

TE Verg Bescheid 2005/5/24 15N- 22/05-50

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.05.2005

Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z4

BVergG 2002 §20 Z36

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lit a

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lit a sublit a

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lit f

B-VG Art. 14b Abs2 Z2 lit a

B-VG Art. 14b Abs2 Z2 lit a sublit a

1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite, entschieden:

SPRUCH

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der - von der Antragstellerin als Auftraggeberin bezeichneten - Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundeskanzler, dieser vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, dieses vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, und Y*** Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, werden die Anträge der Bietergemeinschaft A***GmbH/B***, vertreten durch Z*** RAe, vom 22. März 2005, verbessert am 23. März 2005, auf: Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der - von der Antragstellerin als Auftraggeberin bezeichneten - Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundeskanzler, dieser vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, dieses vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, und Y*** Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, werden die Anträge der Bietergemeinschaft A***GmbH/B***, vertreten durch Z*** RAe, vom 22. März 2005, verbessert am 23. März 2005, auf:

I.römisch eins.

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Ausfertigung der Entscheidung der Stadt Klagenfurt vom 8.3.2005), zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 162 Abs. 2 und 135 Abs. 2 BVerG iVm Art. 14b B-VG
Rechtsgrundlage: Paragraph 162, Absatz 2 und 135 Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, B-VG

II.römisch zwei.

Nichtigerklärung des Ausscheidens der Antragstellerin, zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 162 Abs. 2 und 135 Abs. 2 BVerG iVm Art. 14b B-VG
Rechtsgrundlage: Paragraph 162, Absatz 2 und 135 Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, B-VG

III.römisch drei.

Nichtigerklärung des Unterlassens des Ausscheidens des Angebotes der Bietergemeinschaft C***/D***, obwohl dieses ausgeschieden hätte werden müssen, zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 162 Abs. 2 und 135 Abs. 2 BVerG iVm Art. 14b B-VG
Rechtsgrundlage: Paragraph 162, Absatz 2 und 135 Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, B-VG

BEGRÜNDUNG

Die Bietergemeinschaft A*** GmbH, und B*** (in der Folge Antragstellerin), stellte am 22. März 2005, verbessert eingebracht am 23. März 2005, die im Spruch ersichtlichen Anträge und verbanden diese mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin brachte zur Zuständigkeit des BVA im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren am 3.1.2004 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften öffentlich bekannt gemacht worden sei. Als Auftraggeberin werde dort, ebenso wie im "Teilnahmeantrag" und in der nationalen Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 12.1.2004, die Republik Österreich (Bund), genannt.

Das Bundesvergabeamt habe in der Folge seine Zuständigkeit zur Nachprüfung im Verfahren zu GZ 15N-06/04 "zwanglos anerkannt". Auch sei das Schreiben vom 14.3.2005, mit dem die Antragstellerin die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes beantragt habe, an den Bund gerichtet gewesen und von diesem auch "anstandslos" beantwortet worden. Weiters sei

festzuhalten, dass auch die Vergabeverfahren für den Umbau der Stadien in Salzburg und Innsbruck vom Bund ausgeschrieben worden seien. Schließlich spreche auch die Korrespondenz zu Frage 15 der Anfragebeantwortung 18 vom

1. 18.Ziffer 18

und 21.2.2005 für den Bund als Auftraggeber.

Allerdings sei in Pkt. I/2.1. der Ausschreibungsunterlagen als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, angegeben. Auch die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung seien von der Stadt Klagenfurt bekannt gegeben worden. Diese Entscheidungen seien von der vergebenden Stelle bzw. von der Auftraggeberin zu treffen. Da aber die Stadt Klagenfurt - und nicht etwa der Bund - diese Mitteilungen vorgenommen habe, könnte das Bundesvergabeamt zur Auffassung gelangen, dass keine bekämpfbaren Festlegungen der Auftraggeberin (Anm.: des Bundes) vorlägen und die Nachprüfungsanträge daher zurückzuweisen seien. Auftraggeber sei nach Ansicht der Antragstellerin die Republik Österreich, vertreten durch den Bundeskanzler, dieser vertreten durch das ÖISS. Wegen der unklaren Rechtslage habe die Antragstellerin auch beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Allerdings sei in Pkt. I/2.1. der Ausschreibungsunterlagen als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, angegeben. Auch die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung seien von der Stadt Klagenfurt bekannt gegeben worden. Diese Entscheidungen seien von der vergebenden Stelle bzw. von der Auftraggeberin zu treffen. Da aber die Stadt Klagenfurt - und nicht etwa der Bund - diese Mitteilungen vorgenommen habe, könnte das Bundesvergabeamt zur Auffassung gelangen, dass keine bekämpfbaren Festlegungen der Auftraggeberin (Anmerkung, des Bundes) vorlägen und die Nachprüfungsanträge daher zurückzuweisen seien. Auftraggeber sei nach Ansicht der Antragstellerin die Republik Österreich, vertreten durch den Bundeskanzler, dieser vertreten durch das ÖISS. Wegen der unklaren Rechtslage habe die Antragstellerin auch beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten einen Nachprüfungsantrag eingebracht.

Angefochten würden die Zuschlagsentscheidung, das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin und das Unterlassen des Ausscheidens des Angebotes der Bietergemeinschaft C***/D***.

Die Antragstellerin habe ein evidenten Interesse am Vertragsabschluss. Sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, würde sie einen erheblichen finanziellen Schaden erleiden. Hinzu komme, dass es sich gegenständlich um ein Prestigeprojekt von weittragender Bedeutung handle. Die Antragstellerin habe fundierte Erfahrungen im Stadionbau und ein massives Interesse daran, diese Erfahrungen auch in Österreich zu vermarkten. Es würde also ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
auf Fällung einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des von ihr gelegten Angebots,
- -Strichaufzählung
auf Ausscheiden von Angeboten, die gemäß §§ 21, 91 und 98 BVergG auszuschneiden gewesen wären, auf
Ausscheiden von Angeboten, die gemäß Paragraphen 21, 91 und 98 BVergG auszuschneiden gewesen wären,
- -Strichaufzählung
auf Durchführung einer richtigen Angebotsbewertung auf Basis transparenter und vorweg festgelegter
Zuschlagskriterien,
- -Strichaufzählung
auf Gleichbehandlung aller Bieter,
- -Strichaufzählung
auf Geheimhaltung der angebotenen Preise,
- -Strichaufzählung
auf Durchführung eines fairen Wettbewerbs,
- -Strichaufzählung
auf Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen durch die Auftraggeberin,
- -Strichaufzählung

- auf Geheimhaltung bieterspezifischer Daten,
 - -Strichaufzählung
- sowie allgemein auf Durchführung eines den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Vergabeverfahrens.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass das Ausscheiden ihres Angebotes (bekannt gegeben am 15.3.2005) rechtswidrig erfolgt sei. Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden ihres Angebotes damit begründet, dass das Angebot nicht rechtsgültig unterfertigt gewesen sei. Tatsächlich ergebe sich aber, dass die dritte Seite des Formblattes "1" gefehlt habe und daher von der Antragstellerin nicht unterschrieben worden sei. Die Antragstellerin habe das Formblatt "1" aber bereits bei der Abgabe ihres ersten Angebotes im Oktober 2004 rechtsverbindlich unterfertigt. Es sei daher unzutreffend, dass die geforderte Erklärung nicht rechtswirksam unterschrieben worden sei. Außerdem sei das Formblatt "1" vom ÖISS mit Schreiben vom 9.2.2005 (Anm.: Aufforderung zur Abgabe eines LBO) nur unvollständig übermittelt worden. Die Seite 3 des Formblattes habe gefehlt. Der Antragstellerin habe diese Unvollständigkeit nicht auffallen müssen, da das übermittelte Formblatt "1" auch ohne die letzte Seite einen Sinn ergeben hätte. Sowohl das Hauptangebot als auch das Formblatt "1" seien also bereits im Oktober 2004 rechtsgültig und verbindlich unterfertigt worden. Am Bindungswillen der Antragstellerin könne daher nicht gezweifelt werden. Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass das Ausscheiden ihres Angebotes (bekannt gegeben am 15.3.2005) rechtswidrig erfolgt sei. Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden ihres Angebotes damit begründet, dass das Angebot nicht rechtsgültig unterfertigt gewesen sei. Tatsächlich ergebe sich aber, dass die dritte Seite des Formblattes "1" gefehlt habe und daher von der Antragstellerin nicht unterschrieben worden sei. Die Antragstellerin habe das Formblatt "1" aber bereits bei der Abgabe ihres ersten Angebotes im Oktober 2004 rechtsverbindlich unterfertigt. Es sei daher unzutreffend, dass die geforderte Erklärung nicht rechtswirksam unterschrieben worden sei. Außerdem sei das Formblatt "1" vom ÖISS mit Schreiben vom 9.2.2005 Anmerkung, Aufforderung zur Abgabe eines LBO) nur unvollständig übermittelt worden. Die Seite 3 des Formblattes habe gefehlt. Der Antragstellerin habe diese Unvollständigkeit nicht auffallen müssen, da das übermittelte Formblatt "1" auch ohne die letzte Seite einen Sinn ergeben hätte. Sowohl das Hauptangebot als auch das Formblatt "1" seien also bereits im Oktober 2004 rechtsgültig und verbindlich unterfertigt worden. Am Bindungswillen der Antragstellerin könne daher nicht gezweifelt werden.

In der Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin sei seitens des ÖISS festgehalten worden, dass das Angebot wegen des zu hohen Angebotspreises nicht in die weitere Bewertung einbezogen würde. Hiezu sei festzuhalten, dass die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip erfolgen solle. In einem Vergabeverfahren mit Bestbieterprinzip sei es aber nicht zulässig, ein Angebot nur wegen seines höchsten Preises nicht in die weitere Bewertung einzubeziehen. Der Angebotspreis sei nämlich "nicht das einzige Argument" für die Zuschlagserteilung. Der Zuschlagsempfänger müsse aus der Bewertung von nachvollziehbar gewichteten Zuschlagskriterien hervorgehen. Die Höhe des Angebotspreises allein könne daher kein Ausscheidungsgrund sein.

Als weiterer Ausscheidungsgrund sei von der Auftraggeberin auch § 98 Z 8 BVergG angegeben worden. Erstaunlich sei, dass seitens der Auftraggeberin in den technischen Aufklärungsgesprächen keine in diese Richtung weisenden Bemerkungen gemacht bzw. Fragen gestellt worden seien. Als weiterer Ausscheidungsgrund sei von der Auftraggeberin auch Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG angegeben worden. Erstaunlich sei, dass seitens der Auftraggeberin in den technischen Aufklärungsgesprächen keine in diese Richtung weisenden Bemerkungen gemacht bzw. Fragen gestellt worden seien.

Nach Ansicht der Antragstellerin basiere die Zuschlagsentscheidung auf nicht dem BVergG entsprechenden Zuschlagskriterien. In der Übermittlung eines "Drehbuches" für den Ablauf des Bewertungsvorganges erblickte die Antragstellerin ebenfalls einen weiteren Verstoß gegen tragende Prinzipien des Vergaberechts. Das als Bestbieterverfahren angekündigte Vergabeverfahren sei faktisch beinahe wie ein Billigstbieterverfahren geführt worden. Auch seien die (untauglichen und nicht konkretisierten) Zuschlagskriterien nicht gewichtet gewesen.

Am 2.2.2005 seien in der "E****" die Preise aller Angebote veröffentlicht worden. Diesen offensichtlichen Verstoß gegen das Geheimhaltungsgebot hätte man dadurch zu "sanieren" versucht, dass den Bietern ein zweites Angebot "abgefordert" worden sei. Zwischen der Aufforderung zur Abgabe eines Last and Best Offers (LBO) und dem Abgabetermin, seien lediglich 8 Tage gelegen. In dieser Zeit könne naturgemäß das ursprüngliche Projekt nicht wesentlich geändert werden und sei daher mit ähnlichen Preisen wie beim ersten Angebot zu rechnen. Ohne - faktisch unmögliche - Leistungsänderungen hätte aber kein wesentlich geringerer Preis angeboten werden dürfen, ohne sich dem Vorwurf eines spekulativen Preises auszusetzen.

Weiters wurde seitens der Antragstellerin vorgebracht, dass der "Zwang zur Einstimmigkeit" in der Bewertungskommission gegen die Grundsätze des § 21 BVergG verstoße. Falls es zutreffen sollte, dass Herr F***, der kolportiertermaßen der Bietergemeinschaft C***/D*** zuzuordnen sei, tatsächlich an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen aktiv mitgewirkt habe, widerspreche dies überdies § 21 Abs 3 BVergG, da ein fairer und lauterer Wettbewerb dadurch ausgeschlossen wäre. Auch habe eine mangelhafte Angebotsbewertung aufgrund einer untauglichen Einheitspreisabfrage (ohne Massen- und Mengenangabe) stattgefunden. Weiters wurde seitens der Antragstellerin vorgebracht, dass der "Zwang zur Einstimmigkeit" in der Bewertungskommission gegen die Grundsätze des Paragraph 21, BVergG verstoße. Falls es zutreffen sollte, dass Herr F***, der kolportiertermaßen der Bietergemeinschaft C***/D*** zuzuordnen sei, tatsächlich an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen aktiv mitgewirkt habe, widerspreche dies überdies Paragraph 21, Absatz 3, BVergG, da ein fairer und lauterer Wettbewerb dadurch ausgeschlossen wäre. Auch habe eine mangelhafte Angebotsbewertung aufgrund einer untauglichen Einheitspreisabfrage (ohne Massen- und Mengenangabe) stattgefunden.

Schließlich sei auch zu erwähnen, dass der Angebotspreis der Bietergemeinschaft C***/D*** ungewöhnlich niedrig sei. Die Auftraggeberin hätte daher eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Da es sich wohl um eine spekulative Preisgestaltung handle, wäre das Angebot der C***/D*** gemäß § 98 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen. Schließlich sei auch zu erwähnen, dass der Angebotspreis der Bietergemeinschaft C***/D*** ungewöhnlich niedrig sei. Die Auftraggeberin hätte daher eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Da es sich wohl um eine spekulative Preisgestaltung handle, wäre das Angebot der C***/D*** gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen.

Die in der Ausschreibung vorgesehenen wirtschaftlichen und rechtlichen Detailverhandlungen hätten (jedenfalls mit der Antragstellerin) nicht stattgefunden.

In einer Stellungnahme vom 31. März 2005 konkretisierte die Antragstellerin den drohenden Schaden mit einer Summe von Euro 4 Mio.

