

GPA-Mitteilung 11/2004

Az. 207.34; 045.011

01.12.2004

Beschaffung von Schulbüchern - preis- und vergaberechtliche Aspekte

1 Einleitung

Die Anwendung des Buchpreisbindungsgesetzes hat bei der Beschaffung von Schulbüchern an öffentlichen Schulen zu Problemen geführt. In Fortführung der GPA-Mitt. 12/2002 Az. 207.34; 045.011 sollen daher aus der Prüfungs- und Beratungspraxis der GPA und auf der Grundlage eines Erfahrungsaustausches mit den Kommunalen Landesverbänden Hinweise zum Vergabeverfahren gegeben werden.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf die Beschaffung von Schulbüchern an öffentlichen Schulen. Soweit es um die Beschaffung von sonstigem Schulbedarf geht, gelten die allgemeinen Vergaberegeln.

2 Buchpreisbindungsgesetz

2.1 Preisbindung

Am 01.10.2002 ist das **Gesetz über die Preisbindung für Bücher (Buchpreisbindungsgesetz - BPrBG)** vom 02.09.2002 (BGBl. I S. 3448, ber. S. 3670) in Kraft getreten. Damit wurde die bisher durch den Sammelrevers privatrechtlich geregelte Buchpreisbindung auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

Die Verleger und Verkäufer von Büchern sind danach verpflichtet, ihre Endpreise (Bruttopreise) zu binden (§§ 3, 5 BPrBG). Diese gesetzliche Preisbindungspflicht bezieht sich auf alle Arten von Schulbüchern, auch auf die bislang preisbindungsfrei verkauften Berufs-

schulbücher. Ausnahmen von der Buchpreisbindung sind nur in den im Buchpreisbindungsgesetz abschließend aufgeführten Fällen zulässig (vgl. u. Abschn. 2.2).

Die wichtigste Ausnahme enthält § 7 Abs. 3 BPrBG. Danach sind bei **Sammelbestellungen von Büchern für den Schulunterricht**, die überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert und von ihr zu Eigentum erworben werden, Nachlässe zu gewähren. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung im Sammelrevers sind nun feste Nachlasssätze vorgeschrieben, die

- bei einem Auftrag im **Gesamtwert bis zu 25.000 Euro** für Titel mit
 - mehr als 10 Stück 8 %
 - mehr als 25 Stück 10 %
 - mehr als 100 Stück 12 %
 - mehr als 500 Stück 13 %

- bei einem Auftrag im **Gesamtwert von mehr als**
 - 25.000 Euro 13 %
 - 38.000 Euro 14 %
 - 50.000 Euro 15 %

betragen.

2.2 Keine Preisbindung

Keiner Preisbindung unterliegen

- fremdsprachige Bücher (§ 2 Abs. 2 BPrBG).
Fremdsprachige Bücher (auch deutscher Verlage), die nicht überwiegend für den deutschen Markt bestimmt sind, fallen nicht unter die Preisbindung. Preisgebunden sind dagegen Wörterbücher, Sprachlehrbücher und fremdsprachige Schulbücher für deutsche Schulen.

- gebrauchte Bücher (§ 3 Satz 2 BPrBG).
Die Preisbindung gilt nur für den Erstverkauf an Letztabnehmer, nicht für den Weiterverkauf.

- Prüfaxemplare für Lehrer (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 BPrBG).
Keine Preisbindung besteht beim Verkauf von Büchern an Lehrer zum Zwecke der Prüfung einer Verwendung im Unterricht. Die Dreingabe zusätzlicher Gratisexemplare an Lehrer nach Aufgabe der Bestellung ist jedoch als Umgehung der Preisbindungspflicht unzulässig.
- Bücher für Schulbüchereien (§ 7 Abs. 2 BPrBG).
Beim Kauf von Büchern für die Schulbücherei ist ein Preiswettbewerb denkbar, weil im Vergleich zu den Schulbüchern kein fester Nachlassatz, sondern nur ein Rahmen vorgegeben ist („bis 10 % Nachlass“). Alternativ wäre eine Zusammenfassung der Beschaffung mit den Schulbüchern denkbar und sinnvoll, wenn dadurch ein höherer Nachlass erreicht werden kann.

