

Beschwerde gemäß Art. 258 AEUV

AUTOR Dr. Hans-Joachim Prieß / Pascal Friton
DATUM Berlin, den 13. Februar 2015

	NAME	ORGANISATION
AN	Herrn Panayotis Stamatopoulos	Europäische Kommission

A. EINFÜHRUNG

Der Markt für Architektenleistungen in Deutschland ist geprägt von einer großen Anzahl kleiner Architekturbüros und wenigen großen Anbietern. Die von öffentlichen Auftraggebern in Deutschland bei der Vergabe von Architektenleistungen gestellten Mindestanforderungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Richtlinie 2004/18/EG) an die Leistungsfähigkeit der Bewerber stehen aber regelmäßig in keinem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Auch die Kriterien, anhand derer eine Begrenzung der Teilnehmerzahl in Verhandlungsverfahren bzw. bei Auslobungen im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG erfolgen soll sind entgegen den unionsrechtlichen Vorgaben weder objektiv (Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG) bzw. eindeutig (Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG) noch nicht-diskriminierend. Das hat zur Folge, dass selbst bei Vorhaben von höchstens durchschnittlicher Komplexität kleine und junge Büros keine Chance auf Teilnahme am Wettbewerb haben und somit systematisch von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Zum Zuge kommen stattdessen die immer gleichen wenigen großen Anbieter, die allein die sachlich nicht zu begründenden Anforderungen der öffentlichen Auftraggeber erfüllen können. Das stellt eine Verletzung der Richtlinie 2004/18/EG, insbesondere deren Art. 44 Abs. 2 und 3 sowie Art. 72 dar. Zwar haben Wirtschaftsteilnehmer in Deutschland das Recht, Nachprüfungsverfahren gegen Vergaberechtsverstöße einzuleiten. Kleine und junge Architekturbüros sind angesichts der großen Anzahl von Verstößen jedoch nicht in der Lage, ihre Rechte ständig im Wege des Individualrechtsschutzes geltend zu machen.

Bei der skizzierten Problematik handelt es sich nicht um Einzelfälle. Die Verstöße gegen Richtlinie 2004/18/EG sind vielmehr flächendeckende und langjährige Praxis in Deutschland. Neben den im Einzelnen darzulegenden Statistiken und Beispielfällen kommt

das auch durch die breite Unterstützung dieser Beschwerde durch eine Vielzahl von Architekten, Innen- und Landschaftsarchitekten, Ingenieuren und Stadtplanern sowie deren berufsständischen Vertretungen zum Ausdruck. So konnte unsere Mandantin, die Wettbewerbsinitiative e.V., ein gemeinnütziger Verein aus Berlin, innerhalb kurzer Zeit über 1.000 Berufsträger aus dem gesamten Bundesgebiet als Unterstützer für diese Beschwerde gewinnen (siehe Anlage 1). Auch die Architektenkammer Berlin, die als Standesvertretung grundsätzlich alle Architekten in ihrem Verantwortungsbereich vertritt und insoweit zur Neutralität verpflichtet ist (siehe z.B. § 9 Abs. 1 Nr. 3 Berliner Architekten- und Baukammergesetz), hat sich neben anderen Verbänden wie dem Bund Deutscher Architekten und dem Berufsverband freischaffender Architekten und Bauingenieure zu den Zielen der Wettbewerbsinitiative bekannt (siehe Anlage 1).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gegen die „anhand von Einzelfällen illustrierte allgemeine Praxis“¹ bei der Vergabe von Architektenleistungen in Deutschland. Aus den nachfolgenden Darlegungen ergibt sich zudem, „dass sich diese Verwaltungspraxis bis zu einem bestimmten Grad verfestigt hat und allgemein beachtet wird“.²

B. SACHVERHALT

Um die unionsrechtswidrige Praxis der Auftragsvergabe im Bereich der Architektenleistungen darzulegen, wird im Folgenden ein Überblick über die Struktur der Architekturbüros und zur Verteilung der Wettbewerbsarten bei Planungswettbewerben in Deutschland gegeben (hierzu unter I.). Sodann wird dargestellt, wie Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen und die entsprechenden Eignungsanforderungen von deutschen öffentlichen Auftraggebern ausgestaltet werden (hierzu unter II.).

I. STATISTISCHE ANGABEN

Folgende statistische Angaben verdeutlichen die Rahmenbedingungen der Vergabe von Architekturleistungen:

¹ Siehe dazu EuGH, Urt. v. 29.04.2010, C-160/08, Rz. 106 (Anlage 19).

² Siehe Nachweis Fn. 1, Rz. 107.

1. Verteilung der Größen von Architekturbüros in Deutschland³

1. 41 % aller Architekturbüros in Deutschland sind Einpersonnbüros.
2. Weitere 44 % sind kleine Büros mit bis zu vier Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.
3. 11 % sind mittlere Büros mit bis zu neun Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.
4. Nur 4 % sind große Büros mit zehn oder mehr Vollzeitkräften inklusive des Inhabers.

2. Verteilung der Verfahrensarten bei Planungsleistungen⁴

1. 2012 wurden von 3.785 Ausschreibungen für Planungsleistungen nur ca. 11 % als Wettbewerbe ausgeschrieben.
2. Die meisten Wettbewerbe waren zudem beschränkt (siehe unten). Bezogen auf die Gesamtzahl aller Ausschreibungen waren nur etwas mehr als 1 % aller Verfahren als offene Wettbewerbsverfahren ausgestaltet.
3. Das heißt bei ca. 90 % aller Ausschreibungen handelt es sich um von vornherein beschränkte Verfahren wie Verhandlungs- oder Interessenbekundungsverfahren.

3. Verteilung der Wettbewerbsarten bei Planungswettbewerben in Deutschland⁵

1. 2013 wurden in Deutschland 425 Planungswettbewerbe⁶ durchgeführt.
2. Davon wurden nur 35 (8,2 %) in Form eines offenen Wettbewerbs durchgeführt, bei dem keine Begrenzung der Teilnehmerzahl erfolgt.
3. Damit wurde die schon sehr niedrige Anzahl von 9,8 % offener Wettbewerbe aus 2012 und 10,8 % offener Wettbewerbe aus 2011 wiederholt unterboten.

Zum Vergleich: In der Schweiz erfolgten 2012 37 % aller Planungswettbewerbe ohne Begrenzungen der Teilnehmerzahl.

³ Die Angaben sind entnommen dem Deutsches Architektenblatt 02/08, S. 44 f. (Anlage 20). Zu hiervon leicht abweichenden Ergebnissen kommt eine Studie im Auftrag der Bundesarchitektenkammer aus dem Jahr 2014, S. 4 (Anlage 21): 36 % Einpersonnbüros, 42 % kleine Büros, 15 % mittlere Büros, 8 % große Büros.

⁴ Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor 2013 (Anlage 23), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

⁵ Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor 2014, 2013 und 2012 (Anlagen 22-24), jeweils abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

⁶ Gemeint sind Wettbewerbe im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG.

II. VORGABEN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER BEI PLANUNGSWETTBEWERBEN UND DER VERGABE VON ARCHITEKTENLEISTUNGEN IN DEUTSCHLAND

In Deutschland wird bei Auslobungen regelmäßig die Zahl der zum Planungswettbewerb zugelassenen Bewerber begrenzt. Das betrifft vor allem öffentliche Auftraggeber auf Ebene der Bundesländer und der Gemeinden, die einen Großteil der öffentlichen Aufträge in Deutschland vergeben.⁷ Eine Begrenzung der Bewerber findet andererseits auch in Verfahren statt, in denen den Verhandlungen kein Planungswettbewerb vorangestellt ist, sondern ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Die skizzierte Begrenzung erfolgt in beiden Fällen mittels Eignungskriterien, die der Bewerber erfüllen muss. Diese Eignungskriterien sind regelmäßig die folgenden:

- Angabe von Referenzen:⁸
 - Bei 88 % der in Deutschland durchgeführten Planungswettbewerbe wird mindestens eine Referenz gefordert. In 86 % dieser Fälle müssen die Referenzen entweder
 - explizit dem ausgelobten Projekt entsprechen,
 - zumindest mit ihm vergleichbar sein,
 - einen Wettbewerbserfolg darstellen oder
 - ein ausgezeichnetes realisiertes Projekt sein.
- Forderung einer Mindestmitarbeiterzahl.
- Forderung eines Mindestjahresumsatzes.

Dieser Beschwerde sind eine Übersicht (Anlage 2) und die Bekanntmachungen (Anlagen 3-18) von 16 repräsentativen Beispielfällen beigelegt. Dabei war entsprechend vorstehender Auflistung von besonderem Interesse, welche Mindest- und Eignungskriterien die öffentlichen Auftraggeber für die Teilnahme an Auslobungen oder Verhandlungsverfahren vorgeben. Um sicherzustellen, dass die ausgewerteten Fälle nicht nur ein regionales Phänomen abbilden, wurden Verfahren aus sechs verschiedenen Bundesländern – und zwar sowohl Stadt- als auch Flächenstaaten – ausgewählt (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz). Alle Auslobungen bzw. Verhandlungsverfahren wurden in der Zeit zwischen 2010 und 2014 bekannt gegeben. Die Auswertung ergibt folgendes:

⁷ Studie im Auftrag der Bundesarchitektenkammer: „Die Situation der Büros selbstständig tätiger Architektinnen und Architekten aller Fachrichtungen“, 2014, S. 46 (Anlage 21)

⁸ Die Angaben sind entnommen dem competitionline-Wettbewerbsmonitor Spezial 2012 (Anlage 22), abrufbar im Internet unter <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.



