

**Submission; Unabänderbarkeit des Angebots nach Ablauf der Eingabefrist; Berichtigung und Erläuterung; Erklärungsirrtum; Ausschluss vom Verfahren; Umtriebsentschädigung** – Art. 23 und Art. 25 Abs. 2 OR; Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 18 Abs. 1 IVöB; Art. 23 Abs. 4, Art. 27 lit. h, Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 VRöB.

*Nach Ablauf der Eingabefrist dürfen nur offensichtliche Irrtümer und Fehler im Angebot korrigiert werden. Ein Fehler ist nur dann offensichtlich, wenn er sich schon aus dem Angebot selber ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen der Anbieterin bedürfte (E. 3).*

*Liegt kein offensichtlicher, korrigierbarer Fehler vor, können sich die Anbieterin oder die Vergabestelle nicht auf einen Erklärungsirrtum der Anbieterin berufen, soweit dadurch das Angebot nach Ablauf der Eingabefrist inhaltlich abgeändert würde (E. 3.2.2).*

*Weicht ein Angebot von den inhaltlichen Vorgaben der Ausschreibung ab, ist ein strenger Massstab anzulegen. Ausschluss vom Verfahren wegen ausschreibungswidrigem Angebot bejaht (E. 4.1 und E. 4.2).*

*Keine ausnahmsweise Zusprechung einer Umtriebsentschädigung (E. 6.2).*

OGE 60/2019/17 vom 22. Oktober 2019

(Eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen diesen Entscheid wies das Bundesgericht mit Urteil 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 ab.)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

Das Kantonsforstamt Schaffhausen führte zur Beschaffung eines Forwarders eine Submission im offenen Verfahren durch und erteilte der A. AG den Zuschlag. Dagegen erhob die B. GmbH Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Obergericht und rügte unter anderem, der von der A. AG angebotene Motor des Typs ZZZAZ erfülle die in der Ausschreibung geforderte Abgasstufe V nicht. Die beigeladene A. AG machte geltend, beim Motor des Typs ZZZAZ handle es sich um einen Tippfehler. Angeboten worden sei der Motorentyp ZZZEZ, welcher auch die Abgasstufe V erfülle. Das Obergericht hiess die Beschwerde gut und erteilte der B. GmbH den Zuschlag.

## Aus den Erwägungen

**3.** Im Submissionsverfahren sollen unter anderem die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und eine unparteiische Vergabe sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel sichergestellt werden (Art. 1 Abs. 3 lit. b bis d der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]). Die Vergabestelle legt gemäss Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i der Vergaberichtlinien vom 15. April 2003 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (VRöB, SHR 172.512) die für die Beschaffung massgeblichen Kriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags zu Beginn des Verfahrens fest und gibt diese bekannt. Die Angebote müssen nach Art. 23 Abs. 1 und Abs. 4 VRöB fristgerecht vollständig eingereicht werden und dürfen nach Ablauf der Eingabefrist nicht mehr geändert werden. Die Vergabestelle hat die eingegangenen Angebote gemäss Art. 28 Abs. 1 VRöB nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch zu prüfen und darf dabei grundsätzlich auf die eingereichten Unterlagen abstellen (vgl. OGE 60/2018/7 vom 3. Juli 2018 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 II 14 E. 8.4.4 S. 40; ferner BGE 141 II 353 E. 8.2.2 S. 374). Nachträgliche Ergänzungen sind nur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen gemäss Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 VRöB zulässig. Weder darf der Inhalt des zu vergebenden Auftrags noch des eingereichten Angebots nachträglich geändert werden (OGE 60/2003/46 vom 31. Dezember 2003 E. 4a, Amtsbericht 2003, S. 129). Entsprechend dürfen grundsätzlich nur offensichtliche Irrtümer und Fehler korrigiert werden, wobei die Offensichtlichkeit nicht leichthin angenommen werden darf und sich aus den massgeblichen Angaben und Unterlagen in der Offerte selbst ergeben muss (vgl. BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.4.3; VGer ZH VB.2018.00183 vom 7. Juni 2018 E. 4.1.2 mit Hinweisen). Der Fehler ist nur dann offensichtlich, wenn er sich aus dem Angebot selber schon ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen der Bieterin bedürfte, wenn also der Fehler bei Lektüre der Offerte ins Auge springt (zum Ganzen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergabeberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2152, S. 1164 f.).

