

Göhmann Postfach 111131 60046 Frankfurt am Main

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.
Herrn Prof. Dr. Christian Sprang
Rechtsanwalt und Mediator
Justiziar
Braubachstr. 16
60311 Frankfurt am Main

Dr. Wiland Tresselt
Partner
Rechtsanwalt

Friedensstraße 2
60311 Frankfurt am Main
Tel. 069 20186
Fax 069 295953
wiland.tresselt@goehmann.de
www.goehmann.de

Liste der Partner unter
www.goehmann.de/partner

Sekretariat: Stefanie Hannig
stefanie.hannig@goehmann.de

Frankfurt am Main, den 29. August 2019
Az.: 061884-16

Ergänzendes Kurzugutachten zur vergaberechtlichen Zulässigkeit dezentraler Beschaffungen durch Schulen

Sehr geehrter Herr Kollege Prof. Dr. Sprang,

Sie baten um eine ergänzende vergaberechtliche Stellungnahme zur Frage, ob die dezentrale Beschaffung von Schulbüchern durch Schulen im Rahmen ihrer Eigenbudgetierung unverändert vergaberechtlich zulässig ist.

Das Rechtsgutachten der Anwaltskanzlei Allen & Overy vom 30.10.2013 (veröffentlicht auf der Website des Börsenvereins) hatte festgestellt, dass ein Schulträger (z.B. Kreis, Stadt oder Gemeinde) vergaberechtlich nicht verpflichtet ist, die Schulbücher für alle Schulen, für die er zuständig ist, in einer zusammengefassten Ausschreibung zu beschaffen, sondern die Beschaffung den Schulen überlassen darf.

Dieses Ergebnis hat auch nach der 2016 erfolgten umfassenden Reform des Vergaberechts unverändert Bestand. Die Beschaffungsautonomie der eigenbudgetierten Schulen wird durch § 3 Abs. 2 S. 2 VgV 2016 sogar noch gestärkt. Der Gesetzgeber ist dem Gedanken gefolgt, dass Auftragswerte eigenständiger Organisationseinheiten eines Auftraggebers – wie eigenbudgetierter Schulen eines Schulträgers - nicht zusammenzurechnen sind. Das hat unverändert zur Folge, dass solche Schulen bzw. ihr Schulträger bei der Schätzung des Auftragswerts die Beschaffungen anderer Schulen des Schulträgers nicht berücksichtigen müssen.

Im Einzelnen:

1. Neufassung des § 3 Abs. 2 VgV 2016

- a. Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 hat der Verordnungsgeber die Vorschrift des § 3 Abs. 2 der Vergabeverordnung 2016 (VgV) zur Schätzung des Auftragswerts neu gefasst.

Der geschätzte Auftragswert entscheidet darüber, ob der Schulbuchauftrag EU-weit ausgeschrieben werden muss (nämlich wenn er den maßgeblichen EU-Schwellenwert nach § 106 GWB überschreitet) oder in einem nationalen Vergabeverfahren, ggf. freihändig bzw. in einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb, erteilt werden darf.

Die Neufassung des § 3 Abs. 2 VgV lautet:

„Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.“

Die Vorschrift setzt Art. 5 Abs. 2 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 um, der bei eigenständigen Organisationseinheiten die Pflicht zur Zusammenrechnung der Auftragswerte, aber auch die Grenze dieser Pflicht deutlicher zum Ausdruck bringt:

„Besteht ein öffentlicher Auftraggeber aus mehreren eigenständigen Organisationseinheiten, so wird der geschätzte Gesamtwert für alle einzelnen Organisationseinheiten berücksichtigt. Ungeachtet des Unterabsatzes 1 können die Werte auf der Ebene der betreffenden Einheit geschätzt werden, wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.“

- b. § 3 Abs. 2 S. 1 und S. 2, 1. Halbsatz VgV manifestieren das vergaberechtliche Umgehungsverbot. Der Auftraggeber darf den Auftragswert nicht in der Absicht manipulieren, eine EU-weite Ausschreibung zu umgehen.

EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-574/10 – „Autalhalle Niedernhausen“
Rn. 36.

