Wie kann § 97 Abs. 3 GWB hinsichtlich der Pflicht zur Aufteilung eines öffentlichen Auftrags in Teillose rechtssicher in die Beschaffungspraxis überführt werden?

Studie im Auftrag des

Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

INHALTSVERZEICHNIS

I. Zusammenfassung 4
1. Mittelstandsbegriff 4
2. Mittelstandsschutz im internationalen Vergleich 4
3. Praxis der Teillosbildung 5
4. Umsetzung des Gebots zur Teillosbildung in der Praxis 6
II. Problemaufriss 8
III. Mittelstandsbegriff 10
1. Definitionen des Mittelstandsbegriffs 10
2. Evaluation Rechtsprechung 12
2.1. Ausgangspunkt der Nachprüfungsinstanzen 12
2.2. Grundsätzliche Pflicht zur losweisen Vergabe 13
2.3. Die Definition des Begriffs Mittelstand in der Rechtsprechung 14
3. Einzelne Marktbetrachtungen in der Rechtsprechung 18
4. Ausgestaltung der Teillose 21
5. Praktikabilität der Definitionen für die Bestimmung der Teillosgrößen 24
6. Branchenschwerpunkte in der Rechtsprechung 24
7. Ausblick auf die neuen Europ. Richtlinien für klassische öffentliche Auftraggeber 25
IV. Kernergebnisse der Bestandsaufnahme 27
1. Ergebnisse der Interviews und der Online-Befragung der Vergabestellen 27
1.1. Profile der Vergabestellen 27
1.2. Teillosbildung 31
1.3. Fachlosbildung mit kombinierter Teillosbildung bei Bauvergaben 33
1.4. Nutzung von Informationsquellen bei der Losaufteilung 34
1.5. Kriterien der Losaufteilung 36
1.6. Mittelstandsdefinition 39
1.7. Beteiligung mittelständischer Unternehmen 42
1.8. Aufhebungen, Bieterfragen, Rügen und Verzögerungen in Vergabeverfahren 46

2. .....Ergebnisse der Online-Befragung der Unternehmen und der Branchenverbandsumfrage 48
2.1. Profile der Unternehmen 48
2.2. Beteiligung am Vergabeverfahren 51
2.3. Unternehmermehrheit 59
2.4. Ausschluss von Vergabeverfahren 62
2.5. Maximales Auftragsvolumen 64
2.6. Rügen zum Auftragsvolumen 66
2.7. Umfrage Branchenverbände 67
3. ABC-Analyse 68
3.1. Bauleistungen 68
3.2. Lieferleistungen 71
3.3. Dienstleistungen 74
3.4. Betrachtung juristisch besonders auffälliger Branchen 76
3.5. Ergebnis 77
V. Internationaler Vergleich 78
1. Frankreich 79
2. Großbritannien 86
3. Italien 88
4. Österreich 90
5. Polen 92
6. Tschechien 93
7. Luxemburg 93
VI. Formelbasierte Ermittlung des mittelstandsgerechten Auftragsvolumens 98
1. Hinterlegung von Daten im Excel-Tool 98
2. Definition des KMU einer/s bestimmten Branche/Gewerks 101
3. Aufstellen eines Algorithmus 103
4. Optimierung des Algorithmus bei handelslastigen Unternehmen 105
5. Praxisbeispiel 106
VII. Handlungsempfehlung 107
ANLAGEN 108

I. Zusammenfassung

§ 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) statuiert den Grundsatz der Losaufteilung. Gleichzeitig ergibt sich aus § 97 Abs. 5 GWB die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zu einer wirtschaftlichen Beschaffung. Das Projektteam wurde vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mit einem Forschungsvorhaben beauftragt, das auf Basis der genannten Grundprinzipien eine Festlegung zur Definition mittelständischer Unternehmen liefern und gleichzeitig ermitteln sollte, welche Ableitungen hinsichtlich der Losaufteilungspflicht aus dieser Definition zu ziehen sind. Für die Vergabestellen sollte hieraus eine praktikable und rechtssichere Handreichung entwickelt werden.

1. Mittelstandsbegriff

Die deutsche Rechtsprechung räumt Auftraggebern ein Ermessen bezüglich des Zuschnitts von Losen ein. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Größe von Teillosen. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind einerseits die Grundsätze der wettbewerblichen und der wirtschaftlichen Beschaffung und andererseits die mittelständischen Interessen in Einklang zu bringen. Die deutsche Rechtsprechung ermittelt diese mittelständischen Interessen unter Zugrundelegung eines relativen Mittelstandsbegriffes, der die Gegebenheiten des spezifischen Leistungsmarktes, auf welchem der Auftrag vergeben wird, berücksichtigt. Der Loszuschnitt muss sich demnach daran orientieren, dass einzelne Lose des Auftrages auch für typische mittelständische Unternehmen des konkreten Marktes zugänglich sind. Hierbei muss das Los weder spezifisch für ein oder mehrere Unternehmen zugeschnitten werden, noch für alle mittelständische Unternehmen zugänglich sein. Entscheidend ist die grundsätzliche Möglichkeit für mittelständische Unternehmen, sich mit der auf dem konkreten Markt üblichen und größtmöglichen Eigenständigkeit um den Auftrag zu bewerben.

2. Mittelstandsschutz im internationalen Vergleich

Von den befragten EU-Mitgliedsstaaten kennt nur das französische Vergaberecht eine Regelung, die mit der deutschen Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB vergleichbar ist. Andere EU-Mitgliedsstaaten, wie Italien, haben jedoch die Förderung von KMU im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe mittlerweile als ein probates Mittel zur Wirtschafsförderung in Krisenzei-

ten erkannt. So führte Italien Ende 2012 Regelungen zur Mittelstandsförderung in das italienische Vergaberecht ein. Ähnliche Tendenzen lassen sich bei der Neufassung des griechischen Vergaberechts erkennen. Andere Länder, wie Großbritannien, versuchen bislang durch untergesetzliche Richtlinien eine Steigerung der Partizipation von KMU an öffentlichen Auftragsvergaben zu erreichen. Eine konkrete Hilfe für Vergabestellen leistet in Luxemburg die dortige Handwerkskammer, die online ein gemeinsam mit Auftraggebern und Unternehmen entwickeltes Berechnungstool für die bei gegebenem Auftragsvolumen notwendige – aber auch hinreichende – Größe eines Unternehmens bezogen auf Mitarbeiterzahl und Umsatz zur Verfügung stellt.[1]

3. Praxis der Teillosbildung

Die Losaufteilung spielt in der Vergabepraxis eine bedeutsame Rolle. Allerdings steht für die im Rahmen der Studie befragten öffentlichen Auftraggeber bei der Aufteilung einer Gesamtleistung in Lose in der Regel nicht die Zielstellung des § 97 Abs. 3 GWB – der Mittelstandsschutz – im Fokus. Vielmehr verfolgen die Vergabestellen mit der Losbildung überwiegend eigene Interessen, wie zum Beispiel die Gewährleistung von Versorgungssicherheit. Der Mittelstandsschutz ergibt sich gleichsam als Reflex aus anderweitig motivierten Handlungen der Vergabestellen.

Sofern die befragten Vergabestellen im Rahmen ihrer Verfahren Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern, gehen sie davon aus, ihre Aufforderungen zu einem bedeutsamen Teil an Mittelständler zu richten. Insbesondere im Baubereich besteht zudem die Überzeugung, von vornherein mit Unternehmen einer nahezu ausschließlich mittelständisch geprägten Branche konfrontiert zu sein. Dies in Kombination mit dem Umstand, dass es in den Vergabeverfahren der befragten öffentlichen Auftraggeber nur selten zu Rückfragen oder gar Rügen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung mittelständischer Interessen kommt, führt zur Sicht der Vergabestellen, das Losaufteilungsgebot bereite in der Praxis keine Schwierigkeiten.

Die Aussagen der Unternehmen bestätigen diese Wahrnehmung indes nicht ohne Weiteres. So kommt es nach deren Angaben häufiger zu Rückfragen oder Rügen im Zusammenhang mit dem

[1] Abrufbar unter http://www.crtib.lu/conditions/index.jsp?section=DE.

Auftragsvolumen als nach den Aussagen der befragten Vergabestellen.[2] Zudem gibt ein nicht unbedeutender Anteil der Unternehmen an, meistens bzw. immer mit zu großen Auftragsvolumina für eine eigenständige Teilnahme an Vergabeverfahren konfrontiert zu sein. Schließlich beklagen viele Unternehmen insbesondere im Bereich der freiberuflichen Leistungen und der Dienstleistungen nach VOL zu hohe Anforderungen im Bereich der Eignungskriterien generell und speziell bei den Anforderungen zur Mindestpersonalausstattung und zum Mindestumsatz. Gerade der zuletzt genannte Kritikpunkt berührt inhaltlich den Bereich der möglicherweise zu großen Auftragsvolumina. Denn im Ergebnis macht es mit Blick auf den gesetzlich gebotenen Mittelstandschutz keinen Unterschied, ob eine Verfahrensteilnahme infolge zu großer Auftragsvolumina auf Ebene der formalen Eignungsanforderungen oder bei der für das Unternehmen vorgelagerten Frage nach der Leistungsfähigkeit scheitert.

4. Umsetzung des Gebots zur Teillosbildung in der Praxis

Eine verlässliche, dauerhafte und die Branchen bzw. Gewerke möglichst flächendeckend erfassende Datenbasis für die Ermittlung des jeweils typischen mittelständischen Unternehmens lässt sich weder über die Wirtschaftskammern noch über die Branchenverbände ermitteln. Dies gilt umso mehr für die Frage, welches konkrete Auftragsvolumen das typische mittelständische Unternehmen zu leisten imstande ist.

Der gangbarste Weg zur Bereitstellung einer Handreichung für die Umsetzung des Losaufteilungsgebots in der Praxis führt daher über das von den Statistischen Landesämtern regelmäßig und flächendeckend erhobene offizielle Datenmaterial zu Umsätzen und Mitarbeiterzahlen in verschiedenen Wirtschaftszweigen. In Fortentwicklung der luxemburgischen Lösung wurde ein Excel-Tool zur Berechnung der branchen- bzw. gewerke- sowie leistungszeitabhängigen idealen Losgröße entwickelt, das auf diese Daten zurückgreift.

---

[2] Eine Erklärung hierfür könnte darin liegen, dass die an der Vergabestellenumfrage teilnehmenden Vergabestellen nicht mit jenen Vergabestellen identisch sein müssen, mit denen die an der Unternehmerumfrage teilnehmenden Unternehmen im Rahmen von Beschaffungsverfahren Kontakt hatten. Darüber hinaus steht zu vermuten, dass sich Unternehmen, die in der Vergangenheit Probleme mit dem Auftragsvolumen hatten, eher an der Umfrage beteiligt haben als Unternehmen, bei denen dies nicht der Fall war.

Das Tool basiert auf zwei Annahmen: Zunächst wurden die Vorgaben der Rechtsprechung zum relativen Mittelstandsbegriff umgesetzt. Demnach ist das branchen- bzw. gewerketypische Unternehmen durch Betrachtung der statistischen Zahlen ohne die Größenklassen über 500 Mitarbeiter und von einem bis vier Mitarbeitern zu ermitteln. Innerhalb dieses Korridors wird die Größenklasse identifiziert, in der die meisten Unternehmen eingruppiert sind. In einem letzten Schritt wird innerhalb dieser Größenklasse durch Bildung des arithmetischen Mittels der „typische“ Mittelständler mit seiner charakteristischen Mitarbeiterzahl ermittelt. Zum zweiten wurde davon ausgegangen, dass der einzelne Auftrag nicht mehr als 50 Prozent des Jahresumsatzes des Unternehmens binden soll.

Das Berechnungstool erlaubt es Vergabestellen, in einer branchen- bzw. gewerketypischen Betrachtung zu ermitteln, welche Losgröße aus Sicht der mittelständischen Unternehmen und daher auch generell des Mittelstandsschutzes optimal wäre. Die Berechnungshilfe entbindet Vergabestellen dagegen nicht von der Beschäftigung mit den weiterführenden Fragen, ob der in Rede stehende Beschaffungsgegenstand dem Grunde nach überhaupt der Teillosbildung zugänglich ist und ob die eigentlich mögliche und gebotene Teillosbildung unterbleiben und eine Gesamtvergabe vorgenommen werden kann, weil wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (vgl. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB).

II. Problemaufriss

Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB 2009 verpflichtet öffentliche Auftraggeber in weit stärkerem Umfang als ihre Vorgängerregelung, mittelständische Unternehmen mit Aussicht auf Erfolg in ein Vergabeverfahren einzubeziehen. Dazu nutzt sie das Instrument der für die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlichen Pflicht zur Teil- und Fachlosbildung, das mit einem subjektiven Bieterrecht auf Beachtung dieser Pflicht korrespondiert. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Losaufteilung gewährt die Mittelstandsklausel dem öffentlichen Auftraggeber nur, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Gleichzeitig normiert § 97 Abs. 5 GWB das Ziel der öffentlichen Hand, wirtschaftlich einzukaufen und auf eine sparsame Verwendung von Steuergeldern zu achten.

Bei der praktischen Umsetzung der Mittelstandsklausel sehen sich die öffentlichen Auftraggeber mit rechtlichen sowie betriebs- und volkswirtschaftlichen Aspekten konfrontiert: Wie definiert sich Mittelstand? Wie groß dürfen die Auftragsvolumina von Losen maximal sein, um – noch – als mittelstandsfreundlich zu gelten? Sind hierbei die Möglichkeiten, als Bietergemeinschaft aufzutreten oder sich der Kapazitäten von Nachunternehmern zu bedienen, zu berücksichtigen? Ist die Beantwortung dieser Fragen vom Beschaffungsgegenstand, d. h. letztlich von der betroffenen Branche, abhängig?

Die Auseinandersetzung mit den genannten Aspekten spiegelt sich in der Spruchpraxis der Vergabekammern und der Vergabesenate der Oberlandesgerichte zur Thematik wider. So setzen sich gerade jüngere Entscheidungen eingehend mit der einschlägigen Definition des Mittelstandes auseinander. In der Tendenz wird dabei nicht den an klar umrissenen quantitativen Kriterien orientierten Definitionen wie jener aus dem EU-Beihilferecht der Vorzug eingeräumt, sondern sogenannten „relativen“ Definitionen. Hiernach bestimmt sich Mittelstand immer in Abhängigkeit von der Branche und darüber hinausgehend ggf. sogar von der Region, in der die beschaffte Lieferung oder Leistung auszuführen ist. Konkrete Hinweise darauf, in welcher Branche welche Unternehmensgröße anhand welcher Kriterien als mittelständisch zu gelten hat, und welche Losgröße hieran anknüpfend – noch – als mittelstandsgerecht gilt, finden sich indes in den bisherigen Entscheidungen nicht. Vielmehr konzentriert sich eine Vielzahl der Entschei-

dungen auf die Frage, ob wirtschaftliche oder technische Gründe für die ausnahmsweise Abstandnahme von der Losaufteilungspflicht vorliegen.

Letztlich stehen die öffentlichen Auftraggeber bei der Konzeption jedes Beschaffungsverfahrens vor der Frage, welchen Mittelstandsbegriff sie anzuwenden haben und – sofern sie der dargestellten Tendenz in der Rechtsprechung folgen – wie das Marktumfeld der infrage kommenden Bieter beschaffen ist, um hieraus die „optimale" Losgröße abzuleiten. Dies kann Vergabestellen vor praktische Schwierigkeiten stellen, weil die dargestellten Fragen im Zweifel, d.h. sofern nicht eine eigene hinreichende Marktübersicht des Beschaffers existiert, nur über eine ausführliche Recherche im betroffenen Marktsegment geklärt werden können.

Hinzu kommt, dass die gleichrangig zu betrachtenden Grundprinzipien des Mittelstandsschutzes durch Losaufteilung einerseits und der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung andererseits nicht immer Hand in Hand gehen. Eine kleinteilige Beschaffung ermöglicht weitgehenden Wettbewerb unter den Bietern, ist aber für den öffentlichen Auftraggeber häufig gleichwohl teurer, weil Mengeneffekte ausbleiben und der Verwaltungsaufwand steigt. Eine Bündelung von Leistungen kann kleineren Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb erschweren bzw. vereiteln, ist aber für den öffentlichen Auftraggeber aus den genannten Gründen oftmals wirtschaftlicher. Angesichts zunehmender Bündelung von Nachfragemacht in zentralen Beschaffungsstellen oder Einkaufsgemeinschaften und der damit einhergehenden Zusammenfassung teilbarer Leistungen verstärken sich die dargestellten Effekte tendenziell.

Die Beschaffungspraxis steht nach alledem vor der Herausforderung, in jedem Einzelfall die Mittelstandsklausel bei gleichzeitiger Gewährleistung einer wirtschaftlichen Beschaffung umzusetzen. Bislang liefern hierfür weder die derzeitige Regelung in § 97 Abs. 3 und 5 GWB, noch die Rechtsprechung praxistaugliche Parameter. Dieses Gutachten geht der Frage nach, wie sich die dargestellten Probleme in der Praxis der Vergabestellen auswirken und welche konkreten Hilfen ggf. bereitgestellt werden können, um eine gleichzeitig mittelstandsfreundliche und wirtschaftliche Beschaffung rechtssicher durchzuführen.

III. Mittelstandsbegriff

Um mittelständischen Unternehmen eine bessere Partizipationsmöglichkeit an öffentlichen Ausschreibungen zu ermöglichen, wurde die Losbildungspflicht in § 97 Abs. 3 GWB normiert.

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes für die GWB-Novellierung 2009 bezweckte die Bundesregierung mit der Neufassung der Mittelstandsklausel eine Stärkung des Mittelstandschutzes.[3] Dies sollte dadurch verwirklicht werden, dass eine Losvergabe grundsätzlich stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Sofern öffentliche Auftraggeber nach dieser Vorschrift verfahren, haben sie aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.[4]

Die Frage der praktischen Ausgestaltung dieser Mittelstandsklausel bedarf daher zunächst der Klärung der Fragestellung, welche Unternehmen hier insbesondere entsprechend gefördert werden sollen, und damit der Festlegung des zugrunde zu legenden Mittelstandsbegriffs (s.u. Ziffer 1). Im Anschluss hieran sind die Definitionen von Mittelstand und der daraus resultierenden maximalen Teillosgröße zu analysieren, die von der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung entwickelt wurden (s. u. Ziffer 2, 3 und 4).

1. Definitionen des Mittelstandsbegriffs

Eine einheitliche, rechtssichere Definition des Mittelstandes existiert in Deutschland bislang nicht.[5] Vielmehr werden in Wissenschaft und Praxis parallel unterschiedliche Definitionen gepflegt, welche den Mittelstand anhand quantitativer, aber auch qualitativer Aspekte abgrenzen.

---

[3] Vgl. BT-Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008, zu Nr. 2 (§ 97) a; Kus in: Kulartz/Kus/Portz, GWB Vergaberecht, 2. Auflage, § 97, Rdnr. 48 ff., 54.

[4] Vgl. BT-Drucksache 16/10117 vom 13.08.2008, zu Nr. 2 (§ 97) a; VK Lüneburg, B. v. 25.03.2010, Az.: VgK-07/2010.

[5] OLG Düsseldorf, B. v. 08.09.2004 - Az.: VII - Verg 38/04; VK Baden-Württemberg, B. v. 11.02.2011 - Az.: 1 VK 02/11; 2. VK Bund, B. v. 18.10.2012 - Az.: VK 2 - 77/12; 3. VK Bund, B. v. 09.01.2008 - Az.: VK 3 - 145/07; VK Düsseldorf, B. v. 19.03.2007 - Az.: VK - 07/2007 - B.

Soweit dabei auf quantitative Abgrenzungsmerkmale abgestellt wird, fokussiert die Betrachtung regelmäßig die Aspekte Mitarbeiterzahl, Umsatz oder Bilanzsumme, teilweise auch Kapitalbesitz. Die unterschiedlichen Definitionen unterscheiden sich hierbei auch hinsichtlich der Grenzwerte.

Die Europäische Kommission hat im Zusammenhang mit ihren Förderprogrammen eine quantitative Definition von „kleinen und mittleren Unternehmen" (**KMU**) entwickelt.[6] Gemäß der Kommissionsempfehlung vom 6. Mai 2003, die seit dem 1. Januar 2005 die bis dahin geltende Empfehlung (96/280/EG) ersetzt, sind Unternehmen mit bis zu 9 Beschäftigten und bis zu 2 Million Euro Jahresumsatz oder einer entsprechenden Bilanzsumme **Kleinstunternehmen**. Unternehmen, die bis zu 49 Arbeitnehmer beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Bilanzsumme von bis zu 10 Millionen Euro erwirtschaften, sind dagegen **kleine Unternehmen**. Unternehmen mit bis zu 249 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von bis zu 50 Millionen Euro oder einer Jahresbilanzsumme von höchstens Euro 43 Millionen gelten gemäß der Kommissionsempfehlung als **mittlere Unternehmen**.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass gemäß der Empfehlung der Europäischen Kommission **kleine und mittlere Unternehmen** (KMU) demnach Unternehmen sind, die

- weniger als 250 Arbeitnehmer beschäftigen und
- entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen Euro erzielen oder
- deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Millionen Euro beläuft.

Darüber hinaus wird eine weitgehende Unabhängigkeit der Unternehmen verlangt: Unternehmen, die zu Unternehmensgruppen gehören, zählen nicht zu den KMU. Entsprechend der Kommissionsempfehlung bedeutet Unabhängigkeit, dass kein anderes Unternehmen einen Anteil von mehr als 25 % des betreffenden Unternehmens besitzen darf.[7]

---

[6] Empfehlung 2003/361/EG vom 6.5. 2003, ABl. L 124, S. 36.

[7] Europäische Kommission, Die neue KMU Definition, Benutzerhandbuch (2006), Abschnitt 2.3.1, S. 16 (s. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_de.htm [Stand: 04.11.2013]).

Eine weitere rein quantitative Klassifizierung lässt sich aus einer analogen Anwendung des § 267 HGB herleiten. Mittelständische Unternehmen wären danach solche, die nach § 267 Abs. 3 HGB nicht in die Klasse der „großen Unternehmen“ fallen. Ein mittelständisches Unternehmen würde nach dieser Einteilung eine Mitarbeiterzahl von 250 nicht überschreiten, einen maximalen Jahresumsatz von weniger als 38,5 Mio. Euro und/oder eine Jahresbilanzsumme von maximal 19,25 Mio. Euro ausweisen.[8]

Eine quantitative als auch qualitative Aspekte berücksichtigende Definition von KMU stammt vom Institut für Mittelstandsforschung (IfM Bonn).[9] In qualitativer Hinsicht sieht das IfM Bonn die Schwelle für KMU bei einem Jahresumsatz von maximal 50 Mio. Euro. Im Gegensatz zur Europäischen Kommission begrenzt das IfM Bonn KMU bei einer Mitarbeiterzahl von unter 500 Personen, wobei die Jahresbilanzsumme in dieser Definition nicht berücksichtigt wird.[10] Jedoch sind sowohl nach der Empfehlung der EU-Kommission als auch nach der des IfM Bonn mehr als 99 % der deutschen Unternehmen als KMU zu klassifizieren.[11]

2. Evaluation Rechtsprechung

2.1. Ausgangspunkt der Nachprüfungsinstanzen

Die vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen durch Losvergabe wird von der Rechtsprechung in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) und zum Vergabeziel einer wirtschaftlichen Beschaffung (§ 97 Abs. 5 GWB) gesehen.[12] Diese Prinzipien seien gleichermaßen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer (losweisen) Vergabe zu berücksichtigen.[13] In diesem Spannungsverhältnis müsse durch den öffentlichen

---

8 Hochschule Koblenz: http://www.hs-koblenz.de/index.php?id=3382 [Stand: 04.11.2013]; Vgl. Personalwirtschaftliche Überlegungen zur Definition eines mittelständischen Unternehmens, Prof. Dr. Heinz-J. Bontrup, Fachhochschule Gelsenkirchen.

9 Vgl. http://www.ifm-bonn.org//uploads/tx_ifmstudies/IfM-Materialien-157_2003.pdf (Stand: 04.11.2013).

10 Vgl. http://www.ifm-bonn.org/mittelstandsdefinition/definition-kmu-des-ifm-bonn/ [Stand 04.11.2013].

11 Vgl. http://www.ifm-bonn.org/index.php?id=74#accordion=0&tab=0 [Stand : 04.11.2013].

12 OLG Schleswig, B. v. 30. Oktober 2012, Az.: 1 Verg 5/12; OLG Schleswig, B. v. 20. November 2012, Az.: 1 Verg 7/12; OLG Düsseldorf, B. v. 8. September 2011, Az.: VII Verg 48/11.

13 OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.

Auftraggeber nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben ein Ausgleich im Einzelfall geschaffen werden.

2.2. Grundsätzliche Pflicht zur losweisen Vergabe

Die Rechtsprechung gibt dem öffentlichen Auftraggeber für die Entscheidung, ob eine losweise Vergabe erfolgt, die Durchführung einer zweistufigen Prüfung vor. Im Ansatz steht es jeder Vergabestelle frei, die auszuschreibende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und dem Wettbewerb zu öffnen.[14] Deshalb ist auf der ersten Stufe zu prüfen, ob die zu beschaffende Leistung einer Losaufteilung überhaupt sinnvoll zugänglich ist; das heißt, ob innerhalb des Dispositionsrahmens, der durch das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil geschaffen wurde, eine (weitere) Zerlegung in Lose möglich ist oder ob dies die Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle verletzen würde.[15] Maßgebend für diese Abgrenzung sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung.

Wird die grundsätzliche Möglichkeit, dass die zu beschaffende Leistung auch in Form einer Losvergabe sinnvoll erbracht werden könnte, bejaht, ist auf einer zweiten Stufe im Rahmen einer Einzelfallabwägung zu prüfen, ob besondere wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen, wonach die Vergabestelle zur Vermeidung erheblicher Nachteile von einer losweisen Vergabe absehen durfte.[16] Nach dem aktuellen Wortlaut des § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB müssen die wirtschaftlichen oder technischen Gründe das Absehen von der losweisen Vergabe **erfordern**. Um ein Erfordernis annehmen zu können, dürfen die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkennenswert sein, sondern müssen überwiegen.[17] Dabei ist in Anbetracht der beabsichtigten Stärkung des Mittelstandschutzes davon auszugehen, dass nur ein ausgeprägtes Übergewicht der wirtschaftlichen oder technischen Gründe das Absehen von

---

[14] OLG Jena, B. v. 26. Juni 2006, Az.: 9 Verg 2/06; OLG Jena, B. v. 6. Juni 2007, Az,: 9 Verg 3/07; OLG Celle, B. v. 26. April 2010, Az.: 13 Verg 4/10.

[15] Vgl. OLG Jena, B. v. 6. Juni 2007, Az,: 9 Verg 3/07; OLG Celle, B. v. 26. April 2010, Az.: 13 Verg 4/10.

[16] Vgl. OLG Jena, B. v. 6. Juni 2007, Az,: 9 Verg 3/07; OLG Celle, B. v. 26. April 2010, Az.: 13 Verg 4/10.

[17] Bereits zu § 97 Abs. 3 a.F. GWB: OLG Düsseldorf, B. v. 25. November 2009, Az.: VII Verg 27/09; ebenso auf § 97 Abs. 3 n.F. GWB angewandt: OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: VII Verg 92/11; OLG Düsseldorf, B. v. 11. Januar 2012, Az.: VII Verg 52/11; OLG Düsseldorf, B. v. 8. November 2011, Az.: VII Verg 48/11.

der losweisen Vergabe erlaubt. Keinesfalls reichen ein Mehraufwand oder Belastungen, die einer losweisen Vergabe immanent oder typischerweise mit dieser verbunden sind, da diese typischen Folgen einer losweisen Vergabe nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen sind.[18] Erst wenn über dieses der losweisen Vergabe immanente Maß hinausgehend unverhältnismäßige Kostennachteile verursacht werden oder die Losteilung zu einer so starken Verzögerung des Vorhabens oder Abwicklungsproblemen führt, die nicht mehr als vertretbar zu betrachten sind, kann von einer losweisen Vergabe abgesehen werden.[19]

Sofern keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe gegeben sind, die eine losweise Vergabe entbehrlich machen, sind die Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, wenn beides möglich ist.[20]

Da die Losaufteilung zu der angemessenen Berücksichtigung mittelständischer Interessen führen soll, bedarf es für eine sachgerechte und ermessensfehlerfreie Ausgestaltung der Loszuschnitte zunächst der Feststellung, was unter mittelständischen Interessen zu verstehen ist, wie der Mittelstand definiert wird und insbesondere welche Unternehmen Teil des Mittelstandes sind.

2.3. Die Definition des Begriffs Mittelstand in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung stellt zunächst fest, dass weder das deutsche noch das europäische Vergaberecht explizite Vorgaben dazu enthalten, was unter Mittelstand im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB zu verstehen ist.[21]

Teilweise belassen es die Nachprüfungsinstanzen in ihren Entscheidungen dabei, die Empfehlung zur KMU-Definition der EU-Kommission heranzuziehen und in knappen Ausführungen fest-

---

[18] OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: VII-Verg 92/11; OLG Düsseldorf, B. v. 25. November 2009, Az.: VII Verg 27/09; OLG Düsseldorf, B. v. 11. Januar 2012, Az.: VII Verg 52/11; OLG Koblenz, B. v. 4. April 2012, Az.: 1 Verg 2/11; VK Schleswig-Holstein, B. v. 19. Oktober 2012, Az.: VK-SH 28/12; VK Sachsen, B. v. 22. Juli 2010, Az.: 1/SVK/022-10; VK Sachsen, B. v. 10. Februar 2012, Az.: 1/SVK/050-11.

[19] VK Nordbayern, B. v. 19. Mai 2009, Az.: 21.VK-3194-13/09.

[20] OLG Koblenz, B. v. 4. April 2012, Az.: 1 Verg 2/11.

[21] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2 – 77/12; VK Bund, B. v. 9. Januar 2008, Az.: VK 3-145/07; OLG Düsseldorf, B. v. 8. September 2004, Az.: Verg 38/04; VK Bund, B. v. 4. März 2009, Az.: VK 2-202/08 und 205/08; VK Bund, B. v. 27. September 2011, VK 2-100/11.

zustellen, ob der streitgegenständliche Auftrag für mittelständische Unternehmen zugänglich war bzw. ob es sich bei dem Antragsteller um ein mittelständisches Unternehmen handelt.[22]

In diesen Entscheidungen wird aber nicht ausdrücklich darauf abgestellt, dass diese Empfehlung einer KMU-Definition der EU-Kommission zu kleineren und mittleren Unternehmen als feststehende, absolute Definition von Mittelstand zu verstehen und anzuwenden sei. Auch eine absolute Definition des Mittelstandes nach anderweitigen starren Kriterien wird in der Rechtsprechung nicht verfolgt.

Aus diesen Entscheidungen kann deshalb nicht der feststehende Rückschluss gezogen werden, dass die betreffende Nachprüfungsinstanz einen Mittelstandsbegriff vertritt, der branchenübergreifend nach starren Voraussetzungen bestimmt, wann ein Unternehmen dem Mittelstand zuzurechnen ist. Vielmehr liegt diesen Entscheidungen stets ein Sachverhalt zugrunde, der keiner intensiven Auseinandersetzung mit der Frage, wie der Mittelstand konkret zu bestimmen ist, bedurfte: Entweder liegen offensichtlich gewichtige Gründe für eine Gesamtvergabe vor und der Auftrag war darüber hinaus in seiner Gesamtheit offensichtlich auch für mittelständische Unternehmen zu bewältigen,[23] oder solche Gründe liegen nicht vor, trotzdem wurde eine Gesamtvergabe durchgeführt, sodass der Fokus zunächst auf dem „ob“ der Losteilung liegen muss.[24]

Soweit ersichtlich ist jedoch keine Nachprüfungsinstanz, die sich intensiv mit der Frage auseinandersetzt, wie der Mittelstand und die mittelständischen Interessen im konkreten Fall zu bestimmen sind, der Auffassung, dass dies nach feststehenden, starren und branchenübergreifenden Kriterien zu erfolgen hat.

Allein das OLG Karlsruhe stellt – zunächst losgelöst vom Kontext des Vergaberechts – fest, dass der Begriff des Mittelstandes ein allgemein gebräuchlicher volkswirtschaftlicher Begriff sei, der kleine und mittlere Unternehmen im Unterschied zu den Großunternehmen – bzw. nach Lei-

---

[22] Vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 25. April 2012, Az.: Verg 100/11, der nur im Klammerzusatz auf die KMU-Definition verweist; VK Berlin, B. v. 6. Juli 2012, Az.: VK B2 16/12; VK Köln, B. v. 6.03.2012, Az.: VK VOL 45/2011.

[23] OLG Düsseldorf, B. v. 25. April 2012, Az.: Verg 100/11.

