

der gar von Anbe-
ingen macht, um
u verschaffen⁷³. Ist
rgfältiger Prüfung
ch das Ausschluss-
gsverdacht“ einer
stungsfähigkeit ist
st nun weder ver-
etreffende Unter-
schließen⁷⁴.

1 einer Grundsatz-
lbtst bei Eröffnung
jedem Einzelfall
de, Leistungsfähig-
ieters zu überprü-
rgelagerte Beurtei-
nach allgemeinen

glichkeit, Unterla-
hen, nicht nur der
(vgl. § 97 Abs. 1
gebote berücksich-
n Grundsätzen der
hkeit der öffentli-
bar, u. U. das beste
nalistischen Grün-

ing

mit der Vergabe-
, das Vergaberecht
ier, transparenter

von Richtlinie 320.StB X
zt.
Fußn. 51), § 16 VOB/A

lung zur Änderung der
rufen unter IBR-online.
ratzenberg (o. Fußn. 51),
n, VergabeR 2010, 374.
dt (o. Fußn. 66), § 16

391; VK Darmstadt,
2005 –, juris (L 2); Wer-
Fußn. 2), 4. Los, § 4 VOF

r öffentliche Bauauftrag,

670 m. zahlr. w.N.
rische Haushaltsordnung
t. 61 Abs. 1 Satz 1 GO für

und europarechtsfester zu machen, einen Schritt
näher gekommen, haben sie jedoch noch nicht
erreicht. Positiv zu bewerten sind die gesteigerten
inhaltlichen Anforderungen an die Vorabinforma-
tion der unterlegenen Bieter, die von der Vergabe-
verordnung in § 101a GWB „hochgezont“ worden
ist. Sehr zu begrüßen ist ferner die mit § 16 Abs. 1
Nr. 3 VOB/A, § 19 Abs. 2 VOL/A EG und § 11
Abs. 3 VOF eröffnete Möglichkeit, fehlende Unter-
lagen nachzureichen. Nach der hier vertretenen
Auffassung sind diese Vorschriften auf eine irrtüm-
liche (= fahrlässige) Falschangaben analog anzu-
wenden. § 19 Abs. 2 Satz 1 VOL/A EG ist jedoch
insoweit nachzubessern, als der Vergabestelle rich-
tigerweise kein Ermessen zukommen kann, ob sie
Erklärungen oder Nachweise vor einem Ausschluss
nachfordert oder nicht

Die dringende „Baustelle“ des Vergaberechts stellt
indes die fehlerhafte Umsetzung der EU-Vergabe-
richtlinie dar, deren Umsetzungsfrist bereits seit
Dezember 2009 abgelaufen ist. Auch eine richtlini-
enkonforme Auslegung kann nicht das Allheilmittel
sein. Im Hinblick auf die Rügeobliegenheit steht dem
schon der Wortlaut des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB
(„unverzüglich“) als Grenze der Auslegung entge-
gen.⁷⁷ Ungeachtet der Frage, ob sich ein unterlegener
Bieter gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber
nicht jedenfalls auf eine unmittelbare Anwendbar-
keit der Art. 2c und 2f der RiL 2007/66/EG berufen
könnte – die Normen wären jedenfalls inhaltlich

unbedingt und hinreichend bestimmt⁷⁸ –, ist der
deutsche Gesetzgeber berufen, die Richtlinienvorga-
ben richtig umzusetzen. Die derzeitige Regelung ist
intransparent, birgt Rechtsunsicherheit und gefähr-
det die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts
(effet utile), denn es ist nicht gewährleistet, dass alle
Vergabekammern und -senate den Anwendungsvor-
rang des Europarechts – sei es nun in Form einer
richtlinienkonformen Auslegung oder einer unmit-
telbaren Anwendbarkeit – achten. Die zitierte Ent-
scheidungen der 1. Vergabekammer des Bundes, des
OLG Rostock und des OLG Dresden demonstrieren
dies eindrucksvoll.

Unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vor-
gaben wird der deutsche Gesetzgeber für einen ange-
messenen Ausgleich zwischen dem Beschleunigungs-
grundsatz und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes
sorgen müssen. Er sollte sich bei dieser Gelegenheit
fragen, ob er seine Ziele der Transparenz und Mittel-
standsfreundlichkeit nicht am ehesten mit einer Ver-
einheitlichung des Vergaberechts erreichen würde
und ob es wirklich dem Wunsch der Praxis entspricht,
„an Bewährtem festzuhalten“⁷⁹.

77 Zur Unzulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung contra legem EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rdnr. 110 ff. – Adeneler.

78 So schon EuGH, Slg. 1974, 1337, 1348 – Van Duyn; EuGH, Slg. 1995, I-2189 = NVwZ 1996, 369 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg; EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rdnr. 113. – Adeneler.

