

Kriterien dürfen Mittelstand nicht benachteiligen



Holger Schröder,
Rechtsanwalt und Partner,
Rödl und Partner, Nürnberg

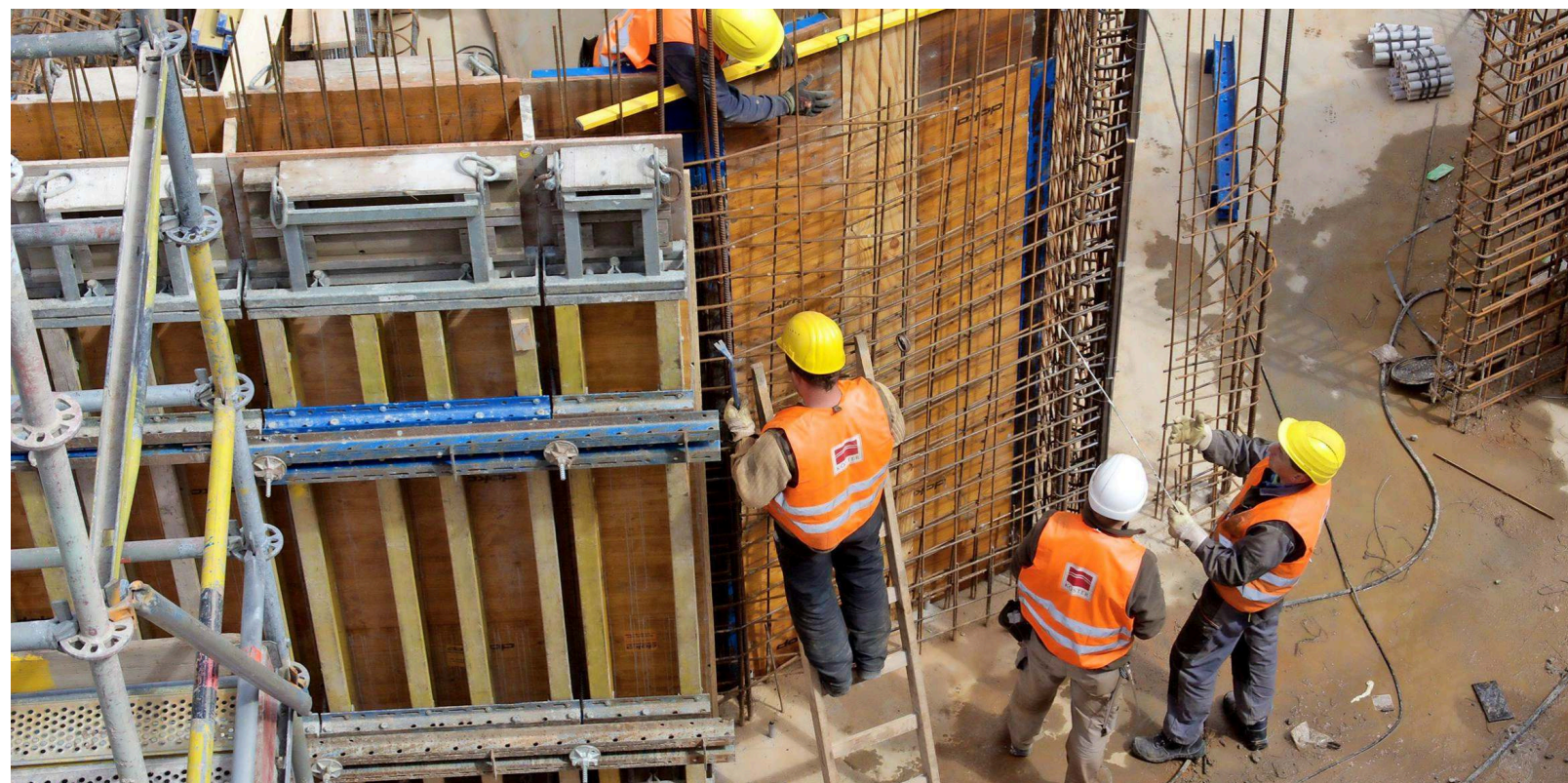
Öffentliche Auftraggeber haben ein berechtigtes Interesse an leistungsfähigen Auftragnehmern. Sie dürfen jedoch nicht ohne Grund einen Bogen um Klein- und Mittelbetriebe machen. Deshalb sind den geforderten Mindestjahresumsätzen klare Grenzen gesetzt.