[24] VK Berlin, B. v. 6. Juli 2012, Az.: VK B2 16/12.

tung und Verantwortlichkeit des Eigentümers (sogenannte Familienunternehmen) – beschreibt, ohne eine exakte Abgrenzung vorzunehmen; der Begriff werde allgemein für Unternehmen verwendet und differenziere nicht nach einzelnen Wirtschaftszweigen. Für die Bestimmung des Begriffs „Mittelstand“ könne nicht auf die Struktur des jeweiligen Marktes abgestellt werden, da es sich um einen allgemein für Unternehmen verwendeten Begriff handle. Auch für eine eigenständige Definition des Mittelstandbegriffs im Hinblick auf die vergaberechtlichen Vorschriften, explizit § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB und § 2 EG VOL/A, gebe es keine Anhaltspunkte. Allerdings differenziert das OLG Karlsruhe in seinen weiteren Ausführungen zwischen dem – nach seiner Auffassung – **absoluten Mittelstandsbegriff** und dem mittelständischen Interesse, welches hingegen relativ durch die Größe und Leistungsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen in einem bestimmten Wirtschaftssektor geprägt werde. Um diese mittelständischen Interessen bei der Losaufteilung zu berücksichtigen, müsse auf die Größe und Leistungsfähigkeit der Unternehmen des Wirtschaftszweiges abgestellt werden.[25] Damit verfolgt auch das OLG Karlsruhe im Ergebnis eine relative Bestimmung der grundlegenden Parameter für den Zuschnitt von Teillosen.[26]

Im Falle der differenzierten Auseinandersetzung einer Nachprüfungsinstanz mit dem Begriff „Mittelstand“ sieht die Rechtsprechung in der Definition kleiner und mittlerer Unternehmen durch die Empfehlung der EU-Kommission aus dem Jahr 2003 jedoch lediglich eine Vorgabe indiziellen Charakters, die keine Rechtssatzqualität aufweist.[27] Insbesondere die statischen Vorgaben zur Definition des Mittelstandes werden nach Auffassung der Rechtsprechung der tatsächlichen Marktsituation nicht gerecht.

---

[25] OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.

[26] Ebenso: OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11.

[27] VK Bund, B. v. 4. März 2009, Az.: VK 2-202/08 und 205/08; VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12; OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11; OLG Düsseldorf, B. v. 8. September 2004, Az.: Verg 38/04; a.A. OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11, das zumindest den Begriff „Mittelstand“ als nach dieser Definition feststehend annimmt.

So führt die Vergabekammer des Bundes aktuell aus:[28]

„Eine derartige statische Orientierung an absoluten Zahlen wird dem im Kartell- und Kartellvergaberecht herrschenden Wettbewerbsgedanken nicht gerecht. Denn ein Unternehmen mit - absolut gesehen - höheren Umsatzzahlen als den genannten Schwellenwerten der Kommissionsempfehlung kann auf einem Markt, auf dem Unternehmen mit noch höheren Umsatzzahlen tätig sind, je nach Einzelfall noch als klein oder mittelgroß angesehen werden. Umgekehrt können Unternehmen mit Umsätzen noch im Rahmen jener Schwellenwerte aufgrund der konkreten Größenverteilung in einem Markt gegebenenfalls bereits als nicht mehr dem Mittelstand dieses Marktes zuzurechnende "Großunternehmen" zu betrachten sein.“

Mit gleicher Intention das OLG Düsseldorf:[29]

„Der Ressourceneinsatz (notwendiges Kapital, Mitarbeiterzahlen) unterscheidet sich in den verschiedenen Branchen stark. Unternehmen, die beispielsweise im Reinigungsgewerbe tätig werden wollen, benötigen einen ganz anderen Kapitalstock als Unternehmen im Verkehrsgewerbe oder gar in der Rüstungsindustrie.“

Die Nachprüfungsinstanzen berücksichtigen deshalb bei der Definition des Mittelstandes im Einzelfall, über die ersten Anhaltspunkte, die die Empfehlung der Kommission für KMUs enthält, hinausgehend, die konkreten Marktverhältnisse. Es wird demnach ein **relativer Mittelstandsbegriff** angewandt.[30] Welche Unternehmen im jeweils relevanten sachlichen und räumlichen Markt dem Mittelstand im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB zuzurechnen und den Überlegungen der öffentlichen Auftraggeber zum Loszuschnitt zugrunde zu legen sind, bemessen die Nachprüfungsinstanzen damit nicht nach absoluten, statischen Kriterien, sondern unter wettbewerblichen Gesichtspunkten nach den jeweils herrschenden Marktverhältnissen, die in unterschiedlichen Märkten auch sehr unterschiedlich ausgeprägt sein können.[31]

---

[28] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12.
[29] OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11.
[30] VK Baden-Württemberg, B. v. 18.02.2011, Az.: 1 VK 2/11.
[31] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12; vgl. auch OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11; OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12; OLG Schleswig, B. v. 30. Oktober 2012, Az.: 1 Verg 5/12; OLG Schleswig, B. v. 20. November 2012, Az.: 1 Verg 7/12; VK

3. Einzelne Marktbetrachtungen in der Rechtsprechung

So hat das OLG Schleswig bei der Frage der Teillosbildung im Bereich der Postdienstleistungen in seine Betrachtungen einbezogen, dass sich der Markt für **Postdienstleistungen** aufgrund der erst vor wenigen Jahren erfolgten Liberalisierung (der Beendigung des Beförderungsmonopols für Pakete und Päckchen und später der Exklusivlizenz für die Briefbeförderung) noch im „Aufwuchs“ befindet und eine überwiegend regionale Tätigkeit der „neuen“ Marktteilnehmer vorliegt. Die Bildung von Regionallosen trug diesem Umstand ausreichend Rechnung.[32] Die Nachprüfungsinstanz stützte diese Erwägungen auf Informationen aus den 2012 veröffentlichten **„Marktdaten 2008-2010“** der Bundesnetzagentur über lizenzpflichtige Briefdienstleistungen und den darin ausgewiesenen Umsatzanteilen der Deutschen Post AG-Gruppe und ihrer Wettbewerber.[33]

Im Bereich der **Gebäudereinigung** zog die Vergabekammer des Bundes zur Bestimmung der Parameter für ein mittelständisches Unternehmen in dieser Branche Zahlen heran, die der Bundesinnungsverband ermittelt hatte, und fand, anhand des Abgleichs von Umsatzzahlen und prozentualem Anteil der kleinen Unternehmen am Branchengesamtumsatz, heraus, dass der Markt von wenigen extrem großen Marktteilnehmern und vielen atomisiert kleinen Marktteilnehmern geprägt ist.[34] Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf[35] stützte seine Entscheidung zur Abgrenzung von Gebäudereinigungsleistungen und Glasreinigungsleistungen auf die Anhörung von **sachverständigen Zeugen**.

Im Rahmen der Überprüfung der Ermessensentscheidung des Auftraggebers über den Zuschnitt von Teillosen hat die Aussage der Antragstellerin, es handele sich bei ihr um ein typisches mittelständisches Unternehmen, dazu geführt, dass die Vergabekammer des Bundes die **Größe**

Bund, B. v. 4. März 2009, Az.: VK 2-202/08 und 205/08; VK Bund, B. v. 27. September 2011, VK 2-100/11.

32 OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12.

33 Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen – Marktdaten 2008-2010, Bundesnetzagentur, Mai 2012, Quelle: http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/LizenzpflichtigePDL/BDL2008-2010.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [Stand: 04.11.2013].

34 VK Bund, B. v. 4. März 2009, Az.: VK 2-202/08 und 205/08.

35 OLG Düsseldorf, B. v. 11.01.2012, Az.: Verg 52/11.

(Mitarbeiterzahl, Umsatz, Aktionsradius) dieses Unternehmens als Maßstab dafür herangezogen hat, ob der Loszuschnitt mittelständische Interessen berücksichtigt.[36] Da die Fläche eines Gebietsloses mit dem Aktionsradius der Antragstellerin im Einklang stand und auch weitere Einzelbieter eine vergleichbare Unternehmensgröße aufwiesen und nicht beabsichtigten, zur Leistungserbringung Nachunternehmer einzusetzen, wurde eine ermessensfehlerfreie Entscheidung bezüglich der Größen der Teillose bejaht.[37]

Neben der prozentualen Verteilung der am Markt tätigen Unternehmen auf die verschiedenen Umsatzbereiche (bis EUR 100.000 (50 %), bis EUR 500.000 (31 %), bis EUR 5.000.000 (17 %) und über EUR 5.000.000 (2 %)) zog das OLG Karlsruhe für die Frage der ausreichenden Berücksichtigung mittelständischer Interessen auch die sinngemäße Aussage der Antragstellerin heran, dass aufgrund der erforderlichen Vorleistungen in der betreffenden Branche (Gebäudereinigung) nur Aufträge zu bewältigen seien, deren jährliches finanzielles Volumen 60 % des eigenen Jahresumsatzes nicht übersteige.[38] Anhand der Losvolumina konnte das Gericht auf den zur Auftragsausführung danach notwendigen Umsatz schließen, welcher bei EUR 1,3 bis 1,5 Mio. lag.

Allerdings greift das OLG dann wieder auf die Empfehlung einer Definition der EU-Kommission zurück, um festzustellen, dass bis zu 19 % der Unternehmen in der Gebäudereinigungsbranche, die gleichzeitig als mittelständisch im Sinne der Empfehlung der Kommission einzustufen seien, den Auftrag erfüllen könnten, was zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen ausreiche.[39] Diese Schlussfolgerung ist jedoch insofern nicht stringent, als die vorherigen Darlegungen des Gerichts zeigen, dass diese 19 % die Umsatzschwelle von EUR 500.000 bis 5 Mio. umfassen: Es ist nicht klar, wie viel Prozent hierbei auf den Umsatzbereich EUR 500.000 bis 1,3 Mio. entfallen. Auch berücksichtigt das Gericht entgegen seinen vorhergehenden Erörterungen durch den Abgleich anhand der starren Empfehlung der EU-Kommission gerade nicht die mittelständischen Interessen bezogen auf einen bestimmten Wirtschaftssektor.

---

[36] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12.
[37] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12.
[38] OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.
[39] OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.

Das in der Rechtsprechung der Vergabenachprüfungsinstanzen verbreitete Verständnis, dass die Definition des Begriffes Mittelstand stets relativer Natur ist, korrespondiert mit der Definition der kleineren und mittleren Unternehmen im Rahmen der §§ 3, 20 Abs. 2 und Abs. 4 GWB.[40] Auch im Hinblick auf diese kartellrechtlichen Regelungen, die ebenso die Intention verfolgen, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen zu verbessern bzw. nicht zu beeinträchtigen, wird ein marktspezifischer relativer Mittelstandsbegriff angewandt. So führt die Vergabekammer des Bundes aus, dass mit dem Begriff Mittelstand „ähnlich wie in § 3 GWB Unternehmen gemeint [seien], die in der Struktur des jeweiligen Beschaffungsmarktes – relativ – nach Größe, Umsatz, Beschäftigten und Finanzkraft zu den kleineren gehören."[41]

Sofern einzelne Unternehmen Teil eines Konzernverbundes sind, wurde in der Rechtsprechung nicht auf die Größe und Leistungsfähigkeit des Einzelunternehmens, das sich um den Auftrag bewirbt, abgestellt, sondern auf den Gesamtkonzern, denn schließlich sei es grundsätzlich ein Unternehmen einschließlich der hinter ihm stehenden Konzernstärke, das sich an einer Ausschreibung beteiligt.[42] Eines speziellen Schutzes, wie in § 97 Abs. 3 GWB vorgesehen, bedürfe ein solches Unternehmen im Regelfall daher nicht.[43]

Die Nachprüfungsinstanzen stützen sich in der Zusammenschau bei der Feststellung, welche Unternehmen zum Mittelstand gehören, auf feste objektivierbare Größen als Vergleichsmaßstab zwischen den am Markt tätigen Unternehmen: Oft wird verallgemeinernd auf die Größe der Unternehmen abgestellt. Diese wird jedoch insbesondere durch den Umsatz der Unternehmen, aber auch durch ihre Mitarbeiterzahl bestimmt. Darüber hinaus wird der Tätigkeitsradius der Unternehmen am Markt berücksichtigt, um festzustellen, ob vermehrt regionale oder überregionale Leistungen von den Unternehmen erbracht werden.

---

[40] Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage, München 2009, § 3 GWB, Rn. 11 ff; Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2007, § 3 GWB, Rn. 34 ff.

[41] VK Bund, B. v. 27. September 2011, Az.: VK 2-100/11; ebenso Bezugnahme auf § 3 GWB:VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12; vgl. auch Fehling in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2011, § 97 Rn. 97.

[42] VK Bund, B. v. 3. Februar 2010, Az.: VK 1 – 236/09; vgl. auch VK Düsseldorf, B. v. 19. März 2007, VK – 07 / 2007 – B; VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2-77/12, die bei der Prüfung, ob ein Unternehmen als mittelständisch anzusehen ist, die Zugehörigkeit zu einem Großkonzern ausschließt.

[43] VK Bund, B. v. 3. Februar 2010, Az.: VK 1 – 236/09; VK Bund, B. v. 6. Oktober 2009, VK 2 - 165 / 09.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, greifen die Nachprüfungsinstanzen bei der Erörterung der Marktstrukturen auf Informationen und veröffentlichte Daten von Behörden oder Innungsverbänden zurück und beziehen auch die Bieterstruktur im Hinblick auf den konkreten Auftrag sowie (unstreitige) Aussagen der Verfahrensbeteiligten zu Branchenverhältnissen mit ein.

4. Ausgestaltung der Teillose

§ 97 Abs. 3 GWB gibt lediglich die grundsätzliche Pflicht zur Losaufteilung sowie Kriterien vor, bei deren Vorliegen eine Gesamtvergabe gerechtfertigt ist. Die Vorschrift trifft aber keine Aussage über die Losgröße oder in welchen Grenzen oder nach welchen Kriterien Teillose zu bilden sind.[44]

Die Voraussetzungen, unter denen eine Gesamtvergabe erfolgen kann, können jedoch entsprechend bei der Teillosbildung angewandt werden.[45] § 97 Abs. 3 GWB fordert demnach auch bei der Teillosbildung weder eine marktunübliche Trennung des Auftrags in Einzelteile noch eine unwirtschaftliche Zersplitterung.[46] Ein Auftraggeber ist auch bei der Teillosbildung nicht verpflichtet eine Lostrennung vorzunehmen, die zu einer nicht mehr sinnvollen Beschaffung führen würde; der Auftraggeber ist deshalb nicht gezwungen „Einzelteile“ von verschiedenen Bietern zu beschaffen, wenn aus sachlichen Gründen nur ein Paket aus einer Hand sinnvoll ist.[47] Auch eine unwirtschaftliche Zersplitterung in Kleinstlose muss der Auftraggeber nicht vornehmen.[48]

Nach der Rechtsprechung steht dem Auftraggeber beim Zuschnitt der Lose im Rahmen einer Ausschreibung ein weiter Ermessens- und Gestaltungsspielraum zu, dessen Gebrauch von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich hinzunehmen ist und der vergaberechtlich lediglich auf Ermessensfehler hin überprüft werden darf.[49] Die Vergabenachprüfungsinstanzen

---

[44] Vgl. OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.
[45] Vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11.
[46] VK Bund, B. v. 27. August 2012, Az.: VK 2-65/12.
[47] VK Bund, B. v. 27. August 2012, Az.: VK 2-65/12.
[48] OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11.
[49] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2 – 77/12; OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.

überprüfen die Losaufteilung deshalb lediglich darauf, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung beruht, inhaltlich sachgerecht und nachvollziehbar ist und mithin nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich Willkür beruht.[50]

Die VK Bund fasst den Vorgang der Entscheidungsfindung, wie ein Los konkret zugeschnitten werden soll, sehr instruktiv wie folgt zusammen:[51]

„die gebotenen Sachverhaltsermittlungen der öffentlichen Auftraggeberin (müssen sich) auf die gegebenen Strukturen und Rahmenbedingungen im sachlich und räumlich relevanten Markt beziehen; sind diese festgestellt, so ist durch eine vergleichende Analyse der in diesem Markt tätigen Unternehmen zu prüfen, ob und inwieweit dabei (auch) mittelständische Unternehmen vorhanden sind; schließlich ist zu prüfen, durch welche Art und Weise des Loszuschnitts die Interessen der vorhandenen Mittelständler an der Möglichkeit der Angebotsabgabe angemessen berücksichtigt werden können, wobei etwa auch im Markt vorhandene marktschwache Kleinstunternehmen gegebenenfalls außer Acht gelassen werden können."

Grundsätzlich steht es dem öffentlichen Auftraggeber frei, darüber zu befinden, welchen Umfang die zu vergebende Leistung im Einzelnen haben soll und ob ggf. mehrere Leistungseinheiten gebildet werden, die gesondert vergeben werden und vertraglich abzuwickeln sind.[52] Allerdings sind hierbei die allgemeinen Vergabegrundsätze zu beachten, was dazu führt, dass im Rahmen des konkreten Loszuschnittes das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung und das Wettbewerbsprinzip gemäß § 97 Abs. 1 und Abs. 5 GWB in einen sachgerechten Ausgleich gebracht werden müssen mit der Pflicht zur Berücksichtigung der mittelständischen Interessen gemäß § 97 Abs. 3 GWB; das Vergaberecht soll einerseits Bieterrechte eröffnen, andererseits eine wirtschaftliche Vergabe gewährleisten.[53]

Vor diesem Hintergrund erfordert die Bildung von Teillosen, dass mittelständische Unternehmen tatsächlich in die Lage versetzt werden, sich eigenständig, und nicht nur in Bietergemein-

---

[50] VK Bund, B. v. 27. September 2011, Az.: VK 2 100/11.
[51] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2 – 77/12.
[52] OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.
[53] Vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11.

schaften, um den Auftrag zu bewerben.[54] Wie streng dieser Grundsatz umzusetzen ist, hängt jedoch auch von der jeweiligen Struktur des Leistungsmarktes ab:

So stellte das OLG Schleswig aktuell betreffend den Markt der Postdienstleistungen fest, dass im Gegensatz – etwa – zur Vergabe von Reinigungsdienstleistungen, wo mittelständische Unternehmen – generell – alle geforderten Leistungen selbst erbringen könnten, es bei Paket- oder Briefbeförderungen eher die Regel als die Ausnahme sein werde, dass Bieter Teile der geforderten Dienstleistungen über Arbeits-/Bietergemeinschaften oder über Nachunternehmer erbringen.[55] Allein die Notwendigkeit zur Bildung solcher Kooperationsformen – zur Ermöglichung einer Marktteilnahme – begründe damit noch nicht die Annahme, ein Loszuschnitt verstoße gegen § 97 Abs. 3 GWB.[56] Aber auch nach den Ausführungen des OLG Schleswig müssen die in einem Los zusammengefassten Leistungen für mittelständische Unternehmen zu bewältigen sein, ohne überwiegende Teile des Auftrages über „Nachunternehmer" oder Teilleistungs- und Konsolidierungsaufträge in einem solchen Ausmaß abwickeln zu müssen, dass für den „nominell" auftretenden mittelständischen Bieter kein praktisch wirksamer wettbewerblicher Spielraum bleibt.[57]

Hierbei muss ein Los aber nicht auf ein oder mehrere bestimmte Unternehmen zugeschnitten sein, denn der öffentliche Auftraggeber hat durch seine Nachfrage nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen.[58] Auch sind Lose nicht so zuzuschneiden, dass sich jedes am Markt tätige mittelständische Unternehmen darum auch tatsächlich bewerben kann.[59]

Um diesen Grundsätzen bezogen auf den konkreten Markt gerecht zu werden, bedarf es einer zutreffenden und inhaltlich ausreichend umfangreichen Sachverhaltsermittlung. Die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung sind jedoch nicht zu überspannen. Von dem Auftragge-

---

[54] Vgl. OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, B. v. 8. September 2004, Az.: Verg 38/04; VK Nordbayern, B. v. 19. Mai 2009, Az.: 21.VK-3194-13/09; OLG Düsseldorf, B. v. 4. März 2004, Az.: Verg 8/04.

[55] OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12.

[56] OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12.

[57] OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12.

[58] Vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 21. März 2012, Az.: Verg 92/11; VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2 – 77/12; OLG Düsseldorf, B. v. 25. April 2012, Az.: Verg 100/11; OLG Schleswig, B. v. 25. Januar 2013, Az.: 1 Verg 6/12, 1 Verg 8/12; VK Bund, B. v. 27. August 2012, Az.: VK 2-65/12.

[59] OLG Karlsruhe, B. v. 6. April 2011, Az.: 15 Verg 3/11.

ber kann keine umfassende, in der Sache vollkommen und mit absoluter Sicherheit zutreffende Marktanalyse erwartet werden; es reicht für eine vollständige und abschließende Sachverhaltsermittlung aus, wenn sie plausibel und im Vergabeverfahren hinreichend mit Tatsachenfeststellungen belegt ist. Darüber hinausgehende Erfordernisse seien rechtlich und tatsächlich nicht zu erfüllen, da der Auftraggeber zum einen nicht über die notwendigen gesetzlichen Ermittlungsbefugnisse verfüge und zum anderen eine derart umfassende Marktanalyse im Vergabeverfahren nicht mit vertretbarem Aufwand zu leisten sei und auch zu unvertretbaren zeitlichen Verzögerungen führen würde.[60]

5. Praktikabilität der Definitionen für die Bestimmung der Teillosgrößen

Keiner der Ansätze ist für sich ohne weiteres praktikabel: Für eine branchenspezifische Betrachtung fehlen bereits allgemein zugängliche Datenquellen, auf die der öffentliche Auftraggeber jederzeit zugreifen könnte, um branchenspezifisch ein mittelständisches Unternehmen und daraus abgeleitet die Losgröße definieren zu können. Welche Kriterien dabei aufzuführen sind, wird ebenfalls uneinheitlich bewertet. Als unzumutbar stellt sich der Aufwand für die Vergabestelle dar, im Einzelfall gutachterliche Stellungnahmen einzuholen.

Aufgrund der aktuellen Rechtsprechung kann man schließen, dass die Praktikabilität einer Definition des Mittelstandes nicht nur vom Unternehmen selbst, sondern auch der Einordnung in die jeweilige Marktstruktur der Branche abhängt. Um diesen Zusammenhang herzustellen, ist es nötig, die Branchen in ihre Wirtschaftszweige zu gliedern und branchenspezifisch zu betrachten. Diese Gliederung muss allerdings auf für die Vergabestellen leicht zu erhaltenden Daten basieren.

6. Branchenschwerpunkte in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung deutscher Nachprüfungsinstanzen zur losweisen Vergabe standen in den vergangenen Jahren insbesondere folgende Branchen im Mittelpunkt (in absteigender Rangfolge): Gebäudereinigungsleistungen, Postdienstleistungen, Arzneimittel, Hilfsmittel, Bauleistungen, Entsorgung, SPNV, EDV-Technik, Abschleppdienste, freiberufliche Leistungen.

[60] VK Bund, B. v. 18. Oktober 2012, Az.: VK 2 – 77/12.

7. Ausblick auf die neuen Europ. Richtlinien für klassische öffentliche Auftraggeber

Zum Zeitpunkt der Abgabe des Endberichts befinden sich Richtlinienentwürfe in der finalen Abstimmung zwischen den europäischen Institutionen und den Mitgliedsstaaten. Nach dem letzten Stand der Abstimmung bekommt die Förderung der Teilnahme von KMU an öffentlichen Auftragsvergaben in der zukünftigen Richtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber auch einen deutlich höheren Stellenwert, als bislang eingeräumt.

So wird bereits in Erwägungsgrund 29b gefordert, dass Auftragsvergaben an die Bedürfnisse von KMU angepasst werden sollten. Die Mitgliedsstaaten werden ermutigt, ein Arbeitsdokument der EU-Kommission vom 25. Juni 2008 („Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen)[61] anzuwenden.

Zu diesem Zweck regt der Europäische Richtliniengeber an, öffentliche Auftraggeber „zu ermutigen“, Aufträge in Lose zu unterteilen. Die Präambel nimmt dann die deutsche Unterscheidung zwischen Fach- und Teillosen auf, indem sie darauf hinweist, dass Lose aufgrund von quantitativen wie qualitativen Erwägungen gebildet werden können, um KMU eine Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Zum Zuschnitt der Lose und zur Losgröße führt der Europäische Richtliniengeber aus, dass diese Entscheidungen in das Ermessen der öffentlichen Auftraggeber gestellt sind. Auftraggeber sollten frei in ihrer Entscheidung der Losaufteilung bleiben, ohne dies gegenüber vorgesetzten Verwaltungsstellen oder im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle rechtfertigen zu müssen.[62] Bei einer Gesamtvergabe sollte allerdings der Grund für das Abweichen von der Losvergabe in den Vergabeunterlagen benannt werden. Als Ausnahmetatbestand erwähnt der Richtlinienentwurf neben den technischen Besonderheiten und der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung auch die Schwierigkeit der Koordination der verschiedenen Auftragnehmer.

Die Richtlinie stellt es den Mitgliedsstaaten ausdrücklich anheim, über die vorgenannten Regeln hinauszugehen und den öffentlichen Auftraggebern des Mitgliedsstaats eine Verpflichtung zur

---

[61] Brüssel, den 25. 06. 2008, SEC(2008) 2193.

[62] Erwägungsgrund 29b des Richtlinienentwurfs (Stand 5. August 2013).

losweisen Vergabe aufzuerlegen.[63] Eine Verpflichtung aller europäischen Auftraggeber zur losweisen Vergabe war zwar ursprünglich in den Richtlinienentwürfen vorgesehen, wurde allerdings im Laufe des Trilogverfahrens aus dem Entwurf entfernt.

[63] Artikel 44 Abs. 3a des Richtlinienentwurfs (Stand 5. August 2013).

IV. Kernergebnisse der Bestandsaufnahme[64]

Zentraler Bestandteil der Bestandsaufnahme waren persönliche Interviews mit 23 größeren Vergabestellen, darunter 11 Bundes-, sieben Landes- und drei kommunale Beschaffungsstellen sowie zwei Sektorenauftraggeber. Parallel wurde die der Studie zugrundeliegende Datenbasis mit einer Online-Umfrage[65] deutlich erweitert, gleichzeitig wurden die Interviewergebnisse verifiziert. Während sich die Präsenzinterviews auf größere Vergabestellen mit einem häufig spezialisierten Zuständigkeitsbereich konzentriert haben, deckt das Spektrum der Online-Beteiligung zusätzlich gerade auch kleinere, kommunale Vergabestellen mit inhaltlich breiter gestreuten Vergabeverfahren ab.

Unternehmensseitig wurden Unternehmen ausgewählter Branchen und Gewerke[66] in einer weiteren Online-Umfrage [67] um Auskunft zu verschiedenen Aspekten ihrer Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren gebeten. Ergänzend wurde eine Umfrage unter den einschlägigen Branchenverbänden durchgeführt.

1. Ergebnisse der Interviews und der Online-Befragung der Vergabestellen[68]

1.1. Profile der Vergabestellen

Bei den persönlich befragten Vergabestellen handelte es sich überwiegend um große bis sehr große Beschaffer mit einer gleichermaßen großen Zahl von Mitarbeitern. So waren bei über

---

[64] Die Methodik der Untersuchung wird in Anlage 1 zu diesem Bericht dargestellt.

[65] An dieser Umfrage haben sich insgesamt 154 Vergabestellen mit 81 vollständig und 73 teilweise ausgefüllten Datensätzen beteiligt.

[66] Die Auswahl basiert auf dem Ergebnis einer zuvor durchgeführten ABC-Analyse; vgl. hierzu Ziff. IV.3 sowie Anlage 1 Ziff. 4. Darüber hinaus wurden sechs weitere Branchen untersucht, die schwerpunktmäßig Gegenstand der Rechtsprechung der Vergabekammern waren.

[67] An dieser Umfrage haben sich insgesamt 1.052 Unternehmen mit 791 vollständig und 261 teilweise ausgefüllten Datensätzen beteiligt. 594 dieser Unternehmen waren in den o. g. Branchen und Gewerken tätig – ihre Angaben in der Online-Umfrage bilden die Basis für die weitere Bewertung.

[68] Die Auswertungsergebnisse zu den Präsenzinterviews finden sich – den Auswertungsergebnissen der Online-Umfrage jeweils gegenübergestellt – in Anlage 8 zu diesem Bericht. Nicht alle Vergabestellen haben alle gestellten Fragen beantwortet. Die textuelle und grafische Aufbereitung bezieht sich jeweils auf die Unternehmen, die eine Antwort dokumentiert haben. Diese statistische Basis ist in den Grafiken jeweils angegeben.

50 % der Befragten mehr als 30 bis in der Regel ca. 200 Beschäftigte[69] mit der Durchführung von Vergabeverfahren betraut. Bei einem weiteren Viertel waren es immerhin noch mindestens 20 Beschäftigte.

Über 80 % der persönlich Befragten führten im Referenzjahr 2012 mehr als 200 Vergabeverfahren durch, wobei die Abwicklung von Rahmenverträgen unabhängig von der Zahl der Einzelabrufe als nur ein Verfahren gewertet wurde. Bei nahezu zwei Dritteln der Vergabestellen fielen nur wenige, d. h. bis zu 20 %, Bauvergaben an. Andererseits gab ein gutes Fünftel der Vergabestellen an, zwischen 81 und 100 % Bauleistungen zu beschaffen. Dies dürfte durch die Zentralisierung der Vergabe dieser Leistungsart bei hierfür spezialisierten Beschaffern zu erklären sein. Bei einem knappen Drittel der Vergabestellen lag ein starker Fokus auf der Beschaffung von Lieferleistungen, nämlich in Höhe von 61 bis 80 % ihres Beschaffungsvolumens. Ein knappes Drittel der Befragten erklärte schließlich, dass über 60 % ihres Beschaffungsvolumens auf Dienstleistungen entfielen.

Insgesamt beschafften die persönlich befragten Vergabestellen im Referenzzeitraum Bauleistungen im Wert von rund 5,7 Milliarden Euro, Lieferleistungen im Wert von rund 13,7 Milliarden Euro und Dienstleistungen im Wert von rund 4 Milliarden Euro. Das Gesamtvolumen aller Lieferungen und Leistungen erreichte somit einen Wert von über 23 Milliarden Euro. Bei einem in der Regel auf rund. 250 Milliarden Euro geschätzten Gesamtvolumen der Beschaffungen aller öffentlichen Auftraggeber in der Bundesrepublik[70] bedeutet dies einen Anteil von gut 9 %.

Die befragte Stichprobenauswahl von 23 Interview-Vergabestellen erlaubt keine statistisch repräsentative Aussage mit Blick auf die Gesamtheit der Beschaffer in der Bundesrepublik. Allerdings legen insbesondere die hohen bis sehr hohen Beschaffungsvolumina die Mutmaßung nahe, dass die von diesen Vergabestellen beschafften Lieferungen und Leistungen als maßgeblich für den Bereich der öffentlichen Beschaffung insgesamt angesehen werden können. Zudem geben sämtliche der vorstehend erläuterten Charakteristika – die hohe Mitarbeiterzahl, die häufige Spezialisierung auf bestimmte Arten von Beschaffungsgegenständen sowie die Beschaf-

[69] Eine deutliche höhere Zahl an mit der Beschaffung Beschäftigten wiesen nur das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr und die Deutschen Bahn AG auf.

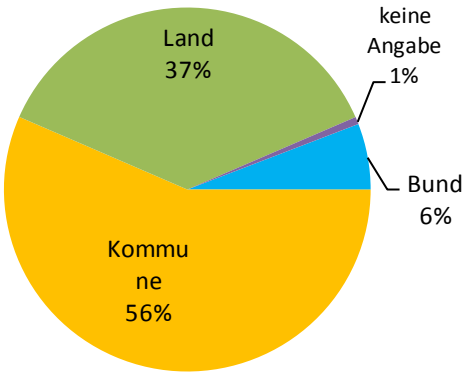
[70] Vgl. die Einführung zu Ansatz und Methodik in Anlage 1.

fungsvolumina – Hinweise darauf, dass es sich um Beschaffer mit einem hohen Professionalisierungsgrad und sehr guter Fachkenntnis der zuständigen Mitarbeiter handelt. Dies wiederum lässt eine professionelle Durchdringung der hier in Rede stehenden Losaufteilungsthematik und eine entsprechende Qualität der Antworten erwarten.

Die in die Online-Umfrage einbezogenen Vergabestellen decken regional wie auch hinsichtlich ihrer Größe, des jeweiligen jährlich vergebenen Auftragsvolumens und der inhaltlichen Schwerpunktsetzung ein breites Spektrum ab. Sowohl kleine kommunale Vergabestellen als auch große Behörden mit bundesweitem Zuständigkeitsbereich haben sich an der Umfrage beteiligt.