79 So die Gesetzesbegründung (o. Fußn. 9), S. 14.

Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht

von Rechtsanwalt Dr. Roderic Ortner, LL.M., München*

Nach § 97 Abs. 3 Satz 1 sind bei der Auftragsvergabe mittelständische Interessen „vornehmlich“ zu berücksichtigen. Nach Satz 2 sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben. Diese sog. Mittelstandsklausel ist in die Kritik geraten: Die politische Intention bleibe aus, da die Klausel von den öffentlichen Auftraggebern nicht hinreichend beachtet werde und die Vergabenachprüfungsinstanzen zu nachsichtig seien. Das Bundesministe-

rium für Wirtschaft und Technologie hat nun eine Evaluierung initiiert, welche die praktischen Auswirkungen der neu formulierten § 97 Abs. 3 GWB aufzeigen soll. Dies gibt Anlass, den aktuellen rechtlichen Rahmen der Mittelstandsklausel noch einmal zu beleuchten.

* BHO Legal.

I. Zweck, Inhalt und Reichweite

„Im Interesse der vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft ist es geboten, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten, um so die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, auszugleichen“, so die Begründung zum Regierungsentwurf zu § 97 Abs. 3 GWB.¹ § 97 Abs. 3 GWB gehört zu den Vorschriften, auf deren Beachtung der Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB grundsätzlich einen Anspruch hat. § 97 Abs. 3 GWB vermittelt damit ein subjektives Recht² und ist damit mehr als ein bloßer Programmsatz.³ Umstritten ist, ob und inwieweit ein Unternehmen bei erfolgter Losaufteilung auch einen bestimmten Loszuschnitt einfordern kann.⁴

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dem Schutzzweck des § 97 Abs. 3 GWB sei bereits genügt, wenn der öffentliche Auftraggeber den Unternehmen die Möglichkeit einräumt, sich als Bietergemeinschaft zu bewerben.⁵ Dem ist nicht zu folgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH haben öffentliche Auftraggeber unabhängig von der Frage einer Losaufteilung Bietergemeinschaften zuzulassen⁶, sodass es sich bei der Zulassung der Bietergemeinschaft nicht um ein besonderes Element zur Ausfüllung des § 97 Abs. 3 GWB handelt. Dies folgt auch aus § 6 Abs. 2 Satz 1 VOL/A-EG, wonach Bietergemeinschaften den Einzelunternehmen gleich zu stellen sind. Schließlich ist Folgendes zu bedenken: Die Bildung einer Bietergemeinschaft erfordert zusätzlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand, etwa einen für alle Gesellschafter akzeptablen Konsortialvertrag; nicht selten scheidet daher eine Bietergemeinschaft bereits in ihrer Gründungsphase, vor allem aufgrund gegenläufiger wirtschaftlicher Interessen. Um diese Nachteile auszugleichen, muss der Schutzzweck des § 97 Abs. 3 GWB gebieten, dass mittelständischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen ist, sich *eigenständig* an der Ausschreibung zu beteiligen und nicht nur in der Form einer Bietergemeinschaft⁷ oder mit Hilfe von Nachunternehmern.⁸

II. Mittelständische Interessen

§ 97 Abs. 3 GWB schützt nur mittelständische Unternehmen. Ein nicht mittelständisches Unter-

nehmen kann nicht geltend machen, der Auftrag hätte in Lose aufgeteilt werden müssen.⁹ Aber was bedeutet „mittelständisch“? Der Begriff „mittelständisch“ ist im Gesetz nicht definiert. Die Zuordnung eines Unternehmens zum Mittelstand ist jedoch maßgeblich für die Frage, ob das jeweilige Unternehmen dem von § 97 Abs. 3 GWB geschützten Kreis zugehört und etwa die Verletzung des Gebots der Losaufteilung geltend machen kann.

Die in Deutschland (früher mehr als heute) gebräuchliche Bezeichnung Mittelstand umfasst die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Eine einheitliche Definition für KMU, die für alle Anwendungsbereiche Gültigkeit hat, existiert jedoch nicht.¹⁰ Das Institut für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn definiert Unternehmen mit bis zu neun Beschäftigten *oder* weniger als 1 Mio. € Jahresumsatz als kleine und solche mit zehn bis 499 Beschäftigten *oder* einem Jahresumsatz von 1 Mio. € bis unter 50 Mio. € als mittlere Unternehmen.

Nach einer Empfehlung der Europäischen Kommission sind KMU Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen *und* entweder einen Jahres-

1 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Stand: 03.03.2008, S. 8.

2 OLG Thüringen, Beschluss v. 06.06.2007 – 9 Verg 3/07 –; VK Düsseldorf, Beschluss v. 19.03.2007 – VK-07/07-B –; 1. VK Bund, Beschluss v. 14.09.2007 – VK 1-01/07 –; Beschluss v. 31.08.2007 – VK 1-92/07 –; Beschluss v. 01.02.2001 – VK 1-1/01 –; VK Magdeburg, Beschluss v. 06.06.2002 – 33-32571/07 – – VK5/02 MD –; VK Hessen, Beschluss v. 27.02.2003 – 69 d VK-70/02 –; Byok/Jaeger/Hailbronner, GWB Kommentar, § 97 Rdnr. 222.

3 So auch OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008; a.A. VK Arnberg, Beschluss v. 31.01.2001 – VK 2-01/01 –; Roth, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 2 EG Rdnr. 77.

