

Zu den Möglichkeiten und Grenzen
des Angebots der Reflexfolie Typ 3
für Verkehrszeichen auf dem Markt

Rechtsgutachten
von
Dr. iur. Claudia Maria Danker
Halle (Saale)

Juli 2003

A. Retroreflektierende Materialien bei Verkehrszeichen	4
B. Maßgebende Rechtsgrundlagen	6
I. Verdingungsordnungen	7
1. Maßgeblichkeit der EU-Schwellenwerte	7
2. Abgrenzung zwischen VOB/A und VOL/A	8
II. Verwaltungsvorschriften	9
C. Ausschreibungspflicht	10
I. Pflicht zur Ausschreibung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen der Bauart 3	10
II. Keine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs	11
III. Kein Anspruch auf Ausschreibung	14
D. Vergaberechtliche Absatzmöglichkeiten	14
I. Von der vorgesehenen technischen Spezifikation abweichende Angebote	15
1. Der Begriff "Technische Spezifikation"	15
2. Genaue Bezeichnung der Art der Abweichung	16
3. Nachweis der Gleichwertigkeit	17
II. Abgabe eines Änderungsvorschlags bzw. eines Nebenangebots	18
1. Abgrenzung "Nebenangebot" und "Änderungsvorschlag"	18
2. Abgrenzung zur völlig anderen Leistung (aliud) ..	20
III. Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen	21
IV. Exkurs: Lieferung abweichend zum Zuschlag	22
V. Zwischenergebnis und Bewertung	23

E. Wertung eines Nebenangebots	25
I. Zulassung von Nebenangeboten	25
1. Angabe in den Verdingungsunterlagen	25
2. Besondere Aufforderung zur Abgabe von Nebenangeboten	26
II. Formale Anforderungen an Nebenangebote	28
III. Gleichwertigkeit des Nebenangebots	28
1. Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter ..	29
2. Wirtschaftlichkeit des Nebenangebots	30
a) <i>Begriff der Wirtschaftlichkeit</i>	
30	
b) <i>Stellenwert des Preises</i>	31
c) <i>Beurteilungsspielraum</i>	31
IV. Verhältnis Hauptangebot – Nebenangebot	32
V. Rechtsschutzmöglichkeiten	33
1. Rechtsschutz gegen die Entscheidung, Nebenangebote nicht zuzulassen	33
2. Rechtsschutzmöglichkeiten von Mitbietern, die kein Nebenangebot abgegeben haben	33
3. Rechtsschutzmöglichkeiten von Bietern, die ein Nebenangebot abgegeben haben	34
F. Gesamtergebnis und Fazit	35

A. Retroreflektierende Materialien bei Verkehrszeichen

Retroreflektierende Materialien werden heutzutage bei der Herstellung von Verkehrszeichen regelmäßig verwendet, um bestimmte lichttechnische Eigenschaften der Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen zu erreichen. Verkehrszeichen gewährleisten durch solche Reflexfolien vor allem die erforderlichen Werte für die Leuchtdichte, damit sie auch bei Dunkelheit oder sonstigen schlechten Sichtverhältnissen wahrgenommen werden können.¹

Nach der DIN 67520 werden "Retroreflektierende Materialien zur Verkehrssicherung" je nach Art der verwendeten retroreflektierenden Folie in drei verschiedene Bauarten eingeteilt:

- Reflexstoffe mit eingebundenen Mikrogglaskugeln (Typ 1) - DIN 67520-2
- Reflexstoffe mit eingekapselten Mikrogglaskugeln (Typ 2) - DIN 67520-2
- Reflexstoffe auf der Basis von Mikroprismen (Typ 3) - DIN 67520-4

Die Wahl der Bauart und damit auch die Nachfrage der öffentlichen Auftraggeber bestimmt sich nach den "Hinweisen für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften" (HWBV), Ausgabe 2001, herausgegeben von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen (FGSV)². Nach der Bedeutung der Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtung und unter Berücksichtigung des Aufstellorts, dem Straßentyp und der Umfeldhelligkeit erstellte die FGSV in Abstimmung einer Bund-Länder-Dienstbesprechung vom

¹ Die retroreflektierenden Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen unterscheiden sich deshalb grundlegend von lackierten bzw. emaillierten sowie innen- bzw. außen beleuchteten Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen.

² Die "Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften" sind über den FGSV Verlag GmbH, Wesselinger Straße 17, 50999 Köln, zu beziehen.

3./4. November 1999 folgende Tabelle zur Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen.³

Tabelle 1: Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen

Zeichen nach § 39 bis § 43 StVO	Aufstellort	Normales Umfeld			Hell erleuchtetes Umfeld Viele externe Lichtquellen		
		Auto- bahn	Außer- orts	inne- rorts	Auto- bahn	außer- orts	inne- rorts
Alle Zeichen außer den nachfolgend aufgeführten	rechts	2	1/2	1/2	2 / 3	2	2/3/be
	hoch/ links	2	2	2	3	2/3	3/be
Wart- und Haltegebote an Bahnübergängen		-	2	2	-	3	3
Warte- und Haltegebote an Kreuzungen, Einmündungen und bei verengter Fahrbahn; Zeichen für vorgeschriebene Fahrtrichtung und vorgeschriebene Vorbeifahrt		2	2	2	3	3	3/be
Zeichen in Arbeitsstellen		2	1/2	1/2	2	2	2
Zeichen für Haltestellen, Sonderwege, Halteverbote und Parken; Touristische Hinweise		1	1	1	1	1	1

Erläuterungen:

Bauart 1 = Typ 1 Reflexfolie nach DIN 67520-2

Bauart 2 = Typ 2 Reflexfolie nach DIN 67520-2

Bauart 3 = Typ 3B Reflexfolie nach DIN 67520-4

Bauart be = von innen und außen beleuchtet

/ = Auswahl nach Randbedingungen

links = wenn das Zeichen nur links steht, wird eine höherwertige Bauart gegenüber der Rechtsaufstellung empfohlen.

Durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW) sind die obersten Straßenbaubehörden der Länder per Runderlass⁴ dazu angewiesen, diese Tabelle bei der Beschaffung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen für den Bereich der Bundesfernstraßen zu beachten und für die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Straßen einzuführen. Soweit es um die Beschaffung von Straßenbeschilder-

³ FGSV, Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften, Tabelle 1, S. 12.

⁴ BMVBW, Allgemeines Rundschreiben Straßenbau Nr. 33/2001 vom 8. Oktober 2001.

rung im Zuständigkeitsbereich der Länder geht, soll nach Vorstellung des BMVBW diese Tabelle ebenfalls als Maßstab dienen, um die Wahrnehmbarkeit und Erkennbarkeit von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen einheitlich zu gestalten.

Diese Vorgaben und Empfehlungen werden bislang in den öffentlichen Ausschreibungen – was die Nachfrage des Typs 3 angeht – weder im Bereich der Bundesauftragsverwaltung noch im Bereich der ländereigenen Beschaffung angemessen berücksichtigt. Zu fragen ist vor diesem Hintergrund nach der Rechtmäßigkeit des öffentlichen Beschaffungsverhaltens und nach den vergaberechtlich zulässigen Absatzmöglichkeiten für betroffene Hersteller.

Nachfolgendes Rechtsgutachten bestimmt zunächst die hier maßgeblichen Rechtsgrundlagen. Es wird anschließend erörtert, ob die Straßenbaubehörden der Länder zur Ausstattung und damit auch zu Ausschreibungen von Schildern und Einrichtungen des Reflexstoffs Typ 3 verpflichtet sind. In diesem Zusammenhang wird danach gefragt, ob die öffentliche Hand ihre Nachfrage – jedenfalls insoweit – faktisch auf einen Hersteller beschränken dürfte. Ausgehend von der aktuell praktizierten Beschaffungspraxis, in die der Reflexstofftyp 3 bislang kaum einbezogen worden ist, werden schließlich Möglichkeiten und Grenzen aufgezeigt, um die Reflexfolie Typ 3 bei laufenden und künftigen Ausschreibungen anzubieten. Erörtert wird in diesem Rahmen insbesondere, ob und unter welchen Voraussetzungen die Reflexfolie Typ 3 über Nebenangebote in das Vergabeverfahren eingebracht werden kann.

B. Maßgebende Rechtsgrundlagen

Die öffentliche Hand beschafft sich Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen auf Grundlage vergaberechtlicher Vorschriften.

I. Verdingungsordnungen

Das öffentliche Ausschreibungs- und Vergabeverfahren ist durch die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) in weitem Ausmaß vorgegeben.