3 Vergaberecht

3.1 Vergabevorschriften

- Ab Erreichen des EG-Schwellenwerts von 200.000 Euro Auftragswert (ohne Umsatzsteuer) ist die Durchführung eines **europaweiten Vergabeverfahrens** nach Abschnitt 2 der VOL/A zwingend vorgeschrieben (§ 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV). Da es sich bei Schulbuchbeschaffungen um regelmäßig anfallende Lieferaufträge handelt, ist dabei vom geschätzten Auftragswert aller jährlichen Schulbuchbestellungen einer Vergabestelle auszugehen (§ 3 Abs. 4 VgV). Eine Aufteilung zur Umgehung des EG-Schwellenwerts ist unzulässig (§ 3 Abs. 2 VgV).
- Bei einem Auftragswert von weniger als 200.000 Euro gilt die landesrechtliche Regelung des § 31 Abs. 1 GemHVO. Danach ist die Anwendung der VOL nicht vorgeschrieben, aber es ist öffentlich auszuschreiben, wenn nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Beschränkte Ausschreibung oder Freihändige Vergabe rechtfertigen. Da das Buchpreisbindungsgesetz keinen Wettbewerb in Bezug auf Preise und Nachlässe zulässt und Varianten lediglich bei Nebenleistungen denkbar sind, die in der Praxis allerdings auch oft in gleicher Weise angeboten werden (s.u. Abschn. 3.6), kommt hier die Ausnahme des § 31 Abs. 1 GemHVO in Betracht, weil der durch eine Ausschreibung erzielbare Vorteil oft in einem Missverhältnis zu dem damit verbundenen Aufwand steht. In diesen Fällen lässt sich auch eine **Freihändige Vergabe** rechtfertigen,

der allerdings möglichst die Einholung mehrerer Vergleichsangebote vorausgehen sollte (vgl. Abschn. 5 der GPA-Mitt. 1/2001 Az. 045.011; 045.017).

3.2 Auftraggeber

3.2.1 Die Kommune

Grundsätzlich ist die Kommune als Ganzes als öffentlicher Auftraggeber i.S. des § 98 GWB anzusehen. Deshalb sind die Schulbuchbedarfe der einzelnen Schulen zu einem Auftrag zusammenzufassen und durch die zentrale Beschaffungsstelle gesammelt zu beschaffen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur bei spezifischem Fachbedarf denkbar (vgl. hierzu GPA-Mitt. 10/1999 Az. 045.00).

3.2.2 Die Schulen im Rahmen eigener Budgets

Eine besondere Regelung enthält das Buchpreisbindungsgesetz in § 7 Abs. 3 Satz 2 für Schulen mit eigenem Anschaffungsbudget. Ein Budget ist gegeben, wenn Schulen über Haushaltsmittel zur eigenverantwortlichen Bewirtschaftung verfügen und ihnen entsprechende Vollmacht erteilt ist (§ 53 Abs. 2 GemO, § 43 Abs. 2 LKrO; vgl. insbesondere Abschn. 4.2 der GPA-Mitt. 6/1997 Az. 902.00; 902.22; 910.00). Unschädlich ist dabei, wenn die budgetierten Schulen intern von der Kommune zentrale Vergabedienstleistungen oder die Abwicklung von Zahlungen durchführen lassen.

Die budgetierten Schulen können - unabhängig vom Gesamtwert des Auftrags - einen **generellen Nachlass von 12 %** für alle Sammelbestellungen erhalten. Die Schule mit Budgetrecht wird dann zur eigenständigen Vergabestelle im Sinne des Vergaberechts; nur ihre Beschaffungsmengen werden dem Auftragswert zugrunde gelegt (s.o. Abschn. 3.1). Bei einer Einkaufskooperation budgetierter Schulen müssen allerdings zur Vermeidung einer unzulässigen Umgehung des Vergaberechts die einzelnen Auftragswerte zusammengerechnet werden.