- Alle untersuchten Fälle sind höchstens von durchschnittlicher Komplexität. Das ergibt sich aus den jeweiligen allgemeinen Anforderungsprofilen, die in allen Fällen eine Zuordnung zu den in § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI)⁹ genannten Honorarzonen I bis III begründen. Diese Honorarzonen umfassen Bauvorhaben, die nur „sehr geringe“ (Honorarzone I), „geringe“ (Honorarzone II) oder „durchschnittliche“ (Honorarzone III) Planungsanforderungen an den ausführenden Architekten stellen:

§ 5 Honorarzonen

(1) Die Objekt- und Tragwerksplanung wird den folgenden Honorarzonen zugeordnet:

1. Honorarzone I: sehr geringe Planungsanforderungen,
2. Honorarzone II: geringe Planungsanforderungen
3. Honorarzone III: durchschnittliche Planungsanforderungen,
4. Honorarzone IV: hohe Planungsanforderungen,
5. Honorarzone V: sehr hohe Planungsanforderungen.

(2) [...]

- Bei allen Verfahren handelt es sich um beschränkte Verfahren. Entweder um Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder um beschränkte Wettbewerbe.
- Mit einer Ausnahme wird in keinem der Fälle eine gesonderte Kategorie für kleine oder junge Büros gebildet.
- In allen Fällen werden zum Nachweis der Eignung Referenzen von den interessierten Wirtschaftsteilnehmern gefordert. Diese sind in den meisten Fällen eindeutig als Mindestkriterium ausgestaltet und müssen zumeist – in unterschiedlichem Maß – dem ausgeschriebenen Projekt entsprechen.
- Zusätzlich wird nicht selten eine Mindestzahl von festangestellten Architekten oder Ingenieuren gefordert oder die Anzahl entsprechender Mitarbeiter wird einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen.
- In einigen Fällen müssen die Bewerber zudem einen bestimmten Mindestjahresumsatz vorweisen oder dieser wird zumindest einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen.

⁹ BGBl. I S. 2276 vom 10.07.2013.

Im Folgenden werden diese Vorgaben der öffentlichen Auftraggeber einer fachlichen Bewertung unterzogen. Daraus werden im Weiteren Rückschlüsse hinsichtlich der unionsrechtliche Zulässigkeit dieser Kriterien gezogen:

1. Fachliche Entbehrlichkeit spezifischer oder identischer Referenzen

Die Forderung nach Referenzen, die wie in den Beispielfällen mit dem gegenständlichen Verfahren vergleichbar sein oder ihm gar entsprechen müssen (*spezifische oder identische Referenzen*) ist aus fachlicher Sicht in den meisten Fällen entbehrlich. Denn die große Mehrzahl der Planungsaufträge in Deutschland bewegt sich innerhalb der Grenzen der in § 5 Abs. 1 HOAI festgelegten Honorarzonen I bis III. Diese Honorarzonen betreffen Planungsleistungen, die nur sehr geringe bis durchschnittliche Anforderungen an den planenden Architekten stellen. Höchstens durchschnittlichen Anforderungen an die Planungsleistungen kann aber ohne Schwierigkeiten jeder zugelassene Architekt gerecht werden. Für Deutschland gilt insoweit, dass er andernfalls keine Zulassung und keine Eintragung in die Architektenkammer erhalten dürfte, wie eine Zusammenschau der z.B. für Berlin geltenden § 1 Abs. 1¹⁰, § 2 Abs. 1 S. 1¹¹ und § 4¹² Berliner Architekten- und Baukammergesetz¹³ nahelegt.

Daher fordert auch die Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, dass die Forderung nach Referenzen darauf beschränkt werden sollte,

¹⁰ „Berufsaufgabe der Architektinnen und Architekten ist die gestaltende, baukünstlerische, technische, ökologische, soziale und wirtschaftliche Planung von Bauwerken, Siedlungen und Städten.“

¹¹ „Die Berufsbezeichnung ‚Architektin‘, ‚Architekt‘, [...] darf führen, wer unter dieser Bezeichnung in die Architektenliste des Landes Berlin oder in die Architektenliste eines anderen Bundeslandes eingetragen ist.“

¹² „In die Architektenliste ist [...] einzutragen, wer [...] ein der Fachrichtung Architektur entsprechendes Studium mit einer mindestens vierjährigen Regelstudienzeit [...] erfolgreich abgeschlossen und danach eine mindestens zweijährige praktische Tätigkeit in der betreffenden Fachrichtung ausgeübt hat. Während der praktischen Tätigkeit müssen die für die spätere Berufsausübung erforderlichen Fortbildungsmaßnahmen [...] wahrgenommen worden sein. [...]“

¹³ GVBl. Berlin S. 720 vom 06.07.2006, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 7. Februar 2014 (GVBl. Berlin S. 39).

Referenzen aus der in Rede stehenden Honorarzone vorzulegen, wohingegen es auf Referenzen mit derselben Funktion nicht ankommen dürfe.¹⁴

Zudem führt sie aus:¹⁵

„Die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen VOF sagt, es dürfen nur Kriterien angewandt werden, die der Sache, in unserem Falle also der Bauaufgabe, angemessen sind. Das ist in Ordnung. Die Anwendung dieser Bestimmung, vor allem in der kommunalen Vergabepaxis, ist aber das Problem. In den Ausschreibungen werden unnötig einengende Kriterien eingeführt, weil man nur auf Erfahrung setzt. Da ist zum Beispiel bei einem Schulbauwettbewerb nur teilnahmeberechtigt, wer in den letzten drei Jahren eine Schule gebaut hat!“

Auch der renommierte Architekt und Inhaber des bekannten Architekturbüros Gerber Architekten, Herr Prof. Dipl.-Ing. Eckhard Gerber, kommt zu der Einschätzung:¹⁶

„Heute muss man sich mit entsprechenden Referenzen um die Teilnahme an EU-weiten Ausschreibungen bewerben. Referenzen, die ein junges Büro nicht haben kann. [...] Hat ein Büro keine Schulen, Krankenhäuser, Turnhallen oder Bibliotheken gebaut, dafür aber ein bemerkenswertes Portfolio in anderen Bereichen [...]: keine Chance!“

Ein zugelassener Architekt benötigt bei den oben genannten Anforderungen von höchstens durchschnittlicher Komplexität keine spezifische Erfahrung mit dem ausgelobten Bauprojekt. Er muss, mit anderen Worten, nicht bereits einen Schulbau geplant haben, um eine entsprechenden Planung durchführen zu können. Denn mittels seiner fachlichen Fertigkeiten und dem vom Auslober vorgegebenen Raumprogramm ist die Planung eines jeden Gebäudes in den Honorarstufen I bis III HOAI für jeden zugelassenen Architekten ohne Weiteres möglich.¹⁷ Das legt auch § 4 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie für

¹⁴ Competitionline-Wettbewerbsmonitor 2012 (Anlage 22), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

¹⁵ Tagesspiegel.de vom 9.10.2014 (Anlage 26). Hervorhebung durch den Unterzeichner. Abrufbar im Internet unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/barbara-ettinger-brinckmann-im-interview-kleine-bueros-werden-verschwinden/10787832.html>.

¹⁶ Wettbewerbe aktuell 2014, S. 1 (Anlage 30).

¹⁷ Vgl. die Aussage von Dipl.-Ing. Architekt Dirk Landwehr, Geschäftsführer Trapez Architektur in Hamburg, in: competitionline-Wettbewerbsmonitor 2014 (Anlage 24), abrufbar im Internet unter:

Planungswettbewerbe¹⁸ nahe, der für die Anforderungen an die Teilnahme an Auslobungen ausdrücklich vorgibt:

„Bei natürlichen Personen sind die fachlichen Anforderungen erfüllt, wenn sie die in der Auslobung genannte Berufsbezeichnung führen dürfen.“

Sofern es sich bei der in der Auslobung genannten Berufsbezeichnung demnach um „Architekten“ handelt, stellt sich die zumeist geforderte Angabe von spezifischen oder identischen Referenzen als sachlich unbegründet dar. Da nur große und etablierte Büros diese Forderung erfüllen können, liegt der Verdacht nahe, dass auch nur diese Büros beauftragt werden sollen. Der Leiter des Referats „Wettbewerbe und Auswahlverfahren“ in der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Peter Ostendorff, hat das ganz offen so vertreten. Er ist – offenbar grundsätzlich und nicht unter Bezugnahme auf ein bestimmtes Großprojekt – der Ansicht:¹⁹

„Wir können nicht riskieren, dass nach einem Losverfahren schließlich ein unerfahrenes Büro den Auftrag erhält.“

Dabei ist das von Herrn Ostendorff behauptete Risiko in dieser Form nicht ersichtlich, da jedes zum Wettbewerb zugelassene Büro durch seinen Wettbewerbsbeitrag erst beweisen muss, dass es zu einer qualitativ hochwertigen Leistung in der Lage ist. Für öffentliche Auftraggeber besteht bei der Durchführung eines offenen Planungswettbewerbs somit lediglich das Risiko, die gewünschte Kontrolle über das Teilnehmerfeld einzubüßen und gegebenenfalls nicht den „bekannten und bewährten Partner“ beauftragen zu können.

Zudem begründet die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen seinerseits Gefahren sowohl für den Wettbewerb auf dem Gebiet der Architektenleistungen als auch für eine ausdifferenzierte und nachhaltig gesicherte Baukultur. Denn das beschriebene Vorgehen öffentlicher Auftraggeber fördert ohne Not eine Zergliederung des Marktes in jeweils wenige hoch spezialisierte Büros, die sich in geschlossenen Zirkeln den entsprechenden Markt

<https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>: „Aus meiner Sicht ist es nicht notwendig im Bereich Schulplanung nur noch erfahrene Architekten an den Ausschreibungen zu beteiligen. Neue Wege und Ideen werden tatsächlich häufig von den jungen und ‚um die Ecke denkenden‘ Nachwuchskräften beschritten“.

¹⁸ Dabei handelt es sich um eine administrative Richtlinie, die für die Verwaltung verbindliche Vorgaben enthält für die Durchführung von Wettbewerben im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG (siehe auch unten Ziffer C.II.).

