

# Die Beschaffung von Schulbüchern im Rahmen von Ausschreibungen – Merkblatt für Buchhandlungen

## Vorbemerkung

Dieses Merkblatt wird regelmäßig aktualisiert. Eine wichtige Änderung betrifft das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom November 2009 zum Thema Lehrerprüfstücke (s. S. 9 und S. 14). Auf S. 8 finden Sie außerdem ergänzte Hinweise zur Berechnung des Gesamtpreises eines Auftrags unter Berücksichtigung des jeweiligen Nachlasses sowie auf S. 10 Hinweise zum Littera-Barcodesystem. Die Novellierungen des GWB und der VgV aus dem Jahre 2016 sowie die 2017 eingeführte UVgO wurden berücksichtigt.

## Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung .....	1
Einführung .....	3
1. Wonach entscheidet sich, ob ein Schulbuchauftrag europaweit ausgeschrieben wird? .....	5
2. Müssen Schulbuchaufträge unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls europaweit ausgeschrieben werden? .....	5
3. Müssen Kommunen bei freihändiger Vergabe den Schulbuchauftrag gleichmäßig auf alle ortsansässigen Buchhandlungen verteilen? .....	5
4. Haben europaweite Ausschreibungen auch einen Vorteil gegenüber anderen Vergabeverfahren? .....	6
5. Muss eine Kommune bei Erreichen der Schwellenwerte auch dann europaweit ausschreiben, wenn sie sich bereits im Vorfeld zur Vergabe eines Auftrages an eine bestimmte Buchhandlung verpflichtet hat? .....	6
6. Welche Gesetze und Verordnungen spielen im öffentlichen Vergaberecht eine Rolle und wo sind sie einsehbar? .....	6
7. Wie erfahren Buchhandlungen von öffentlichen Ausschreibungen? .....	6
8. Worauf müssen Buchhandlungen achten, wenn sie die Verdingungsunterlagen in Händen halten / ein Angebot abgeben? .....	7
9. Wie soll man sich bei der Aufforderung zur Einräumung eines Zahlungszieles in den Ausschreibungsunterlagen verhalten? .....	14

10. Kann man die bevorzugte Berücksichtigung von Buchhändlern rügen, die Schulbuchlieferungen in Arbeitsgemeinschaft mit einer Behindertenwerkstätte anbieten? .....	14
11. Wie schnell und in welcher Form muss eine Rüge erfolgen? .....	14
12. Ein Schulbuchauftrag enthält ausnahmsweise auch nicht preisgebundene Produkte. Welche Artikel kommen in Betracht? Welche Nachlässe können eingeräumt werden? .....	15
13. Was sind Koppelungsangebote? Wie ist die Rechtslage? .....	15
14. Darf eine Kommune über die Lieferung von Schulbüchern hinaus weitere, buchhandelsatypische Leistungen ausschreiben? Was können Buchhandlungen in einem solchen Fall tun? .....	15
15. Haben ortsansässige Buchhandlungen gegenüber nicht ortsansässigen einen Vorteil? .....	16
16. Wann bietet sich die Gründung einer (örtlichen) Bietergemeinschaft an? .....	16
17. Darf eine Buchhandlung ein eigenes Angebot abgeben, wenn sie gleichzeitig Mitglied einer Bietergemeinschaft ist? .....	17
18. Können Bieter im Losverfahren ihre Chance auf den Zuschlag erhöhen, indem sie mehrere Angebote für den gleichen Auftrag abgeben? .....	17
19. Ist eine Mehrfachaufstellung für unterschiedliche Aufträge / Lose zulässig? .....	17
20. Können Schulbuchaufträge im Rahmen europaweiter oder öffentlicher Ausschreibungen für länger als ein Jahr erteilt werden ? .....	17
21. Wie gestaltet sich das Verfahren nach Angebotsabgabe weiter? .....	18
22. Welche Möglichkeit hat eine Buchhandlung, die gegen eine angekündigte Zuschlagerteilung vorgehen will? .	18
23. Innerhalb welcher Frist muss der Nachprüfungsantrag gestellt werden? .....	18
24. An welche Stelle richtet sich der Antrag auf Nachprüfung? .....	18
25. Welche Folgen hat ein Antrag auf Nachprüfung? .....	19
26. Muss für ein Nachprüfungsverfahren ein Anwalt eingeschaltet werden? .....	19
27. Welche Angaben „gehören“ in einen Antrag auf Nachprüfung? .....	19
28. Führt jeder objektive Verfahrensfehler zu einer Aufhebung der Ausschreibung oder zu einer Neubewertung? .	19
29. Mit welchen Kosten ist ein Nachprüfungsverfahren verbunden? .....	20
30. Wann „ lohnt“ sich in Anbetracht der Verfahrenskosten ein Antrag auf Nachprüfung? Auf welche Weise lassen sich Kosten minimieren? .....	20

## Einführung

Das Preisbindungsgesetz schreibt in § 7 Abs. 3 Nachlässe für Schulbücher für den Schulunterricht vor, die zu Eigentum der öffentlichen Hand im Rahmen einer Sammelbestellung angeschafft werden.

§ 7 Abs. 3 BuchPrG lautet:

Bei Sammelbestellungen von Büchern für den Schulunterricht, die zu Eigentum der öffentlichen Hand, eines Beliehenen oder allgemein bildender Privatschulen, die den Status staatlicher Ersatzschulen besitzen, angeschafft werden, gewähren die Verkäufer folgende Nachlässe:

1. bei einem Auftrag im Gesamtwert bis zu 25.000 Euro für Titel mit

mehr als 10 Stück	8 Prozent Nachlass
mehr als 25 Stück	10 Prozent Nachlass
mehr als 100 Stück	12 Prozent Nachlass
mehr als 500 Stück	13 Prozent Nachlass

2. bei einem Auftrag im Gesamtwert von mehr als

25.000 Euro	13 Prozent Nachlass
38.000 Euro	14 Prozent Nachlass
50.000 Euro	15 Prozent Nachlass

Soweit Schulbücher von den Schulen im Rahmen eigener Budgets angeschafft werden, ist stattdessen ein genereller Nachlass von 12 Prozent für alle Sammelbestellungen zu gewähren.

Diese Nachlässe auf den gebundenen Ladenpreis sind bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen zwingend zu gewähren. Andererseits dürfen sie aber auch nur in Fällen gewährt werden, in denen alle Voraussetzungen vorliegen. Entscheidende Fragen an die bestellende Behörde oder Schule sind hier, ob die Bücher für den Schulunterricht bestimmt sind, wer tatsächlich Eigentum an den Büchern erwirbt (das muss nicht derjenige sein, der sie bezahlt) und ob eine Sammelbestellung vorliegt. Auch die Frage, ob eine Schule ein eigenes Budget hat, muss geklärt werden, um entscheiden zu können, ob die Nachlassstaffel zur Anwendung kommt oder ein genereller Nachlass von 12 Prozent zu gewähren ist.

Schulbuchaufträge müssen oberhalb des Schwellenwertes von nun 221.000,- EUR im Rahmen eines europaweiten offenen Verfahrens ausgeschrieben werden. Unterhalb des Schwellenwertes werden sie in der Regel öffentlich ausgeschrieben, teilweise findet jedoch auch eine beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb statt, die – je nach landesrechtlicher oder kommunaler Regelung – zulässig sein können. Unabhängig vom Vergabeverfahren müssen kommunale Schulträger die Besonderheiten der Buchpreisbindung beachten. Bei Ausschreibungen im Rahmen des offenen Verfahrens (europaweite Ausschreibung) kommen außerdem spezielle kartell- und vergaberechtliche Bestimmungen zur Anwendung.

Im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Schulbuchaufträgen besteht weiterhin Aufklärungsbedarf. Viele Städte, die Schulbuchaufträge in den vergangenen Jahren im Wege freihändiger Vergabe an den ortsansässigen Buchhandel vergeben haben, schreiben Aufträge inzwischen europaweit aus. Das stellt alle Beteiligten vor eine neue Situation.

Aber auch die Juristen betreten weitgehend Neuland. Üblicherweise werden nämlich Waren und Dienstleistungen ausgeschrieben, bei denen ein Preiswettbewerb besteht. Das ist bei Büchern wegen des Buchpreisbindungsgesetzes (BuchPrG) grundlegend anders. Deswegen können die Juristen nicht auf eine gesicherte Spruchpraxis der Vergabekammern und Oberlandesgerichte zurückgreifen, sondern sind auf die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung der Vergabekammern speziell zur Schulbuchvergabe angewiesen. Obergerichtliche Rechtsprechung existiert bis auf wenige Ausnahmen nicht, da die Eilbedürftigkeit des Schulbuchgeschäfts eine langfristige juristische Klärung in der Regel nicht zulässt.

Nach Auffassung des Börsenvereins machen Ausschreibungen für preisgebundene Schulbücher *keinen Sinn*. Europaweite Ausschreibungen sollen den Auftraggeber in den Stand versetzen, unter mehreren Angeboten das wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen. Dieses Ziel kann bei Schulbuchausschreibungen nicht erreicht werden, weil es keinen Preiswettbewerb und faktisch keinen Servicewettbewerb gibt. Das Kartellrecht der Europäischen Union sieht jedoch generell vor, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe von Aufträgen oberhalb einer bestimmten Wertgrenze europaweit auszuschreiben hat. Damit soll allen in Frage kommenden Anbietern im gemeinsamen Binnenmarkt die Möglichkeit gegeben werden, in einem auf Transparenz angelegten und deshalb rechtlich stark formalisierten Verfahren solche Aufträge zu bekommen.

Gemeinsam mit vielen Abgeordneten des Europaparlaments und mit Unterstützung des Bundeswirtschaftsministeriums hat sich der Börsenverein anlässlich der Änderung der EU-Vergaberechtsrichtlinie im Jahre 2003 für eine Ausnahmeregelung bei preisgebundenen Schulbüchern eingesetzt. Trotz massiver Anstrengungen ist es der Koalition leider nicht gelungen, die *Europäische Kommission* von der Notwendigkeit einer solchen Ausnahme zu überzeugen.

Die Ausschreibungspflicht bringt für alle Beteiligten Änderungen gegenüber der freihändigen Vergabe mit sich. Buchhandlungen und örtliche Bietergemeinschaften, die über Jahre hinweg von „ihrer“ Kommune mit der Beschaffung der Schulbücher betraut wurden, werden nicht mehr mit der gleichen Sicherheit eine Auftragsvergabe erwarten können. Die meisten Mitglieder bedauern diese Entwicklung. Andere sehen darin eine Chance, bisherige Strukturen – mitunter fällt das böse Wort vom „Hof- und Hauslieferantentum“ – aufzubrechen und neue Umsätze zu generieren. Welche Veränderungen auf den örtlichen Buchhandel zukommen, hängt u.a. vom Bieterverhalten überörtlicher Buch- und Lehrmittelhandlungen ab. Theoretisch hat jedes Unternehmen die Möglichkeit, sich deutschlandweit an jeder europaweiten bzw. öffentlichen Ausschreibung zu beteiligen – und das mit Aussicht auf Erfolg. Denn das Vergaberecht verbietet Kommunen, örtlichen Buchhandlungen nur deshalb den Zuschlag zu erteilen, weil sie ortsansässig sind. Buchhandlungen sollten sich deshalb nicht von vornherein dem Gedanken verschließen, an Ausschreibungen anderer Kommunen teilzunehmen oder überregionale Kooperationen einzugehen.

