nachricht: Lange überfällige Investitionen in den Schulbau, die Sanierung und auch in den bezahlbaren Wohnungsbau sind eine riesige Chance für diese Stadt. Eine vermeintliche „Alternativlosigkeit“ zum schnellen Bauen prägt jedoch zunehmend das Baugeschehen, zumindest jedoch den öffentlich finanzierten Bereich des Bauens in Berlin. Der momentan hohe Bedarf darf weder auf Druck der Medien noch der Opposition als „Dauer-Notsituation“ zur Umgehung ordentlicher Vergabeverfahren und vernünftiger Planungsprozesse missbraucht werden. Die Kritik der Architektenkammer Berlin an der Missachtung des Gebots zur fach- und teillosweisen Vergabe von Planungs- und Bauleistungen, die ja unter anderem der Förderung regionaler und kleinteiliger Strukturen dienen soll, wird als „momentan unpassend“ abgetan. Als Grund wird regelmäßig der hohe politische Druck angegeben, die Vergaben von Bau- und Planungsleistungen effizienter, schneller und unkomplizierter zu gestalten. Ausgeschrieben werden vor allem Generalübernehmer-, Generalunternehmer- und Generalplanerleistungen. In der Praxis werden durch diese Bündelungen von Leistungen zusätzliche Hürden aufgebaut, die dazu führen, das Planen und Bauen immer schleppender vorzugehen. Diese Situation entspricht weder dem geltenden europäischen Vergaberecht noch ist es im Interesse einer langfristig sinnvollen und lebensraumorientierten Stadtentwicklung.

1.0 BEGRIFFSKLÄRUNGEN

Um eine fundierte Kritik zu ermöglichen, gilt es zunächst eine Begriffsklärung durchzuführen. Das EU-konforme Regelverfahren und auch die deutschen Vergabeverordnungen zielen auf die „losweise“ Vergabe. Das bedeutet, sowohl die verschiedenen Fachplanungen (Architektur, Landschaftsarchitektur, Haustechnik, Statik und weitere) als auch die verschiedenen Bauleistungen (vom Rohbau bis zum Parkett) werden jeweils regelmäßig einzeln ausgeschrieben (Gebot der mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung der Vergabeverfahren). Dabei schreiben in der Regel die Bauherren die Planungsleistungen und die Planenden die Bauleistungen aus.

Für die verwendeten Bezeichnungen der nunmehr angewendeten „alternativen“ Vergabeverfahren gibt es keine in Rechtsvorschriften festgelegten Definitionen, sondern sie sind in der Praxis entstanden, damit Eingeweihte schneller wissen, worum es geht. Sie alle verbindet die Umgehung des Gebotes der losweisen Vergabe, das vorschreibt, pro nachgefragter Leistung diejenigen kleinen und mittelständischen Unternehmen oder Planende zu suchen, die für die Leistung am besten qualifiziert sind und ein wirtschaftliches Angebot einreichen. Es gibt aber wesentliche Unterschiede zwischen den drei Begriffen und vielfältige Erscheinungen, die sich nicht eindeutig voneinander abgrenzen lassen. Kombinationen, zum Beispiel von Generalplaner und Generalunternehmer, werden ebenfalls häufig angewandt.

- **Generalplaner (GP):** Ein Planungsbüro (oft das Architekturbüro oder ein großes Ingenieurbüro) wird mit den vollständigen oder dem überwiegenden Teil der Planungsleistungen beauftragt und beauftragt die anderen Fachplaner als Subunternehmer oder bildet in selteneren Fällen eine ARGE. Vertragsgrundlage ist das BGB. Vergeben wird die Leistung nach GWB/VgV, sofern der Auftragswert oberhalb der EU-Schwelle liegt. Die Bauleistungen selbst werden hier getrennt ausgeschrieben.
- **Generalunternehmer (GU):** Das Bauunternehmen erbringt Bauleistungen für die meisten Gewerke, manchmal auch Planungs- bzw. Bauleistungsleistungen und setzt für einen gewichtigen Teil der Leistungen Subunternehmen ein. Vertragsgrundlage sind die VOB/B und das BGB. Vergeben

wird nach GWB/VOB/A-EU bei Aufträgen oberhalb der EU-Schwelle, unterhalb der EU-Schwelle wird nach der VOB/A vergeben. Die Vergabe der Architektenleistungen, insbesondere die Leistungsphasen 2 bis 4 sowie von Leitdetails, erfolgt in der Regel getrennt.

