

TE Verg Bescheid 2005/5/18 15N- 20/05-43

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.05.2005

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 §163 Abs2

BVergG 2002 §169 Abs1 Z3 lite

BVergG 2002 §171 Abs5

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lita

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 lite sublitaa

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 litf

B-VG Art. 14b Abs2 Z2 lita

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

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

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

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und 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 das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, Prinz Eugenstraße 12, 1040 Wien, dieses vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, wird der Antrag der Bietergemeinschaft A*** Gesellschaft mbH/B***Gesellschaft mbH, vertreten durch RA Dr. Y***, vom 21. März 2005, "die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D*** für nichtig zu erklären", zurückgewiesen. 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 das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, Prinz Eugenstraße 12, 1040 Wien, dieses vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, wird der Antrag der Bietergemeinschaft A*** Gesellschaft mbH/B***Gesellschaft mbH, vertreten durch RA Dr. Y***, vom 21. März 2005, "die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D*** für nichtig zu erklären", zurückgewiesen.

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

BEGRÜNDUNG

Die Bietergemeinschaft A*** Gesellschaft mbH, und B***Gesellschaft mbH, in der Folge Antragstellerin, stellte am 21. März 2005, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 22. März 2005, den im Spruch ersichtlichen Antrag.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass sie fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben habe und sich für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens präqualifiziert habe. Im August 2004 seien der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Sie habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Erst-Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 79.892.820,11 gelegt. Am 22. November 2004 habe sie das Vorprüfungsergebnis und die Überarbeitungsempfehlungen der Vergabekommission erhalten. Am 25. November 2004 habe das erste Aufklärungsgespräch stattgefunden. Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 24. Jänner 2005 sei ein "Drehbuch" übermittelt worden, welches Änderungen der Vergaberichtlinien vorgesehen habe. Am 1. Februar 2005 habe dann das zweite Bietergespräch stattgefunden.

Anfang Februar 2005 seien die Namen sämtlicher Bieter inklusive der jeweiligen Angebotsdetails in der "E" veröffentlicht worden.

Am 9. Februar 2005 sei sie zur Abgabe eines Last and Best Offer (LBO) aufgefordert worden. Am 22. Februar 2005 habe sie ihr endgültiges Angebot fristgerecht und ausschreibungskonform abgegeben. Der Angebotspreis des LBO habe netto Euro 58.740.022,10 betragen.

Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der Bietergemeinschaft C***/D***, sei der Antragstellerin per Telefax am 8. März 2005 mitgeteilt worden. Mit einem gleichzeitig übermittelten Schreiben des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Klagenfurt sei weiters bekannt gegeben worden, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises in Höhe von ca. 26,48% im Verhältnis zum Erst-Angebot, ausgeschieden worden sei. Mit Schreiben vom 16. März 2005 habe die vergebende Stelle mitgeteilt, dass der Angebotspreis der Bestbieterin netto Euro 59.740.502,22 betrage. Damit sei ihr Angebot lediglich um 1,4% teurer als jenes der Billigstbieterin, weise jedoch in allen anderen Kriterien zum Teil erhebliche Vorzüge im Paarvergleich auf.

Dem Protokollauszug der zweiten Sitzung der Bewertungskommission vom 6./7. März 2005 sei zu entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin vollständig und rechtsgültig gefertigt sei. Die Ausscheidensentscheidung gemäß § 98 Z 3 BVerG sei damit begründet worden, dass der Preisunterschied von 26,48% zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO nicht begründbar sei. Es sei lapidar festgehalten worden, dass weder aus städtebaulichen noch aus architektonischen oder funktionalen Gründen, aus Gründen der Tragwerksplanung und der technischen Gebäudeausstattung, Preisreduzierungen erkennbar seien. Mit diesen Vorwürfen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises sei die Antragstellerin aber nicht konfrontiert worden. Es seien keine Erläuterungen oder

Aufklärungen zur Preisgestaltung und Kalkulation angefordert worden. Eine inhaltliche Bewertung des Angebotes der Antragstellerin durch die Bewertungskommission sei nicht erfolgt. Dem Protokollauszug der zweiten Sitzung der Bewertungskommission vom 6./7. März 2005 sei zu entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin vollständig und rechtsgültig gefertigt sei. Die Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG sei damit begründet worden, dass der Preisunterschied von 26,48% zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO nicht begründbar sei. Es sei lapidar festgehalten worden, dass weder aus städtebaulichen noch aus architektonischen oder funktionalen Gründen, aus Gründen der Tragwerksplanung und der technischen Gebäudeausstattung, Preisreduzierungen erkennbar seien. Mit diesen Vorwürfen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises sei die Antragstellerin aber nicht konfrontiert worden. Es seien keine Erläuterungen oder Aufklärungen zur Preisgestaltung und Kalkulation angefordert worden. Eine inhaltliche Bewertung des Angebotes der Antragstellerin durch die Bewertungskommission sei nicht erfolgt.

Zur Zuständigkeit des BVA wurde vorgebracht:

In der Vergabebekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen sei die Republik Österreich, Bund, vertreten durch das ÖISS, als Auftraggeberin genannt.

In den Ausschreibungsunterlagen sei die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit einer in Gründung befindlichen Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das ÖISS, als Auftraggeberin genannt.