Häufig befinden sich die öffentlichen Auftraggeber in einem Dilemma, weil ausschließlich *gleichwertige Angebote* eingehen. Gibt es keine andere Art der Differenzierung unter den Angeboten, bleibt nur noch das sog. *Auslosungsverfahren*, das allerdings in jüngster Zeit erneut als vergaberechtlich kritisch angesehen wird. Die Tendenz der Vergabekammern im Hinblick auf eine Auslosung der Bieter geht wohl dahin, dass aufgrund des Transparenzgebotes unbedingte Voraussetzung ist, dass auf die Alternative der Auslosung im Rahmen der *Bekanntmachung* und in den Ausschreibungsunterlagen bereits hingewiesen wird und die an der Auslosung beteiligten Personen sowie die Modalitäten des Auslosungsverfahrens bekannt gegeben werden. Eine weitere unabdingbare Voraussetzung besteht darin, dass die Auslosung nicht als erstes Mittel der Wahl bemüht wird, sondern *zunächst* ein Versuch unternommen wird, das wirtschaftlichste Angebot aufgrund eines *Quervergleiches* sämtlicher Angebote herauszustellen. Nach Auffassung des OLG Rostock v. 01.08.2003 – 17 Verg 7/03 – kann ein Auslosungsverfahren nur als ultima ratio für die Auswahl der Bewerber angesehen werden. Erst wenn eine ordnungsgemäße Prüfung der Angebote und Bieter vorgenommen wurde und damit sichergestellt ist, dass eine objektive Auswahl nach objektiven Kriterien unter gleich qualifizierten Bewerbern nicht mehr nachvollziehbar durchführbar ist, kann ein Auslosungsverfahren zulässig sein. Es muss jedoch auch beim Auslosen gewährleistet werden, dass das Gleichheitsgebot gewahrt wird.

Die Angebote bzw. Bieternamen müssen bei der Prozedur der Auslosung so »verpackt« werden, dass ein Durchscheitern des Namens nicht möglich ist. Eine Durchmischung der Lose muss möglich sein. Zudem sollte zuvor festgelegt werden, ob ein Bieter, der im Rahmen der Auslosung auf ein Teillos bereits den Zuschlag erhalten hat, noch weiter im Lostopf verbleibt oder herausgenommen wird, um die Chancen für die weiteren Mitbieter zu erhöhen und eine gleichmäßige Aufteilung des Auftrages zu gewährleisten.

Das Auslosungsverfahren ist begrifflich zu unterscheiden von der *Losteilung*. Nach dem Vergaberecht haben Kommunen dem Gebot der Mittelstandsförderung vornehmlich durch Teilung des Gesamtauftrages in mehrere Teillose Rechnung zu tragen. Dabei wird die Kommune bestrebt sein, 50.000 Euro als Wertuntergrenze, eher 60.000,- EUR für ein Einzellos nicht zu unterschreiten, da sie anderenfalls nicht in den Genuss des in § 7 Abs. 3 BuchPrG vorgesehenen hohen Nachlasses von 15 % kommt. Die grundsätzliche Pflicht, den Gesamtauftrag in mehrere Teillose aufzusplitten, besteht unabhängig davon, ob ein Auslosungsverfahren durchgeführt wird oder nicht.

Das *Auslosungsverfahren* birgt für alle Beteiligten Chancen und Risiken. Für den örtlichen Buchhandel kann es eine Umverteilung, ggf. auch ein Wegbrechen von Umsatz bedeuten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kommune im Rahmen des Auslosungsverfahrens eine *Loslimitierung* vornimmt, so wie dies ausdrücklich von der Vergabekammer Baden-Württemberg empfohlen wird. Praktisch bedeutet dies, dass ein Bieter, der bereits ein Teilos erhalten hat, nicht mehr an der weiteren Verlosung teilnimmt. Schließlich kann das Losverfahren örtliche Buchhandlungen zu einer Änderung ihres Bieterverhaltens veranlassen. So kann sich der Zusammenschluss in einer *Bietergemeinschaft* im Rahmen eines Losverfahrens als nachteilig erweisen.

Im Folgenden möchten wir Ihnen vergaberechtliche Fragen beantworten, die uns aus Mitgliederkreisen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Schulbüchern besonders häufig gestellt worden sind. Außerdem haben wir ein Merkblatt für kommunale Schulträger erarbeitet, das Sie unter [www.boersenverein.de](http://www.boersenverein.de) im Downloadbereich abrufen können und dessen Lektüre wir Ihnen ebenfalls empfehlen.

### 1. Wonach entscheidet sich, ob ein Schulbuchauftrag europaweit ausgeschrieben wird?

Öffentliche Auftraggeber müssen Aufträge ab einem bestimmten Auftragsvolumen europaweit ausschreiben. Dies geschieht in der Regel im Rahmen des Offenen Verfahrens, an dem sich alle interessierten Buchhändler beteiligen können. Bei Erreichen des sog. Schwellenwertes – dieser liegt zurzeit bei 221.000 Euro – haben Kommunen keinen Ermessensspielraum, d.h. sie müssen europaweit ausschreiben.

### 2. Müssen Schulbuchaufträge unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls europaweit ausgeschrieben werden?

Nein, die Pflicht zur *europaweiten* Ausschreibung besteht erst ab dem Schwellenwert von 221.000 Euro. Es kann jedoch sein, dass der Landesgesetzgeber oder die jeweilige Kommune unterhalb des Schwellenwertes eine Schulbuchvergabe im Rahmen des ebenfalls sehr formalisierten Verfahrens der *öffentlichen* Ausschreibung vorgesehen hat. Bei Bestellwerten von unter 25.000, 40.000 bzw. 50.000 Euro – die genaue Grenze ist in den Bundesländern unterschiedlich – ist häufig eine (auf den örtlichen Buchhandel) *beschränkte* Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb vorgesehen. Bei „Kleinstaufträgen“<sup>1</sup> kann von einem förmlichen Verfahren oft ganz abgesehen werden und es ist neben einer auf den örtlichen Buchhandel beschränkten Ausschreibung die freihändige Vergabe möglich.

### 3. Müssen Kommunen bei freihändiger Vergabe den Schulbuchauftrag gleichmäßig auf alle ortsansässigen Buchhandlungen verteilen?

Nein, eine solche Verpflichtung besteht nicht. Die öffentliche Hand unterliegt in diesem Punkt keinen stärkeren Restriktionen als ein privates Unternehmen. Sie ist im Rahmen des von ihr gewählten Verfahrens gehalten, eine wettbewerbsrechtlich orientierte Entscheidung vorzunehmen. Insbesondere dürfen auch bei einer freihändigen Vergabe nichtörtliche Bieter, die sich um die Schulbuchvergabe bewerben wollen, nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil man die Aufträge nur an örtliche Buchhändler verteilen möchte. Ein Ausschluss ist nur aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen möglich – und kann dann im Einzelfall auch örtliche Bieter treffen, wenn diese etwa die angeforderten Unterlagen und Bescheinigungen nicht bzw. nicht fristgerecht eingereicht haben, da sie „bei der Kommune ja bekannt seien“.

Auch im Rahmen der Vergabe unterhalb des Schwellenwerts ist z. B. eine Prüfung der Eignung der Bieter und ein Wertungsvergleich der einzelnen Angebote vorzunehmen. Auch im Bereich der Unterschwellenvergabe kann es aufgrund gleicher Wirtschaftlichkeit der Angebote deshalb zu einer Auslosung unter den Bietern kommen. Nicht rechtmäßig ist hingegen das von einigen Kommunen praktizierte Vorgehen, per Ratsbeschluss festzulegen, die Schulbuchaufträge im Rahmen eines Rotationssystems zu vergeben.

<sup>1</sup> Der Wert kann je nach Bundesland variieren.

#### 4. Haben europaweite Ausschreibungen auch einen Vorteil gegenüber anderen Vergabeverfahren?

Ja, ein Vorteil liegt in dem besseren Rechtsschutz, der Mitbewerbern und übergangenen Bietern zugute kommt. Das Verfahren ist transparenter, was zur Folge hat, dass Preisbindungsverstöße besser aufgedeckt werden können. Bei Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwerts besteht im Vergleich zu europaweiten Ausschreibungen nur beschränkter Rechtsschutz. Während in der Vergangenheit Bieter, die Vergabeverstöße moniert haben, im Wesentlichen nur auf schlecht durchsetzbare Schadensersatzansprüche verwiesen waren, gehen einige Landgerichte nunmehr allerdings dazu über, einen zivilrechtlichen Rechtsschutz unterhalb des Schwellenwertes zu gewähren. So kann im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Erteilung des Zuschlages verhindert werden. Da die Kommune jedoch hierbei nicht an die nur oberhalb des Schwellenwerts geltende Stillhaltefrist von 14 Kalendertagen vor der Zuschlagserteilung gebunden ist, muss der Antrag bei Gericht möglichst umgehend erfolgen, nachdem man erfahren hat, dass man selber den Auftrag nicht erhalten soll. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für die Überprüfung von Vergaberechtsverstößen ist nach einer jüngsten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen.

#### 5. Muss eine Kommune bei Erreichen der Schwellenwerte auch dann europaweit ausschreiben, wenn sie sich bereits im Vorfeld zur Vergabe eines Auftrages an eine bestimmte Buchhandlung verpflichtet hat?

Ja. Die Kommune, die an einer solchen Vereinbarung festhält, läuft Gefahr, dass ein Dritter die Auftragsvergabe mit rechtlichen Mitteln erfolgreich angreift. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass eine Kommune für mehrere Jahre ausgeschrieben hat und nach Ablauf des ersten Jahres die Option ausübt, den Auftrag auch für die nächsten Jahre an den oder die ausgewählten Bieter zu erteilen.

#### 6. Welche Gesetze und Verordnungen spielen im öffentlichen Vergaberecht eine Rolle und wo sind sie einsehbar?

Die wichtigsten Rechtsgrundlagen bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte sind der vierte Teil des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) sowie die VgV (Verordnung für die Vergabe öffentlicher Aufträge). Der bisher im Oberschwellenbereich einschlägige zweite Abschnitt der VOL/A (Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen) findet seit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 keine Anwendung mehr.

Unterhalb der Schwellenwerte löst die 2017 eingeführte UVgO (Unterschwellenvergabeordnung) nach und nach die VOL/A ab. Soweit das Bundesland, in dem die Kommune liegt, die VOL/A durch die UVgO ersetzt hat (bitte nachprüfen!), findet der erste Abschnitt der VOL/A (§§ 1 – 20 VOL/A) bei Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte keine Anwendung mehr.“ Sämtliche Regelwerke sind leicht im Internet zu finden. Sie sind z.B. auf den Internetseiten des Bundeswirtschaftsministeriums einsehbar.

In diesem Zusammenhang kann gar nicht deutlich genug betont werden, wie wichtig die Kenntnis der einschlägigen Vorschriften für die Bewerber ist. Zum Teil ist die Gesetzeskenntnis schon allein deshalb wesentlich, weil die öffentliche Hand in ihren Ausschreibungen z.B. zum Nachweis der Eignung Unterlagen „nach § 33 UVgO/§ 6 Abs. 3 VOL/A bzw. § 122 GWB“ anfordert, ohne diese näher zu spezifizieren (was sie grundsätzlich allerdings tun muss). Werden diese angeforderten Unterlagen dann aufgrund der Unkenntnis des Inhalts von § 33 UVgO/§6Abs. 3 VOL/A nicht eingereicht, besteht die Gefahr, dass das Angebot in aller Regel ausgeschlossen wird, d.h. es nimmt an keiner Wirtschaftlichkeitsbetrachtung oder Auslosung mehr teil.

