

TE Verg Bescheid 2009/3/10 N/0145-BVA/09/2008-81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.03.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §9 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §79 Abs9

BVergG 2006 §130 Abs1

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

B-VG Art14b Abs2 Z1

B-VG Art14b Abs2 Z1 litf

B-VG Art14b Abs2 Z2

B-VG Art14b Abs2 Z2 litf

ABGB §914

ABGB §915

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
-
1. ABGB § 915 heute
 2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006, idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686) der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10. Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein, 16. Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark, 19. Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH, sämtliche vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11. November 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Mag. Maria Ulmer als

Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006,, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686) der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10. Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein, 16. Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark, 19. Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH, sämtliche vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11. November 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote von A*** im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" für die Lose 5, 6 und 7 auszuschneiden (gesondert anfechtbare Entscheidung: "Das Ausscheiden eines Angebotes"), für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidungen der Auftraggeber, die Angebote der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 auszuschneiden, werden für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z, 320 Abs 1, 321 Abs 1 Z 7, 325 Abs 1, 19 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Z, 320 Absatz eins, 321, Absatz eins, Ziffer 7, 325, Absatz eins, 19, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, dem Angebot der B*** im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" für die Lose 5, 6 und 7 den Zuschlag erteilen zu wollen (gesondert anfechtbare Entscheidung: "Zuschlagsentscheidung"), für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidungen der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarungen in den Losen 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, werden für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z, 320 Abs 1, 321 Abs 1 Z 7, 325 Abs 1, 19 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Z, 320 Absatz eins, 321, Absatz eins, Ziffer 7, 325, Absatz eins, 19, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Den Anträgen, 1. "Das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 1.600,00 gemäß § 319 BVergG zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", und 2. "Weiters möge das BVA den Antragsgegnern auftragen, uns die Pauschalgebühr von EUR 800,- für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend § 319 BVergG zu Handen unseres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", wird stattgegeben. Den Anträgen, 1. "Das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 1.600,00 gemäß Paragraph 319, BVergG zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", und 2. "Weiters möge das BVA den Antragsgegnern auftragen, uns die Pauschalgebühr von EUR 800,- für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend Paragraph 319, BVergG zu Handen unseres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, sind verpflichtet, der A*** zu Handen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 2.400,-- zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 11. November 2008 Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen und der "Zuschlagsentscheidungen", auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 11. November 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass 20 namentlich genannte Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH als vergebende Stelle, die Lieferung von Drucker- und Multifunktionsgeräten in einem offenen Verfahren ausgeschrieben hätten. Der zu vergebende Auftrag umfasse bis zu 9.600 Stück Drucker und Multifunktionsgeräte sowie Software und Dienstleistungen, Service- und Wartungsleistungen. Der Auftrag sei in neun Losen mit verschiedenen Leistungskategorien ausgeschrieben worden. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von Druckern und Multifunktionsgeräten sowie über die dafür benötigte Software und die damit verbundene Erbringung von branchenüblichen Dienstleistungen und Garantien.

Die Antragstellerin habe sich am Verfahren beteiligt und fristgerecht Teilangebote für die Lose 5, 6 und 7 abgegeben.

Im Leistungsverzeichnis (LV) seien für die Lose 5, 6 und 7 folgende "KO-Kriterien" für die Drucker festgelegt gewesen:

"Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?"

Diese Frage habe die Antragstellerin in ihrem LV jeweils mit "Ja" beantwortet.

Mit Schreiben der BBG vom 19. August 2008 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass "gemäß dem Datenblatt" eine Emulation von PCL 6 angegeben und in den Unterlagen keine Bestätigung für PCL 5 (e) gefunden worden sei. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, binnen vier Werktagen Aufklärung zu geben.

Mit Schreiben vom 22. August 2008 habe die Antragstellerin klargestellt, dass sämtliche angebotenen Druckermodelle über die Druckersprachen PCL 6 und PCL 5 (e) verfügen würden, wobei PCL 5 (e) in PCL 6 integriert sei. Diesbezüglich sei auch eine Bestätigung der Europazentrale von A*** vom 20.8.2008 beigelegt worden.

Mit Fax vom 28. Oktober 2008 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihrer Teilangebote betreffend die Lose 5 bis 7 mitgeteilt worden. Begründend sei angeführt worden, dass geforderte technische Kriterien nicht erfüllt seien. Trotz der erfolgten Aufklärung behaupte der Auftraggeber, dass die angebotenen Drucker nicht über die in der Ausschreibung geforderten Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen würden. Weiters sei mitgeteilt worden, dass der Zuschlag für die Lose 5, 6 und 7 an die B*** erteilt werden solle. Die Angebotssummen von B*** würden deutlich über jenen der Antragstellerin liegen. Bei vergaberechtskonformer Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin in die Bestbieterermittlung für die Lose 5, 6 und 7 wäre diese als Bestbieterin hervorgegangen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Bewertung und Nichtausscheidung eines chancenreichen Angebots, auf Erteilung des Zuschlags und Teilnahme an einem - mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden - Vergabeverfahren sowie der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb, verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Bewertung und Nichtausscheidung eines chancenreichen Angebots, auf Erteilung des Zuschlags und Teilnahme an einem - mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden - Vergabeverfahren sowie der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb, verletzt.

Rechtswidrigkeit des Ausscheidens:

Die Entscheidungen des Auftraggebers, die Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 auszuschneiden, seien rechtswidrig. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidungen damit, dass die angebotenen Drucker nicht über die im LV geforderten Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen würden. Diese Behauptung sei jedoch falsch. Das vom Auftraggeber festgelegte technische KO-Kriterium: "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL5 (e) und PCL6?" sei im LV der Ausschreibung abgefragt und von der Antragstellerin mit "Ja" beantwortet worden. Die Antragstellerin habe die Druckermodelle Z***, Z***, Z*** und Z*** angeboten. Diese Druckermodelle würden alle über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen. Die Druckersprache PCL 5 (e) sei eine Vorgängerversion der Druckersprache PCL 6 und in PCL 6 integriert. Die Druckersprache PCL 6 sei "abwärts kompatibel". In den Druckerbeschreibungen, die dem Angebot beigelegt gewesen seien, werde bei den Druckersprachen nur PCL 6 angegeben, da diese die neueste Version sei und PCL 5 (e) in PCL 6 integriert sei.

Dies sei offenbar auch der Grund gewesen, warum die BBG Aufklärung über die Druckersprachen der angebotenen Modelle verlangt habe. Mit Schreiben vom 22. August 2008 habe die Antragstellerin aufgeklärt, dass ihre Druckermodelle über die geforderten Druckersprachen PCL 6 und PCL 5 (e) verfügen würden und habe hiezu ein Schreiben der A*** Europazentrale vorgelegt, in dem dies bestätigt würde. Die angebotenen Drucker würden daher das KO-Kriterium betreffend die Druckersprachen erfüllen.

Sollte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zugelassen worden sein, obwohl die von diesem angebotenen Drucker weder PCL 5 (e) noch einen PCL 5 (e)-Treiber ausweisen würden, liege zudem ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung iSd § 19 Abs 1 BVergG vor. Sollte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zugelassen worden sein, obwohl die von diesem angebotenen Drucker weder PCL 5 (e) noch einen PCL 5 (e)-Treiber ausweisen würden, liege zudem ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG vor.

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Aufgrund der rechtswidrigen Nichtberücksichtigung der Angebote der Antragstellerin seien die Bestbieterermittlung und damit auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet. Bei einer vergaberechtskonformen Berücksichtigung und Bewertung des Angebots der Antragstellerin hätte diese den Zuschlag für die angebotenen Lose erhalten müssen.

Mit Schriftsatz vom 14. November 2008 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erstatteten eine Stellungnahme. Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, welcher am 11.4.2008 in der Wiener Zeitung und am 9.4.2008 im Amtsblatt der EG bekannt gemacht worden sei. Als Zuschlagsprinzip sei das Bestbieterprinzip vorgesehen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren vergeben werden und sei in 9 Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf Euro 7 bis 8 Mio ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Loses 5 belaufe sich exkl. USt auf Euro 700.000,-- pro Jahr. Der geschätzte Auftragswert des Loses 6 belaufe sich exkl. USt auf Euro 312.000,-

- pro Jahr und jener des Loses 7 auf Euro 652.000,-- exkl USt pro Jahr.

Das Los 5 umfasse 3800 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker (in zwei Kategorien), das Los 6 1000 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker A4 (MFG) und das Los 7 1500 Stück Abteilungs-Laserdrucker A4 (in zwei Kategorien).

Die Angebotsöffnung sei am 3.6.2008 erfolgt. Die Antragstellerin habe in sämtlichen nunmehr angefochtenen Losen das billigste Angebot gelegt. Den zweitgünstigsten Preis habe jeweils der präsumtive Zuschlagsempfänger geboten. Am 28.10.2008 seien der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mitgeteilt worden. Das Verfahren sei nicht widerrufen worden, ein Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich der angefochtenen Lose 5, 6 und 7 sei nicht erfolgt. Die Angebote der Antragstellerin seien wegen Nichterfüllung technischer Musskriterien ausgeschieden worden.

Für die Lose 5, 6 und 7 sehe das LV als Muss-Kriterium vor, dass die Drucker über die Druckersprachen PCL5 (e) und PCL 6 verfügen müssten. Die Frage, ob die Drucker über die Druckersprachen PCL5 (e) und PCL 6 verfügen würden, sei von der Antragstellerin im LV zunächst mit "Ja" beantwortet worden. Im Zuge der Angebotsprüfung durch die vergebende Stelle, bei der u.a. die von der Antragstellerin zwingend beizubringenden Datenblätter mit den von der Antragstellerin eingefügten Angaben im LV verglichen worden seien, habe sich jedoch herausgestellt, dass die angebotenen Druckermodelle - entgegen den Angaben im LV - offensichtlich nicht über die Druckersprache PCL 5 (e) verfügen würden. Die vergebende Stelle sei deshalb am 19. August 2008 an die Antragstellerin mit dem Ersuchen um Aufklärung herangetreten. Dabei sei die Antragstellerin von der vergebenden Stelle nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Drucker über die Druckersprachen PCL5 (e) und PCL6 verfügen müssten.

Zwischenzeitig seien die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Testungen der angebotenen Geräte erfolgt. Die von der Antragstellerin in Los 5 und Los 7 angebotenen Drucker seien vom Bundesministerium für Inneres (BMI) einer Testung unterzogen worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass Files in der Druckersprache PCL 6 nicht gedruckt hätten werden können. Files in der Druckersprache PCL 5 (e) hätten hingegen gedruckt werden können. Dies

sei der vergebenden Stelle vom BMI am 21.8.2008 unter Beilage der Testungsergebnisse mitgeteilt worden. Die von der Antragstellerin im Los 5 und im Los 7 angebotenen Drucker hätten bei der Testung das Muss-Kriterium "PCL 6" nicht erfüllt.

Mit Schreiben vom 22.8.2008 sei die Antragstellerin dem Aufklärungsersuchen nachgekommen. Aus dem beigelegten Schreiben der A*** vom 20.8.2008 ergebe sich nach Ansicht der Auftraggeber, dass die genannten Druckermodelle hinsichtlich der Druckersprache PCL 6 eine Softwareemulation benötigen würden, um PCL 6 Files drucken zu können. Damit der Druck eines Files in der Druckersprache PCL 6 möglich sei, bedürfe es somit vor dem ersten Drucken der Installation einer Software am Arbeitsplatz bzw. Server. Am Markt existiere jedoch eine Vielzahl von Druckermodellen, bei denen eine Emulation nicht mehr notwendig sei. Diese Druckermodelle hätten selbst ein Softwaretool integriert, sodass unübersetzte Files von jedem beliebigen an den Drucker angehängten Arbeitsplatz an den Drucker geschickt werden könnten und dieser sozusagen eigenständig die Übersetzung vornehme. Eine kosten- und zeitintensive Umrüstung bestehender Anlagen habe man durch die gegenständliche Ausschreibung jedoch gerade verhindern wollen.

Aufgrund der bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen müssten die Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen. Die Antragstellerin habe jedoch ausschließlich Druckermodelle angeboten, die nicht selbst über die Druckersprache PCL 6 verfügen würden.

Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen komme es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen seien. Nachdem sowohl in den Ausschreibungsbedingungen wie auch im Aufklärungsschreiben vom 19.8.2008 ausdrücklich der Drucker selbst als Hardwareteil genannt worden sei, der über die Druckersprache verfügen müsse, habe es für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar sein müssen, dass nur solche Modelle das Muss-Kriterium erfüllen würden, bei denen keine Emulation notwendig sei. Nur der Ordnung halber sei darauf hinzuweisen, dass sämtliche sonstigen Bieter, deren Geräte einer Testung unterzogen worden seien, die Ausschreibungsbedingungen dergestalt verstanden hätten, dass der Drucker selbst über die Druckersprache PCL 6 verfügen müsse, und von diesen nur solche Geräte angeboten und zur Testung zur Verfügung gestellt worden seien, bei denen keine "Vorabemulation" notwendig sei. Der Antragstellerin habe auch klar sein müssen, dass alle Anforderungen der Ausschreibung an die Geräte bereits bei der Teststellung erfüllt sein müssten.

Da aufgrund des Aufklärungsschreibens vom 22.8.2008, insbesondere der Beilage vom 20.8.2008, offensichtlich gewesen sei, dass das von den Auftraggebern geforderte Muss-Kriterium der Druckersprache PCL 6 nicht erfüllt werde, habe der Auftraggeber deren Angebote ausgeschieden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - ausschließlich Drucker angeboten, bei denen eine Emulation nicht notwendig sei. Wie aus dem Testbericht des BMI vom 21.8.2008 ersichtlich sei, hätten alle von der B*** in den Losen 5, 6 und 7 angebotenen Drucker die Musskriterien "PCL 6" und "PCL 5 (e)" erfüllt.

Möge die Antragstellerin zwar in allen von ihr angebotenen Losen das preislich günstigste Angebot gelegt haben, wäre sie aber trotzdem in den Losen 5 und 7 - das Nichtausscheiden ihres Angebotes vorausgesetzt - nicht Bestbieterin gewesen: In Los 5 hätte die Antragstellerin bei einer fiktiven Angebotsprüfung 181,333 Punkte erreicht, die B*** habe hingegen 183,789 Punkte erreicht. In Los 7 hätte die Antragstellerin 148,80 Punkte, die B*** habe hingegen 152,319 Punkte erreicht. Selbst wenn die Antragstellerin nicht ausgeschieden worden wäre, könnte ihr in den Losen 5 und 7 keinesfalls ein Schaden entstanden sein.

Mit Schriftsatz vom 20. November 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass der Auftraggeber das Ausscheiden ihres Angebotes offenbar ausschließlich damit begründe, dass die angebotenen Drucker die Druckersprache PCL 6 nicht erfüllen würden. Des Weiteren habe der Auftraggeber ausgeführt, dass die Testung ergeben hätte, dass die von der Antragstellerin angebotenen Drucker für die Lose 5 und 7 Files in der Druckersprache PCL 6 nicht ausdrucken hätten können. Da sich der Auftraggeber hinsichtlich der Testung der Drucker für das Los 6 nicht geäußert hätte, sei davon auszugehen, dass bei diesen Druckern die "Anforderung PCL 6" offenbar erfüllt worden sei.

Die Behauptung, dass die von der Antragstellerin angebotenen Drucker nicht über die Druckersprache PCL 6 verfügen würden, sei schlichtweg falsch. Sämtliche von der Antragstellerin angebotenen Geräte hätten allesamt die Emulation

zum Drucken von PCL 5 (e) und PCL 6 auf der CPU (central processing unit) der Geräte bereits integriert. Die Installation einer Software am Arbeitsplatz oder am Server sei daher nicht erforderlich.

Des Weiteren werde darauf hingewiesen, dass A*** werkseitig bei der Entwicklung seiner Druckermodelle standardmäßig die PCL 6- Kompatibilität teste, indem es ein von einem unabhängigen Drittanbieter entwickeltes, reines PCL 6 Standard-Testfile zur Testung heranziehe.

Zur Testung der Geräte:

Der Antragstellerin sei nicht bekannt, wie der Test tatsächlich durchgeführt worden sei. Im Hinblick auf die oben beschriebenen Kompatibilitätstests sei das Ergebnis der Testung nicht plausibel. Eine ordnungsgemäße Testung hätte ergeben müssen, dass die angebotenen Drucker das Erfordernis der Druckersprache PCL 6 erfüllen würden.

Da laut Angaben des Auftraggebers mit den Geräten der Antragstellerin das Testfile des BMI nicht gedruckt hätte werden können, sei anzunehmen, dass dieses Testfile unzulässigerweise über den Treiber eines anderen Herstellers erstellt worden sei und nicht nur reine PCL 6 Standard Kommandos enthalte. Dadurch sei eine objektive Prüfung der PCL 6 Kompatibilität nicht möglich. Sollte diese Annahme zutreffen, sei die Testung der Drucker rechtswidrig erfolgt, weil dadurch der Drucker der Antragstellerin gegenüber anderen Druckerprodukten benachteiligt worden sei. Des Weiteren sei die Testung rechtswidrig, da die Ausschreibung keine Festlegung enthalte, dass die angebotenen Geräte mit dem PCL 6 Enhanced eines bestimmten Herstellers kompatibel sein müssten. Aus der Festlegung "PCL "6 könne dies auch nicht abgeleitet werden. Das nunmehrige Erfordernis der Kompatibilität mit einem PCL 6 Enhanced eines bestimmten Herstellers wäre daher ein unzulässiges Abweichen von der Ausschreibung. Die Ausschreibung sei jedoch bestandfest, ein Auftraggeber könne weder neue Festlegungen treffen noch von diesen Festlegungen abweichen.

Weiters gehe aus der Stellungnahme des Auftraggebers nicht hervor, dass die für das Los 6 angebotenen Drucker das Testfile nicht hätten drucken können.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

1. 1.Ziffer eins

Zu Los 6:

Aus der Stellungnahme des Auftraggebers gehe hervor, dass die Antragstellerin beim Los 6 als Bestbieterin hervorgegangen sei. Dieses Ergebnis zeige, dass bei diesem Los die Testung ergeben habe, dass der Drucker über PCL 6 verfüge. Dies belege, dass das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich Los 6 jedenfalls zu Unrecht ausgeschieden worden sei.

