BLOMSTEIN

ARCHITEKTEN KAMMER BERLIN

Jahresbericht zum Vergabemonitoring der AKB

Von
Dr. Pascal Friton
Dr. Christopher Wolters
Moritz Schuchert

Datum
29. November 2021

An
Dipl. -Ing. Anja Kotlan, Referentin Wettbewerb u. Vergabe, AKB
Dipl. -Ing. Architekt Michael Mackenrodt, AKB
Dipl. -Ing. Stadtplanerin Annalie Schoen, AKB
Dipl. -Ing. Architekt Salomon Schindler, AKB
Dipl. -Ing. Architektin Pea Rausch, AKB
Dipl. -Ing. Tim Bauerfeind, AKB

A. Gegenstand des Jahresberichts

Die Kanzlei BLOMSTEIN Rechtsanwälte (***BLOMSTEIN)*** betreibt seit November 2020 ein Vergabemonitoring für die Architektenkammer Berlin (***AKB***), in dem systematisch die relevanten öffentlichen Ausschreibungen für Planungsleistungen in Berlin erfasst werden sollen. Dabei geht es um öffentliche Ausschreibungen für die in der Architektenkammer Berlin organisierten Berufe (Architekten, Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten und Stadtplaner). Das Projekt ist zunächst auf 24 Monate angelegt und kann dementsprechend erst im November 2022 abschließend evaluiert werden.

Im Rahmen des ersten Jahresberichts erfolgt eine erste Zwischenevaluation des Projektes. In diesem Rahmen soll auch untersucht werden, inwieweit die bisherigen Daten bereits erste Rückschlüsse auf das Ausschreibungsgeschehen im Zuständigkeitsbereich der AKB zulassen.

I. Hintergrund des Vergabemonitorings

Anlass für das Vergabemonitoring Projekt ist eine seit Jahren bestehende Unzufriedenheit der AKB mit der Vergabe von Architektur- und Planungsleistungen in der Praxis. Insoweit kritisiert die AKB schon seit Längerem, dass kleinere und mittelständische Architekturbüros bei der Vergabe öffentlicher Aufträge systematisch benachteiligt werden.[1] Dabei hat die AKB die folgenden Beobachtungen gemacht:

---

[1] Siehe zuletzt die Stellungnahme der AKB vom 30. April 2021 „*Kurswechsel in der Vergabepolitik einläuten!*“, online abrufbar unter: https://www.ak-berlin.de/baukultur/meldungen/meldung/kurswechsel-in-der-vergabepolitik-einlaeuten.html

- Es wird in der Praxis häufig auf Planungswettbewerbe nach den §§78 ff. VgV und der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW) verzichtet, obwohl Planungswettbewerbe nach der Systematik des anwendbaren Vergaberechts die vom Gesetzgeber gewünschte Verfahrensform darstellen.[2] Dabei eröffnen Planungswettbewerbe einen breiten Wettbewerb für kreative Planungsleistungen und bieten gerade auch kleineren Büros die Möglichkeit, durch gute Planungsentwürfe zu überzeugen. Ein etwaiger Mehraufwand bei der Durchführung von Planungswettbewerben wird für öffentliche Auftraggeber dadurch belohnt, dass für die Bereitstellung einer einmaligen Preissumme eine Vielzahl von Entwürfen erarbeitet werden und mit Hilfe eines Expertengremiums, dem Preisgericht, gemeinsam daraus die beste Lösung ausgewählt werden kann. Gleichwohl werden **in der Praxis häufig Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** durchgeführt, bei denen in der Regel nur mit wenigen und zumeist größeren Büros über den Auftrag verhandelt wird.

- Es wird häufig insbesondere auf eine **fachlosweise Vergabe** von Planungsaufträgen verzichtet. Dies bedeutet, dass Architekturbüros sich nicht mehr allein an solchen Vergabeverfahren beteiligen können. Vielmehr dürften entsprechende Aufträge regelmäßig an Generalplaner vergeben werden, die auch die Planungsleistungen weiterer Fachdisziplinen (z.B. die der Statiker, Haustechniker, Bodenmechaniker etc.) abdecken können. In einigen Ausnahmefällen werden **Planungsleistungen sogar gemeinsam mit Bauleistungen nur an einen Generalübernehmer** gerichtet, der dann inklusive aller Planungsdisziplinen und sämtlicher Baugewerke ein „**schlüsselfertiges" Gebäude** anbieten soll.

- Es werden häufig **für die üblichen Bürosstrukturen unerfüllbare Eignungskriterien** gefordert, die den **Wettbewerb auf wenige große und bereits etablierte Büros beschränken**. Dies geschieht beispielsweise über die Vorgabe einer unüblich hohen Mindestanzahl an Mitarbeitern in den sich bewerbenden Büros oder die Festlegung eines unüblich hohen Mindestjahresumsatz in vorangehenden Jahren.

Ziel des Vergabemonitorings ist es, auf Basis eines laufenden Monitorings der für Architektenleistungen genutzten Ausschreibungsportale das Ausschreibungsgeschehen in Berlin systematisch zu erfassen. Auf dieser Basis sollen dann die aufgezeigten Problemfelder genauer analysiert und mögliche Lösungen gesucht werden.

Betrachtet man die Struktur der Architekturbüros in Deutschland, wird deutlich, dass öffentliche Auftraggeber mit diesen Vorgehensweisen große Teile der Architektenschaft von öffentlichen Vergaben ausschließen: [3]

- **35 %** aller Architekturbüros in Deutschland sind **Ein-Personenbüros**;

---

[2] Vgl. dazu *Friton*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 20. Edition, Stand: 31.07.2020, § 78 VgV, Rn. 3 f..

[3] Im Jahr 2021 veröffentlichte Zahlen von statista.com für das Jahr 2019; online abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157603/umfrage/verteilung-der-groessen-von-architekturbueros-in-deutschland/

- **39 %** sind **kleine bis mittlere Büros mit zwei bis vier Vollzeitkräften**;
- **16 %** sind **mittlere bis große Büros** mit **zwischen fünf und neun Vollzeitkräften**;
- Nur **10 %** sind sehr **große Büros** mit **zehn oder mehr Vollzeitkräften**.