#### 7. Wie erfahren Buchhandlungen von öffentlichen Ausschreibungen?

Gewöhnlich werden Sie durch Ihre Ansprechpartner in der Stadtverwaltung informiert, dass ein Schulbuchauftrag nicht mehr, wie bisher, im Wege der freihändigen Vergabe erteilt, sondern ausgeschrieben werden soll. Die meisten Kommunen geben Ausschreibungen außerdem in der örtlichen Tagespresse bekannt. Das muss allerdings nicht zwangsläufig so sein. Vorsorglich sollte sich jeder interessierte Buchhändler mit der oder den betreffenden Kommune/n in Verbindung setzen und sein Interesse an der Zusendung von Ausschreibungsunterlagen schriftlich bekunden. Wer bezüg-

lich europaweiter Ausschreibungen auf „Nummer Sicher“ gehen will, sollte regelmäßig das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften lesen. Diese müssen nämlich hier bekannt gemacht werden (<http://ted.europa.eu>). Ausschreibungen unterhalb des Schwellenwertes finden sich dort nicht, da diese nur in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder auf Internetportalen bekanntgemacht werden müssen.

Es kann nicht deutlich genug gesagt werden, dass die Kenntnis von der *europaweiten Bekanntmachung von wesentlicher Bedeutung* für die Buchhändler ist. Bitte schauen Sie immer im Internet nach, drucken Sie sich die Seite der für Sie interessanten Ausschreibungen aus und heften diese zu Ihren Unterlagen. Sehr häufig steht nämlich nur in der Bekanntmachung, welche Unterlagen zwingend mit der Angebotsabgabe einzureichen sind und nach welchen Zuschlagskriterien sich die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote richtet. In den Ausschreibungsunterlagen, die Sie von der Kommune zugeschickt bekommen, müssen diese Anforderungen nicht mehr wiederholt werden. Auch im Falle eines eventuell einzuleitenden Nachprüfungsverfahrens ist der Text der europaweiten Bekanntmachung häufig sehr wesentlich, um die Erfolgsaussichten des Antrages besser einschätzen zu können. Leider wird immer wieder bei Nachfragen die Erfahrung gemacht, dass die Buchhändler keinen Ausdruck – mehr – vorliegen haben.

Der Börsenverein hat zwar im Rahmen seiner Veranstaltungen für die Kommunen darauf hingewiesen und darum gebeten, im Rahmen der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen aus Gründen der Klarheit identische Ausführungen zu machen. Es steht jedoch zu befürchten, dass dieses teilweise nicht geschieht. Haben Sie als Bieter aber z. B. keine Kenntnis von dem Text der Bekanntmachung der Ausschreibung, so werden Sie die darin angeforderten Unterlagen womöglich nicht einreichen, weil diese im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen nicht mehr erwähnt sind. Dies hat zur Folge, dass die Kommune Ihr Angebot zwingend ausschließen muss.

## 8. Worauf müssen Buchhandlungen achten, wenn sie die Verdingungsunterlagen in Händen halten / ein Angebot abgeben?

Das erste, was Sie tun sollten: Lesen Sie die Vergabebekanntmachung und die Verdingungsunterlagen aufmerksam und sorgfältig durch. Verschaffen Sie sich einen Überblick, welche Leistung ausgeschrieben und welche Eignungs- und Zuschlagskriterien zugrunde gelegt werden.

Möglicherweise stellen Sie fest, dass die Ausschreibung in einzelnen Punkten *fehlerhaft* ist, z. B. weil unzulässigerweise nach Skonto oder Zahlungszielen gefragt wird. In diesem Fall ist wichtig, dass Sie den Fehler innerhalb von zehn Kalendertagen *rügen*, § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Andernfalls nehmen Sie sich die Möglichkeit – zumindest bei Ausschreibungen oberhalb des Schwellenbereichs –, die Vergabeentscheidung später im Rahmen eines sog. Nachprüfungsverfahrens zu beanstanden. Auch wenn die Ausschreibung in sich widersprüchlich und unklar ist, sollten Sie dies innerhalb der Zehntagesfrist rügen.

Nach § 31 Abs. 1 UVgO bzw. § 6 Abs. 3 VOL/A sind Aufträge im Unterschwellenbereich an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Im Oberschwellenbereich gilt nun § 122 Abs. 2 GWB. Danach sind Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen zu vergeben, wobei die Eignungskriterien ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen dürfen. Zudem dürfen nach § 122 Abs. 1 GWB bzw. § 31 Abs. 1 UVgO die Unternehmen nicht nach §§ 123, 124 GWB wegen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, illegaler Absprachen oder Erklärungen oder wegen Insolvenz ausgeschlossen worden sein. Üblicherweise prüft der Auftraggeber anhand von *Eignungsnachweisen*, ob diese Voraussetzungen vorliegen. Auf die Beibringung dieser Nachweise sollten Sie größtmögliche Sorgfalt verwenden. Rechnen Sie damit, unter großem Zeitdruck eine Reihe verschiedener Belege (z.B. Bankauskünfte, Referenzen, Erklärungen zum Gesamtumsatz) zusammenstellen zu müssen und beginnen Sie möglichst früh mit den Vorbereitungen. Verlassen Sie sich nicht darauf, dass die Kommune Sie persönlich kennt und schätzt. Ein Versäumnis kann schlimmstenfalls zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Die Kommune muss zum Nachweis der Zuverlässigkeit eine Eigenerklärung des Bieters verlangen, dass die in § 31 Abs. 1, Abs. 2 UVgO bzw. §§ 123, 124 Abs. 1 GWB oder § 6 Abs. 5 VOL/A genannten Ausschlussgründe und Umstände auf ihn nicht zutreffen. Es gilt – unabhängig vom Auftragswert – der Grundsatz der Eigenerklärung. Das heißt, der Buchhändler erklärt in einem Schreiben, dass z. B. keine der in den §§ 123, 124 GWB genannten Gründe vorliegen oder dass die jeweiligen Abgaben ordnungsgemäß gezahlt wurden. Die Kommune darf die dazugehörigen Nachweise (z. B.

Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts) grundsätzlich erst bei einer Aufklärung des Angebots vom Buchhändler anfordern.

Die Kommune wird zudem künftig nach § 6 WRegG (Wettbewerbsregistergesetz) bei einem Auftragswert ab 30.000 Euro vor Erteilung des Zuschlags bei der Registerbehörde (geführt beim Bundeskartellamt) anfragen müssen, ob zu dem jeweiligen Bieter Eintragungen (bspw. wegen Verstößen gegen das Schwarzarbeitsgesetz) vorhanden sind. Oft verlangt die ausschreibende Stelle vom Buchhändler auch einen Auszug aus dem Handelsregister. Ist der Buchhändler im Handelsregister jedoch nicht eingetragen, muss er die Kommune bitten, einen alternativen Nachweis z.B. über den Eintrag im Gewerberegister vorlegen zu dürfen. Verweigert die Kommune dies, muss die Forderung des Handelsregisterauszugs unverzüglich gerügt werden. Wird ein mit dem Angebot geforderter Auszug nicht vorgelegt, droht nämlich der Ausschluss des Angebots. Bei einer Unterschwellenvergabe sollte der Auftraggeber ebenfalls umgehend gebeten werden, zunächst eine Eigenerklärung zu akzeptieren.

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit darf die Kommune nunmehr gemäß § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VgV einen Mindestjahresumsatz fordern, der gemäß §§ 14 Abs. 2 VgV das Zweifache des geschätzten Auftragswerts bzw. Loswerts regelmäßig allerdings nicht überschreiten darf. An einer solchen Vorgabe ist die Kommune jedoch gehindert, wenn sie in der Vergangenheit keinen Mindestumsatz gefordert hat und Zweifel an der Leistungsfähigkeit der ausgewählten Bieter nicht aufgekommen sind.

Vielfach ärgern sich Buchhändler, die sich nur im Schulbuchgeschäft ihrer örtlichen Kommune engagieren wollen, darüber, dass in deren Ausschreibung als Eignungsnachweis die Abwicklung von Schulbuchgeschäften in den letzten drei Jahren verlangt wird. Dies kann insbesondere dann prohibitiv sein, wenn die fragliche Kommune jeweils die Schulbuchlieferungen für drei Jahre ausschreibt. Hatte eine örtliche Buchhandlung bei der vorhergegangenen Vergabe kein Glück im Auslosungsverfahren, kann diese Anforderung dazu führen, dass sie dauerhaft aus dem Schulbuchgeschäft in ihrem Heimatort herausgedrängt wird. Der fragliche Eignungsnachweis ist für die Kommune allerdings keine Pflicht, so dass der örtliche Buchhandel unter Umständen im Vorfeld der Ausschreibung den Verantwortlichen die Problematik der Anforderung verdeutlichen kann. Verlangt die Kommune gleichwohl einen solchen Nachweis, kann das vergaberechtlich nicht mit Erfolg beanstandet werden. Die betroffenen Buchhändler müssen dann, wenn sie nicht von vorneherein ganz aus dem Schulbuchgeschäft aussteigen wollen, versuchen, sich außerhalb an Ausschreibungen zu beteiligen oder Aufträge von Schulen zu erhalten, die unter eigenem Budget Schulbücher anschaffen.

Besondere Aufmerksamkeit sollten Sie der Leistungsbeschreibung und den angegebenen *Zuschlagskriterien* widmen. Nach § 127 Abs. 1 GWB, § 58 Abs. 1 VgV (im Oberschwellenbereich) sowie § 43 Abs. 1 UVgO bzw. § 18 Abs. 1 VOL/A (im Unterschwellenbereich) ist der Zuschlag zwingend auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Dabei ist der Preis nicht das allein maßgebliche Kriterium (wobei dies nach § 127 Abs. 1 GWB bei Oberschwellenvergaben nunmehr möglich ist), vielmehr sind alle sonstigen Umstände mit zu berücksichtigen. Aufgrund der Buchpreisbindung spielt der Preis in aller Regel keine, allenfalls eine höchst untergeordnete Rolle.

Trotzdem sollten Sie prüfen, ob die Ausschreibung ausnahmsweise auch *nicht preisgebundene* Artikel umfasst und in diesem Fall mögliche Nachlässe in Betracht ziehen. Möglicherweise umfasst die Ausschreibung Bücher für die Schülerbibliothek. Hier sind Nachlassmöglichkeiten bis zu 10% gegeben, die Sie im Zweifel ausschöpfen müssen, um konkurrenzfähig zu bleiben.

Soweit preisgebundene Schulbücher Gegenstand des Auftrags sind und diese mit entsprechendem Nachlass zu liefern sind, können Fragen zur konkreten Berechnungsmethode des Gesamtpreises auftauchen.

