

TE Verg Bescheid 2005/3/24 15N- 14/05-39

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.03.2005

Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs1 Z3

BVergG 2002 §20 Z4

BVergG 2002 §105 Abs1

BVergG 2002 §163 Abs2

BVergG 2002 §169 Abs1 Z3 lite

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lita

B-VG Art. 14b Abs2 Z2 lita

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt gemäß § 154 Abs. 1 Z 2 BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 15, Mag. Gerhard Prünster, entschieden: Das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 15, Mag. Gerhard Prünster, entschieden:

SPRUCH

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend

das Vergabeverfahren "Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der in den Ausschreibungsunterlagen (Phase 2) als Auftraggeberin bezeichneten Stadt Klagenfurt, Neuer Platz 1, 9010 Klagenfurt, vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS), Prinz Eugen Straße 12, 1040 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, vom 15. März 2005, verbessert mit Schriftsatz vom 17. März 2005, wird dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung die Erteilung des Zuschlags untersagen", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der in den Ausschreibungsunterlagen (Phase 2) als Auftraggeberin bezeichneten Stadt Klagenfurt, Neuer Platz 1, 9010 Klagenfurt, vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS), Prinz Eugen Straße 12, 1040 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, vom 15. März 2005, verbessert mit Schriftsatz vom 17. März 2005, wird dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung die Erteilung des Zuschlags untersagen", stattgegeben.

Der Auftraggeberin (sofern es sich um die Republik Österreich, Bund, handelt) ist es bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag, längstens aber bis 17. Mai 2005 untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs. 1, 3, 4 und 5 BVerG Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 BVerG

BEGRÜNDUNG

Die A*** Baugesellschaft m.b.H., (in der Folge die Antragstellerin) stellte am 14. März 2005, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. März 2005, verbessert eingelangt am 17. März 2005, den im Spruch ersichtlichen Antrag und verband diesen mit Anträgen auf Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens, in eventu auf Nichtigerklärung der Festlegung, dieses Vergabeverfahren nicht bekannt zu machen, sowie auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass die Stadt Klagenfurt eine Generalübernehmerausschreibung für den Neubau des Stadions Klagenfurt für die EURO 2008 im Wege eines Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführe. Vergebende Stelle sei das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS). Das Vorhaben werde zu je 1/3 von der Stadt Klagenfurt, dem Land Kärnten und dem Bund finanziert.

In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2004/S 2-001322, werde als Auftraggeberin der Ausschreibung die Republik Österreich (Bund) genannt. Eine Vergabebekanntmachung über das Projekt, in dem die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin aufscheine, existiere nicht. In den Teilnahmeunterlagen (Phase 1) der Ausschreibung sei als Auftraggeberin noch der Bund angeführt. In den Angebotsunterlagen (Phase 2) der Ausschreibung finde plötzlich ein Wechsel der Person der Auftraggeberin statt. Hier werde als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft angeführt.

Am 18. November 2003 sei eine Grundsatzvereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Kärnten, sowie der Stadt Klagenfurt betreffend den Neubau des Stadions Klagenfurt (Basisstadion) sowie den temporären Ausbau des Stadions unterzeichnet worden. Demnach verpflichte sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadion und zu dessen Ausbau. Die Kosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaues würden zu 1/3 vom Bund getragen werden. Dabei würden nur jene Kosten berücksichtigt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Errichtung und dem Ausbau des Basisstadions stünden. Die restlichen Gesamtkosten würden vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt getragen werden. Nach Ende der Europameisterschaften würde der Bund den Ausbau auf seine Kosten demontieren und würden die verwertbaren Teile in das Eigentum des Bundes übergehen.

Am 17. Dezember 2003 sei ein Werkvertrag zwischen der Republik Österreich und dem ÖISS betreffend die Errichtung bzw. dem temporären Ausbau der Fußballstadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt abgeschlossen worden. Für die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt sowie für dessen temporären Ausbau sei die Stadt Klagenfurt zuständig; diese könne ihre Zuständigkeit auf einen anderen Rechtsträger übertragen.

Die Stadt Klagenfurt sei Eigentümerin sämtlicher von den Arbeiten betroffenen Grundstücke.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und sei zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden. Die Angebotsfrist habe am 29. Oktober 2004 geendet; im Anschluss habe die vergebende Stelle mit Schreiben vom 24. Jänner 2005 ein Schriftstück übermittelt, mit dem das Bewertungsverfahren näher festgelegt bzw. erläutert worden sei ("Drehbuch").

Am 2. Februar 2005 seien in der "D****" die Bieter und die Angebotspreise veröffentlicht worden. Diese Informationen seien nur der Auftraggeberin bzw. der ausschreibenden Stelle bekannt gewesen.

Mit Schreiben vom 9. Februar 2005 habe die vergebende Stelle zur Angebotsabgabe (Last and Best Offer) für den 22. Februar 2005 eingeladen. In der Anlage zu diesem Schreiben würden sich zahlreiche zum Teil neue Festlegungen finden.

Gemäß dem Last and Best Offer habe die Antragstellerin frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 59.574.405,29 gelegt. Ohne die Option "Bespielbarkeit während der Bauzeit und des Rückbaus" betrage der Nettoangebotspreis Euro 58.904.911,37.

Am 6. März 2005 sei die Angebotsöffnung erfolgt. Am 8. März 2005 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B***AG/C*** Bau GmbH mitgeteilt worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihr Angebot nur geringfügig nachgebessert; deren Nettoangebotspreis betrage Euro 59.740.502,22. Das Angebot der Antragstellerin sei damit erheblich günstiger. Nach Auffassung der Bewertungskommission würde jedoch der geringe Preisunterschied durch teilweise erhebliche Vorzüge des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wettgemacht.

Die "D****" habe die Bieter und die Angebotspreise veröffentlicht. Die bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitarbeitenden Architekten E***/F*** hätten für die Stadt Klagenfurt bereits im Vorfeld Planungen betreffend das nunmehrige Projekt durchgeführt. Den Bietern sei allerdings nur ein geringer Teil dessen, nämlich die Machbarkeitsstudie, zur Verfügung gestellt worden.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes brachte die Antragstellerin unter anderem vor, dass sie davon ausgehe, dass der UVS für Kärnten die zuständige Nachprüfungsbehörde sei. Aus anwaltlicher Vorsicht, insbesondere der Inanspruchnahme der Zuständigkeit des BVA im Verfahren zu GZ: 15N-06/04-29, werde der gegenständliche Antrag auch beim BVA eingebracht. Gemäß § 20 Z 4 BVergG sei Auftraggeber jene Person, die vertraglich einem Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. Für die Auftraggebereigenschaft sei allein wesentlich, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Auch bei vereinbarten Mitwirkungsrechten des Bundes oder einer anderen Körperschaft im Vergabeverfahren sei Auftraggeberin des gegenständlichen Verfahrens jedenfalls die Stadtgemeinde Klagenfurt, die den Auftrag im eigenen Namen erteile oder zu erteilen beabsichtige. Auch wenn dem Bund, allenfalls vertreten durch das ÖISS umfangreiche Mitwirkungsrechte, etwa die Planung der Ausschreibung, die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen oder die Durchführung des Vergabeverfahrens zukommen würden, könne dies nicht bewirken, dass die Stadt Klagenfurt als Grundeigentümerin und Bauherrin ihre Stellung als Auftraggeberin verliere. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes brachte die Antragstellerin unter anderem vor, dass sie davon ausgehe, dass der UVS für Kärnten die zuständige Nachprüfungsbehörde sei. Aus anwaltlicher Vorsicht, insbesondere der Inanspruchnahme der Zuständigkeit des BVA im Verfahren zu GZ: 15N-06/04-29, werde der gegenständliche Antrag auch beim BVA eingebracht. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG sei Auftraggeber jene Person, die vertraglich einem Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. Für die Auftraggebereigenschaft sei allein wesentlich, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Auch bei vereinbarten Mitwirkungsrechten des Bundes oder einer anderen Körperschaft im Vergabeverfahren sei Auftraggeberin des gegenständlichen Verfahrens jedenfalls die Stadtgemeinde Klagenfurt, die den Auftrag im eigenen Namen erteile oder zu erteilen beabsichtige. Auch wenn dem Bund, allenfalls vertreten durch das ÖISS umfangreiche Mitwirkungsrechte, etwa die Planung der Ausschreibung, die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen oder die Durchführung des Vergabeverfahrens zukommen würden, könne dies nicht bewirken, dass die Stadt Klagenfurt als Grundeigentümerin und Bauherrin ihre Stellung als Auftraggeberin verliere.

Auch die zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt geschlossenen Vereinbarungen würden

diesen Befund stützen, da sich die Stadt Klagenfurt und nicht etwa der Bund zur Errichtung des Stadion verpflichte. Auch in der Vereinbarung des Bundes mit dem ÖISS würden die beteiligten Vertragspartner von der Zuständigkeit der Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions ausgehen. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 und in den Bewerbungsunterlagen jeweils die Republik Österreich als Auftraggeberin aufscheine. Der Bund scheine hier offensichtlich aus Versehen auf. In den, für den Vertragsabschluss wesentlichen Angebotsunterlagen sowie in der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005, geriere sich die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin. Für die Zuständigkeit des UVS für Kärnten spreche auch, dass das Vorhaben überwiegend durch das Land Kärnten und die Stadt Klagenfurt erfolge. Damit bestehe die Kompetenz des UVS für Kärnten zur Nachprüfung des Vorhabens (Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit.f iVm letzter Satz in Abs. 2 B-VG). Auch die zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt geschlossenen Vereinbarungen würden diesen Befund stützen, da sich die Stadt Klagenfurt und nicht etwa der Bund zur Errichtung des Stadion verpflichte. Auch in der Vereinbarung des Bundes mit dem ÖISS würden die beteiligten Vertragspartner von der Zuständigkeit der Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions ausgehen. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 und in den Bewerbungsunterlagen jeweils die Republik Österreich als Auftraggeberin aufscheine. Der Bund scheine hier offensichtlich aus Versehen auf. In den, für den Vertragsabschluss wesentlichen Angebotsunterlagen sowie in der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005, geriere sich die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin. Für die Zuständigkeit des UVS für Kärnten spreche auch, dass das Vorhaben überwiegend durch das Land Kärnten und die Stadt Klagenfurt erfolge. Damit bestehe die Kompetenz des UVS für Kärnten zur Nachprüfung des Vorhabens (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera f, in Verbindung mit letzter Satz in Absatz 2, B-VG).

Da das Bundesvergabeamt jedoch im Verfahren zu GZ: 15N-06/04-29 im März 2004 meritorisch und somit seine Zuständigkeit bejahend entschieden habe, ergebe sich daraus die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 Da das Bundesvergabeamt jedoch im Verfahren zu GZ: 15N-06/04-29 im März 2004 meritorisch und somit seine Zuständigkeit bejahend entschieden habe, ergebe sich daraus die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins

B-VG.

Inhaltlich handle es sich gegenständlich um einen Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG im Oberschwellenbereich. Die Verständigung des Auftraggebers Stadt Klagenfurt (und der vergebenden Stelle ÖISS) gemäß § 163 Abs. 2 BVergG sei vor Einbringung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt. Inhaltlich handle es sich gegenständlich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG im Oberschwellenbereich. Die Verständigung des Auftraggebers Stadt Klagenfurt (und der vergebenden Stelle ÖISS) gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG sei vor Einbringung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt.