1. Maßgeblichkeit der EU-Schwellenwerte

Die VOB/A und VOL/A sind in unterschiedliche Abschnitte gegliedert. Die Anwendung der verschiedenen Teile richtet sich danach, ob eine Auftragsvergabe mit nationaler oder europaweiter Publizität in Rede steht. Grundsätzlich müssen Bauaufträge ab einem Schwellenwert von mindestens 5 Mio. EUR (§ 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A) und Lieferungen und Leistungen ab einem Schwellenwert von 200.000 EUR europaweit ausgeschrieben und vergeben werden. Das geltende Vergaberecht ist demnach systematisch zweigeteilt:

- Oberhalb der EU-Schwellenwerte gelten die Bestimmungen der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Konkretisierung finden diese Regelungen durch die Vergabeverordnung vom 9.1.2001⁵, die auf der Grundlage des § 127 GWB erlassen wurde. Sie regelt u. a. das Erreichen der Schwellenwerte und enthält ergänzende Bestimmungen zur Nachprüfung von Vergabeentscheidungen.⁶ Im Hinblick auf das Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber verweist die Vergabeverordnung auf die a- und b-Paragrafen der Verdingungsordnungen, die dadurch Rechtsverordnungscharakter erhalten und die als solche nach wie vor die materiellen Vergabebestimmungen weitgehend vorgeben.⁷
- Unterhalb der EU-Schwellenwerte bestimmt sich das nationale Vergaberecht an haushaltsrechtlichen Vorgaben. Maßgebend sind für diese Aufträge neben den §§ 16, 29, 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) die Landeshaushaltsordnungen. Die Anwendung der VOL/A und VOB/A erfolgt hier in der Regel über Verwaltungsvorschriften, so dass ihnen selbst der Charakter von Verwaltungsvorschriften zukommt.⁸

⁵ BGBl. I S. 110.

⁶ Ausführlich dazu: *Gröning*, WRP 2001, S. 1 ff.

⁷ Es wurde damit nach Einführung des Vergaberechtsänderungsgesetzes an der dreistufigen Regelungssystematik bestehend aus Gesetz (§§ 97 ff. GWB), Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen (sog. Kaskadenprinzip) festgehalten, vgl. *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289 (291).

⁸ Vgl. nur *BVerwG*, NZBau 2000, S. 529 f.

Die VOB/A und der VOL/A bestimmen sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte im Einzelnen,

- wann und wie eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist,
- nach welchem Verfahren die geeigneten Bewerber zu ermitteln sind
und
- anhand welcher Kriterien schließlich das annehmbarste Angebot ausgewählt wird.

2. Abgrenzung zwischen VOB/A und VOL/A

Die Frage, wann das Regelwerk der VOL/A und wann jenes der VOB/A anzuwenden ist, richtet sich danach, welche Leistung des öffentlichen Auftraggebers ausgeschrieben ist. Anzutreffen sind bei der Beschaffung von Verkehrszeichen Ausschreibungen

- über reine Lieferleistungen,
- über sowohl Liefer- als auch Bauleistungen, die die Lieferung und gleichzeitig die Aufstellung der ausgeschriebenen Leistung zum Inhalt haben,
- über Bau- oder sog. Reparaturleistungen.

Grundsätzlich sind für die Vergabe von Bauleistungen die Bestimmungen der VOB/A, für die Vergabe von Lieferleistungen die Bestimmungen der VOL/A maßgebend.⁹ Die VOB/A findet demnach immer dann Anwendung, wenn eine bauliche Anlage hergestellt, geändert oder beseitigt werden soll. Dagegen ist die VOL/A maßgebend für die selbstständige Lieferung von Stoffen oder Bauteilen sowie dann, wenn in bestehende bauliche Anlagen Maschinen oder andere Anlagen geliefert oder montiert werden sollen.¹⁰

Die Unterscheidung zwischen VOB/A und VOL/A knüpft an sachliche Differenzierungskriterien an, welche die durch die jeweiligen Einzelumstände der Bereiche - Lieferungen und Leistungen auf der einen und Bauleistungen auf der anderen Seite - bedingt sind. Erstreckt sich die Ausschreibung ge-

⁹ Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 1 Rdnr. 26a.

¹⁰ Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 1 Rdnr. 37.

genständlich auf eine sogenannte Mischleistung, d.h. Liefer- und Bauleistungen sollen parallel erbracht werden, ist für die Abgrenzung auf den Schwerpunkt des Leistungsinhalts abzustellen.¹¹

II. Verwaltungsvorschriften

Als Verwaltungsvorschriften und damit als verwaltungsinterne Vorgaben verbindlich sind für die Straßenbauämter der Länder gemäß Art. 90 Abs. 2 GG i. V. mit Art. 85 GG die Erlasse, Richtlinien und sonstigen Hinweise des BMVBW, soweit es um die Ausstattung von Bundesfernstraßen geht. Im Geschäftsbereich der Bundesfernstraßen gelten außerdem die Bestimmungen in den Handbüchern für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB 2/2001) sowie für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA L-StB 2/2001) vom 25. Juni 2001 (VkBl. 2001, S. 344 ff.).¹² Diese von den Straßenbauverwaltungen des Bundes und der Länder im "Hauptausschuss Verdingungswesen im Straßen- und Brückenbau" aufgestellten Vorgaben liefern auf der Grundlage der geltenden Rechtsvorschriften ergänzende Hinweise zur Durchführung des Vergabeverfahrens.

Inhaltliche Vorgaben für die öffentlichen Straßenbauämter enthalten die vorgenannten Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften der FGSV. Ihre Anwendung ist den Straßenbauämtern im Bereich der Bundesfernstraßen zwingend vorgeschrieben und im Übrigen zum Zwecke der Einheitlichkeit empfohlen.

¹¹ *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, Vorbem. Rdnr. 45; *Bechtold*, GWB, § 99 Rdnr. 11; *Schaller*, VOL Teile A und B, 2. Aufl. 2002, Einf. Rdnr. 12; ähnlich auch *EuGH*, Slg. 1994, I 1329 ff. – *Gestión Hotelera Internacional SA/Comunidad Autonoma de Canarias u.a.*; eingehend zur Abgrenzung der Bau- von den Lieferaufträgen *Boesen*, Vergaberecht, 2000, § 99 Rdnr. 83 ff., 105 ff., 248 ff. m. w. Nachw.

¹² Dazu auch *Gehlen*, NZBau 2002, S. 660 f.

C. Ausschreibungspflicht

Die Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung sind weitgehend in den § 9 VOB/A und § 8 VOL/A formuliert. Nach diesen Regelungen, deren Beachtung die Handbücher B-StB und L-StB verlangen¹³, sind

- eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibungen zu verfassen (§ 9 Nr. 1 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A),
- alle preisbeeinflussenden Umstände im Leistungsverzeichnis anzugeben (§ 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A)
- die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18 299 ff. zu beachten (§ 9 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A)
- bei der Beschreibung der Leistung die verkehrsüblichen Bezeichnungen zu beachten (§ 9 Nr. 4 Abs. 1 VOB/A, § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A).

Da in jeder Leistungsbeschreibung möglichst eindeutig geregelt sein soll, was zum Bau- bzw. Leistungssoll gehört, ist - wie gehandhabt - die jeweilige Bauart eines Verkehrszeichens unter Bezugnahme auf die in der DIN 67520 getroffene Einteilung zu benennen.

I. Pflicht zur Ausschreibung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen der Bauart 3

Die öffentlichen Auftraggeber unterliegen bei der Formulierung ihrer Nachfrage - also der Wahl des Auftragsgegenstandes - grundsätzlich keinen vergaberechtlichen Vorgaben. Eine Pflicht der Straßenbaubehörden der Länder zur Ausschreibung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen des Reflexfolientyps 3 ergibt sich jedoch aus bundesrechtlicher Vorgabe im Rahmen der sog. Auftragsverwaltung.

Nach Art. 90 Abs. 2 GG verwalten die Länder und die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften die Bundesfernstraßen im Auftrage des Bundes. Die Straßenbaube-

¹³ vgl. hierzu die Abschnitte 1.4 des HVA B-StB und HVA L-StB.

hörden der Länder unterstehen insoweit der Fachaufsicht des Bundes, die sich auf Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit bezieht. Sie unterliegen außerdem von vornherein den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden.¹⁴ Der Vollzug der Weisungen ist nach Art. 85 Abs. 3 GG von den obersten Landesbehörden sicherzustellen, ohne dass dem ein darauf gerichtetes besonderes Verfahren voranzugehen hätte.¹⁵

In diesem Sinne sind die obersten Straßenbaubehörden der Länder über das Allgemeine Rundschreiben Straßenbau Nr. 33/2001 vom 8. Oktober 2001 durch das BMVBW angewiesen, bei der Beschilderung von Bundesfernstraßen die Tabelle 1 der HWBV anzuwenden. Sie sind demnach verpflichtet, die Ausstattung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen des Reflexfolientyps 3 und ihre Ausschreibung sicherzustellen, soweit eine entsprechende Beschilderung bei hell erleuchtetem Umfeld und/oder vielen externen Lichtquellen außerhalb, innerorts und auf Autobahnen angezeigt ist.

II. Keine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs

Zu klären ist, ob die momentane Ausschreibung der Reflexfolie Typ 3 für die vorstehend aufgeführten Straßenbereiche zu einer unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs führen könnte, für den Fall, dass nur ein Unternehmen den Folientyp herstellt und anbietet.