Den Medien sei zu entnehmen gewesen, dass der Stadionneubau in Klagenfurt gemeinsam vom Bund, vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt finanziert werde. Bei gemeinsamen Auftragsvergaben zwischen Bund und Land sei die Auftragsvergabe dann dem Vollziehungsbereich des Bundes zuzurechnen, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes gleich groß sei wie der Anteil des Landes. Die wahren Finanzierungsverhältnisse seien der Antragstellerin jedoch nicht bekannt, weshalb aus anwaltlicher Vorsicht der Nachprüfungsantrag (auch) beim Bundesvergabeamt eingebracht worden sei. Unter der Annahme, dass der überwiegende Teil des geschätzten Auftragswertes dem Bund zufalle, sei die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit.f B-VG iVm § 162 BVergG gegeben. Den Medien sei zu entnehmen gewesen, dass der Stadionneubau in Klagenfurt gemeinsam vom Bund, vom Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt finanziert werde. Bei gemeinsamen Auftragsvergaben zwischen Bund und Land sei die Auftragsvergabe dann dem Vollziehungsbereich des Bundes zuzurechnen, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes gleich groß sei wie der Anteil des Landes. Die wahren Finanzierungsverhältnisse seien der Antragstellerin jedoch nicht bekannt, weshalb aus anwaltlicher Vorsicht der Nachprüfungsantrag (auch) beim Bundesvergabeamt eingebracht worden sei. Unter der Annahme, dass der überwiegende Teil des geschätzten Auftragswertes dem Bund zufalle, sei die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG in Verbindung mit Paragraph 162, BVergG gegeben.

Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages und zur Antragslegitimation führte die Antragstellerin aus:

Es handle sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung, sowie die - damit verbunden anfechtbare - Ausscheidensentscheidung. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig gemäß § 169 Abs 1 Z 3 lit. e BVergG eingebracht worden. Die Auftraggeberin sei unmittelbar vor Einbringung des Nachprüfungsantrages gemäß § 163 Abs 2 BVergG verständigt und die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 10.000,-- entrichtet worden. Es handle sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung, sowie die - damit verbunden anfechtbare - Ausscheidensentscheidung. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, BVergG eingebracht worden. Die Auftraggeberin sei unmittelbar vor Einbringung des Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG verständigt und die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 10.000,-- entrichtet worden.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluß durch Abgabe eines entsprechenden Angebotes dokumentiert. Sie erachte sich durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes und die dadurch rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft C***/D*** in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, im Recht auf Bietergleichbehandlung, im Recht auf ein faires Verfahren und auf objektive Bestbieterermittlung, im Recht, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, sowie in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an den Bestbieter, verletzt.

Für den Fall, dass der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erfolgen sollte, würde ihr ein beträchtlicher finanzieller Schaden entstehen. Weiters entgehe ihr ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich Sportstättenbau, welcher in dieser Größenordnung fast ausschließlich von öffentlichen Auftraggebern durchgeführt würde.

Zur Rechtswidrigkeit wurde vorgebracht:

Das Angebot der Antragstellerin sei wegen einer angeblich nicht nachvollziehbaren Preisreduktion des Angebotspreises von ca. 26,48 % im Verhältnis zum Erst-Angebot gemäß § 98 Z 3 BVergG ausgeschieden worden. Ein derartiges Vorgehen sei jedoch unzulässig. Die Anwendung des Ausscheidenstatbestandes des § 98 Z 3 BVergG setze die Überprüfung der Plausibilität des Angebotspreises durch die Auftraggeberin voraus. Gemäß § 93 Abs 2 leg cit müsse die Auftraggeberin, wenn der Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheine, Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen. Der Antragstellerin wäre daher Gelegenheit zu geben gewesen, die Kalkulation ihres Angebotes zu erläutern. Diese kontradiktorische Aufklärungspflicht der Auftraggeberin sei auch gemeinschaftsrechtlich geboten. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen einer angeblich nicht nachvollziehbaren Preisreduktion des Angebotspreises von ca. 26,48 % im Verhältnis zum Erst-Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG ausgeschieden worden. Ein derartiges Vorgehen sei jedoch unzulässig. Die Anwendung des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG setze die Überprüfung der Plausibilität des Angebotspreises durch die Auftraggeberin voraus. Gemäß Paragraph 93, Absatz 2, leg cit müsse die Auftraggeberin, wenn der Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheine, Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen. Der Antragstellerin wäre daher Gelegenheit zu geben gewesen, die Kalkulation ihres Angebotes zu erläutern. Diese kontradiktorische Aufklärungspflicht der Auftraggeberin sei auch gemeinschaftsrechtlich geboten.

Wenn die Auftraggeberin den Verfahrensabschnitt über die Prüfung der Preisangemessenheit bzw. die vertiefte Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und vollendet habe, sei der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 3 BVergG (zumindest vorerst) nicht erfüllt. Durch die nicht vollständige Angebotsprüfung sei nach ständiger Rechtssprechung des BVA auch die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig anzusehen. Wenn die Auftraggeberin den Verfahrensabschnitt über die Prüfung der Preisangemessenheit bzw. die vertiefte Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und vollendet habe, sei der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG (zumindest vorerst) nicht erfüllt. Durch die nicht vollständige Angebotsprüfung sei nach ständiger Rechtssprechung des BVA auch die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig anzusehen.

Im vorliegenden Fall sei die Auftraggeberin ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen und habe die Auftraggeberin auch keine Informationen zur Feststellung der Plausibilität des Angebotes eingeholt. Auch eine vertiefte Angebotsprüfung sei nicht durchgeführt worden. Im Zeitraum zwischen der Abgabe des LBO und der Zuschlagsentscheidung sei überhaupt keine Kontaktaufnahme seitens der Auftraggeberin erfolgt.

