

TE Verg Bescheid 2005/3/23 15N- 15/05-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.03.2005

Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs1 Z3

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §154 Abs1 Z2

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §163 Abs2

BVergG 2002 §169 Abs3 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

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 (als Auftraggeberin bezeichneten) Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau, ÖISS, Prinz Eugen Straße 12, 1040 Wien vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, und Y*** RAe, vom 16. März 2005 wird dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher das Bundesvergabeamt "a) die Aussetzung der mit E-mail vom 8.3.2005 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft E***AG, und F*** GmbH, verfügt wird und b) der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - die Erteilung des Zuschlags im Verhandlungsverfahren

"Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008" - ABL S vom 3.1.2004, 2004/S 2-001322 untersagt", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren" Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der (als Auftraggeberin bezeichneten) Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau, ÖISS, Prinz Eugen Straße 12, 1040 Wien vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, und Y*** RAe, vom 16. März 2005 wird dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher das Bundesvergabeamt "a) die Aussetzung der mit E-mail vom 8.3.2005 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft E***AG, und F*** GmbH, verfügt wird und b) der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - die Erteilung des Zuschlags im Verhandlungsverfahren "Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008" - ABL S vom 3.1.2004, 2004/S 2-001322 untersagt", stattgegeben.

Die am 8. März 2005 mit E-Mail bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft E*** AG, und F*** GmbH, wird ausgesetzt. Der Auftraggeberin ist es untersagt für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 16. Mai 2005 den Zuschlag im Verhandlungsverfahren "Stadionbau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008" ABL S vom 3.1.2004, 2004/S 2-001322 zu erteilen.

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

BEGRÜNDUNG

Die Bietergemeinschaft 1.) A*** AG, 2.) B*** AG, 3.) C*** GmbH und

4.) D*** AG (in der Folge die Antragstellerin), stellte am 16. März 2005, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. März 2005, die im Spruch ersichtlichen Anträge und verband diese mit den Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung.

Neben einer umfangreichen Darstellung des Sachverhalts brachte die Antragstellerin vor, dass sie ihr Interesse an der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und damit am Vertragsabschluss hinreichend dargelegt habe. Bei richtiger Angebotsprüfung und Bewertung wäre der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass aus der bisherigen Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren Kosten in Höhe von zumindest Euro 1,190.707,-- angefallen seien. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung und die sonstigen rechtswidrigen Entscheidungen sei daher ein Schaden in zumindest dieser Höhe entstanden. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden durch entgangenen Gewinn von ca. 3% ihres Angebotspreises, sohin ca. Euro 1,8 Mio. Der zusätzlich entgangene Deckungsbeitrag belaufe sich 10% aus ca. 60 Mio. Euro, sohin auf ca. Euro 6 Mio. Die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren beliefen sich dzt. auf ca. Euro 33.000,--. Bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung entginge der Antragstellerin überdies die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren. Der verfahrensrelevante Schaden betrage daher dzt. insgesamt Euro 9,023.707,--.

Die Antragstellerin erachte sich im Recht auf Durchführung einer vergabekonformen Ausschreibung, insbesondere in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags, auf Nichtausscheiden ihrer Angebote, auf Nichtberücksichtigung der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung, da diese unzulässiger Weise an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei, auf Nichtberücksichtigung der für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung wegen Verletzung des fairen und lauten Wettbewerbs in Folge einer Doppel-Beteiligung von DI G*** sowohl auf Bieter als auch auf Auftraggeberseite, auf Nichtberücksichtigung der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung, da diese insbesondere in ihrem ersten Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht habe, auf Nichtberücksichtigung der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung, da diese in ihrem Angebot keine Angaben zur Beispielbarkeit während der Bauzeit und des Rückbaus gemacht habe, auf Nichtberücksichtigung der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung, da diese in ihrem Angebot die Maximal-Höhe für das Fußballstadion überschritten habe, auf Geheimhaltung der Anzahl und Namen sowie aller wesentlichen Angebotsbestandteile der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bewerber, auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung und -bewertung, auf Bekanntgabe einer vergabekonformen

Zuschlagsentscheidung, welche sich auf objektiv nachvollziehbare Zuschlagskriterien und damit auf eine objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung und -bewertung stütze, auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, die sich auf Zuschlagskriterien stützt, die während des Vergabeverfahrens nicht geändert worden seien, auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, an der keine befangenen Mitglieder der Bewertungs-Kommission mitgewirkt hätten, auf eine nicht diskriminierende Bieterbehandlung, auf Ausscheiden des Angebots der Bietergemeinschaft E*** AG/F*** GmbH und auf Beachtung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbs insbesondere im Hinblick auf die Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen (5 Bewerber) betreffend die Anzahl zur Angebotsabgabe eingeladenen 6 Bewerber.

In der europaweiten Bekanntmachung und in der Unterlage für einen Teilnahmeantrag werde ausdrücklich die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeberin genannt. Demnach sei das BVA zuständig, über den vorliegenden Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Diese Zuständigkeit habe das BVA bereits in einem Nachprüfungsverfahren, dass die erste Stufe des Verhandlungsverfahren betraf, mit Bescheid vom 29.3.2004, GZ: 15N-06/04-29, bestätigt.

Nach Angaben der Auftraggeberin betrage der geschätzte Auftragswert Euro 38 Mio. Es handle sich daher um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich.

Angefochten werde die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin mit Fax vom 14. März 2005 über die beabsichtigte Einbringung eines Nachprüfungsantrages gem. § 163 Abs. 2 BVergG vorab informiert. Die Gebühren in Höhe von Euro 10.000,-- seien entrichtet worden. Der Antrag sei auch rechtzeitig innerhalb der Frist des § 169 Abs. 3 Z 3 lit.e BVergG eingebracht worden. Angefochten werde die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin mit Fax vom 14. März 2005 über die beabsichtigte Einbringung eines Nachprüfungsantrages gem. Paragraph 163, Absatz 2, BVergG vorab informiert. Die Gebühren in Höhe von Euro 10.000,-- seien entrichtet worden. Der Antrag sei auch rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz 3, Ziffer 3, Litera e, BVergG eingebracht worden.