- **Generalübernehmer (GÜ):** Hier wird ein Unternehmen sowohl mit Bau- als auch Planungsleistungen beauftragt, die es nahezu ausschließlich an Nachunternehmer weiter vergibt. Vertragsgrundlage sind regelmäßig die VOB/B und das BGB, wenn die Bauleistungen der im Einzelfall nachgefragten Leistung das Gepräge geben. Dem entsprechend werden solche Leistungen nach GWB/VOB/A-EU vergeben. Der GÜ wird in der Praxis teilweise auch als „Totalübernehmer“ bezeichnet, da er auch die Leistungen des Bauherrn mit übernimmt und „schlüsselfertig“ zum angebotenen Festpreis liefert. Diese Bezeichnung ist allerdings irreführend, weil ein Totalunternehmer alle Leistungen im eigenen Betrieb erbringt (was der GÜ ersichtlich nicht macht). Eine Praxisvariante davon ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Gebäude bestellt und hinterher kauft oder mietet (teilweise auch Bestellbau genannt).

2.0 ANALYSE DER VOR- UND NACHTEILE

2.1 Generalplaner (GP)

Der Bauherr hat, zumindest für den überwiegenden Teil, einen Ansprechpartner für die Planung. Die Zahl der Vergabeverfahren und Vertragsverhandlungen für Planungsleistungen lässt sich aus Sicht des Auftraggebers reduzieren. Bauherrnaufgaben, insbesondere die Koordination der Planungsleistungen, gehen an den Generalplaner über. Der GP muss den gesamten Planungsprozess steuern und optimieren. Der Auftrag der Planungsleistungen wird im wesentlichen im Leistungswettbewerb vergeben. Der Preis, beziehungsweise der Gewinn, ist sekundär. Baukultur und Qualität werden zu einem bestimmenden Faktor, dies gilt jedoch nur eingeschränkt für die weiteren Planenden. Die Verantwortung des Architekturbüros beziehungsweise des federführenden Generalplanungsbüros besteht weiterhin als Treuhänder der Interessen des Bauherrn. Die übrigen Planungsteams haben gegenüber dem Bauherrn keine unmittelbare Verantwortung und werden nicht von ihm ausgewählt. Der GP ist gegenüber dem Bauherrn haftbar, er selbst wiederum muss seine Auftragnehmer in die Haftung nehmen. Dies hat Vor- und Nachteile im Binnenverhältnis zwischen den verschiedenen Planungspartnern.

Risiken gibt es sowohl für den Generalplaner als auch für den Bauherrn bei Insolvenzen: Dies kann den gesamten Planungsprozess stoppen oder verschleppen. Problematisch ist die gesamtschuldnerische Haftung, insbesondere bei ungleichen Auftragsvolumen.

Termine und Kosten der gesamten Planung lassen sich vorab vereinbaren, jedoch muss der GP diese gegenüber seinen Nachunternehmern durchsetzen. Der Marktzugang wird dadurch für kleinere und mittlere Büros, die auf eine bestimmte Planungsleistung spezialisiert sind, sehr eingeschränkt. Der hohe zusätzliche Aufwand der Generalplanung, insbesondere der Abstimmungen zwischen den Fachplanungen, wird oft nicht angemessen vergütet. Das Generalplanungsbüro muss zudem, ebenfalls ohne Vergütung, bereits vor dem eigentlichen Vergabeverfahren das Fachplanungsteam zusammensuchen. Am Markt sind nicht immer genügend gute Fachplaner verfügbar, andererseits kann es für das federführende Büro auch ein Vorteil sein, seine Planungspartner selbst auszusuchen. Sowohl bei Verhandlungsverfahren als auch bei Planungswettbewerben werden GP-Modelle verwendet.