Vor dem Hintergrund, dass gerade in Berlin große Teile der Bauaktivitäten durch die öffentliche Hand gesteuert werden, ist eine nur auf die größten Büros ausgerichtete Ausschreibungspraxis daher für einen großen Teil der Büroeinheiten problematisch und trägt zu einer zunehmenden Konzentrierung des Marktes auf nur noch einen sehr kleinen Teil der bestehenden Bürostrukturen bei.[4] Dabei kann es offenkundig nicht im Interesse öffentlicher Auftraggeber sein, ihre Auftragsvergaben auf nur einen kleinen Teil der tatsächlich vorhandenen Bürostrukturen einzuengen und so, durch eine Ausblendung von 74% der potenziellen Anbieter, den Wettbewerb um das beste Angebot unnötig einzuengen. Auf diese Weise werden erhebliche Kosten- und Kreativ-/Qualitätspotenziale ungenutzt gelassen, zumal auch die kleinen bis mittleren Bürostrukturen für typische öffentliche Bauaufgaben (z.B. Schulen, Kitas, sozialer Wohnbau etc.) gut ausgerichtet sind. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der mit einem Planungswettbewerb verbundene gleichberechtigte und transparente Qualitätswettstreit um die beste planerische Lösung für die jeweils konkret gestellte Planungsaufgabe in der Regel auch bessere Ergebnisse hervorbringt als ein gewöhnliches Verhandlungsverfahren.[5]

Eine vergleichbare Ausschreibungserfassung wurde parallel zum Berliner-Monitoring auch von der bayerischen Architektenkammer betrieben, die sich mit dem Ausschreibungsgeschehen für Planungsleistungen in Bayern befasst und einen Fokus auf die verwendeten Eignungskriterien sowie Referenzen derselben Nutzungsart legt.[6] Im Rahmen des laufenden Monitorings hat sich die AKB daher mehrfach mit der Bayerischen Architektenkammer abgestimmt. Die im September 2021 veröffentlichte Auswertung der dortigen Verfahren ist zu dem Ergebnis gekommen, dass unverhältnismäßig hohe Eignungskriterien den Wettbewerb für Architektenleistungen in Bayern in vielen Fällen unzulässig einschränken.[7]

Das Vergaberechtsteam von BLOMSTEIN hat in der Vergangenheit bereits die *Wettbewerbsinitiative e.V.* zu einer Beschwerde bei der Europäischen Kommission beraten, die sich gegen die wettbewerbsfeindliche Umsetzung der Vergaberichtlinie in Bezug auf

---

4 Im Jahr 2015 lagen einer anwaltlichen Stellungnahme von Herrn Dr. Prieß noch die folgenden Zahlen zugrunde: 41 % Ein-Personenbüros, 44% Büros mit zwei bis vier Vollzeitkräften, 11 % mit zwischen fünf und neun Vollzeitkräften und nur 4% mit zehn oder mehr Vollzeitkräften. Vgl. dazu Prieß, Stellungnahme zur Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen, B. I., S. 3 f., online abrufbar unter: http://www.wettbewerbsinitiative.de/Stellungnahme%20-%20Vergabe%20von%20Architektenleistungen.pdf .

5 Nach der Vergabeverordnung soll deshalb auch der Planungswettbewerb den Regelfall für die Ausschreibung von Planungsaufgaben darstellen. In § 78 Abs. 1 VgV heißt es dazu *„Planungswettbewerbe gewährleisten die Wahl der besten Lösung der Planungsaufgabe und sind gleichzeitig ein geeignetes Instrument zur Sicherstellung der Planungsqualität und Förderung der Baukultur*."

6 Siehe dazu: https://www.byak.de/aktuelles/newsdetail/zum-leitbild-der-vgv-in-der-praxis.html.

7 Siehe dazu *Voitl im* Deutschen Architektenblatt vom September 2021 S. 5, *„Auswertung der bayerischen Vergabeverfahren nach VgV im Jahr 2020*".

Architektenleistungen in Deutschland richtete. In diesem Zusammenhang hat Herr Dr. Prieß damals auch eine entsprechende Stellungnahme mit konkreten Handlungsempfehlungen zur wettbewerbsfreundlicheren Implementierung der Vergaberichtlinie 2014/24/EU veröffentlicht.[8]

II. Erstellung der Datengrundlage

Zum Erhalt einer umfassenden Datengrundlage für das Monitoring wurden auf der Vergabeplattform des Amtsblatts der europäischen Union **TED** (*Tenders Electronic Daily*), auf der alle Planungsleistungen in der Regel ab einem Schwellenwert von derzeit 214.000 EUR ausgeschrieben werden müssen, die allgemeinen und spezielleren CPV (Common Procurement Vocabulary) - Codes für Planungsleistungen sowie Berlin als Ort der Leistungserbringung als Suchfilter eingestellt. Bei CPV- Codes handelt es sich um eine standardisierte Kategorisierung für einzelne Leistungsarten, die auch Planungsleistungen in vielen Variationen erfassen, wie etwa verschiedene Architektenleistungen oder Leistungen der Landschaftsplanung oder Stadtplanung. Die auf diese Weise gefundenen Verfahren wurden in einem zweiten Schritt jeweils auf ihre Bedeutung für die Mitglieder der AKB hin gefiltert.

Durch die genannten Suchfilter lässt sich das Ausschreibungsgeschehen für Planungsleistungen nach der VgV „oberhalb“ der Schwellenwerte im TED-Portal vollständig erfassen. Zunächst nicht erfasst wurden auf diese Weise die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sowie „schlüsselfertige“ Vergaben die – entgegen der gesetzlichen Verpflichtung zur losweisen Vergabe aus § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – als Bauleistungen nach der VOB ausgeschrieben werden, aber gleichwohl Planungsleistungen beinhalten. Diese sind zwar ab einem Schwellenwert für Bauleistungen von derzeit 5.350.000 EUR ebenfalls europaweit auszuschreiben und im TED-Portal bekannt zu geben. Da jedoch allein in einem ersten Referenzzeitraum vom 2. bis 25. November 2020 für Berlin als Erfüllungsort 363 Ausschreibungen für Bauleistungen in Berlin veröffentlicht wurden und jede einzelne Ausschreibung genauer dahingehend hätte untersucht werden müssen, ob Planungsleistungen in versteckter Form „mitvergeben“ werden, war eine vertiefte Analyse im Rahmen des vorgesehenen Aufwandes insoweit nicht möglich. Ebenfalls nicht im Rahmen des Vergabemonitorings erfassbar waren etwaige öffentliche Auftragsvergaben, die vergaberechtswidrig ohne öffentliche Ausschreibung direkt vergeben wurden.

Parallel zum TED-Portal wurden darüber hinaus alle auf *Berlin.de* veröffentlichten Ausschreibungen ausgewertet. Auf diesem Portal veröffentlichen in der Regel die Berliner Landesbehörden sowie alle landeseigenen Gesellschaften ihre öffentlichen Aufträge. Auf diese Weise wurde auch ein Großteil der für die Mitglieder der AKB relevanten Ausschreibungen im

[8] Siehe dazu *Prieß*, Stellungnahme zur Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen, B. I., S. 3 f., abrufbar unter: http://www.wettbewerbsinitiative.de/Stellungnahme%20-%20Vergabe%20von%20Architektenleistungen.pdf

Unterschwellenbereich erfasst. Auch konnten einzelne „schlüsselfertige“ Vergaben der Berliner Landesgesellschaften aufgefunden werden.

Schließlich wurde auch die Registrierungsliste der AKB für Planungswettbewerbe ausgewertet.

Insgesamt wurden auf diese Weise in dem ersten relevanten Erfassungszeitraum von November 2020 bis zum Oktober 2021 in den Tätigkeitsfeldern der Mitglieder der AKB **161 relevante Verfahren** gefunden. Diese bilden die Grundlage der ersten statistischen Aufbereitung im Rahmen dieses Jahresberichts.