Beschwerdepunkt:

Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass aufgrund der zwar gebotenen, aber unterlassenen Vergabebekanntmachung, des Bekanntwerdens der beteiligten Bieter und Angebotspreise und aufgrund des nicht nachvollziehbaren Bewertungsverfahrens die Ausschreibung zu widerrufen sei. Sollte ein Widerruf nicht geboten erscheinen, sei die Zuschlagsentscheidung - lautend auf das Angebot der Bietergemeinschaft B***/C*** - rechtswidrig erfolgt. Dies aufgrund der unrichtigen Bewertung des Angebotes der Antragstellerin, des gebotenen und unterlassenen Ausschlusses der Bietergemeinschaft B***/C*** und aufgrund des gebotenen und unterlassenen Ausscheidens des Angebotes der Bietergemeinschaft B***/C***, das in Widerspruch zu den - bestandfest gewordenen - Festlegungen im Schreiben vom 9. Februar 2005 bzw. in den Anfragebeantwortungen 17 und 18 stehe und insofern mit unbeheblichen Mängeln behaftet sei.

Die Antragstellerin erachte sich insofern durch die Unterlassung der gebotenen Vergabebekanntmachung und durch die Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt. Sie habe ein Recht auf Erteilung des Zuschlages auf ihr Angebot, allenfalls ein Recht auf Zuschlagsentscheidung auf ihr Angebot.

Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung:

Die Stadt Klagenfurt führe ein nicht bekannt gemachtes Vergabeverfahren durch. Ein Ausnahmefall von der Pflicht zur

Bekanntmachung liege gegenständlich nicht vor. Es sei nicht unerheblich, ob in einer Vergabebekanntmachung (versehentlich) ein anderer öffentlicher Auftraggeber genannt sei, als jener, der das Vergabeverfahren durchführe. Es mache einen bedeutenden Unterschied, ob eine verhältnismäßig kleine Stadt oder der Bundesvertragspartner auftrete. Es sei daher entscheidend, wer als Bauherr auftrete. Die Geltendmachung der Unterlassung der Vergabebekanntmachung sei nicht präkludiert, zumal sie eine der gravierendsten Vergaberechtswidrigkeiten darstelle. Das Vergabeverfahren sei daher zu widerrufen.

Durch die Veröffentlichung der Namen der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter sowie der Angebotspreise in der "D***" vom 2. Februar 2005 sei eine Weiterführung des Vergabeverfahrens nicht mehr möglich gewesen. Der Auftraggeber hätte das Verfahren gemäß § 105 Abs. 1 BVergG zwingend widerrufen müssen. Das Treffen der Zuschlagsentscheidung sei demnach rechtswidrig gewesen. Durch die Veröffentlichung der Namen der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter sowie der Angebotspreise in der "D***" vom 2. Februar 2005 sei eine Weiterführung des Vergabeverfahrens nicht mehr möglich gewesen. Der Auftraggeber hätte das Verfahren gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG zwingend widerrufen müssen. Das Treffen der Zuschlagsentscheidung sei demnach rechtswidrig gewesen.

Die Festlegung der Zuschlagskriterien und des Bewertungsschemas in den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der "Nachsendung" seien infolge Präklusion gemäß § 169 Abs. 1 Z 2 lit. d BVergG zwar bestandfest geworden; dies habe jedoch nur zufolge, dass die Angebotsbewertung nach dem - bestandfest gewordenen - Bewertungsschema zu erfolgen habe. Die Zuschlagskriterien müssten so beschaffen sein, dass sie von der Nachprüfungsbehörde geprüft werden können müssen. Wenn die Zuschlagskriterien in einer Weise abgefasst seien, die eine willkürliche Bewertung ermöglichen würde, könne eine Zuschlagsentscheidung auf Basis dieser Kriterien nicht gefasst werden. Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass das vom Auftraggeber gewählte Bewertungsschema keine nachprüfbare Angebotsbewertung zulasse, sodass das Vergabeverfahren nur durch Widerruf rechtmäßig abgeschlossen werden könne. Die Festlegung der Zuschlagskriterien und des Bewertungsschemas in den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der "Nachsendung" seien infolge Präklusion gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 2, Litera d, BVergG zwar bestandfest geworden; dies habe jedoch nur zufolge, dass die Angebotsbewertung nach dem - bestandfest gewordenen - Bewertungsschema zu erfolgen habe. Die Zuschlagskriterien müssten so beschaffen sein, dass sie von der Nachprüfungsbehörde geprüft werden können müssen. Wenn die Zuschlagskriterien in einer Weise abgefasst seien, die eine willkürliche Bewertung ermöglichen würde, könne eine Zuschlagsentscheidung auf Basis dieser Kriterien nicht gefasst werden. Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass das vom Auftraggeber gewählte Bewertungsschema keine nachprüfbare Angebotsbewertung zulasse, sodass das Vergabeverfahren nur durch Widerruf rechtmäßig abgeschlossen werden könne.

Unrichtige Angebotsbewertung:

Das Angebot der Antragstellerin sei um 1,4% günstiger, als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dennoch werde behauptet, dass das Angebot der Bietergemeinschaft B***/C*** in den qualitativen Kriterien besser zu bewerten sei, sodass der Preisvorteil mehr als wettgemacht würde. Würde man die Zuschlagsentscheidung anhand der Zuschlagskriterien für nachprüfbar halten, wäre dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen gewesen. Die Begründung des schlechten Abschneidens in den übrigen Kriterien erfolge durch nicht nachvollziehbare Leerfloskeln. Dem Angebot der Antragstellerin wäre somit der Zuschlag zu erteilen.

Unzulässiger Wettbewerbsvorteil durch die Beteiligung an Vorarbeiten:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich eines Architektenteams bedient, das seit dem Jahr 2001 Vorarbeiten für die Auftraggeberin zur Erstellung der Ausschreibung durchgeführt habe. Die Bietergemeinschaft B***/C*** wäre somit gemäß § 21 Abs. 3 BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Der Wettbewerbsvorteil der Bietergemeinschaft sei gravierend. Die Auftraggeberin habe den Mitbieterinnen nicht sämtliche Informationen, über die das Architektenteam aufgrund der jahrelangen Vorplanungen verfügt habe, zur Verfügung gestellt. Eine Beseitigung des Wissensvorsprunges sei nicht erfolgt. Die vorgelegte Machbarkeitsstudie habe nur einen Bruchteil der damals beauftragten Planungsleistungen ausgemacht. Es wäre also das Angebot der Bietergemeinschaft gemäß § 98 Z 2 BVergG auszuschließen gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich eines Architektenteams bedient, das seit dem Jahr 2001 Vorarbeiten für die Auftraggeberin zur Erstellung der Ausschreibung durchgeführt habe. Die Bietergemeinschaft B***/C*** wäre somit gemäß Paragraph 21, Absatz 3, BVergG vom Vergabeverfahren

auszuschließen gewesen. Der Wettbewerbsvorteil der Bietergemeinschaft sei gravierend. Die Auftraggeberin habe den Mitbieterinnen nicht sämtliche Informationen, über die das Architektenteam aufgrund der jahrelangen Vorplanungen verfügt habe, zur Verfügung gestellt. Eine Beseitigung des Wissensvorsprunges sei nicht erfolgt. Die vorgelegte Machbarkeitsstudie habe nur einen Bruchteil der damals beauftragten Planungsleistungen ausgemacht. Es wäre also das Angebot der Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG auszuschließen gewesen.

Mängel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

In den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen sei festgehalten, dass die Aufrechterhaltung des Spielbetriebes während der Phase 1 nicht zwingend erforderlich sei und dass Vorschläge zur Aufrechterhaltung des Spielbetriebs als Alternativangebote vorzulegen seien. Im Rahmen der Anfragebeantwortungen sei erstmals festgelegt worden, dass die Beispielbarkeit des Stadions während der Bauphase optional, somit als eine zwingende Möglichkeit, anzubieten sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe nach Ansicht der Antragstellerin diese Option nicht bzw. nicht vollständig angeboten. Mit dem Nichtanbieten der Option liege ein, den Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der letzten Festlegung, widersprechendes Angebot vor. Dieser Angebotsmangel sei unbehebbar (§ 98 Z 8 BVergG). In den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen sei festgehalten, dass die Aufrechterhaltung des Spielbetriebes während der Phase 1 nicht zwingend erforderlich sei und dass Vorschläge zur Aufrechterhaltung des Spielbetriebs als Alternativangebote vorzulegen seien. Im Rahmen der Anfragebeantwortungen sei erstmals festgelegt worden, dass die Beispielbarkeit des Stadions während der Bauphase optional, somit als eine zwingende Möglichkeit, anzubieten sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe nach Ansicht der Antragstellerin diese Option nicht bzw. nicht vollständig angeboten. Mit dem Nichtanbieten der Option liege ein, den Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der letzten Festlegung, widersprechendes Angebot vor. Dieser Angebotsmangel sei unbehebbar (Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG).

Aus Medienberichten sei weiters zu entnehmen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Subunternehmer nicht genannt habe. Nach der Judikatur des VwGH müsse jedoch ein Bieter, der sich auf die Leistungsfähigkeit von Subunternehmen berufen wolle, spätestens zum Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich über diesen verfügen. Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmen verstoße gegen § 52 Abs. 5 Z 4 BVergG. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hätte daher auch wegen Verstoßes gegen § 98 Z 1 BVergG ausgeschieden werden müssen. Aus Medienberichten sei weiters zu entnehmen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Subunternehmer nicht genannt habe. Nach der Judikatur des VwGH müsse jedoch ein Bieter, der sich auf die Leistungsfähigkeit von Subunternehmen berufen wolle, spätestens zum Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich über diesen verfügen. Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmen verstoße gegen Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer 4, BVergG. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hätte daher auch wegen Verstoßes gegen Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG ausgeschieden werden müssen.

Zum drohenden Schaden:

Der Antragstellerin seien durch die Beteiligung am Vergabeverfahren für die Planung Kosten in Höhe von Euro 1.210.801,-- entstanden. Ein zusätzlicher Aufwand in Höhe von Euro 100.000,-- sei durch die massiven Änderungen aufgrund der Festlegungen im Schreiben vom 9. Februar 2005 entstanden. Falls die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten solle, würde ihr ein Gewinnentgang (inkl. Regien) in Höhe von Euro 8.776.831,80 entstehen. Die Regien würden sich in Summe auf 8% belaufen, der Gewinn inkl. Wagnis belaufe sich auf 6,9%.

Soweit der vorliegende Nachprüfungsantrag auf den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens abziele, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung, im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zur Errichtung des Stadions zu beteiligen. Es sei wahrscheinlich, dass der Auftraggeber, wenn dieses Vergabeverfahren zu widerrufen sei, neuerlich ein - beschleunigtes - Vergabeverfahren zur Errichtung eines EM- tauglichen Stadions durchführe. Der Verlust der Möglichkeit der Teilnahme an einem solchen neuerlichen Vergabeverfahren um dort den Zuschlag zu erhalten stelle einen relevanten Schaden dar. Auch würde der Verlust einer wichtigen Referenz drohen. Die Antragstellerin beabsichtige sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen. Dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass allfällige Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen würden. Sie erkläre ihr gesamtes

bisheriges Vorbringen ausdrücklich auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zum drohenden Schaden werde auf die bisherigen Ausführungen verwiesen.

