



BRK 2005-017

Der Präsident: André Moser
Die Richter: Karol Frühauf, Elisabeth Lang
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Entscheid vom 23. Dezember 2005

in Sachen

1. **X. AG**, ...,
2. **Y. AG**, ...,
Beschwerdeführerinnen, vertreten durch Fürsprecher A., ...

gegen

Eidgenössische Oberzolldirektion, Monbijoustrasse 40, 3003 Bern

betreffend

öffentliches Beschaffungswesen
(Zuschlag im offenen Verfahren)

Sachverhalt:

A.- Die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), Oberzolldirektion (OZD) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 11. Februar 2005 unter der Projektnummer 245.1-2 den Lieferauftrag betreffend „Lieferung und Wartung/Reparatur von Erfassungsgeräten CH-OBU-2, Abnahmestellen-Software und Sicherheitsinfrastruktur zur Erfassung der Leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (LSVA)“ im offenen Verfahren öffentlich aus. Zwei Anbieter, die Z. AG sowie die Bietergemeinschaft X./Y., bestehend aus X. AG und Y. AG, reichten fristgerecht eine Offerte ein. Am 23. August 2005 erteilte die OZD den Zuschlag an die Z. AG. Der Zuschlag wurde im SHAB vom (...) veröffentlicht.

Auf Verlangen begründete die OZD mit Schreiben vom 1. September 2005 die Nichtberücksichtigung des Konsortiums X./Y. damit, dass deren Angebot auf der Basis eines formalen Fehlers, nämlich der nicht konformen Unterzeichnung des Angebots, von der vertieften Prüfung habe ausgeschlossen werden müssen. Eine im Zeitpunkt der Abgabefrist nicht im Handelsregister eingetragene und daher nicht berechnigte Person (B.) habe das Angebot auf Seiten X. AG unterzeichnet. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin habe hingegen die Kriterien der formalen und rechnerischen sowie der vertieften Prüfung erfüllt.

B.- Mit Eingabe vom 14. September 2005 erheben die X. AG und die Y. AG (Beschwerdeführerinnen) gegen die Zuschlagsverfügung der OZD Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung der OZD sowie die Anweisung an diese, das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C.- Mit Präsidialverfügung vom 15. September 2005 wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.- Mit Vernehmlassung vom 23. September 2005 beantragt die OZD, die Beschwerde sowie das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin, die Z. AG, verzichtet auf das Stellen formeller Anträge und auf eine Stellungnahme.

E.- Auf Verlangen der Beschwerdeführerinnen wird ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2005 erstatten die Beschwerdeführerinnen ihre Replik, in welcher sie an den Anträgen in der Beschwerde festhalten. Die OZD reicht mit Eingabe vom 10. November 2005 eine Duplik ein.

F.- Am 2. Dezember 2005 lässt der Vertreter der Beschwerdeführerin der BRK eine Kopie eines Schreibens des Direktors des Bundesamtes für Bauten und Logistik vom 25. November 2005 zur Kenntnisnahme zukommen.

Auf die weitergehenden Ausführungen in den Eingaben an die Rekurskommission wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- a) Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission, welche endgültig entscheidet, zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. a und Art. 36 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen

[BoeB; SR 172.056.1] sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG; SR 173.110]). Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB; SR 0.632.231.422) unterstellt sind, alle übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11) geregelt.

Die objektiven Voraussetzungen gemäss Art. 2 ff. BoeB, unter denen die Rechtsschutzbestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden (zuständige Bundesstelle, Art und Umfang des Auftrages bzw. Auftragswert), sind hier unbestrittenermassen erfüllt. Da zudem keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BoeB gegeben ist, ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen Vergabe zuständig. Die Beschwerdeführerinnen sind als beim Zuschlag nicht berücksichtigte Anbieterinnen ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.68, E. 1b). Auf ihre fristgerecht eingereichte Eingabe ist einzutreten.

b) Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), soweit das BoeB nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 71a Abs. 2 VwVG).

c) Mit der Beschwerde an die BRK kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Der Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 Bst. c VwVG steht dagegen nicht offen (Art. 31 BoeB).

d) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen aus formellen Gründen (Art. 19 Abs. 3 BoeB) zulässig war. Wie die OZD ausführt, geschah dies im Rahmen einer formellen Prüfung, ohne materielle Prüfung des Angebots der Beschwerdeführerinnen. Damit ist auf die Ausführungen der Parteien, welche den Inhalt des Angebots der Beschwerdeführerinnen sowie dessen (allfällige) inhaltliche Beurteilung durch die OZD zum Gegenstand haben, nicht einzutreten.