III. Analyse der Daten und Struktur des Jahresberichts

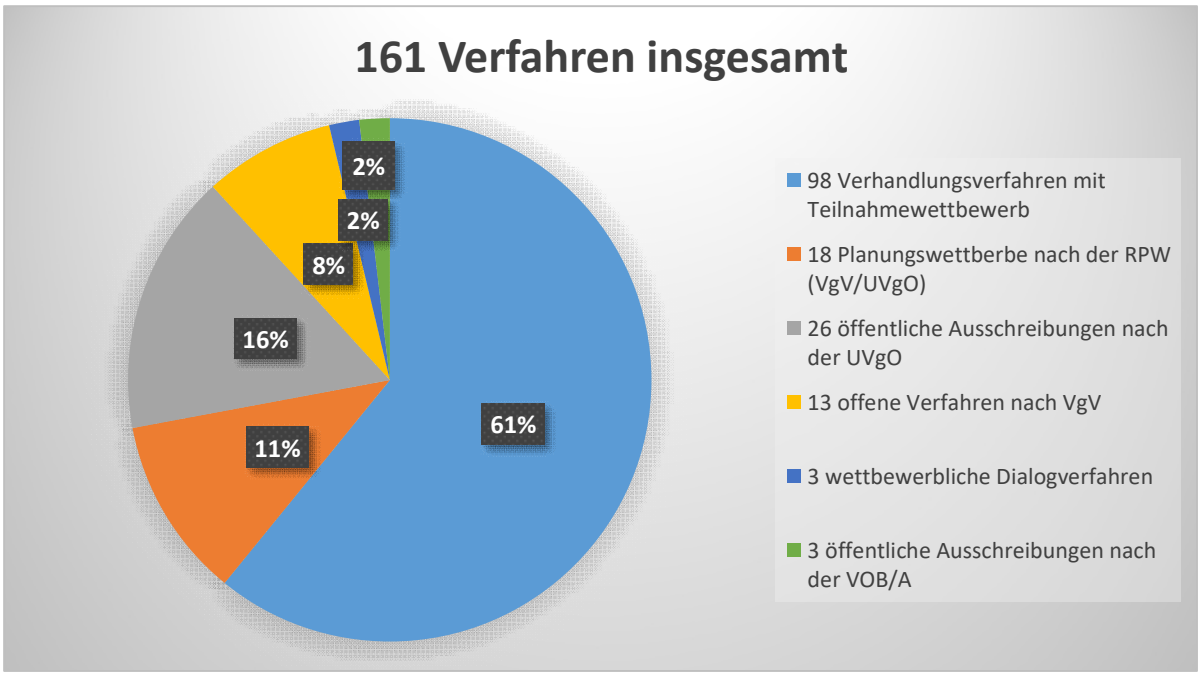
Die in den Übersichten strukturierte Datengrundlage wird im Anschluss mit Blick auf die genannten Untersuchungsschwerpunkte (Verfahrensarten, Marktzugangsbeschränkungen und Vergabe in zu großen Paketen) analysiert. Dabei wird zunächst eine Übersicht über die Datengrundlage gegeben und diese statistisch im Hinblick auf die einzelnen Problemfelder aufbereitet (dazu unter **B.**). Im Folgenden werden dann exemplarisch einzelne Auftraggeber sowie verschiedene Ausschreibungsgegenstände im Hinblick auf Auffälligkeiten betrachtet (dazu unter **C.**). Der Jahresbericht endet mit einem kurzen Zwischenfazit und einem Ausblick auf den weiteren Verlauf des Monitoring Projekts (dazu unter **D.**) sowie mit einem kurzen Blick auf mögliche Konsequenzen, die die Berliner AKB aus den festgestellten Tendenzen ziehen könnte (dazu unter **E.**).

B. Statistische Untersuchung Datengrundlage

Im Folgenden wird zunächst das Verhältnis der einzelnen Verfahrensarten zueinander betrachtet (dazu unter **1.**). Daraufhin wird die konkrete Ausgestaltung des mit Abstand am häufigsten verwendeten Verfahrens, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, näher untersucht (dazu unter **2.**). Außerdem werden die vorhandenen Daten im Hinblick auf weitere Zugangshindernisse für kleinere und mittlere Büros analysiert (dazu unter **3.**) und es werden Auffälligkeiten zu Auftragsvergaben in zu großen Paketen untersucht (dazu unter **4.**).

1. Verhältnis der verschiedenen Verfahrensarten zueinander

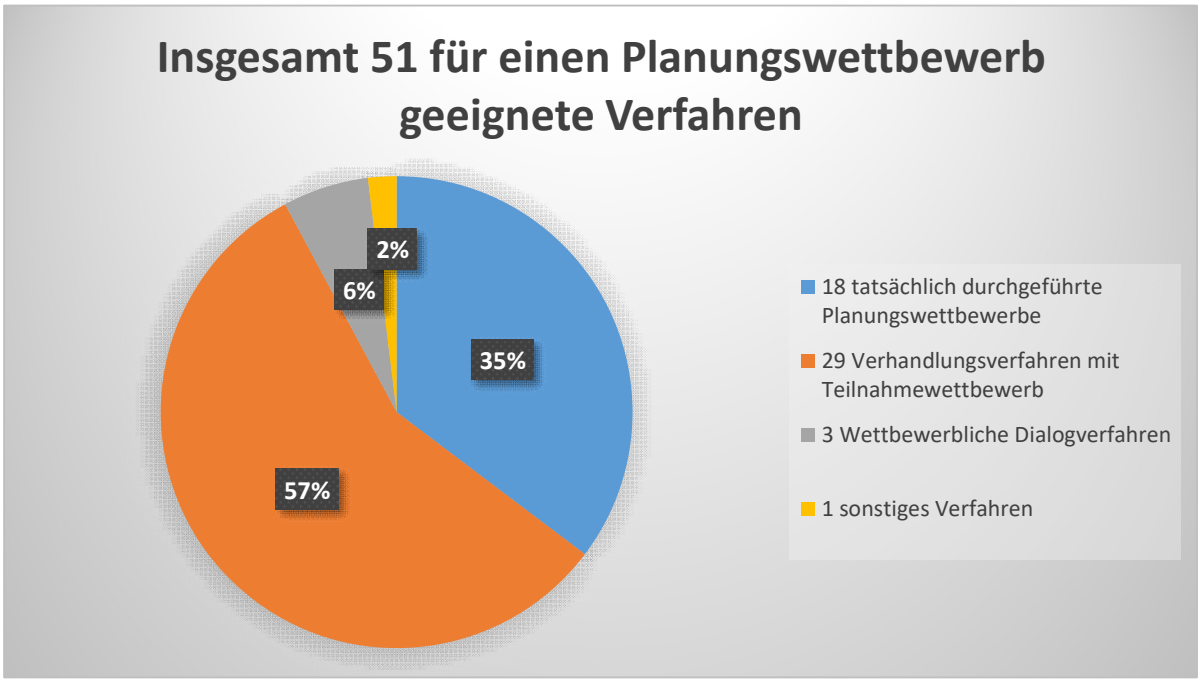
Bei **98 der 161 untersuchten Verfahren** handelt es sich um **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**. Es ist also eine eindeutige Präferenz öffentlicher Auftraggeber für diese Verfahrensart festzustellen. **Planungswettbewerbe,** die nach der gesetzlichen Vorgabe eigentlich den Regelfall für Architektenleistungen darstellen sollten, stellen mit **insgesamt 18 Verfahren hingegen eine Ausnahme** dar.