Beispiel:

Auftrag < 25.000 €

Stückzahl: 15

Einzel-Ladenpreis: 16,95 €

Berechnungsmöglichkeit 1:

16,95 Euro abzüglich 8 % Nachlass = 15,594 Euro (gerundet) 15,59

15,59 Euro x 15 (Anzahl Bücher) = **233,85 Euro**

Berechnungsmöglichkeit 2:

16,95 Euro x 15 (Anzahl Bücher) = 254,25

254,25 Euro abzüglich 8 % Nachlass = **233,91 Euro**

Wie hier deutlich wird, kann der angegebene Gesamtpreis für einen bestimmten Auftrag minimal variieren, je nachdem, welche Berechnungsmethode angewandt wird. Im Falle, dass Buchhändler angehalten sind, bei der Erstellung ihres Angebots einen Auftrag exakt zu beziffern, kann hieraus aus der Ungenauigkeit aufgrund des Rundens ein Vorteil für Buchhändler erwachsen, die nach der ersten hier demonstrierten Methode gerechnet haben.

Eine abschließende gerichtliche Klärung der Frage nach der richtigen Berechnungsmethode gibt es nicht. Die Rechtsabteilung des Börsenvereins ist aber der Ansicht, dass oben genannte Berechnungsmöglichkeit 2 die richtige Methode zur Ermittlung des Gesamtpreises darstellt. Diese Einschätzung beruht auf dem Wortlaut des einschlägigen § 7 Abs. 3 BuchPrG, der für die Höhe der Nachlässe auf den *Gesamtwert* des Auftrags abstellt. Unnötiges Runden, wie in Berechnungsmöglichkeit 1 dargestellt, führt zu Ungenauigkeiten und ist mit den Vorgaben des BuchPrG unvereinbar.

Sofern die Ausschreibung nur preisgebundene Artikel umfasst und auch sonst keine Nachlassmöglichkeiten bestehen, geben von vornherein nur außerhalb des Preises liegende Kriterien (z. B. Service, Liefer- und Beratungsleistung) den Ausschlag. Stellen Sie Ihr Licht nicht unter den Scheffel und scheuen Sie sich nicht, Ihnen selbstverständlich erscheinende Serviceleistungen anzugeben. Dafür ist allerdings Voraussetzung, dass die Vergabestelle Ihnen im Serviceblatt oder an anderer Stelle der Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit eröffnet hat, weitere, nicht explizit abgefragte Serviceleistungen anzubieten. Anderenfalls könnte die Vergabestelle Ihr Angebot wegen einer sog. Änderung der Vertragsunterlagen, d.h. eines von ihren Wünschen abweichend angebotenen Leistungsumfangs, ausschließen. Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung stellt nämlich grundsätzlich auch eine Übererfüllung der Servicequalität ein solches Abweichen dar.

Um eine Vergabeentscheidung „wasserdicht“ zu machen, benötigt die Kommune möglichst detaillierte und konkrete Angaben zu den Vorzügen Ihres Unternehmens und der von Ihnen erbrachten Leistung. Bedenken Sie, dass auch Ihre Mitbewerber attraktive Serviceleistungen anzubieten wissen. So ist es in den vergangenen Jahren einem einzelnen Anbieter gelungen, den Zuschlag zu gewinnen, weil er eine 0800-Nummer, also einen kostenlosen telefonischen Beratungsdienst, angeboten hat. Allerdings lässt sich der Kreis kostenloser Gratisangebote nicht beliebig erweitern, weil nach § 7 Abs. 4 BuchPrG nur handelsübliche Nebenleistungen angeboten werden dürfen. Nachfolgend finden Sie eine Zusammenstellung von Serviceleistungen und ihre Beurteilung im Hinblick auf die Handelsüblichkeit:

## Übersicht über handelsübliche und nicht handelsübliche Serviceangebote im Buchhandel

) Anlieferung frei Anlieferungsstelle / auf Abruf / nach Vereinbarung mit den Fachkräften/ in die Fachklassen:  
Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.

) Ansichtslieferungen:

Die im allgemeinen Buchhandel gängigen Ansichtsbestellungen von Büchern auf Kundenwunsch sind im Schulbuchgeschäft nicht üblich. Zwar werden von den Buchhändlern bei Beschaffungen vereinzelt Ansichtslieferungen abgefragt. Dieses Vorgehen soll nach einer Entscheidung des OLG München (Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07) nicht zu beanstanden sein. Gängiger Praxis entspricht dies jedoch nicht. Vielmehr weist es auf eine Unkenntnis der Besonderheiten im Schulbuchgeschäft hin. Denn an die Stelle von Ansichtslieferungen tritt beim Schulbuch die Beschaffung von sog. Lehrerprüfstücken. Lehrerprüfstücke sind nach der Legaldefinition in § 7 Abs. 1 Nr. 3 Bücher, die »an Lehrer zum Zwecke der Prüfung einer Verwendung im Unterricht« verkauft werden. Sie unterliegen nicht dem gebundenen Ladenpreis. Die Bemusterung mit Prüfstücken neuer Schulbücher erfolgt traditionell durch den Außendienst der Schulbuchverlage bzw. durch direkte Bestellung eines Lehrers beim Verlag. Buchhandlungen ist es preisbindungsrechtlich grundsätzlich nicht erlaubt, Lehrerprüfstücke abzugeben, weil sie nicht überprüfen können, ob ein Lehrer das fragliche Buch nicht schon vom Verlag zur Prüfung erhalten hat. Im Schulbuchgeschäft verstößt es deshalb gegen das Buchpreisbindungsgesetz, wenn Buchhandlungen die *kostenlose* Abgabe von Lehrerprüfstücken anbieten, da sie diese in aller Regel zu den gewöhnlichen Konditionen beim Verlag einkaufen müssen. Aber auch Prüfaxemplare zu *ermäßigten Preisen* sollten bei Ausschreibungen nicht abgefragt werden. Wegen der Belieferung durch die Verlage ist die Abgabe von Lehrerprüfaxemplaren durch Buchhändler buchpreisbindungsrechtlich nämlich nicht als handelsüblich anzusehen.

Sofern Buchhändler sich in Ausschreibungen mit der Abfrage von Ansichtslieferungen konfrontiert sehen, ist zu beachten, dass diese Lehrerprüfstücke nicht unter Einstandspreis angeboten werden dürfen. Wird nämlich ein größerer Rabatt gewährt, als die Handelsspanne beträgt, kann dieser Verlust nur durch die teilweise Verwendung der Gewinne aus dem Verkauf der preisgebundenen Bücher ausgeglichen werden. Das liefe dann auf einen mittelbaren Nachlass auf die preisgebundenen Bücher – also auf einen Preisbindungsverstoß – hinaus. Das bedeutet, dass eine Nachlassobergrenze von 25% im Regelfall nicht überschritten werden darf. Dies bestätigt das Landgericht Wuppertal in seinem rechtskräftigen Urteil vom 17. November 2009 (Az.: 14 O 13/09). Das Urteil bekräftigt auch, dass dem System der Buchpreisbindung jegliche quantitative Betrachtungsweise fremd ist. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob der mittelbare Nachlass auf die preisgebundenen Bücher in einem solchen Fall eventuell sehr gering ist. Toleranzgrenzen sind nämlich durch das Preisbindungsgesetz nicht vorgesehen. Buchhändler, denen in einer Ausschreibung ein höherer Nachlass auf Lehrerprüfstücke abverlangt wird als der Händler Rabatt es erlaubt, sollten unbedingt Kontakt mit der Rechtsabteilung des Börsenvereins oder ihrem zuständigen Landesverband aufnehmen.

) »Bibliografische Nachweise«:

Bibliografische Nachweise gehören zum üblichen Service und dürfen ohne Aufpreis erbracht werden. Maßgeblich sind die im Zeitpunkt der Lieferung geltenden Ladenpreise; etwaige Preisänderungen der Verlage müssen vom Buchhandel beachtet werden.

) Budgetüberwachung:

Es handelt sich um eine originäre Aufgabe der Schule bzw. des Schulträgers, deren Übernahme durch den Buchhändler nicht handelsüblich ist.

) „Einsortierhilfe“:

Das Einsortieren der bestellten Bücher in die Systematik einer bestehenden oder zur Schaffung einer Ordnung für eine Neue Schulbibliothek darf nicht kostenfrei angeboten werden. Eine solche Nebenleistung ist nicht handelsüblich (Beschluss des LG München vom 21.7.2014 in der Rs. 11 HK O 13331/14; so auch OLG München a.a.O.).

- ) Entsorgung alter Schulbücher:  
Es handelt sich um eine Nebenleistung, die nicht handelsüblich ist und deshalb nur gegen Aufpreis erbracht werden darf.
- ) Entsorgung des Verpackungsmaterials der angelieferten Bücher:  
Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- ) Etikettierung von Schulbüchern / Barcode-Service:  
Das kostenlose *Anbringen* von Inventarisierungsetiketten stellt keine handelsübliche Nebenleistung dar. Es handelt sich hierbei um eine ausschließlich in den Aufgabenbereich der Schule fallende Leistung, die bei Übertragung auf den Buchhändler als Dienstleistung zu vergüten ist. Die kostenlose *Abgabe* der Etiketten ist in Kombination mit der Gewährung des Schulbuchnachlasses ebenfalls unzulässig. Die Regelungen des § 7 Abs. 3 sind insofern abschließend.  
Eine Untersuchung des Littera-Barcodesystems hat ergeben, dass für diesen Barcode-Service ein Preis von mindestens 6 Cent pro Etikett als realistisch veranschlagt werden muss. Die Kosten für das Aufbringen der Etiketten allein konnten bei Einsatz einer ungelerten Lagerkraft auf mindestens 1,5 Cent pro Etikett beziffert werden.  
Das Landgericht Münster hat in einer Entscheidung vom 09.05.2012 bestätigt, dass die Kosten für Barcode-Services in vollem Umfang von der ausschreibenden Stelle getragen werden müssen. Die Entscheidung finden Sie hier: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG\\_Muenster\\_vom%2009.05.12\\_zu\\_Littera.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Muenster_vom%2009.05.12_zu_Littera.pdf)
- ) Fachliche Beratung mit entsprechendem Anschauungsmaterial vor Ort:  
Es handelt sich um eine übliche Serviceleistung, die ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- ) »Folierung« von Schulbüchern:  
Es handelt sich um eine Nebenleistung, die nicht handelsüblich ist und deshalb nur gegen Aufpreis erbracht werden darf.
- ) Hotline:  
Die Einrichtung einer Hotline, z. B. für Einzelauskünfte, Nachbestellungen oder Reklamationen, gehört im weiteren Sinne zum buchhändlerischen Service und darf ohne Aufpreis angeboten werden. Dies gilt auch für kostenlose Hotlines (0800-Nummer).
- ) Inventarisierungsarbeiten:  
Die Übernahme von Inventarisierungsarbeiten, z. B. die Erstellung von Inventarlisten, Klassenlisten, Schülernachweisen oder Inventaretiketten, sind im Schulbuchgeschäft keine handelsüblichen Nebenleistungen. Inventarisierungsarbeiten dürfen deshalb nur gegen zusätzliche Vergütung verlangt und übernommen werden.
- ) Inzahlungnahme gebrauchter Schulbücher:  
Die Inzahlungnahme gebrauchter Bücher stellt keine handelsübliche Nebenleistung im Sinne von § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG dar. Bei der Inzahlungnahme gebrauchter Schulbücher kommt es darauf an, ob diese zu einer Verletzung der Preisbindung führt. Die preisbindungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Verrechnung setzt voraus, dass die in Zahlung genommenen Bücher nachweislich einen Wiederverkaufswert haben und der verrechnete Betrag dem Wiederverkaufswert entspricht. Dabei ist der handelsübliche Verkehrswert zugrunde zu legen. Dieser hängt auch von Alter und Zustand des einzelnen Buches ab. In jedem Fall unzulässig ist die Ankündigung einer pauschalen Vergütung ohne Rücksichtnahme auf den Erhaltungszustand bzw. tatsächlichen Wiederverkaufswert der Bücher.
- ) Lehrerprüfstücke:  
siehe oben unter »Ansichtslieferungen«
- ) »Lieferung frei Haus«:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- ) Mängel Exemplare:  
Die Gewährung eines Nachlasses für preisreduzierte Mängelware ist dann nicht handelsüblich und unzulässig, wenn sie Mängel Exemplare betrifft, deren Mangel der Bieter nicht selbst zu vertreten hat (OLG München, Beschl. v.