Zu den festgestellten Vergabeverstößen:

Wie bereits ausgeführt, habe die Auftraggeberin mit E-Mail vom 8. März 2005 der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft E***/F*** mitgeteilt. Darüber hinaus sei mitgeteilt worden, dass das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1b, 2a, 2b und 3 ausgeschieden worden seien. Begründet worden sei dies mit einer "nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 10,7% im Verhältnis zum Erstangebot sowie weiterer technischer Ausscheidensgründe". Dies ohne der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, die Unklarheiten (die es tatsächlich gar nicht gäbe) aufzuklären. Damit habe die Auftraggeberin gegen § 94 Abs. 1 BVergG verstoßen, wo eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werde. Daher sei die bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung unzweifelhaft vergaberechtswidrig. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Auftraggeberin die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG und des EuGH bewusst missachtet habe, um die Angebote der Antragstellerin keiner inhaltlichen Bewertung durch die Bewertungs-Kommission unterziehen zu müssen. Die Begründung für das Ausscheiden der Angebote sei inhaltlich in keiner Weise nachvollziehbar. Deshalb sei die mit E-Mail vom 8. März 2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig: Die Auftraggeberin habe nämlich die Angebote rechtswidrig nicht durch die Bewertungs-Kommission inhaltlich bewerten lassen. Wie bereits ausgeführt, habe die Auftraggeberin mit E-Mail vom 8. März 2005 der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft E***/F*** mitgeteilt. Darüber hinaus sei mitgeteilt worden, dass das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1b, 2a, 2b und 3 ausgeschieden worden seien. Begründet worden sei dies mit einer "nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 10,7% im Verhältnis zum Erstangebot sowie weiterer technischer Ausscheidensgründe". Dies ohne der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, die Unklarheiten (die es tatsächlich gar nicht gäbe) aufzuklären. Damit habe die Auftraggeberin gegen Paragraph 94, Absatz eins, BVergG verstoßen, wo eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werde. Daher sei die bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung unzweifelhaft vergaberechtswidrig. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Auftraggeberin die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG und des EuGH bewusst missachtet habe, um die Angebote der Antragstellerin keiner inhaltlichen Bewertung durch die Bewertungs-Kommission unterziehen zu müssen. Die Begründung für das Ausscheiden der Angebote sei inhaltlich in keiner Weise nachvollziehbar. Deshalb sei die mit E-Mail vom 8. März 2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig: Die Auftraggeberin habe nämlich die Angebote rechtswidrig nicht durch die Bewertungs-Kommission inhaltlich bewerten lassen.

Auch wenn das BVA zur Ansicht gelangen sollte, dass die Angebote der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden seien, sei die Antragstellerin jedoch im Hinblick auf diverse Rechtswidrigkeiten dennoch antragslegitimiert. Ein Ausscheidensgrund, den ein Antragsteller einer Nachprüfungsverfahrens allenfalls erfülle, führe nämlich dann nicht zum Verlust seiner Antragslegitimation, wenn mit dem Nachprüfungsverfahren erreicht werden solle, dass das gesamte Verfahren zu widerrufen bzw. für nichtig zu erklären sei. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden schließe in einem solchen Fall ein allenfalls vorliegender Ausschlussgrund die Antragslegitimation nicht aus.

Weiters wurde angeführt, dass sich aus den Veröffentlichungen in der "H***" ergebe, dass das Architektenteam I***/J*** im Vergabeverfahren auf Seiten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin "mitgearbeitet" habe. Das Architektenteam sei also offensichtlich Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Gemäß § 21 Abs. 3 BVergG sei ein Unternehmer, der an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt gewesen seien, [.....].soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren und die Leistung auszuschließen; es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden könne. Es liege am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Bietern zukommen zu lassen, um einen Wettbewerbsvorteil auszuschließen. Weder habe die Auftraggeberin versucht, einen Wissensvorsprung zu neutralisieren, noch sei eine solche Neutralisierung überhaupt möglich gewesen. Aus all dem ergäbe sich, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund der ihr zurechenbaren Vorarbeit durch die Architekten K***/I***/J*** zwingend gemäß § 98 Z 2 BVergG auszuschneiden seien. Weiters wurde angeführt, dass sich aus den Veröffentlichungen in der "H***" ergebe, dass das Architektenteam I***/J*** im Vergabeverfahren auf Seiten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin "mitgearbeitet" habe. Das Architektenteam sei also offensichtlich Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Gemäß Paragraph 21, Absatz 3, BVergG sei ein Unternehmer, der an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt gewesen seien, [.....].soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren und die Leistung auszuschließen; es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden könne. Es liege am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Bietern zukommen zu lassen, um einen Wettbewerbsvorteil auszuschließen. Weder habe die Auftraggeberin versucht, einen Wissensvorsprung zu neutralisieren, noch sei eine solche Neutralisierung überhaupt möglich gewesen. Aus all dem ergäbe sich, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund der ihr zurechenbaren Vorarbeit durch die Architekten K***/I***/J*** zwingend gemäß Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden seien.

In weiterer Folge wurden von der Antragstellerin "Vorwürfe" zur Doppelrolle des Architektenteams K***/I***/J*** bzw. der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgebracht. Ebenso zur fehlenden Subunternehmer-Benennung durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin.

Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass die Beispielbarkeit des Fußballfeldes während der Bauzeit und des Rückbaus im Rahmen der Bestbieterermittlung als Option berücksichtigt werde. Dies entspreche auch der "Nachsendung Ausschreibung" vom 1.10.2004, die der Antragstellerin für die Abgabe des LBO übermittelt worden sei. U.a. seien in der Folge Kostenaufschlüsselungen nachzuweisen gewesen, mit der die Mehr- und Minderkosten darzustellen gewesen seien. Diese Kostenaufschlüsselung sei nach den Festlegungen der Auftraggeberin ein zwingender Angebotsbestandteil gewesen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin enthalte aber entgegen diesen Festlegungen offensichtlich keine Kostenaufschlüsselung für die Beispielbarkeit. Die Antragstellerin habe mit ihrem LBO eine durchgehende Beispielbarkeit während der Bauzeit und des Rückbaus garantiert. Der damit verbundene Kostenvorteil betrage Euro 2,200.000,--. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei mit einem gravierenden und unbehebaren Mangel behaftet. Es wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen.