Nicht alle Planungsleistungen für die Fachrichtungen Architektur, Innenarchitektur, Landschaftsarchitektur sowie für Stadtplanung sind gleichermaßen für die Durchführung eines Planungswettbewerbes geeignet. Dies erfordert in der Regel, dass im Hinblick auf ihre Qualität vergleichbare kreative Lösungsansätze für eine vorher vorgegebene Aufgabenstellung angeboten werden können.

Im Rahmen des Monitorings wurden deshalb auch alle Verfahren daraufhin überprüft, ob diese **grundsätzlich für einen Planungswettbewerb** geeignet gewesen wären.[9] Dies war bei **insgesamt 51 Verfahren** der Fall. In Bezug auf diese Verfahren hat mit **18 tatsächlich durchgeführten Planungswettbewerben** nur bei etwas mehr als einem Drittel der für Planungswettbewerbe geeigneten Verfahren auch tatsächlich ein Planungswettbewerb stattgefunden. In **29 dieser Verfahren haben öffentliche Auftraggeber auch hier lediglich ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** durchgeführt.

[9] Eine vergleichbare Prüfung der Zweckmäßigkeit und deren Dokumentation sieht § 78 Abs. 2 S. 4 VgV für die im Rahmen des Monitorings erfassten Aufgabenstellungen ausdrücklich vor.



2. Betrachtung der durchgeführten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Die Problematik der großen Zahl an Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird insbesondere dann deutlich, wenn die konkrete Ausgestaltung der Verfahren näher betrachtet wird. Charakteristisch für Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist nämlich, dass hierbei in der Regel eine **Vorauswahl unter den interessierten Bewerbern** stattfindet. Ist die Zahl der Teilnahmeanträge von Bewerbern höher als die vom Auftraggeber vorgesehene Zahl an Bietern im Verhandlungsverfahren, erfolgt die Auswahl in der Regel auf Basis von „Reduktionskriterien".[10] Im Rahmen dieser Reduktionskriterien werden bei den Bewerbern nicht nur formale Eignungskriterien zur abstrakten Überprüfung der Fachkunde und Leistungsfähigkeit abgeprüft, sondern es wird oftmals **über eine Bewertungsmatrix eine weitere Differenzierung unter den (für die Auftragserbringung geeigneten) Bewerbern** vorgenommen. Dabei wird beispielsweise honoriert, wenn Vorgaben aus den Eignungskriterien, wie Mitarbeiterzahl, Referenzen, Jahresumsatz etc., besonders umfangreich erfüllt werden. Indem öffentliche Auftraggeber auf diese Weise aber ein vermeintliches „*Mehr an Eignung*" der

[10] § 51 VgV spricht diesbezüglich irreführend von *„objektiven und nichtdiskriminierenden Eignungskriterien*". Die Vergaberichtlinie 2014/24/EU verwendet insoweit in Art. 65 Abs. 2 UAbs. 1 den allgemeinen Begriff der *„objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Vorschriften"* für die Bestimmung der „*Höchstzahl der einzuladenden Bewerber*" (ähnlich auch § 119 Abs. 4 GWB). Aus Gründen der begrifflichen Klarheit wird hier der Begriff der „Reduktionskriterien" verwendet. In der Sache handelt es sich um Kriterien, mit denen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs – der ersten Stufe der zweistufigen Verfahren – die Zahl der Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, verringert werden soll.

Bewerber abprüfen, werden damit bereits in der Vorauswahl automatisch kleinere und für die jeweilige Aufgabe ebenfalls geeignete Büros diskriminiert:

- In 76 von den erfassten 98 Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und damit **in 78 % der Fälle** erfolgt die **Differenzierung anhand von harten Reduktionskriterien wie etwa großen Jahresumsätzen, der Anzahl der Mitarbeiter im Betrieb oder möglichst großvolumigen Referenzprojekten.** Dabei wird beispielsweise in extremen Fällen im Rahmen einer Bewertungsmatrix jeweils die maximale Punktzahl vergeben, wenn zehn Mitarbeiter im Büro, ein durchschnittlicher Jahresumsatz von 2 Millionen Euro sowie drei Referenzprojekte mit mindestens einer Million Euro erreicht sind. Dabei werden zum Teil nach den § 45 Abs. 2 , 75 Abs. 4 S. 2, 75 Abs. 5 S. 2 VgV in Eignungskriterien unzulässige Vorgaben mittelbar über die Bewertungsmatrix zur Auswahl der Teilnehmer gleichwohl zur Zugangsvoraussetzung gemacht.

- Bei den 29 Verfahren, die vom Leistungsgegenstand eigentlich als Planungswettbewerb geeignet gewesen wären, die aber dann gleichwohl als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergeben wurden, gab es eine derartige Bewertungsmatrix in 22 Verfahren und damit in 76 % dieser Fälle.

- In lediglich 7 der insgesamt durchgeführten 98 Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und damit in unter 10 % der Verfahren waren von den beteiligten Bietern kreative Entwürfe zu den ausgeschriebenen Leistungen vorzulegen, die dann – in der Regel zu einem kleinen Anteil – in die Zuschlagsentscheidung mit eingeflossen sind. Die Qualität der Planung spielte daher in den durchgeführten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zumeist nur eine untergeordnete Rolle.

Im Ergebnis wird durch das Vergabemonitoring daher die Tendenz deutlich, dass in den **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die kleineren und mittleren Büros systematisch benachteiligt** werden und sich der Wettbewerb auf diese Weise zwangsläufig auf die größeren und bereits etablierten Büros am Markt verengt. Ebenso ist feststellbar, dass die bisherige Ausgestaltung der Berliner Vergabeverfahren oftmals nicht die Qualität der tatsächlich anstehenden Planung in den Vordergrund stellt und ein Vergleich verschiedener kreativer Entwürfe für die zu erbringende Planungsaufgabe in der Regel nicht erfolgt.

3. Auffälligkeiten beim Markzugang

Die insgesamt 143 Verfahren, die nicht als Planungswettbewerb durchgeführt worden sind, wurden darüber hinaus darauf untersucht, ob diese Marktzugangshürden für kleinere Büros enthalten. In diesem Kontext wurden zunächst die Eignungskriterien im Hinblick auf einen geforderten Mindestjahresumsatz sowie geforderte Mitarbeiterzahlen als zwingende Voraussetzungen zur Abgabe eines Angebots bzw. eines Teilnahmeantrags näher betrachtet. Vor dem Hintergrund, dass nur 26% der Planungsbüros über fünf oder mehr Mitarbeiter verfügen (s.o.)

und der Großteil der Büros somit nicht über Jahresumsätze in exorbitanter Höhe verfügen dürfte, werden hier oftmals hohe Hürden aufgestellt.

