

# Leitfaden mittelstandsgerechte Teilloserbildung

## I. Einleitung

§ 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verpflichtet öffentliche Auftraggeber, mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Um dieses Ziel zu erreichen, gibt die Norm den öffentlichen Auftraggebern vor, Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teilloser) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachloser) zu vergeben. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Losaufteilung gewährt die Mittelstandsklausel den öffentlichen Auftraggebern nur, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Gleichzeitig normiert § 97 Abs. 5 GWB das Ziel der öffentlichen Hand, wirtschaftlich einzukaufen.

Die Handhabung der Pflicht zur Fachloserbildung, das heißt zur branchen- oder gewerkweisen Ausschreibung, bereitet in der Regel keine größeren Schwierigkeiten. Hingegen sehen sich öffentliche Auftraggeber bei der praktischen Umsetzung der Pflicht zur Teilloserbildung mit der Frage konfrontiert, wie sich der Begriff des Mittelstands im vergaberechtlichen Kontext definiert. Wie groß dürfen ausgehend von dieser Definition die Auftragsvolumina von Losen maximal sein, um noch als mittelstandsfreundlich zu gelten?

Für einen erleichterten Umgang mit der Pflicht zur Teilloserbildung stellt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie öffentlichen Auftraggebern ein Online-Berechnungstool zur Verfügung, mit dessen Hilfe für verschiedene Branchen und Gewerke ausgehend von einem vorgegebenen Gesamtauftragsvolumen sowie der vorgesehenen Leistungszeit die ideale Losgröße für ein typisches mittelständisches Unternehmen des betroffenen Leistungsbereiches ermittelt werden kann.

Mit dem vorliegenden Leitfaden werden der praktische Umgang mit der Pflicht zur Teilloserbildung im Allgemeinen sowie Konzeption und Nutzung des Berechnungstools im Besonderen näher erläutert.

## II. Was ist Mittelstand im Sinne des Vergaberechts?

Die Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte ermittelt mittelständische Interessen unter Zugrundelegung eines relativen Mittelstandsbegriffes. Dieser stellt auf die jeweiligen Gegebenheiten des spezifischen Marktes, auf welchem der Auftrag vergeben wird, ab. Demnach weist das typische mittelständische Unternehmen einer Branche, in der die Mehrzahl der Unternehmen gemessen an Umsatz und Mitarbeiterzahl groß ist, tendenziell eine höhere Mitarbeiterzahl und einen höheren Umsatz auf als jenes einer eher kleinteilig strukturierten Branche.

Der Loszuschnitt muss sich 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 mittelständischen oder gar Kleinstunternehmen leistbar sein. Entscheidend ist die grundsätzliche Möglichkeit für das im vergaberechtlichen Sinne als typisch mittelständisch definierte Unternehmen, sich mit der auf dem konkreten Markt üblichen und größtmöglichen Eigenständigkeit, das heißt ohne die Notwendigkeit der Bildung einer Bietergemeinschaft oder der Einschaltung von Nachunternehmern, um den Auftrag zu bewerben.

### III. Auf welchen Daten und Annahmen basiert das Online-Berechnungstool?

Das Berechnungstool basiert auf Zahlenmaterial des Statistischen Bundesamtes (Destatis) zu den Mitarbeiterzahlen, Umsätzen und Produktionswerten verschiedener Branchen und Gewerke.

Ausgehend von den Vorgaben der Rechtsprechung ist das typische mittelständische Unternehmen jeweils mit Blick auf die konkreten Größenverhältnisse der betroffenen Branche beziehungsweise des betroffenen Gewerks relativ zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund sind im Berechnungstool für die jeweilige Branche die Durchschnittsdaten jener Destatis-Größenklasse hinterlegt, in der die meisten Unternehmen eingruppiert sind. Um Verzerrungen zu vermeiden, wurden dabei folgende beiden Kategorien bei der Ermittlung der relevanten Destatis-Größenklasse nicht berücksichtigt: zum einen die besonders großen Unternehmen mit über 500 Mitarbeitern, weil diese von keiner der gängigen Mittelstandsdefinitionen mehr als mittelständisch erfasst werden; zum anderen Unternehmen mit weniger als fünf Mitarbeitern, weil die Rechtsprechung gerade nicht jedem Kleinunternehmen einen Anspruch auf kapazitätsgerechten Loszuschnitt gewährt.