Auch sei die Ausscheidensbegründung der Auftraggeberin nicht von den taxativen Ausscheidenstatbeständen des § 98 BVergG umfasst. Gemäß § 98 Z 3 leg cit seien Angebote nur dann auszuschneiden, wenn sie eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, das heißt, die Preiszusammensetzung betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar sei. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei jedoch damit begründet worden, dass die Reduktion des Angebotspreises im Verhältnis zum Erstangebot nicht nachvollziehbar sei. Dieser Fall werde jedoch von § 98 Z 3 leg cit schon begrifflich nicht gedeckt. Auch sei die Ausscheidensbegründung der Auftraggeberin nicht von den taxativen Ausscheidenstatbeständen des Paragraph 98, BVergG umfasst. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, leg cit seien Angebote nur dann auszuschneiden, wenn sie eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, das heißt, die Preiszusammensetzung betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar sei. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei jedoch damit begründet worden, dass die Reduktion des Angebotspreises im Verhältnis zum Erstangebot nicht nachvollziehbar sei. Dieser Fall werde jedoch von Paragraph 98, Ziffer 3, leg cit schon begrifflich nicht gedeckt.

Die Antragstellerin sei vielmehr aufgefordert worden, ein völlig neues Angebot (Last and Best Offer) abzugeben, wobei keine Verweisungen auf das Erstangebot zulässig gewesen seien. Auch die Pläne seien neu einzureichen gewesen. Es handle sich daher keineswegs um eine bloße Reduktion des ursprünglich (im Erst-Angebot) angebotenen Preises,

sondern um ein zur Gänze neu kalkuliertes Angebot auf Grundlage der geänderten Vorgaben der Auftraggeberin. Der von der Auftraggeberin gezogene Vergleich mit dem Preis des Erstangebotes sei unzulässig. Die Auftraggeberin hätte allein die plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des LBO überprüfen dürfen.

Die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sei also rechtswidrig. Bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung hätte die Auftraggeberin zum Schluss kommen müssen, dass das Angebot der Antragstellerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Einsparungen und Optimierungsmöglichkeiten hätten sich (erst) im Zuge der Verhandlungen nach Vorliegen des Erstangebotes ergeben.

Die Ausscheidensentscheidung sei von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Das Angebot der Antragstellerin sei von der Vergabekommission inhaltlich gar nicht bewertet worden. Es sei jedoch billiger als jenes der Bietergemeinschaft C***/D*** und diesem in jeder Hinsicht zumindest gleichwertig. Die Antragstellerin sei also Bestbieterin und wäre daher ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen.

Abgesehen davon, sei das gesamte Vergabeverfahren mit weiteren schweren Mängeln behaftet. So sei es etwa unterlassen worden, die Zuschlagskriterien zu gewichten. Mit dem übermittelten "Drehbuch" sei auch in rechtswidriger Weise nachträglich die inhaltliche Festlegung der Zuschlagskriterien verändert worden. Es habe eine willkürliche Bewertung ("Paarvergleich") stattgefunden, die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen hätten aber ein anderes System vorgesehen.

Weiters wurde vorgebracht, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin mangelhaft sei. Aus den Veröffentlichungen in der "E***" ergebe sich, dass die - im Projekt der präsuntiven Bestbieterin mitarbeitenden - Architekten F***/G*** für die Stadt Klagenfurt im Rahmen der UEFA-Bewerbung eine Machbarkeitsstudie erstellt hätten. Dieser Wettbewerbsvorteil sei nicht neutralisiert worden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin wäre daher gemäß § 21 Abs 3 BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Außerdem habe die präsuntive Bestbieterin in ihrem Angebot keine Subunternehmer benannt; dies sei ein unbehebbarer Mangel, der gemäß § 98 Z 8 BVergG zwingend zum Ausscheiden deren Angebotes hätte führen müssen. Weiters wurde vorgebracht, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin mangelhaft sei. Aus den Veröffentlichungen in der "E***" ergebe sich, dass die - im Projekt der präsuntiven Bestbieterin mitarbeitenden - Architekten F***/G*** für die Stadt Klagenfurt im Rahmen der UEFA-Bewerbung eine Machbarkeitsstudie erstellt hätten. Dieser Wettbewerbsvorteil sei nicht neutralisiert worden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin wäre daher gemäß Paragraph 21, Absatz 3, BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Außerdem habe die präsuntive Bestbieterin in ihrem Angebot keine Subunternehmer benannt; dies sei ein unbehebbarer Mangel, der gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG zwingend zum Ausscheiden deren Angebotes hätte führen müssen.