Zwischenfazit

Generalplanungs-Vergaben sind differenziert zu bewerten. Erhoffte Vorteile zu Aufwandsreduktion für den Bauherrn sind realistisch. Verfahrensrisiken lassen sich reduzieren. Für die Planenden, insbesondere kleinere Büros ergeben sich jedoch Nachteile, der Konzentrationsprozess auf wenige große Büros wird gefördert. Dieses Verfahren kann deswegen in begründeten Ausnahmen angewandt werden, darf

aber nicht zur Regel werden, um auch kleineren und jüngeren Büroeinheiten die Chance zur Marktteilnahme zu geben.

2.2 Generalunternehmer (GU)

Der Auftraggeber und das Planungsteam haben im Wesentlichen einen Ansprechpartner. Die Zahl der Vergabeverfahren und Vertragsverhandlungen lassen sich reduzieren. Die Bauherrenfunktion und seine Verantwortung für die Steuerung und Optimierung des (Planungs- und) Bauprozesses gehen weitgehend an den Auftragnehmer über. Bei Insolvenz des Generalunternehmens stoppt jedoch der gesamte Bau - und gegebenenfalls auch der Planungsprozess - und die nachbeauftragten Firmen werden nicht bezahlt. Die Verantwortung von Architekten und Architektinnen als Treuhänder des Bauherrn geht in der Ausführungsphase oft unter und ist allenfalls noch als schwaches Korrektiv im idealen Dreieck (Bauherr/ Planer/ Ausführung) vorhanden.

Termine und Kosten lassen sich vorab vereinbaren, jedoch muss der GU diese gegenüber einzelnen Subunternehmen durchsetzen. Der Primärrechtsschutz besteht für Subunternehmen nicht. Ihre Position gegenüber dem Bauherrn ist schwach und sie haben weniger Möglichkeiten ihre Leistungsfähigkeit zu dokumentieren. Die kleineren Gewerke und Fachfirmen werden damit langfristig geschwächt.

Zwischenfazit

Dringend gebotene Innovation im Wohnungsbau und gleichermaßen im Schulbau und der öffentlichen Infrastruktur wird mit GU-Verfahren eher unwahrscheinlicher. In der Regel erhält den Zuschlag, wer am Anfang möglichst billig anbietet. Günstig kalkulierte Angebote müssen über versteckte Minderleistungen oder Nachträge ausgeglichen werden. Der Verlust der Steuerungsmöglichkeit des Bauherrn und der Architekten während des gesamten Bauprozesses birgt trotz scheinbar „harter“ Verträge Gefahren für spätere Baukostensteigerungen.

2.3 Generalübernehmer (GÜ)

Hier hat der Auftraggeber von Anfang an nur einen Ansprechpartner. Der GÜ muss den gesamten Planungs-, Genehmigungs- und Realisierungsprozess mit seinen Subunternehmen organisieren und zwischenfinanzieren. Die Bauherrenfunktion und -verantwortung geht komplett an den Auftragnehmer über, einschließlich der finanziellen Risiken. Er muss den Planungs- und Bauprozess steuern und optimieren, alle Einsparungen bei Honoraren und Bauleistungen gehen zu seinen eigenen Gunsten.