19.12.2007 – Verg 12/07). Die Buchhändler dürfen nicht veranlasst werden, sich preisreduzierte Mängel Exemplare bei Verlagen oder anderen Stellen zu beschaffen und zu einem vertraglich von vornherein festgelegten Preisnachlass zu liefern. Exemplare, bei denen der Mangel vom Buchhändler im eigenen Geschäft verursacht ist, dürfen jedoch mit Preisnachlässen angeboten werden.

- J »Lieferung sortiert und verpackt nach Klassen in die einzelnen Schulen/Klassenräume«:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne zusätzlichen Aufpreis erbracht werden darf.
- J Literaturlisten, Zusammenstellung von:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J »Nachbestellungen werden innerhalb von x Tagen ausgeführt«:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J »Nachbestellungen werden über das Jahr hinweg durchgeführt«:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf. Bei zentraler Schulbuchbeschaffung (§ 7 Abs. 3 S. 1 BuchPrG) gelten für Nachbestellungen innerhalb von 4 Wochen nach Schuljahresbeginn (bei Berufsschulen 6 Wochen) die für den Hauptauftrag in Betracht kommenden Nachlässe. Danach richtet sich die Zulässigkeit der Nachlassgewährung bzw. die Höhe des Nachlasses nach der Auftragsgröße der Einzellieferung. Bei eigenbudgetierten Schulen (§ 7 Abs. 3 S. 2 BuchPrG) gilt der generelle Nachlass von 12 Prozent das ganze Schuljahr über, wenn eine Sammelbestellung getätigt wird.
- J Online-Verwaltungsportal für Buchbestellungen (E-Procurement-System)  
Zur Handelsüblichkeit der kostenlosen Bereitstellung eines Online-Verwaltungsportals durch den Händler, über das vom Kunden Bestellungen von Büchern administriert werden können, gibt es für den Schulbuchbereich noch keine Entscheidungen von Vergabekammern oder Gerichten. Bislang scheint bei Schulbuchausschreibungen ein solches Angebot noch nicht als relevant aufgefasst und nachgefragt zu werden. Im Bibliotheksbereich wurde das Angebot eines Online-Verwaltungsportals für die Verwaltung von Abonnements bei Belieferung mit Fachliteratur, Inventarisierungsleistungen und Pflege von Datenbanken kürzlich als handelsüblich eingestuft: Bei der Überprüfung eines Vergabeverfahrens hat die 2. Vergabekammer des Bundes (VK 2 – 146/17, Beschluss vom 29.12.2017) entschieden, dass Kosten für Datenbankpflege/Inventarisierung eines Online-Portals bei einem jährlich wiederkehrenden Gesamtbestellwert im mittleren 6-stelligen Betrag als wirtschaftlich nicht erheblicher Vorteil gem. § 7 Abs. 4 Nr. 1 BuchPrG angesehen werden können. Nahezu alle Bewerber hatten in jenem Vergabeverfahren die Positionen kostenfrei angeboten, woraufhin die Vergabekammer darüber hinaus auf das Vorliegen einer handelsüblichen Nebenleistung schloss. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Marktverhältnisse in Bibliotheks- und Schulbuchgeschäft kann diese Entscheidung allerdings nicht ohne Weiteres auf Vergabeverfahren im Schulbuchbereich übertragen werden. Kommunen, die erwägen, ob sie im Schulbuchgeschäft das Angebot eines Online-Verwaltungsportals für ihre Bestellungen nachfragen wollen, können sich zur Klärung der Handelsüblichkeit des Angebots in der von ihnen vorgesehenen Ausgestaltung an die Rechtsabteilung des Börsenvereins wenden.
- J Preisnachlass für Exemplare mit aufgehobener Preisbindung:  
Buchhändler dürfen nicht veranlasst werden, feste Preisnachlässe für Bücher anzubieten, deren Buchpreisbindung zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird. Eine dahingehende Verpflichtung ist unzulässig, da der Buchhändler bei Abgabe seines Angebots nicht vernünftig kalkulieren kann, ob und zu welchen Konditionen er sich diese Art von Schulbüchern beschaffen kann (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07).
- J »Rechnungsstellung nach Vorgabe der Schulen / getrennt nach einzelnen Schulen«:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J »Rücknahme beschädigter Bücher«:  
Buchhandlungen müssen auf Verlangen Bücher zurücknehmen, die bei Übergabe nachweislich schadhaft waren (allgemeine Gewährleistungshaftung). Schon aus diesem Grund darf eine Schule oder ein Schulträger eine entsprechende Forderung aufstellen.

- J Rücknahme von bereits gestempelten Büchern:  
Die Rücknahme von Büchern, die von der Schule/ dem Schulträger bestellt und mit dem Schulstempel versehen wurden, gegen volle Gutschrift des Kaufpreises ist nicht handelsüblich. Der Buchhändler kann diese Exemplare weder beim Verlag remittieren noch an andere Schulen verkaufen.
- J Rücknahme irrtümlich oder zu viel bestellter Bücher:  
Die kostenlose Rücknahme irrtümlich oder zu viel bestellter Bücher ist nicht handelsüblich. Eine dahingehende Verpflichtung der Buchhändler ist auch unzulässig, da der Buchhändler den Fehler nicht zu vertreten hat (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07).
- J Rücknahme von Ergänzungslieferungen:  
Die kostenlose Rücknahme von Ergänzungslieferungen, die nicht zu den in der Schule verwendeten Auflagen passen, ist nicht handelsüblich. Eine derartige Verpflichtung der Buchhändler ist auch unzulässig, da der Buchhändler danach das Risiko der Rückgabe aufgrund ordnungsgemäßer Lieferung des Verlags alleine trägt (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07).
- J Rücknahme von Verpackungen:  
Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J Transportkostenfreie Anlieferung der Bücher an eine durch die Schule zu bestimmende Stelle:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J Unterstützung der Schulen bei der Ermittlung von Buchtiteln, Bestellnummern, Auflagen und Ladenpreisen:  
Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- J Vorhandensein einer Website  
Die Frage, ob das Vorhalten einer Firmenwebsite bei Buchhändlern ein handelsüblicher Service ist, wurde durch die Gerichte bislang noch nicht entschieden. Die meisten Buchhandlungen betreiben solche eigenen Internetauftritte. Auf die Abfrage dieses Angebots sollte in Schulbuchausschreibungen gleichwohl verzichtet werden, wenn der Schulträger nicht ausdrücklich beabsichtigt, online-Bestellmöglichkeiten für seinen Auftrag zu nutzen. (Zur Frage der Handelsüblichkeit des Angebots von online-Bestell- und Verwaltungsportalen s.o.)
- J Zahlungsziel:  
Die Gewährung von Zahlungszielen stellt keine handelsübliche Nebenleistung dar. Die Einräumung von Zahlungszielen verbietet sich außerdem in Hinblick auf den Charakter fester Buchpreise als Barzahlungspreise (so ausdrücklich BGH NJW 2003, 2525 ff). Wird ein Zahlungsziel gewährt, so müsste dies gegen Vergütung erfolgen.

Achten Sie darauf, ob die Vergabestelle ausnahmsweise *Nebenangebote* zugelassen hat. In diesem Fall ist es zulässig und erwünscht, dass Sie Angebote abgeben, die über den angegebenen Leistungsgegenstand hinausgehen. Bsp.: Sie bieten an, gebrauchte Schulbücher unter Berücksichtigung ihres konkreten Erhaltungszustandes zu angemessenen Marktpreisen zurückzukaufen. Allerdings muss die Kommune aus vergaberechtlichen Gründen bestimmte Mindestangaben zu den möglichen Nebenangeboten machen. Fehlen solche Angaben, dürfen eingehende Nebenangebote nicht berücksichtigt werden.

Ein weiterer wichtiger Punkt betrifft die Frage, ob die Kommune in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt hat, ein *Auslosungsverfahren* durchzuführen, wenn wirtschaftlich gleichwertige Angebote vorliegen. Dieser Aspekt hat für Sie insbesondere dann Bedeutung, wenn Sie beabsichtigen, sich in einer örtlichen oder überörtlichen Bietergemeinschaft zusammen zu schließen. Im Auslosungsverfahren sind Bietergemeinschaften nur mit „einer“ Stimme vertreten. Um die Chance auf den Zuschlag zu erhöhen, kann es sinnvoller sein, als Einzelbieter aufzutreten.

### 9. Wie soll man sich bei der Aufforderung zur Einräumung eines Zahlungszieles in den Ausschreibungsunterlagen verhalten?

Hier ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („Skonto-Urteil“) festgestellt wurde, dass Buchhandelspreise Barzahlungspreise, d. h. sofort mit Lieferung fällig sind. Sollte daher in den Ausschreibungsunterlagen ein Zahlungsziel abgefragt werden, so machen Sie insofern *keinerlei* Angaben, kreuzen Sie z.B. keine von etwaigen angebotenen Alternativen an. Sie riskieren, als Bieter ausgeschlossen zu werden. Rügen Sie die Abfrage stattdessen unverzüglich.

Viele Kommunen haben nach dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass es nicht möglich sei, die Bücher schon bei Anlieferung zu bezahlen. Vielmehr müsse zunächst eine Prüfung durch die Kassenstelle erfolgen, was Zeit in Anspruch nehme. Vor diesem Hintergrund war seitens des Börsenvereins zunächst vorgeschlagen worden, dass die Bieter in ihren Angeboten zur Sicherheit für die Kommunen etwa wie folgt formulieren sollten *„Die Rechnung ist sofort fällig. Ein Verzug tritt nach den gesetzlichen Regeln nach 30 Tagen ein.“* Von dieser oder ähnlichen Formulierungen ist zwischenzeitlich dringend abzuraten, nachdem die Vergabekammer Stuttgart darin die verdeckte Einräumung eines Zahlungszieles gesehen und einen Bieter deswegen ausgeschlossen hat.

Sollte sich in den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf ein Zahlungsziel befinden, so äußern Sie sich bitte auch nicht dazu. Ansonsten sind Sie leider dazu gezwungen, auf die qua Gesetz sofort nach Lieferung und Rechnungsstellung eintretende Fälligkeit zu verweisen. Nehmen Sie hierzu ruhig Kontakt zum Börsenverein auf und verweisen gegenüber der Kommune zur Klärung der Rechtslage auf die Rechtsabteilung Ihres Verbandes.

### 10. Kann man die bevorzugte Berücksichtigung von Buchhändlern rügen, die Schulbuchlieferungen in Arbeitsgemeinschaft mit einer Behindertenwerkstätte anbieten?