Zwar ist die Reflexfolie Typ 3 nach der vom BMVBW zugrunde zu legenden Tabelle 1 der HWBV nicht das einzige Material, das zukünftig durch die Straßenbaubehörden bei der Beschaffung von Verkehrszeichen nachgefragt werden soll. Die Folie Typ 3 erscheint nach Auffassung der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen vielmehr nur bei einem hell erleuchteten Umfeld und/oder bei vielen externen Lichtquellen als die geeignetste Bauart. Insoweit aber unterlägen – jedenfalls im Falle entsprechender Ausschreibung – zwar

¹⁴ Zur Rechtsnatur des Weisungsrechts, vgl. BVerfGE 81, S. 310 (335 ff.); *Schulte*, VerwArch 81 (1990), S. 415 (425 ff.).

¹⁵ BVerfGE 81, S. 310 (332).

nicht der öffentliche Auftraggeber, wohl aber die am Wettbewerb teilnehmenden Schilderhersteller einem Bezugszwang.

Der freie Wettbewerb ist eine der grundlegenden Zielvorgaben des europäischen und nationalen Vergaberechts. Seine Funktion besteht seit dem Erlass der marktöffnenden Richtlinien vor allem darin, allen potentiellen Bietern einen freien Zugang zu den Beschaffungsmärkten der öffentlichen Hand zu garantieren.¹⁶ Der kostengünstige und wirtschaftliche Einkauf ist eine haushaltsrechtlich erwünschte Nebenfolge.

Die Forderung nach einem freien Wettbewerb kommt in zahlreichen Einzelbestimmungen des europäischen und nationalen Rechts zum Ausdruck. Anhand dieser Vorschriften ist zu fragen, ob mit ihnen eine auf die "Reflexfolie Typ 3" abstellende Ausschreibung vereinbar ist.

Die § 9 Nr. 5 VOB/A und § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A verbieten grundsätzlich die Ausschreibung bestimmter Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmter Ursprungsorte und Bezugsquellen. Nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A darf zudem die Beschreibung technischer Merkmale nicht dazu führen, dass bestimmte Unternehmen bevorzugt werden. Diesen Vorgaben entgegenstehende Leistungsbeschreibungen sind nur zulässig, soweit dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist.

Die Ausschreibung der Reflexfolie Typ 3 könnte faktisch einer Ausschreibung bezogen auf ein bestimmtes Fabrikat sowie auf einen bestimmten Hersteller gleichkommen.¹⁷ Zumindest aber könnte sie dazu führen, den alleinigen Anbieter zu bevorzugen und deshalb mit den genannten Vorschriften in Konflikt geraten.

¹⁶ Vgl. dazu *Boesen*, Vergaberecht, § 97 Rdnr. 6 ff.; *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 2 Rdnr. 19 ff.

¹⁷ Vgl. dazu *Heiermann*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 9 Rdnr. 119.

Es ist hier voranzustellen, dass sich der öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung der Reflexfolie Typ 3 an der Vorgabe des § 9 Nr. 4 Abs. 1 VOB/A bzw. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A orientiert. Danach ist bei der Leistungsbeschreibung die verkehrsübliche Bezeichnung zu beachten. Die Leistungsbeschreibung muss danach mit Ausdrücken arbeiten, die den für die Bauleistung in Betracht kommenden Fachkreisen entstammen und dort allgemein üblich sind. Insoweit ist die Erwähnung der einschlägigen DIN-Bezeichnungen verwendeten Ausdrücke ausreichend, wenn nicht sogar von der VOB/A bzw. von der VOL/A gefordert.¹⁸

Schon aus diesem Grund erscheint fraglich, ob die Ausschreibung bezogen auf die "Reflexfolie Typ 3" entsprechend der § 9 Nr. 5 VOB/A und § 8 Nr. 3 Abs. 3 und 4 VOL/A ausnahmsweise durch die Art der Leistung gefordert sein muss.

Ungeachtet dessen dürfte die hier zu verwendende Beschreibung "Reflexfolie Typ 3" oder eine ähnliche Bezeichnung durch die Art der Leistung gerechtfertigt sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die hier an das Produkt gestellten Anforderungen nicht anders als durch die von der DIN vorgegebene Bezeichnung ausgedrückt werden können. Nach der DIN 67520-4 fasst die Bezeichnung "Typ 3" bestimmte lichttechnische Eigenschaften zusammen, die der Reflexstoff-Bauart als Mindest-Standard zukommen müssen. Insoweit unterlägen die Straßenbaubehörden bei der Beschaffung bestimmter Bauarten für Verkehrszeichen technischen Zwängen.¹⁹

Schließlich - dies sei hervorgehoben - bestünde der Wettbewerb, der durch die Ausschreibung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen ausgelöst wird, zunächst einmal unabhängig von der Bauart des Verkehrszeichens unter den Herstellerbetrieben unverändert fort. Eine Ausschreibung des Reflexmaterials Typ 3 führte zwar momentan dazu, dass die

¹⁸ Vgl. *Kratzenberg*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB/A, § 9 Rdnr. 67; *Heiermann*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB/A, § 9 Rdnr. 113.

¹⁹ Vgl. *Heiermann*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB/A, § 9 Rdnr. 117.

Schilderhersteller das Material eines bestimmten Herstellers beziehen und verarbeiten müssten, weil es zur Zeit nur von diesem produziert und angeboten wird. Dieser Umstand dürfte den unmittelbar durch die Ausschreibung ausgelösten Wettbewerb zumindest aber dann nicht gefährden, wenn alle Verarbeiter den Reflexstoff Typ 3 unter gleichen Bedingungen vom Hersteller beziehen können.

III. Kein Anspruch auf Ausschreibung

Es bleibt festzuhalten, dass die Straßenbaubehörden der Länder für den Bereich der Bundesfernstraßen zur Ausschreibung der Reflexfolie Typ 3 für bestimmte Verkehrsbereiche verpflichtet sind und in einem entsprechendem Beschaffungsverhalten keine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs liegen würde. Da es sich bei der Vorgabe im Allgemeinen Rundschreiben Straßenbau Nr. 33/2001 vom 8. Oktober 2001 des BMVBW um eine interne Vorgabe des Bundes an die Straßenbaubehörden der Länder handelt, können weder potenzielle Bieter noch andere betroffene Unternehmen hieraus Rechte herleiten.²⁰ Die aus Verwaltungsvorschrift resultierende Ausschreibungspflicht der Straßenbaubehörden ist durch Dritte deshalb auch nicht einklagbar.

D. Vergaberechtliche Absatzmöglichkeiten

Ausgehend von den derzeit auf die Bauarten 1 und 2 beschränkten Ausschreibungen ist zu klären, ob und inwieweit es potenziellen Bietern möglich ist, in ihre Angebote Schilder mit der Reflexfolie des Typ 3 einzubeziehen.

Grundsätzlich können Angebote nach der VOB/A und VOL/A unter bestimmten Voraussetzungen von der ausgeschriebenen Leistung abweichen. Neben Hauptangeboten, also Angeboten, die genau auf die ausgeschriebene Leistung zugeschnitten sind, sprechen § 21 Nr. 1 bis 3 VOB/A und § 21 Nr. 1 und 2 VOL/A von verschiedenen Möglichkeiten, das ausgeschriebene Leistungssoll im Angebot zu variieren.

²⁰ Zur Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften allgemein: *Ossenbühl*, in: *Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 6 Rdnr. 42.

I. Von der vorgesehenen technischen Spezifikation abweichende Angebote

Im Baubereich ist es nach § 21 Nr. 2 VOB/A möglich, Angebote abzugeben, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen. Angebote nach § 21 Nr. 2 VOB/A sind Hauptangebote²¹ und auch als solche zu werten (§ 25 Nr. 4 VOB/A).

Voraussetzung für die Anwendung des § 21 Nr. 2 VOB/A ist zunächst, dass ein Bieter, der trotz anderslautender Verdingungsunterlagen Schilder mit der Reflexfolie Typ 3 anbietet, von der vorgesehenen technischen Qualifikation im Sinne der Vorschrift abweicht.

1. Der Begriff "Technische Spezifikation"

Eine entsprechende Prüfung wird von der Rechtsprechung²² regelmäßig mit Rückgriff auf die Begriffsbestimmung der technischen Spezifikation im Anhang TS zur VOB/A vorgenommen. Dort ist unter Ziff. 1.1 erklärt:

"Technische Spezifikationen" sind sämtliche, insbesondere in den Verdingungsunterlagen enthaltenen, technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, daß sie ihren durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Abmessungen, ebenso die Vorschriften für Materialien, Erzeugnisse oder Lieferungen hinsichtlich Qualitätssicherung, Terminologie, Bildzeichen, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung. Außerdem gehören dazu auch die Vorschriften für die Planung und die Berechnung von baulichen Anlagen, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von baulichen Anlagen, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber bezüglich fertiger baulicher Anlagen oder der dazu notwendigen Materialien oder Teile durch allgemeine oder spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist.

²¹ Marbach, BauR 2000, S. 1643 (1644); Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 21 Rdnr. 46; Schweda, VergabeR 2003, S. 268 (269).

²² Vgl. zu anders gelagerten Sachverhalten: BayOLG, NJW-RR 1997, S. 1514 (1515); VergabeR 2003, S. 207 (212); Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223).