Eine einstweilige Verfügung solle nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern würden.

Einer einstweiligen Aussetzung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch würden Interessen der beteiligten Bieter oder der Auftraggeberin überwiegen. Nach der Judikatur zählten zu den besonderen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen, in erster Linie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum sowie die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen. Öffentliche Interessen können zwar auch in volkswirtschaftlichen Erwägungen gründen. Dies etwa durch die Verzögerung eines zusätzlichen Entwicklungs- und Innovationsschubs der österreichischen Volkswirtschaft oder durch das Entstehen eines gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsnachteils. Solche Nachteile seien jedoch nur dann relevant, wenn sie konkret aufgrund der Verzögerung drohen würden. Falls Verzögerungen mit einem Nachprüfungsverfahren einhergehen und daraus volkswirtschaftliche Nachteile nicht auszuschließen seien, reiche dies jedenfalls nicht hin. Dem gegenüber bestünden öffentliche Interessen jedenfalls auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Dabei habe die Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe.

Im gegenständlichen Verfahren bestünden keine Interessen am Schutz von - im Vergleich zu den Bieterinteressen - höherwertigen Rechtsgütern wie Leib und Leben, Gesundheit oder Eigentum. Auch volkswirtschaftliche Interessen würden nicht derart ins Gewicht fallen, dass sie eine Ausnahme vom Primat des Provisorialrechtsschutzes rechtfertigen könnten. So habe die UEFA bereits am 12. März 2003 dem ÖFB und dem Schweizer Fußballverband den Zuschlag zur Ausrichtung der EURO 2008 erteilt. Ab diesem Zeitpunkt hätten daher die Vorbereitungen zur Durchführung der Fußballeuropameisterschaften beginnen können. Dennoch sei die Vergabebekanntmachung erst am 3. Jänner 2004, sohin beinahe zwei Jahre später, erfolgt. In der Vergabebekanntmachung und in den Bewerbungsunterlagen sei als Baubeginn der 1. April 2005 festgelegt worden. Die Bieter hätten also 45 Tage Zeit gehabt, den Antrag auf Teilnahme einzubringen. Im Teilnahmeantrag sei als Vergabetermin bereits September 2004 genannt gewesen. Am 10. Mai 2004, sohin mehr als ein Monat nach der Prüfung der Bewerbungsunterlagen, seien die Angebotsunterlagen erst bei der Antragstellerin eingelangt. Darin sei die Angebotsfrist für den 29. Oktober 2004 und der Baubeginn mit Juni 2006 festgelegt worden. Die Frist für die Angebotsabgabe habe eine wesentliche Verschiebung erfahren; die aus der verspätet nachgereichten UVP-Unterlagen, des "Drehbuchs" (zugegangen am 24. Jänner 2005) und nicht zuletzt wegen der stark veränderten Angebotsbedingungen durch das Schreiben vom 9. Februar 2005 resultieren würden. Die Abgabe des Last and Best Offers sei schlussendlich erst am 22. Februar 2005, sohin beinahe vier Monate nach dem ursprünglich geplanten Abschluss der Verhandlungen und mehr als zwei Jahre nach der Vergabebekanntmachung, erfolgt.

Schon diese zahlreichen, der Sphäre der Auftraggeberin zuzurechnenden Verzögerungen des Vergabeverfahrens, würden dokumentieren, dass kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss des Selben bestehe. Die Auftraggeberin nähme volkswirtschaftliche Schäden aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf. Auch habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß § 49 BVergG gewählt. Zusätzlich sei auch aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens ersichtlich; abgestellt werde lediglich auf den Preis und die Qualität. Schon diese zahlreichen, der Sphäre der Auftraggeberin zuzurechnenden Verzögerungen des Vergabeverfahrens, würden dokumentieren, dass kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss des Selben bestehe. Die Auftraggeberin nähme volkswirtschaftliche Schäden aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf. Auch habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß Paragraph 49, BVergG gewählt. Zusätzlich sei auch aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens ersichtlich; abgestellt werde lediglich auf den Preis und die Qualität.

Ein Auftraggeber müsse in seiner Zeitplanung auch die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen. Angesichts der Größenordnung des Projektes hätte der Auftraggeber auch mit zeitlichen Verzögerungen durch Nachprüfungsanträge rechnen müssen. Der Auftraggeberin sei schließlich auch anzulasten, dass sie sich zu einem besonders komplizierten und langwierigen Verfahren entschlossen habe. Die Vergabe wäre auch im Wege eines (beschleunigten) offenen bzw. nicht offenen Verfahrens möglich gewesen, wie dies der Ausbau der Stadien in

Innsbruck und Salzburg beweise. Dort sei der Generalübernehmerauftrag in einem nicht offenen Verfahren ausgeschrieben worden.

Besondere öffentliche Interessen würden für die Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes sprechen. Der Nachprüfungsantrag werfe Fragen auf, die einer Interpretation des Gemeinschaftsrechts bedürfen, da diese vom EuGH noch nicht ausjudiziert seien; dies betreffe insbesondere die Tatsache der Durchführung eines Vergabeverfahrens durch einen in der Bekanntmachung nicht genannten Auftraggeber. Ein wesentliches öffentliches Interesse liege jedenfalls in der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter.

Der geschätzte Auftragswert betrage ca. Euro 38 Mio., das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin jedoch liege bei mehr als Euro 59 Mio.. Erweise sich der Widerruf oder die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als geboten, würden öffentliche Mittel im großen Ausmaß gespart.

Insgesamt würden die öffentlichen Interessen an der Innehaltung des Vergabeverfahrens derart überwiegen, dass selbst eine, durch die Verzögerung bewirkte, Absage Österreichs der Ausrichtung der EURO 2008 nicht ins Gewicht falle. Bei gegenteiliger Ansicht hätte es der öffentliche Auftraggeber gerade bei bedeutenden Projekten - die terminlich fixiert seien - in der Hand, durch eine gezielt späte oder langsame Durchführung des Vergabeverfahrens den einstweiligen Rechtsschutz auszuhebeln. Ein möglicher Entfall der EURO 2008 sei kein Rechtsgut, dessen Schutz im öffentlichen Interesse liege. Im Übrigen sei auch durch eine von maximal zwei Monate bewirkte Verzögerung die Durchführung der Europameisterschaft nicht zwingend gefährdet. Die Auftraggeberin müsse, wenn überhaupt, lediglich vom Gebrauch der Option zur Beispielbarkeit des Stadions absehen. Hierdurch lasse sich eine Beschleunigung der Errichtung eines EMtauglichen Stadions um zumindest zwei Monate erzielen.

Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten, würden nicht bestehen bzw. seien nicht beachtlich. Falls die Durchführung der EURO 2008 aufgrund der einstweiligen Verfügung vereitelt würde, habe sich dies die Auftraggeberin aufgrund der Verzögerungen des Vergabeverfahrens selbst zuzuschreiben. Prestigeverluste durch eine Bauverzögerung würden von den Vergabekontrollbehörden als überwiegendes Auftraggeberinteresse abgelehnt. Finanzielle Nachteile aus einem verzögerten Baubeginn, wie etwa Forcierungskosten oder der Entfall des Spielbetriebs des FC Kärnten, seien daher eben so wenig zu berücksichtigen und würden den Interessen der Antragstellerin nicht überwiegen.

Demgegenüber würden die Interessen der Antragstellerin an der Innehaltung des Vergabeverfahrens jedenfalls überwiegen. Der Antragstellerin seien aufgrund der Eigenart des Verfahrens (Planung, Errichtung und Betrieb) im Vergleich zu sonstigen Bauausschreibungen enorme Angebotslegungskosten erwachsen. Zum anderen würde die Antragstellerin mit dem Zuschlag auf dieses Projekt ein besonders prestigeträchtiges Referenzprojekt erringen. Die Enge des Marktes bringe es mit sich, dass Großprojekte nur selten errichtet würden. Andererseits seien Referenzprojekte in vergleichbarer Größenordnung eben Bedingung für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zur Errichtung solcher Großprojekte.

Aus all diesen erwähnten Gründen habe die Interessenabwägung gemäß § 171 Abs 3 BVergG zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen. Aus all diesen erwähnten Gründen habe die Interessenabwägung gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

In einer Stellungnahme vom 17. März 2005 brachten die Stadt Klagenfurt, vertreten durch X*** RAe OEG, und Y*** Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, sowie das ÖISS, vertreten durch X*** RAe OEG, zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung insbesondere vor, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin bezeichne. Ungeachtet der Frage, welche Gebietskörperschaft bzw. welcher Rechtsträger letztendlich als Auftraggeberin zu qualifizieren sei, bestehe jedenfalls keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, die Stadt Klagenfurt in einem Nachprüfungsverfahren mittels Bescheides zu verpflichten. Die von der Antragstellerin gestellten Anträge seien daher zurückzuweisen.

Eine Verständigung des Auftraggebers gemäß § 163 Abs 2 BVergG sei von der Antragstellerin nur an die Stadt Klagenfurt und an das ÖISS, nicht jedoch an den Bund, ergangen. Falls nach Ansicht des Bundesvergabeamtes der Bund Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei, so fehle eine entsprechende Verständigung. Im Falle der Zuständigkeit des BVA zur Nachprüfung seien die von der Antragstellerin gestellten Anträge auch aus diesem Grunde zurückzuweisen. Eine Verständigung des Auftraggebers gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG sei von der Antragstellerin nur an die Stadt Klagenfurt und an das ÖISS, nicht jedoch an den Bund, ergangen. Falls nach Ansicht

des Bundesvergabebeamtes der Bund Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei, so fehle eine entsprechende Verständigung. Im Falle der Zuständigkeit des BVA zur Nachprüfung seien die von der Antragstellerin gestellten Anträge auch aus diesem Grunde zurückzuweisen.

In der Vergabebekanntmachung seien als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau, angeführt. Am 18. November 2003 sei zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt eine Grundsatzvereinbarung betreffend den Neubau des Stadions Klagenfurt (Basisstadion) und dem temporären Ausbau des Basisstadions unterzeichnet worden. Gemäß Pkt. 5 dieser Grundsatzvereinbarung verpflichtete sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30. September 2006. In Pkt. 7 der Grundsatzvereinbarung sei festgelegt, dass der Bund das ÖISS beauftragen werde, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren im Sinne des BVergG für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions an einen Generalübernehmer durchzuführen. Gemäß Pkt. 8 der Grundsatzvereinbarungen seien die Kosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus grundsätzlich zu einem Drittel vom Bund zu tragen.

Zwischen dem Bund und dem ÖISS sei am 17. Dezember 2003 ein Werkvertrag geschlossen worden. Darin erteile der Bund dem ÖISS den Auftrag zur Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens für die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt und den temporären Ausbau des Basisstadions Klagenfurt, des Stadions Innsbruck und des Stadions Salzburg.

In den Teilnahmeunterlagen werde die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeber bezeichnet. In der, in der Folge an die qualifizierten Bewerber versendeten Ausschreibungsunterlagen, würden als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch die ÖISS, angeführt. Die ÖISS werde als ausschreibende Stelle bestimmt.