1. 2.Ziffer 2

Zu den Losen 5 und 7:

Die Begründung des Auftraggebers, dass die Antragstellerin in den Losen 5 und 7 nicht Bestbieterin sei bzw. dies nicht geprüft habe werden können, könne nicht nachvollzogen werden. Wie könne die Qualität der Drucker mit anderen Druckern verglichen werden, wenn die Drucker der Antragstellerin angeblich nicht einmal ein Testfile drucken könnten? Weiters sei davon auszugehen, dass die Testung an sich rechtswidrig gewesen sei. Selbst wenn der Auftraggeber die Drucker der Antragstellerin getestet hätte, sei die Bestbieterermittlung rechtswidrig, da die Testung - die Grundlage für die Bestbieterermittlung - rechtswidrig gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 26. November 2008 erstatteten die Auftraggeber eine weitere Stellungnahme. Sie brachten im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 20. November 2008 angegeben habe, dass die Emulation zum Drucken von PCL5 (e) und PCL6 auf der CPU der Geräte bereits integriert und sohin eine Installation am Arbeitsplatz oder am Server nicht erforderlich sei. Die Antragstellerin ziehe daraus den Schluss, dass die entsprechenden Muss-Kriterien Ausschreibung erfüllt seien. Unter Punkt 1.1.5 ihrer Stellungnahme vom 20. November 2008 führe die

Antragstellerin hingegen wörtlich aus, "..... dass die angebotenen

Geräte mit unseren eigenen entwickelten PCL 6 Treibern

drucken können. Diese Treiber können etwa auf unserer

internationalen Lösungsseite gratis downgeloadet werden

....". Diese Ausführungen könnten nur dahingehend verstanden werden, dass ein Drucken eines PCL 6-Files die Vorabinstallation eines PCL 6-Treibers erfordere und somit vorab eine Software zu installieren sei.

Selbst wenn die Software zum Drucken von PCL 5 (e) und PCL 6 bereits am Drucker installiert sein sollte, ändere dies nichts am Ergebnis der Testung durch das BMI:

Die für die Lose 5 und 7 angebotenen Drucker hätten die Files in der Druckersprache PCL 6 schlichtweg nicht drucken können. Der Grund hierfür könnte einerseits darin liegen, dass die von den Auftraggebern nicht prüfbare Software am Gerät nicht ausreichend integriert sei, oder aber es für das Drucken von Files in der Druckersprache PCL 6 eines PCL 6-Treibers bedürfe. Aus den Ausführungen der Antragstellerin, wonach der eigens "downzuladende" PCL 6-Treiber erst ein Drucken von PCL-Files ermögliche, gehe klar hervor, dass - entgegen den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen - der Drucker offensichtlich nicht über die Druckersprache PCL 6 verfüge. Damit habe die Antragstellerin selbst klar dargelegt, dass sie die KO-Kriterien der Ausschreibung nicht erfülle.

Die Antragstellerin habe offensichtlich Geräte zur Testung zur Verfügung gestellt, die den eigenen PCL 6-Treiber nicht im Drucker integriert hätten, sodass der Drucker nicht über die Druckersprache PCL 6 verfüge. Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin den Treiber nicht bei der Testung zur Verfügung gestellt habe.

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass bei den gegenständlichen Losen die Systemumgebungen den Bietern zur Kenntnis gebracht worden seien und festgehalten worden sei, dass die angebotenen Systeme in die Systemumgebung wie beschrieben einbindbar sein müssten. Diese müssten in das vorhandene automatische Konfigurations- und Installationsverfahren integrierbar sein und nach dem Abschluss der Installation den vollen Umfang der angebotenen Leistung zur Verfügung stellen.

Unrichtig sei die Behauptung der Antragstellerin, wonach für das Los 6 der Drucker über PCL 6 verfügen würde. Aufgrund der dem Aufklärungsschreiben beigelegten Beilage vom 20.8.2008 sei es offensichtlich gewesen, dass das von den Auftraggebern geforderte Muss-Kriterium der Druckersprache PCL 6 von den in den Losen 5 bis 7 angebotenen Druckern nicht erfüllt werde. Im Los 6 habe die Antragstellerin die Type "Z***" angeboten, für die ebenfalls gemäß Schreiben der A*** vom 20.8.2008 eine Emulation erforderlich sei. Folglich sei das Druckermodell des Loses 6 keiner Testung mehr unterzogen worden, zumal klar gewesen sei, dass auch dieser PCL 6- Files nicht drucken werde können.

In der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2008 brachte der Auftraggeber vor, dass das KO-Kriterium so zu verstehen sei, dass ein Printfile, das von einem Programm erstellt werde, direkt zum Drucker geschickt werde und der Drucker selbst dieses File übersetzen und ausdrucken können müsse. Dies, ohne dass Software-Tools oder Treiber, z.B. auf einem Arbeitsplatz oder einem Server, installiert werden müssten. Das Anforderungsprofil des Auftraggebers sei also dergestalt, dass die Drucker selbst, ohne Zwischenschaltung von spezieller Software bzw. Treibern, Files in den Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6 drucken können müssten. Eine Vorabinstallation eines PCL 6 Treibers auf dem Drucker erfolge nicht durch den Auftraggeber, sondern seien die Bieter verpflichtet, eine derartige Vorabinstallation vor der Lieferung (sei es für die Testung bzw. später im Rahmen des Abrufes aus der Rahmenvereinbarung) durchzuführen. Dies sei auch von den übrigen Bietern so verstanden worden.

Die Frage, ob sich aus der Ausschreibung ergebe, dass die angebotenen Geräte die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6 im Drucker selbst "übersetzen können" müssten, wurde vom Auftraggeber bejaht. Der Auftraggeber sei nach der Ausschreibung nicht gehalten, selbst Software in den Drucker zu installieren, damit dieser Files in den Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6 drucken könne. Der Auftraggeber sei auch nicht gehalten, selbst Software am Arbeitsplatz oder am Server zu installieren, damit der Drucker die Druckersprachen PCL 5 e od. PCL 6 verstehen könne.

Die Geräte der Antragstellerin seien in den Losen 5 und 7 vom BMI getestet worden. Die vergebende Stelle habe das Vorliegen der Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6 nicht getestet, da sie nicht über die technischen Voraussetzungen hierfür verfüge; die Tests hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose seien ausschließlich vom BMI erfolgt. Die

Geräte der Antragstellerin hätten Files in PCL 5 e drucken können, Files in PCL 6 hingegen nicht. Die Geräte der B*** in den Losen 5 und 7 - welche ebenfalls vom BMI getestet worden seien - hätten PCL 6 Files drucken können. Infolge der von den Antragstellern am 22.8.2008 erteilten Aufklärung sei eine Prüfung der in Los 6 zur Verfügung gestellten Testgeräte nicht mehr durchgeführt worden. Aus der Beilage dieser Aufklärung habe sich ergeben, dass auch der in Los 6 angebotene Drucker einer "Vorabemulation" bedürfe. Richtig sei somit, dass der Auftraggeber auf eine Testung des Gerätes der Antragstellerin in Los 6 verzichtet habe und das entsprechende Angebot der Antragstellerin ohne Testung ausgeschieden worden sei. Dies beruhend auf dem Inhalt des Confirmation-Letters vom 20.8.2008, dass "der Druckertreiber über eine PCL 6 - Emulation verfüge".

In der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2008 gab die Antragstellerin an, dass sie das KO-Kriterium so verstanden habe, dass die Sprachen PCL 5 e und PCL 6 am Drucker selbst verfügbar sein müssten. Die Antragstellerin habe also diese Ausschreibungsbestimmung in der Weise verstanden, dass die Geräte selbst über diese Sprachen verfügen müssten. Insofern weiche das Verständnis der Antragstellerin auch nicht von jenem des Auftraggebers ab. Alle von der Antragstellerin angebotenen Geräte würden über die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6 verfügen. Diese Sprachen seien in den Geräten bereits werkseitig auf der Central Processing Unit (CPU) enthalten. Eine Vorabinstallation sei daher nicht notwendig.

Über Befragen, welchen Inhalt die Antragstellerin dem Confirmation-Letter vom 20.8.2008 beimesse, erklärte C***, dass das Schreiben so zu verstehen sei, dass die angebotenen Printermodelle über die "Emulation" (Software) zum Drucken von PCL 5e und PCL 6 verfügen würden. Das Schreiben sei nicht so zu verstehen, dass weitere Installationen von Software am Arbeitsplatz oder an Servern erforderlich wären.

Mit Schriftsatz vom 3. Februar 2009 brachte die Antragstellerin ergänzend Folgendes vor:

1. 1.Ziffer eins

Zur Installation von Treibern

Aus Punkt 8.2.4., Rz 138 der Ausschreibungsunterlagen "Testziele", sei ersichtlich, dass entgegen dem Vorbringen der Auftraggeber, die Installation von Treibern generell zulässig sein solle (Arg: Zurverfügungstellung von Treibern), sodass eine nachträgliche Installation von Treibern nicht unzulässig sei.

Nach herrschender Judikatur des BVA (zB BVA 18.06.2008, N/0053/02/2008-19) seien sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Ausschreibungsunterlagen seien die Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote. Alle Bieter müssten darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhalte. Eine solche Bindung sei für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 BVergG entscheidend (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.04.1996, RS C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstelle; ebenso BVA 17.03.2006 N/0007- BVA/05/2006-54; 08.02.2006, 15N-127/05-25). Eine nachträgliche Änderung würde es einem Auftraggeber ermöglichen, Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, indem er willkürlich von den Ausschreibungsunterlagen abgehe. Nach herrschender Judikatur des BVA (zB BVA 18.06.2008, N/0053/02/2008-19) seien sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Ausschreibungsunterlagen seien die Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote. Alle Bieter müssten darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhalte. Eine solche Bindung sei für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend vergleiche VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.04.1996, RS C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstelle; ebenso BVA 17.03.2006 N/0007- BVA/05/2006-54; 08.02.2006, 15N-127/05-25). Eine nachträgliche Änderung würde es einem Auftraggeber ermöglichen, Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, indem er willkürlich von den Ausschreibungsunterlagen abgehe.

In den Ausschreibungsunterlagen sei einzig das Kriterium definiert, dass der Drucker die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6, die schon werkseitig auf dem Drucker installiert worden seien, verstehen müsse. Die Ausschreibungsunterlagen würden die Bieter weiters zu allfällig erforderlichen Adaptionen, wie zB die Zurverfügungstellung von Treibern, verpflichten. Eine der nachträglichen Änderung der Ausschreibungsunterlagen gleichkommende Auslegung der Ausschreibungsunterlagen dahingehend, dass die Installation von Treiben generell unzulässig sein solle, verbiete sich angesichts der dargelegten Judikatur und des klaren Wortlauts der

Ausschreibungsunterlagen. Das Vorbringen der Auftraggeber in Bezug auf die Installation von Treibern stelle daher ein unzulässiges Abgehen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen dar und sei aus diesem Grund rechtswidrig.

1. 2.Ziffer 2

Zur Angebotsprüfung

2.1. Zur Teststellung:

Mit Fax vom 19.8.2008 sei die Antragstellerin von den Auftraggebern darüber informiert worden, dass die Überprüfung der Datenblätter, der Leistungsdaten und die Testergebnisse der Auftraggeber bei allen testenden Stellen folgende Unklarheiten ergeben hätte: Der in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Punkt, "[...] dass der Drucker über die Druckersprache PCL 6 und PCL 5 (e) verfügen muss, ist nur entfernt erfüllt, weil im Datenblatt nur eine Emulation von PCL 6 angegeben wurde und keine Bestätigung für PCL 5 (e) gefunden wurde. Gefordert gewesen seien aber PCL 5 (e) und PCL 6."

Innerhalb der gesetzten Frist zur Aufklärung habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.8.2008 darüber informiert, dass ihre Drucker über die Druckersprachen PCL 6 und PCL 5 (e) verfügen würden.

Die Auftraggeber hätten in ihrer Stellungnahme vom 26.11.2008 und in der mündlichen Verhandlung vom 1.12.2008 vorgebracht, dass "[...] files in der Druckersprache PCL 6 schlichtweg nicht gedruckt werden konnten". Gemäß § 126 Abs 1 BVergG habe der Auftraggeber bei Unklarheiten über das Angebot Aufklärungsgespräche mit dem Bieter zu führen. Die Auftraggeber hätten in ihrer Stellungnahme vom 26.11.2008 und in der mündlichen Verhandlung vom 1.12.2008 vorgebracht, dass "[...] files in der Druckersprache PCL 6 schlichtweg nicht gedruckt werden konnten". Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG habe der Auftraggeber bei Unklarheiten über das Angebot Aufklärungsgespräche mit dem Bieter zu führen.

Mit Fax vom 19.8.2008 sei von den Auftraggebern zwar um Aufklärung ersucht worden, ob die Drucker über die Druckersprache PCL 5 (e) verfügen würden; dass files in der Druckersprache PCL 6 nicht gedruckt werden hätten können, hätten die Auftraggeber jedoch nicht thematisiert bzw behauptet. Eine solche Thematisierung sei unterlassen worden und in ihrem Fax vom 19.8.2008 "nach den Testergebnissen", sohin offenkundig nach bereits erfolgter Testung, lediglich darauf hingewiesen worden, dass das Datenblatt vermeintlich unvollständige Angaben hinsichtlich PCL 5 (e) ausweise. Dies lasse darauf schließen, dass es bezüglich der Druckersprache PCL 6 bei der Teststellung zum Zeitpunkt des Fax vom 19.8.2008 keine Ungereimtheiten gegeben habe.

Hätten files in der Druckersprache PCL 6 zu diesem Zeitpunkt tatsächlich nicht gedruckt werden können, so wären die Auftraggeber verpflichtet gewesen, Aufklärung zur vermeintlichen Mangelhaftigkeit des Druckvorgangs in der Druckersprache PCL 6 zu verlangen. Dieser Verpflichtung seien die Auftraggeber nicht nachgekommen und hätten diese somit die Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Das Ausscheiden der Angebote sei daher mangels ordnungsgemäßer Prüfung infolge der Unterlassung von Aufklärungsgesprächen rechtswidrig.

2.2. Nicht abgeschlossene Prüfung in Bezug auf Los 6:

Durch die, wie von den Auftraggebern in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden, nicht durchgeführte Prüfung in Los 6 und der daher noch nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung, hätten die Auftraggeber gerade nicht die Tatsachengrundlage geschaffen, um eine vergaberechtskonforme Angebotsbeurteilung vorzunehmen, weil die unterlassene Testung einen substantiellen und unersetzbaren Bestandteil der Angebotsprüfung darstelle. Das Ausscheiden der Angebote sei daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

1. 3.Ziffer 3

Fehlerhafte "fiktive" Bestbieterermittlung:

In ihrer Stellungnahme vom 26.11.2008 hätten die Auftraggeber zu den Losen 5 und 7 vorgebracht, dass die Antragstellerin selbst bei einer fiktiven Angebotsprüfung, bei der ihre Angebote bewertet würden, nicht Bestbieterin gewesen wäre: Eine fiktive Prüfung der BBG hätte ergeben, dass die Antragstellerin in Los 5 nur 182,667 (B*** 183,789 Punkte) und in Los 7 nur 150 Punkte (B*** 152,319 Punkte) erreichen würde, selbst wenn die Angebote der Antragstellerin bei der Qualitätsbewertung die höchste Punktezahl für das Kriterium PCL 6 erhalten hätte.

Dieses Vorbringen sei jedoch unrichtig. Die kaufmännische Berechnung (Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis) der

Auftraggeber sei mangelhaft. Es würden sich mehrere Ungereimtheiten bei der Punktebewertung ergeben: Wie aus dem Vergabevorschlag zur Berechnung der Angebotspreise und der ebenfalls beiliegenden einzeln aufgeschlüsselten Berechnungen zu Los 5 und 7 ersichtlich sei, ergebe sich bei den im Folgenden detailliert dargelegten Berechnungen zu Los 5 und Los 7 eine tatsächlich nicht nachvollziehbare Punkteberechnung:

- -Strichaufzählung
In Los 5 sei ein Angebot in die Berechnung des Durchschnittspreises einbezogen worden, das wegen eines unbehebbar Mangel auszuscheiden gewesen wäre, sodass bei der Punktebewertung ein falscher Durchschnittspreis herangezogen worden sei. Bei richtiger Bewertung wäre die Antragstellerin Bestbieterin.
- -Strichaufzählung
In Los 7 sei die Bewertungsformel, die in den Ausschreibungsunterlagen dargestellt sei, falsch angewendet worden;
- -Strichaufzählung
In Los 5 und 7 seien für die Berechnung des Durchschnittspreises Angebote von Bieter herangezogen worden, die wegen der Nicht-Erfüllung von Mindestanforderungen auszuscheiden gewesen wären, sodass bei der Punktebewertung ein falscher Durchschnittspreis herangezogen worden sei.

Die Mangelhaftigkeit der kaufmännischen Bewertung durch die Auftraggeber sei relevant; die Beseitigung dieser Mängel habe unmittelbaren Einfluss auf die Bestbieterermittlung und zur Konsequenz, dass die Antragstellerin in den Losen 5 und 7 Bestbieterin wäre.

Das Gutachten des Sachverständigen vom 11. Februar 2009 langte beim Bundesvergabeamt am 12. Februar 2009 ein. Gutachtensinhalt auszugsweise:

Die Fragen lauteten:

I) Wie musste ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei römisch eins) Wie musste ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei

Anwendung der üblichen Sorgfalt die Regelungen der Ausschreibung hinsichtlich der verfügbaren Druckersprachen ("Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?") verstehen? II) Entsprechen die von der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 angebotenen Drucker und Multifunktionsgeräte den Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der verfügbaren Druckersprachen? Anwendung der üblichen Sorgfalt die Regelungen der Ausschreibung hinsichtlich der verfügbaren Druckersprachen ("Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?") verstehen? römisch zwei) Entsprechen die von der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 angebotenen Drucker und Multifunktionsgeräte den Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der verfügbaren Druckersprachen?

Befund

Gegenstände der Befundaufnahme

Einsicht genommen wurde in

- -Strichaufzählung
Auszüge aus dem Akt,
- -Strichaufzählung
die Testdatei "testdruck_pcl6.prn" Version 21.11.2008 und wie per Mail am 26.1.2009 von BBG erhalten,
- -Strichaufzählung
Wikipedia deutsch und englisch Beitrag PCL 6,

[...].

Gang der Befundaufnahme

Bei der Befundaufnahme am 4.2.2009 waren neben dem SV anwesend:
für die Antragstellerin A***: D***, E***, F***, G*** (X***), H*** (X***)
für die AG: I*** (BBG), J*** (BBG), K*** (FinProk) vom BMI: L***, M***

Vorgehen bei den Tests durch die AG

Besprochen wurde vorerst die Durchführung der Tests durch die Auftraggeberseite. Dabei wurde seitens I*** dargestellt, dass durch die BBG (I***/ O***) Tests mit einer Testdatei aus dem Internet von "Druckerchannel" durchgeführt wurden, die alle positiv verliefen. Dabei wurden Texte aus Windows XP und Vista mit Winword 2003 und 2007 und den Druckertreibern von A*** an die Drucker geschickt. Die Ergebnisse sind im Akt des BVA vorhanden.