¹⁹ Deutsches Architektenblatt 12/2011, S. 38 (Anlage 28).

aufteilen.²⁰ Dies führt letztlich zu einer Konzentration der Marktmacht in der Hand weniger großer und etablierter Anbieter. Kleine und junge Büros haben hingegen kaum eine Chance, auf den Markt vorzustoßen. Sie können selbst bei verhältnismäßig einfachen Vorhaben keine Erfahrungen sammeln. Zu einer ähnlichen Einschätzung kommt auch die oben bereits zitierte Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, die in zu hohen Hürden für die Teilnahme an Planungswettbewerben einen Schaden für den Berufsstand, den Bauherrn und die Gesellschaft im Ganzen sieht: ²¹

„Allzu hohe Hürden schaden dem Berufsstand, den Bauherren und der Gesellschaft, beschränken sie doch das kreative Potenzial. Die niedrigen Hürden, die offener Wettbewerb und Losverfahren mit sich bringen, sind sinnvoll für eine Vielzahl von Wettbewerben, insbesondere für solche mit geringer Komplexität.“

Auch eine Untersuchung des Planungsbüros Drees & Huesmann bestätigt, dass für das beschriebene und deutschlandweit bereits seit Jahrzehnten zu beobachtende Vorgehen keine sachlichen Argumente streiten. Demnach minimieren Teilnahmewettbewerbe ohne die Forderung nach Referenzen, dafür aber mit gelosten Teilnehmern den Aufwand sowohl für den Auslober als auch für die interessierten Büros, ohne dass die eingereichten Wettbewerbsbeiträge schlechtere Ergebnisse aufwiesen.²²

Abschließend sei einer der in Deutschland bekanntesten Architekten, Meinhard von Gerkan, zitiert, der die Problematik um die Forderung nach Referenzen auf den Punkt bringt: ²³

„Warum ist zum Beispiel heute die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an architektonische Nobodys fast ein Ding der Unmöglichkeit? Sollte nicht der Entwurf, also die Kreativität und Güte der Architektur, beim Wettbewerb und der anschließenden Preisvergabe ausschlaggebend sein? [...] Eine ganze Kette von Wettbewerbsbeschränkungen und -hürden gilt es

²⁰ So die Einschätzung der Architekten Ansgar und Benedikt Schulz, Schulz & Schulz Architekten, in: competitionline-Wettbewerbsmonitor 2012 (Anlage 22), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

²¹ Competitionline-Wettbewerbsmonitor 2012 (Anlage 22), abrufbar im Internet unter: <https://www.competitionline.com/de/wettbewerbsmonitor>.

²² Siehe Anlage 29.

²³ Black Box BER – Vom Flughafen Berlin Brandenburg und anderen Großbaustellen – Wie Deutschland seine Zukunft verbaut, 2013, S. 135 f.

zu nehmen, bevor man überhaupt an die eigentliche Bauaufgabe denken kann. Ohne Referenzen von realisierten Vergleichsobjekten hat kein Architekturbüro eine reelle Chance, das vorgeschaltete Bewerbungsverfahren zu überstehen. Noch ehe der erste Strich eines Entwurfs getan ist, wird gesiebt, und mancher Bauherr läßt nur in seinen Augen vertrauenswürdige – und das heißt meist: bekannte – Büros zum Wettbewerb. Mit anderen Worten: Entscheidend sind wirtschaftliche Kriterien, die nur wenige Büros erfüllen können. [...] Wenn man erst drei Referenzbauten braucht, um zum Wettbewerb überhaupt zugelassen zu werden, ohne Gewinn eines Wettbewerbs aber nicht bauen kann, wie soll man dann je ans Bauen kommen?“

2. Fachliche Entbehrlichkeit des Kriteriums der Bürogröße

Des Öfteren werden in den untersuchten Fällen zudem eine Mindestzahl von beschäftigten Architekten oder Ingenieuren gefordert (Mindestkriterium im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG) oder die Anzahl entsprechender Beschäftigter wird einer Wertung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs unterzogen, wobei ein Büro umso besser abschneidet, je mehr Architekten oder Ingenieure es durchschnittlich beschäftigt (vermeintlich objektive und nicht-diskriminierende Kriterien im Sinne von Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG). Wird jedoch – wie in den Beispielfällen 1, 5 und 6 – eine Bürogröße von mindestens zehn bzw. fünf Architekten oder Ingenieuren gefordert, werden nach den oben genannten statistischen Angaben 85 % aller Büros vom Wettbewerb ausgeschlossen. Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn wie in den Fällen 13 und 14 und 16 zwar keine Mindestanforderungen an die Beschäftigtenzahl gestellt werden, die Höchstpunktzahl im Rahmen der Eignungswertung jedoch erst ab zehn (Fall 14) oder sechs (Fall 16) entsprechenden Mitarbeitern erreicht werden kann bzw. bei einer Beschäftigtenzahl von unter vier Mitarbeitern kein einziger Punkt vergeben wird (Fall 13).

Dabei sind aus fachlicher Sicht auch solche Forderungen überzogen. Denn die meisten Aufträge mit einem Volumen von 20 bis 30 Millionen Euro sind regelmäßig von – je nach sonstiger Komplexität – zwei bis vier Architekten zu bewältigen. Auch die großen und etablierten Büros bilden für Planungsleistungen dieses Umfang daher Projektteams von entsprechender Größe, die alle mit der Planung im Zusammenhang stehenden Arbeiten eigenverantwortlich betreuen.²⁴

²⁴ S. hierzu Anlage 31.

Die Mitarbeiterzahlen in Architektur- und Planungsbüros unterliegen in der Praxis einem dynamischen Prozess. Jedes Büro passt kurzfristig seine personelle Struktur an die aktuelle Auftragsituation an; das liegt an der Größe und Spezifikation der Projekte. Der „dynamische Prozess“ der Teamanpassung ist für den planenden Berufszweig üblich. In kleinen wie in großen Büros werden im Regelfall erst mit der Auftragserteilung entsprechende Planungsteams gebildet.

3. Fachliche Entbehrlichkeit des Kriteriums eines durchschnittlichen Mindestjahresumsatzes

In einigen Fällen soll vom Bewerber zusätzlich ein durchschnittlicher Mindestjahresumsatz erreicht werden oder der Jahresumsatz wird zumindest einer Wertung unterzogen (siehe Beispielfälle 1, 10, 12, 13, 15, 16). Hier gilt dasselbe wie zuvor: Die Anforderungen sind für Vorhaben von höchstens durchschnittlicher Komplexität aus fachlicher Sicht nicht erforderlich. So kommt auch die Präsidentin der Bundesarchitektenkammer, Frau Barbara Ettinger-Brinckmann, zu dem Schluss: ²⁵

„Umsatz hat überhaupt nichts mit Architekturqualität zu tun. Aber mit diesen Parametern kann bequem nach Zahlenwerten ausgewählt werden. Auf diese Weise wird der Markt eingengt. Die kleinen Büros werden verschwinden, die großen werden noch größer. Das ist nicht nur ein baukultureller sondern auch ein gesellschaftspolitischer Verlust an Kreativität.“

4. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Eignungskriterien stehen in den Beispielfällen in keinem Verhältnis zu der gestellten Aufgabe und stellen für kleine und junge Büros ein großes Hemmnis für die Teilnahme an Auslobungen oder Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb dar. Insbesondere die pauschale Forderung nach der Angabe von Referenzen, die dem gegenwärtigen Projekt entsprechen oder zumindest mit ihm vergleichbar sein müssen, ist völlig überzogen und kann nicht erfüllt werden. Denn für diese Büros ergibt sich folgender Zirkelschluss: Ohne spezifische oder identische Referenzen erhalten sie keine Gelegenheit an einem Planungswettbewerb teilzunehmen; ohne Teilnahme an einem Planungswettbewerb haben sie aber kaum eine Chance, einen öffentlichen Auftrag

²⁵ Tagesspiegel.de vom 9.10.2014 (Anlage 26). Abrufbar im Internet unter:

<http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/barbara-ettinger-brinckmann-im-interview-kleine-bueros-werden-verschwinden/10787832.html>.

zu erhalten, der in späteren Verfahren wiederum als Referenz dienen könnte.²⁶ Somit bedeutet schon die Forderung nach nur einer einzigen spezifischen oder identischen Referenz für die meisten kleinen und jungen Büros das Aus.²⁷ Ähnliches gilt für die Forderung nach Referenzen in Form der Angabe und des Nachweises einer bestimmten Anzahl von Wettbewerbserfolgen und die Forderung nach einer Mindestmitarbeiterzahl und einem Mindestjahresumsatz. Vor diesem Hintergrund lässt sich leicht erklären, warum nur etwa 13 % des Auftragsbestands von Einpersonnbüros aus öffentlichen Aufträgen besteht, während solche über 40 % des Auftragsbestands großer Architekturbüros ausmachen.²⁸

Somit schließt die gegenwärtige Praxis in Deutschland bei der Durchführung von Planungswettbewerben und der Vergabe von Architektenleistungen ohne sachlichen, aus dem konkreten Auftrag abzuleitenden Grund kleine und junge, aber durchaus leistungsfähige Büros durch überzogene Eignungsanforderungen faktisch vom Wettbewerb aus. Diese Zustände sind in Fachkreisen über die Grenzen hinaus derart bekannt und gegenwärtig, dass unlängst sogar eine schweizerische Fachzeitschrift für Architektur sinngemäß davor warnte, auch in der Schweiz könnten deutsche Zustände Einzug halten:²⁹

„Es könnte in der Schweiz noch schlimmer kommen. Das Wettbewerbswesen ist in Deutschland in einem so hoffnungslosen Zustand, dass jüngere Architekten die wettbewerbsinitiative³⁰ gegründet haben.“

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Das vorstehend dargestellte Vorgehen deutscher öffentlicher Auftraggeber verstößt gegen die Richtlinie 2004/18/EG (hierzu unter III.). Diese Einschätzung ändert sich auch im Hinblick auf die kürzlich in Kraft getretene Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Richtlinie 2014/24/EU) nicht (hierzu unter IV.). Zunächst sind allerdings die allgemeinen Vorgaben des Europäischen Sekundärrechts sowie

²⁶ Siehe hierzu auch OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13 (Anlage 32).