Der in den Verdingungsunterlagen geforderte Reflexfolientyp ist die verkehrsübliche Bezeichnung für ein Material, das nach der DIN 67520 bestimmten technischen Anforderungen genügen muss. Insoweit kann die in der Leistungsbeschreibung geforderte Bauart bzw. der ausgeschriebene Reflexfolientyp als eine technische Spezifikation im Sinne der Definition angesehen werden. Diese Einstufung würde sich auch dann nicht ändern, wenn der Begriff "Technische Spezifikation" auf Normen im Sinne der Ziff. 1.2 Anhang TS zur VOB/A beschränkt würde.²³ Die verkehrsüblich verwendeten Bezeichnungen der Reflexfolientypen beschreiben der Sache nach durch die DIN bestimmte bautypische Merkmale, die im Hinblick auf ihre Reflexeigenschaften festgelegte Mindestanforderungen erfüllen müssen. Sie sind damit letztlich Normwerte.

Für die vorliegende Konstellation ist es daher unerheblich, ob der Begriff der technischen Spezifikation auf Normen zu begrenzen oder mit Rücksicht auf die genannte Definition weit auszulegen ist. Ein Angebot, das entgegen der Leistungsbeschreibung abgegeben wird, kann nach hier vertretener Auffassung als Abweichung von der technischen Spezifikation im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A eingestuft werden.

2. Genaue Bezeichnung der Art der Abweichung

Weitere Grundbedingung für die Prüfung des abweichenden Angebots durch den Auftraggeber ist die genaue Bezeichnung der Art der Abweichung. Das heißt, das Angebot muss genau angeben, in welcher Weise von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abgewichen wird (§ 21 Nr. 2 Satz 2 VOB/A).

Ein Bieter, der auf der Grundlage des § 21 Nr. 2 VOB/A Schilder der Bauart Reflexstofftyp 3 abgeben will, muss - bezogen auf einzelne Leistungspositionen - konkret auf die beabsichtigte Abweichung von der Leistungsbeschreibung hin-

²³ In diese Richtung: Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223).

weisen. Dieser entsprechende Hinweis sollte Verdingungsunterlagen nicht verändern.²⁴

Eine genaue Bezeichnung der Art der Abweichung könnte etwa derart erfolgen, dass der Bieter einzelne Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses kennzeichnet, gesondert erwähnt und deutlich macht, dass auf sie bezogen "Reflexfolie Typ 3 statt Reflexfolie Typ 2" angeboten wird. Weiter ist klarzustellen, dass er insoweit beabsichtigt, Normwerte nach DIN 67520-4 statt nach DIN 67520-2 zu liefern.

3. Nachweis der Gleichwertigkeit

Derartige Angebote, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen, sind nach § 21 Nr. 2 Satz 1 VOB/A nur zulässig, wenn die angebotene Leistung mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist.²⁵ Der entsprechende Nachweis über die Gleichwertigkeit muss vom Bieter zusammen mit dem Angebot dem Auftraggeber vorgelegt werden (§ 21 Nr. 2 Satz 3 VOB/A).

Die Nachweise sind grundsätzlich durch Unterlagen zu erbringen, die von dritter - unabhängiger - Seite stammen, so etwa anerkannte Prüfberichte, Zulassungen oder Sachverständigengutachten.²⁶ Eine bloße Produktbeschreibung des Herstellers würde dagegen wohl nicht ausreichen.²⁷

Verwiesen werden dürfte im Angebot insoweit auf die "Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften" (HWBV), Ausgabe 2001, der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen. Sie sehen zumindest bei hell erleuchtetem Umfeld und bei vielen externen Lichtquellen die lichttechnisch erforderlichen Eigenschaften von der Bauart 2 und der Bauart 3 gleichermaßen als erfüllt an.

²⁴ Vgl. dazu D. III.

²⁵ Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 21 Rdnr. 17.

²⁶ BayOLG, VergabeR 2003, S. 207 (211); Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 21 Rdnr. 47.

²⁷ Vgl. dazu Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223).

So vermag bereits die teilweise parallele Benennung beider Reflexfolientypen bei gleichen externen Bedingungen eine Gleichwertigkeit indizieren.

Übermäßige Anforderungen an den Nachweis der Gleichwertigkeit dürften sich in vorliegender Konstellation verbieten, da Qualität und Eigenschaften der Reflexfolie Typ 3 durch die DIN 67520-4 und die HWBV in behördlichen wie unternehmerischen Fachkreisen bekannt und eingeführt sind. Zumindest aber ließe sich die Geeignetheit des Materials für den vorgesehenen Verwendungszweck ohne Aufwand und Schwierigkeiten von behördlicher Seite überprüfen.²⁸

Der von § 21 Nr. 2 Satz 3 VOB/A geforderte Nachweis sollte dennoch anhand der genannten Materialien durch den Bieter mit dem Angebot erbracht werden. Ansonsten läuft der Bieter Gefahr, dass sein Angebot mangels Nachweises der Gleichwertigkeit ausgeschlossen wird. Die Vergabestelle ist nämlich grundsätzlich zu eigenen Nachforschungen über die technische Gleichwertigkeit nicht verpflichtet.²⁹

II. Abgabe eines Änderungsvorschlags bzw. eines Nebenangebots

Die Reflexfolie Typ 3 könnte darüber hinaus auch über einen Änderungsvorschlag oder ein Nebenangebot in das Vergabeverfahren eingebracht werden. In den VOB/A und VOL/A werden "Änderungsvorschläge" und "Nebenangebote" weitgehend einheitlich behandelt³⁰, beide Begriffe jedoch nicht definiert.

1. Abgrenzung "Nebenangebot" und "Änderungsvorschlag"

Das Schrifttum grenzt teilweise beide Begriffe inhaltlich voneinander ab.³¹

²⁸ Vgl. dazu: BayOLG, NJW-RR 1997, S. 1514 (1515); VergabeR 2003, S. 207 (211 f.); Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223); vgl. weiter *Kratzenberg*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB/A, § 9 Rdnr. 67; *Dausner*, Anm. zu OLG Koblenz, VergabeR2003, S. 75 (75).

²⁹ Vgl. BayOLG, NJW-RR 1997, S. 1514 (1515); VergabeR 2002, S. 286 (287); VergabeR 2003, S. 207 (211).

³⁰ Vgl. nur die §§ 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 1, 17 Nr. 1 lit. u), Nr. 2 lit. q), 21 Nr. 3, 22 Nr. 3, 22 Nr. 7, 24 Nr. 1 und Nr. 3, 25 Nr. 1 und Nr. 5 Satz 1 VOB/A.

³¹ *Kratzenberg*, in: *Ingestau/Korbion*, VOB/A, 2001, § 10 Rdnr. 77;

Anknüpfungsnorm für ein eigenes Verständnis beider Begriffe ist § 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 1 2. Halbsatz VOB/A. Danach muss der Auftraggeber angeben, wenn er "Nebenangebote" - nicht Änderungsvorschläge - ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots in der Leistungsbeschreibung ausnahmsweise ausschließen will. Im Umkehrschluss erlaubt diese Vorschrift, Nebenangebote im Regelfall als solche Angebote anzusehen, die *statt* eines Hauptangebots abgegeben werden. Von daher beinhalten Nebenangebote entweder eine Änderung des gesamten ausgeschriebenen Leistungsinhalts oder jedenfalls grundlegende Änderungen und Umgestaltungen in sich geschlossener bedeutsamer Leistungsteile.³²

Aus der genannten Vorschrift in § 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 1 2. Halbsatz VOB/A wird ebenfalls geschlossen, dass ein Änderungsvorschlag - im Gegensatz zu einem Nebenangebot - begrifflich nicht ohne ein Hauptangebot existieren kann.³³ Änderungsvorschläge sollen damit alle nicht grundlegenden Abweichungen vom ausgeschriebenen Leistungsinhalt sein, insbesondere Änderungen einzelner Leistungsbestandteile oder Umstellungen im Bauablauf mit und ohne Auswirkung auf die Bauzeit.³⁴ Änderungsvorschläge werden mit dieser inhaltlichen Ausrichtung teilweise auch als Unterfall des Nebenangebots behandelt.³⁵

Es lässt sich jedoch insgesamt feststellen, dass Rechtsprechung und Schrifttum keine konsequente Trennung zwischen Änderungsvorschlag und Nebenangebot vornehmen. Trotz der begriffsmäßigen Unterscheidung werden beide Begriffe wohl schon wegen der einheitlichen Verwendung in VOB/A und VOL/A vor allem von der Rechtsprechung weitgehend unterschiedslos

³² *Kratzenberg*, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, 2001, § 10 Rdnr. 77; *Hofmann*, ZfBR 1984, S. 259 (260).

³³ *Schweda*, VergabeR 2003, S. 268 (268); *Hofmann*, ZfBR 1984, S. 259 (260).

³⁴ *Kratzenberg*, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, 2001, § 10 Rdnr. 77; *Hofmann*, ZfBR 1984, S. 259 (260).

³⁵ Vgl. *Hofmann*, ZfBR 1984, S. 259 (260).

verwandt. Die Gerichte sprechen im Anwendungsbereich von VOB/A und VOL/A von einem Nebenangebot immer dann, wenn der Bietervorschlag inhaltlich von der im Leistungsverzeichnis geforderten und definierten Leistung abweicht.³⁶ Auf Grad, Umfang und Gewichtung der Abweichung kommt es regelmäßig nicht an.