Weitere Vorbringen der Antragstellerin betrafen das "Überschreiten der Maximal-Höhe" und zur Veröffentlichung der Preise der Angebote in der "H***" in der Ausgabe vom 2. - 8. Februar 2005. Auch sei nach Ansicht der Antragstellerin die Bewertungs-Kommission nicht fachkundig zusammengesetzt. Weiters wurde vorgebracht, dass die von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagskriterien vergaberechtlich unzulässig seien. Die Auftraggeberin habe sich mit ihren Zuschlagskriterien einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum eingeräumt, der letztlich eine willkürliche Zuschlagsentscheidung eröffne. Solche Zuschlagskriterien seien jedoch unzulässig. Auch sei es so, dass bei der

Bestbieterermittlung ausschließlich die, in den Ausschreibungsunterlagen vorab festgelegten, Zuschlagskriterien zu berücksichtigen seien. Eine Bestbieterermittlung, die sich auf nicht in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Zuschlagskriterien stütze, sei jedenfalls vergaberechtswidrig. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Auch wenn die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien nicht innerhalb der Präklusionsfristen des § 169 BVergG bekämpft worden seien, habe nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis die Heilung von Ausschreibungsmängeln dort ihre Grenze, wo die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung so gravierend sei, dass das Vergabekontrollverfahren die objektive Nachvollziehbarkeit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr gewährleisten könne. Ferner sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, da sie wegen fehlender Gewichtung der Zuschlagskriterien in keiner Weise nachvollziehbar und somit vergaberechtswidrig sei. Der Auftraggeber habe die Zuschlagskriterien bloß gereiht, nicht aber gewichtet. Die Ausnahmeregel des § 67 Abs 3 Satz 3 BVergG könne hier nicht zur Anwendung gelangen. Weitere Vorbringen der Antragstellerin betrafen das "Überschreiten der Maximal-Höhe" und zur Veröffentlichung der Preise der Angebote in der "H***" in der Ausgabe vom 2. - 8. Februar 2005. Auch sei nach Ansicht der Antragstellerin die Bewertungs-Kommission nicht fachkundig zusammengesetzt. Weiters wurde vorgebracht, dass die von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagskriterien vergaberechtlich unzulässig seien. Die Auftraggeberin habe sich mit ihren Zuschlagskriterien einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum eingeräumt, der letztlich eine willkürliche Zuschlagsentscheidung eröffne. Solche Zuschlagskriterien seien jedoch unzulässig. Auch sei es so, dass bei der Bestbieterermittlung ausschließlich die, in den Ausschreibungsunterlagen vorab festgelegten, Zuschlagskriterien zu berücksichtigen seien. Eine Bestbieterermittlung, die sich auf nicht in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Zuschlagskriterien stütze, sei jedenfalls vergaberechtswidrig. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Auch wenn die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien nicht innerhalb der Präklusionsfristen des Paragraph 169, BVergG bekämpft worden seien, habe nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis die Heilung von Ausschreibungsmängeln dort ihre Grenze, wo die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung so gravierend sei, dass das Vergabekontrollverfahren die objektive Nachvollziehbarkeit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr gewährleisten könne. Ferner sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, da sie wegen fehlender Gewichtung der Zuschlagskriterien in keiner Weise nachvollziehbar und somit vergaberechtswidrig sei. Der Auftraggeber habe die Zuschlagskriterien bloß gereiht, nicht aber gewichtet. Die Ausnahmeregel des Paragraph 67, Absatz 3, Satz 3 BVergG könne hier nicht zur Anwendung gelangen.

Mit Schreiben vom 24. Jänner 2005 sei offensichtlich allen Bietern von der Auftraggeberin weitere - für das vorliegende Vergabeverfahren relevante - Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Ein Teil dieser Unterlagen umfasse das "Drehbuch Vergabeverfahren Klagenfurt", worin im Wesentlichen geregelt sei, wie die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien bewertet würden. Dadurch habe die Auftraggeberin die ursprünglichen (mangelhaften) Zuschlagskriterien im Laufe des Vergabeverfahrens geändert. Eine solche Änderung im Laufe eines Vergabeverfahrens sei aber vergaberechtlich unzulässig.

Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass der Vorsitzende der Bewertungs-Kommission befangen sei.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich aufgrund der Vergaberechtswidrigkeiten im gegenständlichen Vergabeverfahren gezwungen sehe, ihre Chance auf Zuschlagserteilung durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu sichern. Ohne einstweilige Verfügung könne die Auftraggeberin durch Fortsetzung des Verhandlungsverfahrens - insbesondere durch Erteilung des Zuschlags - unumkehrbare Tatsachen schaffen. Das Interesse der Antragstellerin an der Teilnahme an einem vergabekonformen Vergabeverfahren könne nur durch den vorliegenden Antrag effektiv gesichert werden. Gemäß § 171 Abs 3 Satz 2 BVergG sei von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen, wenn deren nachteiligen Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des BVergG und den EU-Vergaberichtlinien in der Regel zu erlassen sei. Bei der Interessensabwägung würden die Interessen der Antragstellerin den Interessen der Auftraggeberin deutlich überwiegen. Darüber hinaus würden keine so gravierenden öffentlichen Interessen vorliegen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden. Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich aufgrund der Vergaberechtswidrigkeiten im gegenständlichen Vergabeverfahren gezwungen sehe, ihre Chance auf Zuschlagserteilung durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu sichern. Ohne einstweilige Verfügung könne die Auftraggeberin durch Fortsetzung des

Verhandlungsverfahrens - insbesondere durch Erteilung des Zuschlags - unumkehrbare Tatsachen schaffen. Das Interesse der Antragstellerin an der Teilnahme an einem vergabekonformen Vergabeverfahren könne nur durch den vorliegenden Antrag effektiv gesichert werden. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, Satz 2 BVergG sei von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzugehen, wenn deren nachteiligen Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des BVergG und den EU-Vergaberichtlinien in der Regel zu erlassen sei. Bei der Interessensabwägung würden die Interessen der Antragstellerin den Interessen der Auftraggeberin deutlich überwiegen. Darüber hinaus würden keine so gravierenden öffentlichen Interessen vorliegen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden.