²⁷ Vgl. die Aussage des Redakteurs des Wettbewerbs-Portals „competitionline“, Dirk Bonnkirch, in: competition, Ausgabe 3, April-Juni 2013, S. 13 (Anlage 33), für viele Büros sei bereits die Forderung nach einer einzigen Referenz eine zu hohe Hürde.

²⁸ Siehe Nachweis Fn. 7, S. 44.

²⁹ Hochparterre 2013, S. 3 (Anlage 34).

³⁰ Die wettbewerbsinitiative e.V. ist die Beschwerdeführerin dieser Beschwerde.

die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (hierzu unter I.) und die Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG in deutsches Recht zu erörtern (hierzu unter II.).

I. VORGABEN DES EUROPÄISCHEN SEKUNDÄRRECHTS UND DER RECHTSPRECHUNG

1. Europäisches Sekundärrecht

Zwar ist es mit Blick auf das Unionsrecht grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass in Deutschland im Zusammenhang mit der Vergabe von Architektenleistungen vorwiegend nicht-offene Verfahren (teilnahmebeschränkte Planungswettbewerbe) oder Verhandlungsverfahren (Vergabe von Architektenleistungen) betrieben werden. Denn diese Verfahrensarten sieht die Richtlinie 2004/18/EG allgemein (Art. 28) bzw. speziell für die Vergabe von Architektenleistungen (Art. 30 Abs. 1 lit. c)) ausdrücklich vor.

Allerdings schreibt Art. 44 Richtlinie Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG bereits im Allgemeinen vor, dass öffentliche Auftraggeber zwar Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bewerber stellen können (Unterabsatz 1). Zugleich müssen diese Mindestanforderungen (1.) mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und (2.) ihm angemessen sein (Unterabsatz 2).

Zudem besagt Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG unter anderem für das nicht-offene und das Verhandlungsverfahren, dass für eine eventuelle Begrenzung der Teilnehmer objektive und nicht-diskriminierende Kriterien heranzuziehen sind. Eine nahezu identische Regelung trifft Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG für Planungswettbewerbe, indem er vorschreibt, dass öffentliche Auftraggeber für die Begrenzung der Teilnehmerzahl eindeutige und nicht-diskriminierende Eignungskriterien festzulegen haben.

Letztlich stellt auch Erwägungsgrund (2) der Richtlinie 2004/18/EG klar, dass öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit gebunden sind.

2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Diese Vorgaben konkretisierend hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 47 Richtlinie 2004/18/EG festgestellt, dass die Mindestanforderungen

„objektiv geeignet sein müssen, über diese Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers Auskunft zu geben, und dass die in dieser Weise

festgelegte Schwelle der Bedeutung des betreffenden Auftrags in dem Sinne angepasst sein muss, dass sie objektiv einen konkreten Hinweis auf das Bestehen einer zur erfolgreichen Ausführung dieses Auftrags ausreichenden [...] Basis ermöglicht, ohne jedoch über das hierzu vernünftigerweise erforderliche Maß hinauszugehen.“

(EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-218/11, Rz. 29.)

Die vorstehenden Ausführungen müssen in gleichem Maße auch für die technische und / oder berufliche Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 48 Richtlinie 2004/18/EG gelten. Denn zum einen nennt die vom EuGH in Bezug genommene Vorschrift des Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG die Art. 47 und 48 in einem Atemzug, ohne hinsichtlich der jeweiligen Pflichten öffentlicher Auftraggeber zu differenzieren. Zum anderen ist auch kein Grund ersichtlich, warum bezüglich der technischen und / oder beruflichen Leistungsfähigkeit nicht dieselben Anforderungen an den Auftragsbezug und die Angemessenheit der Mindestanforderungen gestellt werden sollten.

Zudem hat der EuGH wiederholt betont, dass es im Interesse der Europäischen Union liege und eines der Ziele der Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens darstelle, dass Ausschreibungen, die geeignet sind, ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse zu begründen, einem möglichst umfassenden Wettbewerb offen stehen und dadurch die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird.³¹

Eine künstliche Verengung des Marktes durch überzogene Mindestanforderungen führt zu einer sachlich nicht zu begründenden Begrenzung der Teilnehmerzahl. Dabei handelt es sich um einen unionsrechtlich nicht haltbaren Eingriff in den freien Wettbewerb.

II. STRUKTUR UND INHALT DER DEUTSCHEN REGELUNGSWERKE FÜR DIE VERGABE VON ARCHITEKTENLEISTUNGEN UND PLANUNGSWETTBEWERBE

Im deutschen Recht unterliegt die Vergabe von Architektenleistungen einem gesonderten Regelungsregime. Die Detailregelungen sind zum einen in der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)³² enthalten (hierzu unter 1.). Zum anderen finden sich administrative Richtlinien, die hinsichtlich der Durchführung von Wettbewerben im Sinne der Art. 66 ff. Richtlinie 2004/18/EG verbindliche Vorgaben für die Verwaltung enthalten.

³¹ EuGH, Urt. v. 23.12.2009, C-305/08, *CoNISMa*, Rz. 37 (Anlage)36. Siehe jüngst auch EuGH Urt. v. 10.07.2014, C-358/12, *Libor*, Rz. 29 (Anlage 37).

³² BAnz. Nr. 185a vom 08.12. 2009.

Zu nennen ist hier insbesondere die Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW)³³ (hierzu unter 2.).

1. Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen

Die VOF sieht für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, zu denen auch Architektenleistungen gehören, das Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) vor, § 3 Abs. 1. Zur Eignungsprüfung dürfen nur solche Kriterien herangezogen werden, die durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind, § 5 Abs. 1. Der öffentliche Auftraggeber hat die für die Verhandlungen geeigneten Unternehmen auszuwählen, § 10 Abs. 1. Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden, § 2 Abs. 1 S. 2. Sofern mehrere Bewerber die Anforderungen erfüllen und die Bewerberzahl nach einer objektiven Auswahl zu hoch ist, kann im Teilnahmewettbewerb eine Losentscheidung herbeigeführt werden, § 10 Abs. 3. Für Auslobungen mit beschränkter Teilnehmerzahl sieht § 16 Abs. 3 S. 1 vor, dass die öffentlichen Auftraggeber für die Begrenzung der Teilnehmerzahl eindeutige und nicht-diskriminierende Auswahlkriterien festzulegen haben. Ausdrücklich gefordert wird, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden, § 2 Abs. 4.

2. Richtlinie für Planungswettbewerbe

Die RPW schreibt für Planungswettbewerbe grundsätzlich den offenen Wettbewerb vor, § 3 Abs. 2, ermöglicht daneben aber auch nicht-offene Wettbewerbe, § 3 Abs. 3. Letztgenannte Vorschrift schreibt jedoch vor, dass im Falle eines nicht-offenen Wettbewerbs die Auswahl der Bewerber anhand eindeutiger, nicht-diskriminierender, angemessener und qualitativer Kriterien zu erfolgen hat. Es sollen zudem nur solche Teilnahmebedingungen gestellt werden, die sich aus der jeweiligen Aufgabe und der dafür erforderlichen Qualifikation ableiten, § 4 Abs. 1 S. 1. Natürliche Personen erfüllen dabei grundsätzlich schon dann die fachlichen Anforderungen, wenn sie die in der Auslobung genannte Berufsbezeichnung führen dürfen, § 4 Abs. 1 S. 3 (siehe bereits oben). Auch die RPW sieht vor, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger durch geeignete Zugangsbedingungen angemessen zu beteiligen sind, § 1 Abs. 5.

III. VERLETZUNG DER RICHTLINIE 2004/18/EG

Ein Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18/EG kommt in zweierlei Hinsicht in Betracht: Durch den Inhalt deutscher Regelungswerke für Auslobungen und Verhandlungsverfahren

³³ BAnz AT 22.02.2013 B4.

zur Vergabe von Architektenleistungen (hierzu unter 1.) sowie durch die auf Grundlage dieser Vorschriften seitens der öffentlichen Auftraggeber gelebten Praxis (hierzu unter 2.).

1. Defizite bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben

Schon die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Zunächst ist Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG nur zum Teil in deutsches Recht umgesetzt worden. Zwar bestimmt § 5 Abs. 1 S. 1 VOF, dass die Anforderungen an den Nachweis der Eignung durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sein müssen. Hingegen lässt sich kein Hinweis auf den eigentlichen Kern von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG finden, nämlich die Vorgaben zu möglichen Mindestanforderungen. Das ist vor dem Hintergrund des klaren Bekenntnisses des EuGH zu einer Öffnung des europäischen Beschaffungswesens für den Wettbewerb problematisch (siehe oben Ziffer C.I.2.). Denn Sinn und Zweck von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG ist der Schutz und die Förderung des Wettbewerbs, indem die Forderung von Mindestkriterien beschränkt und weitgehenden Transparenzpflichten unterworfen wird.

Der vorstehende Befund zeigt sich auch in Entscheidungen deutscher Nachprüfungsinstanzen. So sah sich beispielsweise das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hinsichtlich des mit § 5 Abs. 1 S. 1 VOF praktisch identischen § 7 Abs. 1 S. 1 EG VOL/A zu dem Hinweis genötigt:

„Indem Art. 44 Abs. 2 UA 2 der Richtlinie 2004/18/EG neben dem Auftragszusammenhang zusätzlich die Angemessenheit der Eignungsanforderungen fordert, legt die Vorschrift an deren Auswahl konkrete und strengere Maßstäbe an als das nationale Recht, das in § 7 Abs. 1 S. 1 VOL/A-EG lediglich eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand voraussetzt.“

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2011, Verg 74/11.)

Auch das OLG Düsseldorf ist offenbar der Ansicht, dass Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG nicht vollständig in deutsches Recht umgesetzt wurde. Hinzu kommt, dass sowohl das OLG Düsseldorf in einer weiteren Entscheidung³⁴ als auch andere

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013, Verg 35/12 (Anlage 39).

Nachprüfungsinstanzen³⁵ nicht selten unmittelbar auf Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG Bezug nehmen müssen, wenn sich ihre Entscheidungen mit der Zulässigkeit von Mindestkriterien befassen.