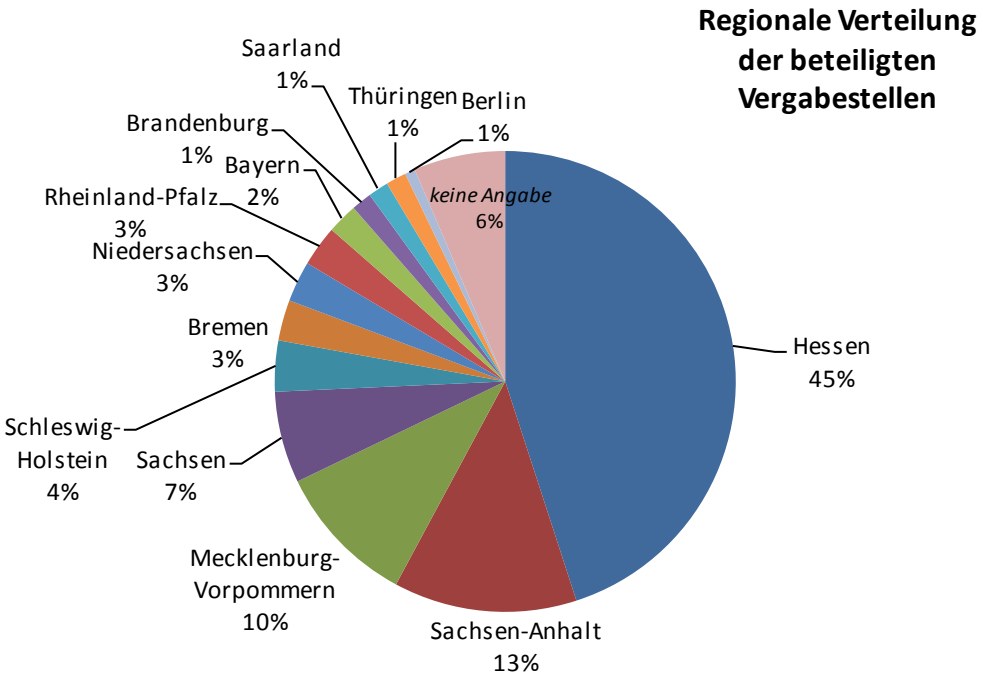
Die jeweilige Ebene der Zuständigkeit der Vergabestellen, die sich an der Online-Umfrage beteiligt haben, ergibt sich aus der nebenstehenden Übersicht:

Zuständigkeitsbereich



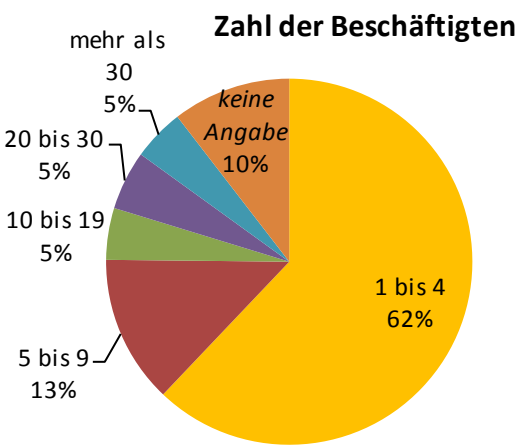
Grundsätzlich waren Vergabestellen aus dem gesamten Bundesgebiet zur Beteiligung an der Online-Umfrage aufgerufen. Über den im Internet veröffentlichen Link zur Umfrage war dies auch technisch überall möglich. Tatsächlich ergeben sich allerdings deutliche regionale Unterschiede hinsichtlich der Beteiligungsbereitschaft der Vergabestellen, die vermutlich der naturgemäß engeren Beziehung insbesondere der Auftragsberatungsstelle Hessen zu den im Land aktiven Vergabestellen geschuldet sind.

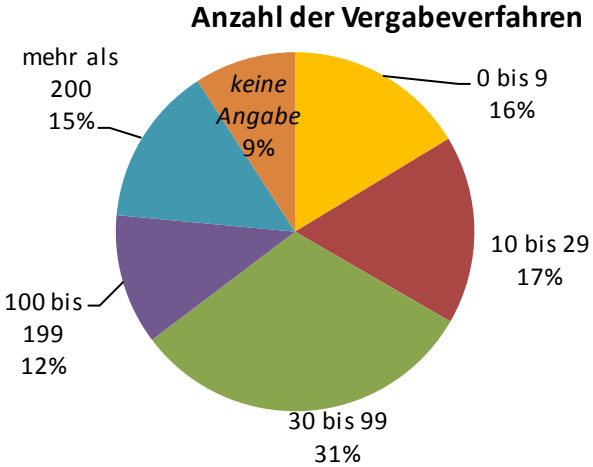
Die nachfolgende Grafik zeigt die regionale Verteilung der Vergabestellen, die sich an der Online-Befragung beteiligt haben (kumulierte Werte für die Zuständigkeitsbereiche Land und Kommune).[71]



[71] Aus den Ländern Baden-Württemberg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen sind keine Antworten eingegangen. In den Ländern Brandenburg und Hessen wurden sämtliche zentrale Vergabestellen des Landes bereits in die Präsenzinterviews einbezogen, sodass insofern eine Beteiligung an der Online-Umfrage nicht mehr möglich war.

Die an der Online-Befragung beteiligten Vergabestellen bilden hinsichtlich ihrer Größe und der Anzahl der im Jahr durchgeführten Vergabeverfahren ein breites Spektrum ab.





Etwa zwei Drittel der Vergabestellen, die sich an der Online-Umfrage beteiligt haben, verfügen über weniger als fünf Beschäftigte, während immerhin 5 % mehr als 30 Mitarbeiter/-innen beschäftigen.

Der überwiegende Teil dieser befragten Vergabestellen (64 %) wickelte im Referenzzeitraum unter 100 Vergabeverfahren im Jahr ab. Beim größten Block (31 %) waren dies jährlich zwischen 30 und 99 Verfahren. Immerhin 15 % der Vergabestellen führten aber 200 oder sogar mehr Vergaben durch.

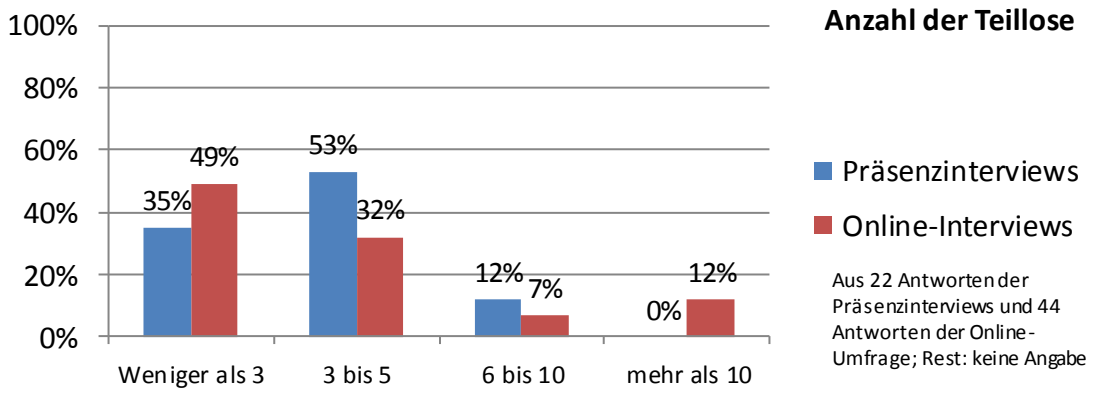
Das durchschnittliche Gesamtvolumen der Auftragsvergabe der online befragten Vergabestellen lag bei ca. 1.7 Mio. Euro. Die angegebene Spanne reichte dabei von ca. 950.000 Euro bis 40 Mio. Euro p. a.

1.2. Teillosbildung

Deutliche Unterschiede offenbaren sich zwischen den persönlich und den online befragten Vergabestellen bei der Frage nach der Bildung von Teillosen.

So gaben 80 % der persönlich befragten Vergabestellen an, im Referenzjahr eine Aufteilung von Gesamtaufträgen in Teillose vorgenommen zu haben. Gut die Hälfte dieser Vergabestellen konkretisierte insofern, im Schnitt zwischen drei und fünf Teillose je Verfahren gebildet zu haben, ein gutes Drittel nur weniger als drei. Keine Vergabestelle bildete im Schnitt mehr als zehn Lose pro Verfahren.

In der Online-Befragung hingegen ergeben sich deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Vergabestellen: So berichtet knapp die Hälfte von der durchschnittlichen Bildung von weniger als drei Teillosen pro Verfahren, während gleichzeitig immerhin 12 % der Vergabestellen mehr als zehn Lose pro Verfahren gebildet haben.



Darüber hinaus wurden die Vergabestellen gebeten, Angaben zum durchschnittlichen Auftragsvolumen pro Vergabeverfahren zu machen. Die so ermittelten, nicht gewichteten, sondern im Wege der arithmetischen Mittelung errechneten Werte stellen sicherlich nur eine sehr grobe Annäherung an das tatsächliche Vergabegeschehen dar: Je geringer die Zahl der Vergaben, desto weniger gehaltvoll die Aussage zu den tatsächlich vergebenen einzelnen Auftragsvolumina. Vor dem Hintergrund der Größe und des jeweils gesamten Beschaffungsvolumens der persönlich befragten sowie der insgesamt größeren Zahl der online befragten Vergabestellen wurde dieser Weg zu Vereinfachungszwecken gleichwohl beschritten, um zumindest tendenzielle Aussagen zu den Volumina einzelner Vergaben und damit auch zur Ausgangsbasis für die Losbildung zu erhalten.

Ermittelt wurden demnach bei den persönlich befragten Vergabestellen[72] als durchschnittliche Auftragsvolumina pro Verfahren:

- Bei den Bauleistungen: 306.100 Euro.
- Bei den Lieferleistungen: 201.000 Euro.
- Bei den Dienstleistungen: 221.000 Euro.[73]

1.3. Fachlosbildung mit kombinierter Teillosbildung bei Bauvergaben

Im Baubereich stellt die Fachlosvergabe in Form der Vergabe einzelner oder zusammengefasster Gewerke die Regel dar. Während etwa zwei Drittel der persönlich befragten Vergabestellen Fachlose gebildet hat, kam dies bei den Beteiligten der Online-Umfrage nur in knapp der Hälfte der Fälle vor.

Von denjenigen persönlich befragten Vergabestellen, die überhaupt Bauleistungen beschaffen, gaben zwei Drittel an, eine weitere Aufteilung von Fachlosen in Teillose nicht zu praktizieren. Das verbleibende Drittel stellte fest, dass derartige Losaufteilungen durchgeführt wurden. Keine der persönlich befragten Vergabestellen bewertete die weitere Aufteilung von Fachlosen in Teillose bei Bauvergaben als problematisch.

Die Online-Auswertung zeigt ebenfalls, dass sich eine weitere Aufteilung der Fachlose in Teillose in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle als problemlos erwies. Lediglich zwei der online befragten Vergabestellen, die eine solche Aufteilung vorgenommen hatten, gaben an, dass die Weiteraufteilung zu Problemen geführt habe. Als Grund wurde die aus dieser Aufteilung folgende Kleinteiligkeit der Ausschreibung genannt.

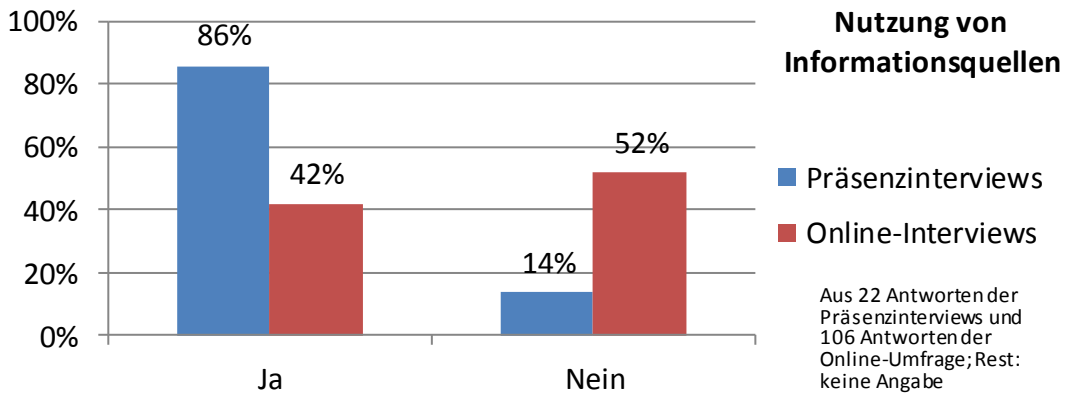
---

[72] Bei den online befragten Vergabestellen ergab die Prüfung der Angaben, dass ganz offensichtlich etliche Vergabestellen die Fragestellung ("Angaben in 1.000 Euro") ignoriert haben, so dass die angegebenen Werte deutlich auseinanderfallen und eine seriöse Auswertung nicht möglich war.

[73] Dieser Wert ergibt sich aus den um eine extrem hohe Einzelangabe einer einzelnen Vergabestelle bereinigten Befragungsergebnissen; bei Berücksichtigung der Einzelangabe betrüge der Durchschnittswert für den Dienstleistungsbereich 424.700 Euro.

1.4. Nutzung von Informationsquellen bei der Losaufteilung

Mehr als vier Fünftel (86%) der persönlich befragten Vergabestellen gaben an, bei der Entscheidung über eine mögliche Losaufteilung vorhandene Informationsquellen zu nutzen, wobei diese schwerpunktmäßig juristischer Natur – u. a. anwaltliche Beratung bzw. Konsultation von Kommentarliteratur und Rechtsprechung, Musterausschreibungen – seien.



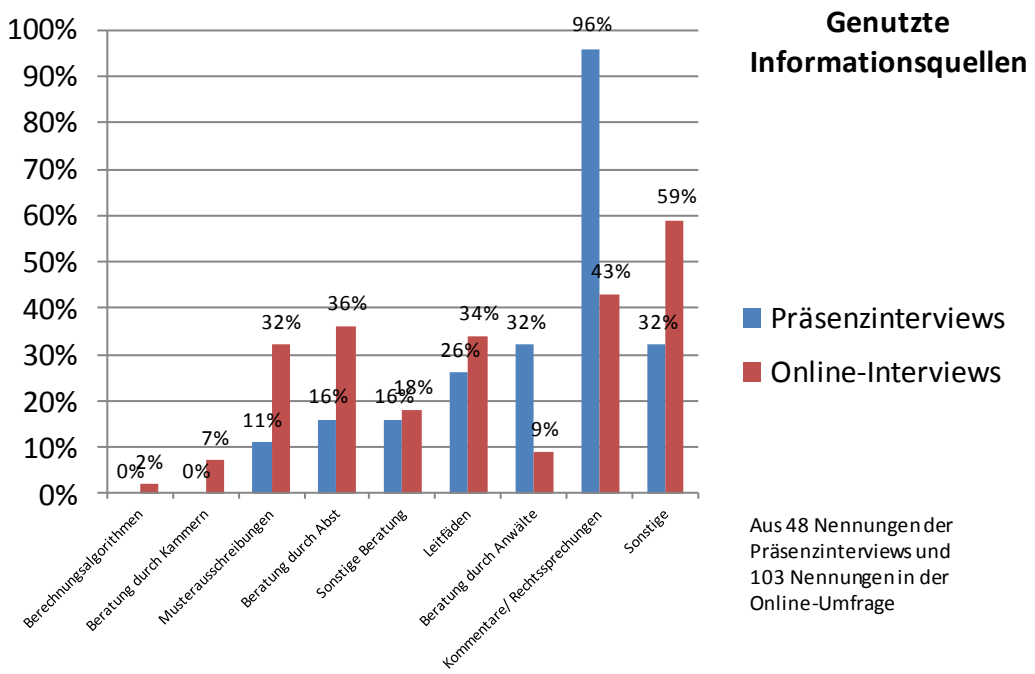
Demgegenüber äußerten nur 35 % der persönlich Befragten einen Bedarf an zusätzlichen Informationsquellen. Diejenigen, die einen solchen Bedarf sahen, spezifizierten diesen in der Regel dahingehend, dass branchenbezogene Leitfäden bzw. EDV-Lösungen wünschenswert seien. Der relativ niedrige Anteil der Vergabestellen, die zusätzlichen Informationsbedarf sehen, dürfte im Einklang mit dem – aus der Wahrnehmung der befragten Vergabestellen – weitgehend reibungsfreien Umgang mit dem Losaufteilungsgebot stehen.[74] Die intensive Nutzung juristischer Informationsquellen in Kombination mit der generell hohen Professionalität der befragten Vergabestellen legt zudem den Schluss nahe, dass beim Umgang mit dem Losteilungsgebot eine tendenziell geringe Fehlerquote besteht.

Der Anteil der an der Online-Befragung beteiligten Vergabestellen, die Informationsquellen zur Losvergabe nutzten, ist mit 42 % nur etwa halb so groß wie bei den persönlich befragten Ver-

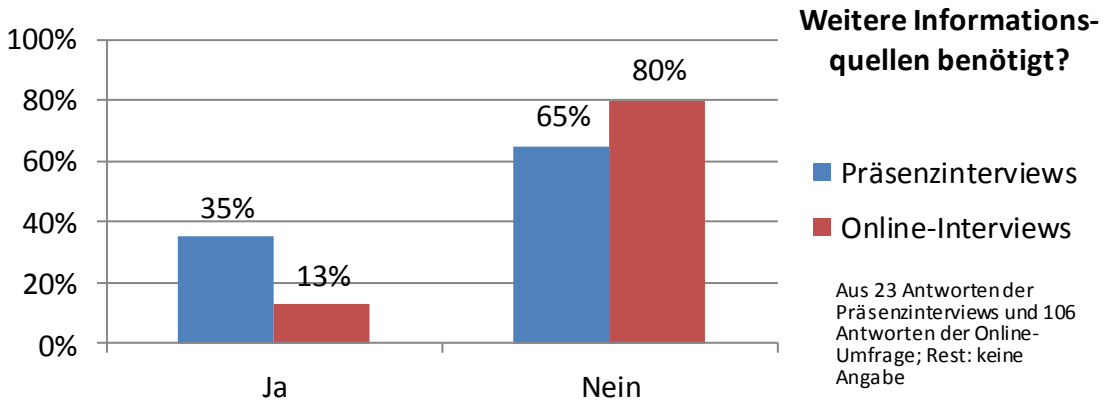
[74] Vgl. unten Ziff. IV.1.8.

gabestellen. Mehr als die Hälfte (55%) verzichtet hingegen auf die Nutzung von Informationsquellen.

Diese Diskrepanz der Interviewergebnisse lässt sich vermutlich auch dadurch erklären, dass die Vergabestellen in den Präsenzinterviews oft zunächst antworteten, keine Informationsquellen zu nutzen, auf explizite Nachfrage dann aber doch einräumten, zumindest Kommentare zu verwenden. Diese Möglichkeit ließ die Online-Befragung nicht zu.



Unabhängig vom Anteil der Nutzung von Informationsquellen lassen die Ergebnisse beider Befragungen jedoch den Schluss zu, dass der ganz überwiegende Teil der Vergabestellen mit dem vorhandenen Angebot an Informationsquellen offensichtlich zufrieden ist. Zwischen 65 % und 85 % der Vergabestellen gaben an, keine zusätzlichen Informationsquellen zu benötigen.

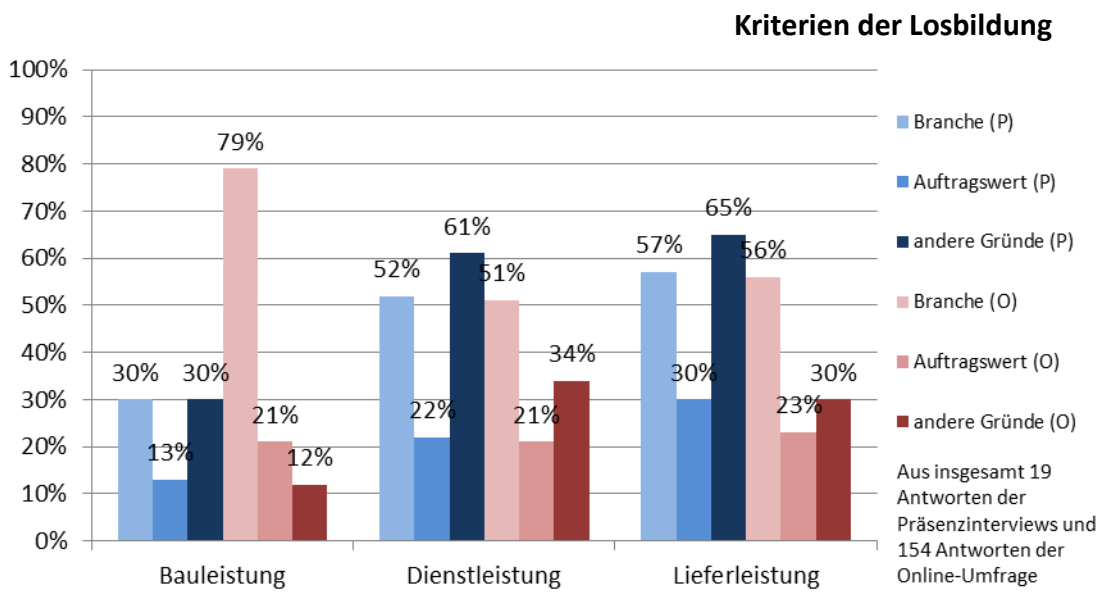


Vergabestellen, die zusätzliche Informationsquellen begrüßen würden, nannten hierzu in der Online-Befragung u. a. folgende Wünsche:

- eindeutige Regelungen in einem Vergabegesetz,
- aufbereitete Informationen im Internet,
- konkrete (rechtliche) Vorgaben,
- Informationen von den Auftragsberatungsstellen bzw. von der EU.

1.5. Kriterien der Losaufteilung

Weder bei den persönlich noch bei den online befragten Vergabestellen spielte der Auftragswert als Entscheidungskriterium für oder gegen eine Losaufteilung eine tragende Rolle. So gaben in Abhängigkeit des Leistungsbereichs nur maximal 30 % der persönlich und gut 20 % der online befragten Vergabestellen an, den Auftragswert als Kriterium für die Losaufteilung heranzuziehen. Dagegen wurden von bis zu zweit Drittel der Vergabestellen in den Präsenzinterviews die „anderen Gründen“ für eine Losaufteilung genannt – bei der Online-Umfrage war dies allerdings nur etwa halb so oft der Fall.



Die persönlich befragten Vergabestellen gaben bei den Liefer- und Dienstleistungen die „anderen Gründe“ als häufigsten Entscheidungsgrund für oder gegen eine Losaufteilung an. Weniger häufig wurden die Branche und – mit deutlichem Abstand am niedrigsten – der Auftragswert genannt. Insbesondere der zuletzt genannte Aspekt lässt den Schluss darauf zu, dass sich nur wenige der interviewten Vergabestellen mit der Frage befassen, ob ein bestimmtes Gesamtauftragsvolumen die Leistungskraft eines branchentypischen mittelständischen Unternehmens übersteigt.

Auf Nachfrage in den Interviews gaben die Vergabestellen vielmehr an, in ihre Entscheidung für oder gegen eine Losaufteilung regelmäßig Aspekte wie die Vermeidung von Lieferengpässen, die Leistungsbeschleunigung, die Gewährleistung von Versorgungssicherheit oder den Erhalt eines wettbewerblichen Umfeldes einzubeziehen. Eine große Rolle spielt daneben der Grundsatz der Regionalität: So werden Leistungen häufig dergestalt in Lose aufgeteilt, dass unterschiedliche Standorte des Auftraggebers von verschiedenen – möglichst standortnahen – Unternehmen bedient werden können. Regionallose werden zudem in Marktumfeldern erwogen, in denen keine überregional tätigen Unternehmen auftreten. Außerdem wird berücksichtigt, ob die Art des Leistungsgegenstand überhaupt eine Losteilung zulässt (z. B. bei Wasserleitungsnetzen) oder nicht (z. B. bei technischen Geräten).

Im Baubereich spielte nach den Angaben der persönlich befragten Vergabestellen die gewerkweise Vergabe – also die Fachlosvergabe – gegenüber der Teillosvergabe die maßgeblichere Rolle. So wurden die Branche und sonstige Gründe in gleichem Umfang als Entscheidungskriterium für oder gegen eine Losaufteilung genannt, der Auftragswert dagegen nur halb so oft als Maßstab angeführt. Im Fokus stand dabei überwiegend die Möglichkeit einer klaren technischen Abgrenzung innerhalb eines Gewerkes. War diese nicht gegeben, wurde schon wegen der gebotenen Sicherstellung der Gewährleistung auf eine Teillosbildung verzichtet. Im Übrigen gaben die im Bereich der Bauvergabe tätigen Vergabestellen weit überwiegend an, sich insofern an ein praktisch ausschließlich mittelständisch geprägtes Marktumfeld zu wenden, sodass sich das Erfordernis eines speziellen Mittelstandsschutzes durch Teillosbildung regelmäßig nicht ergebe. Zudem gingen einige dieser Vergabestellen davon aus, dass mittelständische Unternehmen auch oberhalb des Schwellenwerts regelmäßig keine Probleme mit dem Auftragsvolumen hätten, weil sie sich der Kapazitäten von Nachunternehmern bedienen könnten, sofern das Auftragsvolumen von ihnen allein nicht bewältigt werden könne.

Bei anderen persönlich befragten Vergabestellen trat schon deswegen kein Problem mit der Losaufteilung auf, weil bereits bei der Auswahl der Unternehmen hohe Ansprüche an die Eignung gestellt wurden. So mussten etwa Referenzen das zu bewältigende Auftragsvolumen widerspiegeln und der Jahresmindestumsatz das bis zu Dreifache des Auftragsvolumens ausweisen.[75]

Das in der Online-Umfrage meistgenannte Kriterium für oder gegen die Losaufteilung war die Branchen- bzw. Gewerkzugehörigkeit eines Leistungsgegenstands, über die verschiedenen Leistungsarten hinweg in unterschiedlicher Häufigkeit. So gaben die online beteiligten Vergabestellen an, im Bereich der Bauleistungen zu 79 % das jeweilige Gewerk als Kriterium bei der Entscheidung über eine Losvergabe zu berücksichtigen, im Dienst- und Lieferleistungsbereich spielte die Branche für immerhin noch die Hälfte der Vergabestellen eine Rolle und war gleichzeitig das meistgenannte Kriterium für die Losbildung.

[75] Problematisch wird ein dreifaches Auftragsvolumen als Mindestumsatz insbesondere dann, wenn ein mittelständisches Unternehmen sich bewusst (Dispositionsfreiheit) für einen einzigen großen Jahresauftrag entscheiden will.

Als „andere Gründe“ für die Losaufteilung wurden in der Online-Befragung am häufigsten genannt:

- Schnittstellen der Lose (Haftungsproblematik),
- Vorgaben Vergabehandbuch,
- Wirtschaftlichkeit,
- Bauabschnitte/Gebietsaufteilung,
- einzelfallbezogene Gründe.

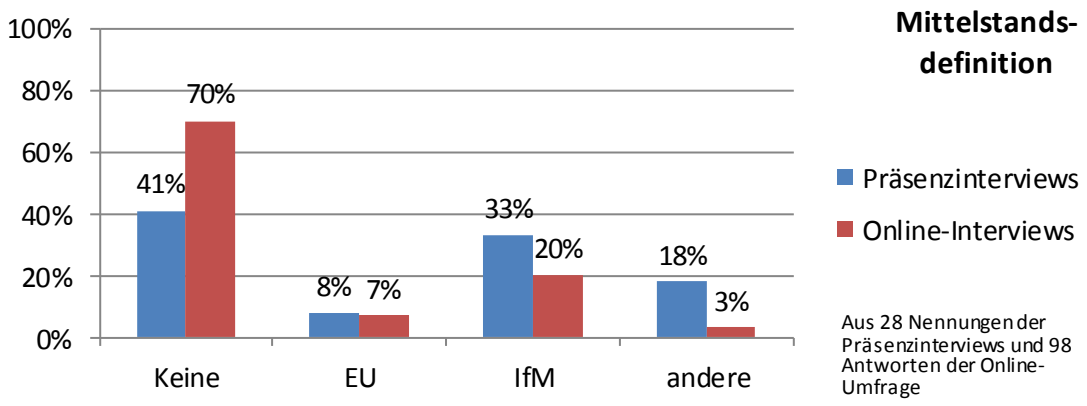
Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Vergabestellen ausweislich der Ergebnisse beider Befragungen durchaus von bestimmten Annahmen hinsichtlich der Eignung von Branchen und Auftragswerten zur Aufteilung von Gesamtaufträgen in Lose leiten lassen. Dies bedeutet aber offenbar nicht, dass sie gleichzeitig entsprechende Überlegungen hinsichtlich einer mittelstandsfreundlichen Vergabe im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB anstellen.

1.6. Mittelstandsdefinition

Befragt nach der Mittelstandsdefinition, welche die Vergabestellen ihrer Entscheidung über eine mögliche Losaufteilung zugrunde legen[76], gaben mehr als zwei Drittel in der Online-Umfrage und immerhin noch 41 % in den Präsenzinterviews an, keine oder eine andere als die als Antwortmöglichkeit vorgegebene Definition des IfM Bonn bzw. die Empfehlung der EU-Kommission[77] zu nutzen. Unter angewandten Mittelstandsdefinitionen erfreut sich jene des IfM Bonn des meisten Zuspruchs. Etwa jede dritte (Präsenzinterviews) bis fünfte (Online-Umfrage) Vergabestelle gab an, diese Definition heranzuziehen. Die Mittelstandsdefinition der Empfehlung der EU-Kommission wird in beiden Umfragen nur von weniger als jeder zehnten Vergabestelle herangezogen.

[76] Im Rahmen der Präsenzinterviews waren Mehrfachnennungen möglich; bei der Online-Umfrage waren die Vergabestellen auf die Angabe einer Definition beschränkt.

[77] S. oben Ziff. III.1.



Die persönlich befragten Vergabestellen, die ihren Losaufteilungen eine Mittelstandsdefinition zugrunde legen, geben der IfM-Definition deutlich den Vorzug vor der EU-Empfehlung. Bei den Gesprächen zeigte sich allerdings, dass einige Vergabestellen sich an einer Schnittmenge der genannten Definitionen orientieren und/oder eigene Kriterien und Erfahrungswerte mit einbeziehen. 18 % der Vergabestellen gaben in den Präsenzinterviews an, eine andere Mittelstandsdefinition zu verwenden. Genannt wurden hier allerdings überwiegend keine festgelegten Definitionen, sondern lediglich die berücksichtigten Kriterien: in der Regel der Unternehmensumsatz und die Mitarbeiterzahl. Nur zwei Vergabestellen nannten weitere feststehende Definitionen: das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr den "wehrtechnischen Mittelstand" und eine brandenburgische Vergabestelle das Brandenburgische Mittelstandsförderungsgesetz.[78]

Die Ergebnisse der Interviews zum Umgang mit dem Mittelstandsbegriff zeigen sehr deutlich, dass die Vergabestellen in der Regel auf eigene, subjektive Kriterien zurückgreifen, um den Mittelstand zu definieren. Um welche es sich dabei handelt, wurde in einer weiteren Frage erfasst. Die Mehrzahl der befragten Vergabestellen orientiert sich bei der Definition des Mittelstands an der Mitarbeiterzahl (85 %) in Kombination mit den Umsatzzahlen des Unternehmens

[78] Das Mittelstandsförderungsgesetz selbst enthält keine Definition des Mittelstandsbegriffs. Zur Auslegung wird aber über das Vergabehandbuch VOL des Landes Brandenburg (Fach 34, Teil 1) auf die Definition der Richtlinien der Bundesregierung zur angemessenen Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen in Handwerk, Handel und Industrie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL) zurückgegriffen.

(80 %). In der Baubranche berücksichtigen die Vergabestellen allerdings die Mitarbeiterzahl nur in geringem Umfang, da die Auftragnehmer auf Leiharbeiter zurückgreifen können. Die Mitarbeiterzahl wird jedoch zum entscheidenden Kriterium, wenn es sich um personalintensive Aufträge handelt. Der Umsatz spielt für einige Vergabestelle erst bei höheren Auftragswerten eine Rolle, um das Risiko des Ausfalls auszuschließen.

Ein Viertel der interviewten Vergabestellen beachtet das Kriterium Inhaberführung. Dabei geht es den Vergabestellen insbesondere bei Bauvergaben darum, einen Ansprechpartner vor Ort zu haben und damit letztlich wieder darum, das eigene Risiko zu minimieren. Der Gewinn des Unternehmens spielte bei nur einer der befragten Vergabestellen eine Rolle.

Darüber hinaus gab etwa ein Drittel der interviewten Vergabestellen an, weitere Kriterien in die Definition des Mittelstands einzubeziehen. In erster Linie greifen die Vergabestellen auf Erfahrungswerte zurück. In der Baubranche gehen sie beispielsweise davon aus, dass Aufträge unterhalb des Schwellenwerts von jedem KMU zu stemmen sind. Als weitere Kriterien nannten die Vergabestellen spezifische Fachkenntnisse, personelle und/oder technische Ressourcen, die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Branche und die regionale Begrenzung von Unternehmen bei der Leistungserbringung.