4 Siehe hierzu unten IV.2 Loszuschnitt.

5 Dafür: VK Thüringen, Beschluss v. 16.02.2007 – 360-4003.20-402/2007-0001-UH –; 1. VK Bund, Beschluss v. 01.02.2001 – VK 1-1/01 –; Antweiler, VergabeR 2006, 637, 647; dagegen: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.09.2004 – Verg 38/04 –; dass. Beschluss v. 04.03.2004 – Verg 8/04 –; Dreher, NZBau 2005, 427, 430; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl. 2007, § 4 VOB/A Rdnr. 2.

6 Vgl. Urteil v. 18.12.2007 – Rs. C-220/06 –.

7 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.09.2004 – Verg 38/04 –; Dreher, NZBau 2005, 427, 430.

8 VK Nordbayern, Beschluss v. 19.05.2009 – 21.VK-3194-13/09 –.

9 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.10.2009 – Verg 25/09 –; a.A. 1. VK Bund, Beschluss v. 21.09.2001 – VK 1-33/01 –; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.02.2011 – 1 VK 2/11 –.

10 Siehe auch Antweiler, VergabeR 2006, 637; Dreher, NZBau 2005, 427.

umsatz von höchstens Jahresbruttoumsatz s beläuft.¹¹ Darüber h Unabhängigkeit der U nehmen, die zu Un zählen nicht zu den K fehlung bedeutet Una Unternehmen einer , betreffenden einen , die nationale Definiten mittelständischer als sie die Grenze de eines KMU fast dopp Europäische Kommi maximalen Jahresums native und nicht als k Bejahung eines KMU das etwa mit 450 Mit Umsatz erwirtschaftet der Definition des IfM der Kommissions-Emj

Da § 97 Abs. 3 GWB d Schwellenwerte und d berecht beschreibt, sc Schwellenwerte beim Interessen“ allein an de sion orientieren. Unt erscheint hingegen die bar, da in Deutschland Vergleich zu sämtliche ausgeprägt ist. Es ist je Definitionen keinen r ter haben, sondern ledi len.¹² Es ist daher jewe jeweiligen Wirtschaftss Grenzen der mittelstän cken sind, wobei der Beurteilungsspielraum

III. Verstärkung der

§ 97 Abs. 3 GWB wu Modernisierung des V zum 24.04.2009 neu § gründung betont der G standsklausel durch die Wirkung „verstärkt“ w welche Rechtsfolgen geknüpft sind, heißt es i dass eine Losvergabe „g habe.¹⁵ Dieser Grundsa

achen, der Auftrag müssen.⁹ Aber was er Begriff „mittel-finiert. Die Zuord-m Mittelstand ist je, ob das jeweilige .3 GWB geschütz-die Verletzung des d machen kann.

mehr als heute) elstand umfasst die men (KMU). Eine MU, die für alle eit hat, existiert ir Mittelstandsfor- Unternehmen mit eniger als 1 Mio. € re mit zehn bis 499 msatz von 1 Mio. € Unternehmen.

päischen Kommis-die weniger als 250 veder einen Jahres-

Modernisierung des Ver-

2007 – 9 Verg 3/07 –; VK – VK-07/07-B –; 1. VK 1-01/07 –; Beschluss v. ss v. 01.02.2001 – VK 1-06.06.2002 – 33-32571/ schluss v. 27.02.2003 – 69 nner, GWB Kommentar,

ss v. 27.11.2008; a.A. VK VK 2-01/01 –; Roth, in: mentar, 3. Aufl. 2010, § 2

v. 16.02.2007 – 360- VK Bund, Beschluss v. ler, VergabeR 2006, 637, hluss v. 08.09.2004 – Verg 14 – Verg 8/04 –; Dreher, 5, in: Ingenstau/Korbion, lnr. 2. 0/06 –. 2004 – Verg 38/04 –; Dre-

2009 – 21.VK-3194/13/

2009 – Verg 25/09 –; a.A. 01 – VK 1-33/01 –; VK :02.2011 – 1 VK 2/11 –. 06, 637; Dreher, NZBau

umsatz von höchstens 50 Mio. € erzielen oder deren Jahresbruttoumsatz sich auf höchstens 43 Mio. € beläuft.¹¹ Darüber hinaus wird eine weitgehende Unabhängigkeit der Unternehmen verlangt: Unternehmen, die zu Unternehmensgruppen gehören, zählen nicht zu den KMU. Entsprechend der Empfehlung bedeutet Unabhängigkeit, dass kein anderes Unternehmen einen Anteil von mehr als 25 % des betreffenden Unternehmens besitzen darf. Damit ist die nationale Definition des IfM insofern zu Gunsten mittelständischer Unternehmen weiter gefasst, als sie die Grenze der Beschäftigten zur Bejahung eines KMU fast doppelt so hoch ansetzt wie es die Europäische Kommission empfiehlt sowie den maximalen Jahresumsatz i.H.v. 50 Mio. € als alternative und nicht als kumulative Voraussetzung zur Bejahung eines KMU festlegt. Ein Unternehmen, das etwa mit 450 Mitarbeitern mehr als 50 Mio. € Umsatz erwirtschaftet wäre dementsprechend nach der Definition des IfM ein KMU; nicht aber nach der Kommissions-Empfehlung.