Ein Umsetzungsdefizit zeigt sich auch betreffend Art. 44 Abs. 3 bzw. Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG. Diese Vorschriften sehen jeweils vor, dass, falls eine Begrenzung der Bewerberzahl erfolgen soll, durch den öffentlichen Auftraggeber objektive (Art. 44 Abs. 2) bzw. eindeutige (Art. 72), in jedem Fall aber nicht-diskriminierende Eignungskriterien festzulegen sind. Diese Vorgaben belassen den nationalen Gesetzgebern einen weiten Umsetzungsspielraum. Das verpflichtet die Mitgliedstaaten andererseits auch, diesen Spielraum durch Regelungen auszufüllen, die zumindest einen gewisse Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben bewirken und den öffentlichen Auftraggebern somit eine Richtschnur für eine rechtliche zulässige Auftragsvergabe an die Hand geben.

Diesem Anspruch werden die Vorschriften der VOF nicht gerecht. Während § 10 Abs. 3 VOF für den Teilnahmewettbewerb als einziges Kriterium eine mögliche Losvergabe vorsieht, beschränkt sich die speziell für Auslobungen anwendbare Vorschrift des § 16 Abs. 3 S. 1 VOF sogar darauf, den Wortlaut der Richtlinie („eindeutige und nicht-diskriminierende Auswahlkriterien“) wiederzugeben. Solche Vorgaben füllen den Umsetzungsspielraum aber nicht oder evident unzureichend aus und sind dementsprechend ungeeignet, den deutschen öffentlichen Auftraggebern unionsrechtlich zulässige Handlungsoptionen aufzuzeigen.

Somit ist Richtlinie 2004/18/EG in Deutschland zum Teil schon unzureichend umgesetzt. Den öffentlichen Auftraggebern wird damit in entscheidenden Fragen keine hinreichende Anleitung gegeben, wie sie Mindest- oder Eignungskriterien unionsrechtskonform gestalten können. Dieser vergleichsweise kleine Mangel wird durch eine weitgehend unzulässige Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen in Deutschland gravierend verstärkt:

³⁵ Siehe z.B. OLG Koblenz, Beschl. v. 13.06.2012, 1 Verg 2/12 (Anlage 40). Siehe zu einem Fall betreffend die Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A die VK Bund, Beschl. v. 04.09.2007, VK 1-89/07 (Anlage 41).

2. Verletzung durch das Vorgehen öffentlicher Auftraggeber

a. Verstoß gegen Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG und die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit

Die anhand der Beispielsfälle beschriebene, generelle Praxis deutscher öffentlicher Auftraggeber verstößt zunächst gegen Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG und die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit. Nach Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG können öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer hinsichtlich deren wirtschaftlicher und finanzieller sowie technischer und / oder beruflicher Leistungsfähigkeit stellen.

aa. Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen als Mindestanforderung

Wie den oben (siehe oben Ziffer B.II.) zitierten Quellen sowie den Beispielsfällen in Anlage 2 zu entnehmen ist, fordern öffentliche Auftraggeber bei Auslobungen oder Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen generell die Angabe von spezifischen oder identischen Referenzen. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Vorgehensweise ist bereits insoweit fragwürdig, als es öffentlichen Auftraggebern nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 lit. a) ii) Richtlinie 2004/18/EG im Regelfall nur gestattet ist, für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Dienstleistungen mit den in der Vorschrift genannten Spezifizierungen zu verlangen. Art. 48 Abs. 2 lit. a) ii) Richtlinie 2004/18/EG spricht hingegen an keiner Stelle davon, dass der Wirtschaftsteilnehmer hinsichtlich dieser Referenzen auf den Nachweis spezifischer oder identischer Referenzen beschränkt werden dürfte.

Sofern die Referenzen als Mindestkriterien ausgestaltet werden – was nach Anlage 2 regelmäßig der Fall ist –, müssen sie sich an den Vorgaben von Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG messen lassen. Nach der genannten Vorschrift müssen alle Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Diesem Anspruch werden die von deutschen öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Beschaffung von Architektenleistungen geforderten spezifischen oder identischen Referenzen nicht gerecht. Im Einzelnen:

(1) Unionsrechtliche Unzulässigkeit der Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen

Aus den Ausführungen in Ziffer B.II.1. ergibt sich, dass es für einen zugelassenen Architekten für den Entwurf oder die Planung eines Gebäudes in den wesentlichen Punkten ohne Belang ist, ob es sich bei dem ausgelobten bzw. ausgeschriebenen Projekt um ein öffentliches oder ein nicht-öffentliches Gebäude handelt bzw. ob er zuvor bereits eine Schule, Sporthalle oder eine ähnliche Einrichtung entworfen oder geplant hat. Das führt zu dem Schluss, dass die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen nicht aus Sachgründen – zur Prüfung und Gewährleistung der Eignung –, sondern einzig und allein als Filter dient, um kleine und junge Büros von der Teilnahme an Planungswettbewerben und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen auszuschließen und die bekannten und vermeintlich bewährten Partner aus bereits abgewickelten Verfahren erneut beauftragen zu können. Kleinen und jungen Büros wird der Zugang zum vergaberechtlichen Wettbewerb somit in Gänze verschlossen.

Die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen weist somit nur scheinbar einen Auftragsbezug auf und ist nur scheinbar angemessen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG. Denn diese Anforderung an den Bewerber ermöglicht es – mit den Worten des EuGH – nicht, objektiv einen konkreten Hinweis auf das Bestehen einer zur erfolgreichen Ausführung des Auftrags ausreichenden Basis hinsichtlich der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zu erhalten, da ein zugelassener Architekt jedes Gebäude von höchstens durchschnittlicher Komplexität im Sinne von Honorarstufe III HOAI planen können muss. Mithin geht die Forderung nach Erfahrungen mit einer bestimmten Nutzungsart von Gebäuden deutlich über das vernünftigerweise erforderliche Maß hinaus. Denn der öffentliche Auftraggeber kann mit der Abfrage von spezifischen oder identischen Referenzen keine Kenntnisse erlangen, die er nicht auch mit weniger einschränkenden Mindestanforderungen erlangen könnte.

Dementsprechend hat auch das OLG Düsseldorf festgestellt:

„Um Angemessenheit im Sinne der Richtlinie bejahen zu können, ist nicht jeder sachliche Bezug der geforderten Eignungsnachweise zum Auftragsgegenstand ausreichend. Maßgeblich ist vielmehr, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Nachweise besteht, so dass diese sachlich berechtigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken [...]. Angemessenheit der Eignungsanforderung ist anzunehmen, wenn diese geeignet und



erforderlich ist, die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen.“

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. 12. 2011, VII-Verg 74/11.)

Auch das OLG Koblenz präziserte die Anforderungen von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG, indem es klarstellte, dass bei der Festlegung von Mindestkriterien die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschritten sei, wenn eine Forderung

„nicht mehr der Befriedigung eines mit Blick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben berechtigten Informations- und/oder Prüfungsbedürfnisses dient, sondern ohne jeden sachlichen Grund ausgrenzend und damit wettbewerbsbeschränkend wirkt“

(OLG Koblenz, Beschl. v. 13.06.2012, 1 Verg 2/12).

Nach diesen Maßstäben liegt im Vorgehen der deutschen Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen von höchstens durchschnittlicher Komplexität im Sinne von Honorarstufe III HOAI eine unnötige Einschränkung des Bieterwettbewerbs vor. Denn die geforderten Referenzen mögen zwar *geeignet* sein, die Leistungsfähigkeit der Bieter im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Sie sind aber keineswegs *erforderlich*. Aus der Sicht eines verständigen Auftraggebers besteht daher kein legitimes Interesse, derartige Eignungsnachweise zu fordern. Im Hinblick auf spezifische oder gar identische Referenzen besteht jedoch kein berechtigtes Informations- bzw. Prüfbedürfnis. Das kommt auch in einem Beschluss des OLG München zum Ausdruck, das mit Blick auf die Forderung nach Referenzen und die Vergleichbarkeit von vorgelegten mit den geforderten Referenzen ausführte:

„Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet, d.h. die Referenzen den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass der Bieter über die für die Durchführung des Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt. [...] Öffentliche Aufträge sind, um dem öffentlichen Auftraggeber eine möglichst kostengünstige Beschaffung zu ermöglichen, im Wettbewerb der Bieter zu vergeben (vgl. § 97 Abs. 1 GWB). Eine zu restriktive Auslegung des Merkmals Vergleichbarkeit birgt die Gefahr in sich, dass, was wettbewerbsfeindlich wäre, faktisch abgeschlossene Teilmärkte entstehen:



da ein Newcomer keine vergleichbaren Referenzen vorlegen kann, erhält er den Auftrag nicht und weil er den Auftrag nicht erhalten hat, kann er auch bei zukünftigen Ausschreibungen keine vergleichbare Referenz vorlegen“

(OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13, Hervorhebung durch den Unterzeichner).

Dem ist ohne Einschränkung zuzustimmen. Das Gericht zeigt in begrüßenswerter Klarheit ein entscheidendes Problem bei der Praxis der Vergabe von Architektenleistungen auf, indem es zutreffend auf den bereits beschriebenen Zirkelschluss von fehlenden Referenzen und der daraus resultierenden Unmöglichkeit, Referenzen zu erwerben, hinweist.