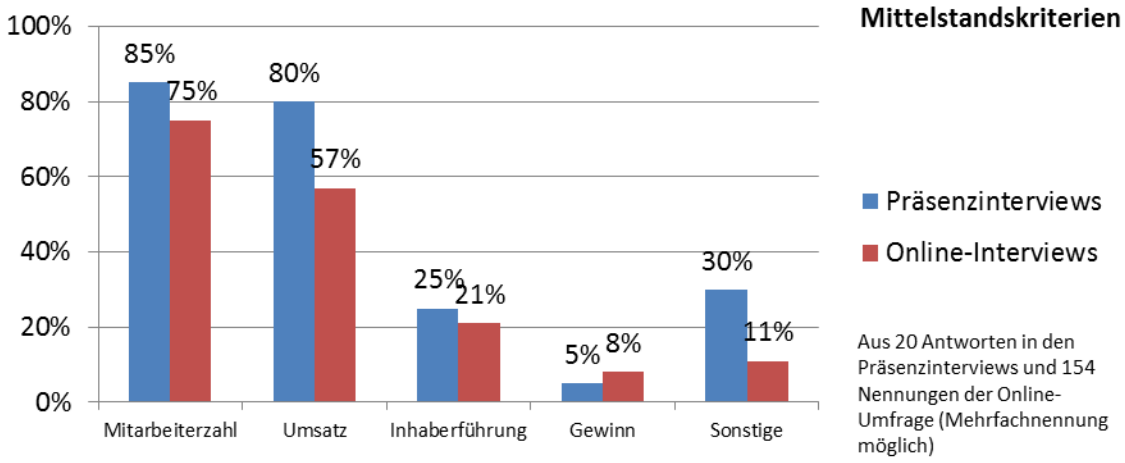
Die online befragten Vergabestellen legen ihren Vergabeentscheidungen eine bestimmte Mittelstandsdefinition nur in vergleichsweise geringem Umfang zugrunde.

Bezüglich der stattdessen angelegten Kriterien ergibt sich ein den Präsenzinterviews vergleichbares Bild: so gaben 75 % der online beteiligten Vergabestelle an, die Beurteilung, ob ein bestimmtes Unternehmen „mittelständisch“ sei, u. a. von der Zahl der Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens abhängig zu machen. Über die Hälfte (57 %) bezieht den Unternehmensumsatz, etwa jede fünfte Vergabestelle den Umstand einer Inhaberführung des Unternehmens (bzw. Familienunternehmen) und nur ein kleiner Teil (8 %) die von dem Unternehmen erwirtschafteten Gewinne mit ein.

Als sonstige berücksichtigte Kriterien wurden u. a. genannt:

- regionale Zuordnung,
- Auftragsvolumen/Leistungsmöglichkeit,

- Eignung/Fachkunde,
- Erfahrungen/Referenzen.



Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der überwiegende Teil der befragten Vergabestellen bei ihrer Bestimmung des Mittelstandsbegriffs sowohl den Umsatz als auch die Zahl der Mitarbeiter eines Unternehmens berücksichtigt. Damit finden die den konkreten Definitionen zugrunde liegenden Kriterien trotz der Tatsache, dass eine solche feststehende Definition keine Verwendung findet, gleichwohl in der überwiegenden Anzahl der Fälle Berücksichtigung.

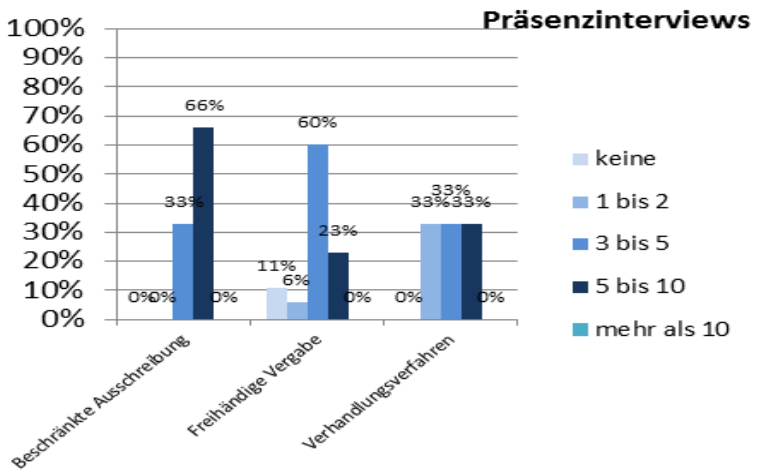
1.7. Beteiligung mittelständischer Unternehmen

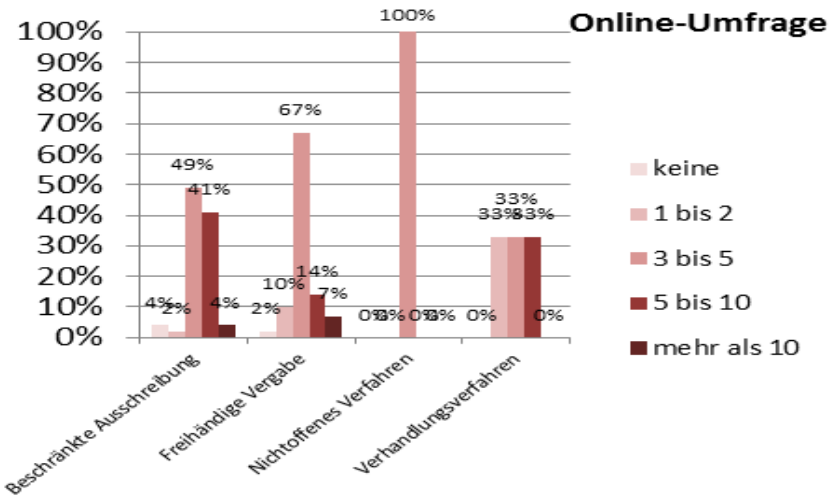
Mit Blick auf die Mittelstandsbeteiligung am Verfahren waren die Vergabestellen befragt worden[79], wie viele Unternehmen sie durchschnittlich im Rahmen freihändiger Vergaben bzw. Verhandlungsverfahren und beschränkter Ausschreibungen bzw. nichtoffener Verfahren zur Angebotsabgabe auffordern. Die Ergebnisse dieser Befragung sind vor dem Hintergrund zu bewerten, dass die Vergabestellen wie dargestellt von unterschiedlichen Mittelstandsdefinitionen ausgehen.

[79] Betrachtet wurden insofern nur die Angaben jener Vergabestellen, bei denen die entsprechende Verfahrensart jeweils mehr als 10 % der Gesamtanzahl der 2012 getätigten Vergaben ausmachte. In den Präsenzinterviews war dies für das nichtoffene Verfahren bei keiner Vergabestelle der Fall, weswegen für diese Vergabeart auch keine weiteren Häufigkeiten bezüglich der Zahl der regelmäßig aufgeforderten Mittelständler ermittelt wurden.

Bei Verhandlungsverfahren ergibt sich zunächst ein vollständig ausgeglichenes Bild: Jeweils ein Drittel aller Vergabestellen gab an, ein bis zwei, drei bis fünf oder fünf bis zehn mittelständische Unternehmen regelmäßig zur Beteiligung an Verhandlungsverfahren aufgefordert zu haben. Ähnlich gaben jeweils etwa zwei Drittel der Vergabestellen an, bei freihändigen Vergaben regelmäßig zwischen drei und fünf mittelständische Unternehmen aufgefordert zu haben.

Unterschiede zwischen persönlich und online befragten Vergabestellen zeigen sich dagegen bei beschränkten Ausschreibungen. Während zwei Drittel der Vergabestellen in den Präsenzinterviews angaben, hier durchschnittlich 5 bis 10 Mittelständler aufgefordert zu haben, antworteten dies online nur 41 % der Vergabestellen. Dementsprechend forderte nur ein Drittel der persönlich befragten Vergabestellen durchschnittlich zwischen 3 und 5 Mittelständler auf, während dies bei den online beteiligten Vergabestellen fast die Hälfte war.

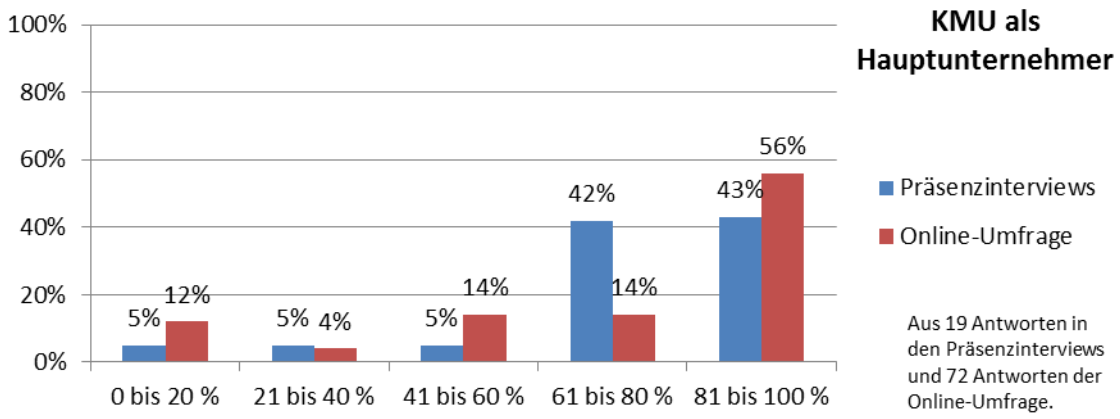


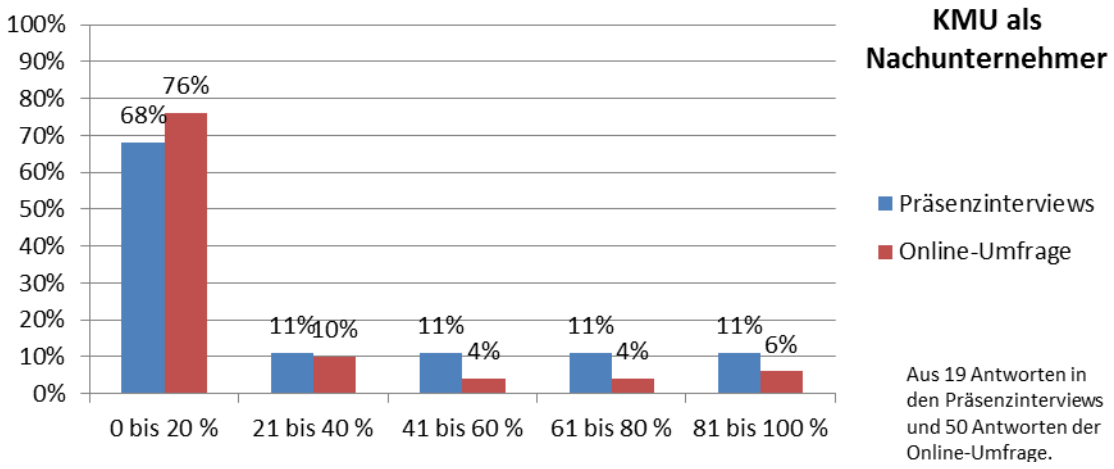


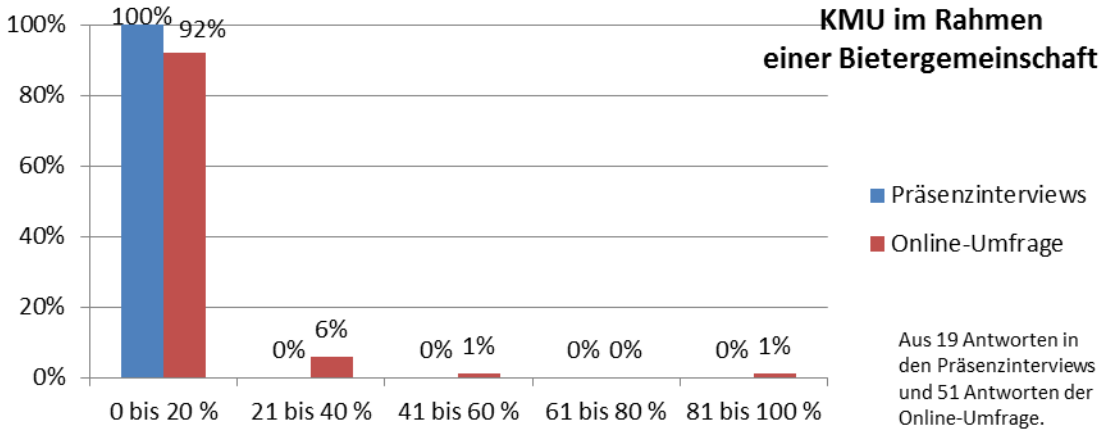
Im Rahmen der Interviews wurden die Vergabestellen – insofern über den Fragebogen hinausgehend – befragt, zu welchem Anteil die angegebene Zahl der zur Angebotsabgabe in freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsverfahren und beschränkten Ausschreibungen bzw. nichtoffenen Verfahren aufgeforderten Unternehmen dem Mittelstand zuzuordnen ist.

Die weit überwiegende Zahl der persönlich befragten Vergabestellen gab an, u. a. mangels bundeseinheitlicher Definition des mittelständischen Unternehmens keine speziellen Mittelstandsstatistiken zu führen. Daher waren nicht alle Vergabestellen in der Lage, überhaupt eine Angabe zur Beteiligung mittelständischer Unternehmen an den genannten Verfahren zu machen. Zudem handelte es sich bei den angegebenen Zahlen in aller Regel um Schätzwerte.

Von den Vergabestellen, die überhaupt eine Aussage zur prozentualen Beteiligung des Mittelstandes getroffen hat, gaben indes rund vier Fünftel an, weit überwiegend bzw. ausschließlich mittelständische Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Lediglich in Marktsegmenten ohne mittelständische Akteure unterblieb eine Mittelstandsbeteiligung zur Gänze.







Auf die Frage nach einer Bezuschlagung mittelständischer Unternehmen gab in beiden Befragungen jeweils etwa die Hälfte der Vergabestellen an, in mehr als 80 % aller Vergabeverfahren den Zuschlag an Mittelständler als Hauptunternehmer erteilt zu haben. In den Präsenzinterviews erklärten kombiniert sogar über 80 % der befragten Vergabestellen, mehr als 60 % aller Zuschläge an mittelständische Unternehmen erteilt zu haben. Nur 12 % der online befragten Vergabestellen berücksichtigten in weniger als 20 % der Vergaben Mittelständler.

Dagegen erhielten mittelständische Unternehmen nach den Angaben der Vergabestellen nur in relativ wenigen Fällen einen Auftrag in Nachunternehmerschaft und fast nie im Rahmen einer Bietergemeinschaft. So berichteten jeweils rund 70 % der persönlich bzw. online befragten Vergabestellen, dass Aufträge im Referenzzeitraum nur in bis zu 20 % der Verfahren an Mittel-

ständler als Nachunternehmer gegangen sind. Sämtliche persönlich befragten und über 90 % der online beteiligten Vergabestellen gaben an, den Zuschlag ebenfalls nur in bis zu 20 % aller Fälle an eine Bietergemeinschaft mit Mittelstandsbeteiligung erteilt zu haben.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass der gesetzliche Auftrag der Mittelstandsförderung schon heute häufig über die direkte Beauftragung mittelständischer Unternehmen erfüllt. Sehr viel weniger spielen Nachunternehmerschaft oder Bietergemeinschaften eine Rolle.

1.8. Aufhebungen, Bieterfragen, Rügen und Verzögerungen in Vergabeverfahren

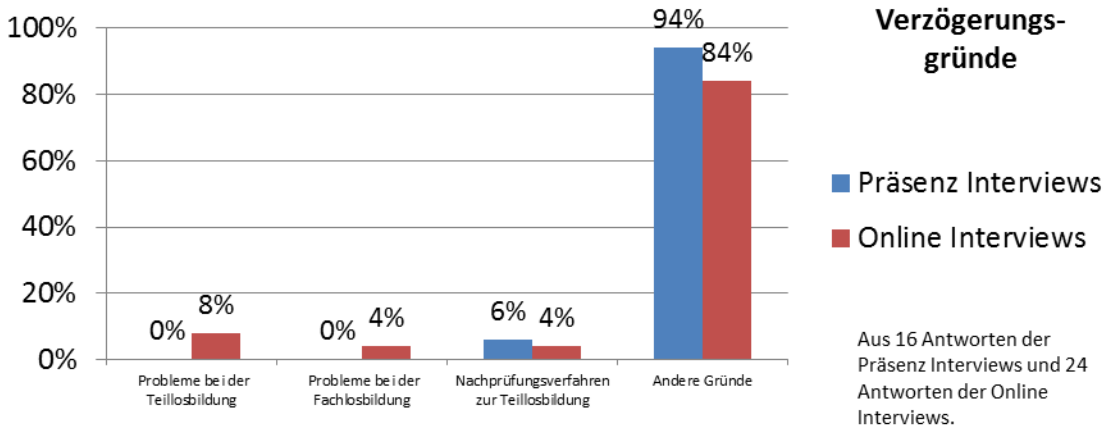
Hinweise auf möglicherweise im Zusammenhang mit der Losaufteilungspflicht auftretende Probleme können Bieterfrage oder -rügen zu dieser Thematik oder Verfahrensaufhebungen bzw. –verzögerungen mit entsprechendem Hintergrund liefern. Die Vergabestellen wurden daher um Auskünfte zu derartigen Vorkommnissen in den Vergabeverfahren befragt.

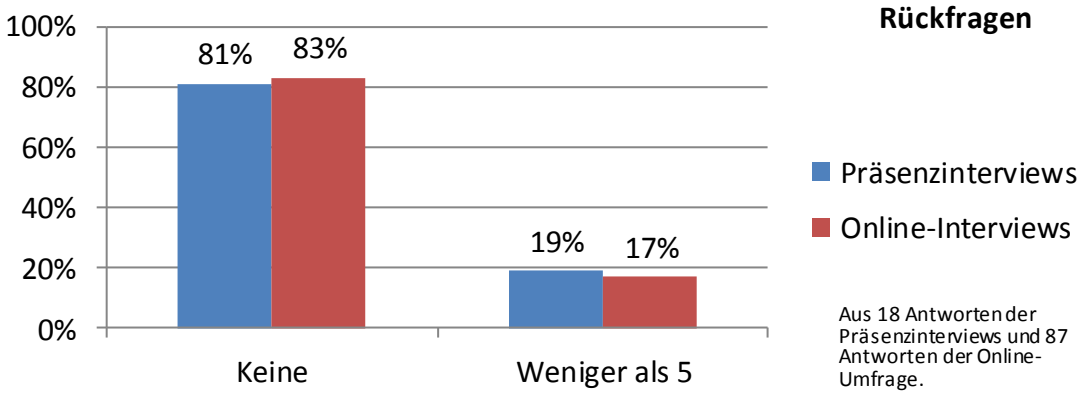
Es erwies sich, dass Mittelstandsgesichtspunkte in der Praxis der persönlich bzw. online befragten Vergabestellen mit Blick auf allfällige Geschehnisse im Verfahrensablauf praktisch keine Rolle spielen.

So berichtet nur eine der persönlich befragten Vergabestellen, überhaupt eine Rüge im Zusammenhang mit der (Nicht-)Berücksichtigung mittelständischer Interessen erhalten zu haben; bei den online Befragten gaben nur 10% an, Rügen erhalten zu haben, und zwar jeweils weniger als fünf. Auch Rückfragen an Vergabestellen wurden in beiden Befragungen nur in einer deutlichen Minderheit der Fälle genannt. So gaben 81 % der persönlich befragten und 83 % der an der Online-Umfrage beteiligten Vergabestellen an, keine Rückfragen erhalten zu haben. Die Vergabestellen, die mit Rückfragen konfrontiert waren, berichteten von durchschnittlich weniger als fünf Fragen pro Verfahren. In aller Regel war indes bei persönlich wie online befragten Vergabestellen die unveränderte Fortführung des Verfahrens die Folge einschlägiger Rückfragen.

Sofern es zu Ausschreibungsaufhebungen kam, erfolgte dies bei allen Vergabestellen aus tendenziell ähnlichen Gründen. Probleme bei der Losaufteilung spielten dabei nach beiden Befragungen eine vernachlässigbare Rolle. So gab keine der persönlich und nur eine der online befragten Vergabestellen eine Aufhebung wegen fehlender Teillosbildung an.

Vergleichbare Ergebnisse lieferte die Frage nach möglichen Verzögerungen bei der Erteilung von Zuschlägen in Vergabeverfahren. Auch diese Verzögerungen wurden ganz überwiegend nicht auf Probleme bei der Teil- oder Fachlosbildung zurückgeführt. So berichtete nur eine der persönlich befragten Vergabestellen von Verzögerungen infolge eines Nachprüfungsverfahrens zur Teillosbildung, und zwei der online befragten Vergabestellen gaben an, es sei zu Verzögerungen wegen Problemen mit der Teillosbildung gekommen.



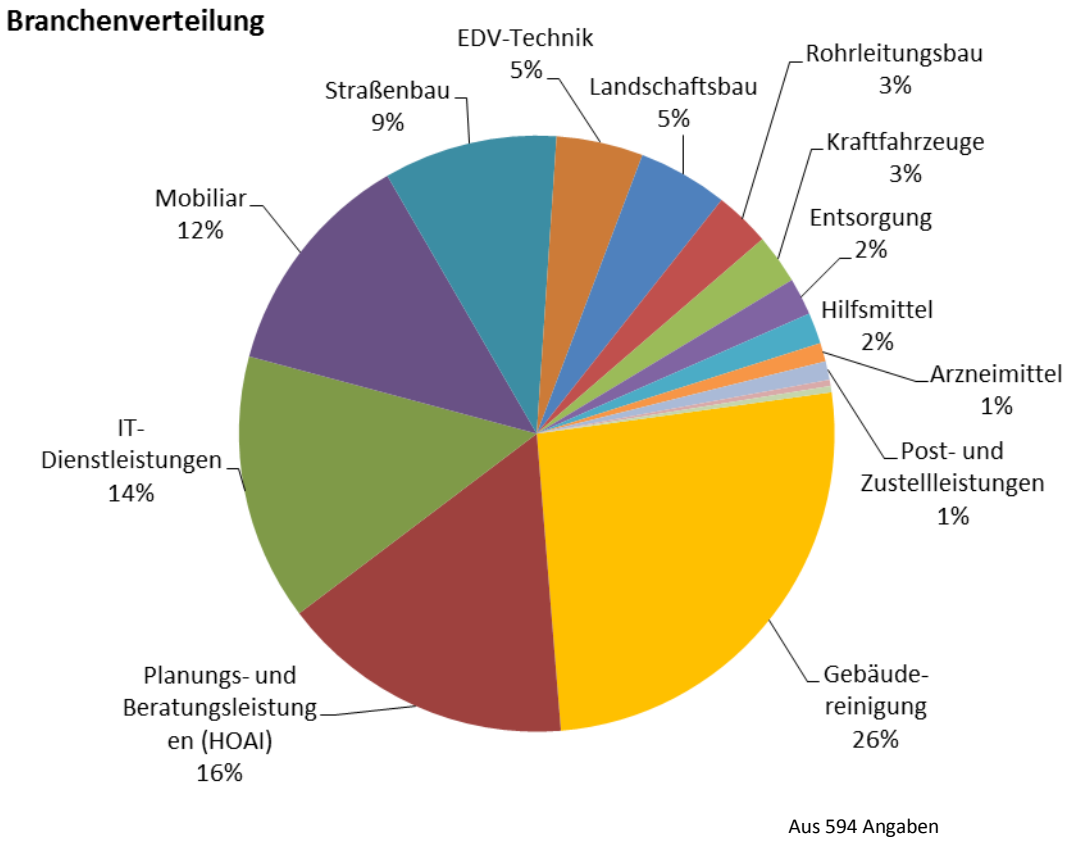


2. Ergebnisse der Online-Befragung der Unternehmen[80] und der Branchenverbandsumfrage

2.1. Profile der Unternehmen

An der Umfrage haben sich Unternehmen aller Größenordnungen beteiligt, von Kleinstunternehmen mit weniger als 5 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von wenigen tausend Euro bis hin zu großen Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern und Millionenumsätzen.

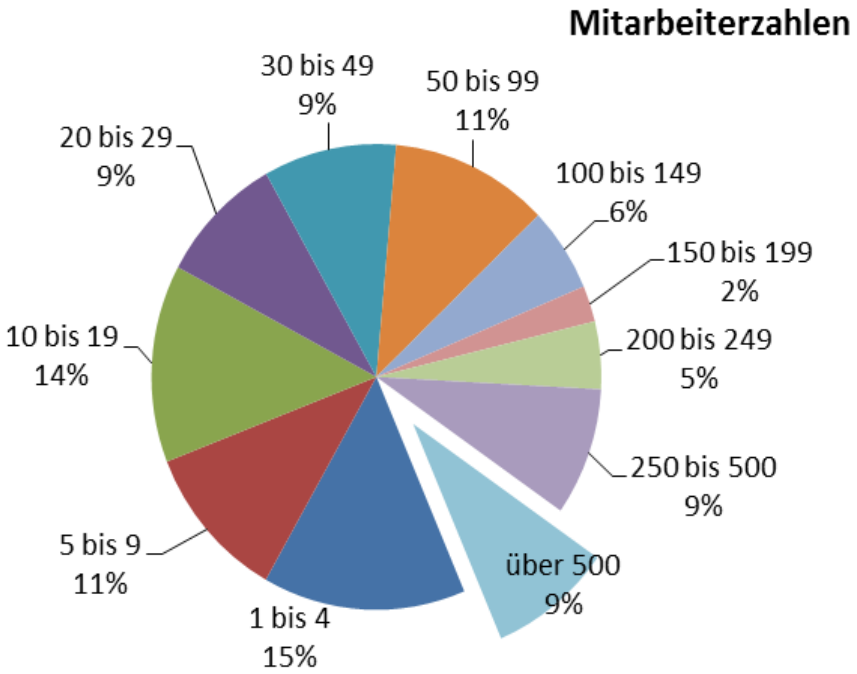
Die Beteiligung der ausgewählten Branchen bzw. Gewerke an der Umfrage ergibt sich aus der nachfolgenden Übersicht.



[80] Eine Auswertung der Umfrageergebnisse findet sich in Anlage 9 zu diesem Bericht. Nicht alle Unternehmen haben alle gestellten Fragen beantwortet. Die textuelle und grafische Aufbereitung bezieht sich jeweils auf die Unternehmen, die eine Antwort dokumentiert haben. Diese statistische Basis ist in den Grafiken jeweils angegeben.

Unternehmen der Glasreinigungsbranche, die als eigenständige Branche in die Umfrage einbezogen worden war, haben sich hieran nicht beteiligt und wurden daher im weiteren Verlauf der Untersuchung nicht mehr separat betrachtet.

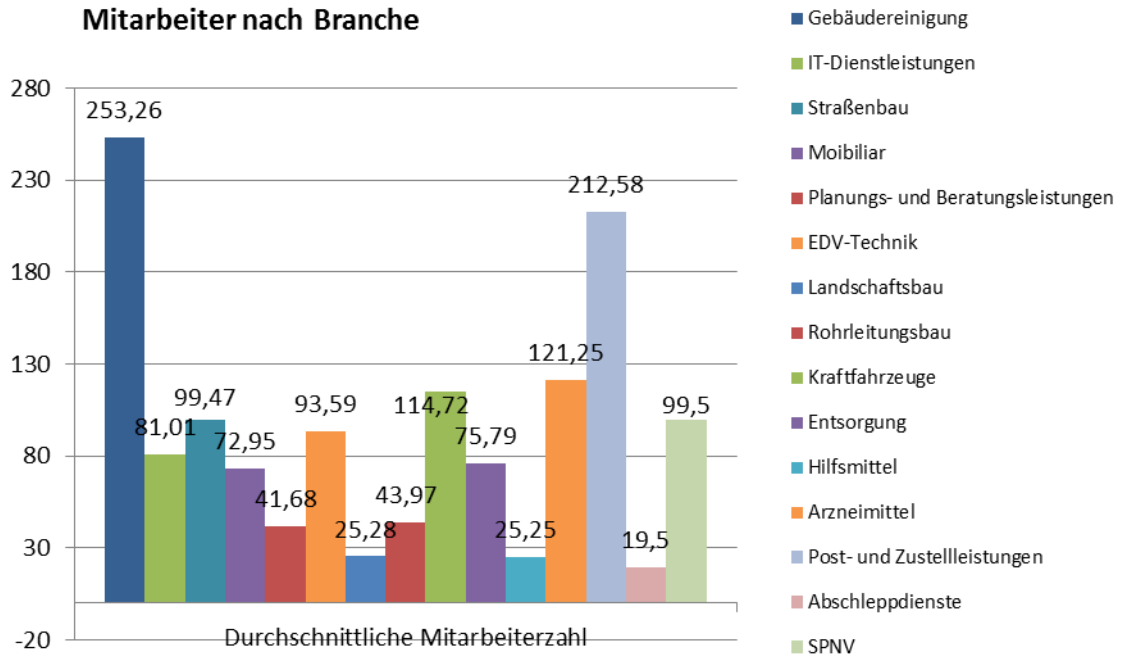
Eine Übersicht über die durchschnittlichen Mitarbeiterzahlen der an der Umfrage beteiligten Unternehmen – über alle Umfrageteilnehmer hinweg und getrennt nach Branchen - lässt sich den nachfolgenden Übersichten entnehmen:



Aus 594 Angaben [81]

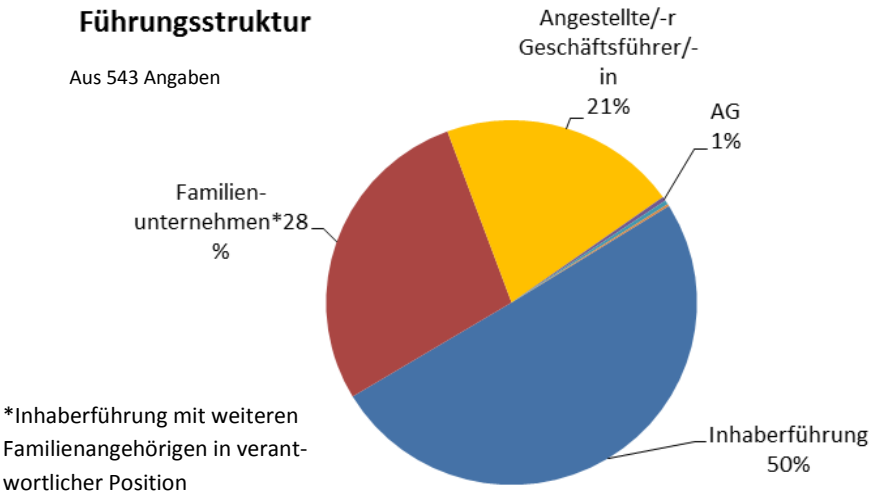
Während 15 % der Unternehmen nur zwischen 1 und 4 Personen beschäftigen, sind in 9 % der Unternehmen mehr als 500 Personen tätig. Die zuletzt genannten Unternehmen wurden als Nicht-KMU im weiteren Verlauf der Untersuchung nicht mehr betrachtet.

[81] In der Befragung wurde nicht zwischen sozialversicherungspflichtigen und geringfügig Beschäftigten unterschieden.



Aus 594 Angaben

Mit fast 80 % zeigt sich ein sehr hoher Anteil der an der Umfrage beteiligten mittelständischen Unternehmen als inhabergeführt.



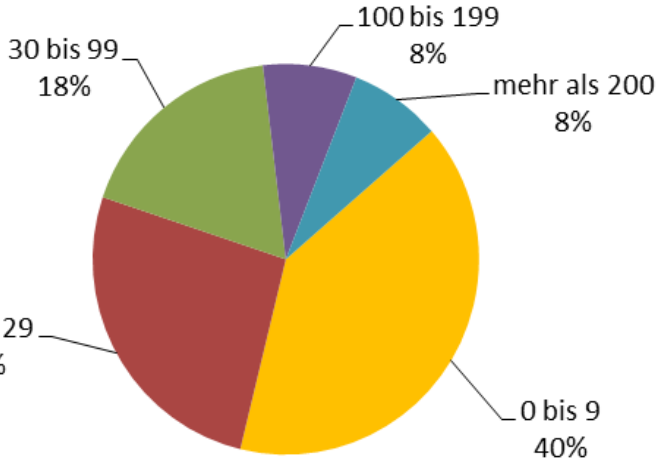
Aus 594 Angaben

Insofern deckt sich die Struktur der im Vergabemarkt tätigen Unternehmen mit dem Ansatz vieler Vergabestellen, das Kriterium der Inhaberführung zur Definition des Mittelstands heranzuziehen[82], um auf diese Weise einen hochrangigen, persönlich engagierten Ansprechpartner sicherzustellen und gleichzeitig das Risiko der Schlechtleistung zu minimieren.

2.2. Beteiligung am Vergabeverfahren

Von den befragten mittelständischen Unternehmen bewarb sich mit 40 % der größte Teil nur für wenige oder gar nicht um öffentlichen Ausschreibungen, während immerhin 8 % angaben, sich in den letzten 3 Jahren an mehr als 200 Vergabeverfahren beteiligt zu haben.