In den letzten Monaten haben Schulbuchhändler versucht, sich über die Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit Behinderten- oder Blindenwerkstätten als „bevorzugte Bieter“ Zuschläge bei Schulbuchvergaben zu sichern. Nach der vergaberechtlichen Einschätzung des Börsenvereins ist – zumindest oberhalb des Schwellenwerts – eine Bevorzugung solcher Arbeitsgemeinschaften bei Schulbuchvergaben unzulässig. Eine bevorzugte Berücksichtigung solcher Arbeitsgemeinschaften scheitert regelmäßig daran, dass Behindertenwerkstätten nur maximal 2,5 % der von einem Schulbuchlieferanten erforderten Gesamtleistung erbringen können. Anders als bei Aufträgen, die vollständig von Behindertenwerkstätten erfüllt werden können, kommt deren Bevorzugung deshalb bei der Vergabe von Schulbuchaufträgen nicht in Frage.

Der Börsenverein wird für den Fall, dass Kommunen solche Arbeitsgemeinschaften bevorzugt berücksichtigen sollten, ein Musterverfahren unterstützen, um diese Frage ggf. auch gerichtlich klären zu lassen.

### 11. Wie schnell und in welcher Form muss eine Rüge erfolgen?

Die Rüge ist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen nach Erkennen des Verstoßes zu erheben, damit die Kommune die Chance hat, ohne große zeitliche Verzögerung den jeweiligen Fehler auszuräumen.

Die Rüge ist an keine bestimmte Form gebunden, sie sollte aber schon im Interesse des Rügenden schriftlich abgefasst und vorab per Telefax übermittelt oder persönlich eingereicht werden. In diesem Fall sollten Sie eine Kopie des Rügeschreibens mit vorbereitetem Vermerk „Erhalten am ... / Stempel der Vergabestelle...“ mitnehmen und abzeichnen lassen! Es empfiehlt sich, die Rüge im Schreiben auch als solche zu bezeichnen. Die Rüge muss den Fehler konkret beanstanden, d.h. das fehlerhafte Verhalten der Kommune und den Vergaberechtsverstoß möglichst genau bezeichnen. Eine bloße Nachfrage zum Verständnis ist nicht ausreichend. Zumindest die Vergabekammer Stuttgart erhebt die weitere Anforderung, dass in der Rüge bereits ein Hinweis darauf enthalten sein muss, dass man bei Nichtabhilfe ein Vergabenachprüfungsverfahren einleiten wird.

Eine zusätzliche Frist für Rügen existiert gem. § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB bei Vergaberechtsverstößen, die aufgrund der Bekanntmachung oder bereits in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, z.B. unzulässige Anforderungen an Eignungsnachweise oder auch an Lieferpflichten. Solche Verstöße muss der Buchhändler nicht nur unverzüglich, sondern auch vor Ablauf der Angebotsfrist rügen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er den Fehler zu dieser Zeit bereits er-

kannt hat, sondern ob der Fehler für ihn erkennbar war. Der Buchhändler kann also später nicht argumentieren, er hätte bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht rügen müssen, weil ihm der Fehler gar nicht aufgefallen war.

## 12. Ein Schulbuchauftrag enthält ausnahmsweise auch nicht preisgebundene Produkte. Welche Artikel kommen in Betracht? Welche Nachlässe können eingeräumt werden?

Im Einzelfall kann ein Schulbuchauftrag nicht gebundene Artikel enthalten, z.B. CD-ROMs mit Multimedia-Inhalten, fremdsprachige Literatur ausländischer Verlage oder Bücher, für die der Verleger die Preisbindung in rechtmäßiger Weise, d.h. mehr als 18 Monate nach Erscheinen, aufgehoben hat. Auch Spiele und Lernhilfen, z.B. Legeplättchen für den Mathematikunterricht, unterliegen in der Regel keiner Preisbindung.

Bei nicht gebundenen Produkten kann der Preis grundsätzlich frei kalkuliert bzw. die Höhe der Nachlässe frei festgelegt werden (zu Preisnachlässen für Exemplare mit aufgehobener Preisbindung ist die Rechtsprechung des OLG München zu beachten; siehe oben unter 8.). In diesem Fall ist es ratsam, auf die einzelnen, nicht preisgebundenen Titel hinzuweisen, z.B. in einer gesonderten Liste. Die Vergabekammer Düsseldorf tendiert dazu, jeden auch noch so geringfügigen Preisunterschied als ausschlaggebenden Wertungsunterschied zu berücksichtigen. Im Extremfall ist denkbar, dass Bieter X den Zuschlag erhält, weil er auf einen oder zwei nicht preisgebundene Titel höhere Nachlässe eingeräumt hat als seine Mitbewerber.

Eine solche Betrachtungsweise ist keinesfalls zwingend. Denn das wirtschaftlich günstigste Angebot muss nicht zwangsläufig das billigste sein. Grundsätzlich kann ein „Mehr“ an Service-, Liefer- oder Beratungsleistung ein „Weniger“ an Nachlass ausgleichen, insbesondere wenn die Preisdifferenz geringfügig ist. Gesicherte Erkenntnisse darüber, wie Vergabestellen und Kammern diese Problematik beurteilen, liegen bislang nicht vor und werden voraussichtlich auch nach den einzelnen Vergabekammern variieren.

## 13. Was sind Koppelungsangebote? Wie ist die Rechtslage?

Koppelungsangebote sind Angebote, bei denen preisgebundene Waren gemeinsam mit nicht preisgebundenen Produkten oder Dienstleistungen angeboten werden. Vor Inkrafttreten des BuchPrG war es üblich, dass Kommunen preisgebundene Titel zusammen mit nicht-preisgebundenen Büchern ausgeschrieben haben. Einzelnen Händlern ist es gelungen, mehrere Lose für sich zu gewinnen, indem sie hohe Nachlässe auf die nicht-preisgebundenen Titel zusagten unter der Bedingung, dass ihnen auch Lose für preisgebundene Titel zugeteilt würden. Eine solche Koppelung war rechtlich stets problematisch und in vielen Fällen als mittelbarer Preisbindungsverstoß unzulässig. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) dürfen für die nicht-preisgebundenen Titel keine Preise berechnet werden, die unter den Beschaffungskosten dieser Bücher liegen, wobei zu den Beschaffungskosten außer dem Einkaufspreis u.a. auch die Bezugsnebenkosten, also Personal- und Bearbeitungskosten, gehören. Diese Regel gilt auch für Lehrerprüfstücke. Wie das Landgericht Wuppertal in seinem rechtskräftigen Urteil vom 17. November 2009 (Az.: 14 O 13/09) betätigte, darf der Nachlass auf Lehrerprüfstücke nicht höher liegen als der Rabatt, den der Buchhändler erhält. Der Nachlass darf also im Regelfall nicht mehr als ca. 25% betragen. Anderenfalls liegt in der Abgabe unter Einstandspreis ein mittelbarer Nachlass auf die preisgebundenen Bücher, was einen Preisbindungsverstoß darstellt.

Auch nach Inkrafttreten des BuchPrG ist denkbar, dass Kommunen Schulbuchaufträge mit Aufträgen für andere, nicht preisgebundene Waren oder Dienstleistungen verknüpfen. Dies ist u.a. dann denkbar, wenn die Kommune ausnahmsweise Nebenangebote zugelassen hat. In diesem Fall sind die der vorerwähnten BGH-Entscheidung zu Grunde liegenden Rechtssätze heranzuziehen. Ein mittelbarer Verstoß gegen das BuchPrG liegt demnach vor, wenn die gewährte Vergünstigung über die preisgebundenen Schulbücher „subventioniert“ wird. Als Faustformel gilt: Je knapper das nicht gebundene Produkt kalkuliert bzw. je geringer die Händlerspanne, desto eher liegt ein mittelbarer Verstoß gegen die Preisbindung vor; je mehr Preisspielraum besteht, desto eher ist die Vergünstigung zulässig.

## 14. Darf eine Kommune über die Lieferung von Schulbüchern hinaus weitere, buchhandelsatypische Leistungen ausschreiben? Was können Buchhandlungen in einem solchen Fall tun?

Kommunen haben die Möglichkeit, über die Lieferung von Schulbüchern hinaus weitere Dienst- oder Zusatzleistungen auszuschreiben. Sofern diese Leistungen nicht umsonst verlangt werden, ist dagegen im Prinzip auch nichts einzu-

wenden. Denkbar ist sogar, dass Kommunen im größeren Umfang atypische Dienstleistungen wie z. B. die Übernahme von Archivierungsarbeiten ausschreiben. Sofern beide Leistungen gemeinsam ausgeschrieben werden, muss auch für beide Teile ein Angebot abgegeben werden, andernfalls riskieren Sie, vom Verfahren ausgeschlossen zu werden. Auf keinen Fall sollten Sie vorschnell von einer Teilnahme am Ausschreibungsverfahren absehen. So besteht z. B. die Möglichkeit einer Kooperation mit Fachfirmen, welche die entsprechenden Leistungen übernehmen können. Dabei können Sie das Angebot von vornherein gemeinsam abgeben oder den Unterauftrag erst später vergeben. Allerdings kann der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen fordern, dass bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrages, die untervergeben werden sollen, benannt werden. Dies gilt auch, falls zumutbar, im Hinblick auf die Namen der vorgesehenen Unterauftragnehmer, § 36 VgV.

### 15. Haben ortsansässige Buchhandlungen gegenüber nicht ortsansässigen einen Vorteil?

Das Vergaberecht verbietet ausdrücklich, ortsansässige Händler gegenüber Ortsfremden zu bevorzugen. Die Ortsansässigkeit eines Bieters in der Stadt oder im Landkreis stellt für sich genommen kein objektives Zuschlagskriterium dar. Vermeiden Sie deshalb pauschale Hinweise auf die Ortsansässigkeit Ihres Unternehmens. Auch der Hinweis, dass Sie sich mit dem Hausmeister der Schule X besonders gut verstehen, bringt Ihnen keine Pluspunkte. Soweit ersichtlich, sind die Vergabekammern darüber hinaus der Meinung, dass auch ein „Vor-Ort-Service“ oder ein Ansprechpartner vor Ort für die Beschaffung von Schulbüchern nicht erforderlich bzw. dass der Service lokaler Buchhandlungen nicht höher zu bewerten sei als derjenige nichtörtlicher Bieter. Dieser Umstand sollte Sie zwar nicht davon abhalten, auf einen etwaigen „Vor-Ort-Service“ (schnelle Verfügbarkeit der Bücher etc.) hinzuweisen. Stellen Sie gleichzeitig aber unbedingt auch die speziellen Vorzüge Ihres Unternehmens detailliert dar. Dies gilt insbesondere für die von Ihnen angebotenen Kundendienst- und Serviceleistungen, auch im Zusammenhang mit Nachbestellungen und Ersatzlieferungen.

### 16. Wann bietet sich die Gründung einer (örtlichen) Bietergemeinschaft an?

Die Gründung einer Bietergemeinschaft kann höchstens dann sinnvoll sein, wenn die Beteiligten andernfalls nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen am Wettbewerb teilnehmen können.