Aus Vereinfachungsgründen wurde zudem auf bundesweites Datenmaterial zugegriffen. Besonderheiten eines gegebenenfalls regional kleinteiligeren Marktes können durch eine gesonderte Einstellung im Berechnungstool (s. u.) berücksichtigt werden.

Das Berechnungstool basiert ferner auf der Vorgabe, dass von einem Unternehmen sinnvollerweise lediglich verlangt werden kann, maximal die Hälfte seines Jahresumsatzes durch den in Rede stehenden öffentlichen Auftrag zu binden. Diese Vorgabe orientiert sich an der neuen EU-Vergaberichtlinie, wonach als Nachweis der Eignung in der Regel lediglich der zweifache Auftragswert als Jahresmindestumsatz verlangt werden kann (in hinreichend begründeten Fällen kann ein höherer Jahresmindestumsatz gefordert werden). Auch ein ähnliches Berechnungstool, das öffentlichen Auftraggebern in Luxemburg zur Verfügung steht, stellt eine entsprechende Annahme auf.

## IV. Welche Formel liegt dem Online-Berechnungstool zugrunde?

Die dem Berechnungstool zugrunde liegende Formel lautet auf Basis der dargestellten Datengrundlage und Annahmen wie folgt:

$$LG = \frac{P}{2 \times t} \times \left[ 1 + \frac{V}{U} \right]$$

Erläuterung der Variablen:

LG = ideale Losgröße

P = Durchschnittswert des definierten mittelständischen Unternehmens

t = 12 Monate geteilt durch vorgesehene Leistungszeit in Monaten

V = Durchschnittsvorleistungsanteil an der Leistung des definierten mittelständischen Unternehmens

U = Durchschnittsumsatz des definierten mittelständischen Unternehmens

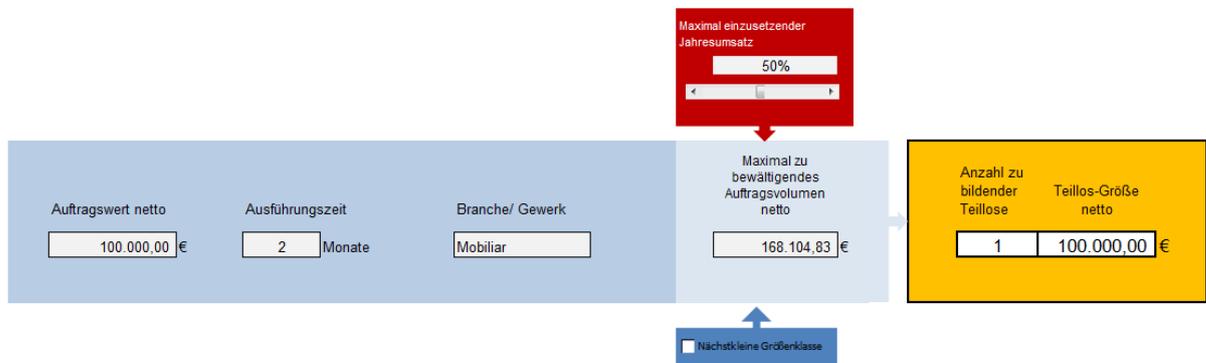
Über die Einbeziehung des Produktionswertes in die Formel findet der Umstand Beachtung, dass eine produktivere Branche auch ein entsprechend höheres Auftragsvolumen bewältigen kann. Denn der Produktionswert berücksichtigt die Vorleistungen als Abzugsposten, die insbesondere den Anteil an bloß „durchgereichten“ Warenleistungen, die für die Betrachtung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens eine nur untergeordnete Rolle spielen, umfassen. Da allerdings den Umsätzen handelslaster Unternehmen in der Regel ein erheblicher Vorleistungsanteil anhaftet, musste die Formel mit Blick auf die Vermeidung zu kleiner Losgrößen in den einschlägigen Wirtschaftsbereichen um einen Faktor ergänzt werden, der einem eventuell hohen Vorleistungsanteil Rechnung trägt ( $[1 + V / U]$ ).