**3.1.** Die Anforderungen an den zu beschaffenden Forwarder ergeben sich aus dem nachfolgenden Produktebeschrieb:

2.2. Detaillierter Produktebeschrieb:

- Anforderungen an das Fahrzeug:
  - 4-Achs Rückefahrzeug
  - Motorenleistung mindestens 145 kW
  - Motor mit Abgasstufe 5
  - Boogielift vorne, ab Werk montiert mit Herstellergarantie
  - Kranaufbau auf Hinterwagen montiert
  - Kranreichweite mindestens 10 m
  - Krantilt ab Werk montiert mit Herstellergarantie

- Kabinendämpfung ab Werk montiert mit Herstellergarantie
- Bereifung 700er
- Seilwinde mit Funk, mindestens 8 to Zugkraft
- kurze Frontpartie zum besseren Einfahren in Böschungen
- ein Paar Schneeketten passend zur Bereifung

Diese Vorgaben sind nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der für diese handelnden Personen kommt es nicht an (OGE 60/2019/3 vom 20. August 2019 E. 3.3.2 mit zahlreichen Hinweisen). Bei technisch geprägten Begriffen ist dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 in fine S. 36 und BGer 2C\_111/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3.2 mit Hinweisen).

**3.2.** Zunächst ist die Vorgabe "Motor mit Abgasstufe 5" zu prüfen. Diese ist vor dem Hintergrund der auf den 1. Juni 2018 in Kraft getretenen Änderungen der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV, SR 814.318.142.1) zu sehen, mit welchen in Nachvollzug von EU-Recht per 1. Januar 2019 für nicht für den Strassenverkehr bestimmte Maschinen und Geräte mit Verbrennungsmotor ein Partikel-Anzahlgrenzwert eingeführt wurde (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamts für Umwelt BAFU zur Änderung der Luftreinhalte-Verordnung [LRV] im Bereich der Feuerungsanlagen, Maschinen und Geräte, weiterer stationärer Anlagen und der Immissionsgrenzwerte und zur Änderung der Energieverordnung [EnV] im Bereich der Feuerungsanlagen vom 13. April 2017, S. 9 f.). Dementsprechend ist unter einem "Motor mit Abgasstufe 5" ein Motor zu verstehen, welcher die Abgasnorm "Stufe V" gemäss europäischer Verordnung (EU) Nr. 2016/1628 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2016 (ABl. L 252 vom 16.09.2016, S. 53) erfüllt (Art. 20b i.V.m. Anhang 4 Ziff. 41 LRV). Dieses Verständnis wird durch die Eingaben der Parteien im Beschwerdeverfahren, welche sich auf die Abgasstufe V beziehen, bestätigt. Das Angebot der Beigeladenen nennt indes den Motorentyp [ZZZAZ], welcher lediglich die Anforderungen der Abgasstufe IV erfüllt, und verweist auf einen Standard "Euro 5". Das Kantonsforstamt scheint dem jedoch nicht weiter nachgegangen zu sein, macht der Kanton Schaffhausen doch geltend, man sei immer davon ausgegangen, der von der Beigeladenen angebotene Motor erfülle die Abgasstufe V. Es ist daher zu prüfen, wie das Angebot der Beigeladenen nach Treu und Glauben zu verstehen war und ob allenfalls – wie von Seiten der Beigeladenen und des Kantons Schaffhausen geltend gemacht – ein korrigierbarer Tipp- bzw. Schreibfehler vorliegt.

**3.2.1.** Einleitend ist festzuhalten, dass in der Offerte der Beigeladenen ein "Motor [...] Euro 5" bzw. ein "Motor mit Euro 5 Abgasstufe ([ZZZAZ])" aufgeführt ist. Wie von der Beschwerdeführerin zutreffend hervorgehoben, wird im Zusammenhang

mit Strassenfahrzeugen soweit ersichtlich von "EURO 5", bei mobilen Maschinen und Geräten sowie Traktoren und Motorkarren mit Kompressionszündungsmotor demgegenüber offenbar von "Stufe V" gesprochen, wobei jeweils unterschiedliche Emissionsgrenzwerte zur Anwendung gelangen (vgl. BAFU, Entwicklung der schweizerischen Gesetzgebung im Bereich der Abgasemissionen von Motorfahrzeugen und Maschinen, März 2019, S. 6 ff.). Ob die Beigeladene mit dem Begriff "Euro 5" die Abgasstufe V meinte, ist daher unklar, zumal sie auf dem Blatt "Angebot 4-Achs Rückefahrzeug (Forwarder)" nicht wie verlangt die konkreten Feinstaubemissionen in mg/m<sup>3</sup> angab, sondern lediglich den Vermerk "Euro 5 (gemäss Beiblatt)" anbrachte, und ungewiss bleibt, auf welches Beiblatt damit genau verwiesen wurde. Denn das der Offerte beiliegende Dokument "PART 4, EMISSION LIMITS" enthält nur allgemeine Ausführungen zur Abgasstufe V bzw. zu deren Einführung in der Schweiz. Sodann preist das der Offerte beiliegende Dokument "Zusatzinformationen zur Offerte" auf Seite 10 unter der Ziffer 3.3 "Motor und Antriebsstrang" unter anderem lediglich "führende Abgasemissionswerte" an.