Zwar kann es sich für den öffentlichen Auftraggeber durchaus als vorteilhaft erweisen, einer Bietergemeinschaft Aufträge zu erteilen. So haftet jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft gesamtschuldnerisch für die Erfüllung des Gesamtauftrages, was für die Kommune eine erhöhte Liefer- und Leistungssicherheit bedeutet. Auch das Insolvenzrisiko ist vergleichsweise gering. Bei diesen beiden Aspekten handelt es sich aber nicht um zu berücksichtigende Kriterien im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens, d. h. der Zusammenschluss als Bietergemeinschaft sorgt nicht für ein „Mehr an Eignung“. Die Kommune darf im Rahmen der Eignungsprüfung nämlich keine Bieter bevorzugen, die für die Abwicklung des Schulbuchauftrages „besonders“ geeignet erscheinen. Nach dem Vergaberecht hat jeder geeignete Bieter eine Chance auf den Zuschlag. Ein mögliches „Mehr“ an Eignung darf weder bei der Eignungsprüfung noch bei der Angebotswertung berücksichtigt werden. Bei der Prüfung durch die Kommunen darf es also nur geeignete oder nicht geeignete Bieter geben, wobei die nicht geeigneten auszuschließen sind. Eine Reihenfolge bei der Eignung gibt es nicht.

Dementsprechend haben die Vergabekammern bislang keine Tendenz erkennen lassen, die Vorteile einer Bietergemeinschaft höher zu bewerten als die von Einzelbieter. Es ist eher nicht davon auszugehen, dass Buchhandlungen ihre Chance auf den Zuschlag durch einen Zusammenschluss in einer Bietergemeinschaft erhöhen können.

Hat die Kommune in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angekündigt, ein *Auslosungsverfahren* durchzuführen, wenn gleichwertige Angebote vorliegen, ist Folgendes zu bedenken: Die Teilnahme an einer Bietergemeinschaft bleibt auch in diesem Fall die einzig sinnvolle Lösung, wenn die einzelne Buchhandlung den Auftrag allein nicht bewältigen kann. Ansonsten dürfte es eher nachteilig sein, im Losverfahren als Mitglied einer Bietergemeinschaft anzubieten: Die Bietergemeinschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die, ungeachtet der gesamtschuldnerischen Haftung ihrer Mitglieder, im Losverfahren nur ein einziges Angebot abgibt. Allein von der Wahrscheinlichkeit her ist die Chance auf den Zuschlag größer, wenn Buchhandlungen im Losverfahren als Einzelbieter auftreten. Entsprechendes gilt, wenn die Kommune angekündigt hat, den Auftrag bzw. die jeweiligen Einzellose im Falle gleichwertiger Angebote gleichmäßig auf alle Bieter verteilen zu wollen.

## 17. Darf eine Buchhandlung ein eigenes Angebot abgeben, wenn sie gleichzeitig Mitglied einer Bietergemeinschaft ist?

Hier ist zwischen der kartellrechtlichen und der rein vertragsrechtlichen Seite zu unterscheiden:

Kartellrechtlich ist umstritten, ob ein Bieter sowohl als Mitglied einer Bietergemeinschaft anbieten und gleichzeitig ein eigenes Angebot abgeben darf. Zwar sind Bietergemeinschaften im Vergaberecht ausdrücklich erwähnt und zugelassen. Trotzdem können entsprechende Vereinbarungen gegen das Kartellrecht oder sonstige vergaberechtliche Grundsätze verstoßen (§ 1 GWB). So hält das OLG Düsseldorf die parallele Beteiligung eines Unternehmens als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft für vergaberechtswidrig, weil sie mit dem Schutz des Geheimwettbewerbs unvereinbar sei. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung diese Sichtweise auch auf das Schulbuchgeschäft anwendet. Gerade vor dem Hintergrund der Mehrfachbewerbungen wirtschaftlich verbundener Firmen sind sowohl die Kommunen als auch die Vergabekammern hinsichtlich dieser Problematik sensibilisiert.

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB bzw. § 16 Abs. 3 lit. f VOL/A (soweit diese im Unterschwellenbereich noch gilt) können Bieter, die kartellwidrige Absprachen treffen bzw. kartellwidrige Angebote abgeben, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Buchhandlungen sollten dieses Risiko bedenken und im Zweifel unbedingt von entsprechenden Mehrfachangeboten Abstand nehmen.

Von der kartellrechtlichen Seite abgesehen kann im Bietergemeinschaftsvertrag die Möglichkeit von Einzelangeboten zugelassen werden. Gewöhnlich enthalten Bieter- und Arbeitsgemeinschaftsverträge ausdrückliche und mit Ausschluss sanktionierte Wettbewerbsverbote.

## 18. Können Bieter im Losverfahren ihre Chance auf den Zuschlag erhöhen, indem sie mehrere Angebote für den gleichen Auftrag abgeben?

Nein. Jegliche „Erhöhung der Chancen auf den Zuschlag im Losverfahren“ stellt eine Manipulation des Wettbewerbs zu Lasten von Einzelbieter dar und ist damit unzulässig.

## 19. Ist eine Mehrfachaufstellung für unterschiedliche Aufträge / Lose zulässig?

Eine Mehrfachaufstellung für unterschiedliche Aufträge/Lose ist grundsätzlich zulässig. Sie ist aber nicht ratsam, weil sie nicht zu einer Chancenerhöhung der Bietergemeinschaft bzw. ihrer Mitglieder führt. In der Regel wird nämlich nicht nur die Bietergemeinschaft, auf die ein Los entfallen ist, bei der Vergabe der weiteren Lose nicht mehr berücksichtigt, sondern auch alle ihr angehörenden Unternehmen. Teilt der Auftraggeber einen Auftrag in mehrere Lose und bewirbt sich eine Bietergemeinschaft nur auf einzelne Lose, z. B. die Lose 1 und 2, und ein Mitglied der Bietergemeinschaft bietet separat auf das Los 3, so ist dies zwar grundsätzlich erlaubt. Entfällt im Beispielsfall auf die Bietergemeinschaft jedoch eines der Lose 1 und 2, so wird auch ihr Mitglied bei der Auslosung von Los 3 nicht mehr berücksichtigt.

## 20. Können Schulbuchaufträge im Rahmen europaweiter oder öffentlicher Ausschreibungen für länger als ein Jahr erteilt werden ?

Das Vergaberecht enthält dazu keine klare Aussage. Richtiger Auffassung nach dürfen Verträge keine längere Bindung haben, als dies sachlich gerechtfertigt ist. Die VgV sowie die VOL/A sieht für – für Schulbuchaufträge typische – Rahmenverträge grundsätzlich eine Laufzeit von vier Jahren vor (§ 21 Abs. 1, Abs. 6 VgV bzw. § 4 Abs. 1 VOL/A); bei einer nationalen Ausschreibung im Unterschwellenbereich erlaubt die UVgO mittlerweile Rahmenverträge mit einer Laufzeit von bis zu sechs Jahren, § 15 Abs. 1, Abs. 4 UVgO). Die Entscheidung einer Vergabestelle, einem Bieter einen Schulbuchauftrag über fünf Jahre hinweg einzuräumen, dürfte daher im Oberschwellenbereich sowie im Geltungsbereich der VOL/A (Unterschwellenbereich) vergaberechtswidrig und angreifbar sein, wobei einzelne Vergabekammern diesen Zeitraum als gerade noch zulässig ansehen. Als eindeutig zulässig wird hingegen von den Vergabekammern ein Zeitraum von drei Jahren eingeschätzt.

Kommunen, die Aufträge unterhalb der Schwellenwerte für mehrere Jahre vergeben wollen, müssen darauf achten, dass sie durch Addition der Auftragswerte für die einzelnen Jahre den Schwellenwert nicht überschreiten. Ist dies doch der Fall, müssen sie eine europaweite Ausschreibung durchführen.

## 21. Wie gestaltet sich das Verfahren nach Angebotsabgabe weiter?

Bei Vergaben oberhalb des Schwellenwertes muss die Kommune spätestens 15 Kalendertage (bei Versendung per Fax oder auf elektronischem Wege nur 10 Kalendertage) vor der beabsichtigten Auftragserteilung Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung, sowie den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informieren. Vor Ablauf dieser Frist und ohne Erteilung der Information darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Ein dennoch erteilter Auftrag ist nichtig (§135 Abs. 1 GWB). Für den Beginn der Frist kommt es nicht darauf an, wann Sie als Bieter die Mitteilung erhalten. Vielmehr kommt es einheitlich auf das Absendedatum der Mitteilung an. Da Sie dieses in der Regel nicht erkennen können, sollten Sie die Frist vorsorglich ab dem Datum der Mitteilung berechnen. Dated die Mitteilung also z. B. auf einen Dienstag, so läuft die Frist zur Zuschlagserteilung an dem dritten darauffolgenden Mittwoch ab, bzw. bei Fax- oder E-Mail-Benachrichtigung am zweiten darauffolgenden Freitag.

Unterhalb des Schwellenwertes regelt § 46 UVgO bzw. § 19 Abs. 1 VOL/A die Unterrichtung der Bieter. Anders als in § 134 GWB erfolgt die Unterrichtung der unterlegenen Bieter erst mit Abschluss der Rahmenvereinbarung oder mit der erfolgten Zuschlagserteilung. Auf Antrag werden dem unterlegenen Bieter unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Kalendertagen, die wesentlichen Gründe für die Ablehnung seines Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots und der Name des erfolgreichen Bieters und den anderen nicht berücksichtigten Bewerbungen mitgeteilt.

## 22. Welche Möglichkeit hat eine Buchhandlung, die gegen eine angekündigte Zuschlagerteilung vorgehen will?

Handelt es sich um eine Ausschreibung oberhalb des Schwellenwertes und wird im Rahmen der Vergabemitteilung ein Fehler bemerkt, ist erforderlich, diesen innerhalb von zehn Tagen, möglichst jedoch noch am selben Tag, bei der Vergabestelle zu rügen. Sodann kann der Bieter bei der Vergabekammer einen sog. Nachprüfungsantrag stellen. Eine Rüge ist nicht erforderlich, wenn der Bieter den betreffenden Fehler bereits beanstandet hat, z.B. nach Erhalt der Verdingungsunterlagen.

## 23. Innerhalb welcher Frist muss der Nachprüfungsantrag gestellt werden?

Eine gesetzliche Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrages existiert eigentlich nicht. Aufgrund des Umstandes, dass nach Ablauf von 10 bzw. 15 Kalendertagen ab Absendung (vgl. Ziff. 21) der Bieterbenachrichtigung der Zuschlag erteilt werden darf und damit ein wirksamer Vertrag geschlossen wird, muss der Nachprüfungsantrag jedoch noch innerhalb dieser Stillhaltefrist gestellt werden (§ 134 Abs. 1 GWB). Wichtig ist auch die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB, wonach ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang einer Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht nachgeben zu wollen, vergangen sind.

Um keine Verfristung zu riskieren, sollten Sie den Nachprüfungsantrag unverzüglich stellen und ggf. einen Anwalt zu Rate ziehen. Es ist auch nicht sinnvoll, den Nachprüfungsantrag „auf den letzten Drücker“ unmittelbar vor Ablauf der 10 bzw. 15 Tagefrist zu stellen. Zum einen ist die Vergabekammer nicht „rund um die Uhr“ besetzt (was zur Folge haben kann, dass ein nach 16.00 Uhr eingehender Antrag erst am Folgetag bearbeitet wird), zum anderen muss sie den Antrag noch auf seine Schlüssigkeit hin prüfen, bevor sie ihn an den Gegner zustellt. Erst diese Zustellung bewirkt jedoch das Verbot für die Kommune, den Zuschlag zu erteilen. Teilweise ist vor Bearbeitung des Antrages durch die Vergabekammer auch ein Gebührenvorschuss einzuzahlen. Ob dieses erforderlich ist, kann durch eine kurze telefonische Anfrage bei der zuständigen Vergabekammer geklärt werden.