Da § 97 Abs. 3 GWB das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte und damit das europäische Vergaberecht beschreibt, sollte man sich oberhalb der Schwellenwerte beim Merkmal „mittelständische Interessen“ allein an der Empfehlung der Kommission orientieren. Unterhalb der Schwellenwerte erscheint hingegen die Definition des IfM vorziehbar, da in Deutschland der Mittelstandsschutz im Vergleich zu sämtlichen Mitgliedstaaten besonders ausgeprägt ist. Es ist jedoch zu betonen, dass diese Definitionen keinen rechtsverbindlichen Charakter haben, sondern lediglich Anhaltspunkte darstellen.¹² Es ist daher jeweils im Einzelfall anhand des jeweiligen Wirtschaftssektors zu beurteilen, wo die Grenzen der mittelständischen Interessen abzustecken sind, wobei dem Auftraggeber hierbei ein Beurteilungsspielraum zukommt.¹³

III. Verstärkung der Mittelstandsklausel?

§ 97 Abs. 3 GWB wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts mit Wirkung zum 24.04.2009 neu gefasst. In der Gesetzesbegründung betont der Gesetzgeber, dass die Mittelstandsklausel durch die Neuformulierung in ihrer Wirkung „verstärkt“ werden solle.¹⁴ Zu der Frage, welche Rechtsfolgen an diese „Verstärkung“ geknüpft sind, heißt es in der Gesetzesbegründung, dass eine Losvergabe „grundsätzlich“ stattzufinden habe.¹⁵ Dieser Grundsatz galt jedoch auch schon

vorher. In der Vorgängerfassung waren jedoch mittelständische Interessen durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose lediglich „angemessen“ zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat das Angemessenheitskriterium in der Neufassung nunmehr gestrichen. Hierdurch erhält die Aufteilung in Lose einen zwingenden Charakter („sind aufzuteilen“). Die neue Fassung des § 97 Abs. 3 GWB formuliert die „vornehmliche“ Berücksichtigung mittelständischer Interessen außerdem nunmehr als eigenen Hauptsatz und statuiert erst in Satz 2 den Grundsatz der Losaufteilung. Aus dieser grammatikalischen Änderung wird im Vergleich zu der Vorgängerfassung klargestellt, dass der Mittelstandsschutz auch über die bloße Losaufteilung hinaus berücksichtigt werden soll.¹⁶ Unklar bleibt, wie diese weitere Berücksichtigung aussehen soll. In der Gesetzesbegründung finden sich hierzu keine Anhaltspunkte. Die Neufassung lässt daher der Rechtspraxis einen weiten Interpretationsspielraum. So könnte etwa der öffentliche Auftraggeber auch bei der Aufstellung der Eignungskriterien mittelständische Interessen zu berücksichtigen haben.

IV. Loszuschnitt

Grundsätzlich unterliegt es dem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers, wie er den Auftragsgegenstand zuschneidet.¹⁷ Indes muss dieser Zuschnitt den sachlichen Gegebenheiten entsprechen und darf nicht von vornherein gezielt zu einer Ausschaltung bestimmter Unternehmensgruppen führen.¹⁸ Die Zahl und Größe der Lose muss sich daran ori-

11 Empfehlung der Kommission v. 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124/36.

12 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.09.2004 – Verg 38/04 –; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 06.04.2011 – 15 Verg 3/11 –; 3. VK Bund, Beschluss v. 09.01.2008 – VK 3-145/07 –; VK Düsseldorf, Beschluss v. 19.03.2007 – VK-07/2007-B –.

13 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 04.03.2009 – VK 2-202/08 –; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 06.04.2011 – 15 Verg 3/11 –.

14 Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 03.03.2008, Entwurf der Begründung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 8.

15 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, a.a.O., S. 8.

16 A.A. Kus, NZBau 2009, 21, 22 der sogar im Gegenteil die Auffassung vertritt, dass die Neuregelung des § 97 Abs. 3 GWB im Gegensatz zur Altregelung „nur noch“ die Auftragssteilung als „einzigen Weg“ des Mittelstandsschutzes zulasse.

17 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 06.04.2011 – 15 Verg 3/11 –; Frenz, in: Willenbruch/Bischoff, a.a.O., S. 6.

18 VK Bund v. 08.01.2004 – VK 1-117/03 –, S. 10; VK Bund, VergabeR 2002, 72; Frenz, a.a.O., S. 6.

entieren, dass sich tatsächlich mittelständische Unternehmen um Teilaufträge bewerben können. Eine Losbildung verfehlt also ihr Ziel, wenn im Ergebnis mittelständische Unternehmen keine praktische Möglichkeit der Beteiligung haben. Allerdings muss man dabei nicht so weit gehen, dass alle potentiellen Bewerber sich an dem Wettbewerb beteiligen können müssen, da auch dies wiederum den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränken würde.¹⁹ Der Wettbewerbsgrundsatz und der Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen stehen insofern in einem Spannungsverhältnis.

