



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Die in § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz geregelten Schulbuchnachlässe sind ein Spezialfall der Mengennachlässe, die den Besonderheiten des Schulbuchgeschäfts Rechnung tragen. Andere oder weitergehende Mengennachlässe oder Nachlässe sind im Bereich des Schulbuchgeschäfts unzulässig.
2. Aus § 4 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 ergibt sich zwar, dass bestimmte Vorteile, wozu insbesondere Mengenrabatte gehören, an den öffentlichen Auftraggeber weiterzugeben sind. Die Nachlassstaffel in § 7 Abs. 3 BuchPrG geht zwar auf die o.g. Vorschrift zurück; diese ist aber hier nicht unmittelbar anwendbar, weil die VO PR Nr. 30/53 nur für die Ermittlung von Preisen im Rahmen des allgemeinen Preisrechts gilt. Kann hingegen der Marktpreis im Wettbewerb, also durch eine Ausschreibung ermittelt werden, kommt die VO PR Nr. 30/53 überhaupt nicht zur Anwendung.
3. Ermittelt die Vergabestelle bei Schulbuchvergaben das wirtschaftlichste Angebot anhand einer Verlosung und ist ihr ein Vergabefehler unterlaufen, der keine Auswirkungen auf die Zusammenstellung des Teilnehmerkreises bei der ersten Verlosung hat, so ist es nicht Sinn und Zweck eines Nachprüfungsverfahrens einem Bieter eine weitere und mithin zweite Chance in einer Verlosung unter ansonsten unveränderten Ausgangsvoraussetzungen zu ermöglichen. Die Wiederholung einer Wertung kann nur dann verlangt werden, wenn durch veränderte Ausgangspositionen auch die Chancen eines Antragstellers sich tatsächlich verändern.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Lieferung von preisgebundenen Schulbüchern für die Schuljahre 2007/2008 und 2008/2009

VK 11/07

des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

gegen

die Stadt xxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene zu 1) bis 3)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2007 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Bartsch

am **15. Mai 2007** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Lieferung von preisgebundenen Lernmitteln für die Schuljahre 2007/2008 und 2008/2009 in einem offenen Verfahren nach der VOL/A als Rahmenvereinbarung europaweit aus. Der geschätzte Gesamtauftragswert beläuft sich ohne Mehrwertsteuer auf ca. 450.000 €. Eine Aufteilung in etwa drei gleich große Lose war vorgesehen.

Als Zuschlagskriterium nannte die Antragsgegnerin unter Ziffer IV. 2. 1 der Bekanntmachung das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog ausgeführt sind.

Als sonstige Information teilte die Antragsgegnerin mit: Der Zuschlag erfolgt je Los auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach der Umfänglichkeit der Serviceleistungen. Bei wirtschaftlich gleichen Angeboten erfolgt die Entscheidung nach dem in der Leistungsbeschreibung dargestellten Losverfahren.

In dem Vordruck „Angebot“ unter Ziffer 4.1 konnten die Bieter durch Ankreuzen folgende Angaben machen: „Wir gewähren bei Aufträgen für Lernmittel, die der Preisbindung unterliegen, den höchstzulässigen Nachlass von 15% bei einem Gesamtauftragswert von mehr als 50.000 Euro.“ Im Anschluss daran befand sich die in § 7 Abs. 3 BuchPrG für Nachbestellungen vorgegebene Nachlassstaffel.

Weiterhin konnten die Bieter ankreuzen: „Wir gewähren innerhalb der gesetzlichen Vorgaben andere folgende Preisnachlässe (gesonderte Aufstellung ist mit Angebotsabgabe beizufügen).“

In dem Angebotsvordruck unter Ziffer 4.5 gab die Antragsgegnerin insgesamt 6 handelsübliche Serviceleistungen vor, die von den Bietern durch ankreuzen bestätigt oder abgelehnt werden konnten. Dabei handelte es sich beispielsweise um die Verpflichtung zur Rücknahme des Verpackungsmaterials oder die Zurverfügungstellung eines kostenlosen Fax- und Telefon-Bestellservices. Nicht aufgeführt waren dort der Preis oder irgendwelche Mengenrabatte.

In der Leistungsbeschreibung zur Schulbuchlieferung wies die Antragsgegnerin unter Ziffer 2 auf folgendes hin:

„Der Zuschlag erfolgt je Los auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach der Umfänglichkeit der Serviceleistungen. Im Angebotsvordruck hat ein Bieter alle Serviceleistungen anzukreuzen, die er während der Vertragslaufzeiten dauerhaft für jedes gebotene Los erbringen will. Alle Serviceleistungen sind hinsichtlich der Vergabeentscheidung gleichwertig. Es erfolgt daher eine Vergabe an den Bieter oder die Bieter, der die meisten Serviceleistungen auf sich vereinen kann/können.

Sofern mehrere Bieter für ein Los gleichwertige Angebote vorgelegt haben, wird die Entscheidung in einem Auslosungsverfahren unter Beteiligung des Rechnungsprüfungsamtes getroffen.“

Zudem bestimmte die Antragsgegnerin in ihren Verdingungsunterlagen: „Die Aufträge über preisgebundene Lernmittel für das Schuljahr 2007/08 und 2008/09 werden gemäß dem im Buchpreisbindungsgesetz festgelegten höchstzulässigen Nachlass in Verbindung mit dem wirtschaftlichsten Angebot losweise vergeben.“

Am 20.02.2007 lagen der Antragsgegnerin insgesamt 63 Angebote vor. Die Antragsgegnerin prüfte anhand der vier Wertungsstufen alle Angebote und stellte fest, dass insgesamt 27 Angebote wirtschaftlich gleichwertig waren.