Bauherr, also zivilrechtlicher Vertragspartner des Zuschlagsempfängers bzw. Auftragnehmers, sei die Landeshauptstadt Klagenfurt. Daran vermöge auch die Fehlbenennung in den Teilnahmeunterlagen in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens nichts zu ändern. Daher sei das Bundesvergabeamt unzuständig.

Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens belaufe sich auf Euro 38 Mio. Der Auftrag sei noch nicht vergeben, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 8. März 2005 per Telefax und E-Mail mitgeteilt worden.

Wenn die Antragstellerin davon ausgehe, dass die Auftraggeberin im Fall eines Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein neuerliches Vergabeverfahren zur Errichtung des Stadions durchführen werde, und die Antragstellerin im Verlust der Möglichkeit, sich an einem solchen neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen und dort den Zuschlag zu erhalten, ein Schaden entstehe, so sei dies unrichtig. Eine Neuausschreibung würde es aufgrund des Zeitdruckes nicht geben. Bei Widerruf der Ausschreibung könne daher der Auftrag nicht vergeben werden.

Der von der Antragstellerin genannte entgangene Gewinn in Höhe von 6,9% sei ungewöhnlich hoch und in dieser Höhe nicht nachvollziehbar.

Beim behaupteten Schaden aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren in der Höhe von zumindest Euro 1,210.801,-- handle es sich um Kosten, die der Antragstellerin bei der Angebotslegung jedenfalls entstanden wären und daher nicht zu berücksichtigen seien.

Der Antrag der Antragstellerin ziele primär auf den Widerruf der Ausschreibung ab. Nach einem Widerruf verbliebe aber nicht mehr ausreichend Zeit für eine neuerliche Ausschreibung des Projektes; die Durchführung der EURO 2008 wäre in diesem Fall gescheitert. Ganz offensichtlich bestehe daher das Interesse der Antragstellerin lediglich im Erhalt der Kosten für die Angebotslegung. Zur Sicherung eines solchen Rechtsschutzinteresses sei die Gewährung einer einstweiligen Verfügung aber nicht erforderlich. Es bestehe daher kein (überwiegendes) Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Im gegenständlichen Falle hätte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Folge, dass das Stadion nicht mehr zeitgerecht (31. Mai 2007) fertig gestellt werden könnte. Die daraus resultierenden Schäden wären der Höhe nach kaum abschätzbar bzw. eingrenzbar. Die bereits eingegangenen und nach einem Projektabbruch nicht mehr einzuhaltenden Verpflichtungen würden dazu führen, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt mit immensen Schadenersatzforderungen konfrontiert wäre. Gleiches gelte aufgrund der Kostentragungsregelung wohl auch für den

Bund. Neben den materiellen Schäden würde auch ein immaterieller Schaden entstehen, da bei Nichtdurchführung der EURO 2008 der Ruf Österreichs als Austragungsort für sportliche Großveranstaltungen zerstört wäre. Diese Aspekte würden für sich allein genügen, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auszuschließen.

Es sei jedoch auch die Schädigung von Interessen Dritter zu beachten. Hier wären insbesondere die Interessen der Stadien-Errichter in Innsbruck und Salzburg zu nennen, die bei Nichtzustandekommen des Projekts ihrerseits mit Schadenersatzforderungen belastet wären. Weiters sei auch das enorme volkswirtschaftliche Interesse an der Durchführung der EURO 2008 zu beachten und bei der Interessensabwägung zu berücksichtigen.

Dem gegenüber sei das vermeintliche Interesse der Antragstellerin als gering zu bezeichnen. Aufgrund ihrer Vorbringens im Nachprüfungsantrag gäbe die Antragstellerin zu erkennen, dass ihr Interesse offensichtlich nicht der Zuschlagserteilung gelte, sondern vielmehr dem Widerruf der Ausschreibung und somit der Verhinderung des Projektes.

Geschädigte Interessen der Gebietskörperschaften und der Öffentlichkeit:

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würde (durch die Verzögerung der Zuschlagserteilung um zwei Monate) das Ende des Projekts bedeuten. Das Stadion sei bis 31. Mai 2007 fertigzustellen. Widrigenfalls folge der Entzug der EURO 2008 und würden daraus immense Schadenersatzverpflichtungen resultieren. Die Verpflichtung zur rechtzeitigen Zurverfügungstellung des Stadions gegenüber der UEFA treffe neben dem ÖFB auch die Stadt Klagenfurt; in der Stadionvereinbarung vom 9. November 2004 sei die entsprechende Verpflichtung vom ÖFB auf die Stadt Klagenfurt überbunden worden.

Weiters sei zu beachten, dass die Gutachten für die Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) im Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren (UVP-Verfahren) auf der Grundlage eines Planungsstandes, welcher die Planungstiefe der Einreichplanung erlangt habe, vorzunehmen seien. Die in den Angeboten eingereichten Projekte hätten aber maximal die Planungstiefe eines Vorentwurfs. Das Vorliegen der UVE bei unverzüglicher Auftragserteilung nach Ablauf der Stillhaltefrist (23. März 2005) sei im günstigsten Fall am 30. Juni 2005 zu erwarten. Mit dem Vorliegen des Umweltverträglichkeitsbescheides sei daher im günstigsten Fall am 20. Dezember 2005 zu rechnen. Dies sei gleichzeitig der Zeitpunkt des frühest möglichen Baubeginns des Stadions. Unter Zugrundelegung einer 18-monatigen Bauzeit könne gerade noch der Fertigstellungstermin 31. Mai 2007 eingehalten werden. Bei einer weiteren Projektverzögerung durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung könne der zugesicherte Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden. In diesem Fall sei das gesamte Projekt gescheitert. Eine Zeitverzögerung von zwei Monaten mache also eine rechtzeitige Fertigstellung des Stadions Klagenfurt unmöglich. Die EURO 2008 könne damit in Österreich nicht stattfinden.

Auch durch die geplante UVP-Novelle sei nichts zu gewinnen. Die UVP-Novelle sei zwar am 2. März 2005 beschlossen worden, jedoch noch nicht in Kraft getreten. Ob und wann ein Inkrafttreten der UVP-Novelle erfolgen werde, sei aus heutiger Sicht nicht absehbar. Die Entscheidung über die Gewährung einer einstweiligen Verfügung habe sich jedoch am geltenden Rechtsbestand zu orientieren und die UVP-Novelle daher unberücksichtigt zu lassen. Selbst für den Fall, dass die UVP-Novelle auf das gegenständliche Vorhaben Anwendung finden sollte, würde dies nicht in jedem Fall zu einer Verkürzung der geplanten Umsetzungsdauer führen. Die Kärntner Landesregierung wolle ja keinesfalls auf die Umweltverträglichkeitsprüfung verzichten.

Der aus einer einstweiligen Verfügung resultierende Abbruch des gesamten Projekts würde der Stadt Klagenfurt einen erheblichen Schaden verursachen. Aus bisher aufgelaufenen Projektkosten, den veranschlagten Kosten des Nachprüfungsverfahrens und dem Honorar für die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Vergabebegleitung durch den Bund bzw. das ÖISS, sei bereits ein Schaden in Höhe von Euro 1,820.000,-- entstanden. Die Kosten, die den Bietern im Zusammenhang mit der Angebotslegung entstanden seien, ließen sich zwar nicht exakt festlegen, jedoch sei von einer Höhe von zumindest Euro 4,500.000,-- auszugehen. Zudem wäre dem präsumtiven Bestbieter bei einem Widerruf unter Umständen das Erfüllungsinteresse zu leisten. Die diesbezüglichen Kosten ließen sich zwar nur schwer abschätzen, jedoch sei von einem Betrag von zumindest Euro 6 Mio. auszugehen. Der gesamte Schaden dieser Positionen belaufe sich zumindest auf Euro 12,320.000,--. Hinzu kämen etwaige Schadenersatzverpflichtungen gegenüber den Betreibern der Stadien in Innsbruck und Salzburg. Bei einer Nichtdurchführung der EURO 2008 sei jedenfalls mit einem Schaden von Euro 5 Mio. pro Betreiber zu rechnen. Zusammen seien dies also zumindest Euro 10 Mio. Hinzu kämen die Kosten bzw. Schäden des ÖFB, der UEFA sowie des Mitveranstalterlandes Schweiz. Für diese

könnte die Stadt Klagenfurt bei einem Projektabbruch und einer dadurch bedingten Nichtdurchführung der EURO 2008 haftbar gemacht werden. Diese Schäden seien zumindest mit Euro 10 Mio. anzusetzen. Insgesamt drohten der Landeshauptstadt Klagenfurt daher Schäden in Höhe von zumindest Euro 32,320.000,-.

Aufgrund interner Vereinbarungen hafte auch der Bund. Es erwachse daher also auch dem Bund bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein erheblicher Schaden. Die Höhe der Schadenersatzverpflichtungen sei nur schwer bezifferbar. Jedenfalls könne aber von einer Schadenersatzverpflichtung in Höhe eines siebenstelligen Eurobetrages ausgegangen werden. Ebenso sei mit entsprechenden Schadenersatzforderungen des Mitveranstalters Schweiz sowie der einzelnen Schweizer Stadien-Errichter zu rechnen.

Die Verzögerung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und das daraus resultierende Scheitern des Projektes bzw. der damit einhergehende Verlust der EURO 2008 hätte enorme Nachteile für die Volkswirtschaft zur Folge. Die Durchführung der Europameisterschaften würde einen enormen gesamtwirtschaftlichen Impuls für die österreichische Wirtschaft darstellen. Dieser ergäbe sich aus Wertschöpfungseffekten, Beschäftigungseffekten und Einnahmeeffekten. Einnahmen seien auch über den Werbe- und Medienmarkt, über das Tourismusaufkommen und ein entsprechend erhöhtes Steueraufkommen zu erzielen. Die Beschäftigungseffekte würden vor allem in den Bereichen Bau und Tourismus spürbar sein. Die Austragungsorte würden ihre internationalen Bekanntheitsgrade erhöhen. Neben den genannten materiellen volkswirtschaftlichen Schäden würden nicht abschätzbare Imageschäden für Österreich resultieren. Österreich würde wohl in Zukunft nicht wieder als Veranstalterland von sportlichen Großereignissen in Betracht gezogen. Dies könnte sich auch bei der Bewerbung Salzburgs für die Ausrichtung der olympischen Spiele 2014 auswirken.

Das Bundesvergabeamt habe bereits einmal einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen eines nicht unerheblichen volkswirtschaftlichen Schadens unter besonderer Berücksichtigung des Aspekts der Umwegrentabilität zurückgewiesen (GZ N-56/02-5). Nichts anderes könne im vorliegenden Fall gelten. Auf Grund der Tatsache, dass auch im vorliegenden Fall bereits Investitionen in bedeutender Höhe getätigt worden seien, im Falle der Nichtaustragung der EURO 2008 enorme Einnahmeausfälle zu erwarten seien und das vorliegende Projekt ausschließlich auf Basis finanzieller Zuwendungen der öffentlichen Hand umgesetzt werde, bestehe ein allgemeines öffentliches Interesse an der Realisierung des gegenständlichen Projekts.