2.- a) aa) Art. 19 Abs. 1 BoeB mit dem Randtitel „Formvorschriften“ bestimmt unter anderem, dass die Anbieterinnen und Anbieter ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen müssen. Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BoeB). Gemäss Rechtsprechung der Rekurskommission kann der Ausschluss eines Anbieters bzw. eines unvollständigen Angebots gestützt auf Art. 11 BoeB vom Submissionsverfahren durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (vgl. Entscheide der BRK vom 4.

Februar 2003 i.S. A. [BRK 2002-016], E. 1a, vom 8. Februar 2000 i.S. P. [BRK 1999-012], E. 3, vom 31. August 1999 i.S. S. AG [BRK 1999-014], E. 3b/cc).

Den Formvorschriften im Submissionsrecht kommt – jedenfalls insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien (wie des Prinzips der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote) stehen – ein hoher Stellenwert zu (Art. 1 Abs. 2 BoeB; Entscheid der BRK vom 18. Dezember 1997 [BRK 1997-013], E. 2d, wiedergegeben in Baurecht [BR] 1998 S. 126). Die Einhaltung der Bestimmungen über die Vollständigkeit des Angebots haben sowohl die Anbieter wie auch die Vergabebehörde zu beachten. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) verletzen. Ein solches Angebot ist daher grundsätzlich auszuschliessen (Art. XIII Ziff. 4 Bst. a und c ÜoeB; Art. 19 Abs. 3 BoeB). Vorbehalten bleibt das Verbot des überspitzten Formalismus, aufgrund dessen nur unwesentliche Formmängel einer Offerte einen Ausschluss nicht zu rechtfertigen vermögen. Als Voraussetzung für einen Ausschluss müssen Fehler von einem gewissen Gewicht vorliegen (Entscheidung der BRK vom 26. März 2001, veröffentlicht in VPB 65.79, E. 2b/cc; vom 18. Dezember 1997, a.a.O., E. 2d; vgl. des weiteren BGE 130 I 267 E. 5; Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2003 [2P.5/2003], E. 4.3.2; Entscheide der BRK vom 8. Februar 2000 i.S. P. [BRK 1999-012], E. 3, vom 13. August 1998, veröffentlicht in VPB 63.17, E. 3b; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 688 mit weiteren Hinweisen). Gemäss der Bündner Rechtsprechung steht der Ausschluss von an sich wirtschaftlich günstigen, aber mit kleineren rein formellen Mängeln behafteten Angeboten auch den vergaberechtlichen Grundsätzen der Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietern und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BoeB) entgegen (Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. November 2001, veröffentlicht in Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [PVG] 2001 Nr. 41, E. 1).

bb) Das Problem formfehlerhafter Offerten (welche nicht gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB von vornherein auszuschliessen sind) ist im Zusammenhang mit der Offertbereinigung und dem Einholen von Erläuterungen bei den Anbietern bzw. (im Bundesrecht) von Verhandlungen zu sehen (siehe auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 248). Verhandlungen (gemäss Art. 20 BoeB) im Rahmen einer Offertbereinigung können unter anderem gerechtfertigt sein, wenn Offerten mit Formfehlern vorliegen, welche die Sanktion von Art. 19 Abs. 3 BoeB nicht rechtfertigen (Entscheidung der BRK vom 29. April 1998, veröffentlicht in VPB 62.80, E. 2a). Nach der Praxis der BRK liegt nämlich auf Bundesebene stets eine Verhandlung im Sinne von Art. 20 BoeB i.V.m. Art. 26 VoeB vor, wenn die Vergabebehörde (im Rahmen der Offertbereinigung) mit den Anbietern tatsächlich in Kontakt tritt. Diesfalls sind durchwegs die in den vorgenannten Vorschriften enthaltenen formellen Anforderungen zu erfüllen. Die Offertbereinigung nach Art. 25 VoeB ist demgegenüber ein rein verwaltungsinterner Vorgang der Vergabebehörde ohne Kontaktnahme mit einem Anbieter (vgl. auch Entscheide der BRK vom 29. Januar 2003 i.S. G. [BRK 2002-007], E. 5b/aa; vom 26. April 2000, veröffentlicht in VPB 64.62, E. 3a mit Hinweisen). Anders als im kantonalen Sub-