RA Mag. G*** brachte in der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2005 vor, dass die Antragstellerin bis zuletzt nicht von einem Auftraggeber "Klagenfurt" überzeugt gewesen sei. Den Nachprüfungsantrag beim UVS für Kärnten habe sie lediglich "aus Vorsichtsgründen gestellt".

In einer Stellungnahme vom 21. April 2005 hat die Antragstellerin weiters vorgebracht, dass das Bundesvergabeamt im Verfahren zu GZ 15N-06/04, aufgrund der Aussagen von Mag. H***, seine Zuständigkeit wahrgenommen habe. Das Bundesvergabeamt habe damals, entgegen der schon vorliegenden Grundsatzvereinbarung vom 18.11.2003, in Übereinstimmung mit der gebotenen ex ante-Betrachtungen, eine überwiegende Finanzierung durch den Bund angenommen. Das Bundesvergabeamt habe damals festgestellt, dass die in Punkt 8 der Grundsatzvereinbarung vereinbarte Drittelfinanzierung nicht den Tatsachen entspreche, da der Ausbau des Basisstadions und der Rückbau, welcher den größten Teil der Kosten ausmache, vom Bund bezahlt werde. Im Gegensatz hiezu habe Ministerialrat Dr. I*** in der Verhandlung vom 07. April 2005 ausgeführt, dass der Förderungsanteil des Bundes weniger als die Hälfte der projektierten Kosten betrage. Es werde also beantragt, Mag. H*** und einen informierten Vertreter des BMWA, welches für das erste Nachprüfungsverfahren zuständig gewesen sei, einzuvernehmen. Außerdem sei Dipl. Ing. J*** einzuvernehmen. Dipl. Ing. J*** könne Angaben dazu machen, warum trotz telefonischer Hinweise von Ministerialrat Dr. I*** im Juli/August 2004 keine Berichtigung der Bekanntmachung erfolgt sei.

Weiters wurde ausgeführt, dass im Sinne eines funktionellen Verständnisses des Auftraggeberbegriffes, wie sie der EuGH vertrete, der Bund möglicherweise allein schon deshalb als Auftraggeber anzusehen sei. Der Bund habe ja gegenständlich maßgebliche Leitungs- und Mitwirkungsbefugnisse.

In einer Entscheidung vom 03. April 2003, GZ 10F-14/02, habe das Bundesvergabeamt ausgesprochen, dass es zur Erfüllung des Auftraggeberbegriffes im Sinne des § 20 Z 4 BVergG nicht notwendigerweise auf den Vergabewillen ankomme. Für den Fall, dass gar kein Vergabewille gefasst worden sei, sei als Auftraggeber derjenige anzusehen, der den Willen zur Ausschreibung gehabt habe. Dies sei, wie sich aus dem vorgelegten Werkvertrag mit dem ÖISS ergebe, der Bund. In einer Entscheidung vom 03. April 2003, GZ 10F-14/02, habe das Bundesvergabeamt ausgesprochen, dass es zur Erfüllung des Auftraggeberbegriffes im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG nicht notwendigerweise auf den Vergabewillen ankomme. Für den Fall, dass gar kein Vergabewille gefasst worden sei, sei als Auftraggeber derjenige anzusehen, der den Willen zur Ausschreibung gehabt habe. Dies sei, wie sich aus dem vorgelegten Werkvertrag mit

dem ÖISS ergebe, der Bund.

Die Ungewissheit über die wahre Auftraggebereigenschaft sei jedenfalls vom Bund zu vertreten. In der EU-weiten Bekanntmachung und im Amtlichen Lieferungsanzeiger sei als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, genannt. Auch in den Ausschreibungen für die Stadionerweiterungen in Innsbruck und Salzburg, sei jeweils die Republik Österreich Bund, ÖISS, als Auftraggeber angeführt. In den Ausschreibungsunterlagen vom 13.8.2004 sei dann aber die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeber genannt. Die Antragstellerin, ein deutsches Unternehmen, habe ausschließlich Kontakt zum ÖISS gehabt, welches in der Bekanntmachung als Vertreterin des Bundes genannt worden sei. Es habe also für sie den Anschein gehabt, dass man es mit Vertretern des Bundes zu tun habe. Eine Änderung des Auftraggebers sei nie offiziell bekannt gemacht worden. Daher sei auch der Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen auf die Stadt Klagenfurt aus Sicht der Antragstellerin nicht von Bedeutung gewesen. Es sei daher unzutreffend, wenn behauptet würde, dass die Bieter spätestens am 13.08.2004 mit der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen über den "richtigen" Auftraggeber informiert worden seien. Auch im Rahmen der Vergabeverfahren zur Erweiterung der Stadien in Salzburg und Innsbruck sei eine solche "Berichtigung" so nicht erfolgt. Die Ausschreibungen seien ebenfalls vom ÖISS durchgeführt worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 14.01.2005 durch die Innsbrucker Sportanlagenerrichtungs- und verwertungs GmbH bzw. durch die SWS Stadion Salzburg-Wals/Siezenheim Planungs- und Errichtungsgesellschaft mbH, erfolgt. Beide Gesellschaften würden jedoch weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt.

Mangels Konkretisierung und Eindeutigkeit könne also von einer Zustimmung der Bieter zu einem möglichen Auftraggeberwechsel keine Rede sein.

In den Korrespondenzen der Antragstellerin mit dem ÖISS sei seitens des ÖISS nie klar gestellt worden, dass nicht der Bund Auftraggeber sei.

Der in der Bekanntmachung genannte Auftraggeber müsse sich auch als solcher behandeln lassen, wenn er trotz Kenntnis der von ihm verursachten Ungewissheit, diese nicht beseitige und dadurch die Gefahr entstehe, dass den Bietern jeglicher effektive Rechtsschutz genommen werde.

In der Folge brachte die Antragstellerin einige Judikate, zum Beispiel des UVS für Tirol bzw. des VwGH und des BVA vor, die ihre Rechtsmeinung stützen sollten. Sämtliche dargestellten Entscheidungen würden nach Ansicht der Antragstellerin dem tragenden Grundsatz folgen, dass ein effektiver Bieterschutz gewährleistet sein müsse. Es dürfe keine Rechtsschutzlücke entstehen. Der § 20 Z 4 BVergG sei daher richtlinienkonform so auszulegen, dass davon nur Fälle umfasst seien, in denen keine Bekanntmachungsmängel vorlägen. In der Folge brachte die Antragstellerin einige Judikate, zum Beispiel des UVS für Tirol bzw. des VwGH und des BVA vor, die ihre Rechtsmeinung stützen sollten. Sämtliche dargestellten Entscheidungen würden nach Ansicht der Antragstellerin dem tragenden Grundsatz folgen, dass ein effektiver Bieterschutz gewährleistet sein müsse. Es dürfe keine Rechtsschutzlücke entstehen. Der Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG sei daher richtlinienkonform so auszulegen, dass davon nur Fälle umfasst seien, in denen keine Bekanntmachungsmängel vorlägen.

Selbst wenn man zu der unzutreffenden Ansicht gelangen würde, dass im Zusammenhang mit der Bekanntmachung ein Irrtum unterlaufen wäre, eine Berichtigung der Bekanntmachung nicht nötig gewesen wäre, der Bund keinen Vergabewillen gefasst hätte und auch keine überwiegende Finanzierung durch den Bund vorläge, so wäre das Bundesvergabeamt vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung des Erfordernisses eines effektiven Rechtsschutzes im konkreten Einzelfall für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig. Auch die Anwendung von, an sich rechtmäßigen Regelungen, könne im Einzelfall einen Verstoß gegen das Effektivitätsgebot darstellen (EuGH Santex). Durch die Entscheidung des UVS für Kärnten vom 06.04.2005, in welcher sich dieser für unzuständig erklärt habe, könne das Effektivitätsgebot und damit das Recht auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung ausschließlich dadurch gewahrt werden, dass sich das Bundesvergabeamt für zuständig erklären würde. Dem entgegen entstehende Bestimmungen seien selbst dann nicht anzuwenden, wenn sich nicht per se gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Dies gelte vor allem für § 20 Z 4 BVergG. Der zivilrechtliche Auftraggeberbegriff habe daher im gegenständlichen Verfahren wegen des geschaffenen und nicht korrigierten Rechtsscheins und der vom Auftraggeber zu vertretenden und nicht beseitigten Ungewissheit, der Bekanntmachung zu weichen. Der Bund müsse sich daher als Auftraggeber behandeln lassen. Es gehe nicht darum, ob der Bund einen

Vergabewillen gefasst habe oder nicht, sondern nur um die vergaberechtliche Rechtsscheinshaftung und die Notwendigkeit eines effizienten Rechtsschutzes. Selbst wenn man zu der unzutreffenden Ansicht gelangen würde, dass im Zusammenhang mit der Bekanntmachung ein Irrtum unterlaufen wäre, eine Berichtigung der Bekanntmachung nicht nötig gewesen wäre, der Bund keinen Vergabewillen gefasst hätte und auch keine überwiegende Finanzierung durch den Bund vorläge, so wäre das Bundesvergabeamt vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung des Erfordernisses eines effektiven Rechtsschutzes im konkreten Einzelfall für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig. Auch die Anwendung von, an sich rechtmäßigen Regelungen, könne im Einzelfall einen Verstoß gegen das Effektivitätsgebot darstellen (EuGH Santex). Durch die Entscheidung des UVS für Kärnten vom 06.04.2005, in welcher sich dieser für unzuständig erklärt habe, könne das Effektivitätsgebot und damit das Recht auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung ausschließlich dadurch gewahrt werden, dass sich das Bundesvergabeamt für zuständig erklären würde. Dem entgegen entstehende Bestimmungen seien selbst dann nicht anzuwenden, wenn sich nicht per se gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Dies gelte vor allem für Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG. Der zivilrechtliche Auftraggeberbegriff habe daher im gegenständlichen Verfahren wegen des geschaffenen und nicht korrigierten Rechtsscheins und der vom Auftraggeber zu vertretenden und nicht beseitigten Ungewissheit, der Bekanntmachung zu weichen. Der Bund müsse sich daher als Auftraggeber behandeln lassen. Es gehe nicht darum, ob der Bund einen Vergabewillen gefasst habe oder nicht, sondern nur um die vergaberechtliche Rechtsscheinshaftung und die Notwendigkeit eines effizienten Rechtsschutzes.

Beweisthema für Mag. H***:

- -Strichaufzählung
Finanzierungsverhältnisse im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens

Beweisthema für Dipl. Ing.J***:

- -Strichaufzählung
Hat das ÖISS die Vergabebekanntmachung im Auftrag der Stadt Klagenfurt durchgeführt?
- -Strichaufzählung
Hat MR I*** DI J*** darauf aufmerksam gemacht, dass in der Bekanntmachung irrtümlich der Bund als Auftraggeber genannt worden sei?
- -Strichaufzählung
Warum ist keine Berichtigung der Bekanntmachung erfolgt?
- -Strichaufzählung
Ist es zu einer Änderung des schriftlich abgeschlossenen Werkvertrages im Zusammenhang mit der Vergabe des Stadions Klagenfurt gekommen oder nicht?
- -Strichaufzählung
Wer hat den Werkslohn für die Tätigkeit des ÖISS bezahlt?
- -Strichaufzählung
Wer hat dem ÖISS den Auftrag zur Ausschreibung erteilt?

In einer Stellungnahme vom 24. März 2005, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 29. März 2005, hat das Bundeskanzleramt vorgebracht, dass als Auftraggeberin im gegenständlichen Nachprüfungsantrag die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das ÖISS, bezeichnet werde. Dies sei jedoch unzutreffend, da nicht der Bund, sondern die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei. Das Bundeskanzleramt sei in das Vergabeverfahren nicht einbezogen gewesen, das Vergabemanagement sei vom ÖISS durchgeführt worden. In der Folge werde auf die Stellungnahme des ÖISS verwiesen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 7. April 2005 hat der Vertreter des Bundeskanzleramts, MR Dr. I***, bekräftigt, dass der Bund nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. In der Grundsatzvereinbarung vom 18.11.2003, Punkt II, Zi 5, habe sich die Stadt Klagenfurt verpflichtet, das Stadion zu errichten. Der Bund habe sich gemäß Punkt II, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung lediglich verpflichtet, das ÖISS zu beauftragen, namens der Stadt Klagenfurt das Vergabeverfahren durchzuführen. Ergänzend hielt MR. Dr. I*** fest, dass sich gemäß der "Stadionvereinbarung" die Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions Klagenfurt verpflichtet habe. Es gebe weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen, wonach der Bund die

Verpflichtungen der Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions übernommen hätte. Die Stadt Klagenfurt habe weder das Vergabeverfahren noch die angefochtene Zuschlagsentscheidung, noch den Zuschlag vom 7.4.2005 im Auftrag des Bundes durchgeführt bzw. vorgenommen. Es gebe weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen, wonach die Stadt Klagenfurt im Auftrag des Bundes das Verfahren zu führen, die Zuschlagsentscheidung zu treffen oder den Zuschlag zu erteilen gehabt hätte. Der Bund sei also nicht Auftraggeber. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 7. April 2005 hat der Vertreter des Bundeskanzleramts, MR Dr. I***, bekräftigt, dass der Bund nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. In der Grundsatzvereinbarung vom 18.11.2003, Punkt römisch zwei, Zi 5, habe sich die Stadt Klagenfurt verpflichtet, das Stadion zu errichten. Der Bund habe sich gemäß Punkt römisch zwei, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung lediglich verpflichtet, das ÖISS zu beauftragen, namens der Stadt Klagenfurt das Vergabeverfahren durchzuführen. Ergänzend hielt MR. Dr. I*** fest, dass sich gemäß der "Stadionvereinbarung" die Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions Klagenfurt verpflichtet habe. Es gebe weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen, wonach der Bund die Verpflichtungen der Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions übernommen hätte. Die Stadt Klagenfurt habe weder das Vergabeverfahren noch die angefochtene Zuschlagsentscheidung, noch den Zuschlag vom 7.4.2005 im Auftrag des Bundes durchgeführt bzw. vorgenommen. Es gebe weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen, wonach die Stadt Klagenfurt im Auftrag des Bundes das Verfahren zu führen, die Zuschlagsentscheidung zu treffen oder den Zuschlag zu erteilen gehabt hätte. Der Bund sei also nicht Auftraggeber.