Im Sinne dieser Rechtsprechung müsste es bei der Vergabe von Architektenleistungen also genügen, dass der jeweilige Bewerber Referenzen vorlegen kann, aus denen ersichtlich wird, dass er die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit aufweist. Dafür ist es nach den bisherigen Ausführungen aber nicht erforderlich, öffentliche Gebäude geplant bzw. entworfen zu haben, erst recht nicht, wenn eine noch weitergehende Einengung dahingehend erfolgt, dass es sich um ein bestimmtes öffentliches Gebäude (Schule, Sporthalle) gehandelt haben muss. Ausreichend müsste es mit dem OLG München vielmehr sein, dass der Bewerber eine vergleichbare Referenz vorweisen kann, wobei das Merkmal der Vergleichbarkeit, wie es das Gericht vorgibt, deutlich weiter ist, als die gegenwärtige Praxis bei der Vergabe von Architektenleistungen in Deutschland. So sah es auch das OLG Frankfurt in einem Verfahren über die Ausschreibung von Dienstleistungen im Sinne der VOL/A:

„Vergleichbar oder gleichartig ist eine Leistung bereits dann, wenn sie der ausgeschriebenen Leistung nahe kommt und entsprechend ähnelt. Diese Auslegung derartiger Begriffe wird auch regelmäßig dem Sinn des Vergabeverfahrens und dem Wettbewerb gerecht, da ansonsten in einem solchen Fall alle Bewerber, die die ausgeschriebene Leistung bisher nicht oder nicht so in ihrem Programm hatten, von vornherein ausgeschlossen wären. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Vorlage solcher Referenzen, die den hinreichend sicheren Schluss zulassen, dass der betreffende Bieter über die für eine ordnungsgemäße Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt. Alle Referenzen, die diese Anforderungen erfüllen, sind Referenzen zu vergleichbaren Aufträgen. Auch die unter Umständen langjährige Ausführung vergleichbarer Arbeiten in etwas



geringerem Umfang kann die gegebenenfalls notwendige besondere Erfahrung mit sich bringen [...]“

(OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.10.2006, 11 Verg 8/06, 11 Verg 9/06).

Damit in Verbindung stehend hatte die Vergabekammer (VK) Lüneburg über einen Fall zu entscheiden, in dem der Auftraggeber eine Feuer- und Rettungswache errichten lassen wollte. Hierfür wurde unter anderem mindestens eine Referenz gefordert, die ein entsprechendes Vorhaben zum Gegenstand haben sollte. Dagegen wandte sich die Antragstellerin. Sie hatte zwar zahlreiche Referenzen vorzuweisen, teilweise sogar von deutlich höherer Komplexität als das ausgeschriebene Projekt, konnte aber keine Referenz im schmalen Segment der Berufsfeuerwehren nachweisen. Die VK Lüneburg führte aus:

„Die Antragsgegnerin hat sich dazu entschlossen, den Nachweis der Fachkunde durch Vorlage von Referenzobjekten abzufragen. Das ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. [...] Problematisch ist jedoch die Beschränkung auf gleichartige Leistungen aus dem Feuerwehrbereich. [...] Dennoch ist allgemein anerkannt, dass der öffentlich Auftraggeber eine Vergleichbarkeit als Mindestvoraussetzung fordern kann [...]. Umstritten ist lediglich, ob die Vergleichbarkeit ohne weiteres gefordert werden kann, oder nur bei besonders komplexen Verfahren bzw. im Bereich der Hochtechnologie. Je enger jedoch der Kreis der zugelassenen Referenzobjekte gezogen wird, desto intensiver ist der vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber damit bewirkte Eingriff in den freien Wettbewerb, und desto höhere Anforderungen sind an die auftragsbezogene sachliche Rechtfertigung dieses einschränkenden Fachkundemerkmals zu stellen.

[...] Hier hat die Antragsgegnerin zunächst eher tief in den freien Wettbewerb eingegriffen, weil sie fachlich nur ein schmales Segment der Berufsfeuerwehren als Referenzprojekte gelten ließ und die Referenznachweise als absolutes Ausschlusskriterium formulierte [...].

[...] Die Vergabekammer kommt [...] zu dem Ergebnis, dass eine außergewöhnliche Komplexität der für die Referenzobjekte vorgegebenen Gebäudetypen nicht substantiiert dargelegt worden ist, daher nicht bestehen dürfte. Somit gibt es für die Antragsgegnerin keine sachliche Notwendigkeit, die Erfahrungen mit einem der beiden Gebäudetypen als Referenzvorgabe mit Ausschlusswirkung zu verwenden.“

(VK Lüneburg, Beschl. v. 18.11.2011, VgK-50/2011.)

Vergleichbar mit dem ausgeschriebenen Projekt ist eine Referenz nach all dem stets dann, wenn sie dem in Rede stehenden Projekt mit Blick auf den Schwierigkeitsgrad (z.B. Honorarzone III HOAI) und Umfang (ähnliches Bauvolumen) derart ähnelt, dass weitere Vergleichskriterien sachfremd und willkürlich erschienen. Dabei versteht sich von selbst, dass Vergleichbarkeit – wie es bereits der Wortsinn ergibt – keine Identität der Vorhaben voraussetzt, „so dass sich zwangsläufig Unterschiede zwischen der Referenz und dem Vorhaben aufführen lassen und je nach Perspektive, die Unterschiede oder Gemeinsamkeiten in den Vordergrund gestellt werden können.³⁶ Keine Rolle darf dementsprechend die Rechtsnatur des Auftraggebers (öffentlicher oder privater Bauherr) spielen, da diesem Kriterium keinerlei Aussagegehalt über die Eignung des Bewerbers zu entnehmen ist und er einzig dem Zweck dienen kann, die Stellung etablierter Wirtschaftsteilnehmer zu festigen. Das gilt erst recht, wenn wie in den Beispielsfällen 2 und 15 sogar gefordert wird, Erfahrungen mit dem konkreten Auftraggeber vorweisen zu können. Denn letzteres liefe auf die Festigung eines „Hoflieferantentums“ hinaus, die der europäische Gesetzgeber gerade verhindern möchte.

Dementsprechend hat auch die Kommission in ihrem „Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of best practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen“³⁷ festgestellt:

„Auch sollten die Auswahlkriterien nicht so formuliert werden, dass sie das Wettbewerbsfeld einschränken, indem sie irrelevante Aspekte ansprechen. So ist beispielsweise eine Klausel, wonach nur mit dem öffentlichen Sektor gesammelte Erfahrung anerkannt wird, als solche irrelevant und schränkt den Wettbewerb ein.“

Auch das häufig von öffentlichen Auftraggebern vorgetragene Argument, kleine und junge Büros könnten sich mit anderen Büros zu einer Bewerbergemeinschaft zusammenschließen, um die Eignungshürden zu überwinden,³⁸ bietet für diese Einheiten keine Abhilfe. Denn auch ein Zusammenschluss solcher Einheiten verfügt über keine spezifischen oder

³⁶ OLG München, Beschl. v. 19.12.2013, Verg 12/13 (Anlage 32).

³⁷ S. 4 (Anlage 44). Abrufbar im Internet unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_de.pdf.

³⁸ Vgl. auch Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG.

identischen Referenzen, wenn die einzelnen Mitglieder insoweit nichts vorzuweisen haben. Diejenigen Büros aber, die selbst über hinreichende Referenzen verfügen, haben kein Interesse daran, einem kleinen oder jungen Büro zum Durchbruch zu verhelfen.

Auch ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Art. 48 Richtlinie 2004/18/EG den Maßstab der „vergleichbaren Leistungen“ nicht kennt, sondern lediglich von „wesentlichen Leistungen“ spricht.

(2) Zwischenergebnis

Daraus ergibt sich, dass es bei der Prüfung der persönlichen Eignung des Bewerbers in der Regel nicht auf dessen besondere Erfahrung genau mit der ausgeschriebenen Leistung ankommen darf. Selbst wenn man dieses Ergebnis nicht bereits aus dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 lit. a) ii) Richtlinie 2004/18/EG herleiten wollte, weil dieser für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine solche Beschränkung nicht vorsieht (siehe oben), bewegt sich die oben beschriebene Einschränkung des Wettbewerbs durch die Forderung spezifischer Referenzen klar außerhalb des unionsrechtlich Zulässigen, zumal es sich für einen zugelassenen Architekten häufig eben nicht um besonders anspruchsvolle Leistungen handelt, sondern vielmehr um solche von höchstens durchschnittlicher Komplexität.

Vor dem Hintergrund der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung ist es daher unverhältnismäßig, sachlich nicht gerechtfertigte, übermäßige Eignungsanforderungen zu stellen und dadurch sämtliche kleine und junge Büros faktisch von allen Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen auszuschließen. Hinzu kommt, dass nach den vorstehenden Ausführungen und insbesondere nach den Aussagen des Leiters des Referats „Wettbewerbe und Auswahlverfahren“ in der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung (siehe oben Ziffer B.II.1.) die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen einzig und allein dem willkürlichen und sachfremden Zweck dient, Kontrolle über das Teilnehmerfeld in der Form zu erlangen, dass nur große und etablierte Büros Zugang zu öffentlichen Aufträgen betreffend Architektenleistungen erhalten sollen. Das stellt spiegelbildlich eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung von kleinen und jungen Büros dar.

Die Praxis deutscher öffentlicher Auftraggeber bei Auslobungen und der Vergabe von Architektenleistungen verstößt somit auch gegen die in Erwägungsgrund (2) Richtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Nicht-Diskriminierung.

Diese Diskriminierung kann auch nicht damit begründet werden, nur beschränkte Verfahren würden es ermöglichen, Ausschreibungen mit angemessenem zeitlichen und finanziellen Aufwand durchführen zu können. Denn eine Studie³⁹ im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung kam zu dem Schluss:

„Also bleibt festzustellen, dass die Unterschiede der zeitlichen und monetären Aufwendungen innerhalb der unterschiedlichen Vergabeverfahren der Planungsleistungen im Verhältnis zum gesamten Planungsprozess unbedeutend sind und keine Begründung zur Auswahl eines Verfahrens bieten – hier müssen andere Gründe greifen.“

Bei der Wahl des Vergabeverfahrens seien vielmehr andere Kriterien ausschlaggebend:

„Es sind vor allem die Qualitätssicherheit der Planung, die Transparenz und Nachvollziehbarkeit und Rechtssicherheit der Vergabe, die bessere Einbeziehung der Öffentlichkeit und damit nicht zuletzt die baukulturelle Verantwortung und Vorbildfunktion der öffentlichen Hand.“

bb. Wettbewerbserfolge

Gleiches gilt für die Forderung nach Referenzen in Form der Angabe und des Nachweises einer bestimmten Anzahl von Wettbewerbserfolgen. Auch hier fehlt der Auftragsbezug und damit die Verhältnismäßigkeit der Eignungsanforderung. Zudem gilt auch hier der oben dargestellte Zirkelschluss: Da kleine und junge Büros nur selten die Möglichkeit erhalten, an einem Planungswettbewerb teilzunehmen, ist es ihnen auch nur in Ausnahmefällen möglich, einen Wettbewerbserfolg zu erzielen. Zudem ist wenig einleuchtend, inwieweit der Erfolg bei einem zurückliegenden Verfahren einen hinreichenden Aufschluss darüber geben könnte, inwieweit bei dem konkret ausgelobten Wettbewerb mit einer ästhetisch und auch im Übrigen ansprechenden Leistung gerechnet werden kann. Ein Auftragsbezug und eine Angemessenheit der Mindestanforderungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG muss demnach auch insoweit verneint werden.