Geschädigte Interessen Dritter:

1. Interesse des präsumtiven Bestbieters:

Im Falle eines Widerrufs der Ausschreibung wären alle bisherigen Vertretungskosten frustriert. Im Falle der Nichtrealisierung des gegenständlichen Projekts entstünde dem präsumtiven Bestbieter unersetzbarer Schaden in seinem Ansehen. Durch die Überarbeitung des Projekts für das Last und Best Offer seien zusätzliche Kosten entstanden. Für den Fall des Widerrufs des Vergabeverfahrens würde dem präsumtiven Bestbieter ein entgangener Gewinn entstehen.

Schäden nicht beteiligter Dritter:

Die Vergabeverfahren für die Adaptierung der Stadien in Innsbruck und Salzburg befänden sich im Stadium nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und vor Zuschlagserteilung. Mit der Zuschlagserteilung werde in den beiden Projekten jedoch zugewartet, bis definitiv feststeht, dass das Stadion in Klagenfurt gebaut werde und damit die Durchführung der EURO 2008 sichergestellt sei. Sollte der Bau des Stadions Klagenfurt aus zeitlichen Gründen vereitelt werden und damit die Austragung der EURO 2008 scheitern, müsste zwangsläufig bei den in Innsbruck und Salzburg geführten Verfahren die Zuschlagserteilung unterbleiben und die Vergabeverfahren widerrufen werden. Damit würde den dortigen Projektträgern ein erheblicher Schaden entstehen. Jedem der Projektbetreiber würde ein potenzieller Schaden in Höhe von zumindest Euro 9 Mio. entstehen.

Durch eine einstweilige Verfügung geschädigte Dritte wären auch noch der ÖFB und der Schweizer Fußballverband sowie die UEFA. Hinzu komme die entsprechende Haftung der Staaten Österreich und Schweiz.

Die Auftraggeberin treffe kein Verschulden an einer möglichen Zeitverzögerung durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die UEFA habe dem ÖFB und dem Schweizer Fußballverband im Jahr 2002 den Zuschlag zur Ausrichtung der EURO 2008 erteilt. In der Folge hätten schwierige Verhandlungen zwischen den Gebietskörperschaften und sonstigen Rechtsträgern über die Finanzierung der erforderlichen Neu- und Umbauten der Stadien statt

gefunden. In der Folge habe im November 2003 eine Einigung erzielt werden können; eine Grundsatzvereinbarung betreffend den Neubau des Stadions Klagenfurt (Basisstadion) und den temporären Ausbau des Basisstadions zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt sei am 18. November 2003 unterzeichnet worden. Bereits am 3. Jänner 2004 sei das Vergabeverfahren europaweit bekannt gemacht worden. Es könne also nicht davon die Rede sein, dass auf Auftraggeberseite Verzögerungen statt gefunden hätten. Ein früherer Ausschreibensbeginn wäre nur dann möglich gewesen, wenn eine Ausschreibung ohne gesicherte Finanzierung vorgenommen worden wäre. Sofort nach Festlegung und Klärung der Grundlagen habe die Landeshauptstadt Klagenfurt umgehend und zeitgerecht das gegenständliche Vergabeverfahren gestartet. Die zeitlichen Probleme würden einzig und allein aus Umständen resultieren, die außerhalb des Einflussbereichs der Stadt Klagenfurt lägen und von dieser weder vorhergesehen noch beeinflusst hätten werden können. Auch sei die Frist, welche ein etwaiges Nachprüfungsverfahren in Anspruch nehme, mit einkalkuliert worden. Tatsächlich sei bereits am 29. Jänner 2004 ein, für die Auftraggeberin nicht nachvollziehbarer und vom BVA auch abgewiesener, Nachprüfungsantrag eingebracht worden. Dieser Nachprüfungsantrag habe freilich erhebliche Auswirkungen insofern gezeigt, als durch den vorläufigen Projektstopp ein Zeitverlust von rund 2 ½ Monaten eingetreten sei. Trotzdem sei es möglich gewesen, die Zuschlagsentscheidung mit 20. Jänner 2005 zu terminisieren. Die Zuschlagserteilung hätte also so rechtzeitig ergehen können, sodass die rechtzeitige Fertigstellung des Stadions auch unter Berücksichtigung des UVP-Verfahrens jedenfalls sichergestellt gewesen wäre.

Eine weitere Projektverzögerung sei dadurch entstanden, dass Ende November 2004 auf Grund unzutreffender Verdächtigungen betreffend die Ordnungsgemäßheit des Vergabeverfahrens sowohl das Land Kärnten, die Stadt Klagenfurt als auch das ÖISS jeweils Rechtsanwaltskanzleien mit der Überprüfung des Vergabeverfahrens beauftragt hätten. Dies habe weitere - nicht vorhersehbare - Projektverzögerungen verursacht.

Der vertrauliche Bericht der Rechtsanwaltskanzleien Y*** bzw. X*** sei in der Folge der "D***" übermittelt worden. In ihrer Ausgabe von 2. Februar 2005 sei ein Bericht erschienen, der vertrauliche Daten über die Angebote der einzelnen Bieter enthalten habe. In der Folge sei zu klären gewesen, ob auf Grund dieses Geheimnisbruches das Vergabeverfahren überhaupt weitergeführt werden könne. Die Professoren Dr. F*** und Dr. G*** seien zu dem Schluss gekommen, dass ein Widerruf der Ausschreibung nicht zwingend geboten sei. Durch die genannten Umstände ist jedoch ein weiterer, weder vorhersehbarer noch vom Auftraggeber beherrschbarer Zeitverlust des Projektes eingetreten.

Der "Zeitpuffer" sei also durch Umstände verbraucht worden, die von der Auftraggeberin weder vorhersehbar noch beeinflussbar gewesen wären. Ein Auftraggeber könne nicht mehrere, aneinander gereihte, Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehenden Projektverzögerungen mit einkalkulieren; eine diesbezügliche Verpflichtung würde letztlich jedes Projekt undurchführbar machen.

Aus den genannten Gründen ergebe sich ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung und sei von deren Erlassung daher gemäß § 171 Abs. 3 BVergG abzusehen. Aus den genannten Gründen ergebe sich ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung und sei von deren Erlassung daher gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG abzusehen.

Mit Schriftsatz vom 16. März 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 17. März 2005, hat die Antragstellerin eine Faxbestätigung betreffend die Verständigung des ÖISS sowie eine eidesstattliche Erklärung der zuständigen Kanzleikraft des Antragstellervertreeters vorgelegt. Im gegenständlichen Schriftsatz wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin durch die Verständigung an das ÖISS dem Auftraggeber die notwendige Mitteilung erstattet habe. In Vergabeverfahren, in denen als Auftraggeberin die Republik Österreich auftrete, sei die Verständigung der vergebenden Stelle hinreichend iSd § 163 Abs. 2 BVergG, da die Republik Österreich (Bund) als juristische Person des öffentlichen Rechts nur schwer greifbar sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Verständigung per Telefax an die bei der Auftraggeberin angegebene Telefaxnummer übermittelt werde und die vergebende Stelle als Vertreterin der Republik Österreich auftrete. In der Vergabebekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens finde sich als offizieller Namen der Anschrift des öffentlichen Auftraggebers: Republik Österreich Bund, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau. In den Teilnahmeunterlagen finde sich als Auftraggeber folgende Festlegung: Republik Österreich, vertreten durch ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau. Dies gelte auch für die Teilnahmeunterlagen. Mit Schriftsatz vom 16. März 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 17. März 2005, hat die Antragstellerin eine Faxbestätigung betreffend die Verständigung des ÖISS sowie eine eidesstattliche Erklärung

der zuständigen Kanzleikraft des Antragstellervertreeters vorgelegt. Im gegenständlichen Schriftsatz wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin durch die Verständigung an das ÖISS dem Auftraggeber die notwendige Mitteilung erstattet habe. In Vergabeverfahren, in denen als Auftraggeberin die Republik Österreich auftrete, sei die Verständigung der vergebenden Stelle hinreichend iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG, da die Republik Österreich (Bund) als juristische Person des öffentlichen Rechts nur schwer greifbar sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Verständigung per Telefax an die bei der Auftraggeberin angegebene Telefaxnummer übermittelt werde und die vergebende Stelle als Vertreterin der Republik Österreich auftrete. In der Vergabebekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens finde sich als offizieller Namen der Anschrift des öffentlichen Auftraggebers: Republik Österreich Bund, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau. In den Teilnahmeunterlagen finde sich als Auftraggeber folgende Festlegung: Republik Österreich, vertreten durch ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau. Dies gelte auch für die Teilnahmeunterlagen.

In Punkt I/2.1. der Angebotsunterlagen sei als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS angeführt. Telefaxnummer bzw. E-Mail Adresse würden sich in der gesamten Ausschreibung- mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung, die von der Stadt Klagenfurt getroffen worden sei - nur für das ÖISS finden. Die Antragstellerin habe sicherheitshalber aber auch eine Verständigung an die Stadt Klagenfurt gerichtet. In welcher Rolle die Stadt Klagenfurt auftrete, etwa als neue vergebende Stelle oder als tatsächliche Auftraggeberin, lasse sich für die Antragstellerin nicht klären.

In einer Stellungnahme vom 17. März 2005 hat das Bundeskanzleramt vorgebracht, dass im vorliegenden Nachprüfungsantrag als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt, vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS) bezeichnet werde. Das Bundeskanzleramt sei in das Vergabeverfahren nicht miteinbezogen, das Vergabemanagement werde vom ÖISS durchgeführt. Deshalb könne das Bundeskanzleramt keine Stellungnahme zum Antragsvorbringen abgeben. Informationen könne lediglich das ÖISS geben.

In einer Äußerung der Antragstellerin vom 21. März 2005 wurde weiters vorgebracht, dass es unrichtig sei, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nur die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin bezeichnet habe. Sie habe ausgeführt, dass es nicht auszuschließen sei, dass auch der Bund als öffentlicher Auftraggeber in Betracht komme. Sie gehe zwar primär davon aus, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei, dass jedoch auf Grund der Beteiligung des Bundes und der Entscheidung des BVA zu GZ. 15N-06/04-29 nicht auszuschließen sei, dass die Republik Österreich, Bund, Auftraggeberin sei. Soweit ein Mangel in der Bezeichnung des Auftraggebers vorliegen sollte, werde dieser nunmehr dahingehend berichtigt, dass als Auftraggeberin im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt die Republik Österreich, Bund, bezeichnet werde. Es handle sich jedenfalls um einen verbesserungsfähigen Mangel. Die Antragstellerin habe, da sie nicht sicher sei, ob der Bund oder die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei, Nachprüfungsanträge sowohl beim UVS für Kärnten als auch beim BVA eingebracht. Ihr Vorbringen werde in diese Richtung präzisiert, keinesfalls jedoch der Antrag umgestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangle. Eine Verständigung des BKA iSd § 163 Abs. 2 BVergG wäre sinnlos gewesen, zumal sich der Bund gemäß der Stellungnahme des BKA nicht als Auftraggeberin sehe und das Vergabemanagement vom ÖISS durchgeführt werde. Das ÖISS jedoch sei von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachweislich verständigt worden. In einer Äußerung der Antragstellerin vom 21. März 2005 wurde weiters vorgebracht, dass es unrichtig sei, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nur die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin bezeichnet habe. Sie habe ausgeführt, dass es nicht auszuschließen sei, dass auch der Bund als öffentlicher Auftraggeber in Betracht komme. Sie gehe zwar primär davon aus, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei, dass jedoch auf Grund der Beteiligung des Bundes und der Entscheidung des BVA zu GZ. 15N-06/04-29 nicht auszuschließen sei, dass die Republik Österreich, Bund, Auftraggeberin sei. Soweit ein Mangel in der Bezeichnung des Auftraggebers vorliegen sollte, werde dieser nunmehr dahingehend berichtigt, dass als Auftraggeberin im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt die Republik Österreich, Bund, bezeichnet werde. Es handle sich jedenfalls um einen verbesserungsfähigen Mangel. Die Antragstellerin habe, da sie nicht sicher sei, ob der Bund oder die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei, Nachprüfungsanträge sowohl beim UVS für Kärnten als auch beim BVA eingebracht. Ihr Vorbringen werde in diese Richtung präzisiert, keinesfalls jedoch der Antrag umgestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangle. Eine

Verständigung des BKA iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG wäre sinnlos gewesen, zumal sich der Bund gemäß der Stellungnahme des BKA nicht als Auftraggeberin sehe und das Vergabemanagement vom ÖISS durchgeführt werde. Das ÖISS jedoch sei von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachweislich verständigt worden.