Der Bund wäre auch nicht (mehr) zuständig, eine Bundessporteinrichtung wie das gegenständliche Stadion zu errichten. Mit 1. Jänner 1999, BGBl I Nr. 149/1998, sei das Bundes-Sportförderungsgesetz dergestalt geändert worden, dass der Bund nur mehr die Befugnis habe, die Errichtung derartiger Sportstätten zu fördern. Der Bund sei also (bloßer) Förderungsgeber. In der Folge habe der Bund im Bundesfinanzgesetz die Förderungsansätze entsprechend seines Förderungsanteiles (an den Kosten der Errichtung des Stadions Klagenfurt) vorgesehen: "Der Kostenanteil, den der Bund fördere, belaufe sich insgesamt auf jedenfalls deutlich weniger als 50% der Gesamtkosten. Dies inkludiere die Errichtung des Basisstadions, dessen temporären Ausbau sowie den Rückbau auf 12.000 Sitzplätze". Der Bund wäre auch nicht (mehr) zuständig, eine Bundessporteinrichtung wie das gegenständliche Stadion zu errichten. Mit 1. Jänner 1999, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 149 aus 1998,, sei das Bundes-Sportförderungsgesetz dergestalt geändert worden, dass der Bund nur mehr die Befugnis habe, die Errichtung derartiger Sportstätten zu fördern. Der Bund sei also (bloßer) Förderungsgeber. In der Folge habe der Bund im Bundesfinanzgesetz die Förderungsansätze entsprechend seines Förderungsanteiles (an den Kosten der Errichtung des Stadions Klagenfurt) vorgesehen: "Der Kostenanteil, den der Bund fördere, belaufe sich insgesamt auf jedenfalls deutlich weniger als 50% der Gesamtkosten. Dies inkludiere die Errichtung des Basisstadions, dessen temporären Ausbau sowie den Rückbau auf 12.000 Sitzplätze".

MR Dr. I*** gab weiters an, dass die Nennung der Republik Österreich (Bund) in der Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Teilnahmeantrag, irrtümlich erfolgt sei. Das ÖISS habe als "Vergabemanager" im Auftrag der Stadt Klagenfurt die Publikation im Amtsblatt der EG und im Amtlichen Lieferungsanzeiger veranlasst und durchgeführt. Der Bund könne nicht verhindern, dass ihn jemand - fälschlich - in einer öffentlichen Bekanntmachung als Auftraggeber anführe. Im Vorfeld der Sitzung der technischen Arbeitsgruppe über die Ausschreibungsunterlage für Phase 2 (Anm.: dessen Mitglied MR I*** ist), habe er vom ÖISS den Teilnahmeantrag angefordert; "dies dürfte im Juli oder August 2004 gewesen sein" (mit der Erstellung der Unterlagen in der 1. Phase sei die technische Arbeitsgruppe nicht befasst gewesen). Nachdem ihm aufgefallen sei, dass in der EUweiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und auch in den Teilnahmeunterlagen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber genannt gewesen sei, habe er Dir DI J***, ÖISS, telefonisch auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht. Das Telefonat mit Dir J*** habe vor der Bieterauswahl stattgefunden. Die "Berichtigung" der Auftraggeberbezeichnung sei dadurch erfolgt, dass in den Ausschreibungsunterlagen (13.8.2004) als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt (gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft) genannt worden sei. Die Entscheidung der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005, den Zuschlag zu erteilen, sei eine autonome Entscheidung der Stadt Klagenfurt als Auftraggeber. MR Dr. I*** gab weiters an, dass die Nennung der Republik Österreich (Bund) in der Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Teilnahmeantrag, irrtümlich erfolgt sei. Das ÖISS habe als "Vergabemanager" im Auftrag der Stadt Klagenfurt die Publikation im Amtsblatt der EG und im Amtlichen Lieferungsanzeiger veranlasst und durchgeführt. Der Bund könne nicht verhindern, dass ihn jemand - fälschlich - in einer öffentlichen Bekanntmachung als Auftraggeber anführe. Im Vorfeld der Sitzung der technischen Arbeitsgruppe über die Ausschreibungsunterlage für

Phase 2 Anmerkung, dessen Mitglied MR I*** ist), habe er vom ÖISS den Teilnahmeantrag angefordert; "dies dürfte im Juli oder August 2004 gewesen sein" (mit der Erstellung der Unterlagen in der 1. Phase sei die technische Arbeitsgruppe nicht befasst gewesen). Nachdem ihm aufgefallen sei, dass in der EUweiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und auch in den Teilnahmeunterlagen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber genannt gewesen sei, habe er Dir DI J***, ÖISS, telefonisch auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht. Das Telefonat mit Dir J*** habe vor der Bieterauswahl stattgefunden. Die "Berichtigung" der Auftraggeberbezeichnung sei dadurch erfolgt, dass in den Ausschreibungsunterlagen (13.8.2004) als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt (gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft) genannt worden sei. Die Entscheidung der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005, den Zuschlag zu erteilen, sei eine autonome Entscheidung der Stadt Klagenfurt als Auftraggeber.

Das BKA sei im Verfahren betreffend den Bescheid des BVA vom 29.3.2004, GZ 15N-06/04-29, nicht Vertreterin des Bundes gewesen. RA Dr. K*** sei nicht vom Bund beauftragt gewesen, im Vergabeverfahren tätig zu werden, den Auftrag hiezu hätte das ÖISS aus eigenem erteilt. Auch Mag. H*** habe nicht Auftrags des Bundes agiert.

Weiters erklärte MR Dr. I***, dass seitens des Bundes in seiner "Funktion als Schiedsrichter" ein Gutachten in Auftrag gegeben worden sei. Dieses sollte als "Obergutachten" der zwei sich widersprechenden Gutachten von Anwaltskanzleien dienen und Unklarheiten beseitigen. Die "Schiedsrichterposition" des Bundes sei von der Stadt Klagenfurt angeregt worden. Die Empfehlungen des Gutachtens hätten sich jedenfalls nicht an den Auftraggeber des Gutachtens, also den Bund, sondern an die Stadt Klagenfurt gerichtet. Die gutachtenden Professoren hätten, trotz der fälschlicherweise als Auftraggeber genannten Republik Österreich, eindeutig die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin des Vergabeverfahrens angesehen.

Ergänzend führte MR I*** aus, dass die in der Grundsatzvereinbarung (Z 4 und 8) dargelegte "Drittelfinanzierung" zum Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes gültig gewesen sei. Der Fördervertrag, auf den in der Grundsatzvereinbarung Bezug genommen werde, sei noch nicht abgeschlossen worden. Ergänzend führte MR I*** aus, dass die in der Grundsatzvereinbarung (Ziffer 4 und 8) dargelegte "Drittelfinanzierung" zum Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes gültig gewesen sei. Der Fördervertrag, auf den in der Grundsatzvereinbarung Bezug genommen werde, sei noch nicht abgeschlossen worden.

Ursprünglich sei geplant gewesen, dass das Vergabeverfahren betreffend die Errichtung des Basisstadions von der Stadt Klagenfurt selbst durchgeführt würde. Das ÖISS sollte (lediglich) das Vergabemanagement für den Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt auf 30.000 Sitzplätze durchführen. Aus diesem Grunde sei vorgesehen gewesen, dass der Bund sämtliche Kosten, die der Einsatz des ÖISS in den Verfahren zum Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt verursache, tragen solle. Ein Drittel dieser Kosten sollte dann je Standort auf den Förderbetrag des Bundes saldiert werden. Im Zeitraum zwischen der Erstellung der Grundsatzvereinbarung und der Unterzeichnung des Werkvertrags habe sich die Stadt Klagenfurt aber entschieden, auch das Vergabemanagement für die Errichtung des Basisstadions an das ÖISS zu vergeben.

In einer Stellungnahme des ÖISS bzw. der Stadt Klagenfurt vom 29. März 2005, beide vertreten durch X** RAe OEG bzw. Y*** Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, wurde vorgebracht, dass das Bundesvergabeamt zur gegenständlichen Nachprüfung nicht zuständig sei.

Das Verfahren sei am 3.1.2004 EU-weit bekannt gemacht worden. Darin sei als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, ÖISS, angeführt. Auch in den Teilnahmeunterlagen werde die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber bezeichnet. Gemäß der Grundsatzvereinbarung vom 18. November 2003, geschlossen zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt, verpflichte sich aber die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau. In Pkt. 7 der Grundsatzvereinbarung sei festgelegt, dass der Bund das ÖISS beauftragen werde, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren durchzuführen. Die Kosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus seien gemäß Pkt. 8 der Grundsatzvereinbarung grundsätzlich nur zu einem Drittel vom Bund zu tragen. Auch gemäß Werkvertrag vom 17.12.2003, abgeschlossen zwischen dem Bund und dem ÖISS, sei Auftraggeber die Stadt Klagenfurt. In den, in der Folge an die qualifizierten Bewerber versandten Ausschreibungsunterlagen, wird als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, vertreten durch das ÖISS, angeführt.

Entscheidend sei, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt zivilrechtlicher Vertragspartner und damit Auftraggeberin werden solle. Daran könne auch die Fehlbenennung in den Teilnahmeunterlagen nichts ändern.

Im Rahmen einer weiteren Stellungnahme des ÖISS bzw. der mitbeteiligten Partei Stadt Klagenfurt vom 1. April 2005 wurde neuerlich darauf hingewiesen, dass sich unter Zugrundelegung der maßgeblichen vertraglichen Grundlagen, des Vergabeaktes sowie generell des gesamten bisherigen Verfahrens, klar und eindeutig ergebe, dass der Stadt Klagenfurt - und nur dieser - die Eigenschaft des Auftraggebers iSd § 20 Z 4 BVergG zukomme. Auftraggeber, Stadionerrichter und Eigentümer des Stadions Klagenfurt sei bzw. solle werden die Stadt Klagenfurt. Das ÖISS sei (lediglich) vergebende Stelle. Die Liegenschaften, auf denen das Basisstadion errichtet werden solle, befänden sich im Eigentum der Stadt Klagenfurt. Eine Vereinbarung zwischen Klagenfurt und dem Bund, welche den Bund zur Bauführung auf fremdem Grund ermächtigen würde, existiere nicht. Eine Errichtung des Stadions im Auftrag des Bundes sei daher rechtlich gar nicht möglich. Dementsprechend bestünde auf Seiten des Bundes auch nur eine budgetäre Bedeckung für die anteilige Förderung des Projektes und nicht etwa für die Errichtung bzw. den Umbau des Stadions im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Bundes.

Im Rahmen einer weiteren Stellungnahme des ÖISS bzw. der mitbeteiligten Partei Stadt Klagenfurt vom 1. April 2005 wurde neuerlich darauf hingewiesen, dass sich unter Zugrundelegung der maßgeblichen vertraglichen Grundlagen, des Vergabeaktes sowie generell des gesamten bisherigen Verfahrens, klar und eindeutig ergebe, dass der Stadt Klagenfurt - und nur dieser - die Eigenschaft des Auftraggebers iSd Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG zukomme. Auftraggeber, Stadionerrichter und Eigentümer des Stadions Klagenfurt sei bzw. solle werden die Stadt Klagenfurt. Das ÖISS sei (lediglich) vergebende Stelle. Die Liegenschaften, auf denen das Basisstadion errichtet werden solle, befänden sich im Eigentum der Stadt Klagenfurt. Eine Vereinbarung zwischen Klagenfurt und dem Bund, welche den Bund zur Bauführung auf fremdem Grund ermächtigen würde, existiere nicht. Eine Errichtung des Stadions im Auftrag des Bundes sei daher rechtlich gar nicht möglich. Dementsprechend bestünde auf Seiten des Bundes auch nur eine budgetäre Bedeckung für die anteilige Förderung des Projektes und nicht etwa für die Errichtung bzw. den Umbau des Stadions im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Bundes.

Spätestens mit Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen am 13.8.2004 sei jedem Bieter klar gewesen, dass er im Falle eines Zuschlages mit der Landeshauptstadt Klagenfurt kontrahieren werde. Mit Abgabe der Angebote hätten sich die Bieter an einen Auftraggeber Klagenfurt gebunden; dies sei übrigens auch bereits mit Unterfertigung des Formblattes "1" durch die Bieter geschehen.

Daher sei der UVS für Kärnten und nicht das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig.

In der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EU und im Amtlichen Lieferungsanzeiger sei irrtümlich nicht die Stadt Klagenfurt, sondern der Bund als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet worden. In den - letztendlich maßgeblichen - Ausschreibungsunterlagen werde diese Fehlbezeichnung aber ohnehin aufgeklärt bzw. berichtigt.

Die Auftraggebereigenschaft richte sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Auch der VwGH habe judiziert, dass - selbst bei ausgeprägten Mitwirkungsrechten eines anderen an sich auch öffentlichen Auftraggebers - Auftraggeber (nur) derjenige sei, der beabsichtige, den Auftrag im eigenen Namen zu erteilen und Eigentümer der beschafften Leistung zu werden. Auch unter Zugrundelegung der Rechtssprechung des BVA zu § 20 Z 4 BVergG, wonach jene Einrichtung, die gemäß einer ex ante-Betrachtung den vergaberechtlichen Willen zur Ausschreibungseinleitung gefasst habe, als Auftraggeber gelte, müsse die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin qualifiziert werden. Aus der Grundsatzvereinbarung, dem Werkvertrag und der Stadionvereinbarung gehe unzweifelhaft der vergaberelevante Wille der Stadt Klagenfurt hervor. Die Bekanntmachung entfalte per se keine Bindungswirkung oder eine "Umleitung" auf einen anderen Rechtsträger. Selbst wenn man den Bund als (anfänglichen) Auftraggeber qualifizieren wollte, sei zu beachten, dass ein Auftraggeberwechsel mit Zustimmung aller Bieter in einem laufenden Verfahren möglich sei. Eine solche "Zustimmung" sei durch die Angebotslegung an die Stadt Klagenfurt gegeben. Sämtliche Bieter hätten Angebote gelegt ohne sich gegen die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber auszusprechen bzw. diese "Tatsache" zu rügen.

Die Auftraggebereigenschaft richte sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Auch der VwGH habe judiziert, dass - selbst bei ausgeprägten Mitwirkungsrechten eines anderen an sich auch öffentlichen Auftraggebers - Auftraggeber (nur) derjenige sei, der beabsichtige, den Auftrag im eigenen Namen zu erteilen und Eigentümer der beschafften Leistung zu werden. Auch unter Zugrundelegung der Rechtssprechung des BVA zu Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG, wonach jene Einrichtung, die gemäß einer ex ante-Betrachtung den vergaberechtlichen Willen zur Ausschreibungseinleitung gefasst habe, als Auftraggeber gelte, müsse die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin qualifiziert werden. Aus der Grundsatzvereinbarung, dem Werkvertrag und der Stadionvereinbarung gehe unzweifelhaft der vergaberelevante Wille der Stadt Klagenfurt hervor. Die Bekanntmachung entfalte per se keine Bindungswirkung oder eine "Umleitung" auf einen anderen

Rechtsträger. Selbst wenn man den Bund als (anfänglichen) Auftraggeber qualifizieren wollte, sei zu beachten, dass ein Auftraggeberwechsel mit Zustimmung aller Bieter in einem laufenden Verfahren möglich sei. Eine solche "Zustimmung" sei durch die Angebotslegung an die Stadt Klagenfurt gegeben. Sämtliche Bieter hätten Angebote gelegt ohne sich gegen die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber auszusprechen bzw. diese "Tatsache" zu rügen.