³⁹ Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung: “Aufwendungen bei der Vergabe von Planungsleistungen – Evaluierung der zeitlichen Abläufe und monetären Aufwendungen bei Vergabeverfahren von Planungsleistungen im Hochbau”, S. 6 (Anlage 45). Abrufbar im Internet unter: <http://www.fib-bund.de/Inhalt/Themen/Vergabeleistungen/Forschungsbericht-ZMA-Barrierfrei-2013-12-13.pdf>.

cc. Bürogröße

Ein weiteres großes Problem für kleine und junge Büros ist die Forderung nach einer Mindestmitarbeiterzahl. Denn wie bereits dargelegt (siehe oben Ziffer B.I.1.) besteht die weit überwiegende Zahl der Architekturbüros aus kleineren und mittleren Einheiten. Fordert der Auslober dennoch – wie in Beispielsfall 1 – ein Mitarbeiterzahl von durchschnittlich mindestens zehn Ingenieuren, ist das gleichbedeutend mit dem Ausschluss von etwa 96 % aller deutschen Architekturbüros.

Richtlinie 2004/18/EG lässt es grundsätzlich zwar zu, eine Erklärung zur durchschnittlichen jährlichen Beschäftigtenzahl (Art. 48 Abs. 2 lit. g)) und zum Gesamtumsatz (Art. 47 Abs. 1 lit. c)) zu fordern. Sofern diese Kriterien jedoch als Mindestkriterien ausgestaltet sind, gilt auch für sie Art. 44 Abs. 2 Unterabsatz 2 Richtlinie 2004/18/EG, sodass die an den Wirtschaftsteilnehmer gestellten Mindestanforderungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein müssen.

Das ist jedoch auch bei der Forderung nach einer Mitarbeiterzahl von mindestens fünf oder gar zehn festangestellten Architekten oder Ingenieuren sachlich in den meisten Fällen nicht zu begründen. Denn wie oben (Ziffer B.II.2.) bereits dargelegt, können die meisten Aufträge mit einem Volumen von 20 bis 30 Millionen Euro auch von kleineren Einheiten ausgeführt werden. Sofern und soweit sich daher ein Projekt nicht deutlich außerhalb dieses Rahmens bewegt oder bewegen soll, steht die Forderung nach einer Mitarbeiterzahl, wie sie nur die großen und etablierten Büros erfüllen können, in keinem angemessenem Verhältnis zum Auftragsgegenstand und hängt nicht mit ihm zusammen.

Das zeigt sich deutlich an Beispielsfall 1. Dort plant die Freie und Hansestadt Hamburg die Vergabe von Architektenleistungen für den Neubau eines Schulgebäudes mit einem Bauvolumen von knapp 29 Millionen Euro und einem Anforderungsprofil entsprechend Honorarzone III HOAI. Acht Teilnehmer sollen am Verfahren teilnehmen, davon sechs etablierte sowie je ein junges und kleines Büro. Erstgenannte Bewerber müssen in diesem Verfahren mindestens zwei vergleichbare Referenzen vorweisen und in den letzten drei Jahren durchschnittlich mindestens zehn Ingenieure beschäftigt sowie im gleichen Zeitraum durchschnittlich einen Jahresumsatz von mindestens 1 Million Euro erwirtschaftet haben. Bei den vorstehenden Anforderungen handelt es sich mithin um Mindestkriterien im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG. An die jungen und kleinen Büros werden keine vergleichbaren Anforderungen gestellt. Sie sollen per Losentscheid ausgewählt werden. Daran zeigt sich:

Die ausgeschriebenen Leistungen sind ganz offensichtlich auch von kleinen und jungen Büros zu bewältigen. Anderenfalls dürfte die Stadt Hamburg sie nicht berücksichtigen. Das vorausgesetzt stellen die Anforderungen an die etablierten Büros augenscheinlich keine Kriterien dar, die im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sind. Es handelt sich im Gegenteil um Anforderungen, die einzig und allein dem Ziel dienen, weitgehend die größten Büros zum Zuge kommen zu lassen – denn nur etwa 4 % der in Deutschland tätigen Architekturbüros erreichen die Mitarbeiterzahl von mindestens zehn beschäftigten Ingenieuren (siehe oben Ziffer B.I.1.). Die grundsätzlich begrüßenswerte Berücksichtigung von jungen und kleinen Büros erscheint vor diesem Hintergrund eher als rein formales Zugeständnis an die in Deutschland geltende Vorschrift des § 2 Abs. 4 VOF, nach der kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden sollen.

Legt man die vorstehenden Zahlen zu Grunde, ergibt sich ein noch größeres Missverhältnis in den Beispielfällen 5 und 6, in den die Stadt Düsseldorf Architektenleistungen für die Erweiterungen zweier Schulen mit einem Bauvolumen von 4,9 bzw. 5,7 Millionen Euro und einem Anforderungsprofil jeweils entsprechend Honorarzone III HOAI ausschreibt. In diesen Fällen werden Bürogrößen von mindestens fünf Architekten gefordert. Eine gesonderte Berücksichtigung von kleinen und jungen Büros erfolgt nicht. Stand jedoch im Beispielfall 1 die Forderung nach einer Bürogröße von zehn Ingenieuren bereits in keinem angemessenen Verhältnis zum Bauvolumen von knapp 29 Millionen Euro, so muss in den Fällen 5 und 6 erst recht davon ausgegangen werden, dass die Forderung nach fünf Architekten bei den oben genannten Bauvolumina völlig unangemessen ist und gegen Art. 44 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG verstößt.

Diese nur beispielhaft herausgegriffenen Fälle spiegeln eine weit verbreitete Praxis in Deutschland hinsichtlich der Forderung nach bestimmten Bürogrößen als Mindestkriterien dar. Die Beispielfälle verdeutlichen anschaulich, dass diese Forderungen seitens der öffentlichen Auftraggeber nur damit zu erklären sind, dass lediglich die bekannten und bewährten Partner als Anbieter in Betracht gezogen werden. Sachliche Gründe dafür existieren bei höchstens durchschnittlichen Bauvolumina und einem höchstens durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad nicht. Das widerspricht evident den in den Verträgen und in Richtlinie 2004/18/EG zum Ausdruck kommenden Zielen der Europäischen Union, den Markt für den Wettbewerb zu öffnen und öffentliche Aufträge in transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren zu vergeben.

dd. Mindestjahresumsatz

Schließlich ist auch die Forderung nach einem bestimmten Jahresumsatz häufig nicht durch den Auftragsgegenstand zu rechtfertigen. Denn wie bereits aufgezeigt, können die hier vorgelegten Beispielsfälle ohne Weiteres von Projektteams zwischen zwei und vier Personen bewältigt werden. Architekturbüros dieser Größe erwirtschaften jedoch in aller Regel nicht die Umsätze, die in den Beispielsfällen 10, 12, 13, 15 und 16 gefordert werden bzw. die für die Höchstpunktzahl erforderlich wären.⁴⁰ Kleine und junge Büros werden somit auch auf diesem Wege vom Wettbewerb ausgeschlossen oder haben deutlich geringere Chancen, sich im Rahmen einer Ausschreibung durchzusetzen.

b. Verstoß gegen Art. 44 Abs. 3 und Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG

Aus ähnlichen Erwägungen verstößt die Praxis der deutschen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Architektenleistungen auch gegen Art. 44 Abs. 3 und gegen Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG:

Nicht in allen Verfahren sind die oben genannten Kriterien als Mindestanforderungen ausgestaltet. So handelt es sich bei den Anforderungen an die Mitarbeiterzahl und die durchschnittliche Umsatzhöhe in den Beispielsfällen 10, 12, 13, 15 und 16 nicht um Mindestanforderungen, sondern um Kriterien im Sinne von Art. 44 Abs. 3 und Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG, die es dem öffentlichen Auftraggebern ermöglichen sollen, die Eignung der Bieter zu bewerten und durch Bildung einer Rangfolge die Zahl der Bewerber zu begrenzen. Auch dieses Ansinnen wird von Richtlinie 2004/18/EG grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Allerdings schreiben die vorgenannten Vorschriften für den Teilnahmewettbewerb (Art. 44 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG) bzw. für Auslobungen (Art. 72 Richtlinie 2004/18/EG) vor, dass für eine Begrenzung der Bewerber objektive und nicht-diskriminierende Kriterien anzugeben und anzuwenden sind.

Dem werden die hier bereits mehrfach angeführten Kriterien – spezifische oder identischen Referenzen, pauschale Forderung nach nicht erforderlichen Mitarbeiterzahlen und durchschnittlichen Jahresumsätzen – aber nicht gerecht. Denn diese Kriterien stellen in mehrfacher Hinsicht das genaue Gegenteil von objektiven und nicht-diskriminierenden Anforderungen dar.

⁴⁰ S. dazu die Studie des IFB im Auftrag des AHO: „Die wirtschaftliche Lage der Ingenieure und Architekten 2013 – einschließlich Aussagen zur Auskömmlichkeit ausgewählter Honorartafeln“, S. 32 (Anlage 46).