Dabei benutzte sie je Angebot einen Wertungsvordruck, in dem sie die Wertungsstufen 1 bis 4 aufgenommen hatte. Kam ein Angebot in die 3. Stufe, so stellte die Antragsgegnerin das Preis-Leistungs-Verhältnis gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A dadurch fest, dass sie zunächst die Gewährung des höchstzulässigen Rabattes ankreuzte und anschließend die sechs von ihr genannten Serviceleistungen durch ankreuzen feststellte. Anschließend stellte die Antragsgegnerin in dem Vordruck auf der vierten Wertungsstufe durch ankreuzen fest, ob das vorliegende Angebot ein höchstmöglich wirtschaftliches Angebot (angebotene Serviceleistungen, Rabattgewährung nach dem Buchpreisbindungsgesetz) ist und somit zum Losverfahren zugelassen werden konnte.

Daraufhin nahm die Antragsgegnerin eine Auslosung vor und ermittelte die drei mit Beschluss vom 19.04.2007 Beigeladenen, die jeweils ein Los erhalten sollen.

Das Angebot der Antragstellerin für alle drei Lose nahm ebenfalls an der Verlosung teil, wurde aber nicht gezogen, so dass sie keinen Zuschlag erhalten soll. Die Antragstellerin hatte unter Ziffer 4.1 im Angebotsvordruck beide Möglichkeiten angekreuzt und ihrem Angebot eine Anlage 8 beigefügt, die zusätzliche Nachlässe und Preisvorteile enthielt.

Unter Ziffer 1 in der Anlage 8 verwies die Antragstellerin darauf, dass sie für alle nicht preisgebundenen Artikel und bei allen preisfreien Artikeln bestimmte Nachlässe einräumen wollte.

Unter Ziffer 2 in der Anlage 8 wies sie darauf hin: „Soweit bei Mengenpreisen der Preis unterschritten wird, der sich nach Abzug des gesetzlich festgelegten Lernmittelnachlasses ergibt, liefern wir zu den niedrigeren Mengenpreisen.“

Die Antragsgegnerin berücksichtigte die Anlage 8 bei der Wertung nicht, sondern ließ das Angebot als wirtschaftlich gleichwertig zur Verlosung zu. Da das Angebot in der Verlosung nicht gezogen wurde, erteilte ihr die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.03.2007 eine Absage.

Mit Schreiben vom 29.03.2007 und 05.04.2007 rügte die Antragstellerin die geplante Losvergabe und beantragte am 11.04.2007 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, das zur Zustellung des Antrages am 11.04.2007 führte.

Die Antragstellerin meint, die von der Antragsgegnerin durchgeführte Verlosung sei nicht zulässig gewesen. Die Antragsgegnerin habe ausweislich ihrer Ausschreibungsunterlagen erst nach Feststellung der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit eine Entscheidung durch Verlosung vornehmen dürfen.

Die Antragstellerin behauptet, sie habe in ihrem Angebot Ziffer 4.1 angekreuzt und in der Anlage 8 zum Angebot zusätzliche Nachlässe und Preisvorteile, die innerhalb der gesetzlichen Vorgaben möglich sind, angeboten. Sie gehe davon aus, dass andere Bieter, insbesondere die für den Zuschlag vorgesehenen Bieter, diese Nachlässe nicht angeboten haben. Die Antragstellerin meint, dass ihr Angebot somit wirtschaftlich günstiger sei. Die Antragsgegnerin hätte diesen Preisnachlass werten müssen. Eine Verlosung sei folglich – so wie von der Antragsgegnerin durchgeführt – nicht zulässig gewesen.

Nach Auffassung der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin mit der zweiten Ankreuzmöglichkeit in dem Angebotsvordruck eben keinen Bezug auf das Buchpreisbindungsgesetz genommen. Diese Rubrik könne sich nur auf allgemeine Nachlässe beziehen, die gesetzlich zulässig sind oder auf Nachlässe für preisfreie Artikel.

Die Antragstellerin verweist darauf, dass sie über die konkreten im Buchpreisbindungsgesetz vorgeschriebenen Mengenpreise höhere allgemeine Mengenpreise gewähre. Dies setze eine andere als die übliche Aufbereitung des Auftrages voraus. Statt der Klassenmengen nach Schulen, müsse man die in der Stadt pro Titel nachgefragte Menge ermitteln und prüfen, ob eine Menge erreicht werde, die ausreiche, um die von den Verlagen festgelegten allgemeinen Mengenpreise zu erreichen. Soweit das der Fall sei, könne dieser allgemeine Mengenpreis an die Antragsgegnerin weitergegeben werden. Diese Aufbereitung des Stadtauftrages habe sie angeboten, ohne dass die Antragsgegnerin dies gewertet habe. Die Antragstellerin verweist insoweit auf ein Schreiben des Bundeskartellamtes aus dem Jahre 1986, wonach das zulässig sei. Weiterhin zitiert die Antragstellerin § 4 Abs. 3 der VO PR 30/53, wonach auch dem öffentlichen Auftraggeber alle Vorteile, insbesondere Mengenrabatte einzuräumen und zu gewähren seien. Im Übrigen meint sie, dass das von der Antragsgegnerin angeführte BGH Urteil einen völlig anderen Sachverhalt betreffe.