Entsprechend dieser irrtümlichen Bezeichnung des Auftraggebers sei auch die nationale Bekanntmachung nicht in der "Kärntner Landeszeitung - Amtsblatt für das Land Kärnten", sondern im Amtlichen Lieferungsanzeiger veröffentlicht worden.

Die Fehlbezeichnung in der Bekanntmachung könne im Bezug auf die Rechtswirksamkeit der Bekanntmachung keine Konsequenzen haben. Den Zielen der Bekanntmachungsverpflichtungen sei durch die gegenständliche Bekanntmachung genüge getan; dies zeige nicht zuletzt auch die Zusammensetzung der Bieter (deutsche Unternehmen neben Unternehmen aus Kärnten). Auszuschließen sei daher jedenfalls, dass durch die Fehlbezeichnung des Auftraggebers ein potenzieller Bewerber von der Bewerbung abgehalten worden sei bzw. sich im Fall der Bezeichnung "Auftraggeber Stadt Klagenfurt" der Bewerberkreis erweitert hätte. Umgekehrt sei auch auszuschließen, dass sich ein Bewerber nur deswegen für die Teilnahme interessiert hätte, da er von einem Auftraggeber Bund ausgegangen sei. Die Identität des Auftraggebers sei von den Bietern bei Angebotsabgabe nicht hinterfragt bzw. problematisiert worden. Gleiches gelte für die Bekanntmachung im Amtlichen Lieferungsanzeiger. Wenngleich von Gesetzeswegen der Amtliche Lieferungsanzeiger dem Bund bzw. dem ihm zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebern zugeordnet werde und die Kärntner Landeszeitung den öffentlichen Auftraggebern im Landesbereich, so sei doch davon auszugehen, dass beide Publikationsorgane von sämtliche potenziellen Bewerbern in gleicher Weise gelesen würden. Auch durch die Wahl des Publikationsorgans sei somit keine Veränderung des Bewerberkreises denkbar. Darüber hinaus knüpfe das BVergG (im nunmehrigen Verfahrensstand) an die Wahl eines "falschen" nationalen Publikationsorgans oder an die Fehlbezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung weder subjektive noch objektive Rechtsfolgen. Es sei nämlich denkunmöglich, dass einem Bieter durch die Wahl des falschen Publikationsorgans oder die Fehlbezeichnung des Auftraggebers ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Auch sei die Wahl des nationalen Publikationsorgans bzw. die Fehlbezeichnung des Auftraggebers im gegenständlichen Fall für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss, sodass eine Nichtigkeitsklärung gemäß § 174 Abs 1 BVergG ohnehin nicht in Frage käme. Abgesehen davon wären angebliche Rechtswidrigkeiten gemäß § 169 Abs 1 Z 9 BVergG unverzüglich ab Kenntnis, dh spätestens nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, geltend zu machen gewesen. Dies sei jedoch nicht geschehen.

Die Fehlbezeichnung in der Bekanntmachung könne im Bezug auf die Rechtswirksamkeit der Bekanntmachung keine Konsequenzen haben. Den Zielen der Bekanntmachungsverpflichtungen sei durch die gegenständliche Bekanntmachung genüge getan; dies zeige nicht zuletzt auch die Zusammensetzung der Bieter (deutsche Unternehmen neben Unternehmen aus Kärnten). Auszuschließen sei daher jedenfalls, dass durch die Fehlbezeichnung des Auftraggebers ein potenzieller Bewerber von der Bewerbung abgehalten worden sei bzw. sich im Fall der Bezeichnung "Auftraggeber Stadt Klagenfurt" der Bewerberkreis erweitert hätte. Umgekehrt sei auch auszuschließen, dass sich ein Bewerber nur deswegen für die Teilnahme interessiert hätte, da er von einem Auftraggeber Bund ausgegangen sei. Die Identität des Auftraggebers sei von den Bietern bei Angebotsabgabe nicht hinterfragt bzw. problematisiert worden. Gleiches gelte für die Bekanntmachung im Amtlichen Lieferungsanzeiger. Wenngleich von Gesetzeswegen der Amtliche Lieferungsanzeiger dem Bund bzw. dem ihm zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebern zugeordnet werde und die Kärntner Landeszeitung den öffentlichen Auftraggebern im Landesbereich, so sei doch davon auszugehen, dass beide Publikationsorgane von sämtliche potenziellen Bewerbern in gleicher Weise gelesen würden. Auch durch die Wahl des Publikationsorgans sei somit keine Veränderung des Bewerberkreises denkbar. Darüber hinaus knüpfe das BVergG (im nunmehrigen Verfahrensstand) an die Wahl eines "falschen" nationalen Publikationsorgans oder an die Fehlbezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung weder subjektive noch objektive Rechtsfolgen. Es sei nämlich denkunmöglich, dass einem Bieter durch die Wahl des falschen Publikationsorgans oder die Fehlbezeichnung des Auftraggebers ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Auch sei die Wahl des nationalen Publikationsorgans bzw. die Fehlbezeichnung des Auftraggebers im gegenständlichen Fall für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss, sodass eine Nichtigkeitsklärung gemäß Paragraph 174, Absatz eins, BVergG ohnehin nicht in Frage käme. Abgesehen davon wären angebliche Rechtswidrigkeiten gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG unverzüglich ab Kenntnis, dh spätestens nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, geltend zu machen gewesen. Dies sei jedoch nicht geschehen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 brachte der Vertreter der Stadt Klagenfurt bzw. des ÖISS vor, dass sämtliche Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS Kärnten am 6.4.2005 einhellig die Zuständigkeit des UVS Kärnten geltend gemacht hätten. Es sei nicht Teil des Spruches des Bescheides des UVS für Kärnten, dass der Bund Auftraggeber sei.

Allen Bietern und Bietergemeinschaften sei jedenfalls spätestens mit Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen vom 13.8.2004 klar gewesen, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei. Die Ausschreibungsunterlagen seien allen Bietern zugegangen. Alle qualifizierten Bewerber bzw. Bieter seien daher über die Auftraggebereigenschaft der Stadt Klagenfurt informiert gewesen. Eine weitere Klarstellung in Form einer EU-weiten Bekanntmachung sei daher entbehrlich gewesen. Ein Mehr an Transparenz bzw. zusätzliche oder andere Angebote wären dadurch nicht zu Stande gekommen.

Eine überwiegende Finanzierung des Vorhabens durch den Bund sei nicht gegeben. Daraus ergebe sich eine überwiegende Finanzierung durch "Landesauftraggeber". Zu den Ergebnissen des Verfahrens GZ 15N-06/04 (Anm: Dass der Bund Auftraggeber sei, da dessen Finanzierungsanteil mehr als 50% betrage) werde vorgebracht, dass Mag. H*** im damaligen Nachprüfungsverfahren nicht Parteienvertreter, sondern lediglich Auskunftsperson gewesen sei. RA Dr. K*** sei vom ÖISS und nicht vom Bund beauftragt gewesen. Warum er den Bund als Auftraggeber bezeichnet habe, sei nicht klar, hätte aber wohl prozesstaktische Überlegungen gehabt. Eine überwiegende Finanzierung des Vorhabens durch den Bund sei nicht gegeben. Daraus ergebe sich eine überwiegende Finanzierung durch "Landesauftraggeber". Zu den Ergebnissen des Verfahrens GZ 15N-06/04 Anmerkung, Dass der Bund Auftraggeber sei, da dessen Finanzierungsanteil mehr als 50% betrage) werde vorgebracht, dass Mag. H*** im damaligen Nachprüfungsverfahren nicht Parteienvertreter, sondern lediglich Auskunftsperson gewesen sei. RA Dr. K*** sei vom ÖISS und nicht vom Bund beauftragt gewesen. Warum er den Bund als Auftraggeber bezeichnet habe, sei nicht klar, hätte aber wohl prozesstaktische Überlegungen gehabt.

Weiter sei anzumerken, dass eine, bloß in Planung befindliche Gesellschaft unbekannter Rechtsform, weder Träger von Rechten und Pflichten sein könne, noch als "Vor-GmbH" qualifiziert werden könne. Nach ständiger Judikatur des BVA könne eine noch nicht gegründete Gesellschaft nicht als Auftraggeber qualifiziert werden. Sollte eine solche Errichtungs- und Betriebsgesellschaft tatsächlich gegründet werden, so werde sie jedenfalls im ausschließlichen oder überwiegenden Eigentum der Stadt Klagenfurt stehen; eine Bundesbeteiligung sei nicht geplant.

DI L***, Magistrat Klagenfurt, Koordinator des Bauvorhabens zur Errichtung des Fußballstadions für die EURO 2008, gab in der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2005 über Befragen an, dass sein "Auftraggeber und Ansprechpartner" Bgm Dkfm. M*** gewesen sei. Er (Anm: DI L***) habe als Projektleiter die "Bauherrnfunktion" wahrgenommen. Die Stadt Klagenfurt sei von Beginn an Auftraggeberin gewesen. Sie habe sich um die Austragung der EURO 2008 beworben und sei somit schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens gegenüber der UEFA und gegenüber dem ÖFB als Gastgeberstadt für die EURO 2008 festgestanden. Die Stadt Klagenfurt habe nur das Vergabemanagement an das ÖISS ausgelagert. Für die Stadt Klagenfurt sei von Anfang an klar gewesen, dass das ÖISS vergebende Stelle sei. Bei der Nennung der Republik Österreich als Auftraggeberin in der Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und in den Teilnahmeunterlagen habe es sich wohl um einen Irrtum gehandelt. Die Vergabebekanntmachung und die Teilnahmeunterlagen seien ihm erst im Jänner 2004 bekannt geworden. Es sei ihm zunächst nicht aufgefallen, dass in beiden Unterlagen die Republik Österreich als Auftraggeberin genannt gewesen sei. "Den genauen Zeitpunkt, zu dem mir das bewusst geworden ist, kann ich nicht nennen, da ich es nicht als meine vordringliche Aufgabe empfunden habe, diesbezüglich Überprüfungsmaßnahmen durchzuführen". Eine Berichtigung dessen sei nicht in Erwägung gezogen, sondern eine Richtigstellung im weiteren Vergabeverfahren vorgenommen worden. DI L***, Magistrat Klagenfurt, Koordinator des Bauvorhabens zur Errichtung des Fußballstadions für die EURO 2008, gab in der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2005 über Befragen an, dass sein "Auftraggeber und Ansprechpartner" Bgm Dkfm. M*** gewesen sei. Er (Anm: DI L***) habe als Projektleiter die "Bauherrnfunktion" wahrgenommen. Die Stadt Klagenfurt sei von Beginn an Auftraggeberin gewesen. Sie habe sich um die Austragung der EURO 2008 beworben und sei somit schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens gegenüber der UEFA und gegenüber dem ÖFB als Gastgeberstadt für die EURO 2008 festgestanden. Die Stadt Klagenfurt habe nur das Vergabemanagement an das ÖISS ausgelagert. Für die Stadt Klagenfurt sei von Anfang an klar gewesen, dass das ÖISS vergebende Stelle sei. Bei der Nennung der Republik Österreich als Auftraggeberin in der Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und in den Teilnahmeunterlagen habe es sich wohl um einen Irrtum gehandelt. Die

Vergabebekanntmachung und die Teilnahmeunterlagen seien ihm erst im Jänner 2004 bekannt geworden. Es sei ihm zunächst nicht aufgefallen, dass in beiden Unterlagen die Republik Österreich als Auftraggeberin genannt gewesen sei. "Den genauen Zeitpunkt, zu dem mir das bewusst geworden ist, kann ich nicht nennen, da ich es nicht als meine vordringliche Aufgabe empfunden habe, diesbezüglich Überprüfungsmaßnahmen durchzuführen". Eine Berichtigung dessen sei nicht in Erwägung gezogen, sondern eine Richtigstellung im weiteren Vergabeverfahren vorgenommen worden.

Auf die weitere Frage, ob zu dem Zeitpunkt, als den qualifizierten Bietern die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden seien, in denen die Stadt Klagenfurt (gemeinsam mit der in Gründung befindlichen Betriebs- und Errichtungsgesellschaft) erstmals als Auftraggeber aufgeschieden sei, einer der Bieter diesbezüglich Aufklärung verlangt habe, erklärte DI L***, dass dies "meines Wissenstandes nach nicht der Fall gewesen sei".

Die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 sei jedenfalls von der Stadt Klagenfurt im eigenen Namen - und nicht im Auftrag oder namens einer anderen Gebietskörperschaft - getroffen worden. Dies ergebe sich auch aus den Beschlüssen des Stadtsenats Klagenfurt. Er könne nicht sagen und wisse nicht, ob das Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt worden sei. Zuständig zur Herstellung des Einvernehmens wäre jedenfalls der Bürgermeister der Landeshauptstadt Klagenfurt gewesen. Weiters gab DI L*** an, dass betreffend die Auftraggebereigenschaft "kein Einspruch an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden sei. Dies müsste ich ja wissen". Über Befragen, ob die Stadt Klagenfurt das ÖISS beauftragt habe, das Vergabemanagement zu übernehmen, erklärte DI L***, dass es keine schriftliche Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖISS gegeben habe.

Mit Schriftsatz vom 29. März 2005 hat die Bietergemeinschaft C***AG/D*** GmbH (in der Folge Teilnahmeantragstellerin) einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Begründet wurde dies damit, dass ihr mit Schreiben vom 8. März 2005 seitens der Stadt Klagenfurt mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, ihrem Angebot den Zuschlag zu erteilen. Sie sei mit ihrem Last and Best Offer (LBO) vom 22.2.2005 Bestbieter und habe dem entsprechend großes wirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss. Bei Ausführung des Auftrags könne sie einen entsprechenden Gewinn erzielen und würde für eine entsprechende Betriebsauslastung gesorgt. Auch wären die bisherigen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Beteiligung am gegenständlichen Verfahren nicht frustriert. Es handle sich gegenständlich um ein außerordentlich wichtiges Referenzprojekt. Ihr drohe ein Schaden in Höhe von jedenfalls Euro 3,517.656,28. Hinzu kämen noch der Totalunternehmerzuschlag und die Deckungsbeiträge. Würde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, würde sie in ihrem Recht als präsumtiver Bestbieter den Zuschlag zu erhalten, verletzt. Ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung komme einem präsumtiven Zuschlagsempfänger ein subjektives Recht auf Erteilung des Zuschlags und Abschluss des begehrten Vertrages zu.

Öffentlicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Stadt Klagenfurt und das Bundesvergabeamt daher nicht zur Nachprüfung zuständig.

Die Teilnahmeantragstellerin hat weiters vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Diese setze voraus, dass das Angebot der Antragstellerin bei rechtskonformer Entscheidung für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen würde. Wenn kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, mangle es der Rechtswidrigkeit an Entscheidungsrelevanz. Die Antragstellerin habe das Formblatt "1" nicht unterfertigt. Mit der Einladung zur Abgabe des LBO sei auch klargelegt worden, dass ein vollständig neues Abgabeexemplar zu erstellen sei und dass bloße Verweise auf früher im Verfahren eingebrachte Unterlagen nicht zulässig seien. Bietererklärungen seien vollständig und rechtsverbindlich zu unterfertigen. Ein nicht rechtsgültig unterfertigtes Angebot sei zwingend gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuscheiden; es handle sich hierbei jedenfalls um einen unbehebbarer Mangel. Die Teilnahmeantragstellerin hat weiters vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Diese setze voraus, dass das Angebot der Antragstellerin bei rechtskonformer Entscheidung für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen würde. Wenn kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, mangle es der Rechtswidrigkeit an Entscheidungsrelevanz. Die Antragstellerin habe das Formblatt "1" nicht unterfertigt. Mit der Einladung zur Abgabe des LBO sei auch klargelegt worden, dass ein vollständig neues Abgabeexemplar zu erstellen sei und dass bloße Verweise auf früher im Verfahren eingebrachte Unterlagen nicht zulässig seien. Bietererklärungen seien vollständig und rechtsverbindlich zu unterfertigen. Ein nicht rechtsgültig unterfertigtes Angebot sei zwingend gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden; es handle sich hierbei jedenfalls um einen unbehebbarer Mangel.

Auch die Ansicht der Antragstellerin, dass § 90 Abs. 2 BVergG in einem Verfahren nach dem Bestbieterprinzip nicht zur Anwendung gelangen könne, und ihr Angebot daher bei der Bewertung zu Unrecht nicht weiter berücksichtigt worden sei, sei falsch. Auch die Ansicht der Antragstellerin, dass Paragraph 90, Absatz 2, BVergG in einem Verfahren nach dem Bestbieterprinzip nicht zur Anwendung gelangen könne, und ihr Angebot daher bei der Bewertung zu Unrecht nicht weiter berücksichtigt worden sei, sei falsch.

Aus diesen Tatsachen ergebe sich, dass der Antragstellerin keine Antragslegitimation zukomme. Außerdem lägen auch die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vor und bestehe auch keine Notwendigkeit des Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Die Anträge der Antragstellerin seien zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

RA Dr. N*** brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 für die Teilnahmeantragstellerin ergänzend vor, dass in sämtlichen Nachprüfungsanträgen die Angabe und Bezeichnung einer angefochtenen Entscheidung des Bundes fehle. Eine Zuschlagsentscheidung des Bundes liege nicht vor. Die Entscheidung des UVS Kärnten vom 6. April 2005 sei falsch, insbesondere sei nach § 78 Abs 2 und § 81 Abs 5 BVergG eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen "an die besondere Art und Weise" dann nicht gebunden, wenn sie allen Bewerbern oder Bietern zugegangen sei. RA Dr. N*** brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 für die Teilnahmeantragstellerin ergänzend vor, dass in sämtlichen Nachprüfungsanträgen die Angabe und Bezeichnung einer angefochtenen Entscheidung des Bundes fehle. Eine Zuschlagsentscheidung des Bundes liege nicht vor. Die Entscheidung des UVS Kärnten vom 6. April 2005 sei falsch, insbesondere sei nach Paragraph 78, Absatz 2 und Paragraph 81, Absatz 5, BVergG eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen "an die besondere Art und Weise" dann nicht gebunden, wenn sie allen Bewerbern oder Bietern zugegangen sei.

Ergänzend brachte RA Dr. O*** für die Teilnahmeantragstellerin vor, dass sämtliche Antragstellervertreter in der Verhandlung vor dem UVS für Kärnten am 6. April 2005 mit überzeugender Begründung dargelegt hätten, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. Die Benennung des Auftraggebers "Stadt Klagenfurt" (gemeinsam mit der Errichtungs- und Betriebsgesellschaft) in den Ausschreibungsunterlagen sei von keinem der Bieter bekämpft worden, sodass diese bestandfest geworden sei. Die (bloß) falsche Bezeichnung eines Auftraggebers in der ursprünglichen Bekanntmachung schade nicht. Die Frage der überwiegenden Projektfinanzierung könne nur im Fall einer gemeinsamen Auftragsvergabe durch Bund, Länder und Gemeinden von Relevanz sein; eine solche liege aber gegenständlich nicht vor. Die in der Ausschreibungsunterlage angeführte Errichtungs- und Betreibergesellschaft existiere offenkundig noch nicht. Seiner Information nach sei an eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadt Klagenfurt gedacht.

Weiters ergänzte RA Dr. O***, dass die ursprünglich unrichtige Bezeichnung des Auftraggebers in den Bekanntmachungsmedien nicht zur Konsequenz habe, dass ein Rechtsträger öffentlicher Auftraggeber werde, welcher zivilrechtlich nicht als Auftraggeber anzusehen sei und der auch keinen Vergabewillen habe. Dies ergebe sich aus § 20 Zi 4 BVergG. Dem Sinn und Zweck der Bekanntmachungsvorschriften, nämlich einen Wettbewerb auf europäischer Ebene zu fördern, sei auch durch die erfolgte Bekanntmachung ausreichend Genüge getan. Weiters ergänzte RA Dr. O***, dass die ursprünglich unrichtige Bezeichnung des Auftraggebers in den Bekanntmachungsmedien nicht zur Konsequenz habe, dass ein Rechtsträger öffentlicher Auftraggeber werde, welcher zivilrechtlich nicht als Auftraggeber anzusehen sei und der auch keinen Vergabewillen habe. Dies ergebe sich aus Paragraph 20, Zi 4 BVergG. Dem Sinn und Zweck der Bekanntmachungsvorschriften, nämlich einen Wettbewerb auf europäischer Ebene zu fördern, sei auch durch die erfolgte Bekanntmachung ausreichend Genüge getan.

RA Dr. N*** ergänzte, dass aus dem Schreiben der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005 (Anm.: Zuschlagserteilung) jedenfalls eindeutig ersichtlich sei, dass nicht der Bund (als Auftraggeber) den Zuschlag erteilt habe. RA Dr. O*** brachte hiezu weiter vor, dass sich aus der Zuschlagserteilung vom 7.4.2005 eindeutig ergebe, dass die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin den Zuschlag erteilt habe. Die geäußerte Mutmaßung, dass möglicherweise eine unzulässige Direktvergabe vorliegen würde, entbehre jeder Grundlage, da schon nach der Gesetzesdefinition des § 23 Abs 7 BVergG eine Direktvergabe nur dann vorliege, wenn eine Leistung formfrei und unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen würde. Dies sei hier zweifellos nicht der Fall. Abgesehen davon wäre auch im Fall einer Direktvergabe - was aber noch einmal ausdrücklich bestritten werde - die bereits erfolgte Zuschlagserteilung gemäß § 169 Abs 2 Z 11 BVergG nur mehr mittels Feststellungsantrages bekämpfbar. RA Dr. N*** ergänzte, dass aus dem Schreiben der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005 Anmerkung, Zuschlagserteilung) jedenfalls eindeutig ersichtlich sei,

dass nicht der Bund (als Auftraggeber) den Zuschlag erteilt habe. RA Dr. O*** brachte hiezu weiter vor, dass sich aus der Zuschlagserteilung vom 7.4.2005 eindeutig ergebe, dass die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin den Zuschlag erteilt habe. Die geäußerte Mutmaßung, dass möglicherweise eine unzulässige Direktvergabe vorliegen würde, entbehre jeder Grundlage, da schon nach der Gesetzesdefinition des Paragraph 23, Absatz 7, BVergG eine Direktvergabe nur dann vorliege, wenn eine Leistung formfrei und unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen würde. Dies sei hier zweifellos nicht der Fall. Abgesehen davon wäre auch im Fall einer Direktvergabe - was aber noch einmal ausdrücklich bestritten werde - die bereits erfolgte Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 11, BVergG nur mehr mittels Feststellungsantrages bekämpfbar.

Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin und der Teilnahmeantragstellerin, der Stellungnahmen des BKA, des ÖISS und der Stadt Klagenfurt sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Für die Durchführung der EURO 2008 sind in Österreich vier Spielorte vorgesehen. Neben den Stadien in Wien, Innsbruck und Salzburg Siezenheim, die iSd UEFA-Vorgaben adaptierbar sind, ist am Spielort Klagenfurt Waidmannsdorf das bestehende Stadion zu demontieren, ein neues Basisstadion zu errichten, auf 30.000 Sitzplätze auszubauen und nach Ende der EURO 2008 wieder rückzubauen. Gegenstand des Auftrags ist laut Auftraggeber (siehe Vergabebekanntmachung Abschnitt II Punkt 1.5) der "Stadionneubau inkludierend Baufreimachung, Planung und Errichtung in Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008 - 30.000 Sitzplätze netto sowie Rückbau". Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 38 Mio), der sowohl die Planung als auch die Ausführung umfasst. Es wird ein zweistufiges Verhandlungsverfahren durchgeführt. Für die Durchführung der EURO 2008 sind in Österreich vier Spielorte vorgesehen. Neben den Stadien in Wien, Innsbruck und Salzburg Siezenheim, die iSd UEFA-Vorgaben adaptierbar sind, ist am Spielort Klagenfurt Waidmannsdorf das bestehende Stadion zu demontieren, ein neues Basisstadion zu errichten, auf 30.000 Sitzplätze auszubauen und nach Ende der EURO 2008 wieder rückzubauen. Gegenstand des Auftrags ist laut Auftraggeber (siehe Vergabebekanntmachung Abschnitt römisch zwei Punkt 1.5) der "Stadionneubau inkludierend Baufreimachung, Planung und Errichtung in Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008 - 30.000 Sitzplätze netto sowie Rückbau". Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 38 Mio), der sowohl die Planung als auch die Ausführung umfasst. Es wird ein zweistufiges Verhandlungsverfahren durchgeführt.

Die Verhandlungen der involvierten Gebietskörperschaften Bund, Land Kärnten und Stadt Klagenfurt hinsichtlich der Projektfinanzierung haben am 18.11.2003 in eine "Grundsatzvereinbarung" gemündet. Gegenstand dieser Vereinbarung ist der Neubau des Stadions Klagenfurt (Basisstadion) und der temporäre Ausbau des Basisstadions.

Gemäß Punkt II, Zi 5 der Grundsatzvereinbarung verpflichtet sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30.9.2006. Die Stadt Klagenfurt kann zur Erfüllung dieser Verpflichtung einen anderen Rechtsträger heranziehen bzw. ein PPP-Modell verwirklichen. Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen vom 13.8.2005 ergibt, beabsichtigt die Stadt Klagenfurt, den Auftrag gemeinsam mit der (in Gründung befindlichen) zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft zu vergeben. Diese Gesellschaft ist (zum Entscheidungszeitpunkt der Behörde) noch nicht existent. Gemäß Punkt römisch zwei, Zi 5 der Grundsatzvereinbarung verpflichtet sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30.9.2006. Die Stadt Klagenfurt kann zur Erfüllung dieser Verpflichtung einen anderen Rechtsträger heranziehen bzw. ein PPP-Modell verwirklichen. Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen vom 13.8.2005 ergibt, beabsichtigt die Stadt Klagenfurt, den Auftrag gemeinsam mit der (in Gründung befindlichen) zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft zu vergeben. Diese Gesellschaft ist (zum Entscheidungszeitpunkt der Behörde) noch nicht existent.

Laut Punkt II, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung erteilt der Bund dem ÖISS den Auftrag, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren [.....] für die Beauftragung des Ausbaues des Basisstadions [....] durchzuführen. [.....] Das ÖISS erstattet [.....] 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 dem Bund. [.....] Die Kosten des Auftrages an das ÖISS werden vom Bund getragen und zu einem Drittel auf die vom Bund nach dieser Vereinbarung zu leistende Förderung [...] angerechnet. Laut Punkt römisch zwei, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung erteilt der Bund dem ÖISS den Auftrag, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren [.....] für die Beauftragung des Ausbaues des Basisstadions [....] durchzuführen. [.....] Das ÖISS erstattet [.....] 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 dem Bund. [...] Die Kosten des Auftrages an das ÖISS werden vom Bund getragen und zu einem Drittel auf die vom Bund nach dieser Vereinbarung zu leistende Förderung [...] angerechnet.

Fußend auf diesem Punkt II, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung, hat der Bund mittels Werkvertrag vom 17.12.2003 das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions durchzuführen (vgl. auch die diesbezüglichen Angaben des Vertreters des BKA, MR I***, in der mündlichen Verhandlung). Die anteiligen Kosten hierfür übernimmt der Bund. Fußend auf diesem Punkt römisch zwei, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung, hat der Bund mittels Werkvertrag vom 17.12.2003 das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions durchzuführen (vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des Vertreters des BKA, MR I***, in der mündlichen Verhandlung). Die anteiligen Kosten hierfür übernimmt der Bund.

Laut Punkt II, Zi 8 der Grundsatzvereinbarung trägt der Bund ein Drittel der Gesamtkosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus entsprechend dem gemäß Punkt III abzuschließenden Förderungsvertrag. Dabei werden nur jene Kosten berücksichtigt, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Errichtung und dem Ausbau des Basisstadions als Sportstätte iSd Bundes-Sportförderungsgesetzes stehen. Vom Bund werden daher z.B. Kosten des Grunderwerbs, der Grundaufschließung, des Abbruchs des derzeitigen Stadions, der Errichtung der Infrastruktur etc. nicht gefördert [.....]. Die restlichen Gesamtkosten werden vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt getragen [....] die Landesförderung erfolgt in derselben Höhe wie die des Bundes. Laut Punkt römisch zwei, Zi 8 der Grundsatzvereinbarung trägt der Bund ein Drittel der Gesamtkosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus entsprechend dem gemäß Punkt römisch drei abzuschließenden Förderungsvertrag. Dabei werden nur jene Kosten berücksichtigt, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Errichtung und dem Ausbau des Basisstadions als Sportstätte iSd Bundes-Sportförderungsgesetzes stehen. Vom Bund werden daher z.B. Kosten des Grunderwerbs, der Grundaufschließung, des Abbruchs des derzeitigen Stadions, der Errichtung der Infrastruktur etc. nicht gefördert [.....]. Die restlichen Gesamtkosten werden vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt getragen [....] die Landesförderung erfolgt in derselben Höhe wie die des Bundes.