missionsrecht existieren im Bundesrecht grundsätzlich die Möglichkeiten der Erläuterung oder Berichtigung der Angebote nicht (siehe auch Entscheid der BRK vom 23. Juli 2003, veröffentlicht in VPB 67.108, E. 4b), welche auf kantonaler Ebene allenfalls herangezogen werden können (siehe Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2002 S. 474 f.). In zwei Entscheiden hat die BRK immerhin unter Hinweis auf Art. XIII Ziff. 1 Bst. b ÜoeB die im Rahmen der Offertbereinigung (und nicht von formellen Verhandlungen) vorgenommene Berichtigung unbeabsichtigter Formfehler durch den Anbieter vorbehalten, sofern es dadurch nicht zu einer Diskriminierung von Mitkonkurrenten kommt (Entscheidung der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.78, E. 3a; vom 7. November 1997, veröffentlicht in VPB 62.32, E. 3b).

b) Das aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) fließende Verbot des überspitzten Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 127 I 34 E. 2a/bb; 115 Ia 17 E. 3b; 114 Ia 40 E. 3 je mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1661). Nicht jede prozessuale Formstrenge steht mit diesem Grundsatz im Widerspruch, sondern nur jene, die durch kein schutzwürdiges Interesse mehr gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck wird. Prozessuale Formen sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten (BGE 118 V 311 E. 4; 114 Ia 34 E. 3).

Soweit das Verbot des überspitzten Formalismus das Verhalten der Behörde gegenüber dem Privaten betrifft, verfolgt es dasselbe Ziel wie das Vertrauensprinzip im Sinne von Art. 9 BV. Die Rechtsprechung hat sowohl aus dem Vertrauensprinzip als auch aus dem Verbot des überspitzten Formalismus die Verpflichtung der Behörde abgeleitet, in gewissen Situationen den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat, oder die er im Begriff ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. So soll die Verwaltungsbehörde nach Möglichkeit vermeiden, dass formelle Fehler, die zu verhindern gewesen wären, wenn die Behörde den Privaten auf sie aufmerksam gemacht hätte, zu einem Nichteintretensentscheid führen (BGE 125 I 170 E. 3a, 124 II 270 E. 4a, 120 Ib 188 E. 3c, 120 V 417 E. 5a; siehe auch Entscheid der Eidgenössischen Zollrekurskommission [ZRK] vom 23. Mai 2005 i.S. S. [ZRK 2004-043], E. 3c, 4b/aa). Behördliches Verhalten, das einer Partei den Rechtsweg verunmöglicht oder verkürzt, obschon auch eine andere gesetzeskonforme Möglichkeit bestanden hätte, ist mit Art. 4 der (alten) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV; neu Art. 9 BV) nicht vereinbar (BGE 120 V 417 E. 5a).

3.- Die OZD begründet den Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 1. September 2005 (Vernehmlassungsbeilagen 18 und 19) und in der Vernehmlassung damit, dass deren Angebot nicht ordnungsgemäss unterzeichnet gewesen sei. Die Ausschreibungsunterlagen hätten die Zeichnung der Angebote durch eine gemäss Handelsregisterauszug berechnigte Person gefordert. Eine im Zeitpunkt der Abgabefrist nicht im Handelsregister eingetragene und daher nicht berechnigte Person (B.) habe das Angebot auf Seiten X. AG unterzeichnet. Daraus habe die Ungültigkeit der Offerte des Konsortiums resultiert. In der Replik vom 10. November 2005 ergänzt die OZD unter anderem, dass ein Nachfragen beim Anbieter (betreffend Zeichnungsberechtigung) einer nachträglichen Unterzeichnung des Angebots gleichkäme, womit das Angebot als nicht fristgerecht eingereicht auszuschneiden gewesen wäre (Art. 19 Abs. 1 BoeB).

Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, dass ihr Angebot gültig von zur Vertretung befugten Personen unterzeichnet worden sei. Neben C. sei, obwohl nicht im Handelsregister eingetragen, auch B. vertretungsbefugt, er zeichne für die X. AG per Prokura. Die Eintragung im Handelsregister sei gemäss Art. 458 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) nur deklaratorisch. Weiter wird auf die langjährige Zusammenarbeit der EZV mit den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Beschaffung der ersten Generation von LSVA-Erfassungsgeräten hingewiesen; damals habe das Konsortium aus der Y. AG und der X.W., welche zwischenzeitlich mit der X. AG fusioniert worden sei, bestanden. B. und C. hätten sämtliche Ergänzungsverträge zum Dienstleistungsvertrag 2005 betreffend diese LSVA-Geräte unterzeichnet, dies in zwei Fällen sogar noch nach dem Datum der neuen Offerte (12. Mai 2005). Dagegen habe die EZV nie einen Einwand erhoben; im Gegenteil habe die EZV diese Verträge ausgearbeitet und selbst die Unterzeichnung dieser beiden Personen vorgesehen. Indem die EZV dieselben Unterschriften auf dem Angebot nicht akzeptiert habe, habe sie sich widersprüchlich sowie überspitzt formalistisch verhalten. Selbst wenn die EZV an der Vertretungsbefugnis hätte zweifeln dürfen, hätte sie sich diesbezüglich bei der X. AG erkundigen müssen. Schliesslich könne auch im Falle einer vollmachtlosen Stellvertretung ein Vertretener das Geschäft genehmigen mit der Folge, dass er verpflichtet werde. Ein wesentlicher Mangel im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB liege jedenfalls nicht vor.

a) Laut den Ausschreibungsunterlagen der OZD betreffend die in Frage stehende Vergabe (Vernehmlassungsbeilage Nr. 3) hat das Angebot ein Begleitschreiben zu enthalten, welches „durch eine zeichnungsberechtigte Person (gemäss Handelsregistereintrag) des Bieters zu unterzeichnen“ ist (Ziff. 5.2.1). Auf gleiche Weise ist die Anerkennung der Vertragsentwürfe zu unterschreiben (Ziff. 5.2.5). Ebenfalls ist das Preisverzeichnis an der vorgesehenen Stelle firmenmässig zu unterzeichnen (Ziff. 5.2.3). Weiter sind als Nachweise bzw. Unterlagen im Sinne von Anhang 3 VoeB ein Handelsregisterauszug und die Erklärung von Bietergemeinschaften einzureichen (Ziff. 5.2.7). Überdies halten die Ausschreibungsunterlagen fest, Angebote mit wesentlichen Formfehlern würden von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen (mit Hinweis auf Art. 19 BoeB; Ziff. 5.7).

Tatsächlich hat das Angebot der Beschwerdeführerinnen der Formvorschrift in den Ausschreibungsunterlagen nicht entsprochen, wonach die Unterzeichnung des Angebots durch eine zeichnungsberechtigte Person „gemäss Handelsregistereintrag“ zu erfolgen habe. Gemäss dem zum Zeitpunkt der Offerteinreichung (12. Mai 2005) geltenden Handelsregisterauszug (siehe aktueller Internet-Vollauszug sowie Beschwerdebeilage Nr. 14) war zumindest B. für die X. AG nicht zeichnungsberechtigt und C. (Handelsregistereintrag vom 25. April 2005) nur kollektiv zu zweien. Für die andere Konsortialpartnerin, die Y. AG, wurde das Angebot rechtsgültig unterzeichnet. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob es sich hierbei - wie die OZD geltend macht - um einen im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB wesentlichen Formfehler gehandelt hat und der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerinnen zulässig war oder ob ein bloss minder gravierender Fehler vorlag, welcher keinen Ausschluss rechtfertigen konnte.