In der Stadionvereinbarung über die Abhaltung von Spielen der UEFA EURO 2008, abgeschlossen zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖFB, werde die Stadt Klagenfurt als Stadioneigentümerin bezeichnet. Aus allen Vereinbarungen, die aus Anlass der Ausrichtung der EURO 2008 geschlossen worden seien, gehe hervor, dass die Stadt Klagenfurt die Errichtung des Basisstadions beauftragen solle. Der Kostenanteil des Bundes betrage in Summe maximal 33%. Da das Land Kärnten und die Stadt Klagenfurt zusammen 6 Mitglieder der 11-köpfigen Bewertungskommission nominieren, hätten sie überdies die absolute Stimmenmehrheit in der Kommission. Insbesondere seit den Angaben in den Angebotsunterlagen sei auch den Bietern klar, dass die Stadt Klagenfurt die wahre Auftraggeberin sei. Die Falschbezeichnung in der Vergabebekanntmachung ändere daran nichts.

Die Auftraggeberin bestreite unsubstantiiert, dass nach Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens aus Zeitgründen kein neuerliches Vergabeverfahren durchgeführt werden könne. Diese Behauptungen würden aber nicht einmal bescheinigt. Im Hinblick auf das durchzuführende UVP-Verfahren könne in den nächsten 6 Monaten ohnehin nicht mit dem Bau begonnen werden. Sollte dem Nachprüfungsverfahren nicht stattgegeben werden, sei gar keine Verzögerung zu erwarten. Andernfalls hätte die Auftraggeberin ein neues (beschleunigtes) Verfahren durchzuführen. Zu fragen sei, in wie weit die für Klagenfurt bestimmten Spiele auf andere EM-Stadien möglich wäre.

Es sei nicht richtig, dass die Antragstellerin primär auf den Widerruf des Vergabeverfahrens abziele. Es seien auch Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung angeführt worden.

Das Honorar für die Durchführung des Vergabeverfahrens betrage laut "Werkvertrag" nicht Euro 500.000.-- sondern lediglich Euro 62.000.--. Diese Kosten habe nicht die Stadt Klagenfurt, sondern der Bund zu zahlen.

Die den Bietern zu ersetzenden Kosten bei Projektabbruch seien, ungeachtet der Entscheidung im Provisorialverfahren, auch dann zu ersetzen, wenn sich im Hauptverfahren herausstellen sollte, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei.

Schadenersatzverpflichtungen gegenüber den Stadionbetreibern in Innsbruck und Salzburg würden schon deshalb nicht bestehen, da die Stadt Klagenfurt in keinem vertraglichen Verhältnis zu diesen Stadionbetreibern stehe. Für einen Schadenersatzanspruch ex delicto gebe es aber keine Hinweise. Im Übrigen scheide eine Haftung der Stadt Klagenfurt mangels Verschuldens an der Verzögerung aus. Gleiches gelte für Kosten und Schäden der Stadt Klagenfurt gegenüber der UEFA. Hinsichtlich des ÖFB bestehe zwar eine Stadionvereinbarung; da diese jedoch nur auszugsweise vorgelegt worden sei, sei nicht erkennbar und nicht bescheinigt, ob und in welcher Höhe die Stadt Klagenfurt haftbar gemacht werden könnte.

Die angegebenen Schadensbeträge seien auch nicht ausreichend konkretisiert und habe die Auftraggeberin auch verabsäumt hinreichend konkret darzulegen, dass die behaupteten Nachteile auch tatsächlich eintreten könnten. Es sei immer nur von möglichen und befürchteten Schäden die Rede.

Auch der Schaden des Bundes sei nicht hinreichend konkret bescheinigt. Auch sei nicht dargetan worden, auf Basis welcher vertraglicher Grundlagen konkret die Republik Österreich gegenüber der UEFA, dem ÖFB, der Schweiz bzw. den Schweizer Stadien-Errichtern haftbar werden könnte und in welcher Höhe der Schaden konkret entstehen würde.

Dem Postulat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes komme überragende Bedeutung zu; er sei durch die bloß potentielle Beeinträchtigung von Interessen der öffentlichen Hand nicht aufzuwiegen. Imageschäden, die aus nicht eingehaltenen Vereinbarungen, etwa mit der UEFA, entstehen könnten, stünden Imageschäden der Republik Österreich aus der unsauberen Durchführung eines wichtigen Vergabeverfahrens gegenüber. Ob die - bezugnehmend auf eine Studie des IHS - vorgebrachten volkswirtschaftlichen Schäden tatsächlich eintreten würden, sei von der Auftraggeberin nicht dargelegt worden.

Die Auftraggeberin hätte vor Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zu prüfen gehabt, ob noch ein zeitlicher Spielraum zur Durchführung dieses komplexen Vergabeverfahrens verblieben sei; wenn nicht, hätte sie ein beschleunigtes Verfahren wählen oder von der Austragung der EURO 2008 Abstand nehmen müssen.

Weshalb es durch die zweimonatige Verzögerung durch das Nachprüfungsverfahren zu GZ 15N-06/04 zu einer Verschiebung des Vergabetermins um 5 Monate gekommen sei, habe die Auftraggeberin nicht erklärt. Ein Puffer für

die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sei nicht gegeben. Auch hätte neben der juristischen Aufarbeitung allfälliger Unrechtmäßigkeiten des Vergabeverfahrens Ende November 2004 das Vergabeverfahren parallel weiter geführt werden können. Dies treffe auch für das Thema "Veröffentlichung in der D***" zu. Auch sei es gerade bei diesem ungewöhnlichen Vergabeverfahren nicht nachvollziehbar, dass die Auftraggeberin lediglich ein Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren gehabt hätte.

Die Auftraggeberin bestreite nicht, dass die Einhaltung des Fertigstellungstermins möglich sei, wenn auf die Option der Beispielbarkeit des Stadions in der Bauphase 1 verzichtet werde. Sie beziffere auch nicht den dadurch allenfalls entstehenden Schaden. Dieser betrage höchstens einen Bruchteil der geschädigten Interessen der Antragstellerin an der Sistierung der Zuschlagsentscheidung.

Auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin und der Stellungnahmen der Landeshauptstadt Klagenfurt, des ÖISS und des BKA wurde im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004, 2004-S 2-001322, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften scheint als Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Republik Österreich (Bund), ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau, att: Dir. DI H*** auf. Auch die Teilnahmeanträge waren an diese Adresse zu senden (siehe Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften). Im "Teilnahmeantrag betreffend das Verhandlungsverfahren Stadion Neubau Klagenfurt Weidmannsdorf EURO 2008 auf 30.000 Sitzplätze netto sowie Rückbau", ist unter Punkt B 2 als Auftraggeber genannt: Republik Österreich, vertreten durch ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau. Auch die Teilnahmeanträge sind an das ÖISS zu senden.

In den Ausschreibungsunterlagen (Phase 2) ist unter Punkt I/21 als Auftraggeber genannt: Stadt Klagenfurt gemeinsam mit deren Gründung befindlichen Zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS. Für administrative/technische Auskünfte ist das ÖISS genannt. Gemäß Punkt I/23 sind die Angebote zu senden an:

Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS.

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der sowohl die Planung als auch die Ausführung umfasst (siehe Vergabebekanntmachung und Teilnahmeantrag Punkt B1). Es handelt sich um zweistufiges Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 38 Mio.). Entgegen den Ausführungen in der Vergabebekanntmachung und im Werkvertrag vom 17. Dezember 2003 handelt es sich nicht um einen "Generalübernehmerauftrag", sondern um einen "Totalunternehmerauftrag". Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer sowohl Planung als auch Ausführung eigenverantwortlichen Auftragnehmer.

Gegenstand des Auftrags ist laut Vergabebekanntmachung Abschnitt II Punkt 1.5 der "Stadionneubau inkludierend die Baufreimachung, Planung und Errichtung in Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008 - 30.000 Sitzplätze netto sowie Rückbau". Gegenstand des Auftrags ist laut Vergabebekanntmachung Abschnitt römisch zwei Punkt 1.5 der "Stadionneubau inkludierend die Baufreimachung, Planung und Errichtung in Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008 - 30.000 Sitzplätze netto sowie Rückbau".

Laut Vergabebekanntmachung war der Baubeginn mit 1. April 2005, das Ende der Arbeiten mit 30. September 2006 festgesetzt. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge war der 6. Februar 2004 vorgesehen. Als voraussichtlicher Zeitpunkt der Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe war in der Vergabebekanntmachung der 31. März 2004 genannt. Bewerber und Bietergemeinschaften sind zugelassen. Alternativvorschläge werden berücksichtigt. Es dürfen maximal zwei befugte Unternehmen an einer Bewerbungsgemeinschaft beteiligt sein. Es werden höchstens 5 Bewerber zur Angebotslegung eingeladen.

Die Freigabe der Ausschreibungsunterlagen (Phase 2) erfolgte am 4. August 2004. Aus diesen Ausschreibungsunterlagen, Punkt I/6, ergibt sich, dass die Errichtung des EM-Stadions bzw. Basisstadions inkl. der Zusatzeinrichtungen einem Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren unterliegen.

Gegenstand der Grundsatzvereinbarung:

Sie betrifft den Neubau des Stadions Klagenfurt (Basisstadion) und einen temporären Ausbau des Basisstadions. Das Basisstadion ist durch einen temporären Ausbau zu erweitern, um den besonderen zusätzlichen Erfordernissen für die EURO 2008 zu entsprechen. Der temporäre Ausbau soll durch wieder verwertbare Fertigteile erfolgen.

Punkt 5: Die Stadt Klagenfurt verpflichtet sich zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30. September 2006. Die Stadt Klagenfurt kann zur Erfüllung dieser Verpflichtung an einen anderen

Rechtsträger heranziehen bzw. ein PPP-Modell verwirklichen. Punkt 6:

Das Vergabeverfahren für das Basisstadion wird von der Stadt

Klagenfurt wie folgt durchgeführt: Entsprechend der Finanzierungsbeteiligung vom Bund, Land Kärnten und Stadt Klagenfurt wird eine paritätische Vergabekommission von 6 Mitgliedern eingerichtet. Die Stadt Klagenfurt erstattet an diese Vergabekommission einen Vorschlag von 5 Unternehmen, die zur Angebotslegung und zum Verhandlungsverfahren eingeladen werden sollen. Die Kommission empfiehlt der Stadt, welche Unternehmen einzuladen sind. In weiterer Folge präsentiert die Stadt Klagenfurt der Kommission die Verhandlungsergebnisse der Zuschlag an den Bestbieter hat auf Empfehlung der Kommission zu erfolgen.