Beteiligung an Vergabeverfahren 2010-2012

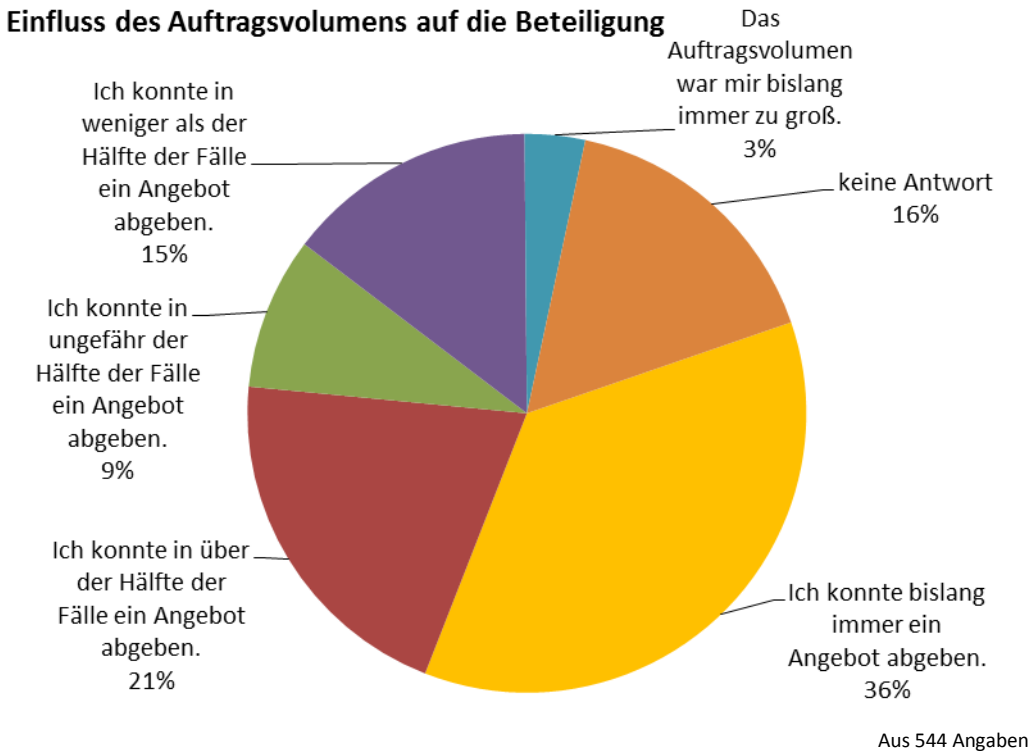


Aus 535 Angaben

Aus 544 Angaben

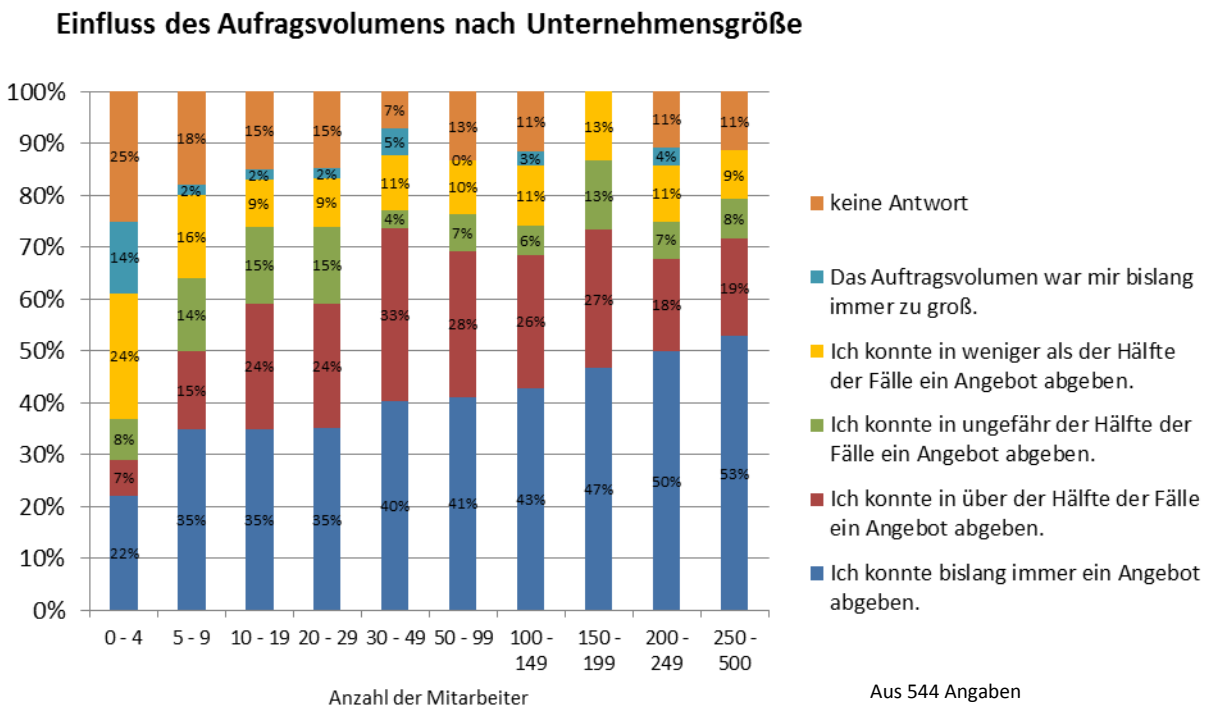
[82] Vgl. oben Ziff. IV.1.6.

Auf die Frage nach einer möglichen Nichtbeteiligung an Vergabeverfahren infolge - gemessen an der Zahl der Mitarbeiter oder der finanziellen Leistungsfähigkeit – zu hoher Auftragsvolumina gaben immerhin 18 % der Unternehmen an, sich in mehr als der Hälfte oder gar in allen Fällen aus diesem Grund gegen eine Angebotsabgabe entschieden zu haben.



Eine Betrachtung in Abhängigkeit der Mitarbeiterzahlen ergibt, dass immerhin 14 % der Kleinstunternehmen mit weniger als fünf Beschäftigten angaben, in den vergangenen Jahren nur deshalb immer von der Abgabe eines Angebots Abstand genommen zu haben, weil das ausgeschriebene Auftragsvolumen gemessen an der Zahl der Mitarbeiter oder der finanziellen Leistungsfähigkeit zu groß war, während dies bei größeren Unternehmen deutlich seltener bis niemals der Fall war. Nur 22 % der Kleinstunternehmen gaben an, dass die Auftragshöhe in

keinem Fall die Abgabe eines Angebots verhindert habe; bei den an der Umfrage beteiligten Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern war dies über die Hälfte.



Auch eine Betrachtung in Abhängigkeit der an der Umfrage beteiligten Branchen erbringt differenzierte Ergebnisse. So gaben etwa 57 % der mittelständischen Möbellieferanten an, man habe bislang immer ein Angebot abgeben können. Bei den Unternehmen der EDV-Technik gaben 52 % diese Antwort.

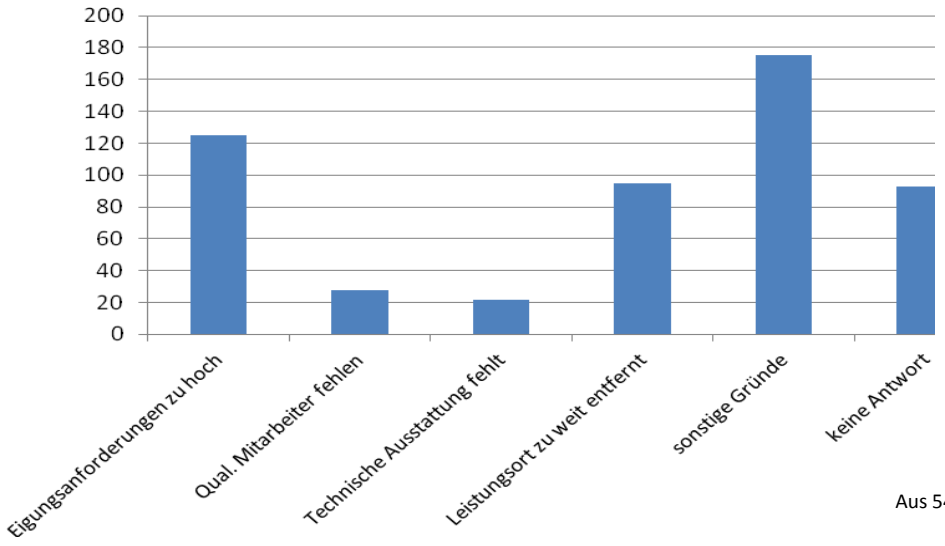
Im Gegensatz dazu sahen sich Unternehmen der befragten Baugewerke unterdurchschnittlich oft in der Lage, das Volumen einer öffentlichen Ausschreibung zu bewältigen: So gaben nur rund 30 % der Unternehmen des Straßen- und Landschaftsbaus an, dass sie immer in der Lage gewesen seien, ein entsprechendes Angebot abzugeben.

Der insgesamt recht hohe Anteil an Unternehmen, die häufig oder zumindest teilweise wegen zu hoher Auftragsvolumina von vornherein von einer Teilnahme an öffentlichen Vergabever-

fahren absehen, könnte einen Erklärungsansatz für die insofern widersprüchliche Wahrnehmung der befragten Vergabestellen liefern, wonach es in den Verfahren nur selten zu Rückfragen, Rügen oder gar Aufhebungen im Zusammenhang mit einem zu hohe Auftragsvolumen bzw. unterbliebener Losaufteilung kommt.[83]

Um einen möglichst breiten Überblick über die Gründe der Unternehmen zu erhalten, an Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber jenseits eines möglicherweise zu hohen Auftragsumfangs nicht teilzunehmen, konnten bei der Umfrage weitere Angaben gemacht werden. Neben vier vorgegebenen Antwortoptionen – Fehlen der erforderlichen Mitarbeiterqualifikation, Fehlen der erforderlichen technischen Ausstattung, zu weite Entfernung des Leistungsorts, zu hohe Eignungsanforderungen an Mindestumsatz und Mindestpersonalausstattung – konnte auch ein Freifeld zu sonstigen Gründen befüllt werden. Die Umfrageteilnehmer waren auf eine Antwort beschränkt, um eine Konzentration auf den jeweils maßgeblichen Punkt zu erreichen.

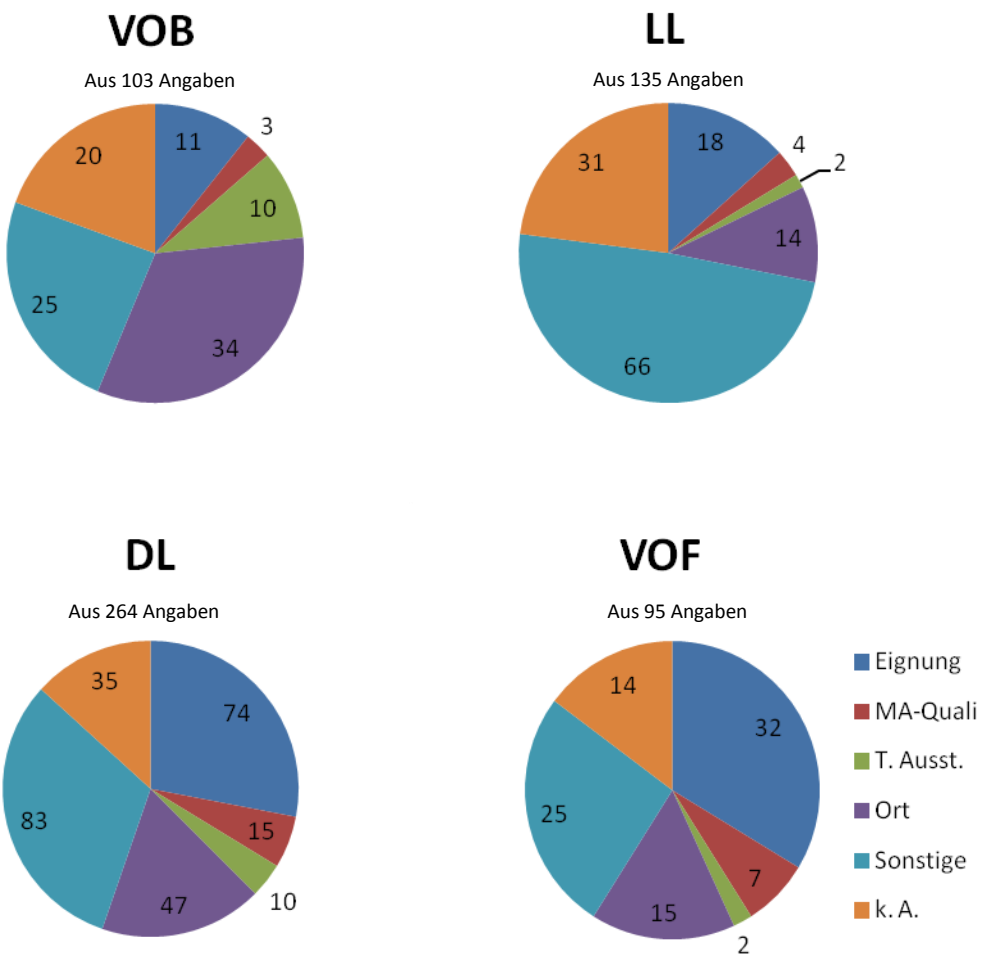
Der hier meistgenannte spezifische Grund für den Verzicht auf die Beteiligung waren dabei die „zu hohen Eignungsanforderungen betreffend den Mindestumsatz und die Mindestpersonalausstattung“ der ausschreibenden Vergabestellen. Die genannten Gründe ergeben sich – in einer Gesamtbetrachtung und getrennt nach Leistungsbereichen - aus den nachfolgenden Übersichten:



Aus 544 Angaben

[83] Vgl. oben Ziff. IV.1.8.

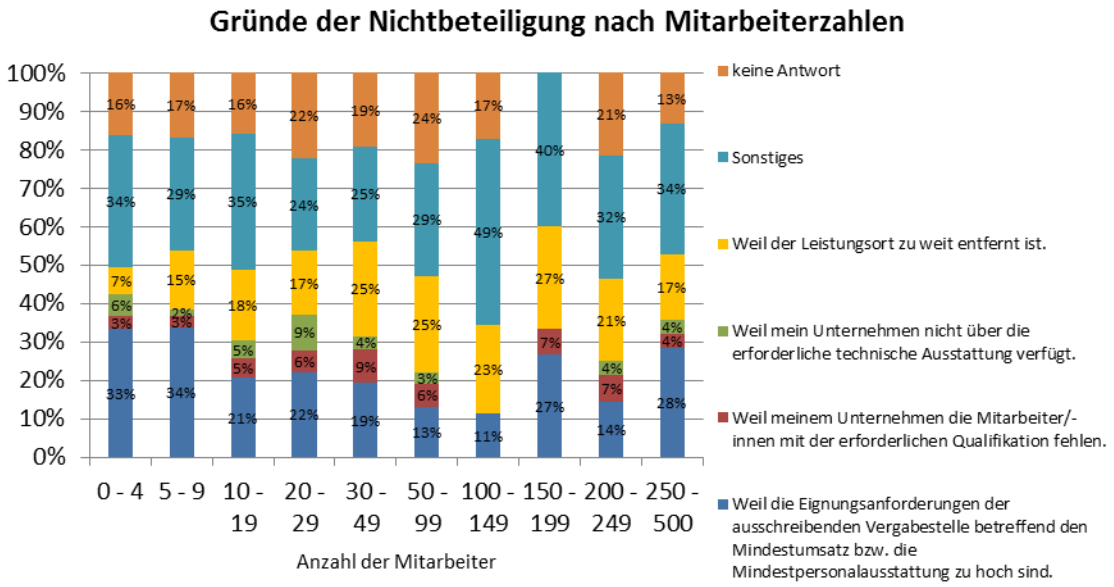
Gründe der Nichtbeteiligung nach Leistungsbereichen[84]



Diese Einschätzungen sind dabei weitgehend unabhängig von der Größe der befragten Unternehmen. So wird der meistgenannte Grund, die zu hohen Eignungsanforderungen der ausschreibenden Vergabestelle betreffend den Mindestumsatz bzw. die Mindestpersonalausstattung, von 33 % der Kleinstunternehmen (weniger als fünf Beschäftigte) und immerhin auch

[84] Die von der vorhergehenden Grafik abweichende Gesamtzahl der Angaben ergibt sich daraus, dass in die Darstellung nach Leistungsbereichen auch einschlägige Angaben aus dem freien Bemerkungsfeld am Ende des Fragebogens (Anlage 2, Frage 29), die sich unter den Begriff der Eignung subsummieren lassen, einbezogen wurden. Die Unternehmen haben letztlich an drei Stellen Ausführungen zur Eignung gemacht: im Rahmen der Frage 8 des Unternehmerfragenbogens (Anlage 4) bei der voreingestellten Antwortmöglichkeit zur Eignung und bei den „anderen Gründen“ sowie im Rahmen der Frage 29; vgl. auch Fn. 85.

28 % der Unternehmen mit 250 bis 500 Mitarbeitern als Grund für eine Nichtbeteiligung an öffentlichen Ausschreibungen angeführt.



Aus 544 Angaben

Als „sonstige Gründe“ wurden u. a. genannt:

- Zu hohe Gewichtung des (billigen) Preises durch Vergabestellen,
- Ausschreibungen auf bestimmten Bieter zugeschnitten,
- Zu hohe Anforderungen an Eignungsnachweise / Referenzen / Zertifizierung etc.,[85]
- Zu hoher Aufwand für die Beteiligung an Vergabeverfahren,
- Mangelnde Fachlosbildung,
- Mangelnde regionale Losbildung,

[85] Hier wurden von den Unternehmen z.T. Angaben gemacht, die sachlich unter den separaten Antwortpunkt „Zu hohe Eignungsanforderungen an Mindestumsatz und Mindestpersonalausstattung“ gehören. Bei der Auswertung wurde allerdings aus systematischen Erwägungen die von den Unternehmen getroffene Klassifizierung als „Sonstiger Grund“ beibehalten. Im Übrigen wurden von den Unternehmen überhöhte Eignungsanforderungen auch jenseits der Punkte Mindestumsatz bzw. Mindestpersonalausstattung gemacht, so etwa bezüglich Zertifizierungen etc.

- Ausführungszeit zu knapp,
- Ausschreibungen technisch mangelhaft,
- realitätsferne Anforderungen,
- ungenaue Leistungsbeschreibungen.

Insbesondere aus den Antworten der Unternehmen im Freifeld zu den „sonstigen Gründen“ der Nichtteilnahme an Vergabeverfahren lässt sich generell eine hohe Unzufriedenheit mit der Konzeption und der Abwicklung öffentlicher Auftragsvergaben ablesen. Praktisch über alle befragten Branchen und Gewerke hinweg werden der aus der vielfach alleinigen Preisfixierung der Vergaben resultierende hohe Preisdruck bzw. die Vergabe an Angebote auf Basis von Unterkostenkalkulationen beklagt. Dementsprechend sehen Unternehmen sich außerstande, ihre spezifischen qualitativen Produkt- oder Leistungsvorteile mit Aussicht auf Erfolg in den öffentlichen Vergabeprozess einzubringen. Den hieraus resultierenden geringen Erfolgsaussichten steht nach Angabe einer Vielzahl von Unternehmen ein extrem hoher Bearbeitungsaufwand gegenüber. So werden praktisch durchgehend überzogene Eignungsanforderungen im Bereich der abgeforderten Referenzen oder Qualitätszertifikate mit marktzutrittsbeschränkender Wirkung gerügt. In diesem Zusammenhang äußern präqualifizierte Umfrageteilnehmer den Wunsch, Präqualifizierungsverfahren verbindlich zu implementieren, um den Aufwand der Eignungsprüfung deutlich zu begrenzen.

Die Schwerpunkte der Kritik an den öffentlichen Vergabeverfahren differieren je nach Art der untersuchten Branche bzw. des untersuchten Gewerks. So beklagen die Unternehmen, die eine personalintensive, allerdings nicht personalisierte Leistung ohne kreative Elemente erbringen (Reinigungsgewerbe, Postdienstleistungen), in erster Linie den enormen Preisdruck in der Branche, den extrem hohen Aufwand für die Angebotsbearbeitung sowie den Umstand, dass in einem aus ihrer Sicht deutlich überzogenen Maß – zum Teil sachfremde – Qualitätszertifikate zur Prüfung der Leistungsfähigkeit gefordert werden. Ähnlich mit Blick auf die Eignungsanforderungen äußern sich die Unternehmen, die eine nicht nur personalintensive, sondern hochgradig personalisierte und gleichzeitig wenig standardisierte Dienstleistung erbringen (Planungs- und Beratungsleistungen nach HOAI, IT-Dienstleistungen). Auch hier wird der enorme Aufwand für die Angebotsbearbeitung beklagt, verbunden mit der Kritik an deutlich überzoge-

nen Anforderungen an die Stellung von Referenzen zur Prüfung der Leistungsfähigkeit. Dazu zählen zu spezifische Referenzen in zu kurzen Zeiträumen. Die befragten Unternehmen des Baugewerbes rügen schwerpunktmäßig die unterbliebene Aufteilung größerer Leistungspakete in Fachlose, zu enge zeitliche Vorgaben für die Leistungserbringung sowie den überzogenen Preisdruck. Die befragten Unternehmen des Liefergewerbes schließlich, gleich ob mit oder ohne eigenen Produktionsprozess (EDV-Technik, Mobiliar, Hilfsmittel, Arzneimittel, Kraftfahrzeuge), kritisieren vornehmlich die häufige Zusammenfassung unterschiedlicher Leistungsgegenstände anstelle einer Fachlosvergabe sowie die Vorfestlegung auf ein bestimmtes Produkt und damit einen bestimmten Hersteller, die sich in einer offenen oder verdeckten produktspezifischen Beschreibung der Leistung äußert.

Zusammenfassend lässt sich nach Auswertung der Angaben der Unternehmen zu den „sonstigen“ Gründen der Nichtteilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren jedenfalls bei Anbietern aus dem freiberuflichen Bereich und bestimmten Bereichen der Dienstleistungsbranche ein Schwerpunkt bei den extrem hohen Anforderungen im Bereich der Eignung festmachen. Dies könnte einen Erklärungsansatz für die Erkenntnis aus der Vergabestellenumfrage liefern, wonach Rückfragen oder Rügen zum Auftragsvolumen praktisch nie vorkommen. Denn wenn die für das Volumen einer ungeteilten Gesamtvergabe nicht in Betracht kommenden Unternehmen schon über die Festlegungen zur Eignung aussortiert werden, überschreiten diese Unternehmen überhaupt nicht die Schwelle zum Vergabeprozess, sondern nehmen von vornherein von einer Angebotsbearbeitung Abstand, weil sie die Eignungsanforderungen nicht erfüllen können.

Die dargestellten Erkenntnisse zu den Eignungsanforderungen erhärten sich durch die Auswertungsergebnisse zu den voreingestellten Antwortmöglichkeiten[86]. So geben im Bereich der Gebäudereinigungsdienstleistungen selbst Unternehmen aus den größeren Kategorien an, Angebote nicht abzugeben, weil bereits die Eignungsanforderungen der ausschreibenden Vergabestelle zu Mindestumsatz und Mindestpersonalausstattung zu hoch sind (33 % der Unternehmen mit 150 bis 199 Mitarbeiter bei einem durchschnittlichen Umsatz von 2,71 Mio. Euro, 21 % der Unternehmen mit 200 bis 249 Mitarbeiter bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 3,03

[86] Die Beteiligung im Gewerk Straßenbau war zu gering und die Antworten fielen zu uneinheitlich aus, als dass sich hier eine Schlussfolgerung ziehen ließe.

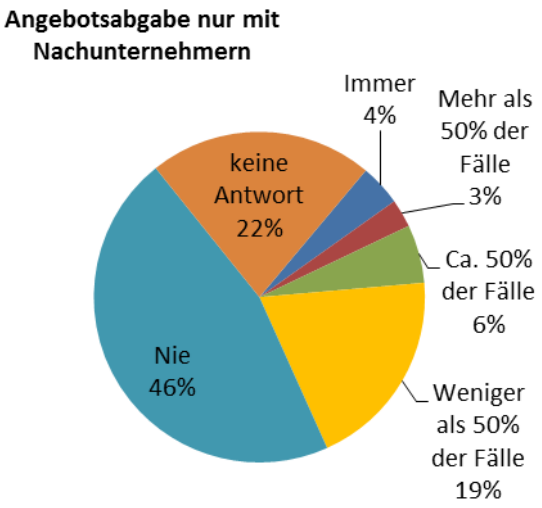
Mio. Euro sowie 37 % der Unternehmen mit 50 bis 500 Mitarbeiter bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 5,16 Mio. Euro; gesamt: 22 %). Bei den Planungsbüros aus dem Bereich Architektur und Ingenieurwesen äußern sich insbesondere die kleineren und mittleren Büros ähnlich (62 % der Büros mit 5 bis 9 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 0,74 Mio. Euro, 28 % der Büros mit 10 bis 19 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 1,28 Mio. Euro, 17 % der Büros mit 20 bis 29 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 1,88 Mio. Euro, 18 % der Büros mit 30 bis 49 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 3,96 Mio. Euro; gesamt: 34 %). Im Bereich der IT-Dienstleistungen machen die kleineren Unternehmen (Unternehmen mit 5 bis 9 Mitarbeitern mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 0,56 Mio. Euro, Unternehmen mit 10 bis 19 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 1,53 Mio. Euro sowie Unternehmen mit 20 bis 29 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 2,9 Mio. Euro) jeweils zu mindestens 50 % eine entsprechende Angabe, bei den darüber liegenden Größenklassen (Unternehmen mit 30 bis 49 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 4,77 Mio. Euro sowie Unternehmen mit 50 bis 99 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von 7,03 Mio. Euro) immerhin noch 30 % (Gesamt: 43 %). Lediglich die Antworten der Lieferanten (Mobiliar, EDV-Technik) lassen Probleme mit zu hohen Anforderungen an Mindestumsatz und Mindestpersonalausstattung in untergeordnetem Umfang erkennen (Gesamt: EDV-Technik 18 %, Mobiliar 14 %).

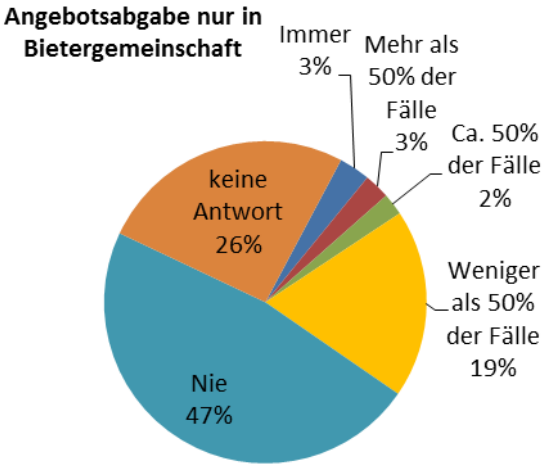
2.3. Unternehmermehrheit

Trotz der von vielen der befragten Unternehmen benannten eingeschränkten Teilnahmemöglichkeit an öffentlichen Ausschreibungen wegen nicht zu bewältigender Auftragsvolumina oder als überzogen bewerteter Eignungsanforderungen hinsichtlich Personal- und Kapitalausstattung spielt das Instrument des Zusammenschlusses mit Nachunternehmern oder zu Bietergemeinschaften nach den Angaben der Umfrage nur eine sehr nachgeordnete Rolle. Dies deckt sich mit der Wahrnehmung der Auftraggeber, die angaben, Mittelständler kämen in nur maximal 20 % der Verfahren in einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmer zum Zuge.[87]

[87] Vgl. oben Ziff. IV.1.7.

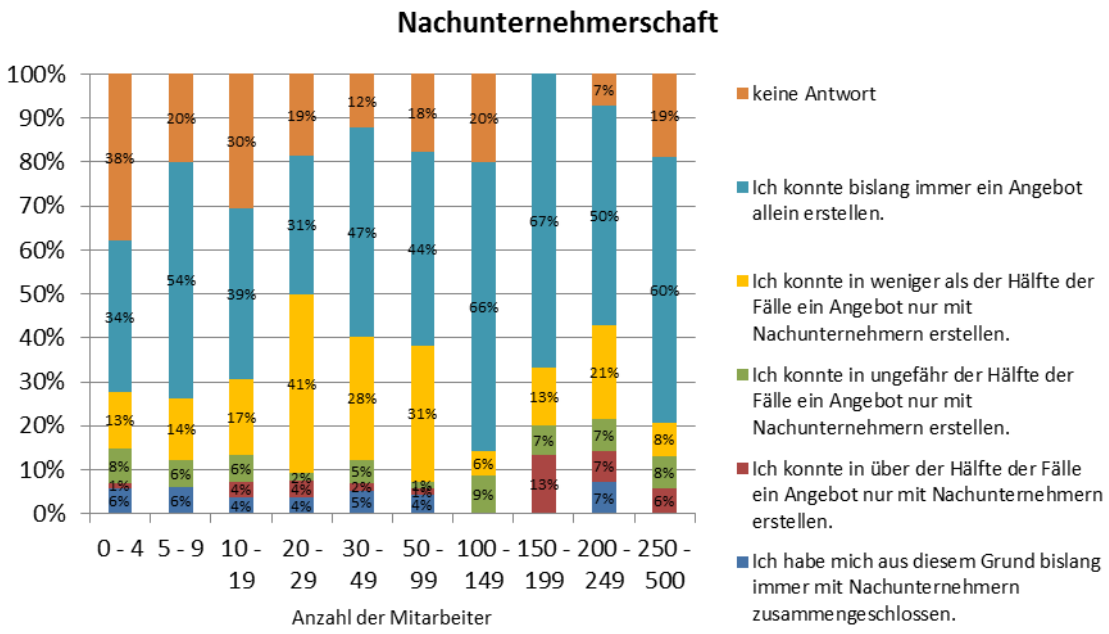
Etwa die Hälfte der befragten mittelständischen Unternehmen berichtete, beide Instrumente überhaupt nicht herangezogen zu haben, um eine öffentliche Ausschreibung bewältigen zu können. Nur 7 % bzw. 6 % gaben an, eine Angebotsabgabe mit anderen Unternehmen in mehr als der Hälfte oder gar allen Fällen durchgeführt zu haben.

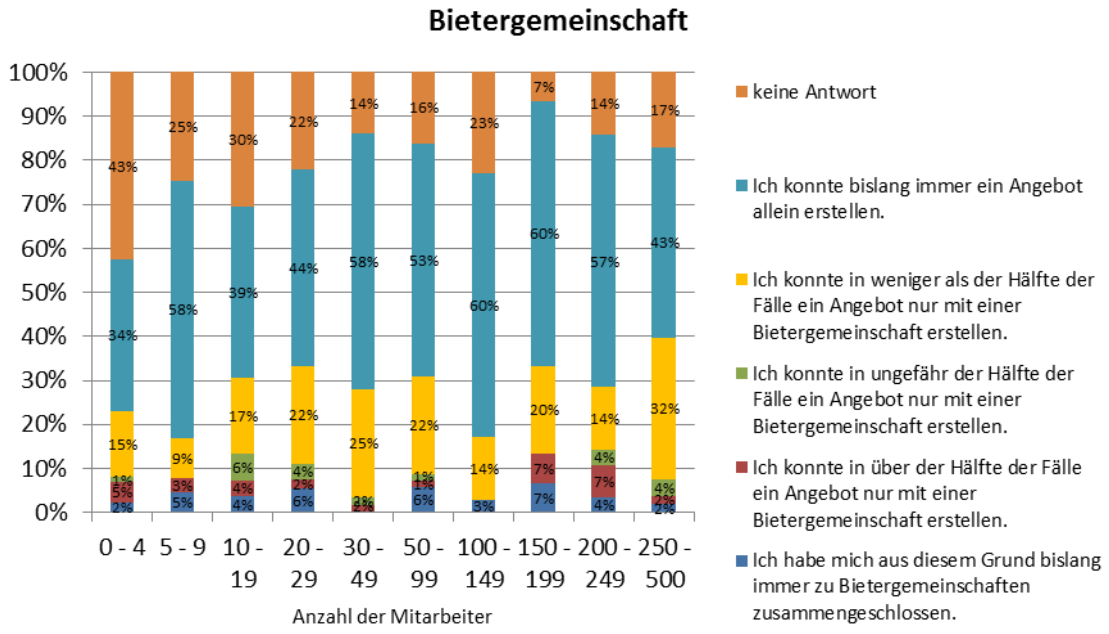




Beide: aus 544 Angaben

Das relativ geringe Interesse an einer gemeinschaftlichen Angebotsabgabe variiert dabei über die Größen (Mitarbeiterzahlen) der Unternehmen nur bedingt, wobei erwartungsgemäß größere Unternehmen eine nochmals geringere Erforderlichkeit der Unternehmensmehrheit erkennen konnten





Beide: aus 544 Angaben

Bei einer separaten Betrachtung der abgefragten Branchen zeigen sich geringe Unterschiede im Antwortverhalten. So ist die Neigung der Unternehmen der Gebäudereinigungsbranche zur Bildung von Unternehmensmehrheiten nochmals weniger ausgeprägt: Über 60 % der befragten

Mittelständler dieser Branche gaben an, niemals gemeinsam mit anderen Unternehmen agiert zu haben, um das Volumen eines öffentlichen Vergabeverfahrens bewältigen zu können; nur ein einziges Unternehmen berichtete, immer mit Nachunternehmern agiert zu haben (0,8 %). Ebenso sahen sich Unternehmen der Möbelindustrie mit ca. 70 % überdurchschnittlich oft in der Lage, Ausschreibungen allein bewältigen zu können.