NÜRNBERG. In Deutschland findet der Mindestjahresumsatz als mögliches Eignungskriterium gleich zwei Mal Verwendung: in der Vergabeverordnung (VgV, Paragraph 45 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1) für Liefer- und Dienstleistungen und in der VOB/A (Paragraph 6a EU Nummer 2 Buchstabe c Satz 2) für Bauleistungen. Bezugsgröße sind jeweils die vergangenen drei Geschäftsjahre.

Ausnahmesituationen berechtigen zu höheren Anforderungen an Bieter

Dabei ist zwischen dem Umsatz im Unternehmen insgesamt und dem Umsatz im Tätigkeitsbereich, unter dem der Auftrag fällt, zu unterscheiden. Beide Varianten stellen Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bewerber und Bieter dar. Newcomer, also Unternehmen, die erst seit Kurzem in einem Markt tätig sind und daher nicht die geforderten Mindestjahresumsätze nachweisen können, sind daher vom Vergabewettbewerb ausgeschlossen.

Da alle Anforderungen im Zusammenhang mit der wirtschaftli-



Beispiel Fundament: Wenn die rechtzeitige Ausführung eines Auftrags entscheidend für den Baufortschritt ist, darf die öffentliche Hand höhere Anforderungen an Bieter stellen. FOTO: DPA

chen und finanziellen Leistungsfähigkeit in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen, sind unverhältnismäßige Forderungen nach Mindestjahresumsätzen unzulässig.

Deswegen schreiben sowohl die VgV (Paragraph 45 Absatz 2) als auch die VOB/A (Paragraph 6a EU Nummer 2 Buchstabe c Sätze 3 und 4) vor, dass der Mindestjahresumsatz nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswerts übersteigen darf außer in Fällen, die spezielle, mit der Wesensart der Leistungen einhergehende Risiken betreffen, was im Vergabevermerk allerdings hinrei-

chend zu begründen ist. Dies gilt etwa für Ausnahmesituationen, in denen die Auftragsausführung mit hohen Risiken verbunden ist oder aber eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags von entscheidender Bedeutung ist, weil sie eine notwendige Voraussetzung für die Ausführung anderer Aufträge darstellt.

In solchen hinreichend begründeten Ausnahmefällen können die öffentlichen Auftraggeber demzufolge frei entscheiden, ob die vorgesehenen Mindestjahresumsätze angemessen und zweckdienlich sind, solange diese mit dem Gegenstand

des Auftrags zusammenhängen und in einem angemessenen Verhältnis dazu stehen.

Obwohl VgV (Paragraph 45) und VOB/A (Paragraph 6a EU Nummer 2 Buchstabe c) den vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisieren, erfolgt dies ausweislich des Wortlauts nicht abschließend oder in der Weise, dass eine schematische Anwendung der Mindestjahresumsatzregelung für die Vergabestellen geboten wäre.

Vielmehr verfügt der öffentliche Auftraggeber diesbezüglich über ein Ermessen, sprich, es handelt sich um eine Kann-Bestimmung. Insofern bildet der doppelte Auftragswert – vorbehaltlich besonderer Ausnahmegründe – die äußere Grenze einer rechtmäßigen Ermessensausübung, so das Thüringer Oberlandesgericht in einer Entscheidung vom 2. August 2017 (Aktenzeichen: 2 Verg 2/17).

Die Funktion einer regelmäßigen Beschränkung des Mindestjahresumsatzes auf höchstens das Doppelte des geschätzten Auftragswertes besteht nach der Rechtsprechung vornehmlich darin, eine

Warnfunktion in Bezug auf potenziell wettbewerbsbeschränkende Festlegungen auszuüben. Dementsprechend ist die Bestimmung eines Jahresmindestumsatzes ohne spezifische Begründung innerhalb der Vergabedokumentation nicht möglich.

Erwägungen für Mindestumsätze müssen dokumentiert werden

Insofern gilt das allgemeine Begründungserfordernis nach VgV (Paragraph 8 Absatz 1 Satz 1) und VOB/A (Paragraph 20 EU), das vor allem bei Ermessensspielräumen zum Tragen kommt und damit auch bei der Festlegung der Eignungskriterien, bei denen sowohl der vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch das Gebot der Mittelstandsfreundlichkeit, das heißt der Schutz von KMU, eine Rolle spielt. Eine Forderung von bestimmten Mindestjahresumsätzen, ohne dass die Vergabedokumentation erkennen lässt, welche Erwägungen bei deren Festlegung vorgenommen wurden, ist also unzulässig.