Ob diese Variante im Vergleich zu einer Sammelbestellung der gesamten Kommune günstiger ist (vgl. o. Abschn. 3.2.1), muss im Einzelfall geprüft werden. Dem dort erzielbaren maximalen Nachlass von 15 % stehen 12 % gegenüber. Allerdings gelten die 12 % Nachlass für alle Sammelbestellungen auch während des laufenden Schuljahres, während die Nachlassstaffel des § 7 Abs. 3 Satz 1 BPrBG nur für Sammelbestellungen gilt, die der Buchhändler durch **eine** Lieferung, wenn auch an verschiedene Lieferstellen, ausführen kann. Nach der

Gesetzesbegründung können Nachbestellungen nur dann unter diese Regelung fallen, wenn sie innerhalb von 4 Wochen nach Schuljahresbeginn erfolgen; bei Berufsschulen wird allgemein ein Zeitraum von 6 Wochen akzeptiert. Schließlich können auch etwaige Einsparungen beim Verwaltungsaufwand berücksichtigt werden.

3.3 Bildung von Losen

Nach § 97 Abs. 3 GWB i.V.m. § 5 Nr. 1 VOL/A sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Diese Bestimmungen verpflichten den Auftraggeber dazu, die Leistungen in Lose zu zerlegen, wenn dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist. Auf diese Weise soll ein möglichst großer Anbieterkreis erhalten bleiben und ein möglichst breiter Wettbewerb stattfinden. Mittelständische Bieter haben nach Auffassung der Vergabekammer Baden-Württemberg sogar ein subjektives Recht auf Beachtung der Teilung in Lose (Beschl. v. 18.07.2003 - 1 VK 30/03).

Für die Berechnung des Auftragswerts zur Wahl des richtigen Vergabeverfahrens (s.o. Abschn. 3.1) werden die Lose zusammengezählt. Ein Einzellos sollte nicht unterhalb der Wertgrenze von 50.000 Euro liegen, damit der höchstzulässige Nachlass von 15 % erzielt werden kann; bei Budgetierung können allerdings in jedem Fall nur 12 % Nachlass erzielt werden (s.o. Abschn. 3.2.2).

3.4 Wettbewerb trotz Preisbindung ?

Nachdem die Buchpreise feststehen und die Nachlässe gesetzlich festgeschrieben sind (s.o. Abschn. 2.1), kann ein Wettbewerb nur in Bezug auf sogen. **Nebenleistungen** (§ 7 Abs. 4 BPrBG) stattfinden, die zusätzlich in das Leistungsverzeichnis aufgenommen werden können. Dabei sind die gewünschten Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und möglichst untereinander zu gewichten.

- **Zugabe geringwertiger Waren** (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 BPrBG)

Geringwertig sind beispielsweise Reklamegegenstände wie Luftballons oder Kugelschreiber. Durch die Zugabe darf die Buchpreisbindung nicht unterlaufen werden. Im Vergabeverfahren wird sich die Zugabe kaum auswirken, weil sie freiwillig erfolgt und nicht in der Leistungsbeschreibung gefordert werden darf. Auch dürfen initiativ angebotene Zugaben die Neutralität nicht beeinflussen.

- **Übernahme geringwertiger Kosten für den Besuch der Verkaufsstelle**

(§ 7 Abs. 4 Nr. 2 BPrBG)

Auch dadurch darf die Buchpreisbindung nicht unterlaufen werden. Diese Variante spielt in der Praxis wohl kaum eine Rolle, weil die Verkaufsstelle in aller Regel nicht besucht wird; die Bestellung erfolgt schriftlich, die Bücher werden geliefert.

- **Übernahme von Versand- oder besonderen Beschaffungskosten**

(§ 7 Abs. 4 Nr. 3 BPrBG)

Hiervon wird regelmäßig Gebrauch gemacht. Zulässig ist die Übernahme der Bestell-, Versand- und Anlieferkosten (ggf. Direktbelieferung der einzelnen Schulen) sowie evtl. der anfallenden Sortierkosten (klassenweise Verpackung der Schulbücher).