Die Antragstellerin trägt in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf zwei schriftliche Stellungnahmen von namhaften Verlagen vor, dass bei bestimmten Bestellungen der höhere Mengenrabatt einzuräumen sei.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin habe diesen von ihr gewährten Preisnachlass auch werten müssen. In der Bekanntmachung habe die Antragsgegnerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien Bezug genommen auf die Verdingungs- und Ausschreibungsunterlagen. In den Verdingungsunterlagen, nämlich unter Ziffer 4.1 habe sie nach anderen Preisnachlässen gefragt. Daher sei diese Angabe für die Erteilung des Zuschlags von erheblicher Bedeutung. Dies gelte vor allem für das Kriterium „Preis“, da das Endziel aller Angebotsbewertungen die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes sei. Ausweislich der Verdingungsunterlagen habe sie in den Wertungsbögen auf der Stufe 3 auch die Gewährung des höchstzulässigen Rabattes aufgenommen. Folglich habe die Antragsgegnerin bei der Wertung sehr wohl auch den Preis herangezogen. Auch auf der Stufe 4 habe sie erneut die Serviceleistungen und die Rabattgewährung als Kriterien genannt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin seien auch die nicht preisgebundenen Artikel Gegenstand der Ausschreibung gewesen, was sich aus dem Angebotsvordruck ergebe, in dem ganz allgemein von der Lieferung von Schulbüchern die Rede sei. Auch sei eine Förderschule genannt. Im Lernmittelbedarf der Förderschulen seien aber immer nicht preisgebundene Artikel enthalten. Auch die Lehrerexemplare seien ausdrücklich von der Preisbindung ausgenommen. Schließlich habe die Antragsgegnerin auch im Jahre 2005/2006 in einer Ausschreibung nicht preisgebundene Artikel gefordert.

Die Antragstellerin weist zudem darauf hin, dass sie – ausweislich ihres Angebotsschreibens vom 12.02.2007, verheftete oder verdruckte Bücher innerhalb von drei Jahren umtauschen werde, soweit die Titel noch lieferbar sind. Damit würden die gesetzlichen Gewährleistungsfristen von zwei Jahren überschritten, was ebenfalls wirtschaftlich günstiger für die Antragsgegnerin sei. Auch diese besondere Serviceleistung habe die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Wertung unzulässigerweise nicht berücksichtigt.

Da die Antragsgegnerin als Zuschlagskriterium das wirtschaftlichste Angebot nach Umfänglichkeit der Serviceleistungen genannt habe, müsse man annehmen, dass es auf möglichst viele Serviceleistungen ankam. Anderenfalls hätte die Antragsgegnerin dies ausdrücklich in ihren Ausschreibungsunterlagen erklären müssen. Im Übrigen weist die Antragstellerin darauf hin, dass sie ihre Auftragsbearbeitung so organisiert habe, dass eine solche Aufbereitung ohne zusätzliche Kosten möglich sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin die beabsichtigte Vergabe zu untersagen und
2. die Antragsgegnerin zu einer Neuwertung der Angebote unter Berücksichtigung der von ihr vorgetragenen Gesichtspunkte zu verpflichten und insbesondere bei ihrem Angebot den höheren Nachlass, die Mengenpreise und die Gewährleistungsfrist bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu werten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin abzulehnen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, ihre Wertung sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei in der Anlage 8 unter Ziffer 1 auf nicht preisgebundene und preisfreie Artikel Bezug genommen worden, die aber nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen seien. Ausweislich der Bekanntmachung sei ausschließlich die Lieferung von preisgebundenen Lernmitteln europaweit ausgeschrieben worden. Ausdrücklich weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass auch die von der Antragstellerin genannte Schule preisgebundene Schulbücher erhalte. Soweit andere – also nicht preisgebundene Schulbücher benötigt werden- werde sie diese gesondert beauftragen. Diese seien nicht Gegenstand dieser Ausschreibung gewesen.

Hinsichtlich der Ziffer 2 in der Anlage 8 sei unklar, ob diese Aussage (Weitergabe von Mengenpreisen) sich auf nicht preisgebundene Artikel beziehe oder auf die ausgeschriebenen preisgebundenen Lernmittel. Hinsichtlich der nicht preisgebundenen Artikel verweist die Antragsgegnerin auf ihre Bekanntmachung.

Sollte sich Ziffer 2 auf die preisgebundenen Schulbücher beziehen, so vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz stelle eine abschließende Regelung für den Fall der Schulbuchlieferung dar. Das ergebe sich bereits aus den Gesetzesmaterialien, sei aber auch in der Rechtsprechung bereits entschieden worden. So habe der BGH mit Urteil vom 24.06.2003, KZR 32/02 ausgeführt, dass weitergehende Nachlässe und Preisvorteile als die in § 7 Abs. 3 Buchpreisbindungsgesetz festgelegten gesetzeskonform nicht gewährt werden könnten. Folglich könnten diese auch nicht bei der Wertung berücksichtigt werden.