b) aa) Juristische Personen handeln durch ihre Organe oder zur Vertretung befugte Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte im Sinne von Art. 462 Abs. 2 OR. Den Beweis für die Vertretungsbefugnis erbringt der Handelsregisterauszug. Überdies kann eine Partei im Verwaltungsverfahren nach Art. 11 VwVG (welcher auch für das Vergabeverfahren anwendbar ist, siehe Art. 26 Abs. 1 BoeB) auf jeder Stufe des Verfahrens mittels gewillkürter Vertretung eine andere Person bevollmächtigen. Die Behörde kann diesfalls den Vertreter auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Auch im Vergabeverfahren muss es somit grundsätzlich zulässig sein, die Offerte von nicht im Handelsregister eingetragenen Personen unterschreiben zu lassen, sofern diese über eine Vollmacht verfügen. Auf Verlangen der Behörde muss die Zeichnungsberechtigung bzw. Vollmacht nachgewiesen werden.

bb) Diese Grundsätze hat die OZD in ihren Ausschreibungsunterlagen abgeändert, indem sie verlangt hat, dass das Angebot (bzw. das Begleitschreiben) durch eine „zeichnungsberechtigte Person (gemäss Handelsregisterauszug) des Bieters zu unterzeichnen“ ist und indem sie diese Regel so interpretiert hat, dass Angebote, welche nicht von im Handelsregister eingetragenen Personen unterzeichnet sind, direkt auszuschliessen seien. Vorliegend nicht geprüft zu werden braucht die Zulässigkeit dieser Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen; sie ist aber zumindest zweifelhaft und die OZD hat für diese - den allgemeinen Grundsätzen zuwiderlaufende - Regel keine einleuchtende Begründung angeführt (siehe S. 3 Vernehmlassung: Begründung mit Grösse und Dauer des Auftrages). Wie sogleich darzulegen ist, kann der vorliegende Verstoss gegen diese Formvorschrift aber ohnehin nicht als wesentlicher Formfehler im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB angesehen werden, welcher einen sofortigen Ausschluss rechtfertigen würde.

Die gesamten Umstände legten vorliegend - auch ohne schriftliche Vollmacht oder Handelsregistereintrag für B. - nahe, dass die X. AG sich von den beiden unterzeichnenden Personen tatsächlich vertreten lassen wollte. So haben C. und B. die X. AG bereits in den bisherigen Beziehungen mit der OZD (bezüglich die erste Generation der LSVA-Erfassungsgeräte) vertreten. Die OZD ihrerseits hat deren Unterschriften regelmässig - sogar noch nach der Eingabe der neuen Offerte der Beschwerdeführerinnen - als gültig akzeptiert (siehe Beschwerdebeilagen Nr. 4 ff., v.a. Nr. 6 und 7). Weiter wurde die Offerte immerhin von einer - wenn auch nur zu zweien - zeichnungsberechtigten Person (C.) unterschrieben. Angesichts dieser Tatsachen hat sich die

OZD, indem sie das Angebot der Beschwerdeführerinnen sofort und ohne weiteres ausgeschlossen hat, überspitzt formalistisch und treuwidrig verhalten. Damit wurde den Beschwerdeführerinnen ohne sachlichen Grund, welcher die Formstrenge zu rechtfertigen vermöchte, die Möglichkeit entzogen, am Vergabeverfahren teilzunehmen; solches Vorgehen steht dem Verbot des überspitzten Formalismus entgegen (siehe oben E. 2b). Ebenfalls läuft es den Grundsätzen der Förderung des Wettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel zuwider, das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund dieses Mangels auszuschliessen (oben E. 2a/aa), dies gerade angesichts der Tatsache, dass im vorliegenden Vergabeverfahren insgesamt nur zwei Angebote eingereicht worden sind. Bei dem von den Beschwerdeführerinnen begangenen Formfehler hat es sich bei diesen Gegebenheiten nicht um einen wesentlichen Formmangel im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB gehandelt (siehe auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 21. Oktober 1998, in *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF]* 1999 I S. 281, wo in ähnlicher Konstellation ebenfalls kein wesentlicher Formfehler bejaht wurde).