Durch die Nennung der Namen der Bieter und weiterer wesentlicher Angebotsbestandteile in der "E***" sei der Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß § 21 BVergG verletzt worden. Im Verhandlungsverfahren müssten die Anzahl und die Namen der Bieter bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim gehalten werden. Dieser Mangel sei so fundamental, dass das gesamte Verfahren mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Auch aus diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung daher rechtswidrig. Durch die Nennung der Namen der Bieter und weiterer wesentlicher Angebotsbestandteile in der "E***" sei der Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Paragraph 21, BVergG verletzt worden. Im Verhandlungsverfahren müssten die Anzahl und die Namen der Bieter bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim gehalten werden. Dieser Mangel sei so fundamental, dass das gesamte Verfahren mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Auch aus diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung daher rechtswidrig.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 brachte RA Dr. Y*** für die Antragstellerin ergänzend vor, dass nach der Vergabebekanntmachung kein "offizieller Auftraggeberwechsel" stattgefunden habe und auch die Bieter von einem solchen nicht verständigt worden seien. Im Werkvertrag und in der Grundsatzvereinbarung scheine jedenfalls der Bund als Auftraggeber auf. Aus dem Deckblatt der Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 sei nicht ersichtlich, ob die Stadt Klagenfurt den "Vergabewillen für sich selbst oder für den Bund gefasst habe". Dies sei jedoch für die Zuständigkeit zur nachprüfenden Kontrolle wesentlich. Die Antragstellerin sei von einem gemeinsamen Auftrag der Stadt Klagenfurt und des Bundes ausgegangen. So sei neben der Republik Österreich auch die Stadt Klagenfurt von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs. 2 BVergG verständigt worden. Der UVS Kärnten habe am 6. April "festgestellt", dass die Republik Österreich Auftraggeberin des gegenständlichen

Vergabeverfahrens sei. In Kenntnis dieser Entscheidung habe der Stadtsenat Klagenfurt am 7. April 2005 den Zuschlag erteilt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 brachte RA Dr. Y*** für die Antragstellerin ergänzend vor, dass nach der Vergabebekanntmachung kein "offizieller Auftraggeberwechsel" stattgefunden habe und auch die Bieter von einem solchen nicht verständigt worden seien. Im Werkvertrag und in der Grundsatzvereinbarung scheine jedenfalls der Bund als Auftraggeber auf. Aus dem Deckblatt der Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 sei nicht ersichtlich, ob die Stadt Klagenfurt den "Vergabewillen für sich selbst oder für den Bund gefasst habe". Dies sei jedoch für die Zuständigkeit zur nachprüfenden Kontrolle wesentlich. Die Antragstellerin sei von einem gemeinsamen Auftrag der Stadt Klagenfurt und des Bundes ausgegangen. So sei neben der Republik Österreich auch die Stadt Klagenfurt von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG verständigt worden. Der UVS Kärnten habe am 6. April "festgestellt", dass die Republik Österreich Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. In Kenntnis dieser Entscheidung habe der Stadtsenat Klagenfurt am 7. April 2005 den Zuschlag erteilt.

In einer Stellungnahme vom 24.3.2005 brachten die Stadt Klagenfurt und das ÖISS, beide vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, zur Zuständigkeit vor, dass in der Vergabebekanntmachung vom 3.1.2004 als Auftraggeberin die Republik Österreich BUND, ÖISS, angeführt gewesen sei. Am 18.11.2003 sei zwischen dem Bund, dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt eine Grundsatzvereinbarung abgeschlossen worden. Gemäß Punkt 5 dieser Grundsatzvereinbarung verpflichtete sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau. Laut Punkt 7 der Vereinbarung werde der Bund das ÖISS beauftragen, namens der Stadt Klagenfurt ein [.....] durchzuführen. Die Kosten für die Errichtung des Basisstadions und dessen Ausbau seien gemäß Punkt 8 der Grundsatzvereinbarung grundsätzlich zu einem Drittel vom Bund zu tragen.

Am 17.12.2003 sei zwischen dem Bund, vertreten durch das BKA, und dem ÖISS ein Werkvertrag geschlossen worden. Darin erteile der Bund dem ÖISS den Auftrag zur Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens [.....]. In der Präambel, Ziffer 7, des Werkvertrages, sei ausgeführt, dass für die Errichtung des Basisstadions und dessen temporären Ausbau die Stadt Klagenfurt zuständig sei.

In den Teilnahmeunterlagen sei die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeberin bezeichnet.

In der am 13.8.2004 an die präqualifizierten Bieter versandten Ausschreibungsunterlagen sei als Auftraggeberin die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das ÖISS, angeführt. Das ÖISS werde als ausschreibende Stelle bestimmt.

Entscheidend sei, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt zivilrechtlicher Vertragspartner (und damit Auftraggeber) werden solle. Daran vermöge auch die Fehlbezeichnung in den Teilnahmeunterlagen nichts zu ändern.

Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens belaufe sich auf Euro 38 Mio netto. Der Auftrag sei noch nicht vergeben, das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern mittels Telefax und E-Mail am 8.3.2005 bekannt gegeben worden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 1.4.2005 wiesen die Stadt Klagenfurt und das ÖISS erneut darauf hin, dass ihrer Ansicht nach das BVA unzuständig sei. Unter Zugrundelegung der maßgeblichen vertraglichen Grundlagen, des Inhaltes des Vergabeaktes und des bisherigen Verfahrens ergebe sich eindeutig die Auftraggebereigenschaft der Stadt Klagenfurt. Der Bund sei bloßer Förderungsgeber. Er habe das ÖISS deshalb namens der Stadt Klagenfurt beauftragt, da er sicherstellen wollte, dass die Fördermittel möglichst gering gehalten würden und die in der Form des ÖISS vorhandenen Ressourcen genutzt werden sollten. In der Stadionvereinbarung vom 9.11.2004 verpflichtete sich die Stadt Klagenfurt gegenüber dem ÖFB und der UEFA zur Errichtung des Stadions. Auftraggeber, Stadionerrichter und Eigentümer des Stadions sei (bzw. solle werden) die Stadt Klagenfurt. Das ÖISS sei (bloß) vergebende Stelle. Die Liegenschaften, auf denen das Stadion errichtet werden solle, befänden sich im Eigentum der Stadt Klagenfurt. Es würden keinerlei Vereinbarungen existieren, die den Bund zur Bauführung auf fremdem Grund ermächtigen würden. Eine Errichtung des Stadions durch den Bund wäre daher rechtlich gar nicht möglich. Dementsprechend bestünde auf Seiten des Bundes auch nur eine budgetäre Bedeckung für die anteilige Förderung des Projektes und nicht für die Errichtung und den Umbau des Stadions im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Bundes. Dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei, ergebe sich auch eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen. Es sei somit allen

Bietern klar gewesen, dass die Angebote an die Vertragspartnerin Stadt Klagenfurt gerichtet seien und im Falle des Zuschlages daher mit Klagenfurt zu kontrahieren sei. An die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin und Vertragspartnerin hätten sich die Bieter im Übrigen auch durch die Unterfertigung des Formblattes "1" binden müssen.