Zudem vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, dass das Feststellen eines Mengenpreises, so wie von der Antragstellerin in Ziffer 2 der Anlage 8 vorgeschlagen, nur durch eine aufwendige Prozedur ermöglicht werde. Damit biete die Antragstellerin quasi eine zusätzliche Serviceleistung an, die jedoch nicht in die Wertung einfließen könne, weil diese von ihr an keiner Stelle als Zuschlagskriterium genannt worden sei. Dies gelte auch für die von der Antragstellerin angebotene Verlängerung der Gewährleistungsfrist. Welche Serviceleistungen gewertet werden sollten, ergebe sich aus der Ausschreibung. Aus Gründen der Gleichbehandlung dürfe sie andere Serviceleistungen nicht berücksichtigen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, der Begriff „Mengenpreis“ finde sich in § 5 Abs. 4 BuchPrG. Es handele sich um den vom Verleger festgesetzten Endpreis. Der Verkauf müsse zu diesem Endpreis erfolgen. In § 7 Abs. 3 BuchPrG würde zwar keine Bezugsgröße für den Abzug der Rabatte genannt, es könne sich aber nur um den Endpreis handeln. Die Situation, wie in der Anlage 8 Ziffer 2 beschrieben, dass der Mengenpreis den Endpreis im Sinne des § 7 Abs. 3 BuchPrG unterschreitet, könne es nach der Gesetzeslogik und Gesetzessystematik nicht geben.

Die Antragsgegnerin behauptet zudem, in dem Vordruck „Angebot“ könne Ziffer 4.1 in Kenntnis des Umstandes, dass das Buchpreisbindungsgesetz ausschließlich die Nachlässe nach § 7 Abs. 3 BuchPrG bei Schulbuchlieferungen zulasse, die zweite Ankreuzmöglichkeit nur dahingehend verstanden werden, dass ein Bieter nicht den höchstzulässigen Rabatt einräumen wolle. Diese Abfrage sei im Vergleich und als Alternative zur ersten Ankreuzmöglichkeit zum Zwecke der Vollständigkeit notwendig gewesen. Dadurch sollten aber keineswegs weitere Wertungsmöglichkeiten hinsichtlich zusätzlicher Nachlässe eröffnet werden. Schließlich sei ausdrücklich formuliert worden, dass andere Preisnachlässe nur innerhalb der gesetzlichen Vorgaben möglich seien, womit die Buchpreisbindung in § 7 Abs. 3 BuchPrG gemeint gewesen sei.

Darüber hinaus trägt die Antragsgegnerin vor, der Preis sei in der vorliegenden Ausschreibung kein konkretes Zuschlagskriterium gewesen, sondern lediglich die Umfänglichkeit der geforderten Serviceleistungen. In Ziffer 4.1 des Angebotsvordrucks sei lediglich hinsichtlich des Preises eine Erklärung gefordert worden.

Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus den Wertungsbögen. Dort sei unter Stufe 3 und 4 wegen der gesetzlich geltenden Preisbindung nichts zu prüfen bzw. zu werten gewesen. Geprüft habe sie einzig und allein, ob die von den Bietern in Ziffer 4.1 geforderte „Erklärung“ abgegeben worden sei. Eigentlich habe dieser Prüfungspunkt bereits auf Stufe 1 gehört. Dies könne man auch daraus schließen, dass ansonsten eine Gewichtung hätte erfolgen müssen, und zwar in der Weise, dass der Preis in Relation zu den Serviceleistungen zu setzen war. Genau das sei aber nicht geschehen. Dass der Begriff hier nochmals auftauche, hänge mit der internen Zuständigkeitsverteilung zusammen, weil unterschiedliche Fachbereiche beteiligt waren, wie sich aus den Paraphen und Fachbereichsbezeichnungen auf den Wertungsbögen ersehen lassen.

Die mit Beschluss vom 19.04.2007 **Beigeladenen zu 1) bis 3)** erhielten Gelegenheit zum Vortrag.

Die Beigeladene zu 3) trägt vor, bereits aus der Bekanntmachung, aber auch aus dem Text der Ausschreibung sei ersichtlich, dass es ausschließlich um die Lieferung von preisgebundenen Lernmitteln ging. Damit könne die Anlage 8 zum Angebot der Antragstellerin nicht gewertet werden. Auch die zusätzlich angebotene Serviceleistung sei nicht wertbar, weil diese von der Antragsgegnerin nicht abgefragt worden sei. Die Berücksichtigung von weiterreichenden Serviceleistungen als vorgegeben würde die Mitbewerber benachteiligen.