Jahresumsatz als Eignungskriterium (ohne Planungswettbewerbe)	Anzahl	Gesamt	Anteil
ab 200.000	54	143	38%
mind. 500.000	24	143	17%
mind. 1000000	22	143	15%

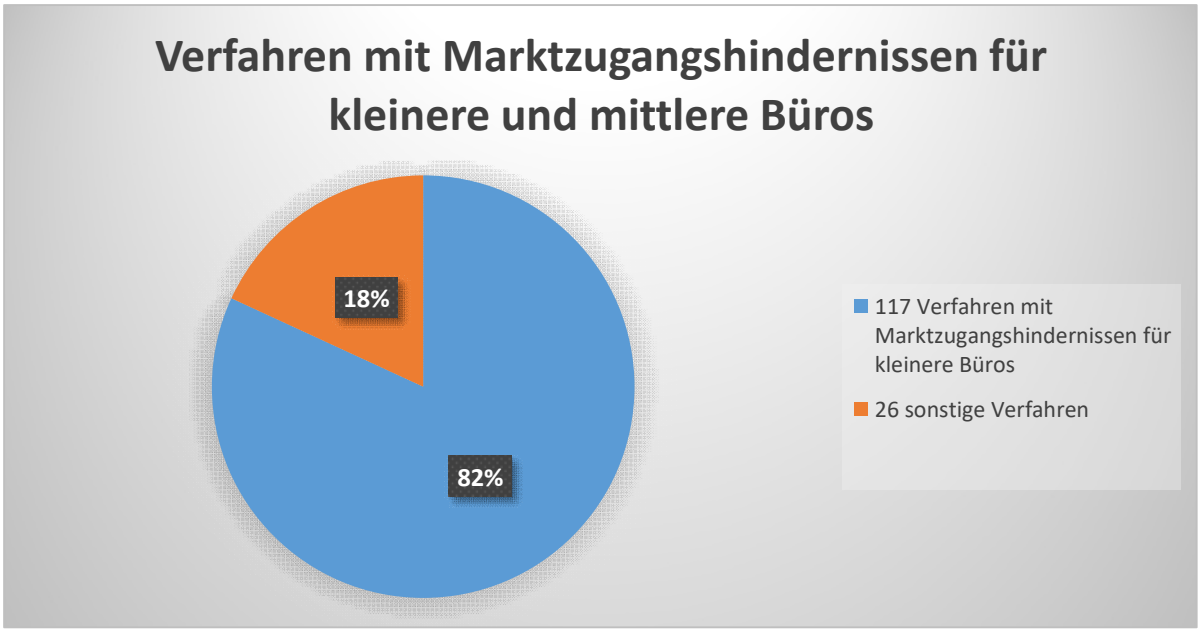
In einigen Fällen wird auch konkret eine bestimmte Mitarbeiterzahl als Eignungskriterium vorgegeben, wobei zum Teil auch gefordert wird, dass es sich dabei um Berufsträger handelt und diese über ein abgeschlossenes Studium der Architektur, Stadtplanung, Bauingenieurwesen etc. verfügen.

Mitarbeiterzahl als Eignungskriterium (ohne Planungswettbewerbe)	Anzahl	Gesamt	Anteil
Mindestens 3 Mitarbeiter	37	143	26%
Mindestens 5 Mitarbeiter	25	143	17%
Mindestens 10 Mitarbeiter	7	143	5%
Mindestens 15 Mitarbeiter	6	143	4%

Die Zahlen zu den Eignungskriterien für den Jahresumsatz sowie für die Mindestmitarbeiterzahl vermitteln jedoch nur auf den ersten Blick ein wettbewerbsfreundliches Bild vom Ausschreibungsgeschehen, weil die tatsächlich angewendeten **Zugangsbarrieren oftmals erst mittelbar über die Reduktionskriterien zur Auswahl der tatsächlichen Verfahrensteilnehmer aufgestellt werden**.

Zusätzlich dazu werden häufig auch Referenzprojekte in einer signifikanten Größenordnung gefordert, was ebenfalls dazu führt, dass sich kleinere Büros nicht an entsprechenden Ausschreibungen beteiligen können. Dabei werden Referenzen häufig im Rahmen der Bewertungsmatrix zur Auswahl der Teilnehmer nicht nach qualitativen, sondern allein nach quantitativen Aspekten bewertet, d.h. anhand des Auftragswertes oder der Anzahl der zu planenden Wohneinheiten. In einigen Fällen sind möglichst umfangreiche Referenzen sogar zum Bestandteil der Zuschlagskriterien gemacht worden.

Im Ergebnis gibt es in der Praxis daher eine Vielzahl von Marktzugangshürden für kleinere Unternehmen, die nicht nur unmittelbar über die Eignungskriterien, sondern auch mittelbar über die Reduktionskriterien aufgestellt werden. Um diesen Umstand statistisch erfassen zu können, wurden alle Verfahren herausgefiltert, die nicht als Planungswettbewerbe ausgeschrieben wurden und in irgendeiner sonstigen Form signifikante Marktzugangshürden aufweisen: Die Auswertung hat insoweit ergeben, dass **insgesamt 117 von 143 Ausschreibungen** und damit **82 % der untersuchten Verfahren Vorgaben beim Marktzugang** enthalten, die kleinere Büros von einer Beteiligung an diesen Verfahren ausschließen könnten.



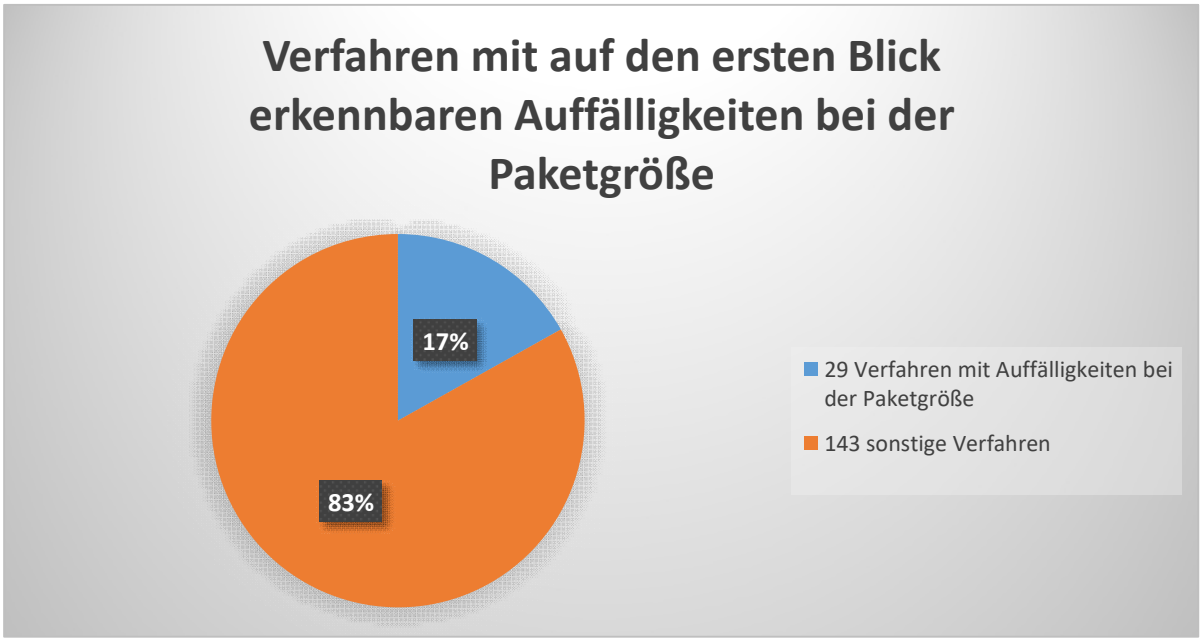
Eine derartige Beschränkung der Verfahren auf größere und besonders erfahrene Büros mit großen Referenzprojekten kann selbstverständlich im Einzelfall gerechtfertigt und in Ausnahmefällen sogar erforderlich sein. Dies gilt jedoch nur bei außerordentlich großen oder komplexen Projekten. Gleichwohl deutet die Tatsache, dass über 80 % der untersuchten Verfahren derartige Auffälligkeiten aufweisen, auf in der Tendenz deutlich zu hoch aufgestellte Zugangshürden hin.