Schließlich berücksichtigt die Formel, dass die maximale Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht zuletzt auch von der für die Leistungserbringung zur Verfügung stehenden Zeit abhängig ist und dass durch einen einzelnen Auftrag in der Regel – d.h. soweit nicht wie etwa in der Baubranche ein hinreichend begründeter Ausnahmefall vorliegt - nur maximal die Hälfte des Jahresumsatzes des branchentypischen mittelständischen Unternehmens gebunden werden sollte ( $2 \times t$ ).

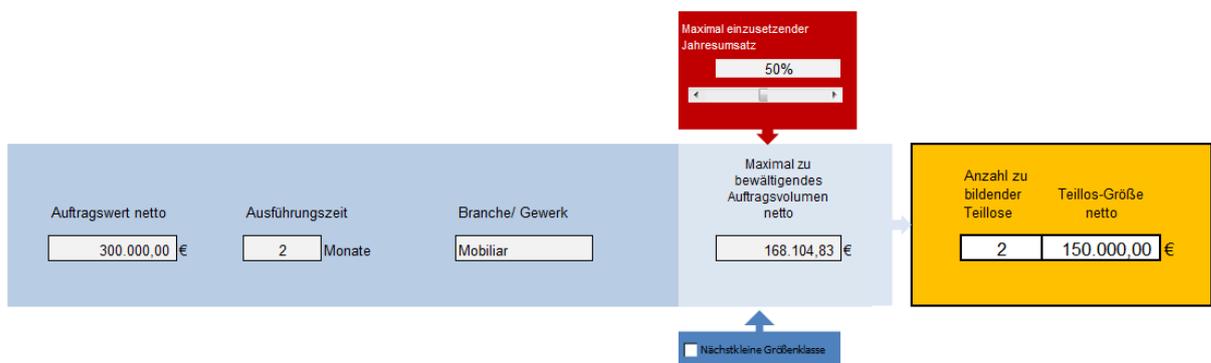
## V. Wie nutzt man das Online-Berechnungstool?

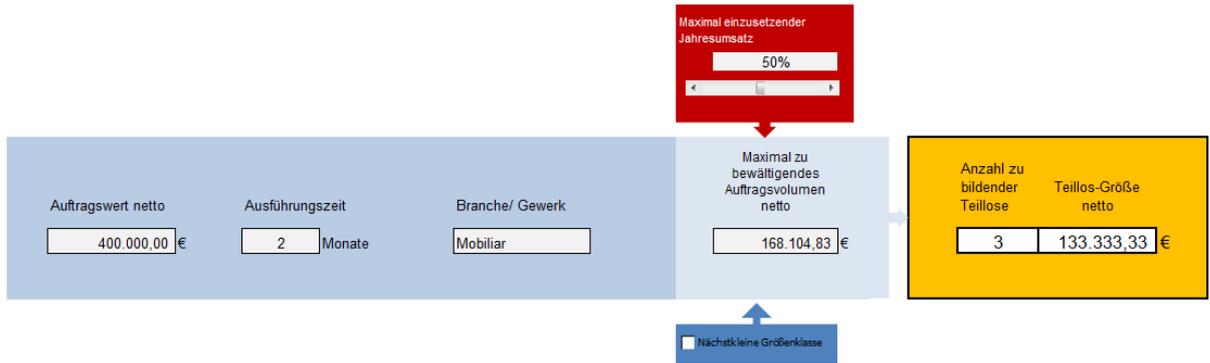
Das Berechnungstool weist vier vom öffentlichen Auftraggeber auszufüllende Felder auf. Pflichtfelder sind die Felder „Auftragswert“, „Ausführungszeit“ und „Branche/Gewerk“. Das Feld „nächstkleinere Größenklasse“ ist optional.