1. Beurteilungsspielraum des Auftraggebers

Wie dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, ist noch unklar. Die 2. VK Bund stellt auf die Beteiligungsmöglichkeit des durchschnittlichen leistungsfähigen KMU ab.²⁰ Das OLG Karlsruhe widerspricht diesem Ansatz mit dem Argument, dass sich diese Anforderung nicht aus dem Gesetz ergebe und einem wirtschaftlichen Einkauf widersprechen könne. Die Richter waren in der maßgeblichen Entscheidung der Auffassung, dass es genüge, wenn sich irgendwelche mittelständische Unternehmen einzeln beteiligen können, ließen diesen Aspekt in der Entscheidung aber letztlich offen.²¹ Das OLG Brandenburg und das OLG Jena folgen einer zweistufigen Prüfung: Zunächst sei danach abzugrenzen, ob das der Ausschreibung zugrundeliegende Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers unterfällt oder ob innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere (vom Auftraggeber unterlassene) Zerlegung in Teil- bzw. Fachlose möglich wäre und damit die mittelstandschützenden Anforderungen zum Tragen kommen. Maßgebend für diese Abgrenzung seien die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung. Ergebe sie, dass die benötigte Leistung auch in Form einer Losvergabe erbracht werden könnte, so sei auf der Stufe der dann erforderlich werden den Einzelfallabwägung zu untersuchen, ob die Vergabestelle sich ggf. auf besondere – namentlich wirtschaftliche oder technische – Gründe stützen kann, wonach sie zur Vermeidung erheblicher Nachteile dennoch von einer losweisen Vergabe absehen durfte.²²

Abzulehnen ist m.E. ein Beurteilungsspielraum des Auftraggebers für die Frage „ob“ überhaupt

eine Losaufteilung zu erfolgen habe, da dies der Grundintention des Gesetzgebers widerspricht.²³ Allerdings kann man das oben beschriebene Spannungsverhältnis sinnvoll nur auflösen, wenn dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum dahin zusteht, „wie“ er die Lose zuschneidet. Die Vergabenachprüfungsinstanzen haben daher in einem ersten Schritt (nur) zu prüfen, ob die Grenzen dieses Beurteilungsspielraums verlassen wurden. Erst wenn eine Grenzüberschreitung festgestellt wird, ist die Frage der Zulässigkeit einer Gesamtvergabe zu stellen. Aus der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums folgt, dass sich feste branchentypische Grenzmarkierungen wie z.B. die Vorgabe einer bestimmten Anzahl an Losen, verbieten; sie wären auch unpraktikabel. Teilt der Auftraggeber demnach die Leistung in Lose auf und können sich hierauf eine angemessene Anzahl an mittelständischen Unternehmen auch bewerben, genügt dies den vergaberechtlichen Anforderungen.²⁴ Eine Losbildung ist also nicht bereits deshalb fehlerhaft, weil Einzellose für irgendeinen Mittelständler der Branche zu groß sind oder wenn die Losbildung durch die Zusammenfassung ganz unterschiedlicher Leistungen dazu führt, dass ein mittelständischer Betrieb diese Leistungen mit eigenem Know-how überhaupt nicht erbringen kann und sich nach Partnern umsehen müsste.²⁵

19 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 06.04.2011 – 15 Verg 3/1 –; VK

Baden-Württemberg, Beschluss v. 16.11.2001 – 1 VK 39/01 –.

20 Beschluss v. 04.03.2009 – VK 2-202/08 und 205/08 –.

21 Da ohnehin eine Gesamtvergabe nach § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB zulässig war, konnte er die Entscheidung, ob auf einen „durchschnittlichen Mittelständler“ abzustellen sei – so die VK Bund – offen lassen.

22 OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008; OLG Jena, Beschluss v. 06.06.2007 – 9 Verg 3/07 –.

23 Allerdings ist zu bedenken, dass die Entscheidungen des OLG Brandenburg und Celle vor dem Inkrafttreten des neuen § 97 Abs. 3 GWB ergingen und damit vor der „Verstärkung“ dieser Vorschrift.

24 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 06.04.2011 – 15 Verg 3/11 –; Ax/v. Beyme, „Zur Mittelstandskonformität der Losgrößen bei Unterhaltsreinigungsleistungen“, IBR 2011, 1017 (nur online); die Entscheidung der VK Nordbayern, Beschluss v. 19.05.2009 – 21.VK-3194-13/09 – bzgl. der Losaufteilung der Abschleppdienstleistungen ist m.E. daher auch nicht richtig.

25 A.A. 1. VK Sachsen, Beschluss v. 07.02.2003 – 1/SVK/007-03 –; § 97 Rdnr. 287; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.05.2009 – 21.VK-3194-13/09 –.