In der Bekanntmachung sei irrtümlich nicht die Landeshauptstadt Klagenfurt, sondern der Bund, als Auftraggeber bezeichnet worden. Entsprechend dieser irrtümlichen Bezeichnung sei auch die nationale Bekanntmachung nicht in der "Kärntner Landeszeitung - Amtsblatt für das Land Kärnten", sondern im Amtlichen Lieferungsanzeiger veröffentlicht worden. In den letztlich maßgeblichen Ausschreibungsunterlagen sei die Fehlbezeichnung ohnedies aufgeklärt bzw. berichtigt worden. Die Auftraggebereigenschaft richte sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Auch der VwGH habe judiziert, dass - selbst bei ausgeprägten Mitwirkungsrechten eines anderen öffentlichen Auftraggebers - Auftraggeber nur derjenige sei, der den Auftrag im eigenen Namen erteile oder zu erteilen beabsichtige und Eigentümer der zu beschaffenden Leistung werde. Auch aus den vertraglichen Grundlagen ergebe sich eindeutig der "vergaberelevante Wille" der Stadt Klagenfurt.

Die Fehlbezeichnung in der Bekanntmachung könne im Bezug auf die Rechtswirksamkeit der Bekanntmachung keine Konsequenzen haben. Die Bekanntmachung per se entfalte keine Bindungswirkung oder eine "Umleitung" auf einen anderen Rechtsträger. Zu beachten sei auch, dass ein Wechsel in der Person des Auftraggebers mit Zustimmung aller Bieter möglich sei. 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 sämtlichen 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 Nichtigserklärung 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. Die Bekanntmachung per se entfalte keine Bindungswirkung oder eine "Umleitung" auf einen anderen Rechtsträger. Zu beachten sei auch, dass ein Wechsel in der Person des Auftraggebers mit Zustimmung aller Bieter möglich sei. 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 sämtlichen 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. Entgegen der Darstellung des Vertreters der Antragstellerin sei aber 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. Auch laut einer Äußerung der Antragstellerin vom 21.3.2005 betrage der Kostenanteil des Bundes maximal 33%. Daraus ergebe sich aber 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. I*** im damaligen Nachprüfungsverfahren nicht Parteienvertreter, sondern lediglich Auskunftsperson gewesen sei. Auch RA Dr. J*** 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. Auch laut einer Äußerung der Antragstellerin vom 21.3.2005 betrage der Kostenanteil des Bundes maximal 33%. Daraus ergebe sich aber 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. I*** im damaligen Nachprüfungsverfahren nicht Parteienvertreter, sondern lediglich Auskunftsperson gewesen sei. Auch RA Dr. J*** 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, 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.

In einer Stellungnahme von 24. März 2005 hat das Bundeskanzleramt vorgebracht, dass im vorliegenden Nachprüfungsantrag als Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das ÖISS, bezeichnet werde. Diese Bezeichnung sei unzutreffend, da nicht der Bund, sondern die Stadt Klagenfurt Auftraggeberin sei. Beim Bundeskanzleramt würden keine Unterlagen des Vergabeverfahrens aufliegen, auch sei dieses nicht in das Vergabeverfahren einbezogen gewesen. Das Vergabemanagement sei vom ÖISS durchgeführt worden, Auskünfte könnten daher nur vom ÖISS gegeben werden.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 7. April 2005 hat der Vertreter des Bundes, MR Dr. K***, neuerlich 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. Auch nach der Stadionvereinbarung habe sich die Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions verpflichtet. 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. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 7. April 2005 hat der Vertreter des Bundes, MR Dr. K***, neuerlich 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. Auch nach der Stadionvereinbarung habe sich die Stadt Klagenfurt zur Errichtung des Stadions verpflichtet. 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.

Ergänzend führte MR K*** aus, dass der Bund auch nicht (mehr) zuständig wäre, 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 seien im Bundesfinanzgesetz die Förderungsansätze entsprechend des Förderungsanteiles des Bundes festgesetzt worden. Der Kostenanteil, den der Bund fördere, beläuft 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. Ergänzend führte MR K*** aus, dass der Bund auch nicht (mehr) zuständig wäre, 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 seien im Bundesfinanzgesetz die Förderungsansätze entsprechend des Förderungsanteiles des Bundes festgesetzt worden. Der Kostenanteil, den der Bund fördere, beläuft 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.