Die Beigeladene zu 3) trägt weiterhin vor, das Schreiben des Bundeskartellamtes aus dem Jahre 1986 habe mit Inkrafttreten des Buchpreisbindungsgesetzes am 01.10.2002 keine Bedeutung mehr. Sie verweist insoweit ebenfalls auf die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2003. § 7 Abs. 3 BuchPrG stelle die Spezialvorschrift zu § 5 Abs. 4 Ziffer 4 BuchPrG dar, so dass der Mengenpreis bei preisgebundenen Schulbüchern keine Rolle mehr spiele. Die Beigeladene zu 3) legt zum Nachweis dieser Behauptung drei Stellungnahmen von namhaften Verlagen datiert von April 2007 bei, die ihre Auffassung bestätigen. Dort heißt es beispielsweise wörtlich: „Der K-Verlag gewährt auf preisgebundene Schulbuchtitel aus seinem Programm keine Mengenpreise bzw. genehmigt Händlern nicht, Mengenpreise an Endkunden weiterzugeben. Es sind bei diesen Titeln lediglich jene Nachlässe möglich, die der § 7 BuchPrG für Schulbuchsammelbestellungen festlegt.“

Die Beigeladene zu 3) beantragt,

die Anträge der Antragstellerin bezüglich der Nachprüfung der Vergabe der Schulbuchaufträge der Stadt Bocholt abzulehnen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 24.05.2007 verlängert. Am 11.05.2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Wegen derselben Ausschreibung ist gegen die Antragsgegnerin bereits ein weiteres Nachprüfungsverfahren unter dem Aktenzeichen VK 6/07 anhängig gewesen, das mit Beschluss vom 27. April 2007 zurückgewiesen wurde. Die Verfahren sind nicht miteinander

verbunden worden, weil es sich um völlig unterschiedliche vergaberechtliche Beanstandungen handelte.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für alle drei Lose liegt oberhalb von 211.000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

Der zulässige Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

1. Die Durchführung der Verlosung unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil das Angebot der Antragstellerin im Verhältnis zu den Angeboten der anderen an der Verlosung teilgenommenen Bieter nicht als wirtschaftlicher berücksichtigt werden durfte, aber auch nicht ausgeschlossen werden musste.

Die von der Antragstellerin vorgesehenen und in der Anlage 8 zu ihrem Angebot als „zusätzliche Nachlässe und Preisvorteile“ genannten Möglichkeiten sind von der Antragsgegnerin zu Recht gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A nicht gewertet worden.

a) Der in der Anlage 8 unter Ziffer 1 unterbreitete Vorschlag zusätzlicher Preisvorteile für nicht preisgebundene oder preisfreie Artikel betrifft nicht den Gegenstand der Ausschreibung.

Die Ausschreibung der Antragsgegnerin bezog sich eindeutig auf preisgebundene Schulbücher. Die Antragsgegnerin hat in der europaweiten Bekanntmachung, die insofern maßgeblich ist, unter Ziffer II. 1. 1. ausdrücklich darauf hingewiesen. Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen oder sogar widersprüchliche Angaben sind nicht ersichtlich. Auch wenn die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen teilweise nur die „Lieferung von Schulbüchern“ bestimmt, steht diese verkürzte Darstellung nicht im Widerspruch zur Bekanntmachung. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass an mehreren Stellen in den Verdingungsunterlagen, wie in Satz 1 unter Ziffer 1 und Satz 1 unter Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung sehr wohl der Terminus „preisgebundene Lernmittel“ wiederholt wird, aber an keiner Stelle die Rede von preisfreien Artikeln ist.

Dem steht auch nicht entgegen, dass in Los 1 eine Förderschule in den Ausschreibungsunterlagen genannt wurde. Denn die Einlassung der Antragsgegnerin, dass auch Förderschulen preisgebundene Lernmittel benötigen und nicht preisgebundene Artikel gesondert beauftragt werden, ist nicht zu beanstanden.

Insofern waren alle Vergünstigungen, die im Zusammenhang mit nicht preisgebundenen Artikeln und preisfreien Artikeln eingeräumt wurden, nicht Gegenstand der Ausschreibung und durften somit von der Antragsgegnerin bei der Wertung der Angebote nicht

berücksichtigt werden. Der Vorschlag unter Ziffer 1 in der Anlage 8 ist folglich zu Recht unbeachtet geblieben.

b) Den in der Anlage 8 unter Ziffer 2 gemachte Vorschlag, wonach der Antragstellerin bei der Abnahme bestimmter Mengen von den Verlagen ein Mengenpreis eingeräumt wird, den sie an die Antragsgegnerin weitergegeben hätte, hat die Antragsgegnerin ebenfalls zu Recht unbeachtet gelassen.

aa) Soweit sich diese Ziffer 2 auf Preise im Zusammenhang mit preisfreien Artikeln beziehen sollte, was aus dem Angebot der Antragstellerin nicht eindeutig hervorgeht, so gilt das bereits oben Ausgeführte. Die Ausschreibung verhielt sich definitiv nur über preisgebundene Lernmittel.

bb) Im Übrigen würde die Einräumung von zusätzlichen Nachlässen oder Preisvorteilen im Bereich der preisgebundenen Schulbuchlieferung einen Verstoß gegen § 7 Abs. 3 BuchPrG darstellen.

Gemäß § 7 Abs. 3 BuchPrG sind bei der Beschaffung von preisgebundenen Schulbüchern Nachlässe für bestimmte Absatzmengen einzuräumen. Weitere zusätzliche wirtschaftliche Vergünstigungen sind ausgeschlossen, weil § 7 Abs. 3 BuchPrG einen abschließenden Tatbestand darstellt und weder durch die Einräumung von Skonto noch durch die Gewährung anderer Zahlungsziele umgangen werden darf, BGH 24.06.2003, KZR 32/02. Alle wirtschaftlichen Vergünstigungen, die zur Unterschreitung des durch § 7 Abs. 3 BuchPrG gebundenen Preises führen, stellen eine unzulässige Umgehung dar. Dies ist grundlegend vom BGH in dem vorstehenden Urteil im Jahre 2003 entschieden worden, so dass anders lautende Auffassungen, wie der Hinweis des Bundeskartellamtes aus dem Jahre 1986 nicht mehr vertretbar sind.