4. Zu große Pakete bei der Auftragsvergabe

Ebenfalls war auszuwerten, wie viele der Verfahren Auffälligkeiten bezüglich zu großer Pakete bei der Auftragsvergabe aufweisen und so kleinere und mittlere Büros benachteiligen. Musterbeispiel für zu große Pakete bei der Auftragsvergabe dürften im Baubereich Vergaben an einen sogenannten Generalübernehmer sein, in der ein Auftragnehmer sowohl die Planung als auch den Bau des Gebäudes vollständig übernimmt und diese dann „schlüsselfertig“ an den Auftraggeber übergibt. Vor dem Hintergrund des Gebots zur losweisen Vergabe aus § 97 Abs. 4 GWB, das insbesondere den Interessen des Mittelstandes und kleiner

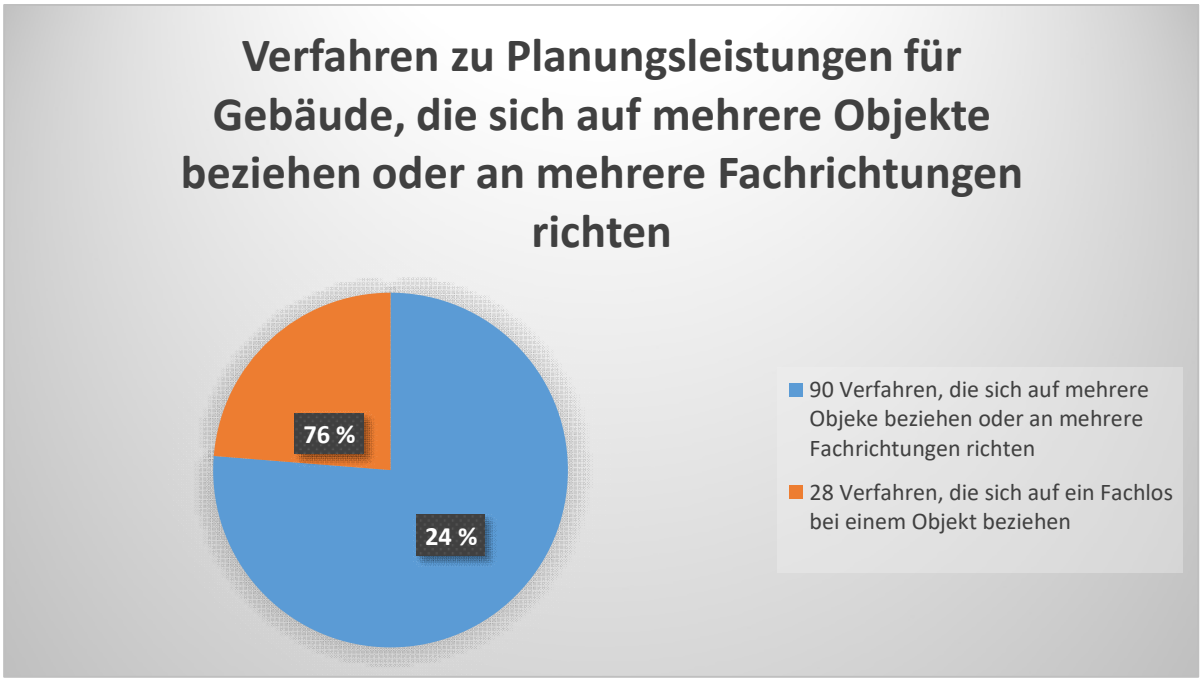
Büroeinheiten Rechnung tragen und damit den auch den Wettbewerb stärken soll, sind derartige **schlüsselfertige Vergaben nur in absoluten Ausnahmefällen mit dem Vergaberecht vereinbar**. Im Rahmen des Vergabemonitorings sind insgesamt **6 derartige Gesamtvergaben** erfasst worden, was bei 143 Verfahren (ohne Planungswettbewerbe) **4 % der Verfahren** entspricht. Da aus den oben genannten Gründen jedoch keine Untersuchung der VOB-Verfahren im TED-Portal stattfinden konnte, dürfte es jedoch noch zusätzliche Gesamtvergaben in Berlin geben, die mit dem Vergabemonitoring nicht erfasst werden konnten. Wie hoch diese Dunkelziffer ist, lässt sich derzeit schwer beurteilen.

Auch wurden diejenigen Verfahren hervorgehoben, die bereits auf den ersten Blick Auffälligkeiten zur Paketgröße aufweisen, etwa weil Planungsleistungen zu verschiedenen Objekten gebündelt als Rahmenvertrag vergeben wurden oder bereits das Auftragsvolumen und der Umfang der Planungsaufgabe eine weitere Unterteilung des Auftrags nahelegen. Dabei wurden in den Verfahren, die nicht als Planungswettbewerbe durchgeführt worden sind, in 29 von 143 Verfahren und damit in 20 % der Ausschreibungen problematische Vergaben identifiziert.



Darüber hinaus wurde als im Hinblick auf eine mittelstandsfreundliche Vergabe problematisch hervorgehoben, wenn verschiedene Planungsleistungen, wie beispielsweise die Objektplanung, Statik, TGA, Freianlagenplanung usw. nur zusammen als ein gebündelter Auftrag an Generalplaner vergeben wurden. Sowohl § 97 Abs. 4 GWB als auch § 5 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) sehen für den Regelfall nämlich eine fach- und teillosweise Vergabe vor (Gebot zur mittelstandsfreundlichen Vergabe). Hiervon dürfen öffentliche Auftraggeber nach dem von der Gesetzessystematik als Ausnahmetatbestand vorgesehenem § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur abweichen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe

dies erfordern. Die Rechtsprechung stellt daran hohe Anforderungen.[11] Betrachtet man jedoch alle im Rahmen des Monitorings erfassten Verfahren zu Planungsleistungen für Gebäude, fällt auf, dass von 118 Verfahren sich 90 Verfahren auf mehr als eine Fachrichtung oder mehr als ein Planungsobjekt zu richten scheinen und etwa neben Leistungen der Objektplanung noch andere der oben genannten Planungsleistungen umfassen.



Die Praxis in Berlin verkehrt somit das gesetzlich in § 97 Abs. 4 GWB vorgegebene Regel-Ausnahmeverhältnis ins Gegenteil. Zwar ist die rechtliche Zulässigkeit von Ausnahmen immer eine Frage des Einzelfalls und kann nicht pauschal beurteilt werden. Jedoch deutet allein schon der Umstand, dass ungefähr drei Viertel der Vergaben für Gebäudeplanung Ausnahmen von diesem Gebot darstellen auf eine mittelstandsunfreundliche Ausschreibungspraxis hin.