Weiters erklärte MR Dr. K***, 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 K*** ist), habe er im Juli oder August 2004 vom ÖISS den Teilnahmeantrag angefordert. Nachdem ihm aufgefallen sei, dass in der EU-weiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und auch in den Teilnahmeunterlagen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber genannt gewesen sei, habe er Dir DI L*** (ÖISS), telefonisch auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht. Das Telefonat mit Dir L*** habe vor der Bieterauswahl stattgefunden. Die "Berichtigung" der Auftraggeberbezeichnung sei in der Folge dadurch erfolgt, dass in den Ausschreibungsunterlagen 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 jedenfalls eine autonome Entscheidung der Stadt Klagenfurt. Weiters erklärte MR Dr. K***, 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 K*** ist), habe er im Juli oder August 2004 vom ÖISS den Teilnahmeantrag angefordert. Nachdem ihm aufgefallen sei, dass in der EU-weiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und auch in den Teilnahmeunterlagen die Republik Österreich, Bund, als Auftraggeber genannt

gewesen sei, habe er Dir DI L*** (ÖISS), telefonisch auf diesen Irrtum aufmerksam gemacht. Das Telefonat mit Dir L*** habe vor der Bieterauswahl stattgefunden. Die "Berichtigung" der Auftraggeberbezeichnung sei in der Folge dadurch erfolgt, dass in den Ausschreibungsunterlagen 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 jedenfalls eine autonome Entscheidung der Stadt Klagenfurt.

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

Weiters erklärte MR Dr. K***, dass seitens des Bundes in seiner "Funktion als Schiedsrichter" ein Gutachten in Auftrag gegeben worden sei. Dieses sollte als "Obergutachten" zweier sich widersprechender Gutachten von Anwaltskanzleien dienen und die vorliegenden 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 wurde ausgeführt, dass die in der Grundsatzvereinbarung 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. Auch sei ursprünglich 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 Grund 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 angerechnet 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.

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 überdies um ein außerordentlich wichtiges Referenzprojekt. Ihr drohe ein Schaden in Höhe von jedenfalls Euro 3.517.656,28. Würde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, würde die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Recht, als präsumtive Bestbieterin 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.

Weiters brachte die Teilnahmeantragstellerin vor, dass das Bundesvergabeamt für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nicht zuständig sei. Öffentlicher Auftraggeber des Vergabeverfahrens sei die Stadt Klagenfurt; diese falle jedoch nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes. Auf die Höhe des Finanzierungsanteiles des Bundes bzw. des Landes und der Stadt Klagenfurt komme es nicht an. Wie sich aus Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG ergebe, würden die Finanzierungsanteile der einzelnen Gebietskörperschaften nur im Falle einer gemeinsamen Vergabe eine Rolle spielen. Es liege aber gegenständlich keine gemeinsame Vergabe vor. Es bestünden lediglich interne Finanzierungsvereinbarungen zwischen den Gebietskörperschaften. Solche Vereinbarungen könnten aber an der Position des Auftraggebers, also der Stadt Klagenfurt, nichts ändern. Weiters brachte die Teilnahmeantragstellerin vor, dass das Bundesvergabeamt für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nicht zuständig sei. Öffentlicher Auftraggeber des Vergabeverfahrens sei die Stadt Klagenfurt; diese falle jedoch nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes. Auf die Höhe des Finanzierungsanteiles des Bundes bzw. des Landes und der Stadt Klagenfurt komme es nicht an. Wie sich aus Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG ergebe, würden die Finanzierungsanteile der einzelnen

Gebietskörperschaften nur im Falle einer gemeinsamen Vergabe eine Rolle spielen. Es liege aber gegenständlich keine gemeinsame Vergabe vor. Es bestünden lediglich interne Finanzierungsvereinbarungen zwischen den Gebietskörperschaften. Solche Vereinbarungen könnten aber an der Position des Auftraggebers, also der Stadt Klagenfurt, nichts ändern.

Die Teilnahmeantragstellerin brachte ergänzend weiters vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Sie hätte über detaillierte Informationen über das Angebot der Teilnahmeantragstellerin, sowie generell über zahlreiche Interna betreffend das Vergabeverfahren, verfügt und wäre daher gemäß § 51 Z 4 BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Der Informationsstand der Antragstellerin gehe weit über die in der "E****" veröffentlichten Tatsachen hinaus. Die Antragstellerin wäre auch bei rechtskonformer Entscheidung für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht gekommen; ihr könne daher auch kein Schaden entstanden sein oder entstehen. Es mangle daher an der Entscheidungsrelevanz der Rechtswidrigkeit. Die Teilnahmeantragstellerin brachte ergänzend weiters vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Sie hätte über detaillierte Informationen über das Angebot der Teilnahmeantragstellerin, sowie generell über zahlreiche Interna betreffend das Vergabeverfahren, verfügt und wäre daher gemäß Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Der Informationsstand der Antragstellerin gehe weit über die in der "E****" veröffentlichten Tatsachen hinaus. Die Antragstellerin wäre auch bei rechtskonformer Entscheidung für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht gekommen; ihr könne daher auch kein Schaden entstanden sein oder entstehen. Es mangle daher an der Entscheidungsrelevanz der Rechtswidrigkeit.