Die Vergaberechtswidrigkeiten im vorliegenden Verfahren seien so gravierend und zahlreich, dass die Zuschlagsentscheidung jedenfalls für nichtig zu erklären sein werde. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens seien vor diesem Hintergrund überdurchschnittlich gut. Auch der VfGH habe "erkennen lassen", dass bei Interessensabwägung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages zu berücksichtigen seien. Bei der Interessensabwägung sei daher der Verlust auf die Chance auf die Zuschlagserlangung entsprechend zu berücksichtigen.

Dem Schaden der Antragstellerin würden keine so gravierenden finanziellen (Mehr)Kosten der Auftraggeberin gegenüberstehen, welche die Nichterlassung der einstweiligen Verfügung rechtfertigen könnten. Durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung wäre das Vergabeverfahren lediglich für maximal zwei Monate blockiert.

Auch die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Termine könnten bei Erlassung der einstweiligen Verfügung eingehalten werden. Die Auftraggeberin habe nämlich in ihrem bisherigen Terminplan u.a. die Verfahrensdauer zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) für die Errichtung des Stadions berücksichtigt. Am 2. März 2005 sei die UVP-Novelle beschlossen worden, aufgrund derer die Landesregierungen die Errichtung von Sportanlagen im Zusammenhang mit internationalen Großveranstaltungen von der Pflicht, eine UVP durchzuführen, befreien könnten. Es bestehe somit die Möglichkeit, die Dauer eines UVP-Verfahrens "einzusparen" und könnten somit die Termine auch im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingehalten werden.

Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung liege vielmehr auch im Interesse der Auftraggeberin, da sie sonst mit empfindlichen Schadenersatzansprüchen konfrontiert wäre.

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, seien nicht ersichtlich. Bei Erlassung der einstweiligen Verfügung seien keine besonderen Risiken oder unwiederbringliche Schäden zu erkennen. Öffentliche Auftraggeber hätten nach der Rechtsprechung des EuGH Vergabeverfahren so rechtzeitig einzuleiten, dass terminliche Verzögerungen bei der Ausschreibung keine Rolle spielen würden. Ein allfälliger Termindruck sei ausschließlich von der Auftraggeberin verschuldet und daher im Rahmen der Interessensabwägung unbeachtlich. Die UEFA habe dem ÖFB und dem Schweizer Fußballverband bereits im Dezember 2002 den Zuschlag zur Ausrichtung der EURO 2008 erteilt. Das vorliegende Vergabeverfahren sei jedoch erst am 3. Jänner 2004 eingeleitet worden. Darüber hinaus habe die Durchführung allein der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens rund ein Jahr in Anspruch genommen. Den Bietern seien aber für die Kalkulation der Angebote und der Grobplanung lediglich eine Angebotsfrist von 11 Wochen eingeräumt worden. Die Auftraggeberin habe also "alle Zeit der Welt gehabt", die Bieter hingegen hätten durch äußerst kurze Fristsetzungen einen erheblichen Zeitdruck gehabt.

Die öffentlichen Stellen hätten öffentliche Gelder im Sinne einer wirtschaftlichen, sparsamen und gesetzeskonformen Gebarung zu verwalten. Auch deren Ansehen wäre durch eine rechtswidrige Zuschlagserteilung geschädigt. Es bestehe somit kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würde. Vielmehr spreche das öffentliche Interesse für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, habe doch der VfGH mit Beschluss vom 15.10.2001, B 1369/01 ausgeführt, dass auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse liege.

Es werde beantragt, die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 auszusetzen. Nur damit sei nämlich umfassend gewährleistet, dass die Auftraggeberin durch eine Zuschlagsentscheidung nicht allenfalls vor vollendete Tatsachen schaffen könne.

In einer Stellungnahme des Bundeskanzleramtes vom 18. März 2005 wurde vorgebracht, dass Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht die Republik Österreich, Bund, sondern die Stadt Klagenfurt sei. Das Bundeskanzleramt sei in das Vergabeverfahren nicht mit einbezogen gewesen, das Vergabemanagement sei vom ÖISS

durchgeführt worden.

In einer Stellungnahme vom 18. März 2005 hat das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau, ÖISS, vorgebracht, dass in der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, ÖISS angeführt worden sei. 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. Für die Durchführung des Vergabeverfahrens sei eine - entsprechend der Finanzierungsbeitrag von Bund, Land Kärnten und Stadt Klagenfurt - paritätisch besetzte Vergabekommission einzurichten. In Pkt. 7 der Grundsatzvereinbarung sei festgelegt, dass der Bund das ÖISS beauftragen werde, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren für die Beauftragung des Ausbaues des Basisstadions an einen Generalübernehmer durchzuführen. Die Kosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus für ein gemäß Pkt. 8 der Grundsatzvereinbarung sind grundsätzlich zu einem Drittel vom Bund zu tragen.

Zwischen dem Bund, vertreten durch den Bundeskanzler, und dem ÖISS sei am 12. 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, wobei der Auftrag des ÖISS mit der Vergabeempfehlung grundsätzlich erledigt sein solle. In der Präambel des Werkvertrags sei unter Ziffer 7 ausgeführt, dass für die Errichtung des Basisstadions sowie für dessen temporären Ausbau die Stadt Klagenfurt zuständig sei.

In den Teilnahmeunterlagen (Phase 1) sei die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber bezeichnet worden. In der, in der Folge an die qualifizierten Bieter versandten Ausschreibungsunterlagen (Phase 2) sei als Auftraggeber jedoch die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch ÖISS, angeführt.

Entscheidend sei, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt zivilrechtlicher Vertragspartner (und damit Auftraggeber) des künftigen Auftragnehmers werden solle. Daran vermöge auch eine Fehlbenennung in den Teilnahmeunterlagen in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens nichts zu ändern.

