

Auszug aus dem Entscheid BRK 2005-017 der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23 Dezember 2005, in Sachen X. AG

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Ausschluss vom Verfahren. Überspitzter Formalismus.

Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c, Art. 19 Abs. 3, Art. 20 BoeB. Art. XIII Ziff. 1 Bst. b ÜoeB. Art. 9, Art. 29 Abs. 1 BV. Art. 11 VwVG.

- Ausschluss vom Verfahren. Gemäss Art. 19 Abs. 3 BoeB werden Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Ein Ausschluss aufgrund von nur unwesentlichen Formmängeln würde dem Verbot des überspitzten Formalismus sowie 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) entgegenstehen (E. 2a/aa).

- Vorliegend hat die Vergabebehörde die Beschwerdeführerinnen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, weil sie gegen eine Formvorschrift in den Ausschreibungsunterlagen - welche von den allgemeinen Grundsätzen betreffend Vertretungsbefugnis im Verwaltungsverfahren (E. 3b/aa) abweicht - verstossen haben, wonach eine «gemäss Handelsregistereintrag zeichnungsberechtigte» Person die Offerte zu unterzeichnen habe. Dieser Ausschluss war unter den gegebenen Umständen überspitzt formalistisch und treuwidrig; ein wesentlicher Formmangel im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BoeB lag nicht vor (E. 3b/bb).

- Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus und dem Grundsatz von Treu und Glauben kann unter Umständen eine Pflicht der Behörde abgeleitet werden, den Privaten auf Verfahrensfehler hinzuweisen, bevor sie zu so drastischen Massnahmen wie Nichteintreten oder Ausschluss greift (E. 2b, 3b/cc). Vorliegend hätte die Behörde das Angebot zulassen oder (im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten) von den Beschwerdeführerinnen die Behebung des Formfehlers verlangen müssen (E. 3b/cc).

- Rückweisung an die Vorinstanz. In verfahrensmässiger Hinsicht kommen zur Korrektur des Formfehlers durch den Anbieter entweder förmliche Verhandlungen (Art. 20 BoeB) oder eine Rückfrage im Rahmen der Offertbereinigung (Art. XIII Ziff. 1 Bst. b ÜoeB) in Frage (E. 2a/bb, 3b/dd).

Marché public en procédure d'adjudication ouverte. Exclusion de la procédure. Formalisme excessif.

Art. 1 al. 1 let. b et c, art. 19 al. 3, art. 20 LMP. Art. XIII ch. 1 let. b AMP. Art. 9, art. 29 al. 1 Cst. Art. 11 PA.

- Exclusion de la procédure. Conformément à l'art. 19 al. 3 LMP, les offres contenant de graves vices de forme sont écartées de la procédure. Une exclusion fondée seulement sur des vices de forme qui ne sont pas graves serait contraire à l'interdiction du formalisme excessif ainsi qu'aux principes, ressortant du droit des marchés publics, de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et de favoriser l'utilisation économique de fonds publics (art. 1 al. 1 let. b et c LMP; consid. 2a/aa).

- En l'espèce, l'autorité d'adjudication a exclu les recourantes de la procédure parce qu'elles ont violé une disposition formelle ressortant de la documentation relative à l'appel d'offres - laquelle déroge aux principes généraux concernant le pouvoir de représentation en procédure administrative (consid. 3b/aa) - selon laquelle seule une personne autorisée à signer au sens du registre du commerce devait signer l'offre. Dans les circonstances données, cette exclusion était constitutive de formalisme excessif et contraire à la bonne foi; un grave vice de forme au sens de l'art. 19 al. 3 LMP n'existait pas (consid. 3b/bb).

- De l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi peut être déduite, selon les circonstances, une obligation pour l'autorité d'attirer l'attention des particuliers sur leurs erreurs de procédure, avant qu'elle ne prenne des mesures aussi radicales que la non-entrée en matière ou l'exclusion (consid. 2b, 3b/cc). En l'occurrence, l'autorité aurait dû admettre l'offre ou (eu égard à l'égalité de traitement entre les concurrents) exiger des recourantes qu'elles corrigent l'erreur de forme commise (consid. 3b/cc).