Durch L*** wurden mittels eigener Testdateien ("testdruck_pcl5e.prn" und "testdruck_pc16.prn") Tests durchgeführt. Im Akt finden sich dazu eine Mail L*** an I*** vom 21.8.2008 mit dem Inhalt, der Druck mit der Sprache PCL 6 funktioniert mit den A***-Druckern nicht. Dieses Ergebnis wurde mit Mail vom 23.10.2008 nochmals bestätigt. Die Ergebnisblätter der Tests wurden bei der Befundaufnahme kopiert und dem SV übergeben. Bei allen Druckern funktionierten die Druckersprachen Postscript ("PS") und PCL 5e, nicht aber PCL 6.

Streitig ist also aus technischer Sicht ausschließlich das Vorliegen der Möglichkeit, mittels der Druckersprache PCL 6 drucken zu können.

Tests bei der Befundaufnahme

Danach wurden die Tests mit je einem Drucker der Type A*** insofern wiederholt, als die Datei "testdruckpc16.prn" mit der Funktion direkter File Transfer an den Drucker (ftp) an die Drucker gesendet wurde. Die Bildschirmeingaben dazu finden sich unten stehend:

EINGABEAUFFORDERUNG

Das Ergebnis war, dass alle drei getesteten Drucker als einziges

Ergebnis druckten:

PCL XL error

Subsystem: KERNEL

Error: Unsupported Protocol

Operator: 0x0

Position: 0

Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass offenbar eine PCL XL-Funktion verwendet würde, die nur optional zu unterstützen wäre und daher zu einer Fehlermeldung führe.

Klärung des technischen Problems

Nach Ende der Befundaufnahme stellte der SV im Internet Nachforschungen über die oe Fehlermeldung an und entwickelte die Hypothese, das Problem läge darin, dass es ja (zB auch laut Internet-Lexikon Wikipedia) mehrere Versionen von PCL 6 - nämlich 1.1, 2.0, 2.1 und 3.0 - gibt und die Testdateien des BMI explizit eine bestimmte PCL 6 Version verlangten.

Tatsächlich findet sich in der Datei "testdruck_pc16.prn" erstellt am 21.11.2008 ca ab Zeichen No 986 der Befehl

@PJL ENTER LANGUAGE=PCLXL) HP-PCL XL;3;0;

@PJL bedeutet: Hier kommt ein PCL 6 oder PCL XL-Befehl "ENTER LANGUAGE" bedeutet: Drucker interpretiere das folgende nach der Sprachversion PCL XL = PCL 6 Subversion 3.0.

In der Version, die dem SV seitens der BBG am 26.1.2009 übersendet wurde findet sich an dieser Stelle der Befehl

@PJL ENTER LANGUAGE=PCLXL) HP-PCL XL;2;0;

was für manche Drucker einen Unterschied machen kann.

Nachdem Tests an einem Drucker des SV (Z***) das Ergebnis brachten, dass dieser mit der Angabe 3.0 dieselbe Fehlermeldung produzierte wie die A***-Drucker beim Befund, bei Angabe 1.1 oder 2.0 aber die Testseite richtig druckte, bat der SV L*** per Mail drei modifizierte Versionen der Datei "testdruckpc16.prn" an einen Drucker zu senden. In einer davon war 3.0 angegeben. In den anderen war statt 3.0 die Versionsbezeichnung 1.1 und 2.0 eingegeben. Ansonsten handelte es sich um dieselbe Datei!

Das Ergebnis war laut Mail von L*** vom 4.2.2009 und vom 6.2.2009, dass die modifizierte Dateiversion mit der Angabe 1.1. bzw 2.0 gedruckt werden konnte und die mit der Angabe 3.0 denselben Fehler wie zuletzt meldete.

Eindeutiges Ergebnis dieser Überlegungen und Tests: Die Drucker können "nach ihrer eigenen Angabe" PCL 6 in der Subversion 1.1 und 2.0 drucken, nicht aber 3.0. Sie drucken die Testdatei des BMI im Falle der Angabe einer zulässigen Sprachversion richtig aus. Darauf hin wurden sowohl die Antragstellerin als auch die Vertretung der Auftraggeber per Mail vom 5.2.2009 gefragt, ob sie eine Wiederholung der Befundaufnahme wünschten und der Test durch L***, BMI, nebst Auskunft an den SV ausreiche. Seitens der Vertretung der Antragstellerin wurde per Mail vom 5.2.2009 und seitens der Vertretung der Auftraggeber per Mail vom 11.2.2009 bestätigt, dass eine Wiederholung der Befundaufnahme nicht notwendig sei.

Gutachten

Zu den Fragen des Bundesvergabeamts ist festzuhalten:

Zu I) Ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter musste die Ausschreibung so verstehen, dass eine beliebige (Unter-) Version von PCL 6 zur Erfüllung der Anforderungen ausreicht. Dies deshalb, da eine bestimmte Unterversion im Text der Ausschreibung nicht gefordert war. Zu römisch eins) Ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter musste die Ausschreibung so verstehen, dass eine beliebige (Unter-) Version von PCL 6 zur Erfüllung der Anforderungen ausreicht. Dies deshalb, da eine bestimmte Unterversion im Text der Ausschreibung nicht gefordert war.

Zu II) Die gegenständlichen Drucker können PCL 6 zumindest in der (Unter-)Version 1.1 und 2.0 drucken, nicht aber in der Version 3.0. Sie entsprechen damit den diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibung. Zu römisch zwei) Die gegenständlichen Drucker können PCL 6 zumindest in der (Unter-)Version 1.1 und 2.0 drucken, nicht aber in der Version 3.0. Sie entsprechen damit den diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibung.

Anmerkung: Die Diskussion zur Frage "muss man den Druckertreiber des Herstellers A*** verwenden oder nicht?" erübrigt sich aufgrund des Befundergebnisses. Die Drucker drucken PCL 6 Unterversion 1.1. oder 2.0 auch dann richtig, wenn der Datenstrom an den Drucker mit einem anderen Treiber erzeugt wurde.

In einer Stellungnahme vom 17. Februar 2009 brachten die Auftraggeber vor, dass die Ausführungen der Antragstellerin zur Zulässigkeit der nachträglichen Installation von Treibern aus nachfolgenden Gründen unrichtig seien:

a.) Die von der Antragstellerin zitierte Bestimmung der Ausschreibungsunterlage (Punkt 8.3.4, Rz 138) beziehe sich auf die Einbindung der Geräte in die Systemumgebungen, die jedoch weder in einem tatsächlichen noch einem rechtlichen Zusammenhang mit der Frage stehe, ob die verfahrensgegenständlichen Drucker über die Druckersprache PCL 6 verfügen würden. Wie aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei (vgl. im Leistungsverzeichnis, "Beschreibung der Systemumgebungen"), hätten die Auftraggeber die Systemumgebungen (Betriebssystem., Netzwerk, Netzwerkkarten, Printserver, LAN-Boxen, Systemeinheiten, Sicherheit, Drucker- und Netzwerkservers) beschrieben und ausgeführt, dass die angebotenen Geräte in die so definierte Systemumgebung einbindbar sein müssten. Die von der Antragstellerin zitierte Ausschreibungsbestimmung setze sich folglich ausschließlich mit der Frage auseinander, wie vorzugehen sei, wenn für die Integration der anzubietenden Drucker in die Systemumgebung weitere Treiber bzw. Programme notwendig seien. Die angeführte Position der Ausschreibungsunterlage beziehe sich jedoch ausdrücklich nicht auf die Frage der Druckersprache PCL 6:

a.) Die von der Antragstellerin zitierte Bestimmung der Ausschreibungsunterlage (Punkt 8.3.4, Rz 138) beziehe sich auf die Einbindung der Geräte in die Systemumgebungen, die jedoch weder in einem tatsächlichen noch einem rechtlichen Zusammenhang mit der Frage stehe, ob die verfahrensgegenständlichen Drucker über die Druckersprache PCL 6 verfügen würden. Wie aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei vergleiche im Leistungsverzeichnis, "Beschreibung der Systemumgebungen"), hätten die Auftraggeber die Systemumgebungen (Betriebssystem., Netzwerk, Netzwerkkarten, Printserver, LAN-Boxen, Systemeinheiten, Sicherheit, Drucker- und Netzwerkservers) beschrieben und ausgeführt, dass die angebotenen Geräte in die so definierte Systemumgebung einbindbar sein müssten. Die von der Antragstellerin zitierte Ausschreibungsbestimmung setze sich folglich ausschließlich mit der Frage auseinander, wie vorzugehen sei, wenn für die Integration der anzubietenden Drucker in die Systemumgebung weitere Treiber bzw. Programme notwendig seien. Die angeführte Position der Ausschreibungsunterlage beziehe sich jedoch ausdrücklich nicht auf die Frage der Druckersprache PCL 6:

Für dieses "KO-Kriterium" gelte Rz 131 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen, wonach die Testgeräte vollständig und funktionsfähig mit allen erforderlichen Treibern und Dokumentationen anzuliefern seien. Im Übrigen habe die Antragstellerin im Zuge der Verhandlung vom 1.12.2008 ohnedies zugestanden, dass sie die in Frage stehende Anforderung so verstanden habe wie die Auftraggeber.

b.) Ausdrücklich bestritten werde, dass die Auftraggeber durch Ihr Vorbringen in Bezug auf die Installation von Treibern von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen abgegangen wären:

Richtig sei vielmehr, dass die Auftraggeber - rechtsrichtig - vorgebracht hätten, dass es nicht an Ihnen liege, Software selbst auf den Arbeitsplatz oder auf den Server zu installieren, damit der Drucker die Druckersprache PCL 5e und PCL 6 ausdrucken könne.

1. 2.)2,

Ad Punkt "2. Zur Angebotsprüfung":

Ad Unterpunkt "2.1. Zur Teststellung":

Unter diesem Punkt würde die Antragstellerin einerseits behaupten, dass die Auftraggeber verhalten gewesen wären, auf Grund der Ergebnisse der Testung Aufklärungsgespräche gemäß § 126 Abs 1 BVergG zu führen bzw. führe andererseits aus, dass aus dem Telefax vom 19.8.2008 zu schließen gewesen wäre, dass es bezüglich der Druckersprache PCL 6 bei der Teststellung keine Ungereimtheiten gegeben habe. Beide Argumente würden aber aus nachfolgenden Gründen nicht überzeugen: Unter diesem Punkt würde die Antragstellerin einerseits behaupten, dass die Auftraggeber verhalten gewesen wären, auf Grund der Ergebnisse der Testung Aufklärungsgespräche gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG zu führen bzw. führe andererseits aus, dass aus dem Telefax vom 19.8.2008 zu schließen gewesen wäre, dass es bezüglich der Druckersprache PCL 6 bei der Teststellung keine Ungereimtheiten gegeben habe. Beide Argumente würden aber aus nachfolgenden Gründen nicht überzeugen:

a.) Nachdem sämtliche KO-Kriterien bereits zum Zeitpunkt der Teststellung erfüllt sein müssten (B-VKK vom 15.7.2002, S-70/02- 15), sowie dem rechtlichen Faktum, dass eine Aufklärung nicht das Ziel verfolgen dürfe, eine nachträgliche Verbesserung von Angebotsbestandteilen zu erreichen (VK Bund 17.7.2000, VK 1- 13/00), habe keinerlei Verpflichtung der Auftraggeber, nach Vorliegen der Testergebnisse von der Antragstellerin eine Aufklärung zu verlangen, bestanden.

b.) Die Annahme, wonach es bei der Teststellung bezüglich der Druckersprache PCL 6 keine Ungereimtheiten gegeben habe, sei unrichtig: Wie aus dem Vergabeakt ersichtlich, sei die Mitteilung des die Druckersprache PCL 6 testenden BMI an die BBG erst am 21.8.2008 erfolgt. Sihin habe die BBG zum Zeitpunkt des Telefaxes vom 19.8.2008 noch nicht gewußt, dass die Druckersprache PCL 6 in den Losen 5 und 7 nicht gedruckt werden habe können. Die Teststellung sei erst nach dem 19.8.2008 erfolgt bzw. sei die BBG erst nach dem Verfassen des Telefaxes vom 19.8.2008 vom BMI über den diesbezüglichen Mangel in Kenntnis gesetzt worden.

Ad Unterpunkt 2.2 "Nicht abgeschlossene Prüfung in Bezug auf Los 6":

Unrichtig sei, dass es die Auftraggeber unterlassen hätten, das Angebot der Antragstellerin zu Los 6 zu prüfen. Richtig sei lediglich, dass die Auftraggeber den zu Los 6 angebotenen Drucker keiner Testung bezüglich des KO-Kriteriums PCL 5e und PCL 6 unterzogen hätten. Der im Los 6 angebotene Drucker verfüge nämlich über die gleiche Druckerhardware bzw. dieselbe Firmware wie die im Los 5 und 7 angebotenen Drucker. Im Übrigen habe sich das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 22.8.2008 auch auf den im Los 6 angebotenen Drucker bezogen und sei auch hiezu ausgeführt worden, dass auch dieser einer Softwareemulation bedürfe, um PCL 6 Files drucken zu können. Für die Auftraggeber sei sohin auf Grund des Umstandes, dass der im Los 6 angebotene Drucker über dieselbe Firmware verfüge, wie die im Los 5 und 7 angebotenen Drucker einerseits und dem Inhalt des Aufklärungsschreibens andererseits, klar gewesen, dass auch das Modell in Los 6 PCL 6 nicht drucken könne, sodass sich eine Testung erübrigt habe. Nur der Ordnung halber werde darauf hingewiesen, dass die im Zuge des Lokalaugenscheins mit dem Sachverständigen am 4.2.2009 anwesenden Vertreter der Antragstellerin dem Sachverständigen gegenüber bestätigt hätten, dass der im Los 6 angebotene Drucker über dieselbe Firmware verfüge wie die im Los 5 und 7 angebotenen Drucker.

1. 3.)3,

Ad Punkt "3. Fehlerhafte fiktive Bestbieterermittlung ":

Unrichtig sei, dass das Angebot der Firma P*** in Los 5 auszuschneiden gewesen wäre.

Ad Unterpunkt "3.1.2. Nichterfüllung der Mindestanforderungen der angebotenen Drucker":

a.) Zum Angebot der Firma Q***: Die von ihr angebotenen Drucker würden die Gewichtslimita laut Ausschreibung erfüllen.

b.) Zum Angebot der Firma P***: Auch hier werde das Maximalgewicht laut Ausschreibung nicht erreicht.

Sohin seien die Auftraggeber nicht verpflichtet gewesen, die diesbezüglichen Angebote auszuschneiden.

1. 4.Ziffer 4

Ad Punkt "3.1. Zur Punktebewertung in Los 7":

Ad Unterpunkt "3.1.1. Nichterfüllung der Mindestanforderungen der angebotenen Drucker": Wie aus dem Leistungsverzeichnis ersichtlich sei, würden - entgegen der Annahme der Antragstellerin - sämtliche Mindestanforderungen erfüllt.

Insgesamt sei sohin festzustellen, dass sich an der fiktiven Angebotsberechnung der Auftraggeberin infolge der unrichtigen Annahmen der Antragstellerin nichts ändere.

Am 18. Februar 2009 erstatteten die Auftraggeber eine Stellungnahme zum Gutachten vom 11.2.2009. Aus dem Sachverständigengutachten gehe hervor, dass die von der Antragstellerin zur Testung bereitgestellten Drucker lediglich "(Unter-)Versionen" von PCL 6, nämlich 1.1 und 2.0 drucken könnten, nicht aber die Version 3.0. Der vom Sachverständigen gezogene Schluss, dass die von der Antragstellerin zur Testung bereitgestellten Geräte "damit den diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibung" entsprechen würden, sei unrichtig: Wenn der Auftraggeber in der Ausschreibung PCL 6 verlange, so müsse diese Druckersprache in sämtlichen Subversionen gedruckt werden können. Dies decke sich im übrigen auch mit der Judikatur des BVA zu N/0052-BVA/06/2008-50.

Insgesamt sei sohin festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 zu Recht ausgeschieden worden sei. Nachdem - wie bereits dargelegt - der von der Antragstellerin im Los 6 angebotene Drucker über die idente Firmware verfüge wie die im Los 5 und 7 angebotenen Geräte - welchen Umstand die Antragstellerin im Zuge des Lokalaugenscheines bereits zugestanden habe - könne auch der im Los 6 angebotene Drucker zumindest die Version 3.0 nicht drucken.

Schlußendlich sei noch darauf hinzuweisen, dass, auch wenn das "K.O.-Kriterium" PCL 6 vom BVA im Sinne des Sachverständigen verstanden werden sollte, Ausschreibungen für Auftraggeber hinkünftig undurchführbar bzw äußerst erschwert würden. Es sei einem nicht Auftraggeber zumutbar, im Vorfeld zu klären, ob und wenn ja, wieviele Subversionen verschiedener Druckersprachen existieren würden.

Die Antragstellerin erstattete am 18. Februar 2009 eine Stellungnahme zum Gutachten. Die gutachterliche Stellungnahme habe ergeben, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen eine beliebige (Unter-)Version von PCL6 zur Erfüllung der Anforderung ausreiche. Dies deshalb, da eine bestimmte Unterversion Im Text der Ausschreibung nicht gefordert gewesen sei und die Drucker PCL 6 zumindest in der (Unter-)Version 1.1 und 2.0 drucken könnten. Dies decke sich mit dem bisherigen Vorbringen der Antragstellerin. Der gutachterlichen Schlussfolgerung, dass die von ihr angebotenen Drucker das geforderte Muss-Kriterium "Druckersprache PCL 6" erfüllen würden, sei daher beizupflichten.

Insbesondere in der Stellungnahme vom 20.11.2008 habe die Antragstellerin diesbezüglich bereits ausgeführt, dass PCL Enhanced auch als PCL XL bezeichnet werde. PCL 6 Enhanced gliedere sich in die Versionen 1.1. bis 3.0. Welche Version von einem Drucker unterstützt werde, sei individuell vom jeweiligen Hersteller bzw. Drucker abhängig.

In den Ausschreibungsunterlagen gebe es keine Bestimmungen darüber, dass die Auftraggeber eine bestimmte Version von PCL 6, nämlich (Unter-)Version 3.0., gefordert hätten. Da unsere Drucker die (Unter-) Version 2.0 unterstützen würden, entsprächen sie den Anforderungen der Ausschreibung.

Wie die Tests, die der Sachverständige im Zuge der Befundaufnahme durchgeführt habe, zeigen würden, würden alle von ihr angebotenen Drucker über die Druckersprache PCL 6 in der (Unter-) Version 2.0 verfügen. Ebenso sei auch aus dem beiliegenden confirmation letter ihrer Europazentrale ersichtlich, dass alle von ihr angebotenen Drucker die Druckersprachen PCL 6 (Unter-) Versionen 1.1. und 2.0 unterstützen und somit den Anforderungen der Auftraggeberin entsprechen würden. Das Ausscheiden der Angebote sei daher rechtswidrig.

Zur Befundaufnahme am 4.2.2009 sei ergänzend festhalten, dass das bei der Befundaufnahme verwendete Testfile nicht mit jenem Testfile, welches von den Auftraggebern dem Bundesvergabebeamten übermittelt worden sei, übereinstimme und dass bei der Befundaufnahme am 4.2.2009 von den Auftraggebern tatsächlich ein anderes File zur Verfügung gestellt worden sei.