Die Werte in den Feldern „Maximal in dieser Zeit zu bewältigendes Auftragsvolumen“ und „Anzahl zu bildender Teillose/Teillos-Größe“ werden automatisch vom System auf Basis der hinterlegten allgemeinen statistischen Zahlen sowie der vom Auftraggeber eingegebenen individuellen Werte errechnet.

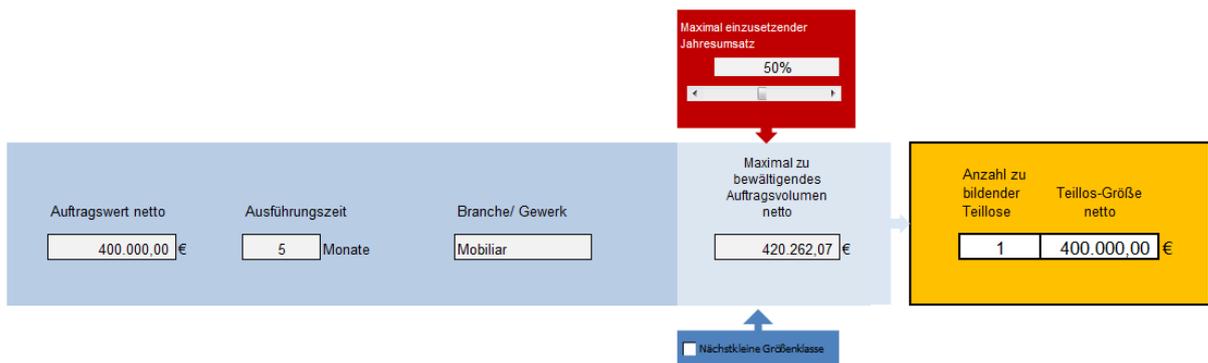
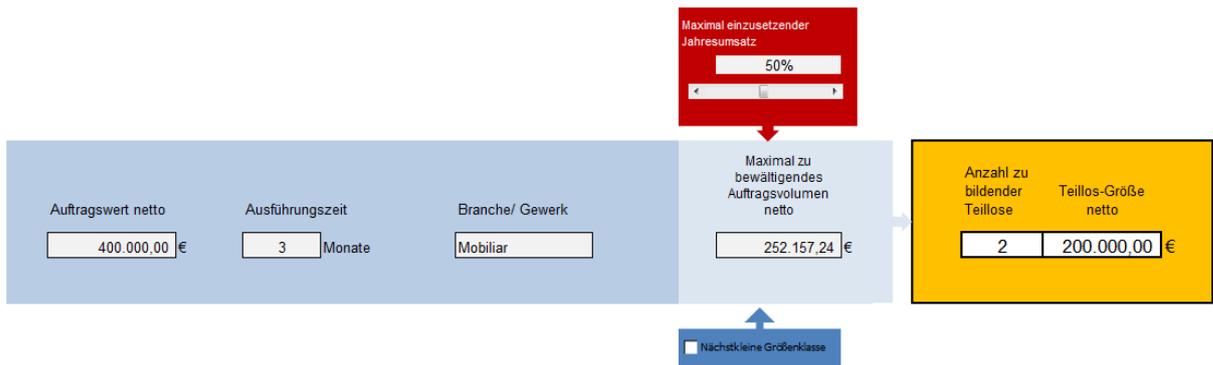


- ✓ Feld „Auftragswert“: Bitte tragen Sie hier das von Ihnen zu vergebende geschätzte Gesamtauftragsvolumen als Nettowert ein. Sollten Sie Ihren Auftrag bereits in Fachlose geteilt haben, ist Auftragswert das geschätzte Auftragsvolumen des jeweiligen Fachloses. Je höher der Auftragswert, desto höher – bei gleichbleibender Leistungszeit - die ideale Anzahl an Teillosen.