Davon macht § 3 Abs. 2 S. 2, 2. Halbsatz VgV jedoch eine Ausnahme, wenn eine selbstständige Organisationseinheit des Auftraggebers mit einer hinreichenden Beschaffungsautonomie ausgestattet ist. Denn dann besteht zwischen den Aufträgen kein funktionaler Zusammenhang mehr, der die in § 3 Abs. 2 S. 1 und S. 2, 1. Halbsatz VgV vorgesehene Zusammenrechnung der Auftragswerte rechtfertigen könnte.

Erläuterungen der Bundesregierung zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucksache 18/7318 zu § 3 Abs. 2 VgV; Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 3 VgV Rn 19.

- c. Die eigenbudgetierte Schule erfüllt in der Auftragsvergabe der von ihr benötigten Schulbücher die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 S. 2, 2. Halbsatz VgV:

2. Schulen als eigenständige Organisationseinheiten

Schulen sind eigenständige Organisationseinheiten des Kreises, der Stadt oder der Gemeinde, dem bzw. der sie angehören und der bzw. die ihr Schulträger ist.

Die Schulgesetze der Bundesländer verleihen den Schulen in der Regel eine mehr oder minder große Eigenständigkeit, sich selbst zu organisieren, etwa bei der Gestaltung des Unterrichts, der Erziehung und des Schullebens, und ihre inneren Angelegenheiten selbstständig zu verwalten (z.B. § 3 SchulG NRW). Zudem kann der Schulträger seinen Schulen ein eigenes Budget zur Verfügung stellen, mit dem die Schulen ihre Bewirtschaftung selbst vornehmen (z.B. § 95 Abs. 2 SchulG NRW).

Diese - begrenzte – Eigenständigkeit macht die Schulen zu eigenständige Organisationseinheiten im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz VgV (vgl. dazu im Einzelnen Ziff. 2.1 Rechtsgutachten Allen & Overy).

3. Autonome Zuständigkeit der Schule für die Schulbuchbeschaffung

- a. Wird die Schule vom Schulträger mit einem eigenen Budget für die eigenwirtschaftliche Bewirtschaftung ausgestattet, nimmt sie die Auftragsvergabe zur Beschaffung der benötigten Schulbücher selbstständig im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2, 2. Halbsatz VgV wahr.

Die erforderliche Selbstständigkeit setzt voraus, dass die Schule über die Verwendung der ihr zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel autonom entscheidet, d.h. unabhängig vom Schulträger und dessen anderen Schulen. Funktional betrachtet sind die Auftragsvergaben autonomer Organisationseinheiten nicht miteinander verknüpft, so dass eine getrennte Schätzung der Auftragswerte gerechtfertigt ist und die vergaberechtlichen Bindungen des Auftraggebers (hier: Schulträgers) nicht umgangen werden.

Vgl. Erläuterungen der Bundesregierung zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucksache 18/7318 zu § 3 Abs. 2 VgV; *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 3 VgV Rn 19.

Aufgrund des ihr vom Schulträger zur Verfügung gestellten Budgets kann die Schule ihren Bedarf an Schulbüchern selbständig beschaffen. Die Schule ist in der Verwendung des Budgets für ihren Schulbuchbedarf weder vom Schulträger noch von den Beschaffungsentscheidungen anderer Schulen des Schulträgers abhängig.

Diese Selbstständigkeit wird durch eine etwaige Zusammenarbeit der Schule mit dem Schulträger in der Abwicklung der Schulbuchlieferungen nicht beeinträchtigt. Auch eigenbudgetierte Schulen müssen insbesondere im Zusammenhang mit der Abrechnung der Lieferungen (z.B. für Rechnungsprüfung und Zahlungsklearing) auf das Personal und logistische Know-how des Schulamts zurückgreifen. Dies macht schon deshalb Sinn, da das Schulsekretariat selbst in der Regel mit der Abwicklung überlastet sein dürfte. Eine solche Einbindung des Schulträgers in die Abwicklung berührt die Beschaffungsautonomie indes nicht, da die Schule die Entscheidung, welche Schulbücher für welche Schüler in welcher Anzahl beschafft werden, unverändert selbständig trifft.