Zum einen erscheinen die Kriterien nicht objektiv, sondern willkürlich, da sie häufig jeden Bezug zu den objektiven Anforderungen an das jeweilige Projekt vermissen lassen. Zum anderen sind die Anforderungen mitnichten nicht-diskriminierend. Denn sie bewirken im Gegenteil, dass kleine und junge, aber durchaus leistungsfähige Büros bei Teilnahmewettbewerben per se chancenlos sind. Dafür gibt es – wie aufgezeigt – keine sachliche Begründung. Sofern demnach Projekte in Rede stehen, die der Honorarzone III der HOAI zuzuordnen sind, besteht ein augenscheinliches Ungleichgewicht zwischen der objektiv eher geringen Eignungsschwelle, die grundsätzlich jeder zugelassene Architekt ohne Weiteres überwindet, und den dazu in keinem Verhältnis stehenden Anforderungen seitens der öffentlichen Auftraggeber.

Kleine und junge Büros werden dadurch systematisch diskriminiert. Es muss konstatiert werden, dass insbesondere der Teilnahmewettbewerb, der für andere Tätigkeitsfelder sachgerechte Ergebnisse liefern mag, bei der Vergabe von Architektenleistungen regelmäßig in Widerspruch zu den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung gerät, da stets die erfahrensten und größten Anbieter obsiegen, unabhängig davon, ob diese Aspekte eine qualitativ höherwertige Auftragsdurchführung erwarten lassen. In diesem Zusammenhang sei auf einen Auszug aus dem Juryprotokoll eines nichtoffenen Wettbewerbs für eine Rathausenerweiterung in Bernau bei Berlin hingewiesen:⁴¹

„Die Jurymitglieder und die weiteren Preisgerichtsmitglieder brachten ihre Betroffenheit über das Ergebnis der Wettbewerbsarbeiten zum Ausdruck. Alle stimmberechtigten Jurymitglieder sind einstimmig der Auffassung, dass keiner der sieben im Wettbewerb verbliebenen Arbeiten ein Preis zuerkannt werden kann, da keiner der Beiträge als Grundlage für die Realisierung der Aufgabe dienen kann. Dies erstaunt umso mehr, als dass das Verfahren insgesamt professionell vorbereitet und durchgeführt, die Aufgabenstellung präzise dargestellt und formuliert wurde. Die Bearbeitung erfolgte durch überdurchschnittlich qualifizierte Architekturbüros, die aus einem separaten, vorgeschalteten Auswahlverfahren hervorgegangen waren.“

Die Auslober dieses Verfahrens mussten demnach die Stichhaltigkeit der hier vorgetragenen Argumentation im Rahmen des von ihnen durchgeführten Wettbewerbs selbst zur Kenntnis nehmen. Die angeblich „überdurchschnittlich qualifizierten Architekturbüros“ waren nicht in der Lage, einen befriedigenden Entwurf vorzulegen. Mithin kann der Rückgriff allein auf

⁴¹ Veröffentlicht in: Bauwelt 37/2014, S. 11 (Anlage 47).

etablierte Büros nicht damit begründet werden, ein solches Vorgehen erhöhe die Chancen auf eine qualitativ überdurchschnittliche Planung bzw. Ausführung.

Die Forderungen nach spezifischen oder identischen Referenzen und einer bestimmten Bürogröße erscheinen vor diesem Hintergrund willkürlich und laufen darauf hinaus, dass auf dem Gebiet der Architektenleistungen ein „Hoflieferantentum“ etabliert wird, dass in der zwangsläufigen Beteiligung der immer gleichen Anbieter mündet. Letzteres wird insbesondere befördert, wenn die Eignungskriterien – wie in den Beispielfällen 2 und 15 – sogar Erfahrungen des Bieters mit dem konkreten öffentlichen Auftraggeber gefordert werden. Diese Anforderung verkehrt die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, nämlich einen transparenten und fairen Wettbewerb unter Ausschaltung gefestigter Lieferantenbeziehungen zu etablieren, in ihr Gegenteil.

Dabei sprechen gute Gründe dafür, dass öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Architektenleistungen nicht auf eine Begrenzung der Teilnehmerzahl angewiesen sein müssten. Eine Studie⁴² im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung kam mit Blick auf die gelebte Praxis in der Schweiz zu dem Schluss, dass sich die Teilnehmerzahlen an offenen Wettbewerben „auf ein gut handhabbares Maß reduzieren“ ließen, sofern diese Verfahrensart als Regelverfahren etabliert würde. Denn in diesem Falle würde sich das Interesse der Architekturbüros an einer Teilnahme an Planungswettbewerben auf eine größere Anzahl solcher Verfahren verteilen.⁴³ Somit hat erst die zunehmende Beschränkung der Verfahren zu den angeblich nichtmehr handhabbaren Teilnehmerzahlen geführt. Dieses Problem versuchen die öffentlichen Auftraggeber nunmehr in den Griff zu bekommen, indem sie den Wettbewerb vergaberechtswidrig durch unverhältnismäßige Eignungsanforderungen ausschalten und Verhandlungen nur noch mit wenigen etablierten Anbietern geführt werden.

3. Richtlinie 2014/24/EU

Auch mit Blick auf die am 17. April 2014 in Kraft getretene Richtlinie 2014/24/EU ändert sich an der rechtlichen Beurteilung nichts. Zwar wird in Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich die Forderung eines Nachweises von Referenzen erlaubt. Allerdings fordert der vorausgehende Abs. 1 derselben Vorschrift für alle Eignungskriterien, dass die Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und ihm angemessen sein müssen.

⁴² Siehe Nachweis Fn. 39, S. 7.

⁴³ Siehe Nachweis Fn. 39, S. 74.

Dass die pauschale Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen sowie die Forderung nach einer bestimmten Bürogröße in den meisten Fällen nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht und diesem nicht angemessen ist, wurde bereits dargelegt. Zudem fordert Art. 58 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU im Vergleich zu Richtlinie 2004/18/EG nunmehr zusätzlich, dass die an die Wirtschaftsteilnehmer gestellten Anforderungen zweckmäßig sein müssen, um sicherzustellen, dass ein Bewerber über die beruflichen Fähigkeiten zur Auftragsausführung verfügt. Auch dieser Forderung werden die öffentlichen Auftraggeber in Deutschland bei Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen nicht gerecht. Denn aufgrund der Tatsache, dass die meisten ausgelobten bzw. ausgeschriebenen Projekte von jedem zugelassenen Architekten bewältigt werden könnten, ist die Forderung nach spezifischen oder identischen Referenzen oder bestimmten Bürogrößen in der Mehrzahl der Fälle überflüssig und insofern für den Nachweis beruflicher Eignung unzweckmäßig.

Hinsichtlich der Bürogröße ergibt sich das Gleiche für die in Art. 58 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU genannte Möglichkeit, im Hinblick auf die berufliche Leistungsfähigkeit solche Anforderungen vorzugeben, die sicherstellen, dass der Wirtschaftsteilnehmer über die *erforderlichen* personellen Ressourcen und Erfahrungen verfügt. Denn die oben genannten diesbezüglichen Eignungskriterien gehen regelmäßig über das erforderliche Maß hinaus.

Außerdem sind die in Deutschland von öffentlichen Auftraggebern gestellten Anforderungen diskriminierend und verstoßen somit gegen Art. 65 Abs. 2 Unterabsatz 1 Richtlinie 2014/24/EU (siehe dazu bereits oben Ziffer C.III.2.b.).

Hinzu kommt, dass Richtlinie 2014/24/EU nunmehr ausdrückliche Regelungen zur Förderung des Mittelstandes enthält. So fordert Erwägungsgrund (78) explizit, die öffentliche Vergabe sollte an die Bedürfnisse von kleinen und mittleren Unternehmen angepasst werden. Zu diesem Zweck schreibt Art. 58 Abs. 3 Unterabsatz 2 Richtlinie 2014/24/EU z.B. eine Begrenzung des zulässigerweise von Wirtschaftsteilnehmern zu fordernden Mindestjahresumsatzes auf das Zweifache des geschätzten Auftragswertes vor. Vor diesem Hintergrund erscheint es mit der neuen Richtlinie 2014/24/EU erst Recht unvereinbar, kleine und junge Architekturbüros systematisch vom Wettbewerb auszuschließen.

Somit ergibt sich, dass die dargestellte generelle Praxis deutscher öffentlicher Auftraggeber bei der Auslobung von Wettbewerben bzw. der Vergabe von Architektenleistungen auch der Richtlinie 2014/24/EU widerspricht.

IV. ERGEBNIS

Durch die fehlerhafte Anwendung der bereits mangelhaft umgesetzten Regelungen über Auslobungen und Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Architektenleistungen verletzen deutsche öffentliche Auftraggeber systematisch die Richtlinie 2004/18/EG. Das betrifft Art. 44 Abs. 2 und 3 sowie Art. 72 und die in Erwägungsgrund (2) genannten Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und der Verhältnismäßigkeit. Dieses Verhalten schließt weite Teile der interessierten Wirtschaftsteilnehmer von einer Teilnahme an besagten Verfahren aus und bewirkt dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in diesem Segment. Vieles spricht dafür, dass das beschriebene Vorgehen der öffentlichen Auftraggeber in vollem Bewusstsein um dessen tatsächliche und rechtliche Problematik erfolgt.

Auch der in Deutschland gegen Vergaberechtsverstöße gewährte Rechtsschutz bietet den kleinen und jungen Architekturbüros keine Abhilfe. Zwar wurden vor den Nachprüfungsinstanzen bereits einige Verfahren durchgeführt, deren Gegenstand die hier geschilderten Missstände bei der Auftragsvergabe von Architektenleistungen in Deutschland war. Kleine und junge Büros auf den Rechtsweg zu verweisen wäre jedoch evident unzureichend. Denn aufgrund der geradezu systematischen, langjährigen und deutschlandweiten Verletzung des geltenden Rechts durch deutsche öffentliche Auftraggeber müssten die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nahezu jedes Verfahren rügen und in einem Verfahren vor den Nachprüfungsinstanzen angreifen. Aufgrund ihrer Größe fehlen aber insbesondere den kleinen und jungen Büros dazu die entsprechenden personellen und sachlichen Mittel.

Dr. Hans-Joachim Prieß
(Rechtsanwalt)