- ✓ Feld „Ausführungszeit“: Bitte geben Sie hier den für die Leistungserbringung vorgesehenen Vertragszeitraum ein. Die kleinste zur Verfügung stehende Einheit ist ein Monat. Sofern der vorgesehene Zeitraum nicht auf ganze Monate lautet, wählen Sie bitte die am nächsten liegende Anzahl von Monaten (Beispiel: 5 Wochen, Einstellung ein Monat). Je länger der Leistungszeitraum, desto niedriger – bei gleichbleibendem Gesamtauftragsvolumen - die ideale Anzahl an Teillosen.



- ✓ Feld „Branche/Gewerk“: Bitte rufen Sie hier durch Klick auf den Pfeil rechts des Feldes die Drop-out-Liste auf und wählen Sie dann den zu Ihrem Beschaffungsvorhaben passenden Leistungsbereich aus. Beachten Sie bitte, dass derzeit nicht alle für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe relevanten Leistungsbereiche hinterlegt sind. Die Daten weiterer Branchen und Gewerke werden aber sukzessive nachgepflegt. Je nach Branche oder Gewerk ergeben sich selbst bei sonst gleichen Parametern unterschiedliche Werte für die ideale Losgröße beziehungsweise die ideale Zahl an Teillosen.

The image shows two identical calculation scenarios side-by-side. Each scenario consists of three main sections: input parameters, a central calculation box, and a result box.

**Scenario 1 (Top):**

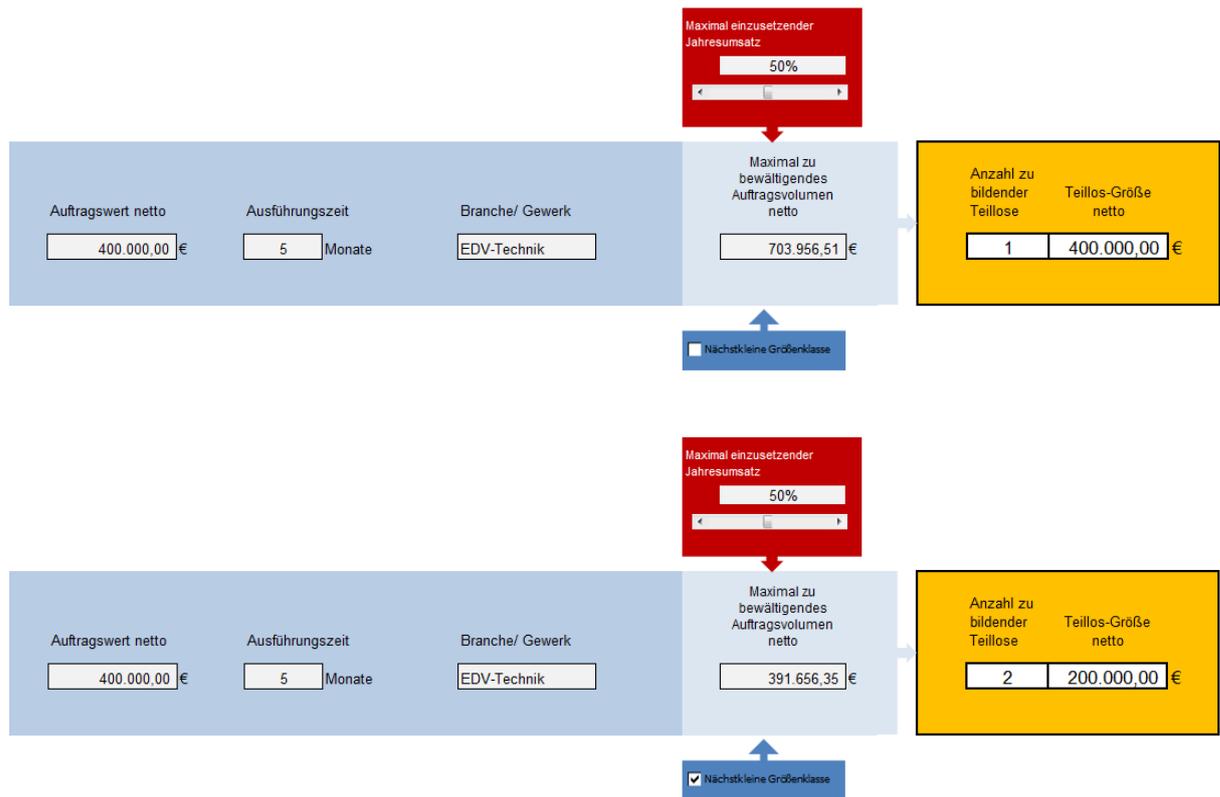
- Input Parameters (Blue box):**
  - Auftragswert netto: 400.000,00 €
  - Ausführungszeit: 5 Monate
  - Branche/ Gewerk: Möbelar
- Central Calculation (Light Blue box):**
  - Maximal einzusetzender Jahresumsatz: 50%
  - Maximal zu bewältigendes Auftragsvolumen netto: 420.262,07 €
- Result (Yellow box):**
  - Anzahl zu bildender Teillosen: 1
  - Teillos-Größe netto: 400.000,00 €