[11] Insbesondere ist allgemein anerkannt, dass allein der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene größere Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen für sich genommen noch keine Gesamtvergabe rechtfertigen kann, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist. So beispielsweise auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Januar 2012 – VII-Verg 52/-11.

C. Analyse konkreter Auftraggeber und eines konkreten Auftragsgegenstandes

I. Konkrete Auftraggeber

Im Rahmen der statistischen Erfassung wurden exemplarisch die Verfahren der Berliner Landesbehörden (dazu unter **1.**) sowie der großen landeseigenen Gesellschaften genauer betrachtet (dazu unter **2.**)

1. Berliner Landesbehörden

Bei den Berliner Landesbehörden wurden die Verfahren der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen (dazu unter **a)**) sowie die Verfahren der einzelnen Bezirksämter (dazu unter **b)**) betrachtet.

a) Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen

Es wurden insgesamt **dreizehn Verfahren der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen** erfasst. Sieben Verfahren davon wurden als Planungswettbewerbe durchgeführt, ein Verfahren als wettbewerbliches Dialogverfahren, zwei Verfahren als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und drei Verfahren als öffentliche Ausschreibungen nach der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO). Es gibt insgesamt vergleichsweise wenig negative Auffälligkeiten beim Marktzugang für kleinere Büros.

b) Berliner Bezirksämter

Es wurden die folgenden Verfahren der Berliner Bezirksämter erfasst:

- Es sind insgesamt **sieben Verfahren des Bezirksamts Friedrichshain Kreuzberg** aufgenommen worden. Die Verfahren sind allesamt als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben worden, obwohl sich zwei Verfahren davon möglicherweise für einen Planungswettbewerb geeignet hätte. In fast allen Fällen ist die Bewertungsmatrix zur Auswahl der Teilnehmer so konzipiert, dass sich Vorteile für größere Unternehmen ergeben.

- Es sind **zehn Verfahren des Bezirksamts Reinickendorf** erfasst worden. Ein Planungswettbewerb, drei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und sechs offene Verfahren (fünf davon nach der UVgO). Es gibt vergleichsweise wenig Auffälligkeiten beim Marktzugang und auch der Planungswettbewerb erscheint so konzipiert, dass sich kleinere und mittlere Büros gut beteiligen können.

- Es sind **sechs Verfahren des Bezirksamts Treptow-Köpenick** erfasst worden. Ein offenes Verfahren und fünf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Zwei Verhandlungsverfahren hätten sich nach einer ersten Betrachtung vermutlich auch für einen Planungswettbewerb geeignet.

- Es sind **fünf Verfahren des Bezirksamts Tempelhof-Schöneberg** erfasst worden. Vier Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und ein offenes Verfahren nach der UVgO. Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb hätte sich vermutlich für einen Planungswettbewerb geeignet.

- Es sind **drei Verfahren des Bezirksamts Spandau** erfasst worden. Ein offenes Verfahren nach der UVgO und zwei Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Beide Verhandlungsverfahren weisen vergleichsweise hohe Marktzugangshürden auf.

- Es ist **ein Verfahren des Bezirksamts Steglitz-Zehlendorf** erfasst worden. Es handelt sich um ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

- Es wurden **zwei Verfahren des Bezirksamts Mitte** erfasst. Ein Planungswettbewerb und ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, das sich allerdings auch für einen Planungswettbewerb geeignet hätte.

- Es sind **drei Verfahren des Bezirksamts Lichtenberg** erfasst worden. Darunter zwei Planungswettbewerbe, von denen einer gemeinsam mit der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen durchgeführt wurde.

- Es wurden **fünf Verfahren des Bezirksamts Pankow** erfasst. Dabei handelt es sich um einen Planungswettbewerb und vier offene Verfahren. In einem Verfahren davon, werden Planungsleistungen nicht separat vergeben, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt erscheint.

- Es sind zwei Verfahren des **Bezirksamts Marzahn-Hellersdorf** erfasst worden. Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb mit vergleichsweise hohen Eignungsanforderungen und eine öffentliche Ausschreibung nach der UVgO.

- Es sind keine Verfahren des **Bezirksamts Neuköllns** erfasst worden

c) Zwischenfazit

Der vergleichsweise niedrige Anteil an Planungswettbewerben der einzelnen Berliner Bezirke kann mitunter auch dadurch bedingt sein, dass einzelne Verfahren auf die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen verlagert wurden. In Relation zu dem gesamten Ausschreibungsgeschehen erscheint die Zahl der von den Berliner Landesbehörden durchgeführten Planungswettbewerbe positiv. Gerade auf der Ebene der einzelnen Bezirke gibt es jedoch zum Teil noch Verbesserungspotenzial.

2. Landeseigene Gesellschaften

a) HOWOGE

Von der **HOWOGE wurden insgesamt acht Verfahren** erfasst. Davon fünf Verhandlungsverfahren mit Teilnahme- und drei Planungswettbewerbe. Insgesamt ist bei den Ausschreibungen auffällig, dass diese vergleichsweise hohe Zugangshürden aufweisen. Auch werden mehrfach Aufträge als Rahmenvereinbarung sowie an Generalplaner vergeben, ohne dass dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt erscheint.

b) WBM

Im Rahmen des Vergabemonitorings wurden insgesamt **sechs Ausschreibungen der WBM** (Wohnungsbaugesellschaft Berlin-Mitte) erfasst. Davon wurden zwei Aufträge „schlüsselfertig" an einen Generalübernehmer vergeben, ohne dass sachliche Gründe dafür ersichtlich waren. Planungswettbewerbe wurden von der WBM nicht durchgeführt. Generell sind die von der WBM aufgestellten Eignungskriterien jeweils für kleinere und mittlere Büros nur schwer erfüllbar.

c) Sonstige landeseigene Gesellschaften

Darüber hinaus wurden im Rahmen des Vergabemonitorings die folgenden Verfahren landeseigener Gesellschaften erfasst:

- Zwei Verhandlungsverfahren sowie eine öffentliche Ausschreibung nach der UVgO der **Stadt und Land** (Stadt und Land Wohnbauten-Gesellschaft mbH). Davon legen zwei Vergaben zu großen Pakete nahe und beide Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb geben vergleichsweise große Mitarbeiterzahlen im Rahmen der Eignungskriterien vor;

- eine im offenen Verfahren vergebene Freianlagenplanung der **Gewobag**;

- eine als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergebene Objektplanung sowie eine schlüsselfertige Gesamtvergabe der **Gesobau,** deren Entwurfsplanung sich möglicherweise auch für einen Planungswettbewerb geeignet hätte;

- Eine schlüsselfertige Gesamtvergabe der **WBF** *(*Wohnungsbaugesellschaft Friedrichshain), deren Entwurfsplanung sich vermutlich auch für einen Planungswettbewerb geeignet hätte;

- Eine Vergabe der **Degewo** an einen Generalübernehmer zur Planung und schlüsselfertiger Errichtung eines Mieterparkhauses, die sich ebenfalls als Planungswettbewerbe geeignet hätte.

d) Zwischenfazit

Die Ausschreibungspraxis der landeseigenen Gesellschaften ist in der Tendenz wenig wettbewerbsfreundlich und erschwert häufig gerade kleineren und mittleren Büros eine Beteiligung an den Verfahren. Es werden insgesamt wenig Planungswettbewerbe durchgeführt. Bei den anderen Verfahren der landeseigenen Gesellschaften werden zum Teil hohe Markzugangshürden aufgestellt, die von kleineren Büros kaum zu erfüllen sind.