Weiters brachte das ÖISS vor, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht gesetzmäßig ausgeführt sei. Die den Antrag begründenden Tatsachen seien zu bescheinigen (glaubhaft zu machen). Die Antragsteller würden einen entgangenen Gewinn von 3% aus ca. Euro 60 Mio. einschließlich Deckungsbeitrag von 10% d.s.ca. Euro 60 Mio. insgesamt sohin rd. Euro 7,8 Mio. geltend machen. Auffällig sei, dass der Antragsteller den Angebotspreis nur mit einer ca.-Zahl angegeben habe, also keinen genauen Betrag anführe; den Schadensbetrag nenne er hingegen auf den Euro genau (angeblich Euro 9,023.707,-). Eine so genaue Schadensberechnung ausgehend von einem stark gerundeten Durchschnittspreis erscheine wenig glaubhaft. Die Angaben zum drohenden Schaden seien daher nicht nachvollziehbar. Auch die Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen in Höhe von 10% sei nicht nachvollziehbar. Der drohende Schaden sei also nicht bescheinigt worden.

Bei der Interessensabwägung seien die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages zu berücksichtigen. Die Angebote der Antragstellerin seien jedenfalls wegen klarer Rechtswidrigkeiten auszuschneiden gewesen. Die Angebote der Antragstellerin seien u.a. wegen spekulativer Preisgestaltung auszuschneiden gewesen. Die schlussendliche Preisreduktion der Antragstellerin sei nicht auf Änderungen im Leistungsinhalt rückführbar. Es sei also nicht davon auszugehen, dass die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages überdurchschnittlich gut seien. Vielmehr seien sie schlecht und spreche dies eindeutig gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Auch der Verlust der Chance auf die Zuschlagserlangung spreche gegen die Gewährung der einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin würde ganz eindeutig auf den Widerruf der Ausschreibung abzielen; aufgrund des engen Zeitkorsetts für die Fertigstellung des Stadions sei eine neue Ausschreibung des gegenständlichen Auftrages sinnlos.

Beim behaupteten Schaden aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 1,190.707,- handle es sich um "Sowiesokosten", die den Antragstellern bei der Angebotslegung jedenfalls entstehen und daher nicht zu berücksichtigen seien.

Ganz offensichtlich bestehe das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin lediglich im Erhalt der Kosten für die

Angebotslegung. Zur Sicherung eines solchen Rechtsschutzinteresses sei allerdings die Gewährung einer einstweiligen Verfügung nicht erforderlich. Es bestehe daher kein (überwiegendes) Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Konsequenz bei der Stattgebung der einstweiligen Verfügung sei nicht einmal die Möglichkeit zur Beteiligung an einer neuerlichen Ausschreibung, da eine solche zeitlich nicht mehr möglich sei.

Die nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung würden bei Weitem überwiegen. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung hätte zur Folge, dass das Stadion nicht mehr rechtzeitig zum Fixtermin 31. Mai 2007 fertig gestellt werden könnte. Die daraus resultierenden Schäden wären der Höhe nach kaum abschätzbar bzw. eingrenzbar. Sowohl die Stadt Klagenfurt als auch der Bund würden mit immensen Schadenersatzforderungen konfrontiert werden. Neben dem materiellen Schaden würde bei Verlust der EURO 2008 auch ein immaterieller Schaden entstehen.

Auch die Interessen Dritter würden geschädigt. Insbesondere die der Stadien-Errichter in Innsbruck und Salzburg.

Demgegenüber sei das vermeintliche Interesse der Antragstellerin als verschwindend gering zu bezeichnen. Das Ausscheiden der Antragstellerin sei rechtlich unumgänglich geboten gewesen. Auch wären deren Interesse nicht die Zuschlagserteilung, sondern der Widerruf der Ausschreibung und damit die Verhinderung des Projektes.

Im Ergebnis sei daher nach Interessensabwägung von der Erlassung der einstweiligen Verfügung abzusehen.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung und die daraus resultierende Verzögerung der Zuschlagserteilung um zwei Monate würde das Ende des Projektes bedeuten. Das Stadion sei bis zum 31. Mai 2007 zu finalisieren. Widrigenfalls würde der Entzug der EURO 2008 und daraus resultierend immensen Schadenersatzverpflichtungen folgen. Die Verpflichtung zur rechtzeitigen Zurverfügungstellung des Stadions würde neben dem ÖFB auch die Landeshauptstadt Klagenfurt treffen (Stadionvereinbarung vom 9.11.2004).

In terminlicher Hinsicht sei zu beachten, dass die Gutachten für die Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) im Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren (UVP- Verfahren) auf Grundlage eines Planungsstandes, welcher die Planungstiefe der Einreichplanung erlangt hat, vorzunehmen seien. Die in den Angeboten eingereichten Projekte hätten aber maximal die Planungstiefe eines Vorentwurfes. Das Vorliegen der UVE könne im allgünstigsten Fall am 30. Juni 2005 vorliegen. Dies bei Auftragserteilung nach Ablauf der Stillhaltefrist (23.3.2005). Mit Vorliegen des UVP-Bescheids sei in weiterer Folge im günstigsten Fall am 20. Dezember 2005 zu rechnen. Dies sei gleichzeitig der früheste mögliche Baubeginn. Unter Zugrundelegung einer 18- monatigen Bauzeit könnte der Fertigstellungstermin 31. Mai 2007 gerade noch eingehalten werden.