In der Vergabebekanntmachung vom 3. Jänner 2004 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2004-S 2-001322, wird als öffentlicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens bezeichnet:

"Republik Österreich Bund, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau, Att: Dir. DI J***, Prinz-Eugen Strasse 12, A- 1040 Wien, auf. Auch nähere Auskünfte und die Unterlagen des Vergabeverfahrens sind bei dieser Stelle erhältlich. Angebote/Teilnahmeanträge sind ebenfalls an diese "Adresse" zu senden" (siehe Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften).

National wurde die Ausschreibung am 12.1.2004 im Amtlichen Lieferungsanzeiger der Wiener Zeitung bekannt gemacht. Auch hier wurde der Bund, ÖISS, als öffentlicher Auftraggeber genannt.

Die Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EG und im Amtlichen Lieferungsanzeiger erfolgte durch das ÖISS; dies in ihrer Funktion als vergebende Stelle für die Stadt Klagenfurt (vgl. auch Werkvertrag vom 17.12.2003; Aussagen MR I*** und DI L***). In diesen Publikationsorganen wurde als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, ÖISS, genannt. Seitens der Republik Österreich, Bund, ist aber kein Auftrag an das ÖISS ergangen, in den Bekanntmachungen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber anzuführen (unbestritten gebliebene Aussage MR I***). Das ÖISS sollte ursprünglich nur für das Management des Ausbaues der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt zuständig sein, das Vergabeverfahren betreffend die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt sollte von der Stadt Klagenfurt selbst durchgeführt werden (Aussagen MR I***, DI L***). Aus diesem Grund ist auch vorgesehen, dass der Bund sämtliche Kosten, die durch den "Einsatz" des ÖISS in den Verfahren zum Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt verursacht werden, trägt. Ein Drittel dieser Kosten pro Standort wird dann auf den Förderungsbetrag des Bundes saldiert. Schlussendlich wurde aber von der Stadt Klagenfurt auch die Errichtung des Basisstadions auf das ÖISS übertragen. Eine schriftliche Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖISS gibt es diesbezüglich jedoch nicht (übereinstimmende Angaben MR I*** und DI L***). Die Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EG und im Amtlichen Lieferungsanzeiger erfolgte durch das ÖISS; dies in ihrer Funktion als vergebende Stelle für die Stadt Klagenfurt (vergleiche auch Werkvertrag vom 17.12.2003; Aussagen MR I*** und DI L***). In diesen

Publikationsorganen wurde als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund, ÖISS, genannt. Seitens der Republik Österreich, Bund, ist aber kein Auftrag an das ÖISS ergangen, in den Bekanntmachungen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber anzuführen (unbestritten gebliebene Aussage MR I***). Das ÖISS sollte ursprünglich nur für das Management des Ausbaues der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt zuständig sein, das Vergabeverfahren betreffend die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt sollte von der Stadt Klagenfurt selbst durchgeführt werden (Aussagen MR I***, DI L***). Aus diesem Grund ist auch vorgesehen, dass der Bund sämtliche Kosten, die durch den "Einsatz" des ÖISS in den Verfahren zum Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt verursacht werden, trägt. Ein Drittel dieser Kosten pro Standort wird dann auf den Förderungsbetrag des Bundes saldiert. Schlussendlich wurde aber von der Stadt Klagenfurt auch die Errichtung des Basisstadions auf das ÖISS übertragen. Eine schriftliche Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖISS gibt es diesbezüglich jedoch nicht (übereinstimmende Angaben MR I*** und DI L***).

Der Bund ist (bloßer) Förderungsgeber (vgl. die diesbezüglichen schlüssigen Aussagen von MR I*** in der mündlichen Verhandlung, sowie auch die Punkte II., Zi 6 und Zi 8 der Grundsatzvereinbarung). Der Bund ist (bloßer) Förderungsgeber vergleiche die diesbezüglichen schlüssigen Aussagen von MR I*** in der mündlichen Verhandlung, sowie auch die Punkte römisch zwei., Zi 6 und Zi 8 der Grundsatzvereinbarung).

Der Kostenanteil, den der Bund fördert, liegt jedenfalls unter 50% der Gesamtkosten (siehe u.a. Punkt II, Zi 8 Grundsatzvereinbarung; Angaben von MR I***, des Rechtsvertreters der Stadt Klagenfurt und des ÖISS, RA Mag. P***). Der Kostenanteil, den der Bund fördert, liegt jedenfalls unter 50% der Gesamtkosten (siehe u.a. Punkt römisch zwei, Zi 8 Grundsatzvereinbarung; Angaben von MR I***, des Rechtsvertreters der Stadt Klagenfurt und des ÖISS, RA Mag. P***).

Gestützt wird die "Feststellung", dass der Bund bloßer Förderungsgeber ist, auch durch die Bestimmungen des Bundes-Sportförderungsgesetzes, idF BGBl I Nr. 149/1998. Demnach hat der Bund (nur mehr) die Befugnis, die Errichtung solcher Sportstätten zu fördern, nicht jedoch dazu, die Errichtung selbst in Auftrag zu geben. Gestützt wird die "Feststellung", dass der Bund bloßer Förderungsgeber ist, auch durch die Bestimmungen des Bundes-Sportförderungsgesetzes, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 149 aus 1998.,. Demnach hat der Bund (nur mehr) die Befugnis, die Errichtung solcher Sportstätten zu fördern, nicht jedoch dazu, die Errichtung selbst in Auftrag zu geben.

Im Teilnahmeantrag betreffend das gegenständliche Verfahren ist unter Punkt B 2 als Auftraggeber genannt: "Republik Österreich, vertreten durch ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau, Dir. DI J***, Prinz-Eugen Strasse 12, A-1040 Wien. Administrative/technische Auskünfte sind beim ÖISS einzuholen, Teilnahmeanträge an das ÖISS zu senden".

In den Ausschreibungsunterlagen Punkt I./2., die den qualifizierten Bietern am 13.8.2004 übermittelt wurden, ist als Auftraggeber genannt: "Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS. Administrative/Technische Auskünfte sind beim ÖISS einzuholen; auch die Angebote sind an das ÖISS zu senden". In den Ausschreibungsunterlagen Punkt römisch eins./2., die den qualifizierten Bietern am 13.8.2004 übermittelt wurden, ist als Auftraggeber genannt: "Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS. Administrative/Technische Auskünfte sind beim ÖISS einzuholen; auch die Angebote sind an das ÖISS zu senden".

Es hat keine formelle Berichtigung der Vergabebekanntmachung iSd § 37 Abs. 5 BVergG in den Publikationsorganen gegeben (übereinstimmendes Parteienvorbringen). Eine "tatsächliche Berichtigung" erfolgte durch die allen Bietern nachweislich am 13.8.2004 übermittelten Ausschreibungsunterlagen. Darin wurde die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeber genannt. Nach den klaren und unbestritten gebliebenen Aussagen des Vertreters der Stadt Klagenfurt, DI L***, ist von keinem der Bieter ein "Einspruch" betreffend die Auftraggebereigenschaft an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden. Auch wurde diesbezüglich keine Aufklärung von den Bietern verlangt. Es hat keine formelle Berichtigung der Vergabebekanntmachung iSd Paragraph 37, Absatz 5, BVergG in den Publikationsorganen gegeben (übereinstimmendes Parteienvorbringen). Eine "tatsächliche Berichtigung" erfolgte durch die allen Bietern nachweislich

am 13.8.2004 übermittelten Ausschreibungsunterlagen. Darin wurde die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeber genannt. Nach den klaren und unbestritten gebliebenen Aussagen des Vertreters der Stadt Klagenfurt, DI L***, ist von keinem der Bieter ein "Einspruch" betreffend die Auftraggebereigenschaft an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden. Auch wurde diesbezüglich keine Aufklärung von den Bietern verlangt.

Am 6. März 2005 fand die Angebotsöffnung statt. Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der C***/D***, ist sämtlichen Bietern am 8. März 2005 bekannt gegeben worden. Die Zuschlagsentscheidung stammt von der Landeshauptstadt Klagenfurt.

Der Briefkopf lautet: "Die Landeshauptstadt im Süden, Dkfm.M***, Der

Bürgermeister". Der Text beginnt mit: [.....] Die

Landeshauptstadt Klagenfurt gibt bekannt, dass [.....].

Gezeichnet ist das Schriftstück mit: [.....] für die

Landeshauptstadt [] Der Bürgermeister: Dkfm. M*** ".

Hieraus ergibt sich eindeutig, dass die Stadt Klagenfurt die Zuschlagsentscheidung im eigenen Namen und nicht im Namen oder im Auftrag einer anderen Gebietskörperschaft bzw. eines anderen Rechtsträgers getroffen hat (vgl. die glaubhaften und unbestritten gebliebenen Angaben des MR I***, der ausgeführt hat, dass es weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen mit dem Bund gegeben habe, wonach die Stadt Klagenfurt die Zuschlagsentscheidung im Auftrag des Bundes treffen sollte). Der Vertreter der Stadt Klagenfurt, DI L***, hat dies vollinhaltlich bestätigt, indem er wörtlich erklärt hat: "Die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 ist von der Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin im eigenen Namen - und nicht im Auftrag oder Namens einer anderen Gebietskörperschaft - getroffen worden. Dies ergibt sich auch aus den Beschlüssen des Stadtsenats Klagenfurt". Hieraus ergibt sich eindeutig, dass die Stadt Klagenfurt die Zuschlagsentscheidung im eigenen Namen und nicht im Namen oder im Auftrag einer anderen Gebietskörperschaft bzw. eines anderen Rechtsträgers getroffen hat vergleiche die glaubhaften und unbestritten gebliebenen Angaben des MR I***, der ausgeführt hat, dass es weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen mit dem Bund gegeben habe, wonach die Stadt Klagenfurt die Zuschlagsentscheidung im Auftrag des Bundes treffen sollte). Der Vertreter der Stadt Klagenfurt, DI L***, hat dies vollinhaltlich bestätigt, indem er wörtlich erklärt hat: "Die Zuschlagsentscheidung vom 8. März 2005 ist von der Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin im eigenen Namen - und nicht im Auftrag oder Namens einer anderen Gebietskörperschaft - getroffen worden. Dies ergibt sich auch aus den Beschlüssen des Stadtsenats Klagenfurt".

Gegen diese Zuschlagsentscheidung der Stadt Klagenfurt vom 8. März 2005, richtet sich der gegenständliche Nichtigerklärungsantrag (Spruchpunkt I.). Gegen diese Zuschlagsentscheidung der Stadt Klagenfurt vom 8. März 2005, richtet sich der gegenständliche Nichtigerklärungsantrag (Spruchpunkt römisch eins.).

Auch die Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 erfolgte durch die Stadt Klagenfurt. Dies wird durch die Form und den Inhalt des Schriftstücks vom 7. April 2005, durch die unbestritten gebliebenen diesbezüglichen Angaben von MR I*** und die Angaben von DI L*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, untermauert. Ob hierbei das Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt wurde, wie dies in Punkt II, Zi 7, erster Absatz, letzter Satz der Grundsatzvereinbarung, vorgesehen ist, konnte der Vertreter der Stadt Klagenfurt, DI L***, nicht angeben. Auch die Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 erfolgte durch die Stadt Klagenfurt. Dies wird durch die Form und den Inhalt des Schriftstücks vom 7. April 2005, durch die unbestritten gebliebenen diesbezüglichen Angaben von MR I*** und die Angaben von DI L*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, untermauert. Ob hierbei das Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt wurde, wie dies in Punkt römisch zwei, Zi 7, erster Absatz, letzter Satz der Grundsatzvereinbarung, vorgesehen ist, konnte der Vertreter der Stadt Klagenfurt, DI L***, nicht angeben.

Mit Antrag vom 22. März 2005, eingelangt am 23. März 2005, hat die Antragstellerin die Anträge gestellt, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft C***/D***, die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sowie das Unterlassen des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Bestbieterin, für nichtig zu erklären. Auch wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der die

Untersagung der Zuschlagserteilung für zwei Monate sowie die Aussetzung der Zuschlagserteilung begehrt wurden. Mit Bescheid des BVA vom 31. März 2005 wurde einem möglichen Auftraggeber Bund die Erteilung des Zuschlages bis längstens 22. Mai 2005 untersagt.

Mit Schriftsatz vom 25. März 2005 regte die Antragstellerin an, die Kärntner Landesregierung bzw. der UVS für Kärnten solle beim VfGH einen Antrag auf Entscheidung des bestehenden Kompetenzkonfliktes stellen. Falls dies nicht geschehe, werde die Antragstellerin selbst einen diesbezüglichen Antrag an den VfGH stellen.

Mit Antrag vom 25. April 2005 hat die Antragstellerin begehrt, festzustellen, dass die Republik Österreich, Bund, Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist. Hiezu führt das BVA ein Feststellungsverfahren zu GZ. 15F-02/05 durch.

Die mit Schriftsatz vom 21. April 2005 beantragte Einvernahme von Mag. H*** zum Beweisthema "Finanzierungsverhältnisse im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens" konnte unterbleiben, da Mag. H*** im Verfahren zu GZ 15N-06/04 nicht (wie teilweise fälschlich vorgebracht) als Vertreter des Bundes, sondern als Vertreter des ÖISS tätig geworden ist. Der Bund war in der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2005 durch MR Dr. I***, BKA, vertreten. Gegen die Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit seiner Aussagen betreffend den Finanzierungsanteil des Bundes, sind dem erkennenden Senat keine Zweifel erwachsen.