2. Praktisches Verhältnis zur Eignung

Angenommen, die Lose sind aufgeteilt in o.g. Gesichtspunkte kann ein Unternehmen an Unternehmungen nicht mehr vorbringen gegen das Gebot der Berücksichtigung der Interessen schreibt Reinigung Standorte zu je ein Los beinhaltet eine ca. 60 000 qm. Zu er pro Los u.a. eine auf einen Person (feste oder freie Mitarbeiter zugreifen kann. Ein Unternehmen ficht das Verfahren an, wenn es die Eigenerklärung des Auftraggebers gegen § 97 Abs. 3 GWB sowie gegen § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB gerechtfertigt sei. In einem Zuschneideverfahren mit einem Personalbestand von 10 Personen. Die Vergabestelle gegen § 97 Abs. 3 GWB da sich immer noch Unternehmen bewirbt. Die neue Leistungsfähigkeit der Größe des Lose wird in Erwägung genommen. Die Vergabekammer ebenfalls gegen § 97 Abs. 1 Satz 1 VOL/A. Die o.g. Wertungsergebnisse bei der Prüfung, ob die Vergabestelle „gerechtfertigt“ ist, widerspricht dem Gebot.

V. Zulässigkeit der Losaufteilung

1. Allgemeine Erwägungen

Von dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit teilweise abgewichen werden kann, wenn dies erforderlich ist. Zweck der Ausschreibung ist die wirtschaftliche, technisch einwandfreie Ausführung der öffentlichen Aufträge. Die Ausschreibung ist ein öffentlich-rechtliches Verfahren zur Erreichung der öffentlichen Aufträge. Die Ausschreibung ist ein öffentlich-rechtliches Verfahren zur Erreichung der öffentlichen Aufträge. Die Ausschreibung ist ein öffentlich-rechtliches Verfahren zur Erreichung der öffentlichen Aufträge.

abe, da dies der s widerspricht.²³ chriebene Span- ösen, wenn dem pielraum dahin idet. Die Verga- daher in einem die Grenzen die- sen wurden. Erst festgestellt wird, r Gesamtvergabe g eines Beurtei- este branchenty- z.B. die Vorgabe en, verbieten; sie der Auftraggeber auf und können nzahl an mittel- erwerben, genügt Anforderungen.²⁴ reits deshalb feh- ndeinen Mittel- d oder wenn die enfassung ganz u führt, dass ein Leistungen mit nicht erbringen sehen müsste.²⁵

1 – 15 Verg 3/1 –; VK 2001 – 1 VK 39/01 – und 205/08 –.
 97 Abs. 3 Satz 3 GWB 3, ob auf einen „durch- sei – so die VK Bund –
 11.2008; OLG Jena, scheidungen des OLG fitreten des neuen § 97 er „Verstärkung“ dieser
 4.2011 – 15 Verg 3/11 ormität der Losgrößen BR 2011, 1017 (nur rdbayern, Beschluss v. zgl. der Losaufteilung daher auch nicht rich-
 .2003 – 1/SVK/007-03 schluss v. 19.05.2009 –

2. Praktisches Beispiel einer Loseilung/Verhältnis zur Eignung

Angenommen, der Auftraggeber hat die Leistung in Lose aufgeteilt und diese Entscheidung ist nach den o.g. Gesichtspunkten fehlerfrei ergangen, so kann ein Unternehmen bei losbezogenen Anforderungen an Unterlagen und Angaben zur Eignung nicht mehr vorbringen, die Anforderungen verstießen gegen das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen. Beispiel: Der Auftraggeber schreibt Reinigungsdienstleistungen für drei Standorte zu je einem Los pro Standort aus. Jedes Los beinhaltet eine zu reinigende Grundfläche von ca. 60 000 qm. Zur Prüfung der Eignung verlangt er pro Los u.a. eine Eigenerklärung, dass der Bieter auf einen Personalbestand an Reinigungskräften (feste oder freie Mitarbeiter) von mindestens 100 zugreifen kann. Ein kleines Reinigungsunternehmen scheidet das Verfahren an und trägt vor, der Loszuschnitt verstoße gegen § 97 Abs. 3 GWB und die Eigenerklärung verstoße ebenfalls gegen § 97 Abs. 3 GWB sowie gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 VOL/A-EG, da sie durch den Gegenstand des Auftrags nicht gerechtfertigt sei. Der rügende Bieter fordert Lose mit einem Zuschnitt von ca. 30 000 qm und einen Personalbestand von maximal 40 Reinigungskräften. Die Vergabekammer lehnt einen Verstoß gegen § 97 Abs. 3 GWB bzgl. der Losaufteilung ab, da sich immer noch genügend mittelständische Unternehmen bewerben könnten. Da die personelle Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Größe des Loses abgefragt wird und sachwidrige Erwägungen nicht erkennbar sind, lehnt die Vergabekammer ebenfalls einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 VOL/A-EG aus dem selben Grund ab. Die o.g. Wertungen zur Losaufteilung haben also bei der Prüfung, ob eine Eignungsanforderung „gerechtfertigt“ ist, mit einzufließen, um Wertungswidersprüche zu verhindern.