Aus dem Gutachten sei jedoch ersichtlich, dass der Sachverständige seine Nachforschungen und neuerlichen Tests im Anschluss an die Befundaufnahme auch mit dem von den Auftraggebern beim BVA hinterlegten Test-File durchgeführt habe.

Diesbezüglich sei festzuhalten, dass die Drucker bei internen Tests nach Modifikation von Version 3.0. auf Version 2.0 und Version 1.1 - wie sie auch vom Sachverständigen vorgenommen worden sei - sowohl die Testdateien des bei der Befundaufnahme verwendeten Flies, als auch des Testfiles, das sie vom Bundesvergabebeamten erhalten habe, einwandfrei drucken hätten können.

Das bisherige Vorbringen der Auftraggeber, wonach die Drucker der Antragstellerin für die Druckersprache PCL 6 nicht geeignet seien, sei daher nicht nachvollziehbar. Diese Auffassung werde auch durch die gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen gestützt, sodass die von den Auftraggebern vorgebrachten negativen Testergebnisse unserer Drucker nur auf eine offenbare Untauglichkeit des bei der Testung verwendeten Testfiles bzw. der Testumgebung zurückgeführt werden könnten. In diesem Zusammenhang werde auch darauf hingewiesen, dass der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt habe, dass das beim BVA hinterlegte Testfile am 21.11.2008 erstellt worden sei. Dies bedeute aber, dass das beim BVA hinterlegte Testfile erst zu einem Zeitpunkt erstellt worden sei, der nach der bereits im August 2008 erfolgten Testung durch die Auftraggeber gelegen habe. Dies würde bedeuten, dass das beim BVA hinterlegte Testfile von dem bei der eigentlichen Testung verwendeten Testfile verschieden gewesen sei und dass bei der Befundaufnahme dem Sachverständigen von den Auftraggebern wiederum ein verschiedenes Testfile vorgelegt worden sei.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass das Vorbringen der Auftraggeber, wonach die Drucker der Antragstellerin nicht über die Druckersprache PCL6 verfügen würden, unrichtig sei. Wie aus den schlüssigen Ergebnissen des Gutachtens hervorgehe, würden die Drucker die Anforderungen "Druckersprache PCL 6" erfüllen.

In der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 brachten die Auftraggeber vor, dass das Datum "21.11.2008" am Testfile aus dem Faktum resultiere, dass die von L*** getestete Datei (PCL 6, Subversion 3.0) von diesem zum Zwecke der Weiterleitung an die BBG bzw. an das BVA kopiert und unbenannt worden sei. Der "21.11.2008" zeige somit nur die letzte Änderung der Datei an. Erstellt worden sei dieses Testfile jedoch bereits im Jahr 2004, was auch aus dem "Header" ersichtlich sei (vgl. Beilage 3 zum Schriftsatz der Antragstellerin). Im Übrigen stelle die Version 3.0 die derzeit gebräuchliche Standard-Subversion von PCL 6 dar. Hinzu zufügen sei, dass das getestete File im Jahre 2004 von L*** aus dem Internet heruntergeladen und als Datei gespeichert worden sei. Am 21.11.2008 habe L*** die Testdatei kopiert und auf Aufforderung der BBG (für das BVA) an die BBG übermittelt. In der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 brachten die Auftraggeber vor, dass das Datum "21.11.2008" am Testfile aus dem Faktum resultiere, dass die von L*** getestete Datei (PCL 6, Subversion 3.0) von diesem zum Zwecke der Weiterleitung an die BBG bzw. an das BVA kopiert und unbenannt worden sei. Der "21.11.2008" zeige somit nur die letzte Änderung der Datei an. Erstellt worden sei dieses Testfile jedoch bereits im Jahr 2004, was auch aus dem "Header" ersichtlich sei (vergleiche Beilage 3 zum Schriftsatz der Antragstellerin). Im Übrigen stelle die Version 3.0 die derzeit gebräuchliche Standard-Subversion von PCL 6 dar. Hinzu zufügen sei, dass das getestete File im Jahre 2004 von L*** aus dem Internet heruntergeladen und als Datei gespeichert worden sei. Am 21.11.2008 habe L*** die Testdatei kopiert und auf Aufforderung der BBG (für das BVA) an die BBG übermittelt.

Das BMI habe im August 2008 die PCL 6 Subversion 3.0 getestet. Hinsichtlich der Firmware sei auszuführen, dass der in Los 6 angebotene Drucker ebenfalls nur die Subversionen 2.0 und 1.1 unterstütze. Eine Testung dieses Gerätes sei folglich entbehrlich gewesen.

Über Befragen von K*** (Finanzprokurator), wer am 26.1.2009 ein Email mit dem Testfile an den Sachverständigen geschickt hätte, erklärte I*** (BBG), dass, soweit sie sich erinnere, der Sachverständige bei ihr angerufen und ersucht habe, ihm das Email, welches sie am 21.11.2008 von L*** erhalten habe und welches sie am 24.11.2008 an das BVA übermittelt habe, nochmals zukommen zu lassen. Über Befragen, woher sie die Testdatei genommen habe, die diesem Email angehängt gewesen sei, wobei diese eine PCL 6 2.0 Version darstellte, erklärte I***, dass sie "im

Normalfall eine Mail weiterleite". "Ich glaube, dass ich das in diesem Fall auch getan habe. Ich bin mir fast sicher, dass ich das Mail, welches ich von L*** erhalten hatte, sowohl an den Sachverständigen als auch an das BVA weitergeleitet habe". Das Erstellungsdatum des E-Mails habe sie nicht geändert.

I*** brachte über Befragen weiters vor, dass sie das Email von L*** vom 21.8.2008, dass die Drucker PCL 6 nicht drucken könnten, "bloß zur Kenntnis genommen" habe. Dies deshalb, da die BBG noch in der Testphase gewesen sei. Sie habe L*** zu diesem Zeitpunkt nicht gefragt, wie er die Tests durchgeführt habe, mit welchem Testfile bzw "was schief gelaufen sein könnte". Dies habe sie erst im Zuge der Vorbereitung für die Sitzung der Vergabekommission getan. Den inhaltlichen Unterschied zwischen der Unterversion 3.0 und 2.0 von PCL 6 2.0 kenne sie nicht.

Die Antragstellerin brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 ergänzend vor, dass das Vorbringen der Auftraggeber vom 18.2.2009 wie auch das heutige Vorbringen bestritten würden. Bei dem von den Auftraggebern beim BVA hinterlegten File handle es sich um die Subversion 2.0 von PCL 6. Dieses Faktum stehe im Widerspruch zum heutigen Vorbringen der Auftraggeber, wonach vom Zeugen L*** lediglich das Erstellungsdatum geändert worden sei. Nach dem heutigen Vorbringen der Auftraggeber wäre die Testung im Sommer letzten Jahres mit der Subversion 2.0 erfolgt. In diesem Zusammenhang werde grundsätzlich vorgebracht, dass die Drucker der Antragstellerin PCL 6, Subversion 2.0, sowie "darunter liegende Subversionen" drucken könnten. Es werde bestritten, dass lediglich die Subversion 3.0 die "gebräuchliche Version" von PCL 6 sei.

Zum - beim BVA hinterlegten Testfile - ergebe sich aus dem "Header", dass der Filename aus 2004 stamme, das File selbst jedoch am 21.11.2008 erstellt worden sei. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeber sei im Rahmen der Befundaufnahme nicht zugestanden oder anerkannt worden, dass sämtliche Drucker der Antragstellerin über dieselbe Firmware verfügen würden. Vielmehr sei der Antragstellerin vom Sachverständigen aufgetragen worden, diese Frage zu klären. Tatsächlich seien Unterschiede in der Firmware festgestellt worden, wobei zugleich auch festgestellt worden sei, dass alle Drucker PCL 6 im bisher erörterten Sinne drucken könnten. Selbstverständlich hätten die Drucker der Antragstellerin auch in Los 6 einer Testung unterzogen werden müssen. Bei ordnungsgemäßer Testung wäre die Antragstellerin auch in Los 6 Bestbieterin gewesen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 wurde L***, BMI, welcher die Testung u.a. der Geräte der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 durchgeführt hat, als Zeuge einvernommen. Er erklärte, dass er die Geräte der Antragstellerin am 31.7.2008 übernommen und am nächsten Arbeitstag mit der Testung begonnen habe. Sämtliche Geräte seien von ihm auf die Druckersprachen PCL 5e, PCL 6 und PS getestet worden. Die Geräte der Antragstellerin seien auf die Druckersprache PCL 6 mit einer Testdatei "pcl6.prn" getestet worden. Dieses Testfile sei schon länger "in seinem Besitz". Er habe es vor einigen Jahren (den genauen Zeitpunkt könne er nicht mehr angeben) aus dem Internet heruntergeladen. Nach seiner Erinnerung müsse es etwa im Jahre 2004 oder 2005 gewesen sein. Er habe Files mit den Versionen 1.1, 2.0 und 3.0 gehabt. Da im BMI Probleme mit der Unterversion 2.2 (in einer anderen Testung) aufgetreten wären, habe er gezielt mit Unterversion 3.0 getestet. Die Unterversion 3.0 sei abwärtskompatibel. Ergebnis seiner Testung sei gewesen, dass die Geräte der Antragstellerin PCL 6, Unterversion 3.0, nicht drucken hätten können. Mit den ihm zur Verfügung stehenden Files in den Unterversionen 1.1 bzw. 2.0 habe er keine Tests durchgeführt.

Die BBG habe nicht gewusst, mit welchem Testfile er die Testung durchgeführt habe. Im Zuge der Gutachtenserstellung durch den Sachverständigen habe er die Geräte genauso wieder aufgebaut wie beim ursprünglichen Test und den Test auch mit dem ursprünglichen File wiederholt. Ergebnis sei gewesen, dass die Drucker der Antragstellerin erneut PCL 6 nicht drucken hätten können. Der Sachverständige habe ihm in der Folge 3 verschiedene Testfiles übermittelt. Zwei der Testfiles hätten gedruckt werden können, eines jedoch nicht. Laut Benennung der Files habe es sich bei den Files, die gedruckt hätten werden können, um Testfiles der Unterversionen 1.0 und 2.0. gehandelt. Das File der Unterversion 3.0 habe nicht gedruckt werden können.

Richtig sei, dass die BBG bei ihm Testfiles angefordert habe. Das sei einmal im November 2008 und einmal im Jänner 2009 gewesen. Angefordert worden seien die Testfiles der Testung vom August 2008. Dabei sei er so vorgegangen, dass er die Testfiles kopiert und in der Folge umbenannt habe.

Bei der Testung im August 2008 seien nur Bedienstete des BMI anwesend gewesen. Nachdem der Test fehlgeschlagen sei, habe er darüber die BBG (I***) telefonisch und mittels Email informiert. Mit der Antragstellerin habe er diesbezüglich keine Rücksprache gehalten. Die Information der Antragstellerin darüber wäre Aufgabe der BBG

gewesen. Er gehe davon aus, dass aufgrund seiner Benachrichtigung die BBG mit dem Ersuchen um Aufklärung an die Antragstellerin herangetreten sei.

Worin sich die Unterversionen 2.0 und 3.0 unterscheiden würden, könne er nicht konkret angeben. Er vermute, dass es ein größerer Funktionsumfang sei. Das BMI verwende ein eigenes, adaptiertes Kommunikations- und Büroautomatisierungssystem, welches besondere Anforderungen an die Sicherheit stelle. Er habe bei den Entwicklern des internen Systems des BMI Rückfrage gehalten und diese hätten ihn vor der Version 2.2 "gewarnt", da diese Version bereits einmal Schwierigkeiten im System verursacht habe. Darum sei es die Intention des BMI gewesen, auf höhere Versionen als 2.2, z.B. auf 3.0, zu gehen. Seine diesbezügliche Rückfrage bei den internen Entwicklern habe vor den Tests im August 2008 stattgefunden. Die Rückfrage habe nicht mit den Tests der Geräte der Antragstellerin in Zusammenhang gestanden.

Auf Vorhalt, dass die am 21.11.2008 von L*** (wie dargestellt) erstellte Datei in der Version 3.0 an die BBG übermittelt worden sei, vonseiten der BBG am 26.1.2009 jedoch eine Datei in der Version 2.0 an den Sachverständigen übermittelt worden sei, führte der Zeuge aus: "Ich habe das Mail vom November 2008 nicht nochmals gesendet, sondern habe im Jänner 2009 ein neues erstellt. Ich habe eine Liste von verschiedenen Testfiles und ich habe das glaublich richtige angehängt".

Über Befragen, wie lange sein Krankenstand gedauert habe, erklärte L***, dass sein Krankenstand vom 25.11.2008 bis einschließlich 30.01.2009 gedauert habe. In dieser Zeit sei er nicht im Büro gewesen. Von zu Hause aus könne er nicht auf die Dateien des File-Servers des BMI zugreifen. Dies bedeute, dass er zwischen dem 25.11.2008 und dem 30.1.2009 kein Mail an die BBG gesendet habe. Er könne ausschließen, dass einer seiner Kollegen unter seinem Namen Emails versendet habe.

Über Befragen von G***, ob es sich bei dem von L*** am 21.11.2008 an die BBG übermittelten File um die Unterversion 3.0 gehandelt habe, wurde dies vom Zeugen bestätigt.

L*** erklärte weiters, dass er Testdateien in PCL 6, Versionen 2.0 und 3.0, gehabt habe und bei der Übermittlung an die BBG möglicherweise statt der Version 3.0, die er bei den Tests verwendet hätte, die Version 2.0 als Anhang mitgesendet habe. "Das Gegenteil wäre ja kontraproduktiv".

Über Befragen von G***, ob L*** jemals an dem Testfile Datumsund/oder Versionsangabe geändert habe, erklärte L***, dass er Filenamen verändert habe. Sobald das File generiert worden sei, habe er es nicht mehr verändert. Er sei von der BMI-internen "Arbeitsgruppe Büroautomation" nicht explizit angewiesen worden, die Version 3.0 zu verwenden. Es habe auch keine Weisung gegeben, die Drucker der Antragstellerin mit der Version 3.0 zu testen.

Der Zeuge gab über Befragen weiter an, dass er im Sommer 2008 sowohl die Unterversion 2.0 als auch die Unterversion 3.0 getestet habe. Die Unterversion 2.0 habe er dabei nach der Version 3.0 getestet. Die Unterversion 2.0 von PCL 6 habe gedruckt werden können. Er habe der BBG mitgeteilt, dass PCL 6 nicht gedruckt werden könne. Dies deshalb, da er unter PCL 6 die Unterversion 3.0 - als die gängigste Version von PCL 6 - verstanden habe. Dass die "ältere" Unterversion 2.0 gedruckt habe werden können, habe für ihn nicht indiziert, dass die Geräte der Antragstellerin die Druckersprache PCL 6 können würden.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009 erläuterte der Sachverständige R*** sein Gutachten und führte aus, dass er L*** gebeten habe, den Test, den dieser im August 2008 durchgeführt habe, zu wiederholen. Das Ergebnis dieser Tests sei gewesen, dass die Drucker der Antragstellerin den Testfile PCL 5 e richtig ausgedruckt hätten und den Testfile in der Druckersprache PCL 6 nicht ausdrucken hätten können. Es hätte eine Fehlermeldung gegeben. Die Fehlermeldung habe daraus resultiert, dass die Versionsangabe in der Druckerdatei eine Versionsbezeichnung gewesen sei, die die Drucker nicht beherrscht hätten. L*** sei von ihm aufgefordert worden, die Tests mit jenem File zu wiederholen, welches L*** auch bei den ursprünglichen Tests im August 2008 verwendet hätte. Mit dem File vom August 2008 hätten die Drucker PCL 6 nicht drucken können. Daraufhin habe er sich das Testfile des L*** näher angesehen und ermittelt, dass in dieser Druckerdatei als Angabe über die Druckersprache PCL XL Class 3.0 gestanden sei. Dabei sei ihm aufgefallen, dass die lt. BBG an ihn übersandte und angeblich von L*** für die Tests verwendete Testdatei sich an dieser Stelle durch die Angabe "Class 2.0" unterschieden habe. Daraufhin habe der Sachverständige zwei Abwandlungen der Druckerdatei des L*** dergestalt gemacht, dass er anstelle der Angabe 3.0 einmal die Angabe 1.1 und einmal die Angabe 2.0 eingesetzt habe. Daraufhin habe er L*** gebeten, auch diese Testdateien in der gleichen Weise an die Drucker zu senden, wie dies bei der Befundaufnahme stattgefunden habe. Das Ergebnis sei

gewesen, dass die Druckdateien mit den Angaben 1.1 bzw. 2.0 von den Druckern richtig verarbeitet worden seien. Daraus sei zu folgern, dass ein Test mit der Testdatei, wie sie dem Sachverständigen am 26.1.2009 als "Originale Testdatei" übersendet worden sei, hätte funktionieren müssen.

Der Senat, die Parteienvertreter und der Sachverständige nahmen in der Folge Einsicht in das Email der BBG vom 24.11.2008 an das BVA (Anm: Übermittlung der Testfiles seitens der BBG). Hiezu nahm der Sachverständige wie folgt Stellung: Der Senat, die Parteienvertreter und der Sachverständige nahmen in der Folge Einsicht in das Email der BBG vom 24.11.2008 an das BVA Anmerkung, Übermittlung der Testfiles seitens der BBG). Hiezu nahm der Sachverständige wie folgt Stellung:

"Aus dieser Email wurde der Anhang mit der Bezeichnung testdruck_pcl6.prn mit dem Dateidatum 24.11.2008 auf einen USB-Stick des Sachverständigen herauskopiert. Diese Datei beinhaltet eine Druckerbefehlsdatei, erstellt aus einer pdf-Datei mit dem Namen C034911...testpage.pdf auf einem PC mit dem Betriebssystem Windows XP 5.1 am 21.11.2008 um 13.05 Uhr mit der Angabe, dass es sich um eine Datei in der Druckersprache PCL XL Class 2.0 handle. Im Vergleich dazu zeigt die gleichnamige Datei, die bei der Befundaufnahme seitens L*** verwendet wurde, zwar den gleichen Job-Namen C034911...testpage.pdf, allerdings eine geringfügig andere Datums- und Uhrzeitsangabe, nämlich 18.8.2008, 11.59 Uhr, und vor allem als Angabe der verwendeten Druckersprache den Eintrag PCL XL Class 3.0. Die Datei, die von der BBG an das BVA und an den Sachverständigen gesandt wurde, war nicht ident mit jener, die L*** bei der jetzigen Befundaufnahme verwendet hat".