Halte man sich diesen Terminplan, welcher alle Forcierungspotentiale und sämtliche zeitliche Puffer berücksichtige, vor Augen, so sei klar erkennbar, dass bei weiterer Projektverzögerung durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Fertigstellungstermin 31. Mai 2007 nicht eingehalten werden könne. In diesem Fall sei das gesamte Projekt gescheitert. Bei einer zeitlichen Verzögerung von zwei Monaten sei die rechtzeitige Fertigstellung des Stadion unmöglich. Die EURO 2008 könne damit in Österreich nicht stattfinden. Wenn sich die Antragstellerin darauf beziehe, dass auch bei Erlassung der einstweiligen Verfügung der Terminplan noch einzuhalten sei, da die UVP- Novelle (beschlossen am 2.3.2005) es ermöglichen würde, große Sportereignisse von nationalem Interesse von der UVP-Pflicht auszunehmen, so sei dies nicht richtig. Zum derzeitigen Zeitpunkt sei die UVP-Novelle noch nicht in Kraft getreten. Die Interessenabwägung müsse vom derzeitigen Gesetzesstand ausgehen. Die Kärntner Landesregierung habe auch bereits mehrfach betont, keinesfalls auf die UVP verzichten zu wollen. Auch würde eine mögliche Befreiung von der UVP-Pflicht nur nach Einzelfallprüfung möglich sein. Dies würde noch zu einer weiteren Verzögerung führen.

Zum Schaden der Landeshauptstadt Klagenfurt:

Der aus einer einstweiligen Verfügung resultierende Abbruch des Projekts würde der Stadt Klagenfurt einen erheblichen Schaden verursachen. Beziffert werde der Schaden mit ca. Euro 33 Mio.

Auch dem Bund drohe erheblicher Schaden bei Erlassung der einstweiligen Verfügung. Dies aufgrund interner Vereinbarungen. Der Schaden lasse sich allerdings nur schwer in Ziffern fassen. Es sei jedenfalls von einer Schadenersatzverpflichtung in Höhe eines siebenstelligen Eurobetrages auszugehen. Ebenso sei der Bund dann mit Schadenersatzforderungen der Schweiz sowie der einzelnen Schweizer Stadien-Errichter konfrontiert, welcher sich jedenfalls in einem achtstelligen Eurobetrag bewegen dürften.

Zum volkswirtschaftlichen Schaden:

Bezug nehmend auf eine Studie des IHS sei bei Verlust der EURO 2008 mit enormen Effekten in Bezug auf Wertschöpfung, Beschäftigung, Werbe- und Medienmarkt, Reiseverkehrseinnahmen und Nächtigungsziffern, Steueraufkommen, Umsatzsteigerung bei Fußballwetten und an Telekommunikationsentgelten zu rechnen.

Geschädigte Interessen Dritter:

Dem präsumtiven Bestbieter entstünden zusätzliche Kosten der anwaltlichen Vertretung. Diese sind dem präsumtiven Bestbieter auch in der Vergangenheit bereits entstanden. Im Falle des Widerrufs der Ausschreibung wären alle bisherigen Vertretungskosten frustriert. Im Fall der Nichtrealisierung des Projekts entstünden ihm weitere Schäden im Ansehen als auch im täglichen Wirtschaftsleben. Auch durch die Überarbeitung des Projekts für das Last and Best Offer seien zusätzliche Kosten entstanden. Für den Fall des Widerrufs des Vergabeverfahrens würde auch entgangener Gewinn drohen.

Schäden am Vergabeverfahren nicht beteiligter Dritter:

Es seien sowohl in Innsbruck als auch in Salzburg die bestehenden Fußballstadien zu adaptieren. Die diesbezüglichen Bauausschreibungen seien bereits erfolgt. Die jeweiligen Vergabeverfahren befänden sich im Stadium nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, jedoch noch vor Zuschlagserteilung. Mit der Zuschlagserteilung werde in diesen beiden Projekten bis zur definitiven Entscheidung "in Sachen Klagenfurt" zugewartet. Sollte der Bau des Stadions Klagenfurt aus zeitlichen Gründen vereitelt werden, und damit die Austragung der EURO 2008 scheitern, müsste auch in den Verfahren in Innsbruck und Salzburg die Zuschlagserteilung unterbleiben und die Vergabeverfahren widerrufen werden. Damit würde den dortigen Projektträgern ein erheblicher Schaden entstehen. Durch die einstweilige Verfügung geschädigte Dritte seien auch noch der ÖFB und der Schweizer Fußballverband sowie die UEFA selbst. Hinzu komme die Haftung der beiden involvierten Staaten Österreich und Schweiz. Der Schaden welcher den diesbezüglichen Rechtsträgern in Österreich und der Schweiz erwachsen würde, werde sich jedenfalls im achtstelligen Eurobetrag bewegen.

Das ÖISS brachte weiters vor, dass sie kein Verschulden an der Zeitverzögerung treffe. Der Zuschlag zur Ausrichtung der EURO 2008 sei im Jahr 2002 erfolgt. In der Folge hätten Verhandlungen zwischen den involvierten Gebietskörperschaften über die Finanzierung der Stadien stattgefunden. Letztendlich sei im November 2003 eine Einigung erzielt worden und die Grundsatzvereinbarung zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt unterzeichnet worden. Bereits wenige Wochen später sei die gegenständliche Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekannt gemacht worden. Es könne daher nicht davon die Rede sein, dass auf der Auftraggeberseite Verzögerungen stattgefunden hätten. Eine frühere Ausschreibung wäre nur dann möglich gewesen, wenn diese ohne gesicherte Finanzierung vorgenommen worden wäre. Dies könne jedoch nicht ernsthaft verlangt werden. Zeitliche Probleme würden allein aus Umständen resultieren, die außerhalb des Einflussbereiches der Stadt Klagenfurt und jedenfalls außerhalb der Einflussbereiches des öffentlichen Auftraggebers lägen. Diese hätten weder vorhergesehen noch beeinflusst werden können. Auch die Frist, die ein etwaiges Nachprüfungsverfahren in Anspruch nehme, sei mit einkalkuliert worden. Tatsächlich sei in der ersten Stufe am 29. Jänner 2004 ein, letztlich abgewiesener, Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Durch die damals beantragte einstweilige Verfügung sei ein Zeitverlust von rund zweieinhalb Monaten eingetreten. Dies habe einen erheblichen Teil des einkalkulierten Zeitpuffers verbraucht. Trotzdem sei es möglich und vorgesehen gewesen, die Zuschlagsentscheidung mit 20. Jänner 2005 zu terminisieren, sodass unter Berücksichtigung der Dauer eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens trotzdem die Zuschlagserteilung so rechtzeitig ergehen hätte können, dass die rechtzeitige Fertigstellung des Stadions (auch unter Berücksichtigung des UVP-Verfahrens) jedenfalls sicher gestellt gewesen wäre.