Demgegenüber weist der der Offerte beiliegende Auszug aus der Liste des BAFU "Motoren-Typen (OEM) mit Konformitätsbescheinigung nach LRV" (Stand: 13.02.2018) den in der Offerte aufgeführten Motorentyp [ZZZAZ] als Motor der Abgasstufe IV aus. Zu bemerken ist, dass dieser Motorentyp auf dem Auszug – wie er dem Obergericht mit den Vergabeakten eingereicht wurde – gelb markiert ist und somit der Umstand, dass es sich dabei um einen Motor der Abgasstufe IV handelt, für das Kantonsforstamt klar ersichtlich war. Im Übrigen verweist auch der der Offerte beiliegende Prospektausdruck "[...]" auf den Motor "[...]" und damit auf einen Motor der Abgasstufe IV. Weiter stimmen die in der Offerte genannten Daten (Leistung, Drehmoment und Zugkraft) mit den im Prospekt aufgeführten Leistungsdaten des Stufe IV-Motors überein. Die Behauptung der Beigeladenen, die Leistungsdaten würden ebenfalls auf den Motorentyp [ZZZEZ] zutreffen, findet dagegen in den Angebotsunterlagen keine Stütze und wurde auch nicht anderweitig belegt.

Insgesamt enthält das Angebot der Beigeladenen somit keine Angaben, welche sich auf einen konkreten Stufe V-Motor beziehen. Es ist daher angesichts des darin ausdrücklich genannten Motorentyps [ZZZAZ] und der damit eingereichten Unterlagen nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass ein Forwarder mit einem Motor der Abgasstufe IV angeboten wurde. Damit liegt jedoch weder ein offensichtlicher, korrigierbarer Tipp- bzw. Schreibfehler im Sinne von Art. 28 Abs. 2 VRöB vor, noch ist das Angebot der Beigeladenen einer Erläuterung gemäss Art. 29 VRöB zugänglich (vgl. dazu Beyeler, Rz. 2139 f., S. 1155 f.).

**3.2.2.** Was die Beigeladene und der Kanton Schaffhausen dagegen vorbringen, vermag nicht zu überzeugen. Soweit der Kanton Schaffhausen sinngemäss einen

Erklärungsirrtum seitens der Beigeladenen geltend macht und die Beigeladene im Sinne von Art. 25 Abs. 2 OR so verstehen will, dass diese einen Motor der Abgasstufe V offerierte, ist dies unstatthaft, denn dadurch würde das Angebot der Beigeladenen inhaltlich verändert (Verbot der Nachofferte). Weiter kann die Berufung auf einen Erklärungsirrtum durch die Beigeladene nur dazu führen, dass diese im Sinne von Art. 23 OR nicht mehr an ihre Offerte gebunden ist (vgl. zum Ganzen Beyeler, Rz. 2187 f., S. 1182 f.). Daher ist ebenfalls unerheblich, ob die Beigeladene nach jeweils eigenen Angaben einen Motor der Abgasstufe V anbieten wollte, einen Forwarder mit einem Motor des Typs [ZZZAZ] gar nicht liefern könnte und [die Herstellerin] seit November 2018 nur noch Maschinen des Typs "[...]" mit Motoren der Abgasstufe V produziert. Abgesehen davon weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass vorproduzierte Motoren der Abgasstufe IV während einer Übergangsfrist bzw. eines Übergangszeitraums als "Übergangsmotoren" weiterhin in Verkehr gesetzt werden dürfen (vgl. Art. 58 Abs. 5 der Verordnung [EU] Nr. 2016/1628; Erläuternder Bericht des BAFU, S. 10). Insofern erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Beigeladene den Motorentyp [ZZZAZ] bewusst in diesem Sinne angeboten hatte, zumal sie keine Angaben zu den konkreten Feinstaubemissionen machte (vgl. oben E. 3.2.1) und erwartet werden kann, dass eine Anbieterin, sollte sie einen Motor der Abgasstufe V anbieten wollen, entsprechende (technische) Angaben im Angebot macht und zusammen mit diesem weitere Bestätigungen, wie etwa die EU-Typengenehmigung, einreicht oder zumindest darauf verweist. In der Tat ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beigeladene entsprechende Dokumentationen erst im Beschwerdeverfahren vorlegte und nicht bereits zusammen mit der Offerte einreichte. Schliesslich macht die Beigeladene auch nicht geltend, der Motorentyp [ZZZAZ] sei einem Motor der Abgasstufe V gleichwertig (vgl. 15 Abs. 3 VRöB; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 335, Rz. 759). Das Angebot der Beigeladenen erweist sich nach dem Gesagten bezüglich der Anforderungen an den Motor somit als nicht ausschreibungskonform.