Auf die Frage von K***, ob es aus dem Ausdruck der Testdruckdatei nachvollziehbar sei, dass diese im Jahr 2004/2005 vom Internet heruntergeladen und auf einem Server des BMI gespeichert worden sei und sich das Datum 21.11.2008 auf den Zeitpunkt der Erstellung einer Kopie zum Zwecke des Weiterleitens an die BBG beziehen könnte, erklärt R***: "Dies ist so nicht nachvollziehbar. Der Inhalt der Beilage ./3, Schriftsatz vom 18.2.2009, wiedergegebenen Druckdatei, deutet vielmehr mit hoher Wahrscheinlichkeit auf folgende Geschehniskette hin: Die Datei wurde ursprünglich als Textdatei im Format pdf unter dem Namen C034911.....2004(e)_test_page.pdf erstellt und am 21.11.2008 mit Hilfe eines Druckertreibers mit dem Namen Unidrv auf einem PC mit dem Betriebssystem Windows XP 5.1 generiert. Aus der Datumsangabe in der Angabe JobAttr=JobAcct 4 schließe ich, dass diese Datei am 21.11.2008 erstellt wurde. Daraus folgt, dass sie im August 2008 in dieser spezifischen Form noch nicht existiert hat. Die Druckertestdatei, die bei der Befundaufnahme am 4.2.2009 verwendet wurde, trägt an dieser Stelle die Angabe, dass sie am 18.8.2008 aus der schon erwähnten pdf- Datei generiert wurde. Daraus ist mit hoher Wahrscheinlichkeit zu schließen, dass sie zwar noch nicht im Jahr 2004/2005 existiert hat, aber ab 18.08.2008 auch für Tests eingesetzt werden konnte". Auf die Frage von K***, ob es aus dem Ausdruck der Testdruckdatei nachvollziehbar sei, dass diese im Jahr 2004 aus 2005, vom Internet heruntergeladen und auf einem Server des BMI gespeichert worden sei und sich das Datum 21.11.2008 auf den Zeitpunkt der Erstellung einer Kopie zum Zwecke des Weiterleitens an die BBG beziehen könnte, erklärt R***: "Dies ist so nicht nachvollziehbar. Der Inhalt der Beilage ./3, Schriftsatz vom 18.2.2009, wiedergegebenen Druckdatei, deutet vielmehr mit hoher Wahrscheinlichkeit auf folgende Geschehniskette hin: Die Datei wurde ursprünglich als Textdatei im Format pdf unter dem Namen C034911.....2004(e)_test_page.pdf erstellt und am 21.11.2008 mit Hilfe eines Druckertreibers mit dem Namen Unidrv auf einem PC mit dem Betriebssystem Windows XP 5.1 generiert. Aus der Datumsangabe in der Angabe JobAttr=JobAcct 4 schließe ich, dass diese Datei am 21.11.2008 erstellt wurde. Daraus folgt, dass sie im August 2008 in dieser spezifischen Form noch nicht existiert hat. Die Druckertestdatei, die bei der Befundaufnahme am 4.2.2009 verwendet wurde, trägt an dieser Stelle die Angabe, dass sie am 18.8.2008 aus der schon erwähnten pdf- Datei generiert wurde. Daraus ist mit hoher Wahrscheinlichkeit zu schließen, dass sie zwar noch nicht im Jahr 2004 aus 2005, existiert hat, aber ab 18.08.2008 auch für Tests eingesetzt werden konnte".

Aus der Formulierung im LV: "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6?" ist in technisch-fachlicher Hinsicht laut R*** Folgendes zu verstehen: "Darunter ist in technisch-fachlicher Sicht zu verstehen, dass der Drucker einen Datenstrom kodiert nach den Regeln der Druckersprache PCL 5 e bzw. PCL 6, um diesen in einen richtigen Ausdruck verwandeln zu können. Das muss der Drucker selbst können. Wenn ich eine korrekt kodierte, z.B. PCL 6 Datei, habe, muss diese z.B. wie von L*** bei den Tests auch durchgeführt, durch einfaches Senden an den Drucker einen richtigen Ausdruck erbringen. Dies macht die Firmware, die im Drucker selbst drinnen ist. So interpretiere ich es aus technischer Sicht. Die Geräte der Antragstellerin bedürfen vor dem Drucken von PCL 6 Files in der Version 2.0 keiner Vorabinstallation einer speziellen Software am Rechner bzw. am Arbeitsplatz bzw. auf einem Server".

Laut Wikipedia gebe es PCL 6 Enhanced und PCL 6 Standard. Man könne nicht sagen, dass etwa die Unterversion 3.0 "PCL 6 e" heißen müsste. Die Bezeichnung "PCL 6 e" sei in der Fachwelt nicht bekannt.

Auf die Frage, wie es aus technisch-fachlicher Sicht zu verstehen sei, wenn in der Ausschreibung etwa die Druckersprache PCL 6 ohne weiteren Zusatz gefordert werde, führte der Sachverständige aus:

"Ohne sonstige Hinweise in der Ausschreibungsunterlage oder Spezifikation des Kunden wäre mein Verständnis, dass jede "übliche" Unterversion ausreicht. Wenn keine besondere Spezifikation vorgegeben ist, gehe ich davon aus, dass die üblicherweise verwendeten Klassen (Unterversionen) ausreichen müssen. Wenn ich lediglich PCL 6 ohne weiteren Zusatz ausschreibe, könnte ich nicht erwarten, dass die angebotenen Geräte die Unterversion 3.0 drucken können. Wenn ich als Sachverständiger unbedingt einen Drucker bräuchte, der PCL 6 in der Unterversion 3.0 drucken kann, würde ich die Ausschreibung dahingehend spezifizieren, dass ich nicht lediglich PCL 6 (ohne Zusatz), sondern PCL 6, Unterversion 3.0, ausschreiben würde. Nur dann würde ich aus technisch-fachlicher Sicht erwarten, dass die Geräte auch die Unterversion 3.0 drucken können. Wenn ich in einer Ausschreibung nur die Formulierung PCL 6 (ohne weitere Spezifikation) lese, gehe ich aus technisch-fachlicher Sicht davon aus, dass die angebotenen Geräte die Unterversionen 1.1 und 2.0 drucken können, nicht jedoch 3.0. Wenn ich PCL 5 e ausschreibe ist das in etwa vergleichbar (entspricht dies der Intensität der Spezifikation) einer Klassenangabe im PCL 6. Meiner persönlich technisch-fachlichen Meinung nach entsprechen nach dem Gesagten die Geräte der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 der Ausschreibung. Wenn man meiner Meinung von zuvor folgt (und der Beilage 1 im Schriftsatz der Antragstellerin vom 18.2.2009) entspricht auch das Gerät im Los 6 der Ausschreibung".

Weiters erläuterte der Sachverständige sein Verständnis des Confirmation Letters vom 20.8.2008 wie folgt: "Ich verstehe den Confirmation Letter vom 20.8.2008 dahingehend, dass die Drucker PCL 6 können und PCL 5 e, wobei hier als Hauptpunkt der Frage des Auftraggebers in seinem Fax vom 19.8.2008 die Frage nach der Beherrschung des Druckstandards PCL 5 e vorgekommen ist. Aus diesem Schreiben geht für mich nicht hervor, dass die Drucker vor dem Drucken von PCL 6 noch einer Vorinstallation von Software bzw. Druckertreibern bedürfen würden". Auf die Frage nach der Bedeutung des Wortes "Emulation" im Schreiben vom 20.8.2008 nimmt der Sachverständige folgende, als wahrscheinlichste technische Interpretation an: "Der Drucker verwendet intern (im Gerät selbst) eine eigene Druckersprache. Empfängt der Drucker einen in PCL 6 kodierten Datenstrom, übersetzt er die in PCL 6 kodierten Befehle intern in Befehle seiner Standarddruckersprache".

Aufgrund der Vorbringen der Antragstellerin und der Auftraggeber, des Inhaltes der Unterlagen des Vergabeverfahrens, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 1. Dezember 2008 und vom 26. Februar 2009, dem Inhalt des Sachverständigengutachtens vom 11. Februar 2009 und den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2009, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Gegenstand der abzuschließenden Rahmenvereinbarung ist die Lieferung von Druckern und Multifunktionsgeräten sowie die dafür benötigte Software und die damit verbundene Erbringung von branchenüblichen Dienstleistungen und Garantien, insbesondere Installations- und Wartungsleistungen. Die Rahmenvereinbarung wird für eine Dauer von 24 Monaten abgeschlossen.

Der Auftrag ist in 9 Lose unterteilt. Hinsichtlich der Lose 1 bis 4 sowie 8 und 9 wurden bereits die Rahmenvereinbarungen abgeschlossen. Hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 wurden noch keine Rahmenvereinbarungen abgeschlossen. Der geschätzte Gesamtauftragswert aller 9 Lose beläuft sich auf Euro 7 bis 8 Mio ohne USt für die Laufzeit inkl der Option.

Das Los 5 betrifft 3.800 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker in 2 Kategorien, das Los 6 betrifft 1.000 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker A4 (MFG) und das Los 7 1.500 Stück Abteilungs-Laserdrucker A4 in 2 Kategorien (vgl. Rahmenvereinbarung Punkt 4.2). Das Los 5 betrifft 3.800 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker in 2 Kategorien, das Los 6 betrifft 1.000 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker A4 (MFG) und das Los 7 1.500 Stück Abteilungs-Laserdrucker A4 in 2 Kategorien vergleiche Rahmenvereinbarung Punkt 4.2).

Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG. Die Abgabe von Teilangeboten ist zulässig. Der Bieter kann sowohl ein Teilangebot, mehrere Teilangebote oder ein Gesamtangebot legen (vgl. Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Punkt 7.1). Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines

offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG. Die Abgabe von Teilangeboten ist zulässig. Der Bieter kann sowohl ein Teilangebot, mehrere Teilangebote oder ein Gesamtangebot legen vergleiche Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Punkt 7.1).

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt. Die Auswahlentscheidung erfolgt mittels der Kriterien Preis und Qualität (Tests). Das Kriterium Preis ist mit 60 %, das Kriterium Qualität (Tests) mit 40 % gewichtet.

Die Antragstellerin hat für die Lose 5, 6 und 7 je ein Angebot gelegt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat ein Hauptangebot hinsichtlich aller Lose gelegt sowie ein Alternativangebot zu den Losen 1, 2, 4, 6, 7, 8 und 9 sowie ein Alternativangebot zu den Losen 6, 7, und 9 (vgl. Protokoll über die Angebotseröffnung). Die Antragstellerin hat für die Lose 5, 6 und 7 je ein Angebot gelegt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat ein Hauptangebot hinsichtlich aller Lose gelegt sowie ein Alternativangebot zu den Losen 1, 2, 4, 6, 7, 8 und 9 sowie ein Alternativangebot zu den Losen 6, 7, und 9 vergleiche Protokoll über die Angebotseröffnung).

Als KO-Kriterium war im LV zu Los 5, Pos Nr 30 bzw 104, folgende Frage formuliert:

"Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?"

In Los 6 war dieses KO-Kriterium in Pos Nr 177 vorgesehen.

In Los 7 war dieses KO-Kriterium in Pos Nr 259 bzw 358 vorgesehen.

Die Antragstellerin hat die Frage: "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?" im LV zu den Losen 5, 6 und 7 jeweils bejaht.

Die Antragstellerin hat in Los 5 folgende Drucker angeboten:

Z***

Z***

In Los 6 hat die Antragstellerin folgenden Drucker angeboten:

Z***

In Los 7 hat die Antragstellerin folgende Drucker angeboten:

Z***

Z***

Mit Telefax der BBG vom 16. Juni 2008 wurde die Antragstellerin zur Teststellung für die Lose 5 bis 7 aufgefordert. Als Lieferadresse war die Bundesbeschaffung GmbH angegeben. Die Geräte sollten bis 23. Juni 2008 geliefert werden.

Mit Telefax der BBG vom 3. Juli 2008 wurde die Antragstellerin zur Teststellung für Los 5 per Adresse Bundesrechenzentrum GmbH bis 10. Juli 2008 aufgefordert.

Mit Telefax der BBG vom 10. Juli 2008 wurde die Antragstellerin zur Teststellung hinsichtlich Los 5 per Adresse Bundesrechenzentrum GmbH bis 16. Juli 2008 aufgefordert.

Mit Telefax der BBG vom 23. Juli 2008 wurde die Antragstellerin zur Teststellung für die Lose 5 und 7 per Lieferadresse Bundesministerium für Inneres, L***, eingeladen. Die Geräte mussten dabei vollständig (inkl Kabeln, Netzteil, Toner, Treiber) funktionsfähig und mit dem erforderlichen Zubehör und Dokumentationen in der angebotenen Ausstattung zur Verfügung gestellt werden.

Die Geräte der Antragstellerin zu den Losen 5 und 7 wurden vom BMI, L***, getestet. L*** hat die Geräte am 31.7.2008 übernommen und im Anschluss daran mit den Tests begonnen. Die Geräte der Antragstellerin wurden dabei auf die Druckersprachen PCL 5 e, PCL 6 und PS getestet. Der von der Antragstellerin zu Los 6 angebotene Drucker wurde keiner Testung unterzogen.

Der Test hinsichtlich der Druckersprache PCL 6, die auch als PCL XI bekannt ist und bei der 3 Unterversionen (Classes), nämlich Unterversion 1.1., 2.0. und 3.0. existieren, erfolgte mit einer Testdatei mit Namen "pcl6.prn". Diese Testdatei wurde von L*** (nach eigenen Angaben) im Jahre 2004 oder 2005 aus dem Internet heruntergeladen. L*** hatte PCL 6-Testdateien in den Unterversionen 1.1., 2.0. und 3.0. Die PCL 6-Testung erfolgte vorerst (nur) mit dem File in der

Unterversion 3.0. Dieser Test hat ergeben, dass die Geräte der Antragstellerin PCL 6 in der Unterversion 3.0 nicht drucken konnten. Im Anschluss daran wurden die Geräte der Antragstellerin hinsichtlich der Unterversion 2.0 von PCL 6 getestet. Dies mit dem Ergebnis, dass die Testfiles in der Unterversion 2.0 gedruckt werden konnten. Worin sich die Unterversionen 2.0 und 3.0 unterscheiden war ist L*** nicht bekannt. Der Test hinsichtlich der Druckersprache PCL 6, die auch als PCL römisch zehn I bekannt ist und bei der 3 Unterversionen (Classes), nämlich Unterversion 1.1., 2.0. und 3.0. existieren, erfolgte mit einer Testdatei mit Namen "pcl6.prn". Diese Testdatei wurde von L*** (nach eigenen Angaben) im Jahre 2004 oder 2005 aus dem Internet heruntergeladen. L*** hatte PCL 6-Testdateien in den Unterversionen 1.1., 2.0. und 3.0. Die PCL 6-Testung erfolgte vorerst (nur) mit dem File in der Unterversion 3.0. Dieser Test hat ergeben, dass die Geräte der Antragstellerin PCL 6 in der Unterversion 3.0 nicht drucken konnten. Im Anschluss daran wurden die Geräte der Antragstellerin hinsichtlich der Unterversion 2.0 von PCL 6 getestet. Dies mit dem Ergebnis, dass die Testfiles in der Unterversion 2.0 gedruckt werden konnten. Worin sich die Unterversionen 2.0 und 3.0 unterscheiden war ist L*** nicht bekannt.

Der BBG war nicht bekannt, mit welchem Testfile L*** die Geräte auf PCL 6 getestet hat. L*** wurde weder von der BBG noch vom BMI angehalten, mit einem File der Unterversion 3.0 zu testen. Beim Test der Geräte der Antragstellerin waren keine Mitarbeiter der Antragstellerin anwesend. Die Antragstellerin wurde von L*** nicht über das o.e. Testergebnis informiert. Über das Ergebnis dieses Tests hat L*** am 21.8.2008 (lediglich) die BBG (I***) informiert (vgl zu all dem die Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009, VH-Schrift OZ 74, Seiten 5, 6 und 9). Der BBG war nicht bekannt, mit welchem Testfile L*** die Geräte auf PCL 6 getestet hat. L*** wurde weder von der BBG noch vom BMI angehalten, mit einem File der Unterversion 3.0 zu testen. Beim Test der Geräte der Antragstellerin waren keine Mitarbeiter der Antragstellerin anwesend. Die Antragstellerin wurde von L*** nicht über das o.e. Testergebnis informiert. Über das Ergebnis dieses Tests hat L*** am 21.8.2008 (lediglich) die BBG (I***) informiert vergleiche zu all dem die Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009, VH-Schrift OZ 74, Seiten 5, 6 und 9).

Das E-Mail des L*** an I*** vom 21.8.2008 hatte folgenden Inhalt:

Ich habe in einem ersten Durchgang die KO-Kriterien überprüft.

Hier sind die Ergebnisse: [...].

Zusammenfassend sei bemerkt, dass die A*** Printer kein PCL 6 verstehen (Fehlermeldung "unknown Protokoll")[...]. Ich bitte Sie die entsprechenden Firmen zu einer Stellungnahme aufzufordern. Weitere Tests (wie gefordert) mache ich erst nach der Aufklärung. Bereits vor Einlangen der Testergebnisse bei der BBG (Zwischenbericht vom 21.8.2008 mittels E-Mail; siehe oben) wurde der Antragstellerin von der vergebenden Stelle am 19.8.2008 u.a. Folgendes mitgeteilt:

[...]. Weiters ist folgender Punkt nur entfernt erfüllt, es wurde abgefragt, ob der DRUCKER über die Druckersprache PCL 5 (e) und PCL 6 verfügt, gem. Datenblatt wird eine Emulation von PCL 6 angegeben (gefordert wurde PCL 5 (e) und PCL 6, es konnte in den Unterlagen keine Bestätigung für PCL 5 (e) gefunden werden.

Die Antragstellerin hat am 22. August 2008 folgendes Aufklärungsschreiben an die BBG übermittelt:

[...]. Die angebotenen Druckermodelle Z***, Z***, Z*** und Z*** verfügen alle über die Druckersprache PCL 6 und PCL 5 (e), wobei die letztere, vorherige Version in der Druckersprache PCL 6 integriert ist. Eine diesbezügliche, offizielle Bestätigung unserer Europazentrale in Y*** liegt unserem Schreiben als Beilage bei.

Dieses Schreiben der A*** Europazentrale vom 20.8.2008 hatte folgenden Inhalt:

Confirmation Letter

Our Ref: JB/GB/Gen2008-11-25

20 August 2008

To whom it may concern

We declare that the printer driver for the models listed below Z***

Z***

Z***

Z***

contain PCL 6 emulation, which supports the printer job based on PCL 6, and also PCL 5e (i.e. it is backwards compatible with our earlier software emulations).

Yours sincerely

N***

Senior Manager

European Product and Service Support

A***

Den Inhalt des E-Mails von L*** vom 21.8.2008, nämlich dass die Drucker der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 PCL 6 nicht drucken können, wurde von der BBG vorläufig lediglich "zur Kenntnis genommen". I*** hat weder L*** gefragt, wie die Tests durchgeführt wurden, welches Testfile in welcher Version verwendet wurde noch was sonst Grund dafür sein könnte, dass die Geräte PCL 6 nicht drucken können. Auch die Antragstellerin wurde von I*** nicht über das (negative) Testergebnis informiert (siehe Aussage I***, VH-Schrift OZ 74, Seite 12).