Ende November 2004 seien Verdächtigungen betreffend die Ordnungsgemäßheit des Vergabeverfahrens geäußert worden. Dies habe dazu geführt, dass diverse Rechtsanwaltskanzleien mit der Überprüfung des Vergabeverfahrens beauftragt worden seien. Dadurch sei eine weitere Projektverzögerung entstanden. In der Folge seien die Berichte, in offensichtlich krimineller Weise, an die "H****" übermittelt worden. In der Folge war zu klären, ob aufgrund dieses Geheimnisbruches das gegenständliche Verfahren überhaupt weitergeführt werden könne. Mit der Begutachtung seien die Universitätsprofessoren Dr. L*** und Dr. M*** beauftragt worden, welche zum Schluss gekommen seien, dass ein Widerruf der Ausschreibung trotz Veröffentlichung der Daten nicht zwingend geboten sei. Auch dadurch sei wieder eine Verzögerung des Projektes eingetreten, die unvorhersehbar gewesen sei.

Jedenfalls könne es einem Auftraggeber nicht zugemutet werden, mehrere aneinander gereihte Nachprüfungsverfahren terminlich einzukalkulieren, denn damit würde es möglich, letztlich jedes Projekt undurchführbar zu machen.

Es ergebe sich sohin ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung.

In einer Replik vom 22. März 2005 brachte die Antragstellerin weiters vor, dass sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16. März 2005 explizit gegen die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeberin richte. Die Rubrik der Stellungnahme vom 18. März 2005 enthalte lediglich eine Vollmachtsbekanntgabe der O*** RAe OEG zugunsten des ÖISS als vergebender Stelle. Eine Vollmachtsbekanntgabe der O*** RAe OEG zugunsten der Auftraggeberin Republik Österreich; Bund, enthalte die Stellungnahme nicht. Das Vorbringen in der Stellungnahme vom 18.3.2005 sei daher der Republik Österreich (Bund) auch nicht zurechenbar. Aus der Stellungnahme ergäbe sich nämlich auch nicht, ob das ÖISS als vergebende Stelle der Republik Österreich oder für die Landeshauptstadt Klagenfurt auftrete. Das ÖISS vertrete zumindest teilweise die Ansicht, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt Antragsgegnerin des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sei. Das Vorbringen in der Stellungnahme sei wegen fehlender Vollmachtsbekanntgabe bei der Interessensabwägung gemäß § 171 Abs 3 BVergG nicht zu berücksichtigen. In einer Replik vom 22. März 2005 brachte die Antragstellerin weiters vor, dass sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 16. März 2005 explizit gegen die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeberin richte. Die Rubrik der Stellungnahme vom 18. März 2005 enthalte lediglich eine Vollmachtsbekanntgabe der O*** RAe OEG zugunsten des ÖISS als vergebender Stelle. Eine Vollmachtsbekanntgabe der O*** RAe OEG zugunsten der Auftraggeberin Republik Österreich; Bund, enthalte die Stellungnahme nicht. Das Vorbringen in der Stellungnahme vom 18.3.2005 sei daher der Republik Österreich (Bund) auch nicht zurechenbar. Aus der Stellungnahme ergäbe sich nämlich auch nicht, ob das ÖISS als vergebende Stelle der Republik Österreich oder für die Landeshauptstadt Klagenfurt auftrete. Das ÖISS vertrete zumindest teilweise die Ansicht, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt Antragsgegnerin des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sei. Das Vorbringen in der Stellungnahme sei wegen fehlender Vollmachtsbekanntgabe bei der Interessensabwägung gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG nicht zu berücksichtigen.

Das Vorbringen des ÖISS im Hinblick auf die Bescheinigung des drohenden Schadens sei unzutreffend. Die Antragstellerin habe den verfahrensrelevanten Schaden in Höhe von Euro 9,023.707,-- inhaltlich ausreichend bescheinigt. Die Schadensbescheinigung der Antragstellerin sei weit aus detaillierter als die vom ÖISS ins Treffen geführten Pauschalbeträge. Bescheinigung bedeute im gegenständlichen Zusammenhang nur die Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen. Dieses Erfordernis habe die Antragstellerin jedenfalls erfüllt.

Auch das Vorbringen des ÖISS, der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wäre primär auf den Widerruf der Ausschreibung gerichtet, sei nicht zutreffend. Es solle mit dem Nachprüfungsantrag primär die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung erreicht werden.

Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass das ÖISS den Nachweis schuldig bleibe, dass durch die einstweilige Verfügung der Fertigstellungstermin des Stadions nicht mehr erreicht werden könne. Dies sei nicht der Fall. Mit entsprechenden Forcierungsarbeiten sei die Dauer des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls wieder aufholbar und damit der Fertigstellungstermin gesichert. Dies gelte insbesondere dann, wenn dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werde. Die eingereichten Projekte hätten nicht maximal die Planungstiefe eines Vorentwurfes. Die von der Antragstellerin vorgelegten Pläne seien bereits so ausführlich, dass ein Antrag auf Baubewilligung etwa binnen sechs Wochen ab Zuschlagserteilung gestellt werden könnte.

Die (langwierigen) Verhandlungen der Gebietskörperschaften und sonstigen Rechtsträger zur Finanzierung des Projektes seien jedenfalls der Auftraggeberseite zuzurechnen. Die Gebietskörperschaften hätten sich offensichtlich über ein Jahr nicht über die Finanzierung einigen können. Ein allenfalls bestehender Zeitdruck sei daher ausschließlich von der Auftraggeberin zu vertreten. Sie könnten keinesfalls die Nicht-Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen. Bei gegenteiliger Auffassung könnten alle öffentlichen Auftraggeber so lange über die Finanzierung verhandeln, bis ein echter Zeitdruck entstehe; in der Folge könnte nie eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Damit wäre der effektive Rechtsschutz ausgeschaltet.