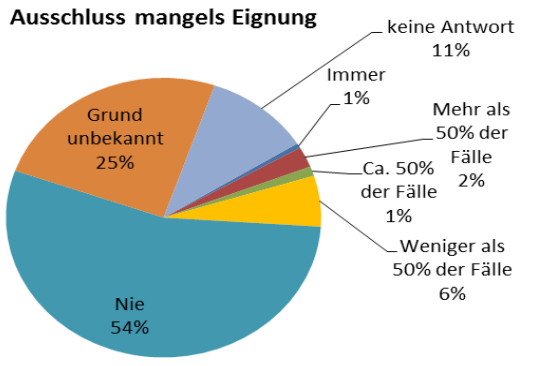
Umgekehrt ist bei den Bauleistungen die Neigung insbesondere zum Zusammenschluss zu Bietergemeinschaften offenbar ausgeprägter. Im Gewerk „Straßenbau“ gaben mit 7 % der befragten Mittelständler etwa doppelt so viele Unternehmen an, sich zur Bearbeitung öffentlicher Vergaben immer zu Bietergemeinschaften zusammengeschlossen zu haben wie im branchenübergreifenden Durchschnitt. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei den Planungs- und Beratungsleistungen nach HOAI (ebenfalls 7 %).

2.4. Ausschluss von Vergabeverfahren

Einen häufigen Ausschluss von Ausschreibungen mangels Eignung gaben nur wenige Umfrageteilnehmer an. Danach scheiterten nur 4 % der befragten mittelständischen Unternehmen in jedem zweiten Verfahren und häufiger an der Eignung, während über die Hälfte der Unternehmen nie mangels Eignung ausgeschlossen wurde. Nur 6 % berichten über Ausschlüsse in weniger als der Hälfte der Verfahren. Bedenklich ist allerdings, dass ein Viertel der Unternehmer den Ausschlussgrund nicht kennt bzw. 11 % der Befragten keine Aussage zu der Frage macht, ob Einungsdefizite zum Ausschluss führten. Da heißt, dass mehr als ein Drittel der Unternehmen regelmäßig die Chance verliert, gegebenenfalls Eignungsdefizite abzubauen.

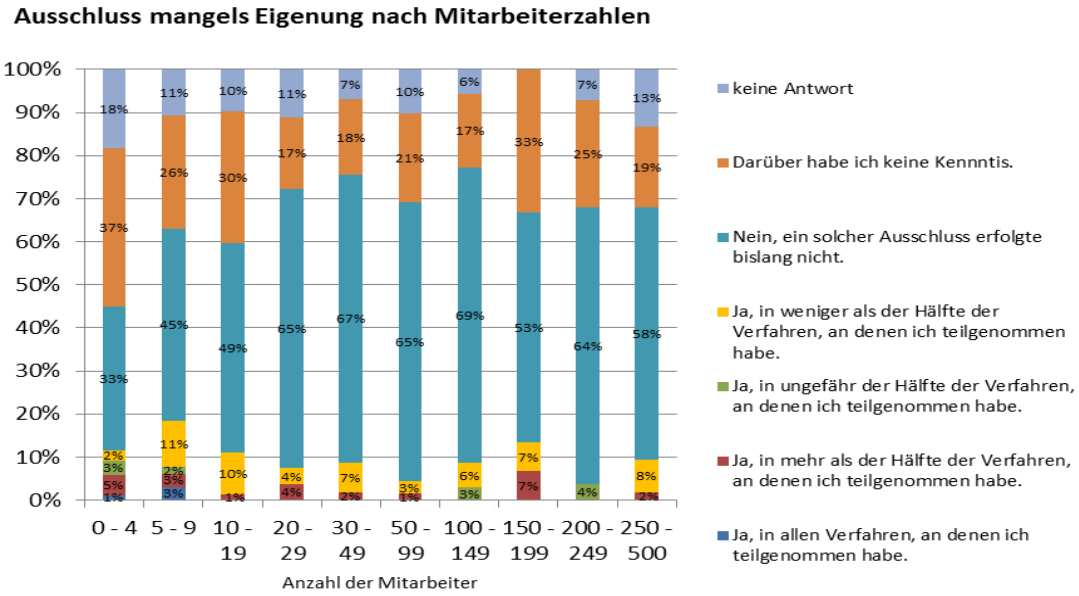
Ein Rückschluss auf die Angemessenheit der aufgestellten Eignungskriterien lässt sich aus den genannten Zahlen nicht ziehen. Vielmehr liegt in Ansehung der Angaben der Unternehmen zur Nichtteilnahme an Verfahren wegen überzogener Eignungsanforderungen[88] die Vermutung nahe, dass die Unternehmen sehr gut einschätzen können, ob sie überhaupt eine Chance haben über die Eignungshürde hinwegzukommen.

[88] Vgl. oben Ziff. IV.2.2.



Aus 544 Angaben

Auch hier schwanken, wie die nachfolgende Grafik zeigt, die Angaben der Umfrageteilnehmer in Abhängigkeit ihrer Größe nur marginal.



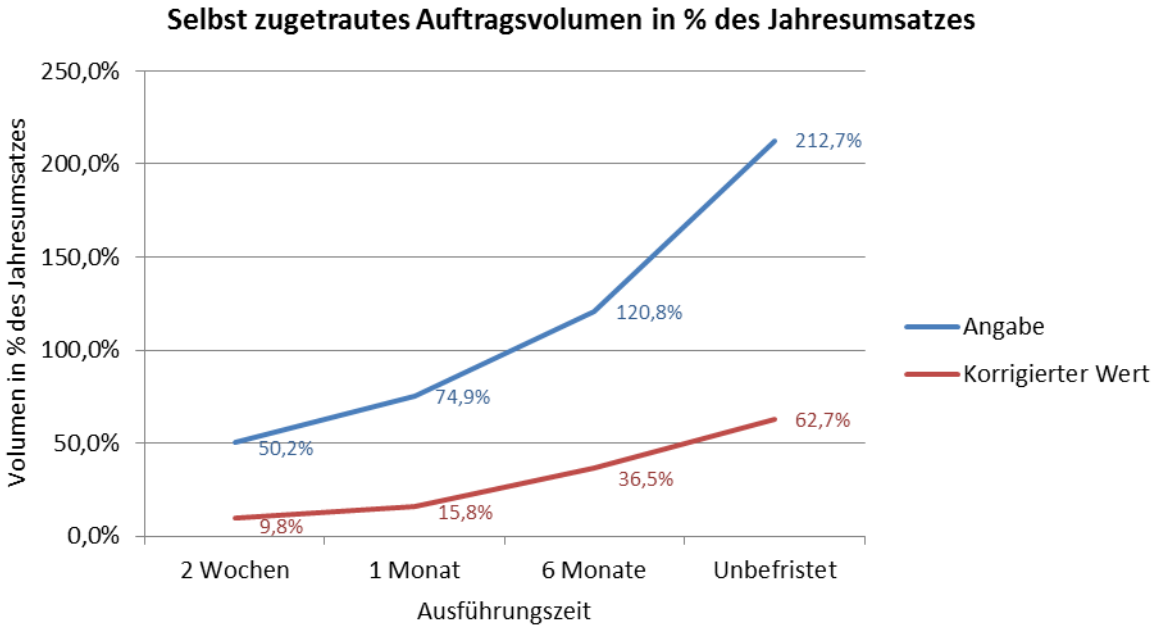
Aus 544 Angaben

Eine branchenscharfe Betrachtung der Angaben zu einem möglichen Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen zeigt nur sehr geringe Schwankungen zwischen den Branchen und Gewerken.

2.5. Maximales Auftragsvolumen

Bei unkritischer Betrachtung weisen die von den Unternehmen getroffenen Aussagen zum maximal leistbaren Auftragsvolumen ein sehr uneinheitliches Bild auf. So trauen sie sich selbst bei kürzesten Ausführungsfristen (2 Wochen) zu, zwischen 1 % und über 200.000 % des angegebenen letzten Jahresumsatzes abzuwickeln. Gerade die letztgenannte Zahl macht deutlich, dass die Angaben der Befragten hier teilweise doch unglaubwürdig oder von Wunschvorstellungen getragen erscheinen.

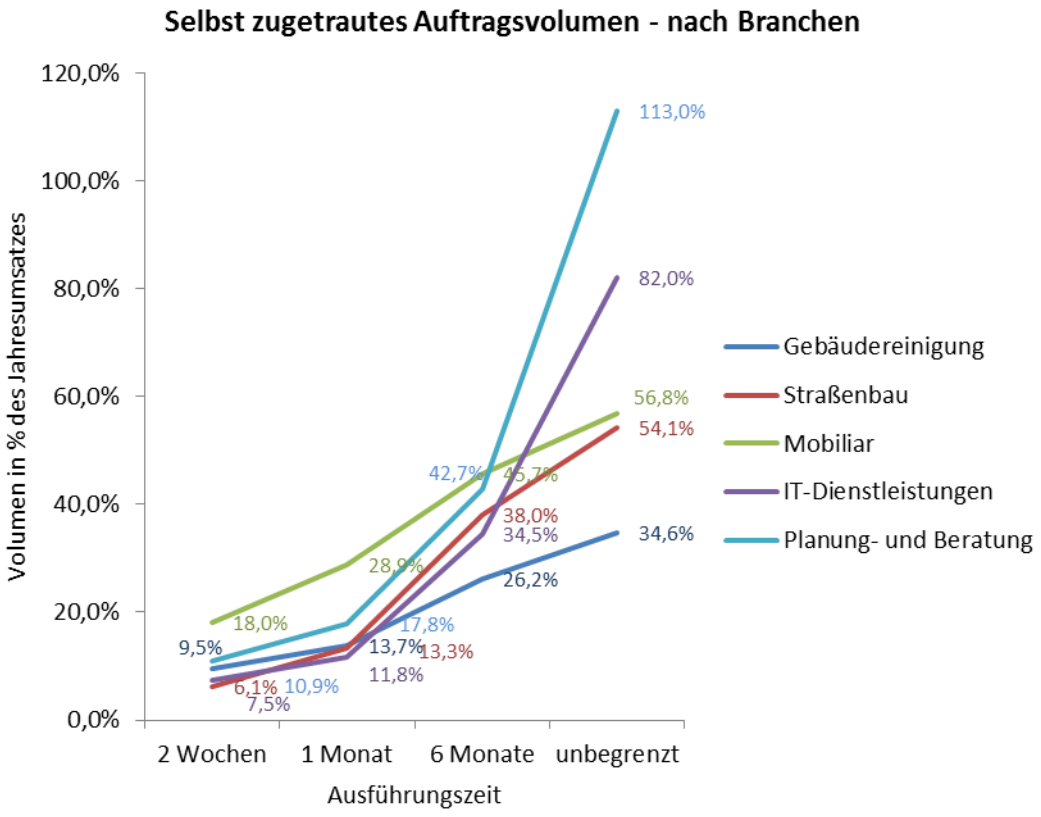
Die nachfolgende Grafik differenziert daher bei der Darstellung der Mittelwerte der gemachten Angaben zwischen den tatsächlichen Angaben in der Umfrage (blaue Linie) und einem korrigierten Wert (rote Linie), bei welchem alle Angaben eines zugetrauten Auftragsvolumens über 500% des gemeldeten Jahresumsatzes keine Berücksichtigung fanden.



Auf Basis dieser bereinigten Betrachtung ergibt sich eine Selbsteinschätzung der Unternehmen Bei einer Ausführungszeit von sechs Monaten ergibt sich ein zugetrautes Auftragsvolumen von 36,5 %, bei einer unbegrenzten Zeit von 62,7 %.

Bei einer differenzierten Betrachtung der gemachten Angaben nach den jeweiligen Branchen zeigen sich deutliche Unterschiede in der Selbsteinschätzung. Die nachfolgende Grafik gibt wiederum die subjektive Einschätzung der Unternehmen an, wobei Angaben von über 500 % nicht berücksichtigt wurden.

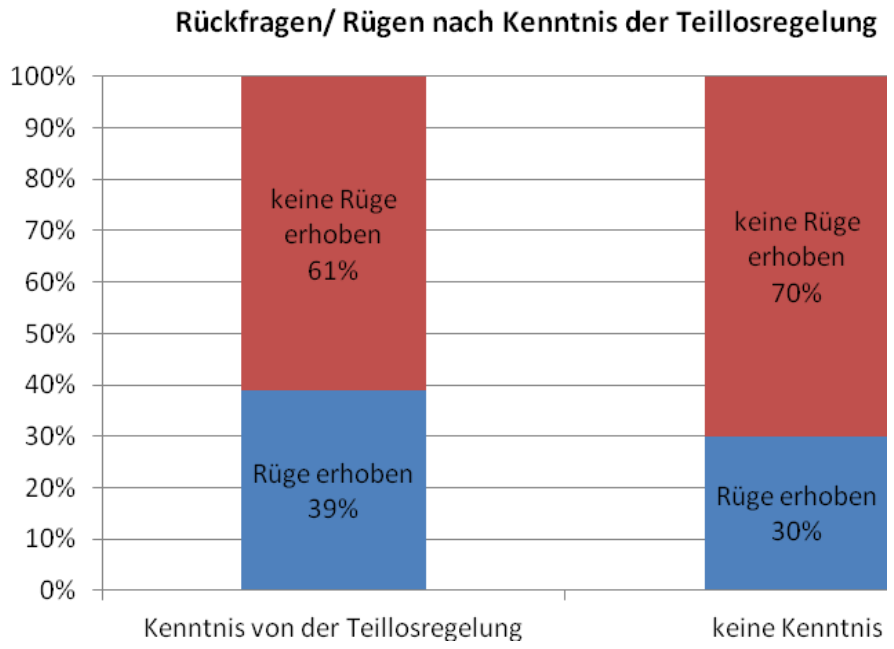
Während nach diesen Angaben die Branche der Gebäudereinigungsunternehmen eine relativ konservative Selbsteinschätzung vornimmt und angibt, je nach zur Verfügung stehender Zeit zwischen 9,5 % und etwa einem Drittel des eigenen Jahresumsatzes für einen öffentlichen Auftrag einsetzen zu können, sind die Planungs- und Beratungsbüros hier deutlich optimistischer: Sie geben an, im Falle einer unbegrenzten Ausführungszeit im Mittel ein Auftragsvolumen von 113 % des bisherigen Jahresumsatzes bewältigen zu können. Damit zeigte sich auch, dass für die Planungsbüros das Auftragsvolumen im Gegensatz zu überzogenen Eignungsanforderungen in der Regel keine signifikante Relevanz auf die Beteiligung an öffentlichen Aufträgen hat.



2.6. Rügen zum Auftragsvolumen

Von den an der Umfrage beteiligten KMU beantworteten durchschnittlich ein Drittel (35 %) die Frage, ob im vergangenen Jahr eine Rückfrage oder Rüge zu einem öffentlichen Vergabeverfahren erhoben wurde, mit „Ja“.

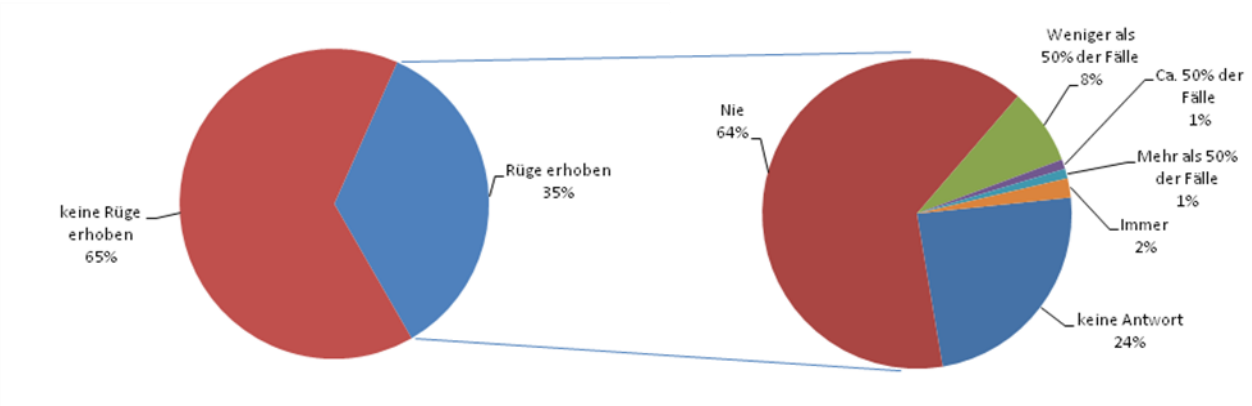
Die Neigung zur Überprüfung einer öffentlichen Ausschreibung war bei solchen Unternehmen ausgeprägter, die Kenntnis von den gesetzlichen Regellungen zur Teillosbildung haben:



Aus 537 Angaben

Der überwiegende Teil dieser Unternehmen gab indes an, dass diese Rückfrage oder Rüge in keinem Fall zu einer Änderung des Auftragsvolumens durch die Vergabestelle geführt habe (64 %). Nur 2 % der Unternehmen berichteten, dass in jedem Fall eine Änderung erreicht worden sei.

Rückfragen/ Rügen und Reaktion: Änderung des Auftragsvolumens



Aus 188 Angaben

Die Angaben der Unternehmen zur Rügehäufigkeit widersprechen den Erkenntnissen aus der Vergabestellenumfrage[89], wonach es zu Rückfragen, Rügen oder gar Aufhebungen wegen nicht mittelstandsgerechter Auftragsvolumina praktisch nie gekommen ist. Eine Erklärung hierfür könnte darin liegen, dass die an den Umfragen beteiligten Vergabestellen und Unternehmen mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht an denselben Vergabeverfahren teilgenommen haben. Zudem steht zu vermuten, dass sich gerade solche Unternehmen an der Umfrage beteiligt haben, die in der Vergangenheit bereits Probleme in Vergabeverfahren erlebt haben.

2.7. Umfrage Branchenverbände

Die Befragung der Branchenverbände brachte keine weiterführenden inhaltlichen Erkenntnisse. Vielmehr ergab sich aus den eingegangenen Rückmeldungen, dass die Branchenverbände Unternehmensdaten zu Umsatz und Mitarbeitern in der Regel allenfalls für interne Zwecke der

[89] Vgl. oben Ziff. IV.1.8.

Beitragsermittlung erheben, aus diesen Daten aber keine eigenen Statistiken zu den Größenklassen ihrer Mitgliedsunternehmen erstellen. Nur wenige Verbände gaben an, entsprechende Statistiken vorzuhalten.[90] Eine verlässliche Daten- bzw. Informationsgrundlage für die Bestimmung des branchentypischen Mittelständlers einer Vielzahl von Branchen lässt sich daher aus Verbandsinformationen nicht ableiten.

3. ABC-Analyse

Mittels einer ABC-Analyse[91] wurden die im Bereich öffentlicher Beschaffungen mittelstandsrelevantesten Leistungsbereiche als Schnittmenge aus den persönlichen Erfahrungen der Vergabestellen, den am häufigsten in den Bekanntmachungsdatenbanken ausgeschriebenen Leistungsbereichen und den am häufigsten in Präqualifikationsregistern zertifizierten Leistungsbereichen ermittelt, um diese im Rahmen der Studie näher beleuchten zu können.

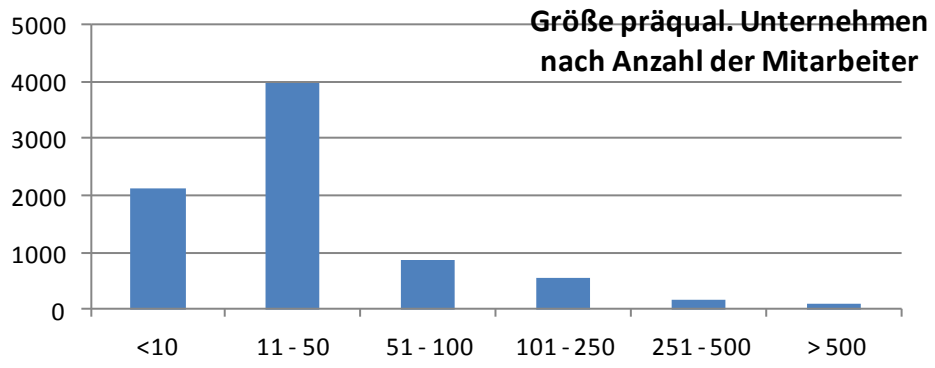
3.1. Bauleistungen

Nach allen vorliegenden Informationen ist die Bauwirtschaft in Deutschland besonders mittelständisch geprägt. Gemäß den Erhebungen des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (PQ-Bau) zu den Größenklassen baugewerblicher Unternehmen kann nach allen gängigen Mittelstandsdefinitionen der ganz überwiegende Teil der präqualifizierten Bauunternehmen als „mittelständisch“ klassifiziert werden. Damit spricht ein starkes Indiz für die generelle Mittelstandsrelevanz von Bauvergaben.

---

[90] Konkret handelte es sich hierbei um Verbände aus dem Baubereich. Allerdings fehlte es insoweit an der Ausdifferenzierung in einzelne Gewerke, die untereinander durchaus unterschiedliche Größenklassenstrukturen aufweisen können. Weitere konkrete Daten stammen aus dem Bereich Garten- und Landschaftsbau und in weniger detailliertem Umfang aus dem Bereich der Pharmaindustrie.

[91] Vgl. hierzu die Ausführungen zur Methodik in Anhang 1, Ziff. 4.



Quelle: PQ-Bau

Zur Identifikation solcher Gewerke, welche aufgrund einer hervorgehobenen Bedeutung für Vergabeverfahren eine intensive Betrachtung rechtfertigen, wurden die Vergabestellen zunächst gefragt, aus welchen Gewerken sie besonders viele Angebote von mittelständischen Unternehmen erhalten. Aus den Antworten wurden sodann die zehn Gewerke ermittelt, die am häufigsten benannt wurden. Teilweise erfolgte dabei eine logische Zusammenfassung unterschiedlich bezeichneter, aber zusammengehöriger Gewerke. Dabei ergibt sich in folgendes Bild (Darstellung in abnehmender Reihenfolge der Nennungen):

Präsenzinterviews	Online-Befragung
Straßenbau	*Maler*
Maler	*Straßenbau*
Landschaftsbau[92]	Fußbodenleger
Rohbau	*Elektrotechnik*
Metallbau	*Tiefbau*
Maurer	Dachdecker
Elektrotechnik	Heizung/ Sanitär/ Lüftung
Trockenbau	Rohrleitungsbau
Tischler	*Rohbau*
Tiefbau	*Landschaftsbau*

[92] Der „Landschaftsbau“ wird für die weitere Betrachtung ausschließlich dem Bereich der Bauleistungen zugeordnet.

In immerhin sechs von zehn am häufigsten benannten Gewerken ergeben sich hier Übereinstimmungen zwischen den persönlich befragten Vergabestellen und den Beteiligten der Online-Umfrage (kursiv).

Zum Abgleich mit den Ergebnissen der Umfrage wurden zudem die fünf volumenmäßig relevantesten Gewerke aus den Bekanntmachungsdaten sowie aus den untersuchten Präqualifikationsregistern (ULV, HPQR[93]) ermittelt:[94]

Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Straßenbau	Spezialbau
Spezialbau außer Dachbau	Landschaftsbau
Rohrleitungsbau	Abbrucharbeiten
Bautischlerei	Bautischlerei
Landschaftsbau	Rohrleitungsbau

Bei der Gegenüberstellung der Datensätze zeigt sich, dass der Bereich Landschaftsbau nicht nur von den Vergabestellen in beiden Befragungen relativ häufig als Gewerk benannt wurde, in dem besonderes viele Angebote mittelständischer Unternehmen zu verzeichnen sind, sondern auch häufig von den Vergabestellen ausgeschrieben wird und darüber hinaus viele Landschaftsbaubetriebe eine Präqualifikation durchlaufen haben.

Das Gewerk Straßenbau wird von den Vergabestellen häufig benannt. Hier werden zudem viele Aufträge vergeben. Der Rohrleitungsbau wird bei den Präsenzinterviews nicht, allerdings in der Online-Befragung häufig als mittelstandsrelevant genannt; auch hier werden sowohl viele Aufträge vergeben als auch viele ULV/HPQR-Präqualifikationen registriert.

[93] Auf Basis 5-stelliger CPV-Codes.

[94] Aufgrund der Tatsache, dass die Top 5 einen sehr hohen Prozentsatz aller erfassten Gewerke ausmachen, wurde hier auf eine Erfassung der zehn meistgenannten Gewerke verzichtet.

Die Übereinstimmungsgrade ergeben sich aus der nachfolgenden Darstellung:

Präsenzinterviews	Online-Befragung	Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Landschaftsbau[95]	Landschaftsbau	Landschaftsbau	Landschaftsbau
Straßenbau	Straßenbau	Straßenbau	
	Rohrleitungsbau	Rohrleitungsbau	Rohrleitungsbau
Maler	Maler		
Elektrotechnik	Elektrotechnik		
Rohbauarbeiten	Rohbauarbeiten		
Tiefbau	Tiefbau		
		Bautischlerei	Bautischlerei
		Spezialbau außer Dach	Spezialbau
Metallbau	Dachdecker		Abbrucharbeiten
Maurer	Heizung/ Sanitär/ Lüftung		
Trockenbau	Fußbodenleger		
Tischler			

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Indizien dafür existieren, dass die Gewerke Landschaftsbau, Straßenbau und Rohrleitungsbau besonders relevante Anwendungsfälle für die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB darstellen. Diese Gewerke werden daher im Rahmen der weiteren Untersuchung besondere Beachtung erfahren.

3.2. Lieferleistungen

Entsprechend dem Vorgehen bei den Bauleistungen wurde für die Lieferleistungen erfasst, aus welchen Branchen bei den Vergabestellen die meisten Angebote mittelständischer Unternehmen eingehen. Teilweise erfolgte dabei eine logische Zusammenfassung unterschiedlich bezeichneter, aber zusammengehöriger Branchen.

[95] Der „Landschaftsbau“ wird für die weitere Betrachtung ausschließlich dem Bereich der Bauleistungen zugeordnet.

Dabei ergibt sich in folgendes Bild (Darstellung in abnehmender Reihenfolge der Nennungen):

Präsenzinterviews	Online-Umfrage
Büromaterial	*EDV-Technik*
Mobiliar	*Mobiliar*
EDV-Technik	Land- und Forstwirtschaft
Kraftfahrzeuge	*Kraftfahrzeuge*
Laborgeräte	*Büromaterial*
Textilien	*Druckerzeugnisse*
Elektrogeräte	Medizinisches Material
Druckerzeugnisse	Sonstige Geräte
Spezialmaschinen	Feuerwehrtechnik
Baumaterial	*Baumaterial*

Unter den zehn in den beiden Umfragen jeweils am häufigsten benannten Branchen für Lieferleistungen finden sich im Abgleich sechs Übereinstimmungen (kursiv).

Zum Abgleich mit den Ergebnissen der Umfrage wurden zudem die fünf volumenmäßig relevantesten Branchen aus den Bekanntmachungsdaten sowie aus Präqualifikationsregister PQ-VOL[96] ermittelt:

Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Kraftfahrzeuge	Mobiliar
Pipelines	Fenster- und Türen
Stadtmöblierung	EDV
Klimatechnik	Stadtmöblierung
Mobiliar	Kraftfahrzeuge

[96] Auf Basis 5-stelliger CPV-Codes.

Präsenzinterviews	Online-Umfrage	Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Mobiliar	Mobiliar	Mobiliar	Mobiliar
Kraftfahrzeuge	Kraftfahrzeuge	Kraftfahrzeuge	Kraftfahrzeuge
EDV-Technik	EDV-Technik		EDV-Technik
Büromaterial	Büromaterial		
Druckerzeugnisse	Druckerzeugnisse		
Baumaterial	Baumaterial		
		Stadtmöblierung	Stadtmöblierung
Laborgeräte	Land- und Forstwirtschaft	Pipelines	Fenster- und Türen
Textilien	Medizinisches Material	Klimatechnik	
Elektrogeräte	Sonstige Geräte		
Spezialmaschinen	Feuerwehrtechnik		

Aus der Kombination der vorgenannten Daten lässt sich ablesen, dass die Branchen Mobiliar (regelmäßig sind hier insbes. Büromöbel erfasst) und Kraftfahrzeuge (hier sind nicht Automobilhersteller, sondern der lokale Autohandel sowie Fahrzeugausrüster für Spezialaufgaben gemeint) zum einen von den Vergabestellen in beiden Befragungen häufig als mittelstandsrelevant genannt werden, zum anderen laut Vergaberegister viele Ausschreibungen in diesem Bereich erfolgen und viele mittelständische Unternehmen im PQ-VOL präqualifiziert sind.

Die Branche EDV-Technik wird im Bereich der Auftragsvergabe volumenmäßig nicht unter den größten fünf Branchen genannt. Es liegt allerdings die Vermutung nahe, dass aufgrund des hohen Detailierungsgrades der CPV-Codes (5-stellig) teilweise unterschiedliche Leistungsgegenstände unter diese Branche subsummiert wurden.

Es existieren daher Indizien dafür, dass die Branchen der Leistungsgegenstände Mobiliar, Kraftfahrzeuge und (annahmegemäß, s. o.) EDV-Technik besonders relevante Anwendungsfälle für die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB darstellen. Diese Branchen werden daher im Rahmen der Studie besondere Beachtung erfahren.

3.3. Dienstleistungen

Auch für den Bereich der Dienstleistungen wurde erfasst, aus welchen Branchen die meisten Angebote von Mittelständlern eingehen. Teilweise erfolgte dabei eine logische Zusammenfassung unterschiedlich bezeichneter, aber zusammengehöriger Branchen. Dabei ergibt sich folgendes Bild (Darstellung in abnehmender Reihenfolge der Nennungen):

Präsenzinterviews	**Online-Umfrage**
Reinigung	*Reinigung*
Land- & Forstwirtschaft	*Sicherheit*
Wartung	*IT-Dienstleistung*
Beratung ,Gutachten, Marketing	*Planungs- und Beratungsleistungen*
Planungs- und Beratungsleistungen	Druck & Kopie
Entsorgung	*Land- & Forstwirtschaft*
Sicherheit	Abschleppdienst
Liefer- & Zustelldienste	Medizinische Leistungen
Fortbildung	Automatenbefüllung
IT-Dienstleistung	Catering

Es ergeben sich unter den zehn in den beiden Umfragen jeweils am häufigsten genannten Dienstleistungen Überschneidungen in fünf Branchen (kursiv). Auffällig bei der Auswertung war die Tatsache, dass der Bereich der Reinigungsdienstleistungen in beiden Umfragen mit deutlichem Abstand als diejenige Dienstleistung angegeben wurde, in der die meisten Angebote mittelständischer Unternehmen zu verzeichnen seien.

Zum Abgleich mit den Ergebnissen der Umfrage wurden zudem die fünf volumenmäßig relevantesten Branchen aus den Bekanntmachungsdaten sowie aus dem Präqualifikationsregister PQ-VOL[97] ermittelt:

[97] Auf Basis 5-stelliger CPV-Codes.

Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Reinigung	Reinigung
Planungs- und Beratungsleistungen	Landschaftsbau[98]
Telekommunikation	Hausverwaltung
Abfalldienstleistungen	Planungs- und Beratungsleistungen
Landschaftsbau	IT-Dienstleistungen

Die häufige Nennung von Reinigungsdienstleistungen und Planungs- und Beratungsleistungen (genannt werden insbesondere Ingenieur- und Architektenleistungen) als mittelstandsrelevante Branchen korreliert mit einer großen Anzahl von Ausschreibungen in der HAD und einer ebenfalls großen Anzahl präqualifizierter Unternehmen im PQ-VOL für diese Bereiche.

IT-Dienstleistungen werden im Bereich der Auftragsvergabe volumenmäßig nicht unter den fünf größten Branchen genannt. Es liegt allerdings die Vermutung nahe, dass aufgrund des hohen Detailierungsgrades der CPV-Codes (5-stellig) teilweise unterschiedliche Leistungsgegenstände unter diese Branche subsummiert wurden.

[98] Der „Landschaftsbau“ wird für die weitere Betrachtung ausschließlich dem Bereich der Bauleistungen zugeordnet und daher im Bereich der Dienstleistungen nicht näher betrachtet.