Mit E-Mail des L*** vom 23. Oktober 2008 an die BBG wurde hinsichtlich der Lose 5 und 7 Folgendes mitgeteilt:

Das BMI hat in den angegebenen Losen die Geräte der Fa. A*** getestet hat. Ein für das BMI wichtiger Test ist die Verwendbarkeit der Geräte unter dem PCL 6-Treibern. Es wurden von verschiedenen Geräten PCL 6-Files erstellt, die dann auf die zu testenden Geräte kopiert wurden. Als Ergebnis aller A*** Geräte war ein leeres Blatt mit der Fehlermeldung "PCL-Error". Die anderen Geräte, welche "echte" und nicht emulierte Treiber wie die A***geräte besitzen, konnten alle Testblätter einwandfrei ausdrucken. Somit sind die A***geräte für das BMI nicht einsetzbar, da einige Applikationen PCL-Files erzeugen.

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 28. Oktober 2008 "Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" wurde der Antragstellerin Folgendes mitgeteilt:

[...]. Aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtigten die Auftraggeber, vertreten durch die BBG, die Rahmenvereinbarungen für die Lose 5 bis 7 mit folgenden Unternehmen zu schließen:

Los 5 B*** Hauptangebot Euro XXX Gesamtpunkte 183,789
Los 5 B*** Hauptangebot Euro römisch 30 Gesamtpunkte 183,789

Los 6 B*** Alternativangebot 2 Euro XXX Gesamtpunkte 176,170
Los 6 B*** Alternativangebot 2 Euro römisch 30 Gesamtpunkte 176,170

Los 7 B*** Alternativangebot 2 Euro XXX Gesamtpunkte 152,319
Los 7 B*** Alternativangebot 2 Euro römisch 30 Gesamtpunkte 152,319

Ausscheidung ihres Angebotes

Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicher Weise ergeben, dass Ihr Angebot für die Lose 5 bis 7, für die Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 129 Abs.1 Z 7 BVergG 2006 wesentliche geforderte technische Kriterien nicht erfüllt: Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicher Weise ergeben, dass Ihr Angebot für die Lose 5 bis 7, für die Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 wesentliche geforderte technische Kriterien nicht erfüllt:

Dies betrifft insbesondere:

1. 1. Ziffer eins

Es wurde ein technisches KO-Kriterium verletzt:

Der Drucker selbst muss über die Druckersprache PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen. Dieser Mangel ist nicht behebbar.

Ihr Angebot kann aus dem oben genannten Grund nicht weiter berücksichtigt werden und ist dieses daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden. Ihr Angebot kann aus dem oben genannten Grund nicht weiter berücksichtigt werden und ist dieses daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden.

Mit Antrag vom 11. November 2008 hat die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Auswahlentscheidung, lautend auf B***, hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7, beim Bundesvergabeamt angefochten.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18. November 2008, GZ N/0145-BVA/09/2008-EV14, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Auf Anforderung des Bundesvergabeamtes hat die BBG L*** aufgefordert, das von diesem bei der Testung im August 2008 verwendete Testfile zu übermitteln. In der Folge hat L*** (nach eigenen Angaben) das Testfile am 21.11.2008 kopiert, umbenannt und mittels E-Mail der BBG übermittelt. Nach den Angaben des L*** handelte es sich dabei um das Testfile zu PCL 6, Unterversion 3.0. Die BBG hat das von L*** am 21.11.2008 übermittelte Testfile mittels der Funktion "Weiterleiten" am 24.11.2008 an das Bundesvergabeamt übermittelt.

Am 1. Dezember 2008 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt.

Zur Klärung diverser technischer Fragen hat sich in der Folge die Notwendigkeit ergeben, einen Sachverständigen zu bestellen. Mit Bescheid vom 13. Jänner 2009, GZ N/0145-BVA/09/2008-39, wurde R*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Das Gutachten langte am 11.2.2009 beim Bundesvergabeamt ein (siehe oben).

Am 4.2.2009 fand die Befundaufnahme statt. Hierbei wurden die Tests mit je einem Drucker der Antragstellerin unter denselben Bedingungen wie im August 2008 durch L*** wiederholt. Bei der Druckersprache PCL 6 wurde die ursprüngliche Testdatei [(testdruck_pcl6.prn); Unterversion 3.0] wieder verwendet. Die Testdatei wurde dabei mit der Funktion "direkter File Transfer an den Drucker (ftp)" an den Drucker gesendet. Alle drei Drucker konnten PCL 6 (Anm: Unterversion 3.0) nicht drucken. In der Folge wurden drei - vom Sachverständigen hievon zwei modifizierte - Testdateien "testdruck_pcl6.prn" an einen Drucker gesendet. Die Modifikation bestand in der "Ergänzung" der Unterversionen. Es wurden somit Testdateien zu PCL 6 in den Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 verwendet. Die Files in den Unterversionen 1.1 und 2.0 konnten in der Folge gedruckt werden. Das File mit der Angabe 3.0 konnte (wieder) nicht gedruckt werden. Am 4.2.2009 fand die Befundaufnahme statt. Hierbei wurden die Tests mit je einem Drucker der Antragstellerin unter denselben Bedingungen wie im August 2008 durch L*** wiederholt. Bei der Druckersprache PCL 6 wurde die ursprüngliche Testdatei [(testdruck_pcl6.prn); Unterversion 3.0] wieder verwendet. Die Testdatei wurde dabei mit der Funktion "direkter File Transfer an den Drucker (ftp)" an den Drucker gesendet. Alle drei Drucker konnten PCL 6 (Anm: Unterversion 3.0) nicht drucken. In der Folge wurden drei - vom Sachverständigen hievon zwei modifizierte - Testdateien "testdruck_pcl6.prn" an einen Drucker gesendet. Die Modifikation bestand in der "Ergänzung" der Unterversionen. Es wurden somit Testdateien zu PCL 6 in den Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 verwendet. Die Files in den Unterversionen 1.1 und 2.0 konnten in der Folge gedruckt werden. Das File mit der Angabe 3.0 konnte (wieder) nicht gedruckt werden.

Am 26. Februar 2009 fand vor dem Bundesvergabeamt eine weitere mündliche Verhandlung statt, im Rahmen derer der Sachverständige das Gutachten erläuterte und ergänzende Fragen beantwortete (siehe oben).

Der Anhang des von der BBG am 24.11.2008 an das Bundesvergabeamt gesandten E-Mails (Anm: Bezeichnung: Testdruck_pcl6.prn) wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 26.2.2009 vom Sachverständigen auf einen USB-Stick herauskopiert. Nach Überprüfung durch den Sachverständigen hat sich ergeben, dass es sich dabei um eine Datei in der Druckersprache PCL XL Class 2.0 gehandelt hat (vgl. VH-Schrift, OZ 74, Seite 8). Sowohl das Bundesvergabeamt (am 24.11.2008) als auch der Sachverständige (am 26.1.2009) haben von der BBG somit ein PCL 6 Class 2.0-File erhalten, anstatt jenes PCL 6 Class 3.0-Files, welches L*** bei der Testung im August verwendet und nach eigenen Angaben auf Aufforderung am 21.11.2008 an die BBG übermittelt hat. Der Anhang des von der BBG am 24.11.2008 an das Bundesvergabeamt gesandten E-Mails (Anm: Bezeichnung: Testdruck_pcl6.prn) wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 26.2.2009 vom Sachverständigen auf einen USB-Stick herauskopiert. Nach Überprüfung durch den Sachverständigen hat sich ergeben, dass es sich dabei um eine Datei in der Druckersprache PCL XL Class 2.0 gehandelt hat (vergleiche VH-Schrift, OZ 74, Seite 8). Sowohl das Bundesvergabeamt (am 24.11.2008) als auch der Sachverständige (am 26.1.2009) haben von der BBG somit ein PCL 6 Class 2.0-File erhalten, anstatt jenes PCL 6 Class 3.0-Files, welches L*** bei der Testung im August verwendet und nach eigenen Angaben auf Aufforderung am 21.11.2008 an die BBG übermittelt hat.

Unbestritten ist (nach der Testung im August 2008 sowie der Befundaufnahme am 4.2.2009), dass die Geräte der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 Files in den Druckersprachen PCL 5 e sowie PCL 6, Unterversionen 1.1 und 2.0, drucken können. Files in PCL 6, Unterversion 3.0, können hingegen nicht gedruckt werden. Für Los 6, welches von den

Auftraggebern nicht getestet wurde, ergibt sich dies aus den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 (vgl VH-Schrift OZ 74, Seite 11) sowie dem Inhalt des Confirmation Letters der A*** vom 10.2.2009. Unbestritten ist (nach der Testung im August 2008 sowie der Befundaufnahme am 4.2.2009), dass die Geräte der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 Files in den Druckersprachen PCL 5 e sowie PCL 6, Unterversionen 1.1 und 2.0, drucken können. Files in PCL 6, Unterversion 3.0, können hingegen nicht gedruckt werden. Für Los 6, welches von den Auftraggebern nicht getestet wurde, ergibt sich dies aus den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 (vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seite 11) sowie dem Inhalt des Confirmation Letters der A*** vom 10.2.2009.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sind:

1. 1.Ziffer eins

Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10. Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein, 16. Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark, 19. Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle.

Bei sämtlichen genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 bzw Z 2 B-VergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (vgl Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG; etwa Bund, BRZ GmbH, Austro Control, ASFINAG, BBG; AUVA, StGKK, Universität Innsbruck etc) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (vgl Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG; etwa Stadt Wels, Gemeinde Söll etc). Bei sämtlichen genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, bzw Ziffer 2, B-VergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG; etwa Bund, BRZ GmbH, Austro Control, ASFINAG, BBG; AUVA, StGKK, Universität Innsbruck etc) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG; etwa Stadt Wels, Gemeinde Söll etc).

Es handelt sich somit um eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder (vgl Art. 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG bzw Art 14b Abs 2 Z 2 lit f B-VG). Gemeinsame Vergaben durch den Bund und die Länder fallen dann in den Vollziehungsbereich des Bundes - und ist in der Folge das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig - wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder. Es handelt sich somit um eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG bzw Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera f, B-VG). Gemeinsame Vergaben durch den Bund und die Länder fallen dann in den Vollziehungsbereich des Bundes - und ist in der Folge das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig - wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder.

Laut Auskunft der BBG vom 24.11.2008 (OZ 22) beträgt der Anteil des "Bundes" bei den in Nachprüfung gezogenen Losen 5, 6 und 7 insgesamt ca Euro 380.000,--, jener der als "weitere Auftraggeber" bezeichneten Rechtsträger ca Euro 138.000,-- für die Laufzeit der Vereinbarung (inkl Optionen, jedoch ohne Verlängerungsoption).

Laut Auskunft der BBG vom 26.11.2008 (OZ 26) beträgt der Anteil des "Bundes" bei den Losen 1 bis 4 ca Euro 289.000,--, jener der "weiteren Auftraggeber" ca Euro 236.000,-- für die Laufzeit der Vereinbarung (inkl Optionen, jedoch ohne Verlängerungsoption). Der Anteil des "Bundes" bei den Losen 8 und 9 beläuft sich auf ca Euro 855.000,--, jener der "weiteren Auftraggeber" auf ca Euro 102.000,-- für die Laufzeit der Vereinbarung (inkl Optionen, jedoch ohne Verlängerungsoption).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Anteil des "Bundes" bzw der in den Vollziehungsbereich des Bundes fallenden öffentlichen Auftraggeber am geschätzten Gesamtauftragswert (sämtlicher Lose) jenen der "weiteren Auftraggeber" (in den Vollziehungsbereich des Landes fallenden öffentlichen Auftraggeber) bei Weitem überwiegt (vgl Art. 14b Abs 2 Z 1 lit

f B-VG). Der Beschaffungsvorgang fällt somit in die Vollziehung des Bundes. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Anteil des "Bundes" bzw. der in den Vollziehungsbereich des Bundes fallenden öffentlichen Auftraggeber am geschätzten Gesamtauftragswert (sämtlicher Lose) jenen der "weiteren Auftraggeber" (in den Vollziehungsbereich des Landes fallenden öffentlichen Auftraggeber) bei Weitem überwiegt (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG). Der Beschaffungsvorgang fällt somit in die Vollziehung des Bundes.

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Das Bundesvergabeamt ist nach dem oben Gesagten somit gemäß § 291 Abs 2 BVergG iVm Art. 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG zur Nachprüfung des gegenständlichen Beschaffungsvorganges zuständig. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Das Bundesvergabeamt ist nach dem oben Gesagten somit gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG zur Nachprüfung des gegenständlichen Beschaffungsvorganges zuständig.

Der Auftrag umfasst neben der Lieferung der Geräte auch umfangreiche Dienstleistungsanteile, ist jedoch aufgrund des höheren Warenwertes gegenüber dem Wert der Dienstleistungen als Lieferauftrag iSd § 5 BVergG zu qualifizieren (vgl. auch § 9 Abs 1 BVergG). Der Auftrag umfasst neben der Lieferung der Geräte auch umfangreiche Dienstleistungsanteile, ist jedoch aufgrund des höheren Warenwertes gegenüber dem Wert der Dienstleistungen als Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren (vergleiche auch Paragraph 9, Absatz eins, BVergG).

Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro 7 bis 8 Mio ohne USt (für die Laufzeit der Vereinbarung inkl Optionen, aber ohne Verlängerungsoption) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des Loses 5 beläuft sich auf Euro XXX,-- exkl USt pro Jahr, jener des Loses 6 auf Euro XXX und jener des Loses 7 auf Euro XXX, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt (§ 12 Abs 1 Z 2 BVergG). Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro 7 bis 8 Mio ohne USt (für die Laufzeit der Vereinbarung inkl Optionen, aber ohne Verlängerungsoption) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des Loses 5 beläuft sich auf Euro römisch 30, -- exkl USt pro Jahr, jener des Loses 6 auf Euro römisch 30 und jener des Loses 7 auf Euro römisch 30, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG).

Die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 5, 6 und 7 wurden nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht abgeschlossen, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Auftrag liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Das Bundesvergabeamt ist gemäß § 291 Abs 2 BVergG iVm § 312 Abs 2 Z 2 leg.cit. zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig. Die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 5, 6 und 7 wurden nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht abgeschlossen, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Auftrag liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Das Bundesvergabeamt ist gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit. zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber zuständig.

Nach Durchführung eines offenen Verfahrens sollen Rahmenvereinbarungen mit je einem Auftragnehmer je Los abgeschlossen werden. Der Beschaffungsvorgang ist in insgesamt 9 Lose unterteilt. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Die Antragstellerin hat die von den Auftraggebern als "Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" bezeichnete Entscheidung vom 28.10.2008, die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, als "Zuschlagsentscheidung" benannt. Die von der Antragstellerin als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnete Entscheidung kann nur als jene Entscheidung im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung verstanden werden, mit der iSd § 151 Abs 3 BVergG über die Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung informiert wird und die gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert ist. Dass sich die Antragstellerin bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung einer "ungenauen" Terminologie bedient, kann die Zulässigkeit des Antrages (auch unter Berücksichtigung des aus der Rechtsgeschäftslehre stammenden Grundsatzes *falsa demonstratio non nocet*) nicht hindern, zumal aus dem gesamten Antragsvorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und sich diese insofern als genau bezeichnet darstellt (vgl. auch BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50 u.a.). Nach Durchführung eines offenen Verfahrens sollen Rahmenvereinbarungen mit je einem Auftragnehmer je Los abgeschlossen werden. Der

Beschaffungsvorgang ist in insgesamt 9 Lose unterteilt. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Die Antragstellerin hat die von den Auftraggebern als "Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" bezeichnete Entscheidung vom 28.10.2008, die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, als "Zuschlagsentscheidung" benannt. Die von der Antragstellerin als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnete Entscheidung kann nur als jene Entscheidung im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung verstanden werden, mit der iSd Paragraph 151, Absatz 3, BVergG über die Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung informiert wird und die gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert ist. Dass sich die Antragstellerin bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung einer "ungenauen" Terminologie bedient, kann die Zulässigkeit des Antrages (auch unter Berücksichtigung des aus der Rechtsgeschäftslehre stammenden Grundsatzes falsa demonstratio non nocet) nicht hindern, zumal aus dem gesamten Antragsvorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und sich diese insofern als genau bezeichnet darstellt vergleiche auch BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50 u.a.).

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die Ausscheidens- bzw die "Zuschlagsentscheidung" am 28.10.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 11.11.2008 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die Ausscheidens- bzw die "Zuschlagsentscheidung" am 28.10.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 11.11.2008 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

Von einem offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG ist nicht auszugehen. Der Nachprüfungsantrag genügt auch den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für eine Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Von einem offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG ist nicht auszugehen. Der Nachprüfungsantrag genügt auch den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für eine Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Zu den Spruchpunkten I. und II. Zu den Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei.:

Gemäß § 312 Abs 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Verfahren im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Verfahren im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Angebote der Antragstellerin zu den Losen 5, 6 und 7 wurden von den Auftraggebern mit der Begründung der mangelnden Ausschreibungskonformität ausgeschieden (es sei ein technisches KO-Kriterium verletzt worden). Zur Prüfung der Ausschreibungskonformität der Angebote der Antragstellerin ist daher zunächst der maßgebliche Ausschreibungsinhalt zu ergründen.

Im Leistungsverzeichnis der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung war für Los 5 (in Pos.Nr. 30 und 104), für Los 6 (in Pos.Nr. 177) und für Los 7 (in Pos.Nr. 295 und 348) jeweils folgende Frage als "KO-Kriterium" formuliert: "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6".

Das Leistungsverzeichnis ist Teil der Ausschreibung. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs Z 7 BVergG normierten Frist nicht angefochten (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Die Ausschreibung ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234). Sowohl die Bieter als auch der Auftraggeber haben sich an die Ausschreibung in ihrer bestandsfesten Fassung zu halten. Das Leistungsverzeichnis ist Teil der Ausschreibung. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Abs Ziffer 7, BVergG normierten Frist nicht angefochten vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Die Ausschreibung ist daher bestandsfest geworden vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234). Sowohl die Bieter als auch der Auftraggeber haben sich an die Ausschreibung in ihrer bestandsfesten Fassung zu halten.

1. a) Litera a

Zur Wendung "Verfügt der Drucker"; Kein Erfordernis der Vorabinstallation von Software bzw Druckertreibern bei den Angeboten der Antragstellerin:

Zunächst ist zu klären, was unter der Formulierung "Verfügt der Drucker" in zu verstehen ist.