2. Abgrenzung zur völlig anderen Leistung (aliud)

Zu fragen bleibt dennoch, ob auch Bieteranschläge, die vollständig vom geforderten Angebot abweichen, die also eine völlig andere als die erfragte Leistung zum Gegenstand haben, als Nebenangebote in die Wertung des Auftraggebers eingehen können. Dazu wird einerseits angenommen, dass ein Angebot nicht als Nebenangebot in die Wertung eingehen darf, wenn es sich inhaltlich auf eine völlig andere als die geforderte Leistung (aliud) bezieht.³⁷ Andererseits kann es sich nach anderer Auffassung auch dann noch um ein Nebenangebot handeln, wenn eine vollständig andere Leistung als die geforderte angeboten wird.³⁸

Zu unterschiedlichen Ergebnissen führen beide Ansichten, wenn die angebotene Reflexfolie Typ 3 inhalts- und wesensmäßig gegenüber der ausgeschriebenen Reflexfolie 2 als sogenanntes aliud eingestuft werden könnte. Von einem aliud ist mit Rücksicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung³⁹ vorliegend dann auszugehen, wenn die angebotene Reflexfolie Typ 3 unter Berücksichtigung des in der Ausschreibung zum Ausdruck kommenden Verwendungszwecks als eine andere Sache zu beurteilen ist als die geforderte Reflexfolie Typ 2.

Bei dieser Beurteilung dürfte es vorliegend weniger auf rein bauliche Unterschiede ankommen. Vielmehr sollten die

³⁶ BGH, VergabeR 2002, S. 463 (465); BayOLG, VergabeR 2002, S. 286 (287); VergabeR 2002, S. 644 (648); OLG Celle, BauR 2000, S. 405 (408); *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 25 Rdnr. 70.

³⁷ Vgl. Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (224); *Vogel*, Anm. zu BayOLG, VergabeR 2003, S. 221 (221).

³⁸ OLG Celle, NZBau 2000, S. 105 (106); BayOLG, VergabeR 2003, S. 217 (220); *Prieß*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOL/A, § 21 Rdnr. 41.

³⁹ BGH, NJW 1997, S. 1913 (1914) m. w. Nw.

technischen Eigenschaften der angebotenen Reflexfolie Typ 3 und der geforderten Reflexfolie Typ 2 gegenübergestellt werden. Ist im Ergebnis erstens festzustellen, dass die Reflexfolie Typ 3 alle Eigenschaften des Typ 2 erfüllt, und lassen sich die über die gleichen Eigenschaften hinausgehenden Merkmale der Folie Typ 3 zweitens als "schlichte" Höherwertigkeit einstufen, dürfte vorliegend von einem aliud im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht gesprochen werden.

Anders würde die Beurteilung ausfallen, wenn der Reflexfolien Typ 3 technische Eigenschaften aufweist, die von Typ 2 derart abweichen, dass der vom Auftraggeber anvisierte Verwendungszweck nicht erreicht werden kann. Gegen eine solche Einschätzung spricht aber schon die von der FGSV ausgesprochene Empfehlung, in einigen Fällen wahlweise und unter Berücksichtigung anderer Bedingungen über den Einsatz einer der beiden Bauarten entscheiden zu können.⁴⁰

Insoweit dürfte ein Angebot der Reflexfolie Typ 3 als Abweichung einzustufen sein, die auch nach restriktiver Sicht noch als zulässiges Nebenangebot nach § 25 Nr. 3 VOB/A bzw. § 25 Nr. 2 VOL/A gelten dürfte.

III. Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen

Abzugrenzen sind die oben dargestellten Angebotsarten von Änderungen an den Verdingungsunterlagen. Nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bzw. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sind derartige Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig. Änderungen an den Verdingungsunterlagen können in Streichungen oder Ergänzungen, aber auch in der Herausnahme von Teilen aus den Verdingungsunterlagen bestehen.⁴¹ Sie können sich auf Abänderungen der zu erbringenden Leistung sowie auch auf sonstige vertragliche Regelungen, wie z.B. Verjährungsfristen oder Mängelansprüche beziehen.

⁴⁰ Vgl. FGSV, Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften, Tabelle 1, S. 12.

⁴¹ Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 21 Rdnr. 11.

Entsprechende Änderungen führen zum zwingenden Ausschluss des Angebots gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A, 25 Nr. 1 lit. d) VOL/A. Um die geforderte Vergleichbarkeit der eingehenden Angebote und den durch die Ausschreibung eröffneten Wettbewerb zu gewährleisten, sollten solche Änderungen vermieden werden.⁴²

IV. Exkurs: Lieferung abweichend zum Zuschlag

Die Frage, ob ein Bieter Schilder mit der Reflexfolie Typ 3 liefern darf, obwohl er sein Angebot gemäß Aufforderung mit der Folie Typ 2 abgegeben und hierfür den Zuschlag erhalten hat, soll an dieser Stelle beantwortet werden.

Eine solche Leistungsänderung, die nach Zuschlagserteilung erfolgt, beeinflusst zunächst weder die Wertung der Angebote noch die Erteilung des Zuschlags und kann von daher auch keine vergaberechtlichen Bestimmungen verletzen.⁴³ Die Zulässigkeit von Abweichungen der Ist- von der Soll-Leistung im Stadium der Vertragserfüllung - d.h. nach Zuschlagserteilung - beurteilt sich auf der Grundlage zivilrechtlicher Vorschriften. Die Parteien unterliegen hier ihren jeweiligen Vertragsbedingungen, insbesondere der VOB/B bzw. VOL/B, sind aber wegen des im Schuldrecht herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit in der Ausgestaltung ihrer weiteren vertraglichen Beziehung grundsätzlich frei. Von daher hängt es maßgeblich vom Willen des zu beliefernden Auftraggebers ab, ob er die abweichende Leistung annimmt.

- Ist der Auftraggeber mit der (teilweise) Lieferung von Schildern mit der Reflexfolie Typ 3 **nicht einverstanden**, wird er die Leistung als vertragswidrig ablehnen. Als vertragswidrig gilt eine Leistung - zumindest teilweise - allgemein schon bei Abweichungen von der Leistungsbeschreibung und technischen Normen.⁴⁴ Unabhängig davon, ob der jeweilige Auftraggeber in rechtlich vertretbarer Weise von Vertragswidrigkeit ausgehen darf, wird er sich auf §§ 2 Nr. 8

⁴² Vgl. BGH, BauR 1998, S. 1249 (1251).

⁴³ VUA des Landes Brandenburg, WuW 1997, S. 541 (545).

⁴⁴ Riedl, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 4 Rdnr. 82.

Abs. 1 Satz 2, 4 Nr. 6 Satz 1 VOB/B, § 2 Nr. 4 VOL/B berufen und vom Auftragnehmer fordern, die vom Leistungsverzeichnis nicht geforderten Schilder mit der Reflexfolie Typ 3 innerhalb einer bestimmten Frist von der Baustelle zu entfernen. Als weitere Folge der vertragswidrigen Leistung könnten dem Auftraggeber nach § 4 Nr. 7 VOB/B Schadensersatzansprüche⁴⁵ zustehen.⁴⁶

- Ist der Auftraggeber dagegen mit der Lieferung von Schildern mit der Reflexfolie Typ 3 **einverstanden**, sieht er diese als Vertragserfüllung an, ergeben sich aus rechtlicher Sicht weniger Probleme. Es wird insoweit auf die Vorschriften der § 2 Nr. 5 VOB/B und § 2 Nr. 8 VOB/B verwiesen. Aus diesen Vorschriften- wie auch aus dem Grundgedanken der § 4 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B, § 2 Nr. 2 VOL/B - ergibt sich demnach zunächst einmal eine schriftliche Hinweispflicht des Auftragnehmers, wenn er abweichend vom Leistungsverzeichnis Schilder mit dem Reflexstofftyp 3 liefern will.

V. Zwischenergebnis und Bewertung

Auftragnehmer, die für ein "Typ-2-Angebot" den Zuschlag erhalten haben, können Schilder mit der Reflexfolie Typ 3 liefern, sofern der öffentliche Auftraggeber damit einverstanden ist.

Im Übrigen können potenzielle Bieter in künftigen Vergabeverfahren den Reflexfolientyp 3 statt eines ausgeschriebenen Reflexfolientyps 2 anbieten. Dabei stehen ihnen folgende Möglichkeiten offen:

1. Abgabe eines Angebots, das von der vorgesehenen technischen Spezifikation abweicht, soweit die Vergabe nach der VOB/A erfolgt (§ 21 Nr. 2 VOB/A).

⁴⁵ Grundsätzlich wird vertreten, dass auch unerhebliche Vertragswidrigkeiten die Rechtsfolgen aus § 4 Nr. 7 VOB/B auslösen können, da Auftraggeber zunächst einmal einen Anspruch auf vertragsgerechte Lösungen haben. Zumindest aber wird ein nicht einverständener Auftraggeber eine erhebliche Vertragsabweichung damit begründen, dass die Wahl der Bauart in seinem Fall für die Tauglichkeit und den Einsatz des Verkehrsschildes in den bestimmten Straßenabschnitten nicht ohne Belang sind.