Auch die Einvernahme des Dir DI J*** konnte unterbleiben, da das ÖISS, das gemäß Werkvertrag vom 17.12.2003 als vergebende Stelle der Stadt Klagenfurt (und nicht des Bundes) agierte, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ohnedies rechtsfreundlich vertreten war (X*** Rechtsanwälte OEG und Y*** RAe). Dass das ÖISS die Vergabebekanntmachung im Namen der Stadt Klagenfurt (und nicht im Namen des Bundes) durchgeführt hat, ergibt sich bereits aus dem Inhalt des Werkvertrages vom 17.12.2003. Ob Dir J*** von MR I*** telefonisch auf den "Irrtum" in der Vergabebekanntmachung aufmerksam gemacht hat oder nicht und warum keine Berichtigung der Bekanntmachung erfolgt ist, ist nicht entscheidungsrelevant. Dass eine "formelle" Berichtigung der Bekanntmachung nicht erfolgt ist, steht ohnedies zweifelsfrei fest und wurde gegenteiliges auch nicht behauptet. Den Werklohn für das ÖISS hat gemäß Werkvertrag (vorläufig) der Bund bezahlt. Dass es zu keiner Änderung des Werkvertrages - weder schriftlich noch mündlich - gekommen ist, wurde von MR I*** ebenfalls glaubhaft dargelegt.

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig und nachvollziehbar aus den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, gegen deren Echtheit und Richtigkeit keine Zweifel bestehen, sowie aus dem diesbezüglichen Parteivorbringen.

Rechtliche Würdigung:

Zur Zuständigkeit des BVA:

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG sind öffentliche Auftraggeber der Bund, die Länder sowie die Gemeinden und Gemeindeverbände. Nach § 135 Abs. 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich also auf Auftraggeber iSd BVergG, insoweit diese nach der Kompetenzbestimmung des Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Bereich der Bundesvollziehung fallen. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sind öffentliche Auftraggeber der Bund, die Länder sowie die Gemeinden und Gemeindeverbände. Nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich also auf Auftraggeber iSd BVergG, insoweit diese nach der Kompetenzbestimmung des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Bereich der Bundesvollziehung fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch den Bund. Nach lit. e, sublit. aa der zitierten Bestimmung ist die Vollziehung weiters dann Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen durch, nicht in den lit. a-d bzw. Z 2 lit. a-d genannte Rechtsträger erfolgt, die (aber) vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie jener der Länder. Diese Bestimmung (Anm.: lit. e) betrifft andere Rechtsträger als den Bund und findet daher auf das gegenständliche Vergabeverfahren keine Anwendung. Auch der Fall des Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG findet gegenständlich keine Anwendung, da die Höhe allfälliger Finanzierungsanteile verschiedener Rechtsträger nur im Fall

einer gemeinsamen Vergabe Einfluss auf die Zuständigkeit hat. Eine gemeinsame Vergabe von Gebietskörperschaften liegt aber gegenständlich nicht vor. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Absatz eins, Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch den Bund. Nach Litera e,, Sub-Litera, a, a, der zitierten Bestimmung ist die Vollziehung weiters dann Bundessache, wenn die Vergabe von Aufträgen durch, nicht in den lit. a-d bzw. Ziffer 2, lit. a-d genannte Rechtsträger erfolgt, die (aber) vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie jener der Länder. Diese Bestimmung (Anmerkung, Litera e,) betrifft andere Rechtsträger als den Bund und findet daher auf das gegenständliche Vergabeverfahren keine Anwendung. Auch der Fall des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG findet gegenständlich keine Anwendung, da die Höhe allfälliger Finanzierungsanteile verschiedener Rechtsträger nur im Fall einer gemeinsamen Vergabe Einfluss auf die Zuständigkeit hat. Eine gemeinsame Vergabe von Gebietskörperschaften liegt aber gegenständlich nicht vor.

Landessache ist die Vollziehung gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG dann, wenn die Vergabe durch das Land, die Gemeinden oder Gemeindeverbände erfolgt. Weiters ist sie Landessache dann, wenn die Vergabe von Aufträgen durch, in Z 1 lit. a-d und lit. a-d nicht genannte, Rechtsträger erfolgt, die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit. e sublit. aa B-VG fällt. Landessache - und damit die Zuständigkeit des UVS begründend - ist gemäß lit. f die gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Z 1 fällt [.....]. Landessache ist die Vollziehung gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, B-VG dann, wenn die Vergabe durch das Land, die Gemeinden oder Gemeindeverbände erfolgt. Weiters ist sie Landessache dann, wenn die Vergabe von Aufträgen durch, in Ziffer eins, lit. a-d und lit. a-d nicht genannte, Rechtsträger erfolgt, die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, B-VG fällt. Landessache - und damit die Zuständigkeit des UVS begründend - ist gemäß Litera f, die gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Ziffer eins, fällt [.....].

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt (nur) zur Nachprüfung von Auftragsvergaben zuständig ist, die dem Bund zuzurechnen sind.

Auftraggeber ist gemäß § 20 Z 4 BVergG jede natürliche oder juristische Person, die vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt (vgl. hierzu auch die Erläuterungen in den Materialien zur Regierungsvorlage, 1087 der Beilagen XIX GP zu § 20 Z 4 BVergG 2002: die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll). Auch nach der Rechtsprechung des VfGH und VwGH (VfGH 2.3.2000, Zl. B 1303/98; VfGH 12.6.2001, Zl. B 1035/99; VfGH 9.11.2001, Zl. B 659/98; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215) ist davon auszugehen, dass Auftraggeber jene Person ist, mit der der Vertrag zu Stande kommen soll. Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, wie bereits dargelegt, nicht der Bund und ist diesem die gegenständliche Vergabe auch nicht "zuzurechnen". Auch im Werkvertrag und in der Grundsatzvereinbarung scheint nicht der Bund als Auftraggeber auf: Auftraggeber ist gemäß Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG jede natürliche oder juristische Person, die vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt vergleiche hierzu auch die Erläuterungen in den Materialien zur Regierungsvorlage, 1087 der Beilagen römisch neunzehn Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG 2002: die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll). Auch nach der Rechtsprechung des VfGH und VwGH (VfGH 2.3.2000, Zl. B 1303/98; VfGH 12.6.2001, Zl. B 1035/99; VfGH 9.11.2001, Zl. B 659/98; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215) ist davon auszugehen, dass Auftraggeber jene Person ist, mit der der Vertrag zu Stande kommen soll. Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, wie bereits dargelegt, nicht der Bund und ist diesem die gegenständliche Vergabe auch nicht "zuzurechnen". Auch im Werkvertrag und in der Grundsatzvereinbarung scheint nicht der Bund als Auftraggeber auf:

Grundsatzvereinbarung:

Die Grundsatzvereinbarung zwischen dem Land Kärnten, der Stadt Klagenfurt und dem Bund ist zwar lediglich eine "Erklärung", mit der sich die Genannten zur Umsetzung jener Maßnahmen entschlossen haben, die sich aus dem Erhalt des Zuschlages für die Ausrichtung der EURO 2008 ergeben und die in Bezug auf das Stadion in Klagenfurt erforderlich sind. Die Grundsatzvereinbarung bietet aber Anhaltspunkte, die für die Auftraggebereigenschaft der Stadt Klagenfurt sprechen.

In Punkt II, Zi 5 ist ausdrücklich davon die Rede, dass sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau verpflichtet. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass eine Finanzierungsbeteiligung des Bundes und des Landes Kärnten vorgesehen ist (Punkt II, Zi 6 der Grundsatzvereinbarung) und der Bund (gemäß Punkt II, Zi 8 der Grundsatzvereinbarung) ein Drittel der Gesamtkosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus entsprechend dem Förderungsvertrag zu tragen hat. Die Stadt Klagenfurt kann zur Erfüllung dieser, ihr - und in Folge dessen nicht dem Bund - obliegenden Verpflichtung allerdings einen anderen Rechtsträger heranziehen bzw. ein PPP-Modell verwirklichen. Dies beabsichtigt die Stadt Klagenfurt auch durch die Gründung einer Errichtungs- und Betriebsgesellschaft. In Punkt römisch zwei, Zi 5 ist ausdrücklich davon die Rede, dass sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau verpflichtet. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass eine Finanzierungsbeteiligung des Bundes und des Landes Kärnten vorgesehen ist (Punkt römisch zwei, Zi 6 der Grundsatzvereinbarung) und der Bund (gemäß Punkt römisch zwei, Zi 8 der Grundsatzvereinbarung) ein Drittel der Gesamtkosten für die Errichtung des Basisstadions und des Ausbaus entsprechend dem Förderungsvertrag zu tragen hat. Die Stadt Klagenfurt kann zur Erfüllung dieser, ihr - und in Folge dessen nicht dem Bund - obliegenden Verpflichtung allerdings einen anderen Rechtsträger heranziehen bzw. ein PPP-Modell verwirklichen. Dies beabsichtigt die Stadt Klagenfurt auch durch die Gründung einer Errichtungs- und Betriebsgesellschaft.

Auf der Grundlage von Punkt II, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung hat der Bund dem ÖISS den Auftrag erteilt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren iSd BVergG für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions durchzuführen. Daraus ergibt sich, dass das das Vergabeverfahren durchführende ÖISS nicht für den Bund, sondern für die Stadt Klagenfurt tätig wird. Der Bund hat weder dem ÖISS noch der Stadt Klagenfurt den Auftrag erteilt, in seinem Namen tätig zu werden. Auf der Grundlage von Punkt römisch zwei, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung hat der Bund dem ÖISS den Auftrag erteilt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren iSd BVergG für die Beauftragung des Ausbaus des Basisstadions durchzuführen. Daraus ergibt sich, dass das das Vergabeverfahren durchführende ÖISS nicht für den Bund, sondern für die Stadt Klagenfurt tätig wird. Der Bund hat weder dem ÖISS noch der Stadt Klagenfurt den Auftrag erteilt, in seinem Namen tätig zu werden.

Gemäß Punkt II, Zi 7, letzter Satz der Grundsatzvereinbarung, erfolgt auch die Zuschlagserteilung entsprechend dem Vorschlag des ÖISS durch die Stadt Klagenfurt. Ob das hiezu vorgesehene Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt wurde, konnte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVA nicht eindeutig geklärt werden, ist jedoch in der vorliegenden Konstellation nicht entscheidungsrelevant. Selbst ein hergestelltes Einvernehmen (Anm.: mit dem Bund und dem Land Kärnten) würde die, von der Stadt Klagenfurt vorzunehmende und am 7. April 2005 auch tatsächlich von dieser vorgenommene Zuschlagserteilung, nicht zu einer solchen des Bundes machen (vgl. auch den, dem Erkenntnis des VwGH vom 25.2.2002, 2001/04/0215, zugrunde liegenden Fall, in welchem eine einvernehmliche Vorgangsweise zwischen dem Bund und der Gemeinde Neusiedl einzuhalten war). Gemäß Punkt römisch zwei, Zi 7, letzter Satz der Grundsatzvereinbarung, erfolgt auch die Zuschlagserteilung entsprechend dem Vorschlag des ÖISS durch die Stadt Klagenfurt. Ob das hiezu vorgesehene Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt wurde, konnte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVA nicht eindeutig geklärt werden, ist jedoch in der vorliegenden Konstellation nicht entscheidungsrelevant. Selbst ein hergestelltes Einvernehmen (Anmerkung, mit dem Bund und dem Land Kärnten) würde die, von der Stadt Klagenfurt vorzunehmende und am 7. April 2005 auch tatsächlich von dieser vorgenommene Zuschlagserteilung, nicht zu einer solchen des Bundes machen vergleiche auch den, dem Erkenntnis des VwGH vom 25.2.2002, 2001/04/0215, zugrunde liegenden Fall, in welchem eine einvernehmliche Vorgangsweise zwischen dem Bund und der Gemeinde Neusiedl einzuhalten war).

Auch die Tatsache, dass gemäß Punkt II, Zi 7 letzter Absatz der Grundsatzvereinbarung die Kosten des Auftrages an das ÖISS vom Bund getragen werden, kann nicht für die Annahme der Auftraggeberstellung des Bundes herangezogen werden. Dies erklärt sich daraus, dass der Vertrag, mit welchem das ÖISS beauftragt wurde, ein Vergabeverfahren für die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt und dessen temporären Ausbau für die hierfür zuständige Stadt Klagenfurt durchzuführen (vgl. Zi 9 der Präambel des Werkvertrages), zwischen dem Bund und dem ÖISS abgeschlossen wurde. Daher hat grundsätzlich auch der Bund den Werklohn zu entrichten. Die spätere Saldierung dieser Kosten mit den Förderungsbeiträgen Bundes lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu. Auch die Tatsache, dass gemäß Punkt römisch zwei, Zi 7 letzter Absatz der Grundsatzvereinbarung die Kosten des Auftrages an das ÖISS vom Bund getragen werden, kann nicht für die Annahme der Auftraggeberstellung des Bundes herangezogen werden. Dies erklärt sich daraus, dass

der Vertrag, mit welchem das ÖISS beauftragt wurde, ein Vergabeverfahren für die Errichtung des Basisstadions Klagenfurt und dessen temporären Ausbau für die hierfür zuständige Stadt Klagenfurt durchzuführen (vergleiche Zi 9 der Präambel des Werkvertrages), zwischen dem Bund und dem ÖISS abgeschlossen wurde. Daher hat grundsätzlich auch der Bund den Werklohn zu entrichten. Die spätere Saldierung dieser Kosten mit den Förderungsbeiträgen Bundes lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu.

Werkvertrag:

Bei dem in § 1 "Vertragsgegenstand", des Werkvertrages genannten Auftraggeber "Republik Österreich - Bund", handelt es sich nicht um den vergaberechtlichen Auftraggeber, sondern um den zivilrechtlichen Auftraggeber dieses Werkvertrages. Bei dem in Paragraph eins, "Vertragsgegenstand", des Werkvertrages genannten Auftraggeber "Republik Österreich - Bund", handelt es sich nicht um den vergaberechtlichen Auftraggeber, sondern um den zivilrechtlichen Auftraggeber dieses Werkvertrages.