- Renvoi à l'autorité inférieure. Du point de vue de la procédure, soit des négociations formelles (art. 20 LMP) soit une demande de plus amples renseignements dans le cadre de l'apurement de l'offre (art. XIII ch. 1 let. b AMP) entrent en considération pour la correction, par le soumissionnaire, de l'erreur de forme (consid. 2a/bb, 3b/dd).

Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione aperta. Esclusione dalla procedura. Formalismo eccessivo.

Art. 1 cpv. 1 lett. b e c, art. 19 cpv. 3, art. 20 LAPub. Art. XIII n. 1 lett. b AAPub. Art. 9, art. 29 cpv. 1 Cost. Art. 11 PA.

- Esclusione dalla procedura. Secondo l'art. 19 cpv. 3 LAPub le offerte con lacune formali rilevanti sono escluse dalla procedura. Un'esclusione basata solo su lacune formali non rilevanti violerebbe il divieto del formalismo eccessivo e i principi del diritto degli appalti pubblici che mirano a rafforzare la concorrenza fra gli offerenti e ad utilizzare in modo economicamente razionale le risorse pubbliche (art. 1 cpv. 1 lett. b e c LAPub; consid. 2a/aa).

- Nella fattispecie, l'ente aggiudicatore ha escluso le ricorrenti dalle ulteriori fasi della procedura perché hanno violato una disposizione formale prevista nei documenti della pubblicazione del bando, la quale differisce dai principi generali concernenti il potere di rappresentanza nella procedura amministrativa (consid. 3b/aa). Secondo tale disposizione, l'offerta deve essere firmata da una persona avente il diritto di firma secondo l'iscrizione nel registro di commercio. Questa esclusione, viste le circostanze, era eccessivamente formalista e contraria alla buona fede; non vi era quindi alcuna lacuna formale rilevante ai sensi dell'art. 19 cpv. 3 LAPub (consid. 3b/bb).

- In determinate situazioni, dal divieto del formalismo eccessivo e dal principio della buona fede può risultare un dovere dell'autorità di segnalare al privato gli errori di procedura prima che siano prese misure molto drastiche come la non entrata nel merito o l'esclusione (consid. 2b, 3b/cc). Nella fattispecie, l'autorità avrebbe dovuto ammettere l'offerta o (nell'ottica di una parità di trattamento dei concorrenti) chiedere alle ricorrenti di eliminare la lacuna formale (consid. 3b/cc).

- Rinvio all'autorità inferiore. Dal punto di vista procedurale, per la correzione di un errore formale da parte dell'offerente possono esservi trattative formali (art. 20 LAPub) oppure l'invito a correggere l'offerta (art. XIII n°1 lett. b AAPub; consid. 2a/bb, 3b/dd).

## Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), Oberzolldirektion (OZD) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) (...) den Lieferauftrag betreffend «Lieferung und Wartung/Reparatur von Erfassungsgeräten CH-OBU-2, Abnahmestellen-Software und Sicherheitsinfrastruktur zur Erfassung der Leistungsabhängigen Schwerkverkehrsabgabe (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. Die OZD erteilte den Zuschlag an die Z. AG. Der Zuschlag wurde im SHAB 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. Die X. AG und die Y. AG (Beschwerdeführerinnen) erheben 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 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.

## Aus den Erwägungen:

### 1. (...)

2.a.aa. Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Üoeb, SR 0.632.231.422]; 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 (Entscheide 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 (Entscheid 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 in Verbindung mit Art. 26 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) 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 Submissionsrecht 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 (Entscheide 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 Rechtschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 127 I 34 E. 2a/bb; BGE 115 Ia 17 E. 3b; BGE 114 Ia 40 E. 3 je mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 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; BGE 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, BGE 124 II 270 E. 4a, BGE 120 Ib 188 E. 3c, BGE 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 Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV[1]; 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 und in der Vernehmlassung damit, dass deren Angebot nicht ordnungsgemäss unterzeichnet gewesen sei. Die Ausschreibungsunterlagen hätten die Zeichnung der Angebote durch eine gemäss Handelsregisterauszug berechnete Person gefordert. Eine im Zeitpunkt der Abgabefrist nicht im Handelsregister eingetragene und daher nicht berechnete 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 LSA-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 LSA-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 Vertreter 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 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 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 des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) (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 (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. 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) zeichnungsberechtigte 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). (...)

[1] Zu lesen auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter [http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf](http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf) (letzter Besuch: 1. März 2006).

Dokumente der BRK