Das Angebot der Antragstellerin weise (laut Medienberichten) auch keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und sei daher zu Recht gemäß § 98 Z 3 BVergG ausgeschieden worden. Die große Preisdifferenz zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO sei durch die von der Antragstellerin behaupteten Anpassungen und Optimierungen nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Offenkundig widerspreche das Angebot der Antragstellerin auch in technischer Hinsicht den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb es ohnehin gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen sei. Der Antragstellerin komme daher keine Antragslegitimation zu, ihre Anträge seien daher zurückzuweisen. Auch die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag behaupteten sonstigen Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor, ein Widerruf des Verfahrens sei daher nicht nötig. Das Angebot der Antragstellerin weise (laut Medienberichten) auch keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und sei daher zu Recht gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG ausgeschieden worden. Die große Preisdifferenz zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO sei durch die von der Antragstellerin behaupteten Anpassungen und Optimierungen nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Offenkundig widerspreche das Angebot der Antragstellerin auch in technischer Hinsicht den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb es ohnehin gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen sei. Der Antragstellerin komme daher keine Antragslegitimation zu, ihre Anträge seien daher zurückzuweisen. Auch die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag behaupteten sonstigen Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor, ein Widerruf des Verfahrens sei daher nicht nötig.

RA Dr. M**** 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. M**** 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. N**** 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. So sei etwa vom Vertreter der Bietergemeinschaft O**** ua. vorgebracht worden, dass die Benennung des Auftraggebers Stadt Klagenfurt (gemeinsam mit der Errichtungs- und Betriebsgesellschaft) in den Ausschreibungsunterlagen von keinem der Bieter

bekämpft worden sei, sodass diese bestandsfest geworden sei. Die (bloß) falsche Bezeichnung eines Auftraggebers in der ursprünglichen Bekanntmachung schade nicht. Die Frage der überwiegenden Projektfinanzierung sei nur im Fall einer gemeinsamen Auftragsvergabe durch Bund, Länder und Gemeinden von Relevanz; eine solche liege aber gegenständlich nicht vor. Die in der Ausschreibungsunterlage angeführte Errichtungs- und Betreibergesellschaft existiere noch nicht.

Weiters ergänzte RA Dr. N***, 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 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. N***, 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 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. M*** erklärte weiters, 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. N*** brachte hiezu weiter vor, dass sich aus dem (zur Einsicht vorgelegten) "Deckblatt der Zuschlagserteilung" vom 7.4.2005 eindeutig ergebe, dass die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber den Zuschlag erteilt habe. Die geäußerte Mutmaßung, dass möglicher Weise 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. M*** erklärte weiters, 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. N*** brachte hiezu weiter vor, dass sich aus dem (zur Einsicht vorgelegten) "Deckblatt der Zuschlagserteilung" vom 7.4.2005 eindeutig ergebe, dass die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber den Zuschlag erteilt habe. Die geäußerte Mutmaßung, dass möglicher Weise 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.

DI P***, 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. Qu*** gewesen sei. Er (Anm: DI P***) 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 P***, 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. Qu*** gewesen sei. Er Anmerkung, DI P***) 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 aufgeschienen sei, einer der Bieter diesbezüglich Aufklärung verlangt habe, erklärte DI P***, dass dies "seines 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 P***an, dass betreffend die Auftraggebereigenschaft "kein Einspruch an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden sei. Dies müsse er ja wissen". Über Befragen, ob die Stadt Klagenfurt das ÖISS beauftragt habe, das Vergabemanagement zu übernehmen, erklärte DI P***, dass es keine schriftliche Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖISS gegeben habe.

Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin und der Teilnehmantragstellerin, der Stellungnahmen des BKA und des ÖISS 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 Werkvertrages vom 17.12.2003 das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren für die Beauftragung mit dem Ausbau des Basisstadions durchzuführen (vgl. auch die diesbezüglichen Angaben des Vertreters des BKA, MR K***, in der mündlichen Verhandlung). Die anteiligen Kosten hiefür übernimmt der Bund. Fußend auf diesem Punkt römisch zwei, Zi 7 der Grundsatzvereinbarung, hat der Bund mittels Werkvertrages vom 17.12.2003 das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt ein zweistufiges Vergabeverfahren für die Beauftragung mit dem Ausbau des Basisstadions durchzuführen vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des Vertreters des BKA, MR K***, in der mündlichen Verhandlung). Die anteiligen Kosten hiefür 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 L***, 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 K*** und DI P***). 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 K***). 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 K***, DI P***). 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 K*** und DI P***). 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 K*** und DI P***). 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 K***). 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 K***, DI P***). 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 K*** und DI P***).

Der Bund ist (bloßer) Förderungsgeber (vgl. die diesbezüglichen schlüssigen Aussagen von MR K*** in der mündlichen Verhandlung, sowie auch die Äußerung der Antragstellerin vom 21. März 2005, wo von "gefördert" gesprochen wird; vgl. hiezu auch Punkte II., Zi 6 und Zi 8 Grundsatzvereinbarung). Der Bund ist (bloßer) Förderungsgeber vergleiche die diesbezüglichen schlüssigen Aussagen von MR K*** in der mündlichen Verhandlung, sowie auch die Äußerung der Antragstellerin vom 21. März 2005, wo von "gefördert" gesprochen wird; vergleiche hiezu auch Punkte römisch zwei., Zi 6 und Zi 8 Grundsatzvereinbarung).

Der Kostenanteil, den der Bund fördert, liegt jedenfalls unter 50% der Gesamtkosten (siehe u.a. Punkt II, Zi 8 Grundsatzvereinbarung; Angaben von MR K***, des Rechtsvertreters der Stadt Klagenfurt und des ÖISS sowie auch des Rechtsvertreters der Antragstellerin, der die Förderungsquote in der Äußerung vom 21. März 2005 mit 33% angegeben hat). Der Kostenanteil, den der Bund fördert, liegt jedenfalls unter 50% der Gesamtkosten (siehe u.a. Punkt römisch zwei, Zi 8 Grundsatzvereinbarung; Angaben von MR K***, des Rechtsvertreters der Stadt Klagenfurt und des ÖISS sowie auch des Rechtsvertreters der Antragstellerin, der die Förderungsquote in der Äußerung vom 21. März 2005 mit 33% angegeben hat).