**Scenario 2 (Bottom):**

- Input Parameters (Blue box):**
  - Auftragswert netto: 400.000,00 €
  - Ausführungszeit: 5 Monate
  - Branche/ Gewerk: Straßenbau
- Central Calculation (Light Blue box):**
  - Maximal einzusetzender Jahresumsatz: 50%
  - Maximal zu bewältigendes Auftragsvolumen netto: 330.353,82 €
- Result (Yellow box):**
  - Anzahl zu bildender Teillosen: 2
  - Teillos-Größe netto: 200.000,00 €

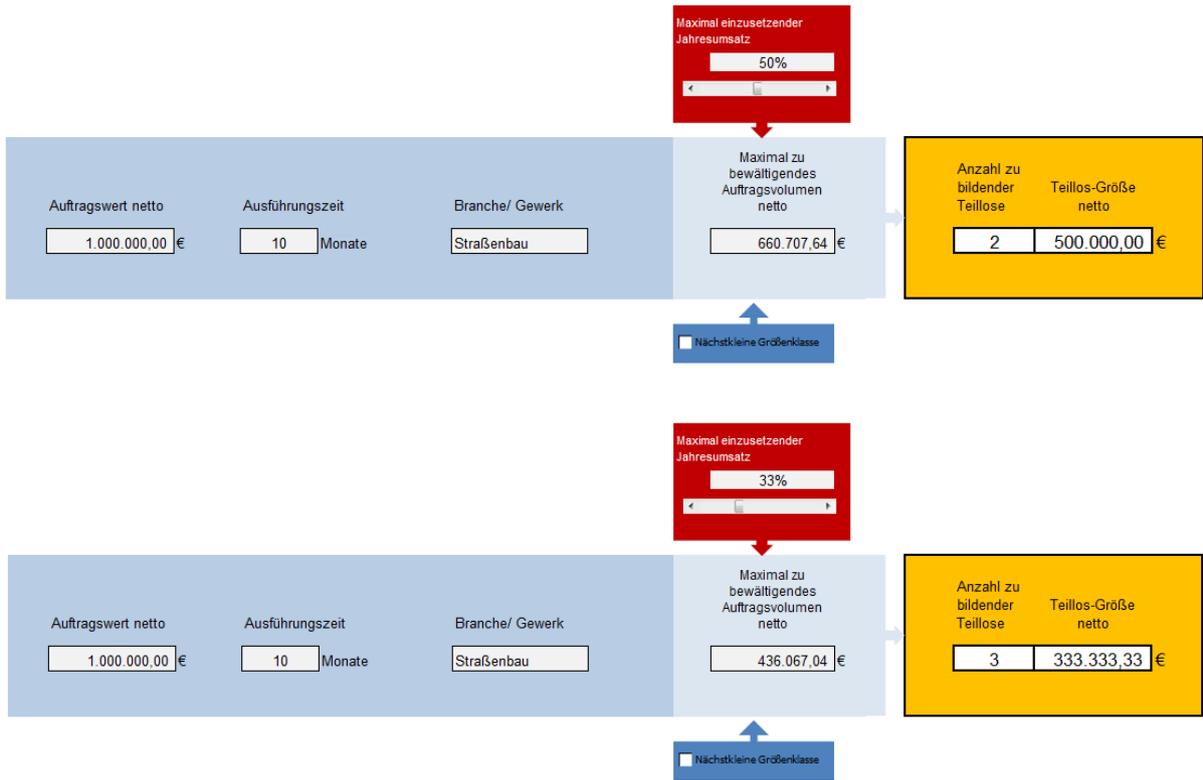
Below each central calculation box is a checkbox labeled 'Nächstkleine Größenklasse', which is currently unchecked.