Die Auftraggeber haben hierzu in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vom 1.12.2008 vorgebracht, dass diese Bestimmung so zu verstehen sei, dass die Drucker selbst - ohne Vorabinstallation spezieller Software bzw eines Treibers auf einem Rechner, Server oder Arbeitsplatz - Testdateien (Files) in den geforderten Druckersprachen (hier: PCL 5 e und PCL 6) drucken können müssen. Ein File, das direkt zum Drucker gesendet werde, müsse vom Drucker selbst übersetzt und gedruckt werden können. Falls vom Auftraggeber vor dem Drucken etwa selbst ein Treiber installiert werden müsste, würde dies der Ausschreibung widersprechen.

Zur Klärung u.a. des maßgeblichen technisch-fachlichen Verständnisses der Wortfolge: "Verfügt der Drucker", wurde R*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt.

Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 schlüssig und nachvollziehbar dargelegt hat, ist aus der bestandsfesten Formulierung "Verfügt der Drucker" in technischfachlicher Hinsicht abzuleiten, dass der Drucker einen Datenstrom nach den Regeln der Druckersprache - hier etwa PCL 5 e oder PCL 6

- kodiert, um diesen in einen richtigen Ausdruck verwandeln zu können. Dies muss der Drucker selbst können. Sofern also eine korrekt kodierte Datei vorliegt (zB eine korrekt kodierte PCL 6- Datei), muss diese durch einfaches Senden an den Drucker einen richtigen Ausdruck erbringen. Dieser Vorgang erfolgt durch die sog. Firmware, welche "im Drucker selbst drinnen ist" (vgl VH-Schrift OZ 74, Seite 10). Umgekehrt bedeutet dies, dass falls zum Drucken etwa eines PCL 6- Files eine Vorabinstallation einer speziellen Software bzw eines Treibers am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz notwendig wäre, dies nicht der Ausschreibung entsprechen würde.- kodiert, um diesen in einen richtigen Ausdruck verwandeln zu können. Dies muss der Drucker selbst können. Sofern also eine korrekt kodierte Datei vorliegt (zB eine korrekt kodierte PCL 6- Datei), muss diese durch einfaches Senden an den Drucker einen richtigen Ausdruck erbringen. Dieser Vorgang erfolgt durch die sog. Firmware, welche "im Drucker selbst drinnen ist" vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seite 10). Umgekehrt bedeutet dies, dass falls zum Drucken etwa eines PCL 6-Files eine Vorabinstallation einer speziellen Software bzw eines Treibers am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz notwendig wäre, dies nicht der Ausschreibung entsprechen würde.

Aus der Formulierung der Ausschreibung "Verfügt der Drucker" folgt somit, dass der Drucker selbst (Firmware) - dh ohne Vorabinstallation einer speziellen Software oder eines Treibers am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz - eine direkt an ihn gesendete Datei übersetzen und in der Folge drucken können muss.

In der Folge ist weiters zu klären, ob die von der Antragstellerin angebotenen Geräte, Files in den Druckersprachen PCL 5 e bzw PCL 6 ohne die dargestellte "Vorabemulation" drucken können oder nicht.

Die Auftraggeber gingen, unter Heranziehung der Datenblätter und ihrer Interpretation des Confirmation Letters vom 20.8.2008 (siehe vorne) davon aus, dass die von der Antragstellerin angebotenen Drucker in den Losen 5, 6 und 7 einer Emulation bedürfen würden (vgl etwa Schriftsatz vom 14.11.2008, OZ 9). Von der Antragstellerin wurde dies jedoch stets bestritten. Die Auftraggeber gingen, unter Heranziehung der Datenblätter und ihrer Interpretation des Confirmation Letters vom 20.8.2008 (siehe vorne) davon aus, dass die von der Antragstellerin angebotenen Drucker in den Losen 5, 6 und 7 einer Emulation bedürfen würden vergleiche etwa Schriftsatz vom 14.11.2008, OZ 9). Von der Antragstellerin wurde dies jedoch stets bestritten.

Zu diesem Punkt stellte der Sachverständige fest, dass die Geräte der Antragstellerin vor dem Drucken (Anm: hier konkret von PCL 6 Files, Class 2.0) keiner Vorabinstallation einer speziellen Software am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz bedürfen (vgl VH-Schrift OZ 74, Seite 10). Zu diesem Punkt stellte der Sachverständige fest, dass die Geräte der Antragstellerin vor dem Drucken Anmerkung, hier konkret von PCL 6 Files, Class 2.0) keiner Vorabinstallation einer speziellen Software am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz bedürfen vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seite 10).

Dies ergaben zunächst sowohl die Tests im Zuge der Befundaufnahme am 4.2.2009 (Anm: durchgeführt von L***, BMI, unter Leitung des Sachverständigen") als auch die Erklärungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zum Aussagegehalt der Confirmation Letter vom 20.8.2008 bzw 10.2.2009. Laut den Ausführungen des Sachverständigen ist den Confirmation Letters - im Gegensatz zur Auffassung der Auftraggeber - nämlich nicht zu

entnehmen, dass die Drucker der Antragstellerin vor dem Drucken (Anm: von hier PCL 6 Files) noch einer Vorabinstallation von Software bzw Druckertreibern bedürfen würden (vgl VH-Schrift, OZ 74, Seite 11). Wenn in den Confirmation Letters davon gesprochen wird, dass die Firmware der Drucker eine PCL 6 Emulation enthalte, welche u.a. die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6, Unterversionen Dies ergaben zunächst sowohl die Tests im Zuge der Befundaufnahme am 4.2.2009 Anmerkung, durchgeführt von L***, BMI, unter Leitung des Sachverständigen") als auch die Erklärungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zum Aussagegehalt der Confirmation Letter vom 20.8.2008 bzw 10.2.2009. Laut den Ausführungen des Sachverständigen ist den Confirmation Letters - im Gegensatz zur Auffassung der Auftraggeber - nämlich nicht zu entnehmen, dass die Drucker der Antragstellerin vor dem Drucken Anmerkung, von hier PCL 6 Files) noch einer Vorabinstallation von Software bzw Druckertreibern bedürfen würden vergleiche VH-Schrift, OZ 74, Seite 11). Wenn in den Confirmation Letters davon gesprochen wird, dass die Firmware der Drucker eine PCL 6 Emulation enthalte, welche u.a. die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6, Unterversionen

1.1 und 2.0 unterstütze, bedeutet dies, dass die Drucker intern eine eigene Druckersprache verwenden und bei Empfang eines in PCL 6 kodierten Datenstromes die in PCL 6 kodierten Befehle intern in ihre Standarddruckersprache übersetzen (vgl VH-Schrift OZ 74, Seiten 11 und 12). Die Formulierung in den Confirmation Letters "contain PCL 6 emulation" bedeutet den unmissverständlichen Erläuterungen des Sachverständigen zu Folge, dass der Drucker intern (im Gerät selbst) eine eigene Druckersprache verwendet. Empfängt der Drucker einen in PCL 6 kodierten Datenstrom, übersetzt er die in PCL 6 kodierten Befehle intern in Befehle seiner Standarddruckersprache. Diese Erklärungen des Sachverständigen sind von den Auftraggebern schlussendlich unwidersprochen geblieben. 1.1 und 2.0 unterstütze, bedeutet dies, dass die Drucker intern eine eigene Druckersprache verwenden und bei Empfang eines in PCL 6 kodierten Datenstromes die in PCL 6 kodierten Befehle intern in ihre Standarddruckersprache übersetzen vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seiten 11 und 12). Die Formulierung in den Confirmation Letters "contain PCL 6 emulation" bedeutet den unmissverständlichen Erläuterungen des Sachverständigen zu Folge, dass der Drucker intern (im Gerät selbst) eine eigene Druckersprache verwendet. Empfängt der Drucker einen in PCL 6 kodierten Datenstrom, übersetzt er die in PCL 6 kodierten Befehle intern in Befehle seiner Standarddruckersprache. Diese Erklärungen des Sachverständigen sind von den Auftraggebern schlussendlich unwidersprochen geblieben.

Weiters stützt sich die oben getroffene Feststellung, dass die Geräte der Antragstellerin zum Drucken von PCL 5 e und PCL 6 keiner Vorabemulation bzw Vorabinstallation bedürfen, auf die Ergebnisse der Befundaufnahme vom 4.2.2009. Wie aus dem Gutachten vom 11.2.2009, Seite 3 "Tests bei der Befundaufnahme", unzweifelhaft hervorgeht, wurde das File "testdruck_pcl6.prn" mit der Funktion direkter File Transfer an den Drucker (ftp) an die Drucker gesendet. Gegenteiliges, nämlich dass es beim Test im August 2008 oder bei der Testwiederholung am 4.2.2009 irgendeiner Vorabinstallation einer Software oder eines Treibers zum Drucken (Anm: etwa der Druckersprachen PCL 5 e oder PCL 6 Class 2.0, welche bereits im ersten Test im August 2008 überdies problemlos gedruckt werden konnten) bedurft hätte, wurde auch vom Zeugen L*** nicht vorgebracht. Weiters stützt sich die oben getroffene Feststellung, dass die Geräte der Antragstellerin zum Drucken von PCL 5 e und PCL 6 keiner Vorabemulation bzw Vorabinstallation bedürfen, auf die Ergebnisse der Befundaufnahme vom 4.2.2009. Wie aus dem Gutachten vom 11.2.2009, Seite 3 "Tests bei der Befundaufnahme", unzweifelhaft hervorgeht, wurde das File "testdruck_pcl6.prn" mit der Funktion direkter File Transfer an den Drucker (ftp) an die Drucker gesendet. Gegenteiliges, nämlich dass es beim Test im August 2008 oder bei der Testwiederholung am 4.2.2009 irgendeiner Vorabinstallation einer Software oder eines Treibers zum Drucken Anmerkung, etwa der Druckersprachen PCL 5 e oder PCL 6 Class 2.0, welche bereits im ersten Test im August 2008 überdies problemlos gedruckt werden konnten) bedurft hätte, wurde auch vom Zeugen L*** nicht vorgebracht.

Die Drucker der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 können somit ohne Vorabemulation drucken.

Abschließend ist somit zu diesem Punkt festzuhalten, dass die Drucker der Antragstellerin zu den Losen 5, 6 und 7 keiner Vorabinstallation einer bestimmten Software bzw eines Treibers am Rechner, am Server oder am Arbeitsplatz bedürfen und insofern jedenfalls den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen.

b) Zum Begriff der Druckersprache PCL 6:

Nunmehr gilt es, den Bedeutungsgehalt des Begriffes "Druckersprache PCL 6" in der verwendeten Wortfolge "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6?" zu ermitteln:

Es steht unstrittig fest, dass die Drucker der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 in den Druckersprachen PCL 5 e

und PCL 6, die Unterversionen 1.1 und 2.0, drucken können (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Dass PCL 5 e gedruckt werden kann, haben bereits die Tests des L*** im August 2008 ergeben und wurde auch von den Auftraggebern schlussendlich nicht mehr bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 hat L*** - entgegen früheren Behauptungen - zugestanden, auch PCL 6, Unterversion 2.0, getestet zu haben. Die Tests haben ergeben, dass die Drucker der Antragstellerin PCL 6, Unterversion 2.0, drucken können. Dieses Ergebnis - wie auch der Druck von PCL 6, Unterversion 1.1. - hat sich im Zuge der Befundaufnahme am 4.2.2009 bestätigt, bei denen neben den Unterversionen 2.0 und 3.0 auch die Unterversion 1.1 von PCL 6 getestet wurde (vgl Gutachten vom 11.2.2009, Seite 6). Files in der Druckersprache PCL 6, Unterversion 3.0, können von den Druckern der Antragstellerin nicht gedruckt werden. Dies ergibt sich aus den Tests des L*** vom August 2008, bei denen er zur Überprüfung der Druckersprache PCL 6 eine Testdatei mit dem Namen "testdruck_pcl6.prn" mit der Unterversion 3.0 verwendet hat (vgl Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 74, Seite 5) und aus dem Ergebnis der Befundaufnahme vom 4.2.2009. Es steht unstrittig fest, dass die Drucker der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 in den Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6, die Unterversionen 1.1 und 2.0, drucken können (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Dass PCL 5 e gedruckt werden kann, haben bereits die Tests des L*** im August 2008 ergeben und wurde auch von den Auftraggebern schlussendlich nicht mehr bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 hat L*** - entgegen früheren Behauptungen - zugestanden, auch PCL 6, Unterversion 2.0, getestet zu haben. Die Tests haben ergeben, dass die Drucker der Antragstellerin PCL 6, Unterversion 2.0, drucken können. Dieses Ergebnis - wie auch der Druck von PCL 6, Unterversion 1.1. - hat sich im Zuge der Befundaufnahme am 4.2.2009 bestätigt, bei denen neben den Unterversionen 2.0 und 3.0 auch die Unterversion 1.1 von PCL 6 getestet wurde (vergleiche Gutachten vom 11.2.2009, Seite 6). Files in der Druckersprache PCL 6, Unterversion 3.0, können von den Druckern der Antragstellerin nicht gedruckt werden. Dies ergibt sich aus den Tests des L*** vom August 2008, bei denen er zur Überprüfung der Druckersprache PCL 6 eine Testdatei mit dem Namen "testdruck_pcl6.prn" mit der Unterversion 3.0 verwendet hat (vergleiche Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 74, Seite 5) und aus dem Ergebnis der Befundaufnahme vom 4.2.2009.

Unbestritten ist (nach der Testung im August 2008 sowie der Befundaufnahme am 4.2.2009) jedenfalls, dass die Geräte der Antragstellerin in den Losen 5 und 7 Files in den Druckersprachen PCL 5 e sowie PCL 6, Unterversionen 1.1 und 2.0, drucken können.

Für Los 6, welches von den Auftraggebern nicht einmal getestet wurde, ergeben sich die oben getroffenen Feststellungen aus den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 (vgl VH-Schrift OZ 74, Seite 11) sowie dem Inhalt des Confirmation Letters der A*** vom 10.2.2009. Der Sachverständige hat hierzu erörtert, dass aus dem Confirmation Letter - entgegen der Ansicht der Auftraggeber - nicht hervorgeht, dass die in diesem Schreiben genannten Drucker der Antragstellerin zum Drucken von PCL 5 e bzw PCL 6 noch einer Vorabinstallation von Software bzw Druckertreibern bedürfen würden. Wenn in den Confirmation Letters davon gesprochen wird, dass die Firmware der Drucker eine PCL 6 Emulation enthalte, welche u.a. die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6, Unterversionen 1.1 und 2.0 unterstütze, so sei dies so zu verstehen, dass die Drucker intern eine eigene Druckersprache verwenden und bei Empfang eines in PCL 6 kodierten Datenstromes die in PCL 6 kodierten Befehle intern in ihre Standarddruckersprache übersetzen würden (vgl VH-Schrift OZ 74, Seiten 11 und 12); siehe oben. Für Los 6, welches von den Auftraggebern nicht einmal getestet wurde, ergeben sich die oben getroffenen Feststellungen aus den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 (vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seite 11) sowie dem Inhalt des Confirmation Letters der A*** vom 10.2.2009. Der Sachverständige hat hierzu erörtert, dass aus dem Confirmation Letter - entgegen der Ansicht der Auftraggeber - nicht hervorgeht, dass die in diesem Schreiben genannten Drucker der Antragstellerin zum Drucken von PCL 5 e bzw PCL 6 noch einer Vorabinstallation von Software bzw Druckertreibern bedürfen würden. Wenn in den Confirmation Letters davon gesprochen wird, dass die Firmware der Drucker eine PCL 6 Emulation enthalte, welche u.a. die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6, Unterversionen 1.1 und 2.0 unterstütze, so sei dies so zu verstehen, dass die Drucker intern eine eigene Druckersprache verwenden und bei Empfang eines in PCL 6 kodierten Datenstromes die in PCL 6 kodierten Befehle intern in ihre Standarddruckersprache übersetzen würden (vergleiche VH-Schrift OZ 74, Seiten 11 und 12); siehe oben.

Wie erwähnt, ist das KO-Kriterium "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 e und PCL 6?" mangels fristgerechter Anfechtung bestandskräftig geworden und damit sowohl für Bieter (hinsichtlich des Angebotsinhaltes) als auch für die Auftraggeber (hinsichtlich der Angebotsprüfung und -bewertung) maßgeblicher Ausschreibungsinhalt.

Es ist somit in weiterer Folge zu untersuchen, was unter der Formulierung "Druckersprache ..[...] ..PCL 6" zu verstehen ist.

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass es bei der Druckersprache PCL 6 (=PCL XL) drei Unterversionen (Classes) gibt. Es sind dies die Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 (vgl Gutachten vom 11.2.2009; Angaben des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009; Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009; Vorbringen der Antragstellerin in diversen Schriftsätzen). Bei der Unterversion 3.0 handelt es sich - entgegen der Auffassung der Auftraggeberseite - nicht um die derzeit gebräuchliche Standard-Subversion von PCL 6. Indem der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 davon spricht, dass im Falle der Verwendung der Druckersprache PCL 6 ohne weiteren Zusatz davon auszugehen ist, dass jede übliche Unterversion bzw die üblicherweise verwendeten Unterversionen in Betracht kommen, stellt er klar, dass der Unterversion 3.0 nicht der ihr von den Auftraggebern zugeordnete Charakter der derzeit "gängigsten" Standardsubversion von PCL 6 zukommt. Dies streicht der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zusätzlich durch die Erklärung hervor, dass im Falle, dass lediglich PCL 6 ohne weiteren Zusatz ausgeschrieben ist, nicht zu erwarten ist, dass die angebotenen Geräte die Unterversion 3.0 drucken können. Vielmehr ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die angebotenen Geräte die Unterversionen 1.1 und 2.0, nicht hingegen 3.0, drucken können. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass es bei der Druckersprache PCL 6 (=PCL XL) drei Unterversionen (Classes) gibt. Es sind dies die Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 vergleiche Gutachten vom 11.2.2009; Angaben des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009; Angaben des Zeugen L*** in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009; Vorbringen der Antragstellerin in diversen Schriftsätzen). Bei der Unterversion 3.0 handelt es sich - entgegen der Auffassung der Auftraggeberseite - nicht um die derzeit gebräuchliche Standard-Subversion von PCL 6. Indem der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 davon spricht, dass im Falle der Verwendung der Druckersprache PCL 6 ohne weiteren Zusatz davon auszugehen ist, dass jede übliche Unterversion bzw die üblicherweise verwendeten Unterversionen in Betracht kommen, stellt er klar, dass der Unterversion 3.0 nicht der ihr von den Auftraggebern zugeordnete Charakter der derzeit "gängigsten" Standardsubversion von PCL 6 zukommt. Dies streicht der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zusätzlich durch die Erklärung hervor, dass im Falle, dass lediglich PCL 6 ohne weiteren Zusatz ausgeschrieben ist, nicht zu erwarten ist, dass die angebotenen Geräte die Unterversion 3.0 drucken können. Vielmehr ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die angebotenen Geräte die Unterversionen 1.1 und 2.0, nicht hingegen 3.0, drucken können.