⁴⁶ Vgl. BGH, BauR 1994, S. (241) 242; NJW 1970 S. 421 (422). Korrespondierende Ansprüche nach der Abnahme stehen dem Auftraggeber nach § 13 VOB/B wohl nicht zu, da er die in Rede stehende Vertragswidrigkeit bei Abnahme erkannt haben müsste und in der Abnahme die Erklärung des Auftraggebers liegt, dass er die Leistung als vertragsgemäße Erfüllung ansieht.

2. Abgabe eines Nebenangebots oder Änderungsvorschlags
(§§ 21 Nr. 3 VOB/A, 21 Nr. 2 VOL/A).

Aufgrund der ausschließlich im technischen und baulichen Bereich liegenden Unterschiede der Bauarten 2 und 3 ist nach hier vertretener Ansicht, ein Angebot der Reflexfolie Typ 3 eine Abweichung von der vorgesehenen technischen Spezifikation im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A, sofern Reflexfolie Typ 2 ausgeschrieben ist. Ob diese Auffassung von behördlicher Seite geteilt wird und einer gerichtlichen Überprüfung standhielte, kann auf Grundlage vorhandener Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend beurteilt werden. Bieter, die nach Maßgabe des § 21 Nr. 2 VOB/A die Reflexfolie Typ 3 im Hauptangebot anbieten wollen, sind zumindest der Gefahr ausgesetzt, gar nicht mehr am Verfahren beteiligt zu sein, wenn die Vergabestelle ihr Angebot - aus welchen Gründen auch immer - nicht berücksichtigen will.

Um den Bietern nicht dieses unnötige Risiko aufzubürden, kann ihnen empfohlen werden, neben ihrem üblichen Hauptangebot (Angebot über ausgeschriebene Reflexfolie Typ 2) die Reflexfolie Typ 3 über ein gesondertes Nebenangebot in das Vergabeverfahren einzubringen (sog. technisches Nebenangebot)⁴⁷. Dies ist jedenfalls möglich, solange der Auftraggeber Nebenangebote nicht von vornherein in den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen hat. Sollte der Auftraggeber das Nebenangebot - aus welchen Gründen auch immer - ablehnen, so verbleibt dem Bieter zumindest die Chance, über sein "echtes" Hauptangebot weiter am Vergabeverfahren beteiligt zu sein.

Sollten Straßenbauämter dazu übergehen, Nebenangebote und Änderungsvorschläge in Ausschreibungen über Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen nicht zuzulassen⁴⁸, kann schließlich die Reflexfolie Typs 3 über § 21 Nr. 2 VOB/A als Abweichung von der vorgesehenen technischen Spezifikation in

⁴⁷ So die Terminologie des OLG Brandenburg, VergabeR 2003, S. 70 (72).

⁴⁸ Vgl. dazu: B. IV. 1.

das Vergabeverfahren eingebracht werden. Solche Angebote mit einer Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen gelten nämlich nicht als Änderungsvorschläge oder Nebenangebote und können daher auch nicht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen werden.⁴⁹

E. Wertung eines Nebenangebots

Nebenangebote müssen unter bestimmten Voraussetzungen in die Angebotswertung des öffentlichen Auftraggebers einbezogen werden.

I. Zulassung von Nebenangeboten

Die Verdingungsordnungen bestimmen in den § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n), Abs. 4 VOB/A bzw. § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A, dass die Vergabestelle anzugeben hat, wenn sie "Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will" (VOB/A) bzw. "Nebenangebote und Änderungsvorschläge wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen will" (VOL/A). Aus den Formulierungen wird vielfach geschlossen, dass Änderungsvorschläge und Nebenangebote im Grundsatz zugelassen sind.⁵⁰

1. Angabe in den Verdingungsunterlagen

Will die Vergabestelle ausnahmsweise Änderungsvorschläge/Nebenangebote ausschließen, so muss sie dies nach den genannten Bestimmungen in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich angeben.

Ein diesbezüglicher Ausschlusswille der Vergabestelle kann sich generell auf Nebenangebote oder konkret auf bestimmte Nebenangebote beziehen.⁵¹ Ein - auch konkludenter - Ausschluss von Nebenangeboten kann beispielsweise in der Kennzeichnung des Auftraggebers liegen, dass er in den Verdin-

⁴⁹ VHB, A Anmerkung Nr. 2 zu § 21; vgl. auch *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 21 Rdnr. 17; *Franke/Grünhagen*, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/A, § 21 Rdnr. 170.

⁵⁰ Heiermann, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 10 Rdnr. 32; *Franke/Grünhagen*, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/A, § 10 Rdnr. 33.

⁵¹ Vgl. dazu BayOLG, VergabeR 2003, 207 (211).

gungsunterlagen bestimmte Produktbedingungen als "unbedingt einzuhalten" ausschreibt. Ausnahmsweise kann sich der Auftraggeber nach den § 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 2 VOB/A bzw. § 17 Nr. 3 Abs. 5 Satz 2 VOL/A darüber hinaus auch dafür entscheiden, Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes von der Vergabe auszuschließen.

Hat die Vergabestelle also keinen Hinweis über die Nichtzulassung von Nebenangeboten gegeben, sind diese grundsätzlich zulässig und in die Wertung einzubeziehen.⁵² Dafür sprechen jedenfalls die Formulierungen der genannten Vorschriften, wonach der Auftraggeber in seinem Anschreiben anzugeben hat, ob er Änderungsvorschläge und Nebenangebote "nicht zulassen will". Entgegen dieser Maßgabe hat der Vergabeüberwachungsausschuss (VÜA) des Bundes allerdings die Auffassung vertreten, dass die Vergabestelle alternative technische Lösungen nicht in die Angebotsbewertung einbeziehen muss, wenn die Abgabe von Nebenangeboten nicht ausdrücklich gewünscht oder zugelassen worden ist.⁵³

Jedenfalls sollten Nebenangebote demnach dann nicht eingereicht werden, wenn der Auftraggeber diese bereits in den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen hat oder auf andere Weise erkennen lässt, dass er eine Leistung der Reflexfolie Typ 3 nicht wünscht.

2. Besondere Aufforderung zur Abgabe von Nebenangeboten

Sind Nebenangebote durch die Vergabestelle zugelassen, muss an die potenziellen Bieter eine besondere Aufforderung zur Abgabe von Nebenangeboten nicht erfolgen. Die Vorschriften der VOB/A und VOL/A schaffen insoweit für alle Bieter gleiche Ausgangsbedingungen. Durch eine ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten sind alle potenziellen Bieter darüber informiert, ob und inwieweit ihre Nebenangebote in die Angebotsbewertung eingehen können. Allein die Tatsache, dass ein Mitbieter kein Nebenangebot abgegeben hat, wirkt sich

⁵² Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 10 Rdnr. 81, § 25 Rdnr. 81;

⁵³ VÜA Bund, IBR 1997, 309 = WuW 1998, S. 110 = WiB 1997, S. 439.

nicht auf die Wertung der abgegebenen zulässigen Nebenangebote aus. Jene Mitbieter, die kein Nebenangebot abgegeben haben, können schließlich auch nicht gegen die Wertung der eingegangenen Nebenangebote vorgehen.⁵⁴

Eine andere Beurteilung ergibt sich nur dann, wenn die Abgabe von Nebenangeboten von vornherein durch die Verdingungsunterlagen ausgeschlossen ist. Grundsätzlich besteht in diesem Fall für den öffentlichen Auftraggeber nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A die Pflicht, dennoch vorgelegte Nebenangebote schon auf der ersten Wertungsstufe aus formellen Gründen auszuschließen. Sollte ein Auftraggeber trotz vorherigen Ausschlusses ein Nebenangebot dennoch beauftragen wollen, so muss er die laufende Ausschreibung aufheben und ein neues Verfahren durchführen, in dem Nebenangebote von vornherein zugelassen sind.⁵⁵

Der Auftraggeber, der die Abgabe von Nebenangeboten ausgeschlossen hat, darf entgegen der Ausschreibung abgegebene Nebenangebote nur werten und in das Vergabeverfahren einstellen, als seien Nebenangebote von vornherein zugelassen gewesen, wenn

- alle Bewerber Nebenangebote abgegeben haben und diese durch die Vergabestelle sämtlich in die engere Wahl genommen wurden.⁵⁶
- jenem Bieter auf sein Nebenangebot der Zuschlag erteilt wird, der auch das günstigste Hauptangebot abgegeben hat.⁵⁷

In diesen Fällen steht den anderen Mitbietern auch kein Rechtsschutz zu.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. dazu E.V.3.

⁵⁵ Franke/Grünhagen, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/A, § 25 Rdnr. 656.

⁵⁶ Vgl. Hofmann, ZfBR 1984, S. 259 (260 f.).

⁵⁷ OLG Düsseldorf, BauR 1982, S. 53 = DB 1081, S. 742.

⁵⁸ Vgl. dazu unter E. V.