Bei Insolvenz stoppt umgehend der gesamte Bau- und Planungsprozess. Die Verantwortung der Planungsbüros als Treuhänder des Bauherrn geht weitgehend verloren, da sie nicht mehr direkte Ansprechpartner sind. Das Dreieck (Bauherr/ Planer/ Ausführung) existiert nicht mehr, da die Planenden Dienstleister allein gegenüber dem GÜ sind. Der Auftrag wird zum weitaus größten Teil nach dem Preis vergeben. Der Gewinn des Unternehmens steht an vorderster Stelle. Baukultur und Qualität werden nachrangig gehandelt. Der GÜ ist gegenüber dem Bauherrn haftbar, er selbst wiederum kann seine Subunternehmen in die Haftung nehmen. Termine und Festpreise lassen sich vorab zwischen Bauherren und GÜ vereinbaren, sofern es keine geänderten Anforderungen gibt – was in der Realität selten der Fall ist. Nachbeauftragte Baufirmen und Planer als Subunternehmer besitzen keinen Primärrechtsschutz. Der öffentliche Bauherr hat in der Regel wenig Mitspracherecht bei der Auswahl der Entwurfsverfasser. Da die Bauleistungen gegenüber den Planungsleistungen überwiegen und die Komplettleistung insgesamt über die VOB vergeben wird, können Vergabeverstöße, die Planungsleistungen betreffen, von den daran Interessierten schwer nachverfolgt werden.

Zwischenfazit

GÜ-Vergaben und die Bündelung von Aufträgen begünstigen allein große Baukonzerne und sind somit nicht mittelstandsfreundlich. Die Verfahren widersprechen damit ausdrücklich den Vorgaben des GWB. Je nach Größe der geschnürten Pakete gehen nur wenige Angebote ein. Dadurch ist kein echter wirtschaftlicher Wettbewerb gegeben. Es besteht das Risiko von Neuausschreibungen und damit unnötigen Verzögerungen. Die Gesamtkosten liegen nach zahlreichen Untersuchungen deutlich über den Kosten bei regelgerechten Einzelvergaben.

Die Vergabe von öffentlichen Bau- und Planungsleistungen im Modell des Generalübernehmers führt damit oft nicht zu den angestrebten Zielen. Das Modell widerspricht zudem europäischem Vergaberecht und dem Gebot der kleinteiligen Vergabe. Mögliche Rechtfertigungsgründe können vorhanden sein, müssen jedoch als Ausnahme von der Regel immer ausführlich und einzelfallbezogen begründet werden. Von den drei beschriebenen Verfahren ist das Generalübernehmerverfahren oder gar der Bestellbau, das Verfahren, das am meisten zu kritisieren ist. Das öffentliche Bauen und die Verantwortung wird komplett ausgelagert, Bauherrenaufgaben werden abgeschoben und die Planungs- und Baukultur wird marginalisiert.

3.0 VERGABERECHTLICHE IMPLIKATIONEN

Nach allen Vergabeordnungen ober- wie unterhalb der EU-Schwellenwerte gibt es eine Pflicht zur mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung von Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber (u.a. § 97 Abs. 4 GWB). Dahinter steckt der politische Wille, kleinen und mittleren Unternehmen öffentliche Aufträge zugänglich zu machen.

Daraus folgt das Gebot, Ausschreibungen regelmäßig in Lose aufzuteilen. Will der Auftraggeber von dem Regelfall abweichen, muss er überwiegende wirtschaftliche und technische Gründe vorweisen. Für das Vorliegen dieser Umstände ist er darlegungs- und beweispflichtig (statt vieler zusammenfassend bei Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 97, Rn. 70 ff.).

Als Gründe für eine gebündelte Vergabe reichen z. B. nicht die vom Gesetzgeber als typische Folgen einer Aufteilung bewusst in Kauf genommenen Nachteile wie ein erhöhter Koordinierungsaufwand des Auftraggebers, die Erhöhung seiner Transaktionskosten durch die Notwendigkeit, sich mit mehreren Vertragspartnern auseinandersetzen zu müssen, oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen bei einer Gesamtvergabe (u.a. OLG München, B. v. 09.04.2015, Verg 1/15, NZBau 2015, 446). Es müssen überwiegende auftrags-, d. h. einzelfallbezogene Gründe nachgewiesen werden (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 11.07.2007, Verg 10/07, BeckRS 2008, 1321). Schablonenartige bzw. für eine Vielzahl von Vergaben vorformulierte Begründungen tragen somit nicht.