Präsenzinterviews	Online-Umfrage	Bekanntmachungen	Präqualifikationen
Reinigung	Reinigung	Reinigung	Reinigung
Planungs- und Beratungsleistungen	Planungs- und Beratungsleistungen	Planungs- und Beratungsleistungen	Planungs- und Beratungsleistungen
IT-Dienstleistung	IT-Dienstleistung		IT-Dienstleistungen
Sicherheit	Sicherheit		
Land- & Forstwirtschaft	Land- & Forstwirtschaft		
		Landschaftsbau[99]	Landschaftsbau
Entsorgung		Entsorgung	
Wartung	Druck & Kopie	Telekommunikation	Hausverwaltung
Beratung ,Gutachten, Marketing	Abschleppdienst		
Liefer- & Zustelldienste	Medizinische Leistungen		
Fortbildung	Automatenbefüllung		
	Catering		

Nach einem Beschluss des OLG Düsseldorf[100] aus dem Jahr 2012 handelt es sich weiter bei den Dienstleistungen Gebäudereinigung und Glasreinigung mittlerweile um zwei getrennte Branchen. Da sich aus den vorliegenden Umfrage- und Registerdaten eine klare Trennung der Branchen in diesem Bereich nicht ablesen lässt, werden im weiteren Verlauf der Studie anstatt der Reinigungsbranche die Branchen Gebäudereinigung und Glasreinigung separat betrachtet werden.

Es existieren daher Indizien dafür, dass die Branchen der Leistungsgegenstände Gebäudereinigung, Glasreinigung, Planungs- und Beratungsleistungen und (annahmegemäß, s. o.) IT-Dienstleistungen besonders relevante Anwendungsfälle für die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB darstellen. Diese Branchen werden daher im Rahmen der Studie besondere Beachtung erfahren.

3.4. Betrachtung juristisch besonders auffälliger Branchen

Über die aus dem o. g. Abgleich der von den Vergabestellen als besonders mittelstandsrelevant bezeichneten Branchen und Gewerken mit den aus den Registerdaten gewonnenen Angaben

[99] Wie vor.
[100] Beschluss v. 11.01.2012 - VII-Verg 52/11.

hinaus bezog die weitere Untersuchung zudem solche Branchen und Gewerke mit ein, welche sich in der Vergangenheit in der Praxis der Vergabestellen als offensichtlich problematisch erwiesen haben. Dies sind insbesondere solche Branchen und Gewerke, die nach der Sichtung der einschlägigen Rechtsprechung besonders häufig Bestandteil gerichtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit einer mittelstandsfreundlichen Vergabe geworden sind.[101]

Dabei ist teilweise festzustellen, dass sich die von den Gerichten meistbehandelten Branchen bereits mit den oben identifizierten, näher zu betrachtenden Branchen decken. So fallen unter die juristisch auffälligsten Branchen u. a. auch (Gebäude-)Reinigungsleistungen, alle Bauleistungen sowie „freiberufliche Leistungen“, welche u. a. den oben identifizierten Planungs- und Beratungsleistungen entsprechen.

Darüber hinaus hatten sich die Gerichte verstärkt mit folgenden Branchen bzw. Leistungsgegenständen zu beschäftigen: Post- und Zustelldienstleistungen, Arzneimittel, Hilfsmittel, Entsorgung, Schienenpersonennahverkehr (SPNV) und Abschleppdienste. Auch diese Leistungsbereiche wurden im Rahmen der weiteren Untersuchung in die genauere Analyse einbezogen.

3.5. Ergebnis

Im Wege des Trichtermodells wurden folgende Branchen und Gewerke mit Blick auf die Losteilungsklausel als besonders praxisrelevant identifiziert und sind daher Gegenstand der weiteren Untersuchung: die Baugewerke Landschaftsbau, Straßenbau und Rohrleitungsbau, die Lieferbranchen Mobiliar, Kraftfahrzeuge und EDV-Technik sowie die Dienstleistungen Gebäudereinigung, Glasreinigung, Planungs- und Beratungsleistungen und IT-Dienstleistungen. Zusätzlich sollen Postdienstleistungen, Arzneimittel, Hilfsmittel, Entsorgung, SPNV und Abschleppdienste näher beleuchtet werden, da diese Branchen bzw. Gewerke Gegenstand besonders vieler vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren im Zusammenhang mit der Beachtung des Losaufteilungsgebots waren.

[101] Vgl. diesbezüglich die Darstellungen zum Mittelstandsbegriff Ziff. III.6.

V. Internationaler Vergleich

Zur Ergänzung der Bestandsaufnahme wurde ein Vergleich der rechtlichen Rahmenbedingungen und der gelebten Vergabepraxis in anderen EU-Mitgliedsstaaten erhoben und für das Forschungsvorhaben nutzbar gemacht. Für dieses Teilarbeitspaket wurde ein eigener Fragebogen entwickelt, um die zu erhebenden Daten in das Forschungsvorhaben einfließen zu lassen. Der Fragebogen erhob Informationen in den drei relevanten Bereichen:

- Definition des Begriffes vom „kleinen und mittelständischen Unternehmen“ (KMU),
- nationale Vergabepolitik der Mittelstandsförderung und der Losvergabe sowie gesetzliche Regelungen und untergesetzliche Hinweise,
- nationale Rechtsprechung und Vergabepraxis.

Der Vergleich kann wie folgt zusammengefasst werden[102]:

Länder	Definition KMU	Gesetzliche Regelungen zur Förderung KMU	Untergesetzliche Hinweise	Rechtsprechung zur Losbildung
Frankreich	Bezugnahme auf die EU-Definition	Grundsätzliche Verpflichtung zur losweisen Vergabe Rechtfertigungsmöglichkeit einer Gesamtvergabe	Vielzahl von Leitfäden	Tendenz der Rechtsprechung, hohe Anforderungen an die Rechtfertigung einer Gesamtvergabe zu stellen
Großbritannien	Bezugnahme auf die EU-Definition	Keine gesetzliche Regelung vorhanden.	Ziel: 25 % der Aufträge an mittelständische Unternehmen zu vergeben, dazu Festlegung eines Maßnahmenpaketes.	Keine Rechtsprechung zur Losbildung.
Italien	Kodifizierung der EU-Definition	Losaufteilung verpflichtend, wenn: - die Losaufteilung möglich und wirtschaftlich nachhaltig ist und - die Lose „funktionaler Natur“ sind.	Keine untergesetzlichen Hinweise vorhanden.	Vereinzelte Rspr., die besagt, dass eine Aufteilung möglich ist, sofern sie sich in funktionaler Hinsicht dazu eignet.
Österreich	Keine einheitliche Definition	Es liegt allein im Ermessen der Auftraggeber, ob sie losweise vergeben; bei der Bundesbeschaffung grds. Aufteilung in Regionallose.	Viele Wirtschaftskammern haben Handbücher zur Regionalvergabe herausgegeben, die auch KMU-Aspekt betonen.	Die Vergabeentscheidung (Losaufteilung/Gesamtauftrag) unterliegt dem Ermessensspielraum der Behörde – die Rspr. bezieht sich nur auf die Beurteilung der Ermessensausübung.
Polen	Verwendung der EU-Definition	Keine gesetzliche Regelung vorhanden.	Keine untergesetzlichen Hinweise vorhanden.	Es existiert keine Rspr. zur Losbildung.
Tschechien	Keine einheitliche Definition von KMU	Keine gesetzliche Regelung vorhanden.	Keine untergesetzlichen Hinweise vorhanden.	Es existiert keine Rspr. zur Losbildung.

[102] Der Fragebogen für Luxemburg war trotz mehrfachen Nachfassens nicht zurückübermittelt worden.

1. Frankreich

Das französische Recht sieht keine allgemeingültige Definition von KMU vor. Eine Definition existiert nur für statistische Zwecke und für ökonomische Analysen. Im Bereich des Vergabewesens bezieht sich das französische Recht unmittelbar auf die Empfehlung der Europäischen Union (Décret n° 2009-245 du 2 mars 2009 relatif à la définition des petites et moyennes entreprises dans la réglementation applicable à la commande publique). Untergesetzliche Mitteilungen (z. B. « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics, guide de bonnes pratiques ») wie auch nationale Rechtsprechung (z. B. Tribunal administratif de Paris, 23 février 2007, Société Clear Channel, n°0701657) verweisen ebenfalls auf die Definition der europäischen Empfehlung.

Das französische Vergaberecht enthält eine Reihe von Regelungen, um die Beteiligung von KMU an der öffentlichen Auftragsvergabe zu fördern.

Französisches Vergaberecht enthält Regeln für die **Aufteilung des öffentlichen Auftrags in Lose**. Allerdings sind Lose nicht unter dem französischen Recht definiert und die Unterscheidung zwischen Fach- und Teillosen ist unbekannt: solch eine Unterscheidung findet sich weder im Vergabegesetz noch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung.

Dennoch sieht **Artikel 10 des französischen Vergaberechts** allgemeine Grundsätze für die Aufteilung von öffentlichen Aufträgen vor:

"Um den Wettbewerb zu stärken - außer in dem Fall, in dem der Vertragszweck es nicht gestattet, trennbare Leistungen zu identifizieren - teilen öffentliche Auftraggeber Verträge in einzelne Lose unter den Bedingungen von Artikel 27 Abs. 3 Vergabegesetz. Zu diesem Zweck wählen Auftraggeber frei die Anzahl der Lose, unter Berücksichtigung der technischen Merkmale der Leistungen, der Struktur der Branche und, wenn angebracht, anwendbaren Berufsregeln. Teilnahmeanträge und Angebote werden in jedem Los separat bewertet. Bieter können keine Nebenangebote anbieten, die auf der Anzahl der ihnen zugeschlagenen Lose basieren. Wenn mehrere Lose auf einen einzigen Bieter vergeben werden, ist es jedoch möglich, einen Gesamtvertrag, der mehrere oder alle Lose enthält, zu vergeben.

Auftraggeber können einen Gesamtvertrag vergeben, mit oder ohne Benennung von Losen, wenn separate Lose den Wettbewerb behinderten, die Auftragsdurchführung technisch erschwerten oder unwirtschaftlicher machen würden oder wenn der Auftraggeber nicht mit eigenen Mitteln in der Lage ist, die Auftragsdurchführung zu organisieren, zu steuern und zu koordinieren.

Wenn der Auftraggeber beschließt, den Vertrag in einzelne Lose aufzuteilen für ein Projekt, das sowohl Bau und Betrieb oder Wartung enthält, können diese einzelnen Leistungen nicht in einem einzigen Los enthalten sein. Wenn der Auftraggeber eine Gesamtvergabe vornimmt, müssen die Preise im Zusammenhang mit Bau und Betrieb oder Wartung separat ausgewiesen werden. Die Zahlungen für den Betrieb dürfen in keinem Fall verwendet werden, um Bauleistungen zu vergüten."

Der vorstehende Artikel des Vergabegesetzes enthält den **Grundsatz, dass öffentliche Aufträge in Lose zu unterteilen sind**, um so den Grad an Wettbewerb im Vergabeverfahren zu erhöhen. Dies bedeutet, dass nach französischem Recht die Unterteilung eines öffentlichen Auftrags in Lose den **Regelfall** darstellt und öffentliche Auftraggeber jede Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigen müssen.

Das Vergabegesetz kennt **zwei Ausnahmen** von der Regel der Losvergabe:

(i) Gemäß Artikel 10 können Auftraggeber von dem Prinzip der losweisen Vergabe abweichen, wenn die **Natur des Auftrags** es nicht zulässt, separate Leistungen zu definieren. Entsprechend besteht keine Verpflichtung zur losweisen Vergabe, wenn die vertraglichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen untrennbar miteinander verbunden sind. Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass wenn einzelne separate Leistungen identifiziert werden können, für den Auftraggeber die Pflicht besteht, Lose zu bilden.

(ii) Artikel 10 enthält eine weitere Ausnahme von der Verpflichtung, öffentliche Aufträge in Losen auszuschreiben. **Technische, finanzielle oder wirtschaftliche Gründe** können ebenfalls einer losweisen Vergabe entgegenstehen. Diese Vorschrift bezieht sich auf Beschaffungssituationen, in denen eine Losaufteilung die Wettbewerbsintensität verringern oder die Vertragsdurchführung technisch schwieriger oder unwirtschaftlicher würde. Eine weitere Ausnahme ist

für diejenigen Fälle vorgesehen, in denen der Auftraggeber nicht mit eigenen Mitteln in der Lage ist, die Auftragsdurchführung zu organisieren, zu steuern und zu koordinieren.

Die vorgenannten **Ausnahmen werden eng ausgelegt**, um die Wirksamkeit der Verpflichtung zur Losvergabe nicht zu untergraben. Die Verpflichtung zur losweisen Vergabe besteht in Frankreich seit dem Jahr 2006. Vor diesem Zeitpunkt war die Losvergabe lediglich in das pflichtgemäße Ermessen der Auftraggeber gestellt.

Darüber hinaus bestehen weitere Regelungen zur Förderung mittelständischer Interessen in Frankreich:

- Artikel 27 Absatz 3 ermöglicht es den Behörden, einen öffentlichen Auftrag in kleine Lose zu unterteilen;
- Artikel 45 ermöglicht es Bietern, sich auf die beruflichen, technischen und finanziellen Ressourcen und Fähigkeiten anderer Unternehmen zu berufen, zum Beispiel eines Nachunternehmers, solange sie nachweisen können, dass Ihnen diese Ressourcen auch tatsächlich bei der Auftragsdurchführung zur Verfügung stehen werden;
- Artikel 50 sieht vor, dass in kleineren Aufträgen Nebenangebote automatisch zugelassen sind und dass in diesen Verfahren Nebenangebote auch ohne ein Hauptangebot eingereicht werden können;
- Artikel 51 ermöglicht Bietern, ihre personellen und materiellen Ressourcen in einer Bietergemeinschaft zusammenzufassen;
- Artikel 52 verbietet Auftraggebern, einen Kandidaten von dem Vergabeverfahren auszuschließen, der nicht über Referenzen verfügt, die mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag vollkommen identisch sind.

Die vorgenannten Regeln schaffen günstige rechtliche Rahmenbedingungen für KMU. So hat sich eine Vergabepraxis in Frankreich herausgebildet, dass eines der Zuschlagskriterien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Beteiligung von KMU in der Auftragsausführungsphase ist.

Andere Anforderungen im Zusammenhang mit KMU können in den spezifischen Vorschriften für öffentliche Aufträge gefunden werden. Beispielsweise erfordern **PPP Partnerschaftsverträge**, dass ein Teil der Vertragsausführung KMU vorbehalten bleibt und der Auftraggeber dieses Kriterium im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigen muss:

- Artikel 8 der Verordnung über Partnerschaftsverträge sieht vor, dass Auftraggeber den Anteil am Vertrag, der von KMU ausgeführt werden soll, als ein Zuschlagskriterium berücksichtigen müssen.

- Artikel 11 der Verordnung sieht vor, dass alle Partnerschaftsverträge eine Klausel enthalten müssen, dass KMU bei der Durchführung des Vertrages berücksichtigt werden.

Französisches Recht unterscheidet zwischen der Entscheidung, Lose zu bilden oder eine Gesamtvergabe vorzunehmen, und der Entscheidung über Größe und Anzahl der Lose.

Entscheidung des Auftraggebers über die Losvergabe

In jüngster Vergangenheit haben einige Verwaltungsgerichte bereits die Benennung eines Grunds durch den Auftraggeber für das Absehen von der Losvergabe als hinreichend anerkannt (Tribunal administratif de Paris, 26. Februar 2007, Société Clear Channel, n°0701657). Andere Verwaltungsgerichte haben hingegen eine tiefgreifende und umfassende Analyse der Entscheidung des Auftraggebers vorgenommen, eine Gesamtvergabe im Einzelfall vorzunehmen (Tribunal administratif de Lyon, 7. April 2008, Société Groupe Pizzorno Environnement, n°0801795).

Die jüngst ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung legt jedoch nahe, dass sich eine **strikte Interpretation von Artikel 10 des französischen Vergabegesetzes** durchsetzt und dass die Verwaltungsgerichte sehr sorgfältig die Gründe der Vergabestelle analysieren, warum im Einzelfall von der losweisen Vergabe abgesehen wurde (Conseil d'État, 27. Oktober 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n°350935 ; Conseil d'État, 3. Dezember 2012, SYBERT, n°360333).

Allerdings sind öffentliche Auftraggeber gehalten, die Losbildung in den Vergabeunterlagen zu benennen (Conseil d'État, 3. Mai 2002, Union syndicats Sud Gironde, n°242891), da die Information über eine Losvergabe einen grundlegende Bestandteil des Vergabeverfahrens bildet.

Auch muss die Vergabestelle im Falle einer Nachprüfung in der Lage sein zu rechtfertigen, dass die wirtschaftlichen oder technischen Gründe, die aus ihrer Sicht gegen eine Losvergabe gesprochen haben, auch tatsächlich vorliegen (Conseil d'État, 13. Juli 2010, Conseil regional de la Réunion).

Entscheidung des Auftraggebers zur Losanzahl und -größe

Der Staatsgerichtshof (Conseil d'État) räumt Auftraggebern einen **weiten Ermessensspielraum** ein (Conseil d'État, 21. Mai 2010, Commune d'Ajaccio, n°333737). Nur offensichtliche Ermessensfehler werden von den Verwaltungsgerichten überprüft.

Nach Artikel 10 des Vergabegesetzes können öffentliche Auftraggeber einen Auftrag in beliebig viele Lose unterteilen. Dabei haben sie die technischen Besonderheiten des Vertrags, die Struktur des Anbietermarktes und, wo anwendbar, Standesrecht zu beachten.

Die **Anzahl der zu bildenden Lose steht ebenfalls im Ermessen der Auftraggeber** (Conseil d'État, 10. Mai 2006, Société Schiocchet, n°288435). Die Entscheidung eines Auftraggebers, einen Auftrag in nur sechs Lose zu unterteilen, anstatt wie bislang üblich in 55 Lose, stellt für sich genommen, so das Gericht, noch keinen Vergabeverstoß dar.

Das Ermessen der Auftraggeber ist von Verwaltungsgerichten dahingehend eingeschränkt worden, dass **ein Los eine homogene Einheit bilden muss**, insbesondere in technischer Hinsicht; unterschiedliche technische Aufgaben (Gewerke) dürfen nur im Ausnahmefall in einem Lose zusammen gefasst werden (Conseil d'État, 2. Juni 1995, Société Cofreth et Société Techni, n°132280). Dies gilt, wie vorstehend dargelegt, insbesondere für die Bereiche Bau und Betrieb bzw. Wartung, die nicht in einem Los zusammen gefasst werden sollen.

Die **Bildung von Regionallosen** ist nicht verboten unter dem französischen Vergaberecht (Ministerielle Antwort, Nr. 25168, JO Sénat Q, 8. März 2007, S. 537), obwohl sie im Einzelfall wettbewerbsrechtliche Fragen aufwerfen können.

Unter französischem Recht existiert **keine Regel zur Mindestgröße oder maximalen Größe eines Loses (Loszuschnitt)**. Es steht dennoch zu erwarten, dass das Verwaltungsgericht künstlich klein oder groß geschnittene Lose korrigieren würde. Die Losvergabe soll den Bieterwett-

bewerb erweitern und die Teilnahme von KMU ermöglichen; Auftraggebern soll jedoch nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, durch entsprechenden Loszuschnitt den Wettbewerb zu behindern.

Im Ergebnis spielt damit die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Gewährung von Zugang für KMU zu öffentlichen Aufträgen in Frankreich

Darüber hinaus gibt es zahlreiche unverbindliche untergesetzliche Hinweise und Leitfäden zur Förderung von KMU bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Die wichtigsten Dokumente sind die Folgenden:

- circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (Dieses Dokument kann als Anleitung zum französischen Vergabegesetz verstanden werden);
- circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (Dieses Dokument ist ein Best-Practice Leitfaden für französische Auftraggeber);
- outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics, guide de bonnes pratiques, décembre 2012 (Dieses Dokument stellt einen Best-Practice Leitfaden für die Beteiligung von KMUs an Vergabeverfahren dar).

Die Leitfäden geben als entscheidende Kriterien für die Unterteilung öffentlicher Aufträge in Lose die folgenden an:

- das **Auftragsvolumen** (Übersteigen die geforderten Kapazitäten diejenigen eines einzelnen Unternehmens?)
- der zur Verfügung stehende **Zeitrahmen für die Auftragsdurchführung** (Ist die Auftragsausführungsphase besonders kurz?);
- die **Bedeutung der Liefersicherheit** für den öffentlichen Auftraggeber.

Die vorgenannten Kriterien stellen lediglich Beispiele dar. Öffentliche Auftraggeber sind im Einzelfall gehalten, sich an den Wortlaut von Artikel 10 des Vergabegesetzes zu halten, um im Ausnahmefall eine Abweichung von der Verpflichtung zur losweisen Vergabe zu rechtfertigen.

Verwaltungsgerichte haben in verschiedenen Entscheidungen Gelegenheit gehabt, die Verpflichtung zur losweisen Vergabe auszulegen. Die folgenden verwaltungsgerichtlichen Urteile gehören zu den wegweisenden Entscheidungen:

- Ein Auftrag für Bewachungsdienste in vier verschiedenen Landkreisen stellt keine Ausnahme vom Grundsatz der losweisen Vergabe nach Artikel 10 dar, da es sich bei den Bewachungsleistungen in jedem Landkreis um hinreichend separierbare Dienstleistungen handelt (Conseil d'État, 23. Juli 2010, Région de la Réunion, n°338367).

- Verwaltungsgerichte setzen sich zudem detailliert mit der Frage auseinander, ob im Einzelfall technische oder wirtschaftliche Gründe ein Abweichen vom Prinzip der Losvergabe rechtfertigen. Ein **Wirtschaftlichkeitsvorteil von 3 % durch eine Gesamtvergabe** wurde dabei als **nicht ausreichend** betrachtet, um auf die losweise Vergabe des Auftrags zu verzichten (Tribunal Administratif de Lyon, 7. April 2008, Société Groupe Pizzorno Environnement, n°0801795).

- Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die losweise Vergabe des Auftrags in einem substantiellen Wirtschaftlichkeitsnachteil resultieren würde, d. h. der Gesamtangebotspreis bei einer Losvergabe sich im Vergleich zu einer Gesamtvergabe als wirtschaftlich signifikant nachteilig darstellt (Conseil d'État, 23. Juli 2010, Région de la Réunion, n°338367).

- Technische Gründe werden von den Verwaltungsgerichten anerkannt, wenn diese eine Gesamtvergabe bedingen, um die Einheitlichkeit der Leistungserbringung sicherzustellen (für eine Kombination aus dem Betrieb eines Fahrradverleihsystems mit der Errichtung und Wartung von Straßenmobiliar, welches mit den Verleihterminals verbunden sein sollte: Tribunal administratif de Paris, 23. Februar 2007, Société Clear Channel, n°0701657).

In jüngerer Vergangenheit sind zum einen Entscheidungen von Verwaltungsgerichten ergangen, welche die Benennung eines Grundes für den Verzicht auf die Losvergabe für ausreichend gehalten haben (Tribunal administratif de Paris, 26. Februar 2007, Société Clear Channel, n°0701657). In anderen Verfahren haben Verwaltungsgerichte sich hingegen sehr detailliert und umfassend mit der Rechtfertigung einer Gesamtvergabe befasst (Tribunal administratif de Lyon, 7. April 2008, Société Groupe Pizzorno Environnement, n°0801795).

In der Rechtsprechung kann jedoch eine Tendenz erkannt werden, Artikel 10 des Vergabegesetzes eng auszulegen. Dementsprechend werden Verwaltungsgerichte detailliert analysieren, ob die Auftraggeber im Einzelfall eine Gesamtvergabe rechtfertigen können (Conseil d'État, 27. Oktober 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n°350935 ; Conseil d'État, 3. Dezember 2012, SYBERT, n°360333). Auf der anderen Seite müssen Auftraggeber im Falle eines Nachprüfungsverfahrens jedoch in der Lage sein, eine schriftliche Begründung für das Absehen von der losweisen Vergabe vorzulegen (Conseil d'État, 13. Juli 2010, Conseil regional de la Réunion).

2. Großbritannien

In Großbritannien existiert keine einheitliche Standarddefinition vom „kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU)".

Die staatliche Richtlinie mit dem Titel „Effizienteres und effektiveres Kaufen und Managen von staatlichen Waren und Dienstleistungen" ("Buying and managing government goods and services more efficiently and effectively") nimmt Bezug auf die Empfehlung der EU-Kommission zu kleinen und mittelständischen Unternehmen (basierend auf der Anzahl von Arbeitnehmern und entweder Geschäftsumsatz oder Geschäftsbilanz). Gemäß der Standardnorm des Unterhauses zu „Öffentliche Vergabe: kleine Geschäftseinheiten und Einsparungen" ("Public procurement: small businesses and savings") werden kleine und mittelständische Unternehmen definiert als ein Unternehmen mit weniger als 250 Arbeitnehmern.

Die Gesetze zur Vergabe öffentlicher Aufträge in der Public Contracts Regulations 2006 (für England, Wales und Nordirland), der Utilities Contracts Regulations 2006 (für England, Wales und Nordirland) sowie der Defence and Security Public Contracts Regulations 2011 (für Großbritannien) enthalten keine gesetzlichen Vorgaben zur Förderung des Mittelstands. Das für

Vergabepolitik zuständige Cabinet Office hat vor dem Hintergrund der Neufassung der Europäischen Richtlinien im Oktober 2013 ein Diskussionspapier verfasst, in dem um Einschätzungen von Stakeholdern zur Förderung des Mittelstandes gebeten wird („UK Transposition of new EU Procurement Directives - Provisions related to SME access to public contracts"). Das Diskussionspapier erörtert auch die Option, eine Verpflichtung zur Losaufteilung einzuführen.

Die Regierung Großbritanniens hat jedoch eine Reihe von Initiativen gestartet, um das Engagement von kleinen und mittelständischen Unternehmen im öffentlichen Vergabemarkt von England, Wales und Nordirland zu stärken. Es wurde ein „angestrebtes Ziel" festgesetzt, wonach 25 % aller staatlichen Verträge mit kleinen und mittelständischen Unternehmen abgeschlossen werden sollen. Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels sind:

- Schaffung eines Gremiums für kleine und mittelständische Unternehmen, um kleinen Geschäftseinheiten die Möglichkeit zu geben, mit der Regierung Großbritanniens in Kontakt treten zu können, um Konsortien zu gründen, welche darauf ausgerichtet sein sollen, regierungsseitige Aufträge zu erlangen.

- Selbstverpflichtungen von großen Teilnehmern des privaten Sektors: Eine Anzahl von Hauptzulieferern der Regierung Großbritanniens wie Hewlett Packard, Logica und Balfour Beatty haben sich verpflichtet, ihre regierungsbezogenen Untervergabemöglichkeiten in dem Internet-Portal "Vertragsfinder" (Contract Finder) auszuschreiben, um kleinen und mittelständischen Unternehmen einen besseren Zugang zur Bewerbung um staatliche Aufträgen als Subunternehmer zu bieten.

- Ein neuer Lösungsansatz für IT-Verträge: Die Regierung Großbritanniens beabsichtigt, IT-Verträge insofern flexibler zur gestalten, als dass die Aufträge in kleinere Einheiten aufgeteilt werden sollen, welche auch kleinen und mittelständischen Unternehmen den Zugang zu den Aufträgen erlaubt.

- Zeitnähere Bezahlung von kleinen und mittelständischen Unternehmen: Die Regierung Großbritanniens sucht neue Wege, um die kleinen und mittelständischen Unternehmen gleichermaßen zeitnah zu bezahlen, wie sie dies gegenüber ihren großen Vertragspartnern handhabt.

- Effizientere Kommunikationskanäle: Die Regierung Großbritanniens plant, ein neues Online-Hilfsprogramm zu starten, welches regierungsseitigen Käufern die frühzeitige Kontaktaufnahme mit kleinen und mittelständischen Unternehmen ermöglichen soll.

In Großbritannien existiert nach den uns vorliegenden Informationen keine Rechtsprechung zur Teillosbildung.

3. Italien

In Italien wird eine einheitliche Standarddefinition vom „kleinen mittelständischen Unternehmen (KMU)“ verwendet, die auf die EU-Empfehlung zur entsprechenden Definition zurückgeht:

Ein mittelständisches Unternehmen liegt dann vor, wenn

- die Anzahl der Beschäftigten nicht mehr als 250 Arbeitnehmer beträgt oder
- der jährliche Gewinn nicht mehr als 50 Millionen Euro beträgt;
- die Jahresbilanz unter 43 Millionen Euro liegt.

Ein kleines Unternehmen liegt dann vor, wenn

- die Anzahl der im Unternehmen Beschäftigten nicht mehr als 50 Arbeitnehmer beträgt;
- der jährliche Gewinn oder die Jahresbilanz nicht mehr als 10 Millionen Euro beträgt.

Ein Mikro-Unternehmen liegt dann vor, wenn

- die Anzahl der im Unternehmen Beschäftigten nicht mehr als 10 Arbeitnehmer beträgt;
- der jährliche Gewinn oder die Jahresbilanz nicht mehr als 2 Millionen Euro beträgt.

Ursprünglich sah das italienische Gesetzbuch für öffentliche Verträge (Italian Code of Public Contract) keine Reglementierungen im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen an kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) vor. Die Hauptursache hierfür liegt in den Prinzipien begründet, die in der Rechtsverordnung Nummer 827/1924 vorgesehen sind, welche das staatliche Buchführungswesen in Italien regelt. Die Grundsatzregel besagt hiernach,

dass öffentliche Aufträge als ein einheitliches Gesamtwerk zu vergeben sind (sogenannte Regel der Einheit des öffentlichen Vertrags).

Dementsprechend ist die Aufteilung öffentlicher Aufträge in Lose nur ausnahmsweise zugelassen, wenn

- es für die den Auftrag vergebende Behörde zweckmäßig erscheint (Art. 37 der Rechtsverordnung Nummer 827/1924) und
- es erforderlich ist, weil besondere Anforderungen an den zu vergebenden Auftrag bestehen (Art. 43 der Rechtsverordnung Nummer 827/1924).

Innerhalb der letzten zwei Jahre ist es jedoch insbesondere aus Gründen der globalen Wirtschaftskrise und der EU-Gesetzgebung dazu gekommen, dass Italien Gesetze erlassen hat, welche die Beteiligung von kleinen und mittelständischen Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge fördern sollen und im Zusammenhang hiermit auch die Aufteilung von Großaufträgen in kleinere Auftragseinheiten („funktionale Lose“) regeln. Im Einzelnen handelt es sich bei diesen Gesetzen um die beiden Folgenden:

- Gesetz vom 11. November 2011, Nr. 180 (sogenannte italienische Satzung über Unternehmen / “Italian Statute of Enterprises”).
- Rechtsverordnung vom 6. Dezember 2011, Nr. 201 (sogenannte italienische Sicherheitsverordnung / “Safe-Italy Decree”).

Eine Losaufteilung ist nach Art. 2 des Italienischen Vergabegesetzes (angepasst durch Art. 44, Abs. 7 des „Safe Italy decree“) nur dann verpflichtend vorgesehen, wenn:

- die Losaufteilung möglich und wirtschaftlich nachhaltig ist und
- die Lose von „funktionaler Natur“ sind.

Die italienische Behörde für öffentliche Aufträge “AVCP” hat in einer Mitteilung vom 13. September 2012 (“Mitteilung No. 18/2012”) sinngemäß im Einklang mit italienischer Rechtsprechung (Italienisches Oberstes Verwaltungsgericht, Urteil vom 7. November 2007, No. 2803) festgestellt, dass eine Losaufteilung eines öffentlichen Auftrags sicherstellen muss, dass jedes

Los eine eigenständige funktionale Einheit darstellt. Im Umkehrschluss ist es Auftraggebern untersagt, Aufträge in Lose zu unterteilen, die nur im Zusammenhang mit anderen Losen oder im Zusammenhang mit dem Gesamtauftrag eine sinnvolle wirtschaftliche Einheit bilden. Dieser Grundsatz folgt unmittelbar aus der sogenannte Regel des italienischen Rechts von der Einheit des öffentlichen Vertrags.

In Italien existiert keine untergesetzliche Richtlinie, welche die Umsetzung der Vorgaben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regelt.

Die Rechtsprechung zur Aufteilungspflicht betrifft nur die Teilung von öffentlichen Großaufträgen in kleinere Einheiten. Hier gibt es eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtes der Region Kalabrien vom 22. April 2009 (Nr. 329), wonach die Aufteilung von öffentlichen Großaufträgen in kleinere Einheiten nicht als gesetzeswidrig anzusehen sei, da dies nicht gegen die Prinzipien des freien Wettbewerbs verstoße. Ferner liegt eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts der Region Lazio vom 9. Dezember 2010 (Nr. 35960) vor, wonach die Aufteilung öffentlicher Großaufträge in kleinere Einheiten unter der Bedingung erlaubt sei, dass sich jeder kleinere Einzelauftrag hierzu in funktionaler Hinsicht eignet.

4. Österreich

In Österreich besteht keine einheitliche Definition für kleine und mittelständische Unternehmen in der nationalen Vergabepraxis.