V. Zulässigkeit der Gesamtvergabe

1. Allgemeine Erwägungen
 Von dem Grundsatz der Losaufteilung kann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erfordern.²⁶ Zweck der Ausnahmvorschrift ist, dem öffentlichen Auftraggeber keine völlig unwirtschaftlichen, technisch unsinnigen oder undurchführbaren Entscheidungen aufzudrängen. Schließlich gebietet auch die Gesamtzielsetzung des Kar-

tellvergaberechts, nämlich eine an Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten orientierte Beschaffung zu erreichen, eine ausnahmsweise Abweichung von der Losvergabe, wenn diese im konkreten Fall in hohem Maße unwirtschaftlich wäre.²⁷ Es besteht ein Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen Los- und Gesamtvergabe.²⁸ Dabei gebietet der Ausnahmecharakter eine restriktive Auslegung des Kriteriums der Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe. Weiterhin folgt hieraus, dass für das Vorliegen der Ausnahme der Auftraggeber die Beweislast trägt.²⁹ Die wirtschaftlichen oder technischen Gründe, die ausnahmsweise eine Gesamtvergabe rechtfertigen, sind von der Vergabestelle zu begründen. Im Vergleich zur Vorgängerfassung des § 97 Abs. 3 GWB hat sich das Begründungserfordernis für den öffentlichen Auftraggeber durch die Neuformulierung und gesetzgeberische Intention erhöht. Dies kann im Einzelfall sogar bedeuten, dass der öffentliche Auftraggeber seine Entscheidung, nicht losweise zu vergeben, durch ein Gutachten unterlegen muss. Auf jeden Fall hat er zumindest die Beweggründe einer Gesamtvergabe nachvollziehbar zu dokumentieren (vgl. § 24 Abs. 2 lit. h) VOL/A-EG). Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kann die Begründung auch noch im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden.³⁰

2. Wirtschaftliche Gründe

Eine Zerlegung in einzelne Teil- oder Fachlose kommt nicht in Betracht, wenn diese eine „unwirt-

26 Anders noch auf Grundlage der Vorgängernorm. Danach bestand kein Anspruch auf Losaufteilung, sondern nur das Recht auf eine angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen durch Aufteilung in Lose, vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.07.2003 – 1 VK 30/03 –; 2. VK Bund, Beschluss v. 29.07.2004 – VK 2-85/04 –.
 27 1. VK Bund, Beschluss v. 01.02.2001 – VK 1-1/01 –; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 644; Kus, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 5 Rdnr. 9.
 28 VK Arnsberg, Beschluss v. 13.08.1999 – VK 11/99 –; Noch, Vergaberecht Kompakt, S. 385.
 29 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, § 97 Rdnr. 112.
 30 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2011 – Verg 63/10 –. Damit befindet sich das OLG Düsseldorf ganz auf der Linie anderer OLG, welche eine Heilung von Dokumentationsmängeln auch noch im Nachprüfungsverfahren zulassen, vgl. OLG Celle, VergabeR 2010, 669 und OLG München, VergabeR 2010, 992 mit Anmerkung Ortner; a.A. OLG Schleswig, Beschluss v. 20.03.2008 – 1 Verg 6/07 –.

schaftliche Zersplitterung“ darstellt.³¹ Dabei ist aber andererseits stets zu beachten, dass fast jeder Losaufteilung ein erhöhter Koordinierungsaufwand und die Einbindung zusätzlicher Personalressourcen bei dem öffentlichen Auftraggeber immanent sind und grundsätzlich vom Gesetz in Kauf genommen wird.³² Das bedeutet, dass allgemeine Vorteile, wie die Entlastung von Koordinierungsaufgaben oder der Vorteil nur eines Ansprechpartners, allein für sich genommen grundsätzlich keine wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe darstellen.³³ Ebenso wenig sind dies die Eilbedürftigkeit oder die Vermeidung von höherem Personal- oder Verwaltungsaufwand.³⁴ Allerdings können die vorgenannten Gesichtspunkte in ihrer Gesamtschau ein Absehen von der Losaufteilung rechtfertigen.³⁵ Schließlich sind bei der Beurteilung der Unwirtschaftlichkeit die Besonderheiten der jeweiligen Branche³⁶ zu beachten.

Soweit im konkret zu beurteilenden Einzelfall bei Losaufteilung im Vergleich zu einer Gesamtvergabe entweder ein *erheblicher* zusätzlicher Koordinierungsaufwand erforderlich ist, oder *erhebliche* zusätzliche personelle Ressourcen beim öffentlichen Auftraggeber abgestellt werden müssen oder mit einer starken Verzögerung oder unverhältnismäßigen Kostennachteilen zu rechnen ist, die jeweils über das übliche und in Kauf zu nehmende Maß hinausgehen, kann der öffentliche Auftraggeber, um dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu genügen, die Leistungen ausnahmsweise als Gesamtleistung ausschreiben.³⁷