- **Andere handelsübliche Nebenleistungen** (§ 7 Abs. 4 Nr. 4 BPrBG)

Darunter versteht man Service- und Beratungsleistungen (einschl. Bestell- und Beratungshotlines), das Bibliographieren oder Ausdrucken von Literaturzusammenstellungen, Vereinfachung der Abrechnungsmodalitäten sowie Rücknahme falsch gelieferter oder beschädigter Bücher und des Verpackungsmaterials.

Nicht als handelsübliche Nebenleistung gelten derzeit die Entsorgung alter Schulbücher sowie die "Folierung" oder Inventarisierung neuer Bücher. Kritisch ist der Rückkauf gebrauchter Bücher zu betrachten. Jedenfalls darf dadurch nicht die Buchpreisbindung unterlaufen werden. Der Rückkaufwert richtet sich nach dem Zustand des individuellen Buchs, sodass Pauschalbeträge oder eine generelle Preisgarantie im Vergabeverfahren ausscheiden.

Zahlungsziele und Skonti sind unzulässig. Da der Endpreis nach § 5 BPrBG als Barzahlungspreis zu verstehen ist, darf davon bei Nichtausschöpfung des Zahlungsziels kein Skontobetrag abgezogen werden. Die Einräumung eines Skontos würde zu einer verbotenen Unterschreitung des gebundenen Preises führen (BGH, Urt. v. 24.06.2003, NJW 2003, 2525). Eine Umgehung dieser Bindung wird bereits dann gesehen, wenn der Buchhändler die Rechnung erst später ausstellt und nicht (wie branchenüblich) zum Zeitpunkt der Hauptlieferung (LG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2003, Az. 34 O 104/03).

3.5 Wertung der Angebote

Wird ein Vergabeverfahren nach VOL/A durchgeführt, ist in jedem Fall eine umfassende Wertung der Angebote nach § 25 VOL/A mit den dort genannten 4 Wertungsstufen durchzuführen:

Erste Stufe: Vollständigkeit der Verdingungsunterlagen (§ 25 Nr. 1 VOL/A)

Die Verdingungsunterlagen sollten eindeutige, konkrete und widerspruchsfreie Nachweise und Erklärungen fordern. Fehlen sie oder sind sie mangelhaft, kann dies - je nach Gewicht - zum Ausschluss des Angebots führen.

Zweite Stufe: Persönliche und fachliche Eignung (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A)

Der Bieter muss die zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Die Forderung von Eignungsnachweisen muss dem Auftrag angemessen und auf die zu erbringende Leistung gerichtet sein. Im Einzelnen:

- **Fachkunde:**

Es kann ein Nachweis verlangt werden, dass auch Aufträge im ausgeschriebenen Umfang abgewickelt werden können (z.B. Referenzen über die Belieferung von anderen größeren Abnehmern).

- **Leistungsfähigkeit:**

Regelmäßig wird ein Nachweis über Kundenbeziehungen und Solidität des Betriebs verlangt (z.B. Referenzen und Umsatzzahlen der vergangenen drei Jahre; Bank- oder Verlagsauskünfte).

- **Zuverlässigkeit:**

Hier genügt der Nachweis der regelmäßigen Zahlung von Steuern und Abgaben (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Finanzämter) sowie ein Nachweis, dass frühere Verträge - einschl. Gewährleistung - einwandfrei ausgeführt worden sind.

Soweit geforderte Nachweise nicht erbracht werden, könnte bereits ein nicht vollständiges Angebot i.S. des § 25 Nr. 1 VOL/A (erste Stufe) vorliegen. Soweit die vorgelegten Nachweise die geforderten Kriterien nicht erfüllen, kann das Angebot für den Zuschlag nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A nicht in Betracht kommen. Zu beachten bleibt bei der Eignungsprüfung,

dass bei nachgewiesener Eignung ein darüber hinausgehender Vorsprung eines anderen Bieters unerheblich ist (es gibt kein „Mehr“ an Eignung).

Dritte Stufe: Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A)

Die Buchpreisbindung darf nicht unterlaufen werden. Soweit die (gesetzliche) Preisbindung verletzt wird, ist darin ein sittenwidriges Verhalten i.S. des § 826 BGB zu sehen mit der Konsequenz, dass das Angebot nicht gewertet werden kann (BGH, Urt. v. 26.04.1967, Az. 1 bZR 22/65).