In Punkt I 2.1 der Ausschreibungsunterlagen ist die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeberin genannt. In diesem Sinne ist auch auf Grund der damit in Einklang stehenden Zuschlagsentscheidung vom 8.3.2005 davon auszugehen, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin ist. Der Bürgermeister der Stadt Klagenfurt hat nämlich die Zuschlagsentscheidung im eigenen Namen ("für die Landeshauptstadt") gefertigt und ist nicht in fremdem Namen in rechtsgeschäftlicher Stellvertretung für einen anderen Rechtsträger (etwa den Bund) tätig geworden. Vor diesem Hintergrund sind auch die Angaben des Vertreters des BKA in der mündlichen Verhandlung plausibel und nachvollziehbar, dass der Bund der Stadt Klagenfurt niemals einen Auftrag erteilt habe und keinerlei dahingehende Vereinbarungen zwischen dem Bund und der Stadt Klagenfurt getroffen worden seien, im fremden Namen (also für den Bund) tätig zu werden. Die Stadt Klagenfurt ist bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht "namens und auftrags" bzw. "in Vertretung des Bundes", sondern in eigenem Namen tätig geworden. Die vom Bürgermeister für die Stadt Klagenfurt unterfertigte Zuschlagsentscheidung deutet bereits darauf hin, dass in der Folge auch der Zuschlag von der Stadt Klagenfurt im eigenen Namen erteilt werden, somit der Leistungsvertrag zwischen der Stadt Klagenfurt und dem Auftragnehmer, abgeschlossen werden soll. Dies ist in der Folge ja auch am 7. April 2005 geschehen. Die Stadt Klagenfurt ist somit als Auftraggeberin anzusehen. In Punkt römisch eins 2.1 der Ausschreibungsunterlagen ist die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeberin genannt. In diesem Sinne ist auch auf Grund der damit in Einklang stehenden Zuschlagsentscheidung vom 8.3.2005 davon auszugehen, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin ist. Der Bürgermeister der Stadt Klagenfurt hat nämlich die Zuschlagsentscheidung im eigenen Namen ("für die Landeshauptstadt") gefertigt und ist nicht in fremdem Namen in rechtsgeschäftlicher Stellvertretung für einen anderen Rechtsträger (etwa den Bund) tätig geworden. Vor diesem Hintergrund sind auch die Angaben des Vertreters des BKA in der mündlichen Verhandlung plausibel und nachvollziehbar, dass der Bund der Stadt Klagenfurt niemals einen Auftrag erteilt habe und keinerlei dahingehende Vereinbarungen zwischen dem Bund und der Stadt Klagenfurt getroffen worden seien, im fremden Namen (also für den Bund) tätig zu werden. Die Stadt Klagenfurt ist bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht "namens und auftrags" bzw. "in Vertretung des Bundes", sondern in eigenem Namen tätig geworden. Die vom Bürgermeister für die Stadt Klagenfurt unterfertigte Zuschlagsentscheidung deutet bereits darauf hin, dass in der Folge auch der Zuschlag von der Stadt Klagenfurt im eigenen Namen erteilt werden, somit der Leistungsvertrag zwischen der Stadt Klagenfurt und dem Auftragnehmer, abgeschlossen werden soll. Dies ist in der Folge ja auch am 7. April 2005 geschehen. Die Stadt Klagenfurt ist somit als Auftraggeberin anzusehen.

Selbst wenn die Stadt Klagenfurt behauptet hätte, für den Bund tätig geworden zu sein und die Zuschlagsentscheidung für den Bund getroffen zu haben, so hat sie dies jedenfalls nicht für die Bieter erkennbar kundgetan. Durch die Fertigung der Zuschlagsentscheidung "im eigenen Namen" hat die Stadt Klagenfurt vielmehr kundgetan, dass sie für sich selbst und nicht für einen anderen Auftraggeber tätig geworden ist. So hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 25.2.2002, 2001/04/0215, zum Burgenländischen Landesvergabegesetz

die Stadtgemeinde Neusiedl als Auftraggeber qualifiziert, da diese nicht für die Bieter nach außen erkennbar kundgetan hat, dass sie nicht für sich selbst, sondern für einen anderen Auftraggeber den Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtige. In dem, dem zitierten Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall, war vertraglich festgelegt, dass die Stadt Neusiedl auf einem ihr gehörigen Grundstück die Errichtung eines Zubaues für das Bundesschulzentrum [...] vornehme [.....]. Es war u.a. vorgesehen, dass die Planung nach dem vom Bund bekannt gegebenen Raum- und Funktionsprogramm und den vom Bund approbierten Plänen und Beschreibungen erfolgen soll. Weiters, dass der Bund einen Prüfenieur bestellt, die Planungsergebnisse die Zustimmung des Bundes benötigen, die Vergaben und Zuschläge von der Stadt Neusiedl nur nach schriftlicher Zustimmung des Prüfenieurs vorgenommen werden dürfen, sowie, dass die Abrechnungen dem Bund vorzulegen sind. Der Bund leistet ein Entgelt in Höhe von ATS 136,8 Mio, die Versicherung des Objektes übernimmt der Bund namens der Stadt auf eigene Rechnung. Der Bund trägt weiters während der Vertragsdauer alle [.....] verbundenen Lasten und Sorge für die Erhaltung.

Der UVS Burgenland hat sich zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens für unzuständig erklärt; dies mit der Begründung, dass es sich um ein Schulbauvorhaben der Republik handle. Möge die Stadt auch ein Interesse an der Verwirklichung des Projektes haben und möge sie sich daran auch durch das Zurverfügungstellen des Grundstückes und durch die Mitwirkung entsprechend der Vereinbarung mit dem Bund beteiligen, sei sie aber dennoch nicht als Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens anzusehen. Aufgrund der dargestellten Vereinbarung bestimme der Bund sämtliche Zielvorgaben [...]. Außerdem finanziere der Bund das Bauvorhaben mit 100%. Aus all dem ergebe sich, dass der Bund als wahrer öffentlicher Auftraggeber anzusehen sei. Dass dies im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht offen gelegt, sondern immer mehr verdunkelt worden sei, vermöge daran nichts zu ändern. Beim vorliegenden Sachverhalt müsse davon ausgegangen werden, dass die Stadt für den Bund tätig geworden sei. Die Gemeinde sei nur als "verlängerter Arm des Bundes" anzusehen. Auch dass die Gemeinde formell als Bauherr bezeichnet werde, vermöge an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Der Bund könne die Zuständigkeit nach dem BVergG nicht dadurch umgehen, dass in der Ausschreibung die Gemeinde als Auftraggeber genannt werde.

Die Beschwerdeführerin hat die Auffassung des UVS Burgenland, dass als Auftraggeber nicht die Gemeinde, sondern der Bund anzusehen ist, bekämpft. Der VwGH hat der Beschwerdeführerin Recht gegeben. Laut Erkenntnis vom 25.2.2005, 2001/04/0215, ergebe sich aus den Akten, dass die Gemeinde Neusiedl das Vergabeverfahren im eigenen Namen durchgeführt und den Zuschlag nicht etwa für den Bund, sondern im eigenen Namen, erteilt habe. Für die Beschwerdeführerin sei nicht erkennbar gewesen, dass die Gemeinde Neusiedl (als direkte Stellvertreterin) für einen anderen Auftraggeber (nämlich den Bund), tätig geworden wäre. Eine etwaige Vertretungsfunktion der Gemeinde nach außen sei weder kundgetan, noch erkennbar gewesen. Die Gemeinde sei somit als Auftraggeberin anzusehen, weil sie (für sich) einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteile oder zu erteilen beabsichtigt habe.

Im gegenständlichen Verfahren hat die Stadt Klagenfurt nicht nach außen erkennbar gemacht, dass sie nicht für sich selbst, sondern für jemand anderen tätig werden würde. Im Lichte des Erkenntnisses des VwGH vom 25.2.2005, 2001/04/0215, ist daher jedenfalls die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin anzusehen. Wie sich aus dem zitierten Erkenntnis des VwGH ergibt, vermögen selbst Mitwirkungsrechte einer anderen Gebietskörperschaft (Anm.: des Bundes), und sogar eine 100%-ige Finanzierung durch eine andere Gebietskörperschaft, keine

Auftraggebereigenschaft dieser Gebietskörperschaft zu begründen. Im gegenständlichen Verfahren hat die Stadt Klagenfurt nicht nach außen erkennbar gemacht, dass sie nicht für sich selbst, sondern für jemand anderen tätig werden würde. Im Lichte des Erkenntnisses des VwGH vom 25.2.2005, 2001/04/0215, ist daher jedenfalls die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin anzusehen. Wie sich aus dem zitierten Erkenntnis des VwGH ergibt, vermögen selbst Mitwirkungsrechte einer anderen Gebietskörperschaft (Anmerkung, des Bundes), und sogar eine 100%-ige Finanzierung durch eine andere Gebietskörperschaft, keine Auftraggebereigenschaft dieser Gebietskörperschaft zu begründen.

Im gegebenen Zusammenhang ist weiter folgendes anzumerken:

Eine Auftraggebereigenschaft des Bundes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kann auch nicht dadurch begründet werden, dass im seinerzeitigen Nachprüfungsverfahren zu GZ 15N-06/04 die Auftraggebereigenschaft der Republik Österreich angenommen wurde:

Gegen die Ausschreibung wurde am 29.1.2004 ein Nachprüfungsantrag beim BVA eingebracht. Mit Bescheid vom 29.3.2005, GZ 15N-06/04-29, wurde der Antrag der ARGE Stadion Klagenfurt (Anm.: die Ausschreibung für nichtig zu erklären), abgewiesen. Im damaligen Nachprüfungsverfahren hat das Ermittlungsverfahren des Bundesvergabeamtes - auf Grund der zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen und den Aussagen des (sich auf die erteilte Vollmacht des ÖISS berufenden) RA Dr. K*** und des (der Sphäre des ÖISS zuzurechnenden) Mag. H*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, zu dem Ergebnis geführt, dass Auftraggeber des Vergabeverfahrens die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundeskanzler, vertreten durch das ÖISS - Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau sei. Zum damaligen Zeitpunkt lagen nur die Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EG, im Amtlichen Lieferungsanzeiger sowie der Teilnahmeantrag vor. Aus diesen ergab sich jeweils als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund. Gegen die Ausschreibung wurde am 29.1.2004 ein Nachprüfungsantrag beim BVA eingebracht. Mit Bescheid vom 29.3.2005, GZ 15N-06/04-29, wurde der Antrag der ARGE Stadion Klagenfurt (Anmerkung, die Ausschreibung für nichtig zu erklären), abgewiesen. Im damaligen Nachprüfungsverfahren hat das Ermittlungsverfahren des Bundesvergabeamtes - auf Grund der zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen und den Aussagen des (sich auf die erteilte Vollmacht des ÖISS berufenden) RA Dr. K*** und des (der Sphäre des ÖISS zuzurechnenden) Mag. H*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, zu dem Ergebnis geführt, dass Auftraggeber des Vergabeverfahrens die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundeskanzler, vertreten durch das ÖISS - Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau sei. Zum damaligen Zeitpunkt lagen nur die Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EG, im Amtlichen Lieferungsanzeiger sowie der Teilnahmeantrag vor. Aus diesen ergab sich jeweils als Auftraggeber die Republik Österreich, Bund.

Aufgrund des Ermittlungsverfahrens im damaligen Nachprüfungsverfahren, insbesondere des Parteivorbringens u.a. auch des Vorbringens der Vertreter des ÖISS, RA Dr. K*** und Mag. H***, dass das Vorhaben überwiegend vom Bund finanziert würde, war von der Auftraggeberstellung des Bundes auszugehen. Ein gegenteiliges Vorbringen, dass dies in Zweifel hätte ziehen können, lag nicht vor. Die Ausschreibungsunterlagen (Anm: 13.8.2004), in denen erstmals als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, genannt war, lagen dem BVA zum damaligen Entscheidungszeitpunkt auch noch nicht vor. Gleiches gilt naturgemäß auch für die Zuschlagsentscheidung der Stadt Klagenfurt und die Zuschlagserteilung der Stadt Klagenfurt. Davon abgesehen würde durch die Erlassung des damaligen Bescheides zwar eine allfällige damalige Unzuständigkeit des BVA zu seiner Erlassung geheilt werden. Die Rechtskraftwirkung eines Bescheides vermag jedoch keine Kompetenz zur Erlassung eines nachfolgenden Bescheides zu begründen (vgl. VwGH 15.10.1981, 2709/79). Aufgrund des Ermittlungsverfahrens im damaligen Nachprüfungsverfahren, insbesondere des Parteivorbringens u.a. auch des Vorbringens der Vertreter des ÖISS, RA Dr. K*** und Mag. H***, dass das Vorhaben überwiegend vom Bund finanziert würde, war von der Auftraggeberstellung des Bundes auszugehen. Ein gegenteiliges Vorbringen, dass dies in Zweifel hätte ziehen können, lag nicht vor. Die Ausschreibungsunterlagen (Anmerkung, 13.8.2004), in denen erstmals als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, genannt war, lagen dem BVA zum damaligen Entscheidungszeitpunkt auch noch nicht vor. Gleiches gilt naturgemäß auch für die Zuschlagsentscheidung der Stadt Klagenfurt und die Zuschlagserteilung der Stadt Klagenfurt. Davon abgesehen würde durch die Erlassung des

damaligen Bescheides zwar eine allfällige damalige Unzuständigkeit des BVA zu seiner Erlassung geheilt werden. Die Rechtskraftwirkung eines Bescheides vermag jedoch keine Kompetenz zur Erlassung eines nachfolgenden Bescheides zu begründen vergleiche VwGH 15.10.1981, 2709/79).

Gemäß § 20 Z 36 BVergG ist vergebende Stelle jene Organisationseinheit oder jener Bevollmächtigte des Auftraggebers, die bzw. der das Vergabeverfahren durchführt. Die im Werkvertrag vom 17.12.2003 in § 1, Seiten 3 und 4, aufgezählten Aufgaben des ÖISS sind solche, die typischerweise einer vergebenden Stelle obliegen. Das ÖISS ist vergebende Stelle des Auftraggebers Stadt Klagenfurt (vgl. Grundsatzvereinbarung Punkt II, Zi 7, Präambel Zi 9 des Werkvertrages und die Angaben von MR Dr. I*** und DI L***). Gemäß Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG ist vergebende Stelle jene Organisationseinheit oder jener Bevollmächtigte des Auftraggebers, die bzw. der das Vergabeverfahren durchführt. Die im Werkvertrag vom 17.12.2003 in Paragraph eins,, Seiten 3 und 4, aufgezählten Aufgaben des ÖISS sind solche, die typischerweise einer vergebenden Stelle obliegen. Das ÖISS ist vergebende Stelle des Auftraggebers Stadt Klagenfurt vergleiche Grundsatzvereinbarung Punkt römisch zwei, Zi 7, Präambel Zi 9 des Werkvertrages und die Angaben von MR Dr. I*** und DI L***).

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, wie bereits gesagt, die Stadt Klagenfurt. Zuständig zur nachprüfenden Kontrolle hinsichtlich des Vergabeverfahrens eines "Auftraggebers Stadt Klagenfurt" ist daher keinesfalls das Bundesvergabeamt.

Selbst für den Fall, dass Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens -entgegen der Ansicht des erkennenden Senats - der Bund sein sollte, und somit das BVA zur Nachprüfung zuständig wäre, müssten die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin jedenfalls zurückgewiesen werden. Es liegt nämlich keine bekämpfbare Entscheidung eines "Auftraggebers Bund" vor; der Bund hat im gegenständlichen Verfahren keine Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Die Nichtigerkklärungsanträge wären daher jedenfalls zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20050524_15N_22_05_50_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at