3. Technische Gründe

Als technische Gründe können Gründe der Verkehrssicherheit, des reibungslosen und termingerechten Bauablaufs sowie der Funktionalität in Betracht kommen. Technische Gründe können daher bei komplexen IT-, Forschungs- oder Pilotprojekten eine Gesamtvergabe rechtfertigen, wenn dadurch etwa die Sicherheit erhöht oder Fehlerquellen und Funktionsbeeinträchtigungen vermieden werden können.³⁸ Auch Gründe der Eilbedürftigkeit können im begründeten Einzelfall eine Gesamtvergabe rechtfertigen, etwa die technische Notwendigkeit, auf einem höchst belasteten Autobahnabschnitt einen bestimmten Straßenbelag noch vor Winterbeginn verarbeiten zu müssen, um eine Verlängerung der Bauzeit bis April zu vermeiden.³⁹ Eine Gesamtvergabe erscheint auch dann

gerechtfertigt, wenn die Einheitlichkeit der Leistungen nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gesichert werden kann oder die Überwachung und Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen ungewöhnlich erschwert würde oder die Losaufteilung zu einer starken Verzögerung des Vorhabens führen würde, die der besonderen Interessenslage des Auftraggebers erheblich widerspricht.⁴⁰ Als Beispiel sei die Ausstattung einer Klinik mit verschiedenen Geräten genannt. Hier kann eine Gesamtvergabe gerechtfertigt sein, um Erschwernisse bei den Installationen, bei der räumlichen Aufstellung sowie beim Raumbedarf und bei der Wartung sowie bei Schulungen von Ärzten und Pflegepersonal auszuräumen.⁴¹

VI. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zu § 97 Abs. 3 GWB ist uneinheitlich und unterscheidet sich teilweise nur in Nuancen, was den praktischen und rechtssicheren Umgang mit dieser Norm erschwert. Richtig erscheint, dass in dem Fall, in welchem der Auftraggeber die Leistung in Lose aufteilt, diese Entscheidung grundsätzlich nicht mehr zu beanstanden ist; es ist dann zu unterstellen, dass der Mittelstandsklausel genügt wurde. Unterläßt dagegen der Auftraggeber eine Losaufteilung trotz Teilbarkeit der Leistung gänzlich, so muss er diese Entscheidung sehr gut begründen, damit sie in einem Nachprüfungsverfahren besteht.

31 Vgl. OLG Thüringen, Beschluss v. 06.06.2007 – 9 Verg 3/07 –; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.10.2009 – Verg 25/09 –; 1. VK Bund, Beschluss v. 14.09.2007 – VK 1-01/07 –; Beschluss v. 31.08.2007 – VK 1-92/07 –.

32 OLG Düsseldorf, VergabeR 2005, 107.

33 Vgl. Ax/Schneider/Nette, Handbuch Vergaberecht, Kap. 1, Rdnr. 83 ff. zu VOB/A; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 16. Aufl. 2007, § 4 VOB/A Rdnr. 20 m.w.N.; Werner, a.a.O., § 4 VOB/A Rdnr. 14.

34 Werner, a.a.O., § 4 VOB/A Rdnr. 14.

35 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.03.2011 – Verg 63/10 – (Absehen der Fachlosbildung für „Glasreinigungsleistungen“).

36 Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 27.06.2003 – 1/SVK/063-03 –; Kus, a.a.O., Rdnr. 9.

37 Vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2005, 107; Dreher, NZBau 2005, 427, 430; Schraner, a.a.O., § 4 VOB/A Rdnr. 20 m.w.N.

38 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 06.09.2006 – Verg 40/06 –; OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08.1 –; VK Bund, Beschluss v. 04.11.2009 – VK 3-190/09 –; VK Sachsen, Beschluss v. 27.06.2003 – 1/SVK/063-03 –.

39 VK Arnberg, Beschluss v. 13.08.1999 – VK 11/99 –.

40 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.09.2004 – Verg 38/04 –; OLG Jena, Beschluss v. 06.06.2007 – 9 Verg 3/07 –.

41 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.10.2009 – Verg 25/09 –.

Problemfeld mittelständischer Interessen

von Dr. Florian Michallik

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB ist die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei öffentlichen Aufträgen neu geregelt worden. Vorliegen dieser Novellierung stellt Problemfelder in der Vergabepolitik dar, die untersucht werden sollen. Die neue, im GWB verankerte Mittelstandsklausel soll untersucht werden, um die Grenzen ihrer Wirkung zu klären.

I. Die Pflicht zur Berücksichtigung

§ 97 Abs. 3 GWB soll die Berücksichtigung mittelständischer Interessen sicherstellen, die bei der Vergabe oft übersehen werden. Diese Klausel ist eine generelle Stärkung der Mittelstandsklausel und die Schaffung einer neuen Struktur.¹ Das Ziel des GWB ist es, die Interessen der mittelständischen Unternehmen bei der Vergabe von Aufträgen nach der Ausschreibung, oder nach Art der Ausschreibung, zu berücksichtigen. Im Jahre 2009 trifft diese Klausel auf weitere Vorgaben zu, die gleichzeitig festgelegt werden. Diese Klausel wird zusammen mit der Fachlosbildung, wenn wirtschaftliche Gründe dies erfordern. Für die Vergabe von Aufträgen finden sich in den Vergabeordnungen vornehmliche Berücksichtigung der Interessen der mittelständischen Unternehmen. Dies ist mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB eine wichtige Änderung vorgenommen worden. Die Berücksichtigung der Interessen der mittelständischen Unternehmen ist mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB „angenehm“ zu berücksichtigen. Mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB ist der Mittelstandsschutz noch einmal gestärkt worden.²