Gerade GÜ- und GU-Leistungen sind als offenbare Abweichung vom Regelfall der Losaufteilung besonders rechtfertigungsbedürftig (vgl. Tomerius, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VOB/A § 5, Rn. 29). Das gleiche gilt für GP-Leistungen, die man ohne weiteres z. B. in Objekt-, Tragwerks- und beratende Leistungen aufteilen könnte (vgl. Fuchs, NZBau 2014, 409, 414).

Legt man all dies zugrunde, sind die GÜ-, GU- und GP- Ausschreibungen im Land Berlin schon insofern bedenklich, als diese nicht die Ausnahme, sondern die Regel darstellen. Derart viele Einzel- bzw. Sonderfälle sind nicht nachvollziehbar. Gerade für relativ schlichte Wohnbauvorhaben sind z. B. außergewöhnliche technische Gründe kaum darstellbar. Auch Schulen gelten nach der Honorarordnung für Architekten als eine „durchschnittlich schwierige“ Bauaufgabe.

Die Berufung auf einen „allgemeinen Notstand“, der durch die in der Vergangenheit versäumten Investitionen entstanden ist, ist somit als Begründung unzulässig und rechtswidrig. Auch die teilweise

überbordenden bürokratischen Anforderungen und Hemmnisse, die der Gesetzgeber in seinen Vergabeordnungen sich selbst und den Marktteilnehmern zumutet, können nicht als Grund für die Umgehung derselben angeführt werden.

4.0 FAZIT – QUALITÄT SICHERN, KONTROLLE ERMÖGLICHEN

Die klassische Rolle des Architekturbüros als verantwortlicher Generalist in einem komplexen Planungsprozess ist Garant für einen erfolgreichen Planungs- und Bauprozess im Interesse des Bauherrn, vor allem jedoch im Interesse der Bauaufgabe und der Öffentlichkeit. Diese Verantwortung muss im Kern erhalten bleiben. Gleichzeitig sind die Aufgaben und Verantwortungen des planenden Berufsstandes den gewachsenen Anforderungen entsprechend weiter zu entwickeln. Dies gilt genauso für die Kompetenz der zu beauftragenden Fachplanungsbüros. Der Bündelung von Planungs- und Bauleistungen vernachlässigt den Qualitätsanspruch zugunsten eines vermeintlichen Zeit- und Geldgewinns.

Es bleibt das Plädoyer der Architektenkammer Berlin für das öffentliche Bauen zu rechtskonformen und bewährten Einzelvergaben als Regelverfahren zurückzukehren. In Berlin und Brandenburg sind qualifizierte Planungsbüros und Baufirmen vorhanden, deren Leistungsfähigkeit bewiesen ist und die für eine zügige und qualitätvolle Umsetzung der öffentlichen Bauvorhaben bereitstehen. Öffentliche Aufträge müssen einzeln vergeben werden – so wie dies im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen konkret vorgegeben ist.

Es ist Aufgabe des Abgeordnetenhauses, der Aufsichtsräte der Wohnungsbaugesellschaften, des Landesrechnungshofes und aller verantwortlichen Gremien dieser Stadt, dafür Sorge zu tragen, dass ein verantwortungsbewusster Umgang mit öffentlichen Mitteln im Interesse der heutigen und der zukünftigen Bewohner Berlins erfolgt. Es ist Aufgabe des planenden Berufsstandes dafür zukunftsfähige Lösungen zu entwickeln. Der Rechtsrahmen und die Vergabepaxis müssen die Grundlage für einen produktiven Wettstreit der Ideen und der Leistungsfähigkeit werden. Dazu sind auch allzu komplizierte Vergabeverordnungen und bürokratische Hürden weit möglichst abzubauen, um einfache und transparente Prozesse zu ermöglichen. Nur so kann Berlin seinem Ruf als europäische Kreativ- und Kulturmetropole gerecht werden und eine lebenswerte Stadt der Zukunft sein.

Berlin, 14. April 2021
Vorstand der Architektenkammer Berlin