§ 7 BuchPrG regelt abschließend die Fälle, in denen beim Verkauf von Büchern keine Bindung an den gemäß § 5 festgesetzten Preis an Letztabnehmer besteht. Die in Absatz 3 geregelten Schulbuchnachlässe sind ein Spezialfall der Mengennachlässe, die den Besonderheiten des Schulbuchgeschäfts Rechnung tragen. Andere oder weitergehende Mengennachlässe oder Nachlässe sind im Bereich des Schulbuchgeschäfts unzulässig. Dies haben auch drei namhafte Verlage im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens ausdrücklich schriftlich bestätigt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich auch nicht aus § 4 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53, dass bestimmte Vorteile, wozu insbesondere Mengenrabatte gehören, an den öffentlichen Auftraggeber weiterzugeben sind. Die Nachlassstaffel in § 7 Abs. 3 BuchPrG geht zwar auf die o.g. Vorschrift zurück; diese ist aber hier nicht unmittelbar anwendbar, weil die VO PR Nr. 30/53 nur für die Ermittlung von Preisen im Rahmen des allgemeinen Preisrechts gilt. Kann hingegen der Marktpreis im Wettbewerb, also durch eine Ausschreibung ermittelt werden, kommt die VO PR Nr. 30/53 überhaupt nicht zur Anwendung. Im Bereich der preisgebundenen Schulbücher gibt es weiterhin den Wettbewerb, so dass § 4 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 hier nicht anwendbar ist.

Auch die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Stellungnahmen von drei Buchverlagen stützen nicht die Auffassung der Antragstellerin. Die xxxxxxxxxxxxxxxformuliert eindeutig, dass die Weitergabe von höheren Rabatten voraussetzt, dass die Menge geschlossen abgenommen wird, dass es sich um keine Sammelbestellung handelt und keine Titel gemischt werden. Hier handelte es sich aber um eine

Sammelbestellung. § 7 Abs. 3 BuchPrG bezieht sich auf „Sammelbestellungen“ von Büchern für den Schulunterricht, die überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert werden. Genau diese „Sammelbestellung“ war Gegenstand dieser Ausschreibung, wie bereits oben ausgeführt. Dass es daneben noch andere Sammelbestellungen geben kann, ist unbestritten. Natürlich kann eine Sammelbestellung eines Titels für den Schulunterricht geordert werden, wenn sich eine Klasse entschließt, ein bestimmtes Buch zu lesen. Diese Sammelbestellungen waren hier aber nicht gemeint und auch nicht gefordert.

Die Aussage des xxx Verlages ist ebenfalls eindeutig, weil in der Anlage unter dem Begriff Mengennachlass zunächst die zulässigen Mengennachlässe genannt werden und dann folgt wörtlich: „Bei Schulbestellungen, die aus dem Etat der öffentlichen Hand beglichen werden, sind folgende Mengennachlässe verpflichtend.“. Damit wird der Wortlaut des § 7 Abs. 3 BuchPrG wiederholt; diese Bezugnahme ist ebenfalls eindeutig zu verstehen. Bei Sammelbestellungen, die unter diese Vorschrift fallen, gibt es nur –verpflichtend- die dort genannten Nachlässe.

Der dritte Verlag geht nicht ausdrücklich auf die Schulbuchsammelbestellungen ein.

Auch aus Ziffer 4.1 der Angebotsunterlagen ergibt sich nichts anderes. Die Antragsgegnerin hat die nach Buchpreisbindungsgesetz zulässigen Mengenrabatte für die Hauptlieferung und die Nachbestellungen sich zusichern lassen. Die weitere Ankreuzmöglichkeit, die die Antragstellerin als Grundlage für ihre Anlage 8 zum Angebot erklärte, kann nicht im Sinne der Antragstellerin verstanden werden. Denn bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die Antragsgegnerin eindeutig auf Preisnachlässe „innerhalb der gesetzlichen Vorgaben“ abgestellt hat. Damit war § 7 Abs. 3 BuchPrG gemeint, der für die preisgebundenen Schulbücher eine Unterschreitung der vorgegebenen bzw. gebundenen Preise -in welcher Form auch immer- nicht zulässt.

Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Antragsgegnerin auf jeden Fall die Vorgaben aus dem Buchpreisbindungsgesetz einhalten wollte. Insofern kann die von der Antragsgegnerin eröffnete Möglichkeit nur dahingehend verstanden werden, dass sie diejenigen Bieter ermitteln wollte, die nicht die jeweils höchstzulässigen Rabatte für die Lieferungen der Schulbücher einräumen wollten oder konnten.