Ungeachtet der Existenz mehrerer gängiger Unterversionen von PCL 6 hat es der Auftraggeber in der Ausschreibung jedoch unterlassen, die geforderte Druckersprache PCL 6 in irgendeiner Weise näher zu definieren und hat sich damit begnügt, ganz allgemein PCL 6, ohne irgendeinen Zusatz und ohne jegliche nähere Spezifizierung, zu verlangen.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21, BVA 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.v.a). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter

verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vergleiche VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 10.10.2007, F/0003- BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21, BVA 28.7.2006, N/0048- BVA/15/2006-28, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.v.a).

Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 aus technisch-fachlicher Sicht dargelegt hat, ist davon auszugehen, dass das Anbieten jeder üblichen Unterversion von PCL 6 ausreicht, wenn bloß PCL 6 ohne weiteren Zusatz verlangt wird. Diese Ausführungen des Sachverständigen sind vor dem Hintergrund schlüssig und nachvollziehbar, dass eben mehrere übliche Unterversionen von PCL 6 existieren und gerade nicht die Unterversion 3.0 die "alleinig gängige" Unterversion von PCL 6 darstellt. Im Hinblick darauf ist auch nachvollziehbar, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen in der Ausschreibung konkret die Unterversion 3.0 verlangt werden müsste, sofern ein Auftraggeber tatsächlich diese konkrete Unterversion wünscht und vom Bieter nur diese angeboten werden soll. Lässt die Ausschreibung, wie im vorliegenden Fall, jedoch jeglichen Hinweis in Richtung einer konkreten Unterversion vermissen, so kann ein Auftraggeber nicht erwarten, dass gerade diese spezielle Unterversion vom Bieter angeboten wird. Umgekehrt ist in diesem Fall ein Bieter, der sich an den Ausschreibungsvorgaben zu orientieren hat, nicht gehalten, gerade diese spezielle Unterversion anzubieten. Dieser Schluss wird noch durch die Aussage des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 untermauert, wonach im Falle der wie hier unspezifischen Ausschreibung von PCL 6 aus technisch-fachlicher Sicht nicht zu erwarten ist, dass die Geräte auch die Unterversion 3.0 drucken können müssen. Wie der Sachverständige in diesem Zusammenhang ausdrücklich angemerkt hat und schon erwähnt wurde, kann nur bei expliziter Angabe der Unterversion 3.0 davon ausgegangen werden, dass die Geräte die Unterversion 3.0 drucken können (siehe oben). Nach ihrem objektiven Erklärungswert ist die Ausschreibungsanforderung "Druckersprache PCL 6" demnach so zu verstehen, dass dieser Anforderung mit den Unterversionen 1.1. und 2.0 entsprochen wird. Diese Ausschreibungsbestimmung musste auch von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auf diese Weise verstanden werden und wurde von der Antragstellerin zutreffender Weise so verstanden.

Rechtliche Schlussfolgerungen:

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus: Das Faktum, dass die Druckersprache PCL 6 ohne Spezifikation ausgeschrieben wurde, ist dahingehend zu beurteilen, dass es der Ausschreibung entspricht, wenn die angebotenen Drucker zumindest eine der üblichen Unterversionen der Druckersprache PCL 6, nämlich Unterversion 1.1, 2.0 oder 3.0, drucken können. Dass die Geräte unbedingt Unterversion 3.0 von PCL 6 drucken können müssen, um der Ausschreibung zu entsprechen, ist aus der vom Auftraggeber gewählten, allgemein gehaltenen Fassung der betreffenden Ausschreibungsbestimmung jedenfalls nicht abzuleiten.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht nicht zuletzt auch, dass zudem weder I*** noch L*** darlegen konnten, worin überhaupt der "Mehrwert" von Class 3.0 gegenüber Class 2.0 bestehe. Weiters daraus, dass L*** bei den Tests im August 2008 PCL 6 nur deshalb in der Unterversion 3.0 getestet hat, da ihm behördenintern geraten wurde, "über Version 2.2 zu gehen", da Version 2.2 Probleme im System des BMI bereitet hätte. Dass L*** die Unterversion 3.0 getestet hat, ist also nur auf behördeninterne Umstände zurück zu führen und nicht etwa darauf, dass Class 3.0 die "gebräuchlichste" Unterversion von PCL 6 oder gar die allein verwendbare Unterversion wäre. Auch die BBG hat L*** nicht aufgefordert, die Unterversion 3.0 zu testen.

All dies zeigt, dass es den Auftraggebern selbst in Wahrheit gar nicht auf die spezielle Unterversion 3.0 angekommen ist; noch dazu, wo sie den Testenden nicht einmal zur Testung dieser speziellen Unterversion aufgefordert haben. Im Übrigen hat L*** im August 2008 die Unterversion 2.0 getestet, die auch anstandslos gedruckt werden konnte.

Die Richtigkeit der vorstehend wiedergegebenen Auffassung wird weiters dadurch gestützt, dass die Auftraggeber die in der Ausschreibung geforderte Druckersprache PCL 5 im o.e. KO-Kriterium sehr wohl näher spezifiziert haben, indem sie nämlich nicht nur "einfach" PCL 5 (Anm: ohne Zusatz), sondern explizit PCL 5 e (Anm: also mit dem Zusatz e) angegeben haben. Demgegenüber wurde die Druckersprache PCL 6 - obwohl auch hier eine vergleichbare Spezifikation (nach den Classes) möglich und - sofern ein Auftraggeber tatsächlich ausschließlich diese Version gewünscht hätte - dies im Sinne obiger Ausführungen sogar naheliegend gewesen wäre, in der Ausschreibung nicht

näher spezifiziert. Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zu verweisen, wonach die Angabe von PCL 5 e der Spezifikation einer Klassenangabe (Unterversion) in PCL 6 entspricht. Hätte der Auftraggeber also - wie bei PCL 5 (durch den Zusatz e) - tatsächlich eine der Intensität der Spezifikation nach vergleichbare Unterversion von PCL 6 gewollt, so ist nicht anzunehmen, dass er in diesem Fall keinen "Klassenzusatz" angebracht hätte. Dies schon deshalb, da die Auftraggeber bei PCL 5 ja auch ausdrücklich die spezifizierte Version "e" verlangt haben. Die Richtigkeit der vorstehend wiedergegebenen Auffassung wird weiters dadurch gestützt, dass die Auftraggeber die in der Ausschreibung geforderte Druckersprache PCL 5 im o.e. KO-Kriterium sehr wohl näher spezifiziert haben, indem sie nämlich nicht nur "einfach" PCL 5 Anmerkung, ohne Zusatz), sondern explizit PCL 5 e Anmerkung, also mit dem Zusatz e) angegeben haben. Demgegenüber wurde die Druckersprache PCL 6 - obwohl auch hier eine vergleichbare Spezifikation (nach den Classes) möglich und - sofern ein Auftraggeber tatsächlich ausschließlich diese Version gewünscht hätte - dies im Sinne obiger Ausführungen sogar naheliegend gewesen wäre, in der Ausschreibung nicht näher spezifiziert. Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.2.2009 zu verweisen, wonach die Angabe von PCL 5 e der Spezifikation einer Klassenangabe (Unterversion) in PCL 6 entspricht. Hätte der Auftraggeber also - wie bei PCL 5 (durch den Zusatz e) - tatsächlich eine der Intensität der Spezifikation nach vergleichbare Unterversion von PCL 6 gewollt, so ist nicht anzunehmen, dass er in diesem Fall keinen "Klassenzusatz" angebracht hätte. Dies schon deshalb, da die Auftraggeber bei PCL 5 ja auch ausdrücklich die spezifizierte Version "e" verlangt haben.

Schließlich vermag auch der Hinweis der Auftraggeber auf die Entscheidung des BVA vom 13.6.2008, GZ N/0052-BVA/06/2008-50, ihre Auffassung nicht zu stützen, sondern spricht diese vielmehr für das Gegenteil. In der zit Entscheidung hatte sich das Bundesvergabeamt ebenfalls mit dem Fehlen konkreter Angaben zu Versionen (von Software) auseinander zu setzen. In dieser Entscheidung hat das Bundesvergabeamt hiezu die ausdrückliche abschließende Schlussfolgerung getroffen, dass (Anm: mangels einer bestimmten Version) selbst das Anbieten nicht aktueller bzw nicht aktualisierter Software daher den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. Daraus folgt, dass in diesem Fall gerade nicht eine ganz spezifische Version anzubieten ist. Die hier vertretene Ansicht der Auftraggeber, dass, im Falle, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung (unspezifiziert) PCL 6 verlangt, diese Druckersprache in sämtlichen Subversionen gedruckt werden können müsse, kann aus der zitierten Entscheidung sohin nicht abgeleitet werden und stellt sich nach dem Gesagten als verfehlt dar. Schließlich vermag auch der Hinweis der Auftraggeber auf die Entscheidung des BVA vom 13.6.2008, GZ N/0052-BVA/06/2008-50, ihre Auffassung nicht zu stützen, sondern spricht diese vielmehr für das Gegenteil. In der zit Entscheidung hatte sich das Bundesvergabeamt ebenfalls mit dem Fehlen konkreter Angaben zu Versionen (von Software) auseinander zu setzen. In dieser Entscheidung hat das Bundesvergabeamt hiezu die ausdrückliche abschließende Schlussfolgerung getroffen, dass Anmerkung, mangels einer bestimmten Version) selbst das Anbieten nicht aktueller bzw nicht aktualisierter Software daher den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. Daraus folgt, dass in diesem Fall gerade nicht eine ganz spezifische Version anzubieten ist. Die hier vertretene Ansicht der Auftraggeber, dass, im Falle, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung (unspezifiziert) PCL 6 verlangt, diese Druckersprache in sämtlichen Subversionen gedruckt werden können müsse, kann aus der zitierten Entscheidung sohin nicht abgeleitet werden und stellt sich nach dem Gesagten als verfehlt dar.

Aus dem oben Gesagten folgt abschließend, dass die Angebote der Antragstellerin das Ausschreibungserfordernis "Druckersprache PCL 6" in den Losen 5, 6 und 7 erfüllen und die Antragstellerin somit auch in dieser Hinsicht ausschreibungskonform angeboten hat. Die Ausschreibungskonformität der Angebote der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 war sohin insgesamt zu bejahen. Das Ausscheiden ihrer Angebote und in der Folge auch die Entscheidungen der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarung in den Losen 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, stellen sich sohin als rechtswidrig dar. Die Angebote der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 wären vielmehr in die Bestbieterermittlung einzubeziehen gewesen.

Die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens der Angebote der Antragstellerin ist auch iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber bei Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin in die Bestbieterermittlung zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte. Die kaufmännische Prüfung hat ergeben, dass die Angebote der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 an erste Stelle gereiht wurden. Die Auftraggeber sind gehalten, die Angebotsprüfung und -bewertung unter Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin neuerlich und vollständig durchzuführen. Hierbei wird vom Auftraggeber auch zu prüfen sein, ob die Vorbringen der Antragstellerin - nämlich dass die Angebote anderer Bieter auszuschneiden seien -

zutreffen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang weiters, dass es nicht Aufgabe des Bundesvergabebeamtes ist, anstelle des Auftraggebers die Angebotsprüfung bzw -bewertung durchzuführen oder gar an Stelle des Auftraggebers Angebotsprüfungsschritte zu setzen, die zu einem Ausscheiden von Angeboten führen könnten (vgl BVA 9.5.2007, N/0029-BVA/06/2007-112, BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57 u.a; ZVB 2009, 64 mit Anmerkung Grasböck). Die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens der Angebote der Antragstellerin ist auch iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber bei Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin in die Bestbieterermittlung zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte. Die kaufmännische Prüfung hat ergeben, dass die Angebote der Antragstellerin in den Losen 5, 6 und 7 an erste Stelle gereiht wurden. Die Auftraggeber sind gehalten, die Angebotsprüfung und -bewertung unter Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin neuerlich und vollständig durchzuführen. Hierbei wird vom Auftraggeber auch zu prüfen sein, ob die Vorbringen der Antragstellerin - nämlich dass die Angebote anderer Bieter auszuschneiden seien - zutreffen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang weiters, dass es nicht Aufgabe des Bundesvergabebeamtes ist, anstelle des Auftraggebers die Angebotsprüfung bzw -bewertung durchzuführen oder gar an Stelle des Auftraggebers Angebotsprüfungsschritte zu setzen, die zu einem Ausscheiden von Angeboten führen könnten vergleiche BVA 9.5.2007, N/0029-BVA/06/2007-112, BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57 u.a; ZVB 2009, 64 mit Anmerkung Grasböck).

Was im speziellen Los 6 betrifft, ist weiters zu erwähnen, dass nach der Ausschreibung die Teststellung Voraussetzung für die Prüfung und Bestandteil der Prüfung des Zuschlagskriteriums "Qualität" und somit eine unabdingbare Voraussetzung für die Bestbieterermittlung (vgl auch Punkt 8.2.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen "Testziele") ist. Erst durch die Testung wird es dem Auftraggeber ermöglicht, die Übereinstimmung der gelieferten Geräte mit der angebotenen Leistung zu überprüfen und eine punktemäßige Bewertung der Angebote durchzuführen. Wie im Sachverhalt festgestellt, haben die Auftraggeber das - wie ausgeführt zu Unrecht ausgeschiedene Angebot der Antragstellerin - aber nicht einmal getestet. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Angebotsprüfung durch die Auftraggeber noch nicht abgeschlossen wurde und die "Zuschlagsentscheidung" in Folge dessen auch mangels abgeschlossener Angebotsprüfung für nichtig zu erklären ist (vgl BVA vom 23.3.2007, GZ N/0015-BVA/05/2007-32, BVA vom 28.11.2008, GZ N/0131-BVA/12/2008-29). Was im speziellen Los 6 betrifft, ist weiters zu erwähnen, dass nach der Ausschreibung die Teststellung Voraussetzung für die Prüfung und Bestandteil der Prüfung des Zuschlagskriteriums "Qualität" und somit eine unabdingbare Voraussetzung für die Bestbieterermittlung vergleiche auch Punkt 8.2.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen "Testziele") ist. Erst durch die Testung wird es dem Auftraggeber ermöglicht, die Übereinstimmung der gelieferten Geräte mit der angebotenen Leistung zu überprüfen und eine punktemäßige Bewertung der Angebote durchzuführen. Wie im Sachverhalt festgestellt, haben die Auftraggeber das - wie ausgeführt zu Unrecht ausgeschiedene Angebot der Antragstellerin - aber nicht einmal getestet. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Angebotsprüfung durch die Auftraggeber noch nicht abgeschlossen wurde und die "Zuschlagsentscheidung" in Folge dessen auch mangels abgeschlossener Angebotsprüfung für nichtig zu erklären ist vergleiche BVA vom 23.3.2007, GZ N/0015-BVA/05/2007-32, BVA vom 28.11.2008, GZ N/0131-BVA/12/2008-29).

Da sich aufgrund der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen hinsichtlich der Angebote der Antragstellerin das Vergabeverfahren nach wie vor im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, waren auch die bereits getroffenen Entscheidungen, die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, für nichtig zu erklären. Nach § 130 Abs 1 BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommen nach der Sachlage (günstigster Preis in allen drei Losen) grundsätzlich auch die Angebote der Antragstellerin in Betracht. Voraussetzung der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung (vgl auch vorzit Entscheidungen BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32 u.a.). Da sich aufgrund der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen hinsichtlich der Angebote der Antragstellerin das Vergabeverfahren nach wie vor im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, waren auch die bereits getroffenen Entscheidungen, die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 5, 6 und 7 mit der B*** schließen zu wollen, für nichtig zu erklären. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommen nach der Sachlage (günstigster Preis in allen drei Losen) grundsätzlich auch die Angebote der Antragstellerin in Betracht.

Voraussetzung der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung vergleiche auch vorzit Entscheidungen BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32 u.a.).

Zuletzt sei noch auf das Vorbringen der Auftraggeber eingegangen, wonach das Erfordernis, im Vorfeld einer Ausschreibungserstellung Existenz und Anzahl von Unterversionen von Druckersprachen abzuklären, zu einer Erschwerung bzw einer "Verunmöglichung" einer Ausschreibung führen würde. Es liegt auf der Hand, dass sich ein Auftraggeber zwecks Definition seines konkreten Ausschreibungsbedarfes zunächst die hierfür notwendigen Informationen zu beschaffen hat und dies uU mit einem entsprechenden Aufwand verbunden sein mag. Dies auch in weiterer Folge mit dem Ziel, eine nicht zu beanstandende Ausschreibung zur Realisierung des konkreten Bedarfs zustande zu bringen. Dass hierin eine Unzumutbarkeit für den Auftraggeber gelegen sein sollte, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen, zumal auch der zeitliche Aufwand hierfür als nicht besonders groß einzustufen ist. Immerhin war es selbst dem nicht fachkundigen Senatsvorsitzenden innerhalb sehr kurzer Zeit via wikipedia möglich, von den Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 Kenntnis zu erlangen. Umso mehr ist dies von einem fachkundigen Auftraggeber zu erwarten und zu verlangen. In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung des § 79 Abs 9 BVergG zu erwähnen, wonach die Vorbereitung einer Ausschreibung nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen und erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen sind. Zuletzt sei noch auf das Vorbringen der Auftraggeber eingegangen, wonach das Erfordernis, im Vorfeld einer Ausschreibungserstellung Existenz und Anzahl von Unterversionen von Druckersprachen abzuklären, zu einer Erschwerung bzw einer "Verunmöglichung" einer Ausschreibung führen würde. Es liegt auf der Hand, dass sich ein Auftraggeber zwecks Definition seines konkreten Ausschreibungsbedarfes zunächst die hierfür notwendigen Informationen zu beschaffen hat und dies uU mit einem entsprechenden Aufwand verbunden sein mag. Dies auch in weiterer Folge mit dem Ziel, eine nicht zu beanstandende Ausschreibung zur Realisierung des konkreten Bedarfs zustande zu bringen. Dass hierin eine Unzumutbarkeit für den Auftraggeber gelegen sein sollte, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen, zumal auch der zeitliche Aufwand hierfür als nicht besonders groß einzustufen ist. Immerhin war es selbst dem nicht fachkundigen Senatsvorsitzenden innerhalb sehr kurzer Zeit via wikipedia möglich, von den Unterversionen 1.1, 2.0 und 3.0 Kenntnis zu erlangen. Umso mehr ist dies von einem fachkundigen Auftraggeber zu erwarten und zu verlangen. In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung des Paragraph 79, Absatz 9, BVergG zu erwähnen, wonach die Vorbereitung einer Ausschreibung nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen und erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen sind.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG ist für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und 331 Abs 1 und 2 BVergG vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG ist für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt
Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Da den Nichtigerklärungsanträgen hinsichtlich des Ausscheidens und hinsichtlich der Entscheidungen der Auftraggeber, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, als auch dem Antrag auf einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, hat der Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner für den Nachprüfungsantrag (Euro 1.600,--) und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Euro 800,--) entrichteten Pauschalgebühren (insgesamt Euro 2.400,--) durch den Auftraggeber.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at