Das Nachprüfungsverfahren zu GZ 15N-06/04 sei - entgegen den Angaben der Auftraggeberin - jedenfalls ihr zuzurechnen. Dasselbe gelte für die Veröffentlichung von sensiblen Daten in der "H****" zu. Auch diese Umstände können keinesfalls gegen die Nichterlassung der einstweiligen Verfügung sprechen.

Wenn das ÖISS in Pkt. 6.2.1 der Stellungnahme "faktische Folgen" ins Treffen führe, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprächen, so seien diese Vorbringen zurückzuweisen und bei der Interessensabwägung nicht zu berücksichtigen. Solche "faktischen Folgen" seien bei der Interessensabwägung nicht zu berücksichtigen. Auch die in der Stellungnahme des ÖISS im Pkt. 6.2.2 vorgebrachten "Pauschalbeträge" seien bei der Interessensabwägung nicht zu berücksichtigen. Es handle sich nämlich um unspezifizierte Pauschalbeträge, die in keiner Weise inhaltlich nachvollzogen werden könnten und deren tatsächlicher Eintritt nicht nachgewiesen worden sei.

Wenn das ÖISS einen Schaden in der Höhe von Euro 500.000.-- unter dem Titel "Honorar für die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Vergabebegleitung durch den Bund bzw. das ÖISS" ins Treffen führe, so sei dies unrealistisch hoch und nicht nachvollziehbar. Aufgrund des behaupteten Auftragswerts wären die Dienstleistungen europaweit auszuschreiben gewesen. Die Darstellung dieses Schaden sei zumindest betragsmäßig weit überhöht. Dem Auftraggeber dürfe nicht unterstellt werden, dass er eine ausschreibungspflichtige Dienstleistung ohne Ausschreibung direkt vergeben hätte.

Dies gelte auch für den Schaden der Republik Österreich und den volkswirtschaftlichen Schaden, der in der Stellungnahme des ÖISS in den Punkten 6.2.3 und 6.2.4 dargestellt sei. Wenn das ÖISS von "schwer bezifferbar" und "kaum überschaubare Nachteile" spreche, so widerspreche dies dem Konkretisierungsgebot. Dies gelte auch für das Vorbringen gemäß den Pkten 6.2.5 und 6.2.2 der Stellungnahme. Hierbei handle es sich um rein hypothetische Schäden, die nicht bescheinigt worden seien. Sie hätten daher bei der Interessensabwägung außer Betracht zu bleiben. Außerdem handle es sich - wieder - um Schäden, die nicht durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung verursacht würden. Vielmehr handle es sich um Schäden, die sich aus den gravierenden Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens ergeben könnten

Auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin und der Stellungnahmen 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 P*** 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 2008. 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 Acirment) 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 Qu*** GmbH/R*** GmbH & Co KG/S***, 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 A***AG/B*** AG /C*** GmbH und D***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 T*** GmbH/U*** 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 V*** GmbH/W*** 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 16. März 2005 hat die Antragstellerin die Anträge gestellt 1. die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 für nichtig zu erklären und 2. die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären. Des Weiteren wurde der im Spruch ersichtliche Antrag gestellt.

Rechtliche Würdigung:

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

Im Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft A*** AG u.a. vom 16. März 2005 ist als Auftraggeberin angeführt: Republik Österreich (Bund), vertreten durch: Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS).

In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 und in den Teilnahmeanträgen (Phase 1) ist als Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS genannt.

Wenn es sich beim der Auftraggeberin also 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 zur Nachprüfung zuständig. Gemäß den vorliegenden Angaben und Informationen - die aber im Zuge des Provisorialverfahrens aufgrund der kurzen Entscheidungsfristen nicht mit letzter Sicherheit verifizierbar sind - ist, unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, vorläufig die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung anzunehmen. Wenn es sich beim der Auftraggeberin also 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 zur Nachprüfung zuständig. Gemäß den vorliegenden Angaben und Informationen - die aber im Zuge des Provisorialverfahrens aufgrund der kurzen Entscheidungsfristen nicht mit letzter Sicherheit verifizierbar sind - ist, unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, vorläufig die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung anzunehmen.

Da zum derzeitigen Zeitpunkt - ohne Ermittlungsverfahren - nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden kann, wer tatsächlich Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes und zur Verhinderung eines möglichen Rechtsschutzdefizits vorläufig davon auszugehen, dass die Republik Österreich (Bund) Auftraggeberin ist und damit das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig ist.

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. 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.

Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. März 2005 mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 (sowie Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung) 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 § 169 Abs 1 Z 3 lit.e BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Republik Österreich, via Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurden am 15. März 2005 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 16. März 2005 mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 (sowie Nichtigerklärung der

Ausscheidensentscheidung) verbunden wurde, liegt auch ein das Nachprüfungsverfahren einleitender Antrag auf Nichtigkeitsklärung einer Auftraggeberentscheidung vor, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig ist. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Republik Österreich, via Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurden am 15. März 2005 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 der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung behauptet. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen nicht denkunmöglich. Hierüber wird im Hauptverfahren abzusprechen sein.

Da die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft 1.) A*** AG, 2.) B***AG, 3.) C*** GmbH und 4.) D*** AG 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 festzuhaltenZur 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. Da der, von der Antragstellerin angegebene Auftragswert mit "Circa-Zahlen" dargestellt wurde, kann es sich auch beim dargestellten drohenden Schaden nur um eine "Circa-Angabe" handeln. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der drohende Schaden konkret und schlüssig nachvollziehbar dargestellt wurde und auch die Höhe des entgangenen Gewinns mit 3% der (endgültigen) Auftragssumme nicht als überzogen erscheint. Der drohende Schaden wurde also glaubhaft gemacht.

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. Die Punkte 6.1. bis 6.6. sowie 6.8. des Nachprüfungsantrages richten sich nicht auf den Widerruf des Vergabeverfahrens (siehe u.a. 6.1.2.f zur verbindlichen schriftlichen Aufklärungspflicht des Auftraggebers).

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 annähernde 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, wie die Antragstellerin richtiger Weise vorbringt, 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 des Zuschlagsentscheidung für maximal zwei Monate zu verfügen.

Dokumentnummer

VERGT_20050323_15N_15_05_24_00

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at