Der Vorschlag der Antragstellerin hinsichtlich der Weitergabe von zusätzlichen Nachlässen befand sich somit eindeutig nicht mehr im Bereich der „gesetzlich Vorgaben“ und durfte auch insoweit nicht von der Antragsgegnerin beachtet bzw. gewertet werden.

c) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass die Anlage 8 zum Angebot der Antragstellerin nicht als eine Änderung an den Verdingungsunterlagen aufgefasst wird. Die Antragstellerin hat weder das Leistungsverzeichnis abgeändert noch eine andere als die ausgeschriebene Leistung angeboten. Sie hat nur zusätzliche Nachlässe und Preisvorteile angeboten, die einfach nicht gewertet werden durften. Dennoch bleibt ihr Angebot –ohne Berücksichtigung dieser zusätzlichen Nachlässe- wertbar, weil sie so wie andere Bieter auch, die von § 7 Abs. 3 BuchPrG zugelassenen Mengenrabatte angeboten hat, indem sie die erste Ankreuzmöglichkeit in Ziffer 4.1 des Angebotsvordrucks entsprechend markierte.

2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch zu Recht zusätzlich angebotene Serviceleistungen, wie den Umtausch von verhefteten und verdruckten Büchern innerhalb von drei Jahren, bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt.

Gemäß § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A darf der öffentliche Auftraggeber bei der Wertung der Angebote nur die Kriterien berücksichtigen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind. Dort hatte die Antragsgegnerin insgesamt sechs Serviceleistungen vorgegeben. Weitere Serviceleistungen mussten somit unberücksichtigt bleiben und durften keinesfalls gewertet werden.

Die Antragsgegnerin ist keinesfalls verpflichtet, durch einen entsprechenden Hinweis in den Vergabeunterlagen deutlich zu machen, dass sie keine anderen Kriterien prüfen werde. Die Ausschreibungsunterlagen sind hinsichtlich der geforderten Serviceleistungen eindeutig. Allein aus dem Wortlaut des Angebotsvordrucks ließ sich für jeden Bieter entnehmen, dass nur die sechs von der Antragsgegnerin aufgeführten Serviceleistungen gefordert waren. In der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2. führt die Antragsgegnerin aus: Der Zuschlag erfolgt je Los auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach der Umfänglichkeit der Serviceleistungen. Sie verweist erneut auf den Angebotsvordruck und die dort angegebenen Serviceleistungen.

Mehr muss eine Vergabestelle nicht tun, um den Anforderungen des § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A zu genügen.

3. Die Antragsgegnerin hat auch nicht gegen § 25 Nr. 3 VOL/A verstoßen, indem sie auf der dritten und vierten Wertungsstufe ein Zuschlagskriterium, und zwar den Preis bzw. die Höhe der Rabattgewährung, berücksichtigte, obwohl sie den Preis als Zuschlagskriterium zuvor nicht genannt hatte. Jedenfalls würde ein Verstoß nicht zu einer Verletzung der Rechte der Antragstellerin im Sinne von § 114 Abs. 1 GWB führen.

Die Antragsgegnerin hat ausweislich der Ausschreibungsunterlagen für jedes Angebot einen Wertungsbogen ausgefüllt, auf dem sie die vier Wertungsstufen aufnahm. Auf der dritten und vierten Wertungsstufe fügte die Antragsgegnerin als Ankreuzmöglichkeit die Gewährung des höchstzulässigen Rabattes ein und definierte auf der vierten Stufe das höchstmöglich wirtschaftliche Angebot bestehend aus den angebotenen Serviceleistungen und der Rabattgewährung nach dem Buchpreisbindungsgesetz. Daraus kann man schließen, dass auf der 3. und 4. Stufe tatsächlich auch der „Preis“ gewertet wurde. Dieser war aber nicht als Zuschlagskriterium genannt.

a) Denn sowohl in der Bekanntmachung als auch in ihren Ausschreibungsunterlagen hat die Antragsgegnerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien ausschließlich auf die Umfänglichkeit der Serviceleistungen abgestellt, die sie als mögliche Serviceleistungen vorgegeben hatte. Bieter, die die geforderten Serviceleistungen komplett auf sich vereinen konnten, hatten nach den Aussagen der Antragsgegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot.

Dies lässt sich aus dem Einleitungssatz der Ziffer 2 der Leistungsbeschreibung entnehmen. Das wirtschaftlich günstigste Angebot sollte nach der Umfänglichkeit der Serviceleistungen bestimmt werden. Der Preis wird dort als Zuschlagskriterium nicht genannt und auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht erwähnt. Daraus schließt die Kammer, dass die Antragsgegnerin wegen der Buchpreisbindung offensichtlich den Wettbewerb nur über die Serviceleistungen eröffnen wollte.

Dem steht auch nicht entgegen, dass dort auf das wirtschaftlich günstigste Angebot abgestellt wird. Allein aus dieser Formulierung kann nicht entnommen werden, dass die Antragsgegnerin auch den „Preis“ als Kriterium berücksichtigen wollte. Denn gerade im Bereich der Buchpreisbindung spielt der Preis nur eine untergeordnete Rolle.

Weiterhin lässt sich auch aus der Vorgabe in Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung entnehmen, dass die Antragsgegnerin zwischen dem im Buchpreisbindungsgesetz festgelegten höchstzulässigen Nachlass und dem wirtschaftlichsten Angebot getrennt hat.

Dem Angebotsvordruck und der Leistungsbeschreibung kann jedenfalls entnommen werden, dass bei der Wertung der Angebote auf der dritten und vierten Wertungsstufe der Preis keine Rolle spielte, weil dieser als Zuschlagskriterium nicht genannt war.