II. Formale Anforderungen an Nebenangebote

Damit der Bieter vom Nebenangebotsprivileg Gebrauch machen kann, müssen Nebenangebote unbedingt nachfolgenden Formalien genügen.

Nach § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A und § 21 Nr. 2 VOL/A ist die Zahl etwaiger Nebenangebote an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Sie müssen außerdem auf besonderer Anlage gemacht und als solche gekennzeichnet sein. Empfehlenswert ist insoweit eine deutliche Überschrift, die auf die Begriffe "Nebenangebot" bzw. "Änderungsvorschlag" Bezug nimmt, sei es wegen der unterschiedslosen Verwendung auch in der Form: "Nebenangebot/Änderungsvorschlag".⁵⁹ Entsprechend überschriebene Anlagen sind wegen der formal geforderten klaren Trennung vom Hauptangebot separat zu unterzeichnen.

Schon formal sollte das Nebenangebot derart formuliert und aufgebaut sein, dass sich der Auftraggeber ein klares Bild über die angebotene Leistung machen kann.⁶⁰

III. Gleichwertigkeit des Nebenangebots

In der Sache müssen Nebenangebote technisch und wirtschaftlich mit der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig sein. Gleichwertig ist ein Nebenangebot dann, wenn es mit hinreichender Sicherheit geeignet ist, bei vergleichender Wertung den Zielen des Auftraggebers in allen technischen und wirtschaftlichen Einzelheiten gerecht zu werden.⁶¹

Die hier in Rede stehenden Reflexstofftypen 1, 2 und 3 unterscheiden sich durch ein unterschiedliches Rückstrahlvermögen und erreichen deshalb jeweils spezifische Rückstrahlwerte.⁶² Der öffentliche Auftraggeber könnten sich anknüpfend an die jeweils spezifischen Werte, die den einzelnen

⁵⁹ Vgl. *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 21 Rdnr. 18.

⁶⁰ Vgl. OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (73).

⁶¹ VK Leipzig, Beschl. v. 5. November 2002 - 1/SVK/096-02.

⁶² Vgl. Anhang 3 der Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften, S. 16.

Bauarten zukommen, auf qualitative Unterschiede berufen, die seiner Auffassung nach einer Gleichwertigkeit entgegen stehen. Einer solchen Argumentation könnte der Bieter - rein vorsorglich - in dem von ihm zu erbringenden Nachweis der Gleichwertigkeit entgegentreten.⁶³

1. Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter

Ebenso wie bei Angeboten nach § 21 Nr. 2 VOB/A ist auch bei Nebenangeboten die Gleichwertigkeit durch den Bieter nachzuweisen. Grundsätzlich muss auch bei Nebenangeboten die Gleichwertigkeit durch entsprechende Unterlagen belegt werden.⁶⁴ Die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung fordert den entsprechenden Nachweis bereits zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots.⁶⁵

Die Rechtsprechung verlangt vom Bieter eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, das Nebenangebot unter allen relevanten Gesichtspunkten zu prüfen, zu werten und festzustellen, ob es gleichwertig ist.⁶⁶ In jedem Fall sind Missverständnisse zu vermeiden.

Der von § 21 Nr. 2 Satz 3 VOB/A geforderte Nachweis sollte deshalb anhand der - bereits genannten - "neutralen" Materialien (Prüfzeugnisse, Gutachten, Qualitätszertifikate etc.) durch den Bieter zugleich mit dem Angebot erbracht werden.⁶⁷ Ansonsten läuft der Bieter Gefahr, dass sein Nebenangebot mangels Nachweises der Gleichwertigkeit ausgeschlossen wird.

Die Vergabestelle ist nämlich grundsätzlich - dies sei auch hier nochmals betont - zu eigenen Nachforschungen über die

⁶³ Vgl. dazu unter E. III. 1. b).

⁶⁴ Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223) m. w. Nw.

⁶⁵ Brandenburgisches OLG, VergabeR 2003, S. 222 (223); OLG Frankfurt/Main, VergabeR 2002, S. 389; OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72.

⁶⁶ OLG Brandenburg, VergabeR 2003, S. 70 (71); OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (73); Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 25 Rdnr. 93; Franke/Grünhagen, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/A, § 21 Rdnr. 183.

⁶⁷ Vgl. OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (73).

Gleichwertigkeit nicht verpflichtet.⁶⁸ Zumindest aber obliegen ihr eigene Nachforschungen nur im Rahmen der verfügbaren Erkenntnisquellen und innerhalb der zeitlichen Grenze zwischen Zuschlags- und Angebotsfrist.⁶⁹

Verwiesen werden könnte daher in einem Nebenangebot - ebenso wie bei einem von der technischen Spezifikation abweichenden Angebot - neben der DIN 67520-4 - auf die "Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften" (HWBV), Ausgabe 2001, der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen. Ergänzend und erläuternd könnte - sofern dies technisch vertretbar ist - darauf hingewiesen werden, dass Reflexstoff Typ 3 unter technischen Gesichtspunkten alle Werte der Reflexstoff Typ 2 erfüllt und im Übrigen qualitativ betrachtet keine anderen, sondern allenfalls höherwertige Eigenschaften aufweist.

2. Wirtschaftlichkeit des Nebenangebots

Kann durch den Bieter der Nachweis der technischen Gleichwertigkeit erbracht werden, gelangt das Nebenangebot auf die letzte Stufe der Wertung. Der Auftraggeber hat dann gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A bzw. § 25 Nr. 3 VOL/A nur noch zu prüfen, ob das Nebenangebot wirtschaftlicher als die anderen sich noch in der Wertung befindlichen Angebote ist.

a) Begriff der Wirtschaftlichkeit

Grundsätzlich geben die vergaberechtlichen Vorschriften vor, dass auf ein Nebenangebot wie auf ein Hauptangebot nur dann der Zuschlag erteilt werden kann, wenn es wirtschaftlicher ist als die anderen Angebote. Die Wirtschaftlichkeit ist nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A grundsätzlich anhand folgender Kriterien zu bestimmen:

- Preis,
- Ausführungsfrist,
- Betriebs- und Folgekosten,
- Gestaltung,

⁶⁸ Vgl. BayOLG, NJW-RR 1997, S. 1514 (1515); VergabeR 2002, S. 286; VergabeR 2003, S. 207 (211).

⁶⁹ OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (73).

- Rentabilität oder
- technischer Wert.

Wirtschaftlicher ist in diesem Sinne ein Angebot dann, wenn es entweder eine bessere Lösung darstellt und nicht teurer ist oder eine gleichwertige Lösung darstellt und günstiger ist.⁷⁰

b) Stellenwert des Preises

Die ausschreibende Stelle ist nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/B bzw. § 25 Nr. 3 VOL/A nicht verpflichtet, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis in jedem Fall den Vorzug zu geben. Es können daneben auch Vergütungsbedingungen und Fristen eine Rolle spielen. Maßgeblich ist insoweit erst einmal die Gesamtschau aller wertbildenden Kriterien, zu denen neben dem technischen Wert und dem Preis auch Betriebs- und Folgekosten gehören.⁷¹

Weichen diese Gesichtspunkte nicht oder jedenfalls kaum voneinander ab, hat der genannte Preis als Entscheidungskriterium die ausschlaggebende Bedeutung.⁷² Bei technisch gleichwertigen Angeboten ist das wirtschaftlichste Angebot, dasjenige mit dem niedrigsten Preis.⁷³ Die untere Grenze bestimmt sich dann wohl am Maßstab des § 25 Nr. 3 VOB/A bzw. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, wonach auf Angebote mit einem unangemessen niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

c) Beurteilungsspielraum

Bei der Angebotswertung im Hinblick auf die technische und wirtschaftliche Gleichwertigkeit des Nebenangebots steht Auftraggebern ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.⁷⁴ Das bedeutet, der Auftraggeber

⁷⁰ VK Nordbayern, Beschl. v. 6. Februar 2003 – 320 VK 3194 01/03, S. 8; BayOLG, VergabeR 2003, S. 207 (212); Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 25 Rdnr. 93; Brinker/Oehler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rdnr. 142.

⁷¹ OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (74).

⁷² BayOLG, VergabeR 2003, S. 207 (213).

⁷³ BGH, NZBau 2000, S. 33, (35 f.); BayOLG, VergabeR 2003, S. 207 (213).

⁷⁴ BGH, BauR 1985, S. 75 (76); OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 540; OLG Rostock, VergabeR 2001, S. 315 (318); BayOLG, VergabeR 2001, S. 438

kann im Hinblick auf die technische Gleichwertigkeit oder Wirtschaftlichkeit eigene Erwägungen anführen, die nicht justiziabel sind, solange er sich dabei nicht von sachfremden oder ersichtlich unrichtigen Gründen leiten läßt.⁷⁵

Demzufolge kann sich ein Auftraggeber auch gegen ein Nebenangebot entscheiden, selbst wenn es in einem aktuellen Vergabeverfahren als die wirtschaftlichste Lösung erscheinen mag. Zulässig dürfte für die Vergabestelle wohl insoweit die Abschätzung sein, dass durch die Einbeziehung der Reflexfolie Typ 3 in die Vergabe- und Zuschlagspraxis langfristig - schon aufgrund des höheren Standards - auch höhere Kosten entstehen.