Im Vergabeverfahren für das Basisstadion wird optional auch der temporäre Ausbau ausgeschrieben.

Punkt 7 der Grundsatzvereinbarung: Der Bund erteilt dem ÖISS den Auftrag, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions an einen Generalübernehmer durchzuführen. Das ÖISS erstattet in der ersten Stufe des Verfahrens einen Vorschlag für die Auswahl von 5 Unternehmen, die zum Verhandlungsverfahren eingeladen werden sollen. In der zweiten Stufe erstattet das ÖISS den Vorschlag für die Auswahl des Bestbieters. Die Zuschlagserteilung erfolgt entsprechend dem Vorschlag des ÖISS durch die Stadt Klagenfurt im Einvernehmen mit dem Land Kärnten und den Bund. Punkt 8 der Grundsatzvereinbarung: Der Bund trägt ein Drittel der Gesamtkosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus entsprechend dem abzuschließenden Förderungsvertrag. Die restlichen Gesamtkosten werden vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt getragen. Die Landesförderung erfolgt in derselben Höhe wie die des Bundes.

Werkvertrag zwischen der Republik Österreich, vertreten durch den Bundeskanzler, und dem ÖISS vom 17. Dezember 2003:

Die Stadien in Innsbruck, Salzburg sowie das Basisstadion in Klagenfurt müssen durch einen temporären Ausbau den Vorgaben der UEFA (Stadion Agreement) angepasst werden. Für die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt sowie für dessen temporären Ausbau ist die Stadt Klagenfurt zuständig. Diese kann ihre Zuständigkeit auch anderen Rechtsträgern (z.B. einer ErrichtungsgmbH) übertragen.

Die Zuschlagsentscheidung ist sämtlichen Bietern am 8. März 2005 bekannt gegeben worden. Die Zuschlagsentscheidung wurde von der Landeshauptstadt Klagenfurt gefällt. Weiters wurde mit selben Datum der Bietergemeinschaft I*** GmbH/J*** Bauunternehmung GmbH & Co KG/K***, bekannt gegeben, dass ihr Hauptangebot wegen eines nicht behebbaren Formmangels unter weiterer technischer Ausscheidungsgründe sowie sämtliche Alternativangebote wegen Wegfall des Hauptangebotes ausgeschieden worden sind. Auch der Bietergemeinschaft L***AG/M*** AG /N*** GmbH und O*** Bau AG, wurde mit 8. März 2005 mitgeteilt, dass ihr Hauptangebot sowie das Alternativangebot 1 wegen einer nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 10,7% im Verhältnis zum Erstangebot sowie weiterer technischer Ausscheidungsgründe die Alternativangebote 2 und 3 zusätzlich wegen technischer Ausscheidungsgründen, ausgeschieden worden sind. Der Bietergemeinschaft P*** GmbH/Qu*** GmbH wurde mitgeteilt, dass ihr Hauptangebot wegen eines nicht behebbaren Formmangels, einer nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 14,37% im Verhältnis zum Erstangebot und weiterer technischer Ausscheidungsgründe sowie sämtliche Alternativangebote wegen Wegfall des Hauptangebotes ausgeschieden worden sind. Der Bietergemeinschaft R***GmbH/S*** Baugesellschaft mbH wurde mitgeteilt, dass ihr Angebot wegen einer nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 26,48% im Verhältnis zum Erstangebot ausgeschieden worden ist.

Mit Antrag vom 15. März 2005 hat die Antragstellerin die Anträge gestellt 1. das Vergabeverfahren, in eventu die Festlegungen, dieses Vergabeverfahren nicht bekannt zu machen, 2. jedenfalls die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 für nichtig zu erklären. Des Weiteren wurde der im Spruch ersichtliche Antrag gestellt.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Im Nachprüfungsantrag vom 14. März 2005, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. März 2005, verbessert eingelangt am 17. März 2005, wurde als Auftraggeberin angeführt:

Stadt Klagenfurt, Rathaus, Neuer Platz 1, 9010 Klagenfurt, vertreten durch bzw. vergebende Stelle:

Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS), Prinz Eugen Straße 12, 1040 Wien.

Gemäß diesen Angaben wäre zur Nachprüfung der UVS für Kärnten zuständig. Nach Art. 14 b Abs 2 Z 2 lit.a B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände. Auch in den Ausschreibungsunterlagen für die Phase 2 ist als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt genannt. Gemäß diesen Angaben wäre zur Nachprüfung der UVS für Kärnten zuständig. Nach Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände. Auch in den Ausschreibungsunterlagen für die Phase 2 ist als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt genannt.

In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 und in den Teilnahmeanträgen ist hingegen als Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS genannt. Wenn es sich bei der Auftraggeberin tatsächlich um die Republik Österreich (Bund) handeln sollte, wäre gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit.a B-VG iVm § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG das Bundesvergabeamt für die Nachprüfung zuständig. Da zum derzeitigen Zeitpunkt - ohne Ermittlungsverfahren - nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden kann, wer tatsächlich Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, nämlich die Republik Österreich (Bund) oder die Stadt Klagenfurt, ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes und zur Verhinderung eines allfälligen Rechtsschutzdefizits vorläufig davon auszugehen, dass die Republik Österreich (Bund) Auftraggeberin ist und damit das Bundesvergabeamt zur Entscheidung im Provisorialverfahren berufen ist. Dies unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens. In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 und in den Teilnahmeanträgen ist hingegen als Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS genannt. Wenn es sich bei der Auftraggeberin tatsächlich um die Republik Österreich (Bund) handeln sollte, wäre gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG in Verbindung mit Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG das Bundesvergabeamt für die Nachprüfung zuständig. Da zum derzeitigen Zeitpunkt - ohne Ermittlungsverfahren - nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden kann, wer tatsächlich Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, nämlich die Republik Österreich (Bund) oder die Stadt Klagenfurt, ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes und zur Verhinderung eines allfälligen Rechtsschutzdefizits vorläufig davon auszugehen, dass die Republik Österreich (Bund) Auftraggeberin ist und damit das Bundesvergabeamt zur Entscheidung im Provisorialverfahren berufen ist. Dies unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens.

Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 38 Mio. netto. Es handelt sich daher gemäß § 9 Abs 1 Z 3 leg.cit. um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Nach Angaben der vergebenden Stelle ÖISS wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen, der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Behandlung der Anträge zuständig. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 38 Mio. netto. Es handelt sich daher gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit. um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Nach Angaben der vergebenden Stelle ÖISS wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen, der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Behandlung der Anträge zuständig.

Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 14. März 2005, verbessert eingelangt am 17. März 2005, mit Anträgen auf Nichtigklärung des Vergabeverfahrens, in eventu Nichtigklärung der Festlegungen, dieses Vergabeverfahren nicht bekannt zu machen und auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 verbunden wurde, liegt auch ein das Nachprüfungsverfahren einleitender Antrag auf Nichtigklärung einer Auftraggeberentscheidung vor, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig ist. Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 169 Abs 1 Z 3 lit.e BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Landeshauptstadt Klagenfurt und das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau

ÖISS wurden rechtzeitig mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd § 163 Abs 2 BVergG verständigt. Die Pauschalgebühr wurde erlegt. Der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ist daher zulässig. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 14. März 2005, verbessert eingelangt am 17. März 2005, mit Anträgen auf Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens, in eventu Nichtigerklärung der Festlegungen, dieses Vergabeverfahren nicht bekannt zu machen und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 verbunden wurde, liegt auch ein das Nachprüfungsverfahren einleitender Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vor, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig ist. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Landeshauptstadt Klagenfurt und das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS wurden rechtzeitig mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG verständigt. Die Pauschalgebühr wurde erlegt. Der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ist daher zulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Gemäß § 171 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs. 3 leg.cit. hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs. 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, leg.cit. hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit u.a. der Zuschlagsentscheidung behauptet. Die Behauptungen der Antragstellerin, dass aufgrund der gebotenen und unterlassenen Vergabebekanntmachung, des Bekanntwerdens der beteiligten Bieter und der Angebotspreise der ursprünglichen Angebote und aufgrund des nicht nachvollziehbaren Bewertungsverfahrens die Ausschreibung zu widerrufen sei bzw. die Behauptung, sollte ein Widerruf nicht geboten erscheinen, jedenfalls die Zuschlagsentscheidung aufgrund der unrichtigen Bewertung des Angebots der Antragstellerin, des gebotenen und unterlassenen Ausschlusses der Bietergemeinschaft L*** AG/M*** AG/N*** GmbH und O*** Bau AG und aufgrund des gebotenen und unterlassenen Ausscheidens des Angebotes dieser Bietergemeinschaft, nicht denkunmöglich. Hierüber wird im Hauptverfahren abzusprechen sein.

Da seitens der Stadt Klagenfurt die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft B***/C*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Der möglicher Weise bestehende Anspruch auf Erhalt des Zuschlags kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zur Interessensabwägung gemäß § 171 Abs 3 BVergG ist folgendes festzuhalten: Zur Interessensabwägung gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG ist folgendes festzuhalten:

Die Antragstellerin hat für den Fall, dass sie den Zuschlag nicht erhalten sollte, dargelegt, dass ihr ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden zu entstehen droht. Der drohende Schaden wurde dem Grunde nach schlüssig und nachvollziehbar dargelegt und auch ziffernmäßig dargestellt, also glaubhaft gemacht. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin ist ein Gewinn inklusive Wagnis von 6,9% der Auftragssumme nicht als unverhältnismäßig hoch anzusehen.

Auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass bei einem allfälligen Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein neuerliches Verfahren zur Errichtung des Stadions (eventuell im Sinne eines beschleunigten Verfahrens) zu erwarten ist, und sie sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen und dort den Zuschlag erhalten könnte, stellt einen relevanten Schaden dar. Auch der mögliche Verlust eines Referenzprojektes dieser Größenordnung ist im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigen.

Die Angaben der Auftraggeberin, dass es nach einem allfälligen Widerruf aufgrund der zeitlichen Implikationen sicherlich zu keiner Neuausschreibung kommen werde und das Projekt somit nicht mehr realisierbar sei, kann zwar nicht mit 100%iger Sicherheit ausgeschlossen werden, es ist jedoch auch der gegenteilige Fall nicht auszuschließen. Bei einer möglicherweise erfolgenden Neuausschreibung des Vergabeverfahrens ist es nicht auszuschließen, dass die Vorarbeiten für die Angebote der bisherigen Bieter zu einem großen Teil wieder verwendbar sind und daher - in einem beschleunigten Vergabeverfahren - die Zuschlagserteilung und damit in der Folge die Bauarbeiten so rechtzeitig beginnen können, dass der vorgegebene Fertigstellungstermin eingehalten werden könnte.

Das Vorbringen der Antragsteller, dass bei einer Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr ein äußerst wichtiges Referenzprojekt verloren gehen würde, ist schlüssig und nachvollziehbar.

Durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist jedenfalls keine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen gefährdet. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes können zwar öffentliche Interessen auch in volkswirtschaftlichen Erwägungen gründen, etwa durch die Verzögerung oder Verunmöglichung eines zusätzlichen Entwicklungs- und Innovationsschubs der österreichischen Volkswirtschaft oder durch das Entstehen eines gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsnachteils, jedoch sind solche Nachteile, wie von der Antragstellerin auch releviert, nur relevant, wenn sie konkret aufgrund der Verzögerung drohen (BVA 5.3.2003, GZ 15N-11/03-5). Im gegenständlichen Fall fehlt es an den, von der Auftraggeberin dargestellten möglichen volkswirtschaftlichen Schäden und Schadenersatzforderungen an der zwingenden Kausalität deren Eintritts. Wie bereits oben dargestellt ist es nicht unmöglich, dass das Vergabeverfahren noch rechtmäßig zu Ende geführt wird (nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens) und der Zuschlag noch zeitgerecht erteilt werden kann. Auch bei einem allfälligen Widerruf des Vergabeverfahrens kann - bei Durchführung eines beschleunigten Verfahrens - nicht ausgeschlossen werden, dass der Fertigstellungstermin eingehalten werden kann und damit die volkswirtschaftlichen Schäden und diverse Schadenersatzforderungen nicht schlagend werden.

Der "Vorwurf" der Antragstellerin, dass die Auftraggeberin eine zeitliche Verzögerung im Vergabeverfahren selbst zu verantworten habe, kann hingegen nicht so ohne weiteres gefolgt werden. Es entspricht zwar den Tatsachen, dass die UEFA dem ÖFB und dem Schweizer Fußballverband spätestens bereits am 12. März 2003 den Zuschlag zur Ausrichtung der EURO 2008 erteilt hat und die Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erst am 3. Jänner 2004, also fast ein Jahr später, erfolgt ist, jedoch übersieht die Antragstellerin hierbei, dass zwischenzeitlich Verhandlungen der beteiligten Gebietskörperschaften (Bund, Land Kärnten und Stadt Klagenfurt) erforderlich waren, die erst am 18. November 2003 abgeschlossen waren. Zwischen den Gebietskörperschaften war vor allem die Finanzierung des Vorhabens zu klären. Diesbezüglich wurde am 18. November 2003 eine Grundsatzvereinbarung zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt betreffend die Finanzierung des Vorhabens unterzeichnet. Am 17. Dezember 2003 wurde zwischen der Republik Österreich Bund, vertreten durch den Bundeskanzler, und dem österreichischen Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS ein Werkvertrag unterzeichnet, der die ÖISS mit der Durchführung und dem Management des zweistufigen Verhandlungsverfahren beauftragt hat. Die Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist dann sehr schnell erfolgt.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Abgabe des Last and Best Offers erst am 22. Februar 2005 und damit mehr als zwei Jahre nach der Vergabebekanntmachung erfolgt sei, so ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabebekanntmachung am 3. Jänner 2004 - und somit ca. ein Jahr und nicht zwei Jahre - erfolgt ist.

Der Schluss der Antragstellerin, dass aufgrund der Verzögerungen kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss des Vergabeverfahrens bestünde und der Auftraggeber volkswirtschaftliche Schäden aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf nehme, kann nicht gefolgt werden. Wenn die Antragstellerin verneint, dass der Auftraggeber sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse auch dadurch dokumentiert habe, dass er kein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß § 49 BVergG gewählt habe, so ist hierzu festzuhalten, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine solche Dringlichkeit - aufgrund der damals geplanten Zwischen- und Endfertigungsstellungstermine - wohl nicht gegeben war. Es kann wohl nicht so sein, dass im Nachhinein - aufgrund nicht vorhersehbarer Verzögerungen im Vergabeverfahren - bereits zum damaligen Zeitpunkt die Einleitung eines beschleunigten Verfahrens nötig erschiene. Sollte man diesen Argumenten folgen müsste wohl jedes Vergabeverfahren aufgrund möglicher Nachprüfungsverfahren und sonstiger Verzögerungsgründe als beschleunigtes Verfahren eingeleitet werden. Dies ist wohl weder einem Auftraggeber noch vor allem den Bietern zuzumuten. Der Schluss der Antragstellerin, dass aufgrund der Verzögerungen kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss des Vergabeverfahrens bestünde und der Auftraggeber volkswirtschaftliche Schäden aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf nehme, kann nicht gefolgt werden. Wenn die Antragstellerin verneint, dass der Auftraggeber sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse auch dadurch dokumentiert habe, dass er kein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß Paragraph 49, BVergG gewählt habe, so ist hierzu festzuhalten, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine solche Dringlichkeit - aufgrund der damals geplanten Zwischen- und Endfertigungsstellungstermine - wohl nicht gegeben war. Es kann wohl nicht so sein, dass im Nachhinein - aufgrund nicht vorhersehbarer Verzögerungen im Vergabeverfahren - bereits zum damaligen Zeitpunkt die Einleitung eines beschleunigten Verfahrens nötig erschiene. Sollte man diesen Argumenten folgen müsste wohl jedes Vergabeverfahren aufgrund möglicher Nachprüfungsverfahren und sonstiger Verzögerungsgründe als beschleunigtes Verfahren eingeleitet werden. Dies ist wohl weder einem Auftraggeber noch vor allem den Bietern zuzumuten.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Auftraggeberin lediglich vom Gebrauch ihrer Option zu Beispielbarkeit des Stadions absehen müsse, da sich hierdurch eine Beschleunigung der Errichtung des Stadions erzielen lasse, was die Durchführung der EURO 2008 auch bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung erlauben würde, so kann dies vom Bundesvergabeamt nicht beurteilen.

Nach Ansicht der Antragstellerin wären Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten unbeachtlich sein. Soweit die Durchführung der EURO 2008 auf Grund der einstweiligen Verfügung vereitelt würde, hätte sich die Auftraggeberin den damit verbundenen Entfall von Einnahmen auf Grund der Verzögerung im Vergabeverfahren selbst zuzuschreiben. Ein Prestigeverlust des Auftraggebers durch eine Bauverzögerung sei kein berücksichtigungswürdiges Interesse. Finanzielle Nachteile aus einem eventuell verzögertem Baubeginn, wie etwa Forcierungskosten oder der Entfall des Spielbetriebs durch den FC Kärnten seien ebenso nicht zu berücksichtigen und würden auch die Interessen der Antragstellerin nicht überwiegen. Dem ist zuzustimmen.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vermag das Bundesvergabeamt zum derzeitigen Zeitpunkt nicht konkret abzuschätzen. Bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Eine meritorische Entscheidung bleibt jedenfalls dem Senat im Rahmen des Hauptverfahrens vorbehalten. Im Provisorialverfahren geht es aber nur darum, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen zu verhindern.

Das Vorbringen des ÖISS, wonach der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin primär auf den Widerruf der Ausschreibung und in der Folge auf Erhalt der Kosten für die Angebotslegung gerichtet sei, ist (lediglich) eine Mutmaßung, die durch Nichts untermauert ist.

Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe hat (BVA 23.12.2002, 01N-73/01-21, BVA 20.1.2003, 03N-1/04-12 uvam). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt, das bei der Interessensabwägung iSd § 171 Abs 3 zu

berücksichtigen ist (vgl. BVA vom 14.8.2003, 14N-78/03-10 uvam.). Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe hat (BVA 23.12.2002, 01N-73/01-21, BVA 20.1.2003, 03N-1/04-12 uvam). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt, das bei der Interessensabwägung iSd Paragraph 171, Absatz 3, zu berücksichtigen ist vergleiche BVA vom 14.8.2003, 14N-78/03-10 uvam.).

Im Zweifel ist entsprechend den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen; eine einstweiligen Verfügung ist nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor einer Zuschlagserteilung erfordern (BVA 1.10.2002, N-51/02-6 uvam).

Wenn das ÖISS vorbringt, dass bei einer (maximal zweimonatigen) Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung das gesamte Projekt EURO 2008 nicht mehr verwirklicht sei, da die Fertigstellung des Stadions mit 31. Mai 2007 nicht mehr möglich wäre und auch eine Neuausschreibung zeitlich nicht mehr möglich sei, so ist dazu festzuhalten, dass es möglich ist, dass die Entscheidung im Zuge des Hauptverfahrens nicht zwei Monate in Anspruch nehmen muss und dass die Entscheidung auch so ausfallen könnte, dass der geplante Zeitrahmen eingehalten werden könnte. Fraglos würden sich die Errichtungskosten für die Auftraggeberin durch die notwendige Forcierung der Arbeiten erhöhen, dies jedoch nicht in einem Ausmaß, das den Nachteilen der Antragstellerin bei Nichterhalt des Zuschlags und dem öffentlichen Interessen an der Vergabe an den tatsächlichen Bestbieter überwiegen würde. Die reine, durch keine konkreten Vorbringen untermauerte "Möglichkeit" des Scheiterns des Projekts EURO 2008 und die daraus möglicherweise resultierenden Schadenersatzforderungen an verschiedene Gebietskörperschaften und Stadien-Errichter, die noch dazu nicht annähernd konkretisiert wurden, vermag das Interesse an der Gewährung eines vorläufigen Rechtsschutzes nicht zu hindern. Dies trifft auch auf die, vom ÖISS relevierten immateriellen "Folgeschäden" zu.

Die beiderseitigen Vorbringen zu den zeitlichen Implikationen einer - möglicherweise durchzuführenden, möglicherweise aber auch nicht durchzuführenden - Umweltverträglichkeitsprüfung, beruhen sämtlich auf Spekulationen. Die UVP-Novelle noch nicht in Kraft getreten. Die Behörde hat jedenfalls von der derzeit geltenden Rechtslage auszugehen. Im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens war die UVP verpflichtend vorgesehen und daher jedenfalls in den Terminplan einzubeziehen. Ob die Kärntner Landesregierung in der Folge von der Möglichkeit Gebrauch machen wird, eine UVP allenfalls nicht durchzuführen, bleibt reine Vermutung. Diese kann in die Interessensabwägung nicht einfließen.

Die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes in der zeitlichen Planung des Auftraggebers zu berücksichtigen (BVA 15.9.2003 14N-91/03-10 u.v.a.m.). Eine verspätete Einleitung des Vergabeverfahrens (3. Jänner 2004) kann der Auftraggeberin jedoch deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, da die Finanzierung erst Ende November 2003 gesichert war. Die Einleitung eines Vergabeverfahrens ohne gesicherte Finanzierung ist einem seriösen und umsichtigen Auftraggeber wohl nicht zu unterstellen.

Die Vorbringen zum drohenden volkswirtschaftlichen Schaden bei Scheitern des Projekts, die sich auf eine Studie des IHS beziehen, sind zu unkonkret und unsubstantiiert, um in der Interessensabwägung berücksichtigt werden zu können. Auch handelt es sich hierbei um Kosten, die nicht direkt und zwingend mit der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung "einhergehen".

Da sich im Zuge der Interessensabwägung kein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung ergeben hat, war diese zu erlassen und als gelindestes Mittel eine Aussetzung der Zuschlagsentscheidung für maximal zwei Monate zu verfügen.

Dokumentnummer

VERGT_20050324_15N_14_05_39_00

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at