II. Exemplarische Betrachtung zu konkreten Vergabearten

Außerdem wurde exemplarisch das Ausschreibungsgeschehen in Berlin für Neubauten, Erweiterungsbauten und Sanierungsmaßnahmen von Kindergärten und Schulen detaillierter betrachtet. Zum einen, weil in diesem Bereich derzeit viele Bauaktivitäten in Berlin stattfinden. Zum anderen eignen sich nach Auffassung der AKB gerade derartige Projekte besonders gut, um im Rahmen von Planungswettbewerben neuen bzw. jungen Architekturbüros die Gelegenheit zu geben, mit qualitativ überzeugenden Entwürfen in den Markt der öffentlichen Aufträge einzutreten.

1. Schulen

Es wurden insgesamt 28 Verfahren erfasst. Davon 18 Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, von denen sich vermutlich mindestens fünf Verfahren für einen Planungswettbewerb geeignet hätten. Darüber hinaus wurden fünf Verfahren aus dem Unterschwellenbereich, zwei offene Verfahren sowie drei Planungswettbewerbe durchgeführt. Bei den Verfahren zu Schulbauten fällt auf, dass es vergleichsweise viele Marktzugangshürden gibt, wie etwa hohe Eignungskriterien oder eine Bewertungsmatrix zur Auswahl der Teilnehmer für Verhandlungsverfahren, die größere Büroeinheiten begünstigt.

2. Kindergärten

Es wurden acht Verfahren mit Planungsleistungen zu Kindertagesstätten erfasst. Es wurden ein Planungswettbewerb, zwei öffentliche Ausschreibungen nach der UVgO sowie fünf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt, wovon sich vermutlich vier als Planungswettbewerb geeignet hätten. Für die Verhandlungsverfahren wurden überwiegend hohe Eignungskriterien zu Mitarbeiterzahlen und Jahresumsatz aufgestellt und die Bewertungsmatrix zur Auswahl der Teilnehmer richtete sich ebenfalls nach der Unternehmensgröße.

Allerdings ist auffällig, dass es sich bei den Auftraggebern für Kindergärten zum Teil um kleinere Träger wie eingetragene Vereine oder um gemeinnützige Unternehmen handelt. Diese dürften bei lebensnaher Betrachtung nicht über vergleichbare Erfahrungen mit öffentlichen Ausschreibungen verfügen wie Berliner Landesbehörden oder die großen landeseigenen Gesellschaften. Für die Durchführung von Planungswettbewerben wäre daher zum Teil vermutlich eine Unterstützung durch andere Stellen erforderlich.

D. Zusammenfassung und Ausblick für das Vergabemonitorings

Nach einem Jahr des Monitorings von Vergaben von Architektur- und Planungsleistungen in Berlin lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass die analysierte Datengrundlage viele zuvor geäußerte Verdachtsmomente weitgehend bestätigt:

- Die bisherigen Auswertungen deuten darauf hin, dass zu wenige Verfahren als Planungswettbewerbe durchgeführt werden und die häufig stattdessen gewählte Verfahrensart, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, in der Regel kaum einen adäquaten Marktzugang für kleinere und mittlere Büros ermöglicht. Auch führt diese Verfahrensart meist dazu, dass bei der Auswahl eines Auftragnehmers dann nicht dessen konkrete Planungsprognose für die tatsächlich vorliegende Aufgabe beurteilt werden kann, sondern im Grunde lediglich dessen derzeitige Bürostruktur und seine früheren Projekte.

- Auch kann der bestehenden Datengrundlage entnommen werden, dass die derzeitige Ausschreibungspraxis in Berlin insgesamt zu viele Marktzugangshürden für übliche Büroeinheiten beinhaltet und der Markt der öffentlichen Aufträge deshalb oftmals nur größeren Büroeinheiten offensteht. Viele der Zugangshürden wirken dabei nicht nur einzeln, sondern verstärken sich in ihrer Wirkung auch kumulativ.

- Es lässt sich außerdem den bisherigen Daten entnehmen, dass trotz des Gebots der losweisen Vergabe aus § 97 Abs. 4 GWB Aufträge überwiegend nur in gebündelten Paketen vergeben werden. Auch dies schränkt die Teilnahmemöglichkeiten für übliche Bürostrukturen ein. Das tatsächlich vorhandene Bieterpotenzial in Berlin wird somit nicht genutzt und der Wettbewerb stark beschränkt.

- Bei den Berliner Landesbehörden ist eine generelle Bereitschaft zur Durchführung von Planungswettbewerben zu erkennen, die gerade auch kleineren Büros eine Beteiligung ermöglichen. Ein generelles Problembewusstsein scheint hier mithin gegeben. In Bezug auf landeseigene Gesellschaften erscheint dieses Problembewusstsein noch nicht hinreichend ausgeprägt, so dass bei diesen die größten Optimierungspotenziale zu bestehen scheinen.

Im Rahmen des weiteren Monitorings wird es in dem Zeitraum bis zum November 2022 darum gehen, die bestehende Datengrundlage auszubauen und eine umfassendere Grundlage für die Problemanalyse zu erhalten.

E. Mögliche Konsequenzen aus den festgestellten Tendenzen

Die erhobenen Daten belegen eine generelle Skepsis öffentlicher Auftraggeber gegenüber Planungswettbewerben. Auch scheinen öffentliche Auftraggeber nach dem Prinzip „bekannt und bewährt“ im Zweifel lieber auf größere und bereits etabliertere Büros zurückzugreifen. Hier erscheint es wichtig, öffentliche Auftraggeber davon zu überzeugen, dass sie am Ende sowohl

bei der Leistungsqualität als auch in Bezug auf den Preis von wettbewerbsfreundlichen Verfahren profitieren. Ziel wäre es, ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass sich ein vermeintlicher Mehraufwand für die Durchführung eines Planungswettbewerbes auszahlt und ein solcher auch deshalb gegenüber dem vermeintlich einfacheren Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgezogen werden sollte. Hier wird es weiterhin die Aufgabe der AKB sein, auf möglichst wettbewerbsoffene Verfahren hinzuwirken und möglicherweise auf Basis der erhobenen Daten konstruktive Gespräche mit einzelnen Auftraggebern zu suchen.

Zielführend erscheint es außerdem, den bestehenden gesetzlichen Beratungsauftrag der Architektenkammer auch auf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (d.h. regelmäßig ohne vorausgegangenen Planungswettbewerb) zu erweitern. Angesichts der vielen gesamtgesellschaftlich relevanten Herausforderungen zur Optimierung von Nachhaltigkeit, Umwelt, Stadtbild und Qualität sollten sich die Architektenkammer und die Politik bemühen, das zu Wettbewerben bereits bestehende Angebot der Kammern entsprechend auszubauen.

* * *