**4.1.** Gemäss Art. 27 lit. h VRöB wird eine Anbieterin von der Teilnahme namentlich ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Der Mangel muss dabei eine gewisse Schwere aufweisen. Wegen unbedeutender Mängel darf ein Angebot nicht ausgeschlossen werden. Auch kommt der Vergabestelle bei der Prüfung der Frage, ob ein Angebot wegen Unvollständigkeit oder anderer Formmängel auszuschliessen ist, ein erhebliches Ermessen zu. Zumindest bei Abweichungen von inhaltlichen Vorgaben der Ausschreibung ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes jedoch ein strenger Massstab anzulegen (vgl. OGE 60/2010/15 vom 3. September 2010 E. 2b

mit Hinweisen, Amtsbericht 2010, S. 130; OGE 60/2013/1 vom 29. November 2013 E. 2b; ferner OGE 60/2016/41 vom 27. Januar 2017 E. 2.4.1; zum Ganzen auch Christoph Jäger, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 346, Rz. 56 f.).

**4.2.** Die Bestimmung des zu beschaffenden Gegenstands liegt in der Kompetenz und Verantwortung der Vergabestelle (vgl. BGer 2C\_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.1). Mit der in der Ausschreibung vorgesehenen Spezifikation "Motor mit Abgasstufe 5" sollte die Konformität mit der Abgasstufe V sichergestellt werden (vgl. oben E. 3.2). Es wäre dem Kantonsforstamt offengestanden, in den Ausschreibungsbedingungen auch einen "Übergangsmotor" der Stufe IV zu akzeptieren (vgl. oben E. 3.2.2). Die Vorgabe der Abgasstufe V erscheint daher nicht bloss als untergeordneter Nebenpunkt, sondern als zwingend zu erfüllender Standard. Dies wird letztlich auch durch die Eingaben der Parteien im Beschwerdeverfahren bestätigt, welche die Vorgabe der Abgasstufe V nicht in Frage stellen. Somit weist das Angebot der Beigeladenen, welche einen Motorentyp der Abgasstufe IV aufführt, einen schwerwiegenden Mangel auf. Gemäss den Ausschreibungsbedingungen waren unvollständige Angebote oder Angebote, welche die Ausschreibungsunterlagen abändern, vom Verfahren auszuschliessen. Die Beigeladene hätte demnach gestützt auf Art. 27 lit. h VRöB und Ziff. 19 der Ausschreibungsunterlagen durch das Kantonsforstamt vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (vgl. dazu BGer 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen; ferner BGE 143 II 553 E. 7.5.1 S. 564). Davon abgesehen macht die Beigeladene geltend, den von ihr (irrtümlich) angebotenen Forwarder mit einem Motor des Typs [ZZZAZ] nicht mehr liefern zu können. Damit offenbart sie die fehlende Fähigkeit zur Erfüllung ihres Angebots und somit eine fehlende Eignung (vgl. Beyerler, Rz. 2185, S. 1181), weshalb die Beigeladene bereits aus diesem Grund auszuschliessen wäre (vgl. Art. 27 lit. a VRöB; BGE 143 I 177 E. 2.3.1 S. 181 f. und BGer 2D\_25/2018 vom 2. Juli 2019 E. 3.3 [zur Publikation vorgesehen]). Die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene versties folglich gegen das submissionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot nach Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB und den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 9 BV.

**5.** Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als begründet. [...] Die Beigeladene ist vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag [...] ist demnach aufzuheben. Das Angebot der Beschwerdeführerin bleibt nach dem Ausschluss der Beigeladenen als einziges übrig. Sodann wurde gegen das Angebot der Beschwerdeführerin nichts vorgebracht. Da keine weiteren Abklärungen zu treffen

sind und die Vergabestelle keine Wahlmöglichkeit mehr hat, ist der Beschwerdeführerin in Gutheissung der Beschwerde der Zuschlag zu erteilen (Art. 18 Abs. 1 IVöB).

**6.1.** [...]

**6.2.** Die Beschwerdeführerin beantragt weiter eine Parteientschädigung. Indes handelte sie durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Vorsitzenden der Geschäftsführung. Kosten einer berufsmässigen Vertretung fallen daher nicht an. Die Zusprechung einer angemessenen Umtriebsentschädigung für nicht berufsmässig vertretene Parteien stellt eine zu begründende Ausnahme dar (Art. 7 EG BGBM und § 5 Abs. 2 ViVöB i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VRG und Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; vgl. dazu BGer 4A\_233/2017 vom 28. September 2017 E. 4.5; OGE 60/2014/21 vom 2. Juni 2015 E. 7.1). Die Beschwerdeführerin machte aber weder notwendige Auslagen geltend noch legte sie dar, weshalb die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zusprechung einer Umtriebsentschädigung gegeben sein sollten. Es ist ihr daher keine Entschädigung zuzusprechen.