## 24. An welche Stelle richtet sich der Antrag auf Nachprüfung?

Für die Überprüfung der Vergabeentscheidung oberhalb des Schwellenwertes sind die Vergabekammern zuständig. Der Auftraggeber muss in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen die Anschrift der zuständigen Vergabekammer angeben. Fehlt der Hinweis, sollten Sie die zuständige Vergabekammer bei der Kommune erfragen. In aller Regel empfiehlt es sich, den Nachprüfungsantrag der Vergabekammer und der Kommune parallel per Fax und Post zuzusenden.

## 25. Welche Folgen hat ein Antrag auf Nachprüfung?

Der Nachprüfungsantrag bewirkt eine Art Sperre. Die Zustellung des Antrags hat zur Folge, dass das Vergabeverfahren ausgesetzt wird. Die Kommune darf ab Zustellung des Antrags bis zwei Wochen nach Entscheidung der Vergabekammer keinen Zuschlag erteilen (§ 169 Abs. 1 GWB). Geschieht dies doch, ist eine Zuschlagerteilung nichtig. Die Kommune kann aus wichtigem Grund einen Antrag stellen, dass trotz der Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens ein Zuschlag erteilt wird. Das kann bei Schulbuchausschreibungen z. B. dann der Fall sein, wenn anderenfalls eine Versorgung der Schulen mit Büchern zum Schulbeginn gefährdet wäre.

Die Vergabekammer muss normalerweise innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags entscheiden (§ 167 Abs. 1 GWB). Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann binnen einer Frist von zwei Wochen Beschwerde bei dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht eingelegt werden (§§ 171, 172 GWB). Da zwei Wochen nach Erlass der Entscheidung der Vergabekammer die aufschiebende Wirkung des Verfahrens entfällt (§ 172 Abs. 1 S. 2 GWB) muss im Falle der Beschwerde gleichzeitig ein Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden.

Denkbar ist, dass die Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag nicht innerhalb der Frist von fünf Wochen entscheidet und auch die Frist für die Entscheidung nicht verlängert. In diesem Fall gilt der Nachprüfungsantrag als abgelehnt. Zur Rechtswahrung muss dann auch ohne Vorliegen einer Entscheidung der Vergabekammer die sofortige Beschwerde bei dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht gestellt werden. Es empfiehlt sich daher, bereits bei Stellen des Nachprüfungsantrages die Fünfwochenfrist zu notieren. Wird der Nachprüfungsantrag außerhalb der Geschäftszeiten der Vergabekammer eingereicht, legt die Vergabekammer als Eingangsdatum üblicherweise den Werktag fest, der auf die Einreichung folgt. Dieses Datum des Eingangs bei der Vergabekammer ist in der Regel der Eingangsbestätigung zu entnehmen.

## 26. Muss für ein Nachprüfungsverfahren ein Anwalt eingeschaltet werden?

Nein. Vor den Vergabekammern besteht kein Anwaltszwang, wohl aber vor dem Oberlandesgericht.

## 27. Welche Angaben „gehören“ in einen Antrag auf Nachprüfung?

Der Antrag auf Nachprüfung muss schriftlich bei der Vergabekammer eingereicht und unverzüglich begründet werden (§ 161 Abs. 1 GWB). Im Mittelpunkt steht die Rüge des Verfahrensfehlers. Die Rüge selbst muss bereits erfolgt sein.

Häufige Verfahrensfehler sind Verstöße gegen die Buchpreisbindung oder das Transparenzgebot. Beispiele:

- ⌋ Die Kommune erteilt Bieter X den Zuschlag unter Hinweis auf ein preisbindungswidriges Angebot (das zum Ausschluss von X hätte führen müssen).
- ⌋ Die Kommune führt ein Losverfahren durch, ohne dies zuvor in den Verdingungsunterlagen angekündigt zu haben.
- ⌋ Aber auch Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und das Gebot der Mittelstandsförderung waren schon Gegenstand mehrerer Nachprüfungsverfahren.

Damit die Vergabekammer den Antrag schnell auf seine inhaltliche Substanz hin prüfen kann, sollten sämtliche Unterlagen, die aus dem Verfahren zur Verfügung stehen, als Kopie mit dem Antrag eingereicht werden. Diese Unterlagen dienen dann gleichzeitig der Glaubhaftmachung.

## 28. Führt jeder objektive Verfahrensfehler zu einer Aufhebung der Ausschreibung oder zu einer Neubewertung?

Nein, dies muss nicht zwangsläufig so sein. Nach Auffassung der Vergabekammer Düsseldorf darf die Vergabestelle von einer Neuausschreibung oder Neubewertung absehen, wenn sich der Fehler faktisch nicht ausgewirkt hat, weil alle Bieter zulässige und „brauchbare“ Angebote abgegeben haben und die Vergabestelle eine tragfähige Entscheidung treffen konnte.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Vergabekammer an die gestellten Anträge nicht gebunden ist, sondern von Amts wegen ermittelt (§ 163 GWB). Hierzu folgender Beispielfall: Ein Bieter, der für eins von mehreren Losen den Zuschlag erhalten hat, ist der Auffassung, dass ihm die anderen Lose auch hätten zugesprochen werden müssen, weil

sein Angebot wirtschaftlicher war als die anderen. Er beschränkt daher seinen Nachprüfungsantrag auf die beiden Lose, für die er keinen Zuschlag erhalten hat. Die Vergabekammer kommt im Laufe der Prüfung der Akten der Kommune zu dem Ergebnis, dass die gesamte Ausschreibung so fehlerhaft war, dass sie komplett aufgehoben werden muss. Der Bieter, der ursprünglich ein Los erhalten hatte, geht nunmehr in diesem Verfahren komplett leer aus, da die gesamte Ausschreibung neu erfolgen muss. Er hat zwar das Nachprüfungsverfahren gewonnen, aber keinen Auftrag mehr „in der Tasche“. Ein derartiges Risiko ist in der Regel vorab nicht abschätzbar, da zur Prüfung nicht sämtliche Unterlagen vorliegen. Hier können jedoch die Buchhändler zum Teil mitwirken, indem sie zumindest die europaweite Bekanntmachung aus dem Internet ausdrucken, aus der sich die größten Fehler einer Ausschreibung möglicherweise schon erkennen lassen. Ansonsten stellt ein Nachprüfungsantrag immer ein kleines Roulettespiel dar, da auch im Rahmen der Akteneinsicht aus Gründen des Schutzes des Geheimwettbewerbs nicht sämtliche Aktenbestandteile der Kommune zur Verfügung gestellt werden, die das Ausschreibungsverfahren betreffen.

### 29. Mit welchen Kosten ist ein Nachprüfungsverfahren verbunden?

Die Anrufung der Vergabekammern ist mit nicht unbeträchtlichen Kosten verbunden. Nach § 182 GWB richtet sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt *mindestens* 2.500,-€, wobei dieser Betrag aus Billigkeitsgründen bis auf ein Zehntel ermäßigt werden kann, was jedoch in der Regel nicht erfolgt. Wird beispielsweise ein Antrag in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer gestellt, aber noch vor dem schriftlichen Absetzen der Entscheidung zurückgenommen, so hat die Vergabekammer Düsseldorf in der Vergangenheit nur 1.250,- EUR berechnet. Diese Praxis ist jedoch nicht zwingend verbindlich für andere Vergabekammern und jeweils abhängig vom betriebenen Aufwand der Vergabekammern. Denkbar ist, dass die Kosten noch niedriger festgesetzt werden, wenn der Nachprüfungsantrag nur fristwahrend gestellt und nach erfolgter Akteneinsicht zurückgenommen wird, weil keine Vergabeverstöße nachweisbar erscheinen.

Einige Vergabekammern verlangen, dass bei Einleitung des Verfahrens ein Scheck über die Mindestkosten der Vergabekammer in Höhe von ca. 2.500,- EUR eingereicht wird, bevor der Nachprüfungsantrag bearbeitet wird. Andere Kammern, so z. B. die Vergabekammer Düsseldorf, verzichten auf die vorherige Einreichung eines Schecks und rechnen die Kosten erst am Ende des Verfahrens ab. Die Kosten muss im Ergebnis die unterlegene Partei zahlen, wobei die Kommunen von der Zahlung der Kosten für die Vergabekammer freigestellt sind.

### 30. Wann „lohnt“ sich in Anbetracht der Verfahrenskosten ein Antrag auf Nachprüfung? Auf welche Weise lassen sich Kosten minimieren?

Zeigt sich während des Verfahrens, z. B. nach Akteneinsicht, dass der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg hat, besteht die Möglichkeit, den Nachprüfungsantrag zurückzunehmen. Die Rücknahmeerklärung muss schriftlich bei der Vergabekammer eingereicht oder in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt die Rücknahme erfolgt, lassen sich die Kosten in aller Regel reduzieren. Dabei obliegt es dem Ermessen der Vergabekammer, auf welchen Betrag sie die Verfahrenskosten ermäßigt; eine pauschale Aussage dazu lässt sich nicht treffen. Je früher der Antrag zurückgenommen wird, desto günstiger fällt im Zweifel die Kostenrechnung aus. Es mag jedoch auch Vergabekammern geben, die immer den vollen Betrag abrechnen.

Gleichwohl kann es sich – trotz bestehender Zweifel an den Erfolgsaussichten eines Antrags – empfehlen, die mündliche Verhandlung abzuwarten und insoweit ein höheres Kostenrisiko in Kauf zu nehmen. So können Sie z. T. durch Akteneinsicht nicht immer ein vollständiges Bild gewinnen. So werden sämtliche Unterlagen, die der Geheimhaltung unterliegen, in der Regel also die Angebote der anderen Bieter, aus der Akte entnommen bzw. an den entscheidenden Stellen geschwärzt, so dass nur die Vergabekammer einen vollständigen Überblick über die eingereichten Angebote und deren Wertung durch die Vergabestelle hat. Diese Erkenntnisse der Vergabekammer jedoch werden erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung offensichtlich.

Bei der Frage, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden sollte, ist ferner zu berücksichtigen, ob Sie als einziger Bieter außen vor geblieben sind oder ob weitere Anbieter abschlägig beschieden wurden. In letzterem Fall kann es passieren, dass Sie zwar unter Umständen im Nachprüfungsverfahren obsiegen, weil die Vergabestelle tatsächlich

Fehler im Rahmen der Bieterauswahl gemacht hat, Sie den Auftrag aber trotzdem nicht erhalten. Dies kann darin begründet sein, dass u. U. günstigere Angebote existieren oder Ihr Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen, weil Sie angeforderte Unterlagen nicht eingereicht haben. Schließlich können Sie auch bei einer erneuten Auslosung wiederum kein Losglück haben.

Fragen dazu beantworten Ihnen gerne die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte der Rechtsabteilung:

Tel. 069/1306-314, E-Mail: [rechtsabteilung@boev.de](mailto:rechtsabteilung@boev.de)