IV. Verhältnis Hauptangebot - Nebenangebot

Jedem Bieter steht es grundsätzlich frei Nebenangebote oder Änderungsvorschläge zu machen. Selbst für den Fall, dass die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen Nebenangebote ausdrücklich erwünscht, ist ein Bieter nicht gehalten, ein Nebenangebot abzugeben. Sein Hauptangebot darf aber auch nicht ausgeschlossen werden.⁷⁶

Wurde Nebenangebote abgegeben, müssen sie - soweit sie formal korrekt sind - nach § 25 Nr. 5 VOB/A grundsätzlich genauso gewertet werden wie Hauptangebote.⁷⁷ Nach § 25 Nr. 4 VOL/A trifft dies im Rahmen von Vergaben nach VOL/A nur auf die gewünschten oder ausdrücklich zugelassenen Nebenangebote zu. Das heißt, ein formal korrektes Nebenangebot geht dann wie ein Hauptangebot in die Wertung ein, wenn es mit diesem inhaltlich und qualitativ gleichwertig ist.

(442); vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rdnr. 150; *Brinker/Ohler*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rdnr. 120 ff.

⁷⁵ OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (74); vgl. auch VÜA des Bundes, WuW 1997, S. 265 (270), der allerdings von einem Ermessen spricht, das dem Auftraggeber zusteht.

⁷⁶ Vgl. dazu *Kratzenberg*, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 25 Rdnr. 84.

⁷⁷ Vgl. OLG Koblenz, VergabeR 2003, S. 72 (73).

Schließlich ist auf das Nebenangebot der Zuschlag zu erteilen, sofern es wirtschaftlich günstiger als das Hauptangebot ist. Das bedeutet in der Konsequenz:

- Ein Bieter könnte für sein Nebenangebot den Zuschlag erhalten, obwohl er mit seinem Hauptangebot nach der Wertung nicht an erster Stelle gestanden hätte.

und umgekehrt:

- Ein Bieter, der kein Nebenangebot, sondern nur ein Hauptangebot abgegeben hat, wird nicht berücksichtigt, obgleich sein Angebot unter einer ausschließlichen Wertung von Hauptangeboten den Zuschlag erhalten hätte.

Ist ein Nebenangebot nicht nur technisch und qualitativ dem Hauptangebot gleichwertig, sondern weist es zu diesem auch im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit keine Unterschiede auf, dann hat die Vergabestelle die Wahl, ob sie sich für das Hauptangebot oder das Nebenangebot entscheiden will.

V. Rechtsschutzmöglichkeiten

Im Zusammenhang mit vorstehend erörterten Fragen stehen Bieter folgende Rechtsschutzmöglichkeiten offen:

1. Rechtsschutz gegen die Entscheidung, Nebenangebote nicht zuzulassen

Obgleich Nebenangebote wettbewerbspolitisch als wünschenswert angesehen werden und dementsprechend im Vergabeverfahren regelmäßig zugelassen sein sollten, steht die Entscheidung darüber in weitem Ausmaß in der Kompetenz des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Demzufolge kann nach Auffassung des OLG Koblenz⁷⁸ die Entscheidung, Nebenangebote nicht zuzulassen, allenfalls dann angegriffen werden, wenn sie allein auf Willkür beruht.

2. Rechtsschutzmöglichkeiten von Mitbieter, die kein Nebenangebot abgegeben haben

Hat die Vergabestelle Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen zugelassen, dann steht Bieter, die trotz der Auf-

⁷⁸ OLG Koblenz, VergabeR 2002, S. 617 (628).

forderung in den Verdingungsunterlagen kein Nebenangebot abgegeben haben, kein Rechtsschutz zu.⁷⁹

Nur wenn die Vergabestelle Nebenangebote ausgeschlossen hat, abgegebene Nebenangebote aber dennoch in ihre Wertung einbezieht, können Bieter, die wegen des Ausschlusses kein Nebenangebot abgegeben haben, sich auf die Verletzung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes berufen. Solchen Bietern dürften gegebenenfalls Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gemäß §§ 280, 311, 241 BGB zustehen. Bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte sieht § 97 Abs. 7 GWB entsprechenden Rechtsschutz vor.⁸⁰

Jedoch auch bei vorausgehendem Ausschluss von Nebenangeboten wird es Mitbietern in besonders gelagerten Einzelfällen nicht möglich sein, entsprechenden Rechtsschutz geltend zu machen. Ansprüche auf Schadensersatz gibt es nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf insbesondere dann nicht, wenn der Auftraggeber die Abgabe von Nebenangeboten zunächst ausgeschlossen, dann aber die von zwei Bietern abgegebenen Nebenangebote dennoch gewertet und schließlich jenem Bieter auf sein Nebenangebot den Zuschlag erteilt hat, der auch das günstigste Hauptangebot abgegeben hat.⁸¹

3. Rechtsschutzmöglichkeiten von Bietern, die ein Nebenangebot abgegeben haben

Ist ein Nebenangebot von der Vergabestelle ausdrücklich zugelassen worden, so kann ein Bieter, der ein formal korrektes Nebenangebot abgegeben hat, Schadensersatzansprüche nach §§ 280, 311, 242 BGB geltend machen, wenn dieses nicht in die Wertung einbezogen wird.⁸²

⁷⁹ Zum Ersatz des Vertrauensschadens allgemein: *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 25 Rdnr. 63 ff.

⁸⁰ Vgl. *Franke/Grünhagen*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB/A, § 25 Rdnr. 660; *Boesen*, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, § 97 Rdnr. 203.

⁸¹ OLG Düsseldorf, BauR 1982, S. 53 = DB 1081, S. 742.

⁸² *Rusam*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 25 Rdnr. 84.

F. Gesamtergebnis und Fazit

Vorstehendes Rechtsgutachten kommt zu folgenden Ergebnissen:

- Die Straßenbaubehörden der Länder sind im Bereich der Verwaltung der Bundesfernstraßen nach Maßgabe der "Hinweise für die Wahl der Bauart von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen hinsichtlich ihrer lichttechnischen Eigenschaften" (HWBV) verpflichtet, Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen mit der Reflexfolie Typ 3 zu beschaffen.
- Eine auf die Reflexfolie Typ 3 abstellende Ausschreibung verstößt nicht gegen den vergaberechtlichen Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit.
- Außerhalb der Verwaltung stehende Dritte, insbesondere Hersteller der Reflexfolie Typ 3, haben keinen Anspruch auf Ausschreibung eines bestimmten Reflexstoffmaterials.

Ausgehend von den aktuell auf die Reflexfolien Typ 1 und Typ 2 beschränkten Ausschreibungen haben Hersteller von Verkehrsschildern und sonstigen Verkehrseinrichtungen - dort wo nach der Tabelle 1 der HWBV der Reflexstoff Typ 3 ausschließlich aufzustellen ist - folgende Möglichkeiten:

- Die Reflexfolie Typ 3 kann als ein von der vorgesehenen technischen Spezifikation abweichendes Angebot gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A in das Vergabeverfahren eingebracht werden. Solche Angebote sind Hauptangebote und als solche zu werten, wenn durch den Bieter die Gleichwertigkeit der Reflexfolie Typ 3 zur ausgeschriebenen Reflexfolie Typ 2 in bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit im Angebot nachgewiesen wird.
- Solange die Vergabestelle die Abgabe von Nebenangeboten zugelassen hat, ist es aus praktischen Gründen empfehlenswert, die Reflexfolie Typ 3 über ein Nebenangebot bzw. Änderungsvorschlag anzubieten (sog. technisches Nebenangebot). Für den Fall des Ausschlusses des Nebenangebots bleibt der Bieter mit seinem Hauptangebot am Vergabeverfahren beteiligt.
- Bei der Abgabe eines entsprechenden Nebenangebots hat der Bieter formale Anforderungen zu beachten. Insbesondere müssen Nebenangebote auf gesonderter Anlage

gemacht werden und gewissen Bestimmtheitserfordernissen genügen.

- Formal korrekte Nebenangebote sind zu werten, soweit das Nebenangebot zu der in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistung gleichwertig ist. Die Nachweis der Gleichwertigkeit ist anhand von neutralen Unterlagen, hier insbesondere unter Bezugnahme auf die HWBV, durch den Bieter bei Angebotsabgabe zu erbringen.
- Auf das formal korrekte und nachweislich gleichwertige Nebenangebot ist der Zuschlag zu erteilen, soweit es wirtschaftlicher als das günstigste Hauptangebot ist. Wirtschaftlicher als ein Hauptangebot ist ein Nebenangebot dann, wenn es entweder eine bessere Lösung darstellt und nicht teurer ist oder eine gleichwertige Lösung anbietet und günstiger ist.
- Im Rahmen der Wertung des Nebenangebots unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten steht der Vergabestelle ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Insoweit könnte sich der Auftraggeber auf Grundlage wirtschaftlicher Erwägungen gegen ein Nebenangebot entscheiden, obwohl es unter den abgegebenen Angeboten dasjenige mit dem geringsten Preis ist.