Bei gleichzeitiger Beschaffung von preisgebundenen und preisbindungsfreien Büchern ist darauf zu achten, dass die preisbindungsfreien Bücher nicht unter dem Selbstbeschaffungspreis des Buchhändlers abgegeben werden. Ansonsten ist anzunehmen, dass die Buchpreisbindung unterlaufen wird (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 21.11.1989, NJW 1990, 1993).

Vierte Stufe: Wirtschaftlichstes Angebot (§ 25 Nr. 3 VOL/A)

Entscheidend für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sind „alle Umstände“, die für die Lieferung eine Rolle spielen. Damit können alle vom Preis unabhängigen handelsüblichen Leistungen berücksichtigt werden, die für den Auftraggeber von Nutzen sein können. Der Nutzen muss sich auf den konkreten Auftrag beziehen. In Frage kommen hier Unterschiede der Angebote in Bezug auf Nebenleistungen (s. o. Abschn. 3.4). Orts- oder Bezirksansässigkeit des Bieters darf jedoch keine Rolle spielen. Es empfiehlt sich, relevante Zuschlagskriterien von vornherein in der Leistungsbeschreibung zu gewichten.

3.6 Gleichwertige Angebote

Sind alle Differenzierungsmöglichkeiten im Leistungsverzeichnis ausgeschöpft und liegen nach der Wertung wirtschaftlich absolut gleichwertige Angebote vor, bleibt nur noch das **Auslosungsverfahren** (VK Nord-Bayern, Beschl. v. 27.06.2003 - K 20/03). Behält sich der Auftraggeber ein solches Verfahren bei Vorliegen gleichwertiger Angebote vor, muss er dies allerdings spätestens in den Verdingungsunterlagen ankündigen (VK Düsseldorf, Beschl. v. 14.07.2003 - VK 19/2003).

Auch für das Auslosungsverfahren gelten die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit. Alle Bieter, die das Wertungsverfahren nach Abschnitt 3.5 erfolgreich durchlaufen haben, müssen daher zur Verlosung zugelassen werden. Dabei darf jeder Bieter aber nur mit **einem Angebot** teilnehmen.



Gibt ein Bieter ein eigenes Angebot ab und bewirbt er sich zugleich als Mitglied einer Bietergemeinschaft, sind beide Angebote zwingend nach den §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. f, 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A auszuschließen, wenn Bieter und Bietergemeinschaft zumindest die Grundlagen oder die Kalkulation des jeweils anderen Angebots gekannt haben und daher die Geheimhaltung im Wettbewerb nicht mehr gewährleistet war (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 - VII-Verg 52/03). Gleiches wird gelten müssen, wenn mehrere Angebote von miteinander verbundenen Unternehmen vorliegen; Rechtsprechung dazu ist allerdings noch nicht ergangen.

Darüber hinaus ist die Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschl. v. 18.07.2003 - 1 VK 30/03) der Auffassung, dass auch aus Gründen der Mittelstandsförderung darauf zu achten sei, dass ein Bieter, der bei der losweisen Vergabe (s.o. Abschn. 3.3) bereits einen Teilauftrag erhalten hat, vom weiteren Losverfahren ausgeschlossen wird, um sicherzustellen, dass die Lose gleichmäßig auf verschiedene Bieter verteilt werden („**Loslimitierung**“). Denn aus der wirtschaftlichen Gleichstellung der Angebote folge, dass jedem Bieter hinsichtlich der einzelnen Lose dieselben Chancen auf einen Auftrag einzuräumen sind. Aus Gründen der Mittelstandsförderung erscheine es sachgerecht, dass eine möglichst breite Streuung der Aufträge erfolgt und eine zufällige Häufung der Teilaufträge auf einen Bieter vermieden wird.

Folgt man dieser Auffassung, ist es jedenfalls empfehlenswert, schon in der Bekanntmachung, spätestens aber in den Verdingungsunterlagen anzukündigen, dass die Anzahl der Lose pro Bieter beschränkt ist.