- b. Die Beschaffungsautonomie der Schulen mit Eigenbudgetierung und die sich daraus ergebende getrennte Wertberechnung für den Schulbuchauftrag einer solchen Schule werden durch die Begründungen sowohl des EU-Gesetzgebers als auch des nationalen Verordnungsgebers bestätigt.

Der Erwägungsgrund Nr. 20 zur Richtlinie 2014/24/EU sieht ausdrücklich vor, dass Schulen mit eigenen Budgets dezentral beschaffen, so dass die Auftragswerte nicht zusammenzurechnen sind:

*„Für die Zwecke der Schätzung des Werts eines bestimmten Auftrags sollte klargestellt werden, dass die Schätzung des Werts auf der Grundlage einer Unterteilung des Auftrags nur dann zulässig sein sollte, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt ist. So könnte es beispielsweise gerechtfertigt sein, die Auftragswerte auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit des öffentlichen Auftraggebers, etwa **Schulen** oder Kindergärten, zu schätzen, sofern die betreffende Einheit unabhängig für ihre Beschaffungsmaßnahmen zuständig ist. Hiervon kann ausgegangen werden, wenn die eigenständige Organisationseinheit unabhängig Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt und die Kaufentscheidungen trifft, wenn sie über eine getrennte Haushaltslinie für die betreffenden Auftragsvergaben verfügt, die Aufträge unabhängig vergibt und diese aus ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert. Eine Aufteilung in Unterteilungen ist nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt.“ [Hervorhebung nicht im Original].*

Auch die Bundesregierung hat in ihren Erläuterungen zu § 3 Abs. 2 VgV in BT-Drucksache 18/7318 ausdrücklich Schulen als selbständiger Organisationseinheiten mit Beschaffungsautonomie aufgeführt:

*„Objektive Gründe können aus internen Organisationsentscheidungen des Auftraggebers resultieren. So kann der Auftraggeber selbständige Einheiten seiner Einrichtung mit einem eigenen Budget zur Mittelbewirtschaftung ausstatten und ihnen damit auch das Recht zur Beschaffung von Leistungen einräumen. Solche Konstellationen können objektive Gründe darstellen, dass Aufträge über dieselbe Leistung voneinander unabhängig vergeben werden dürfen. Als eigenständige Organisationseinheiten können etwa **Schulen** oder Kindergärten angesehen werden.“ [Hervorhebung nicht im Original].*

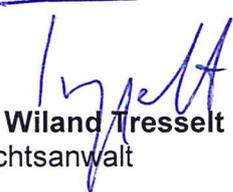
4. Ergebnis

Das Vergaberecht 2016 mit dem neugefassten § 3 Abs. 2 VgV bestätigt die vom Börsenverein bereits früher vertretene Auffassung, dass Schulen, die vom Schulträger mit einem eigenen Budget ausgestattet sind, ihre Schulbuchaufträge autonom vergeben. Diese Beschaffungsautonomie besteht unabhängig von einer etwaigen Einbindung des Schulträgers in die Abwicklung der Schulbuchlieferungen. Die Auftragswerte eigenbudgetierter Schulen im Zuständigkeitsbereich des Schulträgers müssen daher nicht zusammengerechnet werden.

Vielmehr darf die Schule ihren Schulbuchauftrag in der vergaberechtlichen Verfahrensart vergeben, die ihr aufgrund dieses Auftragswerts eröffnet ist. Da der Wert in der Regel unterhalb des EU-Schwellenwerts bleibt, kann die Schule ein nationales Verfahren wählen, bei Unterschreitung der in den Bundesländern jeweils geltenden einschlägigen Schwellen den Auftrag ggf. sogar freihändig bzw. in einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb vergeben.

Die Schulträger können damit ihren Schulen im Rahmen der ihnen zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel die eigenständige Beschaffung überlassen und sind nicht verpflichtet, den Schulbuchbedarf aller Schulen als einheitlichen Auftrag auszuschreiben.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Wiland Tresselt
Rechtsanwalt