Die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin konnte somit nur unter Berücksichtigung der genannten Zuschlagskriterien erfolgen. Ein Abweichen von diesen vorgegebenen Kriterien und der vorgegebenen Gewichtung war vergaberechtlich (vgl. §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) nicht zulässig.

Das hat einerseits zur Konsequenz, dass die Antragsgegnerin –unabhängig von der Frage, ob die in der Anlage 8 zum Angebot der Antragstellerin angebotenen Nachlässe oder Preisvorteile zulässig waren oder nicht - diese Nachlässe jedenfalls bei der weiteren Wertung nicht berücksichtigen durfte. Denn diese Nachlässe betrafen den „Preis“, der jedoch nicht Zuschlagskriterium war.

b) Andererseits ergibt sich aus den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin, dass sie zumindest ausweislich der Wertungsbögen auf der dritten und vierten Stufe die Rabattgewährung *einbezogen* hat, wobei nicht unmittelbar erkennbar ist, ob der Preis auch *gewertet* wurde.

Die Einbeziehung von Zuschlagskriterien, die zuvor den Bietern als solche nicht genannt waren, ist nach § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A unzulässig und führt zur Vergaberechtswidrigkeit der Entscheidung. Sollte die Antragsgegnerin den Preis gewertet haben, müsste sie zu einer Neuwertung verpflichtet werden.

Allerdings würde dieser Verstoß – falls er tatsächlich hier vorliegt- nicht zu einer Verletzung von Bieterrechten führen.

aa) Folgt man der Einlassung der Antragsgegnerin, so liegt überhaupt kein Verstoß vor. Denn entsprechend ihren Ausführungen hat sie eine Wertung der höchstzulässigen Rabatte auf der dritten und vierten Stufe nicht vorgenommen, sondern diese von den Bietern in Ziffer 4.1 geforderte Angabe auf der ersten Stufe als „Erklärung“ geprüft. Dass in den Wertungsbögen auf den Stufen 3 und 4 der Begriff „Rabattgewährung“ auftauche, erklärt sie mit der internen Zuständigkeitsverteilung. Bis Stufe 3 habe die zentrale Vergabestelle geprüft und ab der Stufe 4 der Fachbereich Schule und Kultur. Anhand der Paraphen könne man dies nachvollziehen. Die „Erklärung“ sei dann dort vollständigshalber eingefügt, aber tatsächlich auf diesen Stufen nicht gewertet worden. Insofern wäre die Wertung dann vergaberechtskonform.

bb) Die Einlassung der Antragsgegnerin kann aber letztlich dahinstehen, weil auch für den Fall, dass hier der Antragsgegnerin tatsächlich ein Wertungsfehler unterlaufen sein sollte, eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten im Sinne von § 114 Abs. 1 GWB nicht feststellbar ist. Andere Bieter können hierdurch ebenfalls nicht in ihren Rechten verletzt sein.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Würde die Antragsgegnerin eine Neuwertung der Angebote vornehmen und dabei die Gewährung des höchstzulässigen Rabattes nicht mehr berücksichtigen, wäre das Ergebnis gleich. Denn die Vorgaben nach dem Buchpreisbindungsgesetz bedingen, dass alle Bieter gleiche Rabatte hinsichtlich der Hauptlieferung und der Nachbestellungen anbieten mussten; eine Umgehung ist bei preisgebundenen Schulbüchern nicht zulässig, sondern die Höhe des Rabattes ermittelt sich allein aufgrund der Menge.

Demzufolge würden alle Bieter, die bis zur dritten Stufe gelangten und die alle die gleiche Erklärung gemäß Ziffer 4.1 hinsichtlich der Rabatte abgegeben haben, erneut in die Verlosung gehen. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen handelt es sich um dieselben Bieter, die auch schon an der ersten Verlosung teilnahmen. Auch die Antragstellerin würde mit ihrem Angebot erneut an der Verlosung teilnehmen. Eine Veränderung dieses Teilnehmerkreises wird es hier nicht geben.

Damit würde der Antragstellerin aber lediglich eine weitere und mithin zweite Chance in einer Verlosung unter ansonsten unveränderten Ausgangsvoraussetzungen ermöglicht. Dies ist nicht Sinn und Zweck eines Nachprüfungsverfahrens. Die Wiederholung einer Wertung kann nur dann verlangt werden, wenn durch veränderte Ausgangspositionen auch die Chancen eines Antragstellers sich fiktiv verändern. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn nach der Behebung des Vergaberechtsverstoßes erheblich weniger Teilnehmer an der Verlosung teilnehmen oder auch bereits ausgeschlossene Bieter, insbesondere ein bereits ausgeschlossener Antragsteller, wieder zuzulassen sind. Genau dies ist hier nicht der Fall, so dass im Ergebnis weder die Antragstellerin, die bereits eine Chance auf Erhalt des Zuschlags durch Teilnahme an der Verlosung hatte, als auch die Chancen anderer Bieter, die ebenfalls an der Ausschreibung und der Verlosung teilnahmen, nicht beeinträchtigt sind.

Im Ergebnis war der Nachprüfungsantrag somit zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragstellerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxxxx € ausgehend von einem Auftragswert für sämtliche drei Lose basierend auf dem Angebot der Antragstellerin in Höhe von ca. 450. 000 € anzusetzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,

2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Bartsch