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) ist die zentrale Rechtsgrundlage des materiellen Vergaberechts. Es gilt für Auftragsvergaben sämtlicher öffentlicher Auftraggeber, sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene. Das BVergG 2006 enthält keine gesetzlichen Regelungen zur Mittelstandsförderung. Auch eine Verpflichtung zur losweisen Vergabe von öffentlichen Aufträgen besteht nicht. Ob eine gemeinsame oder getrennte Vergabe erfolgen soll, liegt allein im Ermessen des Auftraggebers. Dieses Ermessen ist allerdings gebunden. Eine Überschreitung des Ermessens liegt vor allem dann vor, wenn

(i) die Entscheidung des Auftraggebers nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten nicht vertretbar ist (§ 22 Abs 1 BVergG 2006),

(ii) gegen die Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter (§ 19 Abs 1 BVergG 2006) verstoßen wird oder

(iii) das Ermessen in der Absicht ausgeübt wird, die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen zu umgehen (§ 22 Abs 3 BVergG 2006).

Ein Gebot zur Förderung von Klein- und Mittelbetrieben durch die Teilung von Ausschreibungen in regionale Lose, sofern dies zweckmäßig ist, wird jedoch durch § 2 Abs 1a des Bundesgesetzes über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BBGmbHG) normiert. Bei der Bundesbeschaffung (BBG) handelt es sich um eine im Jahr 2001 errichtete Organisation zur zentralen Beschaffung vornehmlich für den Bund bestimmter Leistungen. Es dürfen aber auch andere öffentliche / Sektorenauftraggeber über die BBG abrufen. Die BBG hat auf Basis interner Richtlinien die Förderung des Mittelstandes in den Standard-Ablauf jeder Ausschreibung integriert. Darüber hinaus wurde von den Wirtschaftskammern zahlreicher Länder-Handbücher zur Regionalvergabe herausgegeben, die auch den KMU-Aspekt betonen.

Die nationale Rechtsprechung zum Schutz der Interessen des Mittelstandes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beschränkt sich auf die Beurteilung des Ermessensspielraumes nach § 22 Abs. 1 und 3 BVergG 2006. Da die Förderung des Mittelstandes nicht Ziel dieser Bestimmung ist, lässt sich ein Schutz des Mittelstandes allerdings nur insofern ableiten, als eine Entscheidung des Auftraggebers über eine gemeinsame oder getrennte Vergabe eine Ermessensüberschreitung darstellt, die nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten nicht vertretbar ist, gegen die Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verstößt oder die Entscheidung in Umgehungsabsicht des Vergaberechts ausgeübt wird.

So hat der Vergabekontrollsenat Wien eine sachlich nicht begründbare Zusammenfassung von Waren (LKWs) in einem Los, die dazu geführt hat, dass potenzielle Mitbewerber vom Wettbewerb fern gehalten wurden oder sich nur unter erschwerten Bedingungen beteiligen konnten, als diskriminierende Ausschreibungsbedingung beurteilt, da sie dazu geeignet war, einen fairen Wettbewerb unter mehreren potenziellen Bietern zu beeinträchtigen (vgl. VKS Wien 22.10.2001, S. 506/01).

In einem ähnlichen Fall hat das Bundesvergabeamt festgehalten, dass Auftraggeber nicht frei sind, Losgrößen willkürlich zu bestimmen und miteinander zu verknüpfen, wenn dadurch eine erhebliche Einschränkung des möglichen Bieterkreises erfolgt (vgl. BVA 30.09.2002, 01N-41/02-27).

Im Gegensatz dazu wertete der Vergabekontrollsenat Wien die Zusammenfassung von Bauleistungen mit Leistungen der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in einem Auftrag als zulässig, und zwar auch für den Fall, dass nur elf Bieter im gesamten Bundesgebiet in der Lage wären, die ausgeschriebene Leistung allein und vollständig zu erbringen. Der Vergabekontrollsenat betonte den grundsätzlich weiten Ermessensspielraum des Auftraggebers bei der Entscheidung zwischen Gesamtausschreibung oder getrennter Ausschreibung und hob die nachvollziehbaren und schlüssig dargelegten wirtschaftlichen Gesichtspunkte des Auftraggebers hervor, die für eine Gesamtvergabe sprachen. In diesem Zusammenhang hielt er auch fest, dass Bieter, die nicht über beide Gewerbeberechtigungen verfügen, sich eines Subunternehmers bedienen bzw. eine entsprechende Arbeitsgemeinschaft eingehen könnten (vgl. VKS 03.12.2009, VKS-8071/09; VKS 14.01.2010, VKS-8022/09).

5. Polen

In Polen wird die in der EU-Verordnung Nummer 70/2001 benutzte Definition vom „kleinen mittelständischen Unternehmen (KMU)“ verwendet.

Es existieren keine gesetzlichen Vorgaben zur Mittelstandsförderung in Form einer gesetzlichen Regelung. Auch eine Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber zur Losvergabe besteht nicht; gleiches gilt für die Rechtsprechung zur Teillosbildung.

Ebenfalls gibt es in Polen, nach den uns vorliegenden Informationen, keine besonderen untergesetzlichen Vorgaben zur Förderung mittelständischer Unternehmen bei der öffentlichen Auftragsvergabe.

6. Tschechien

In Tschechien existiert nach den im Rahmen der Untersuchung erlangten Informationen anscheinend keine einheitliche Standarddefinition vom „kleinen mittelständischen Unternehmen (KMU)“. Auch eine Mittelstandsklausel in Form einer gesetzlichen Regelung gibt es offensichtlich nicht. Nach den uns vorliegenden Informationen gibt es ebenfalls keine besonderen untergesetzlichen Vorgaben im Sinne von sogenanntem Soft Law zur Umsetzung einer Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Auch eine Rechtsprechung zur Teillosbildung ist nicht vorhanden.

7. Luxemburg

Die Handwerkskammer in Luxemburg hat gemeinsam mit Auftraggebern und Unternehmen einen Algorithmus entwickelt, der sogenannte Mindestbedingungen für die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren festlegt. Der Algorithmus, der den Vergabestellen in Form eines Online-Tools zur Verfügung gestellt wird, gestattet es Auftraggebern festzustellen, wie viele Mitarbeiter und welchen Jahremsumsatz ein Unternehmen aufweisen muss, um einen bestimmten Auftrag zu erfüllen.[103] Zur Bestimmung der beiden Parameter, Mitarbeiterzahl und jährlicher Mindestumsatz, müssen die Auftraggeber lediglich die Branche, den Auftragswert und den Zeitraum in Monaten eingeben, der für die Auftragsdurchführung zur Verfügung steht.

[103] Das Online-Tool steht hier zur Verfügung: http://www.crtib.lu/conditions/index.jsp?section=DE.

Dem luxemburgischen Algorithmus liegt folgende Methodik zugrunde:

Der erforderliche minimale Jahresumsatz ergibt sich aus der Multiplikation des Auftragswertes mit der Division der Anzahl der Zeiteinheiten pro Jahr und der Auftragsdauer. Das Ergebnis wird mit zwei multipliziert, da sich die Entwickler der Formel von der Annahme leiten ließen, dass ein Auftragnehmer nicht mehr als 50 % seines Jahresumsatzes mit einem öffentlichen Auftrag generieren sollte. Die Formel in der Übersicht:

$$\text{“}\textbf{Umsatz}\text{”} = \text{Erforderlicher Jahresumsatz} = \text{Auftragswert} * \frac{\text{Anzahl der Zeiteinheiten pro Jahr}}{\text{Auftragsdauer}} * 2$$

Der in der vorstehenden Formel verwendete Parameter "Umsatz" gibt den jährlichen Umsatz an, den ein Unternehmen des betreffenden Gewerks realisieren muss, um für den öffentlichen Auftrag infrage zu kommen. In Luxemburg ist man, wie vorstehend beschrieben, davon ausgegangen, dass der betreffende Auftrag höchstens 50 % des jährlichen Umsatzes ausmachen darf.

Der Auftragswert für ein bestimmtes Gewerk entspricht dem relativen Anteil dieses Gewerks an dem Gesamtauftragswert. Als Mindestwert wird der oben genannte Prozentsatz multipliziert mit 5 Mio. EUR herangezogen, eine Zahl, die dem von der Europäischen Kommission für die Veröffentlichung von Ausschreibungen festgelegten Schwellenwert entspricht.

Als Zeiteinheit können Auftraggeber entweder den Monat oder den 7-Tage-Zeitraum wählen, wobei die Dauer des betreffenden Auftrags weitgehend von der Art des betreffenden Gewerks abhängt. So wird als Zeiteinheit für den Rohbau der Monat verwendet, für Anstricharbeiten hingegen die Woche.

Zur Bestimmung der Mindestanzahl der Mitarbeiter wird in Luxemburg der folgende Algorithmus verwandt:

"**Mitarbeiter**" = Erforderliche Mitarbeiterzahl =
Erforderlicher Jahresumsatz/Produktionswert pro Mitarbeiter

Die Zeile "Mitarbeiter" gibt die Mindestanzahl an Mitarbeitern an, die bei einem Unternehmen beschäftigt sein müssen, damit dieses für den öffentlichen Auftrag in Frage kommt. Man geht in Luxemburg davon aus, dass höchstens 50 % der Mitarbeiter mit Aufgaben im Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Auftrag betraut werden dürfen.

Der Parameter „Produktionswert" in der vorgenannten Formel entspricht dem Jahresumsatz pro Mitarbeiter abzüglich der für den Wiederverkauf bestimmten Käufe. Diese wirtschaftliche Größe spiegelt besser als der Umsatz die Produktivität einer Branche wider, da der Wiederverkauf von Produkten ausgeklammert wird, die nicht verarbeitet werden.

Der Produktionswert wurde aus den von der statistischen Landesbehörde Statec zur Verfügung gestellten Daten übernommen, Referenzjahr ist das Jahr 1999.

Da der Algorithmus branchenbezogen ist, haben dessen Entwickler 13 Baubranchen identifiziert, für die sie die branchenbezogenen Produktionswerte ermittelt haben. Um einen Eindruck von den branchenbezogenen Unterschieden zu vermitteln, sei die nachfolgende Tabelle wiedergegeben:

	Gewerk	**Produktionswert pro Mitarbeiter (in Mio. EUR)**	**Verwendete Zeiteinheit**	**Höchstzulässige Mitarbeiterzahl**
1.	Tiefbau	0,092	Monate	500
2.	Rohbau	0,077	Monate	500
3.	Metallbau	0,148	Monate	130
4.	Dachdeckung	0,077	Monate	115
5.	Metallschreinerei	0,087	Wochen	76
6.	Sanitär- und Heizungsinstallationen	0,096	Wochen	100
7.	Elektroinstallationen	0,095	Wochen	100
8.	Gipser, Innenputzer	0,059	Wochen	55
9.	Holzschreinerei	0,1	Wochen	110
10.	Maler- und Glasarbeiten	0,06	Wochen	175
11.	Boden- und Wandverkleidung	0,073	Wochen	65

Ist der Produktionswert pro Mitarbeiter für eine Branche bestimmt, kann nach dem Luxemburger Modell eine branchenbezogene Tabelle entworfen werden, die für einen bestimmten Auftragswert und eine ebenfalls bestimmte Auftragsdauer einen jährlichen Mindestumsatz und eine Mindestmitarbeiterzahl benennt. Dies sei am Beispiel der Rohbaubranche im Folgenden dargestellt:

Rohbau

Produktionswert pro Mitarbeiter*: 0.077

Auftrags wert		Auftragsdauer (in Monaten)									
		3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1.25	Umsatz*	10.0	7.5	6.0	5.0	4.3	3.8	3.3	3.0	2.7	2.5
	Mitarbeiter	*130*	*97*	*78*	*65*	*56*	*49*	*43*	*39*	*35*	*32*
1.50	Umsatz	12.0	9.0	7.2	6.0	5.1	4.5	4.0	3.6	3.3	3.0
	Mitarbeiter	*156*	*117*	*94*	*78*	*67*	*58*	*52*	*47*	*43*	*39*
1.75	Umsatz	14.0	10.5	8.4	7.0	6.0	5.3	4.7	4.2	3.8	3.5
	Mitarbeiter	*182*	*136*	*109*	*91*	*78*	*68*	*61*	*55*	*50*	*45*
2.00	Umsatz	16.0	12.0	9.6	8.0	6.9	6.0	5.3	4.8	4.4	4.0
	Mitarbeiter	*208*	*156*	*125*	*104*	*89*	*78*	*69*	*62*	*57*	*52*
2.25	Umsatz	18.0	13.5	10.8	9.0	7.7	6.8	6.0	5.4	4.9	4.5
	Mitarbeiter	*234*	*175*	*140*	*117*	*100*	*88*	*78*	*70*	*64*	*58*
2.50	Umsatz	20.0	15.0	12.0	10.0	8.6	7.5	6.7	6.0	5.5	5.0
	Mitarbeiter	*260*	*195*	*156*	*130*	*111*	*97*	*87*	*78*	*71*	*65*
2.75	Umsatz	22.0	16.5	13.2	11.0	9.4	8.3	7.3	6.6	6.0	5.5
	Mitarbeiter	*286*	*214*	*171*	*143*	*122*	*107*	*95*	*86*	*78*	*71*
3.00	Umsatz	24.0	18.0	14.4	12.0	10.3	9.0	8.0	7.2	6.5	6.0
	Mitarbeiter	*312*	*234*	*187*	*156*	*134*	*117*	*104*	*94*	*85*	*78*

*Betrag in Mio. EUR

Die Handwerkskammer in Luxemburg weist ausdrücklich darauf hin, dass die Umsatz- und Mitarbeiterzahlen rein informativen Zwecken dienen. Ein Grund dafür ist, dass der Produktionswert pro Mitarbeiter, den man für die Berechnung der erforderlichen Mitarbeiterzahl heranzieht, nur einen Durchschnittswert für das betreffende Gewerk darstellt.

VI. Formelbasierte Ermittlung des mittelstandsgerechten Auftragsvolumens

Die im Rahmen der Befragungen erzielten Ergebnisse liefern keine hinreichend valide statistische Basis, um hieraus generalisierende Hinweise für den vergaberechtlich gebotenen Umgang mit großen Auftragswerten ableiten zu können. Dies gilt bereits für die näher untersuchten Branchen. Erst recht aber können aus den Befunden der Umfragen keine unmittelbaren Schlüsse hinsichtlich nicht näher untersuchter Branchen gezogen werden.

Um einem möglichst großen Kreis von Branchen und Gewerken eine Handreichung zum Umgang mit der vergaberechtlichen Pflicht zur Teillosbildung zur Verfügung stellen zu können, wurde daher ein mathematischer Ansatz gewählt, der auf Basis offizieller statistischer Daten und spezifischer Annahmen zum Zuschnitt eines typischen Branchenmittelständlers sowie seiner Leistungsfähigkeit zu einer einfach handhabbaren Formellösung führt, die den Vergabestellen in Form eines Excel-Tools zur Verfügung gestellt wird.[104] Die entwickelte Formel basiert in ihrer Grundkonstruktion auf der luxemburgischen Formel zur Ermittlung der optimalen Unternehmensgröße für ein definiertes Auftragsvolumen. Sie wurde aber weiterentwickelt, um zum einen die Besonderheiten des Lieferbereiches besser abbilden zu können und zum anderen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ausweislich der deutschen Rechtslage entgegen der Situation in Luxemburg die Frage aufgeworfen wird, ob ein gegebenes Gesamtauftragsvolumen für den typischen Mittelständler zu groß ist und - wenn die Frage bejaht wird - das Auftragsvolumen zu teilen ist.

1. Hinterlegung von Daten im Excel-Tool

Hinsichtlich der definierten typischen mittelständischen Unternehmen der näher untersuchten Branchen und Gewerke wurden im Excel-Tool die vom Statistischen Bundesamt abgeforderten relevanten Daten betreffend Mitarbeiteranzahl, Jahresumsatz, Produktionswert und Vorleistung hinterlegt.

Um die relevante Daten abfordern zu können, waren in einem ersten Schritt die näher untersuchten Leistungsbereiche mit den vom Statistischen Bundesamt geführten Klassifikationen der

[104] Das Excel-Tool findet sich in Anlage 9 zu diesem Bericht.

Wirtschaftszweige (WZ-Klassifikationen) abzugleichen gewesen. Dieser Abgleich erbrachte folgendes Ergebnis:

Tabelle: WZ-Kodierung der untersuchten Branchen/Gewerke

Branche	WZ-Code
Entsorgung	E 37 + 38
Straßenbau	F 42.11
Rohrleitungsbau	F 42.21
Elektroinstallation	F 43.21
Kraftfahrzeuge	G 45
Arzneimittel	G 46.46
Hilfsmittel	G 46.46
EDV-Technik	G 46.5
Mobiliar	G 46.65
SPNV	H 49.31
Abschleppdienste	H 52.21.9
Post- und Zustellleistungen	H 53
IT-Dienstleistungen	J 62 + 63.1
Planungs- und Beratungsleistungen	M 71.1
Gebäudereinigung	N 81.21
Landschaftsbau	N 81.3

Zu berücksichtigen war dabei, dass die Branchen Arzneimittel und Hilfsmittel in einer WZ-Klassifikation zusammengefasst werden. Dagegen finden sich Teilleistungen der Branchen Entsorgung und IT-Dienstleistungen in mehreren WZ-Klassifikationen. Für die Auswertung wurden daher insofern zwei Klassifikationen ausgewählt, welche die relevanten Leistungsbereiche schwerpunktmäßig umfassen. Die Branche Abschleppdienst schließlich unterfällt keiner eigenen WZ-Klassifikation, sondern ist unter der Sammelkategorie "Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Landverkehr" erfasst.

Auf Basis der Ergebnisse dieser Prüfung waren in einem zweiten Schritt Daten zu Mitarbeiterzahlen, Umsätzen und Produktionswerten abgefragt worden. Um das Berechnungstool für einen möglichst praxisrelevanten Ausschnitt an Branchen und Gewerken zur Verfügung stellen zu können und gleichzeitig den Aufwand der Datenerlangung über das Statistische Bundesamt zu minimieren, wurden aus der Gesamtmenge der in der Umfrage näher untersuchten Leistungsbereiche folgende Branchen und Gewerke ausgewählt:

- Bau: Straßenbau und Elektroinstallation[105]
- Lieferleistungen: Mobiliar und EDV-Technik
- Dienstleistungen: Gebäudereinigung und IT-Dienstleistungen

Datenquellen für die Mitarbeiterzahlen und die Umsätze waren hierbei das statistische Unternehmensregister und für den Produktionswert, da dieser nicht über das Unternehmensregister erfasst wird, die Fachstatistiken des Statistischen Bundesamtes.

Zu berücksichtigen war insofern, dass die Zahlen aus dem Unternehmensregister das Bezugsjahr 2012 ausweisen. Für die Fachstatistiken dagegen stammen die aktuellsten Daten aus dem Jahr 2011. Hinzu kommen methodische Unterschiede der Erhebung. Das Unternehmensregister wird anhand von Verwaltungsdaten erhoben, die Fachstatistiken basieren dagegen auf einer Stichprobenerhebung. Die Zahlen werden anschließend durch Hochrechnung ermittelt. Die Daten aus den Fachstatistiken wurden daher im Rahmen des Forschungsauftrags nur genutzt, um den prozentualen Anteil des Produktionswertes und der Vorleistungen am Umsatz zu bestimmen.

[105] Dieses Gewerk wurde, ohne vorab Gegenstand der Umfragen gewesen zu sein, auf Anregung des Auftraggebers in die Untersuchung mit einbezogen.

2. Definition des KMU einer/s bestimmten Branche/Gewerks

In einem ersten Schritt wurde der Begriff des "mittelständischen Unternehmens" für die vergaberechtliche Fragestellung der maximal leistbaren Losgröße definiert. Auf Basis der Rechtsprechung kann dabei der Maßstab weder die KMU-Definition der Empfehlung der EU-Kommission noch jene des IfM sein. Vielmehr ist ein Unternehmen dann als "mittelständisch" im vergaberechtlichen Sinne anzusehen, wenn es bei einer Branchenbetrachtung als "typisch" erscheint. Nicht jedes Unternehmen soll danach einen subjektiven Anspruch auf "passgerechte" Teillosbildung haben, sondern nur das in seinen Größenkennzeichen "typische" sowie alle größenmäßig darüber liegenden Unternehmen. Zum Zwecke der Klassifizierung von Unternehmen greift die Rechtsprechung - genauso wie die o. g. klassischen KMU-Definitionen - auf die Kriterien "Mitarbeiterzahl" und "Jahresumsatz" zurück.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Vorgaben der Rechtsprechung blieben bei der Ermittlung des typischen mittelständischen Unternehmens sowohl die Kategorie der Großunternehmen, als auch jene der Kleinstunternehmen außer Betracht. Als Großunternehmen wurden zunächst alle Unternehmen eingruppiert, die auch nach der „großteiligsten“ der gängigen volkswirtschaftlichen Definitionen nicht mehr als KMU gelten, d. h. alle Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern.[106] Als Kleinstunternehmen werden von der EU-Kommission Unternehmen mit bis zu 9 Mitarbeitern eingestuft.[107] Dieser Ansatz basiert aber letztlich auf einer europäischen Unternehmenslandschaft, welche die eher kleinteiligen Strukturen in Deutschland nicht zutreffend abbildet. Daher wurde diese kleinste EU-Kategorie für Zwecke der vergaberechtlichen Definition des Kleinstunternehmen weiter heruntergebrochen, sodass lediglich Unternehmen mit einer Mitarbeiteranzahl von 1-4 Mitarbeitern als Kleinstunternehmen gelten.

Mit Blick auf die Aufbereitung des Excel-Tools für weitere Branchen wäre es möglich, die vorstehend dargelegte Annahme zu modifizieren und etwa in einzelnen, sehr großteiligen Branchen ein Kleinstunternehmen auch noch mit mehr als vier Mitarbeitern anzunehmen.

[106] Vgl. zu den Mittelstandsdefinitionen oben Ziff. III.1.
[107] Wie vor.

Bei den weiteren Identifikationsschritten waren daher alle Unternehmen mit 5 bis 500 Mitarbeitern zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass den statistischen Daten zufolge innerhalb der festgelegten Bandbreite in den näher untersuchten Branchen/Gewerke noch die Hälfte bis ein Viertel der Unternehmen angesiedelt waren.

Als zweite Annahme wird festlegt, dass von den im dargestellten ersten Schritt identifizierten Unternehmen mit 5-500 Mitarbeitern mindestens die Hälfte in der Lage sein sollen, das zu vergebende Auftragsvolumen eigenständig bewältigen zu können.[108] Infolgedessen wurde in einem zweiten Schritt, und wiederum auf Basis der Zahlen des Statistischen Bundesamts, die Größenklassifikation ausgewählt, mit der die Hälfte der Unternehmen erfasst werden. Im Ergebnis sind das in den näher betrachteten Branchen bzw. Gewerken typischerweise Unternehmen mit 5-9 bzw. 10 – 19 Mitarbeitern. Sachlich führt dieser Rechenschritt dazu, dass 50 % der Unternehmen der einschlägigen Größenkategorie sowie allen größeren Unternehmen der Wettbewerb um das in Rede stehende Auftragsvolumen möglich ist.

Innerhalb der identifizierten Größenklasse wurde dann in einem dritten und letzten Schritt mittels Division der Gesamtmitarbeiteranzahl der einschlägigen Größenkategorie durch die Gesamtzahl der Unternehmen in dieser Kategorie die durchschnittliche Mitarbeiterzahl des typischen mittelständischen Unternehmens festgelegt. Desgleichen wurde der durchschnittliche Umsatz für die identifizierte Größenklasse berechnet.

Im Excel-Tool kann durch Klick auf "Nächstkleinere Größenklasse" nachvollzogen werden, wie sich die Auftragsvolumina der idealen Teillose ändern, wenn in der Formel nicht die Ergebnisse von Schritt 2 hinterlegt werden, sondern Schritt 3 mit der nächstkleineren Größenkategorie (also z. B. 5-9 Mitarbeiter anstatt 10-19) durchgeführt wird. Hierdurch können etwa Besonderheiten eines gegebenenfalls regional kleinteiligeren Marktes berücksichtigt werden.[109] Zudem

[108] Unter dem "typischen" Vertreter einer Gruppe wird gemeinhin ein solcher verstanden, der den Durchschnitt der Merkmale dieser Gruppe aufweist. Diese auf dem allgemeinen Sprachgebrauch basierende Definition in Kombination mit dem Ansatz der Rechtsprechung, einem signifikanten Anteil der Branche die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten, liegt den Annahmen zugrunde.

[109] Gemäß Festlegung mit dem Auftraggeber war eine differenziertere Betrachtung regionaler Märkte im Rahmen des Gutachtens nicht vorzunehmen.

erlaubt die Einstellungsmöglichkeit den Vergabestellen die Ermittlung geringerer idealer Losgrößen, um mehr Wettbewerb durch Beteiligung kleinerer Unternehmen zu generieren.

3. Aufstellen eines Algorithmus

Die Entwicklung des Algorithmus erfolgte in Anlehnung an die den Vergabestellen in Luxemburg zur Verfügung gestellte Formel. Diese verwendet zur Bestimmung der für die Abarbeitung eines bestimmten Auftragsvolumens in Bezug auf Mitarbeiteranzahl und Jahresumsatz erforderliche Unternehmensgröße einen Ansatz über den Produktionswert eines Mitarbeiters in einem Gewerk. Dementsprechend wird die für ein bestimmtes Auftragsvolumen erforderliche Mitarbeiteranzahl durch das Produkt aus dem Produktionswert je Mitarbeiter eines Gewerks mit der durchschnittlichen Anzahl der Mitarbeiter in diesem Gewerk ermittelt.

Zu beachten ist allerdings, dass der luxemburgische Ansatz das Ziel verfolgt zu ermitteln, welche Ressourcen ein Unternehmen für eine erfolgreiche Leistungserbringung vorweisen muss. Für den umgekehrten deutschen Ansatz - die Ermittlung der maximalen Losgröße für ein vorab definiertes typisches mittelständisches Unternehmen mit den entsprechenden Ressourcen - musste der luxemburgische Algorithmus daher modifiziert werden.

Dabei wurde zunächst festgelegt, dass entsprechend dem luxemburgischen Ansatz der Produktionswert des typischen mittelständischen Unternehmens einer Branche bzw. eines Gewerks Eingang in die Formel finden sollte. Gegenüber einer umsatzbasierten Betrachtung ist dieser Ansatz spezifischer, weil er die Vorleistungen als Abzugsposten berücksichtigt. Diese umfassen insbesondere den Anteil an bloß „durchgereichten“ Warenleistungen, die für die Betrachtung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens eine nur untergeordnete Rolle spielen. In der Formel wird der auf dieser Basis errechnete Pro-Kopf-Produktionswert über die ermittelte Zahl der Mitarbeiter eines branchentypischen mittelständischen Unternehmens wieder auf einen Gesamtunternehmenswert gerechnet. Letztlich wird über die Einbeziehung des Produktionswertes in den Algorithmus berücksichtigt, dass eine produktivere Branche auch ein entsprechend höheres Auftragsvolumen bewältigen kann.

Der Ansatz lautet folglich:

Losgröße (LG) = Produktionswert je Mitarbeiter des definierten mittelständischen Unternehmens (P) * Durchschnitts-Mitarbeiteranzahl des definierten mittelständischen Unternehmens (M).

Weiterhin war in Übereinstimmung mit dem luxemburgischen Ansatz zu berücksichtigen, dass die maximale Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht zuletzt auch von der für die Leistungserbringung zur Verfügung stehenden Zeit abhängig ist. Bezieht man infolgedessen die Leistungsdauer in die Formel ein, muss der Quotient aus P x M und dem Zeitfaktor t gebildet werden.

$$t = \frac{12 \text{ (= Zeiteinheit Monat)}}{\text{Dauer der Leistungserbringung in Monaten}}$$

Hieraus ergibt sich folgender Zwischenstand:

$$LG = \frac{P * M}{t}$$

Um die betriebswirtschaftlich unerwünschte übermäßige Bindung des beauftragten mittelständischen Unternehmens an einen einzigen Auftraggeber zu verhindern und gleichzeitig zugunsten des Auftraggebers das Risiko des Leistungsausfalls zu verringern, wurde weiterhin die Annahme getroffen, dass die Losgröße nur 50 % des Jahressumsatzes des branchentypischen mittelständischen Unternehmens ausmachen darf.[110] Die neue EU-Vergaberichtlinie sowie die Luxemburg-Formel bekräftigen diesen Ansatz. Beide gehen davon aus, dass ein leistungsfähiges Unternehmen nur 50 % seines durchschnittlichen Jahresumsatzes für einen Auftrag binden sollte. Zusätzlich unterstützen die Ergebnisse der Unternehmensumfrage dieses Ergebnis[111].

[110] Wie sich die vom Algorithmus errechnete ideale Losgröße bei Veränderung dieser Annahme ändert, ist unten Ziff. VI.5 dargestellt.

[111] S. oben Ziff. IV.2.5.

Mithin stellt sich die vorläufige Formel wie folgt dar:

$$LG = \frac{P * M}{2 * t}$$

4. Optimierung des Algorithmus bei handelslastigen Unternehmen

Der im vorherigen Schritt ermittelte Ansatz berücksichtigt die unternehmensspezifische Produktivität über alle Branchen und Gewerke hinweg, bewahrt allerdings nicht davor, dass bei handelslastigen Unternehmen zu kleine Losgrößen ausgegeben werden, da den Umsätzen dieser Unternehmen in der Regel ein erheblicher Vorleistungsanteil anhaftet.

Das ermittelte Zwischenergebnis muss daher mit einem Faktor multipliziert werden, der einem eventuell hohen Vorleistungsanteil Rechnung trägt. Die ideale Losgröße wird so nach oben korrigiert.

Die Formel lautet dann:

$$LG = \frac{M * P}{2 * t} * \frac{(1 + V)}{U}$$

V = Vorleistung des definierten mittelständischen Unternehmens

U = Umsatz des definierten mittelständischen Unternehmens

Ein Beispiel zur Veranschaulichung:

Entspricht der Vorleistungsanteil (V) 60 % des Umsatzes (U), wird die aus dem Umsatz ermittelte Losgröße mit dem Faktor 1,6 multipliziert. Macht der Vorleistungsanteil 45 % am Umsatz aus, wird mit 1,45 multipliziert.

5. Praxisbeispiel

Werden Straßenbauarbeiten mit einem Gesamtwert von 600.000 Euro vergeben, für die ein Ausführungszeitraum von 6 Monaten zur Verfügung steht, errechnet der Algorithmus ein vom branchentypischen Mittelständler maximal zu bewältigendes Auftragsvolumen von rund 396.000 EUR und schlägt damit als ideale Aufteilung zwei Teillose à 300.000 Euro vor. Bei einer Änderung der Annahme zum höchstens zu bindenden Jahresumsatz auf 33% ergäbe sich ein maximal zu bewältigendes Auftragsvolumen von rund 261.000 Euro und eine auf 3 Teillose à 200.000 Euro gerichtete Aufteilungsempfehlung.[112]

[112] Weitere Werte bei veränderten Annahmen können mit dem in Anlage 10 enthaltenen Excel-Tool durch Betätigung des Schiebereglers im Feld „Maximal einzusetzender Jahresumsatz“ ermittelt werden.

VII. Handlungsempfehlung

Das Forschungsteam hält eine gesetzliche Änderung oder Ergänzung der vergaberechtlichen Regelungen zur Teillosbildung für entbehrlich. Vielmehr schlägt es vor, den Vergabestellen die Nutzung der vorstehend erläuterten Formel mit Blick auf die rechtskonforme Umsetzung des § 97 Abs. 3 GWB zu empfehlen.[113]

Um möglichst viele der für die Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber relevanten Branchen und Gewerke mit der Formel abzudecken, wäre es wünschenswert, die erforderlichen Daten vom Statistischen Bundesamt, ggf. sukzessive, abzufordern[114] und im Excel-Tool zu hinterlegen. Optimal wäre es, wenn das Statistische Bundesamt die relevanten Unternehmensdaten im Rahmen künftiger Erhebungen unmittelbar in der erforderlichen Form aufbereiten und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Verfügung stellen könnte.

[113] Ein Leitfaden zur Teillosbildung nebst textlicher Erläuterung zum Excel-Tool findet sich in Anlage 11 zu diesem Bericht.

[114] Ein Muster, mit dem die relevanten Daten abgefragt werden können, findet sich in Anlage 12 zu diesem Bericht.

ANLAGEN

1. Ansatz und Methodik
2. Fragebogen Vergabestellen
3. Übersicht Verbreitungswege Online-Fragebogen Vergabestellen
4. Online-Fragebogen Unternehmen
5. Übersicht Verbreitungswege Online-Fragebogen Unternehmen
6. Liste angeschriebene Organisationen
7. Fragebogen EU-Ausland
8. Auswertungsergebnisse Präsenzinterviews und Online-Umfrage Vergabestellen
9. Auswertungsergebnisse Unternehmensumfrage
10. Excel-basierte Berechnungshilfe
11. Leitfaden Teillosbildung nebst Erläuterung Berechnungshilfe
12. Muster Datenabfrage Destatis