- ✓ Feld „Nächstkleinere Größenklasse“: Bitte setzen Sie hier einen Haken, wenn Sie die ideale Losgröße für das typische Unternehmen der nächstkleineren Kategorie wünschen. Dies sollte etwa erwogen werden, wenn der regionale Markt, in dem das Beschaffungsvorhaben realisiert wird, kleinteiliger ist als bei einer Gesamtbetrachtung der betroffenen Branche oder des betroffenen Gewerks. Auch wenn Sie aus anderen Gründen, beispielsweise um mehr Wettbewerb durch Beteiligung kleinerer Unternehmen zu generieren, eine geringere ideale Losgröße ermitteln wollen, können Sie hier den Haken setzen. Wird die nächstkleinere Größenklasse angeklickt, erhöht sich – bei sonst gleichen Parametern - die ideale Anzahl an Teillosen.



- ✓ Feld „Maximal einzusetzender Jahresumsatz“: Sollte es den Gepflogenheiten einer Branche entsprechen, mehr oder weniger als 50% des durchschnittlichen Jahresumsatzes des typischen Mittelständlers durch einen einzelnen Auftrag zu binden, kann dies durch Betätigung des Schiebereglers entsprechend eingestellt werden. Denn wenn die ausgeschriebene Leistung 50% des Jahresumsatzes eines Unternehmens ausmacht, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass der Auftragnehmer Mitarbeiter und Betriebsmittel für andere Aufträge verplant hat und sie für den zu vergebenden „Großauftrag“ letztlich nicht zur Verfügung stehen. Ein höherer Jahresumsatz bietet dem Auftraggeber die Gewähr, dass er einen Auftragnehmer mit guter Auftragslage sowie ausreichend Mitarbeitern und Betriebsmitteln erhält.

Dies wird beispielsweise in der Baubranche häufig dazu führen, dass ein maximal einzusetzender Jahresumsatz von nur 33% vorzugeben ist. Denn bei der von Insolvenzen geprägten Bauwirtschaft hat der Auftraggeber ein deutlich erhöhtes Interesse an einem „gesunden“ Vertragspartner. Dies auch, weil der Ausfall eines Gewerks auf dem Bau in der Kette der Bauleistungen sehr schnell hohe Zeitverluste und hohe Kosten bedeuten kann.



## VII. Wie werden besondere Gründe, die gegen eine Losaufteilung sprechen, berücksichtigt?

Das Berechnungstool versetzt öffentliche Auftraggeber in die Lage zu ermitteln, ob ein zu vergebender Gesamtauftrag von einem typischen mittelständischen Unternehmen einer Branche abgearbeitet werden kann und – sollte dies nicht der Fall sein – in wie viele Lose welcher Größenordnung der Gesamtauftrag geteilt werden sollte, um eine wirksame mittelständische Beteiligung am Wettbewerb zu gewährleisten.