cc) In Berücksichtigung der vorliegenden Sachlage und gerade unter dem Gesichtspunkt der bisherigen Geschäftsbeziehungen zwischen der OZD und der Bietergemeinschaft muss eine Pflicht der Vergabebehörde, die Anbieterin auf den Formmangel aufmerksam zu machen, bejaht werden. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus und dem Grundsatz von Treu und Glauben kann nach der Rechtsprechung wie erläutert (oben E. 2b) unter Umständen eine Pflicht der Behörde abgeleitet werden, den Privaten auf Verfahrensfehler hinzuweisen, bevor sie zu so drastischen Massnahmen wie Nichteintreten oder Ausschluss greift. Richtigerweise hätte die OZD das Angebot der Beschwerdeführerinnen zulassen oder (im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten) die Behebung des Formfehlers verlangen müssen, indem sie die X. AG aufforderte, entweder die Unterschriftsberechtigung der zeichnenden Personen (B.) zu belegen (namentlich durch eine gültige Vollmacht) oder das Begleitschreiben von einer (zweiten) gemäss Handelsregisterauszug berechtigten Person unterschreiben zu lassen.

dd) Es bliebe abzuklären, wie unter dem Gesichtspunkt des Vergabeverfahrens im Detail vorzugehen ist, wenn ein solcher Formfehler nur untergeordneter Art vorliegt, welcher nicht gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB zum Ausschluss berechtigt - abgesehen von der Möglichkeit, dass die Vergabestelle die Offerte ohne weitere Abklärungen akzeptiert, was allerdings unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten problematisch sein könnte. Nach dem vorstehend (E. 2a/bb) Dargelegten kommen förmliche Verhandlungen in Frage oder allenfalls eine Rückfrage im Rahmen der Offertbereinigung (Art. XIII Ziff. 1 Bst. b ÜoeB) an den Anbieter zur Korrektur des Formfehlers. Vorliegend ist es (im Hinblick auf die Wiederholung des Vergabeverfahrens) der Vergabebehörde überlassen, welche Vorgehensweise sie als angemessen und passend ansieht. Jedenfalls ist festzustellen, dass gesetzlich zulässige und den Gleichbehandlungsgrundsatz im Beschaffungswesen nicht verletzende Möglichkeiten bestehen, die Beschwerdeführerinnen auf den formellen Fehler aufmerksam zu machen und sie zu dessen Behebung aufzufordern. Würde im Übrigen auf die entsprechende Aufforderung der OZD (innert Frist) keine Vollmacht nachgereicht und auch keine Unterzeichnung der Offerte durch (im Handelsregister eingetragene) zeich-

nungsberechtigte Personen nachgeliefert, könnte der Ausschluss gleichwohl in Betracht gezogen werden.

4.- Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die OZD zurückzuweisen (Art. 32 Abs. 1 BoeB). Mit dem Entscheid in der Hauptsache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, dem superprovisorisch mit Präsidialverfügung vom 15. September 2005 entsprochen worden ist, gegenstandslos.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder den obsiegenden Beschwerdeführerinnen noch der unterlegenen OZD Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63, insbesondere Abs. 2, VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.-- ist den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten. Die OZD hat den obsiegenden Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- auszurichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 8 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]).

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen

erkannt:

- 1.- Die Beschwerde der X. AG und der Y. AG vom 14. September 2005 wird gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Oberzolldirektion vom 23. August 2005 aufgehoben.
- 2.- Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
- 3.- Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'000.-- wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.
- 4.- Die Oberzolldirektion hat den Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- zu entrichten.
- 5.- Dieser Entscheid wird dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen sowie der Oberzolldirektion schriftlich eröffnet und der Z. AG mitgeteilt.

Eidgenössische Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Sonja Bossart