Die Berechnungshilfe entbindet öffentliche Auftraggeber dagegen nicht von der Beschäftigung mit den weiterführenden Fragen,

- ✓ ob der in Rede stehende Beschaffungsgegenstand dem Grunde nach überhaupt der Teillosbildung zugänglich ist,

Beispiele:

**Beschaffung einer größeren Anzahl Bürostühle für eine Behörde: ja**

Folge: Eine Teillosbildung ist grundsätzlich geboten. Zur Klärung der idealen Losgröße kann das Berechnungstool herangezogen werden.

**Beschaffung eines einzelnen Fahrzeuges: nein**

Folge: Eine Teillosbildung ist von vornherein nicht möglich und daher auch nicht geboten. Die Heranziehung des Berechnungstools unterbleibt.

- ✓ ob die eigentlich mögliche und auf Basis des Formelergebnisses gebotene Teillosbildung unterbleiben und eine Gesamtvergabe vorgenommen werden kann, weil wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (vgl. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB)

Beispiel:

Wirtschaftliche Erforderlichkeit: Eine Auftragswertschätzung für die Beschaffung einer größeren Menge Drucker im Wege der Gesamtvergabe einerseits und der Vergabe nach Teillosen andererseits ergibt, dass der öffentliche Auftraggeber bei Teillosbildung wegen fehlender Mengeneffekte mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen hat.

Beispiel:

Technische Erforderlichkeit: Ein öffentlicher Auftraggeber beschafft ein komplexes EDV-System für ein großes Verwaltungsgebäude. Eine Beschaffung der Hardwarekomponenten in Teillosen, etwa getrennt nach Stockwerken, wäre grundsätzlich möglich. Das Berechnungstool errechnet, dass das Gesamtauftragsvolumen idealer Weise in zwei Lose geteilt werden sollte. Gleichwohl entschließt sich der öffentliche Auftraggeber zu einer Gesamtvergabe, weil Kompatibilitätsprobleme zu befürchten stehen, ein einheitlicher Wartungsvertrag geschlossen werden soll und es unverzichtbar erscheint, die Mitarbeiter auf ein einheitliches technisches System zu schulen.

- ✓ und ob die Teillosbildung durch eine Fachlosbildung zu ergänzen ist, weil sich verschiedene Teile der Gesamtleistung an ausdifferenzierte Marktsegmente richten.

Beispiel:

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten für sämtliche seiner Liegenschaften aus. Zunächst bildet er Fachlose, da innerhalb der Reinigungsbranche zahlreiche Unternehmen ausschließlich Glasreinigungsleistungen erbringen und daher davon auszugehen ist, dass mit Unterhaltsreinigungsleistungen einerseits und Glasreinigungsarbeiten andererseits verschiedene Marktsegmente angesprochen werden. Die Fachlose unterteilt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der vom Berechnungstool ausgegebenen idealen Losgröße weiter in Regionallose für die verschiedenen Standorte.

Die dargestellten Fragen müssen öffentliche Auftraggeber anhand der jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Spezifika Ihres konkreten Einzelfalles klären. Direkte Berührungspunkte mit den im Berechnungstool verarbeiteten allgemeinen Branchendaten bestehen insofern nicht.

Daneben können öffentliche Auftraggeber, wenn ihnen eine vom Berechnungstool ausgeworfene ideale Losgröße für die Zwecke ihrer konkreten Vergabe nicht praktikabel erscheint, bei entsprechender zeitlicher Flexibilität der Projektplanung die zur Verfügung stehende Leistungszeit anpassen. Wegen der Abhängigkeit der für mittelständische Unternehmen leistbaren Auftragsgröße von der zur Verfügung stehenden Leistungszeit kann auf diese Weise trotz größerer Losvolumina ein möglichst breiter Wettbewerb unter Beteiligung des Mittelstandes sichergestellt werden.