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 L***, 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 Österreichisches 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 Österreichisches 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 Parteivorbringen). 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 P***, ist von keinem der Bieter ein "Einspruch" betreffend die Auftraggebereigenschaft an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden. Auch sei seines Wissens nach diesbezüglich keine Aufklärung von den Bietern verlangt worden. Es hat keine formelle Berichtigung der Vergabebekanntmachung iSd Paragraph 37, Absatz 5, BVergG in den Publikationsorganen gegeben (übereinstimmendes Parteivorbringen). 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 P***, ist von keinem der Bieter ein "Einspruch" betreffend die Auftraggebereigenschaft an die Stadt Klagenfurt herangetragen worden. Auch sei seines Wissens nach diesbezüglich keine Aufklärung von den Bietern verlangt worden.

Die Antragstellerin hat am 22.2.2005 ein Last and Best Offer (LBO) mit einem Nettoangebotspreis von Euro 59.574.405,29 gelegt (ohne die Option der Beispielbarkeit während der 1. Phase beträgt der Angebotspreis Euro 58.904.911,37 netto).

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.Qu***,

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

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

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

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

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. Gestützt wird dies auch durch die glaubhaften und unbestritten gebliebenen Angaben des MR K***, 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 P***, 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.

Auch die Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 erfolgte durch die Stadt Klagenfurt. 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 P***, nicht angeben. "Jedenfalls wäre aber zur Herstellung des Einvernehmens der Bürgermeister der Landeshauptstadt Klagenfurt zuständig gewesen". Dies wird auch durch die Form und den Inhalt des Schriftstücks vom 7. April 2005, durch die unbestritten gebliebenen diesbezüglichen Angaben von MR K*** und die Angaben von DI P*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, untermauert. Auch die Zuschlagserteilung vom 7. April 2005 erfolgte durch die Stadt Klagenfurt. 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 P***, nicht angeben. "Jedenfalls wäre aber zur Herstellung des Einvernehmens der Bürgermeister der Landeshauptstadt Klagenfurt zuständig gewesen". Dies wird auch durch die Form und den Inhalt des Schriftstücks vom 7. April 2005, durch die unbestritten gebliebenen diesbezüglichen Angaben von MR K*** und die Angaben von DI P*** im Rahmen der mündlichen Verhandlung, untermauert.

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.

Mit Antrag vom 21. März 2005, beim BVA eingelangt am 22. März 2005, hat die Antragstellerin den Antrag gestellt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft C***/D*** für nichtig zu erklären. Weiters wurde der Antrag gestellt, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung die Zuschlagserteilung zu untersagen. Mit Bescheid des BVA vom 29. März 2005, GZ. 15N-20/05-10, hat das BVA dem Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung stattgegeben und einem "möglichen Auftraggeber Bund" untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2005 hat die Antragstellerin durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter folgende Anträge gestellt:

1. 1) Ziffer eins
Feststellung, dass die Republik Österreich, Bund, öffentlicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist.
2. 2) Ziffer 2
Feststellung, dass die Zuschlagserteilung der Stadt Klagenfurt nichtig ist.

Die beiden Feststellungsanträge werden im Rahmen eines eigenen Verfahrens vor dem BVA, GZ. 15F-01/05, behandelt werden.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Zur Zulässigkeit des Antrages:

Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 38 Mio). Die Zuschlagsentscheidung datiert vom 8. März 2005. Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wurde am 21. März 2005, sohin innerhalb der Frist des § 169 Abs 1 Z 3 lit.e BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig. Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 38 Mio). Die Zuschlagsentscheidung datiert vom 8. März 2005. Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wurde am 21. März 2005, sohin innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, BVergG gestellt und ist daher rechtzeitig.

Die Republik Österreich (Bund), via Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurde am 21. März 2005 von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd § 163 Abs 2 BVergG verständigt. Die Republik Österreich (Bund), via Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurde am 21. März 2005 von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG verständigt.

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 Z 1 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 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. a 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 Ziffer eins, 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 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, lit. a 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 aber, 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 aber, 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 Stadtgemeinde 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 Stadtgemeinde 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 der EU-weiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und in den Teilnahmeunterlagen ist jeweils der Bund als Auftraggeber genannt. In Punkt I 2.1 der Ausschreibungsunterlagen ist die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeber 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 der EU-weiten Vergabebekanntmachung, im Amtlichen Lieferungsanzeiger und in den Teilnahmeunterlagen ist jeweils der Bund als Auftraggeber genannt. In Punkt römisch eins 2.1 der Ausschreibungsunterlagen ist die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft als Auftraggeber 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 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 Stadtgemeinde Neusiedl auf einem ihr gehörigen Grundstück die Errichtung eines Zubaus 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 Prüflingenieur bestellt, die Planungsergebnisse die Zustimmung des Bundes benötigen, die Vergaben und Zuschläge von der Stadtgemeinde Neusiedl nur nach schriftlicher Zustimmung des Prüflingenieurs 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.

Ebenso hat im gegenständlichen Fall die Stadt Klagenfurt nicht nach außen erkennbar gemacht, dass diese 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. Ebenso hat im gegenständlichen Fall die Stadt Klagenfurt nicht nach außen erkennbar gemacht, dass diese 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. J*** und des (der Sphäre des ÖISS zuzurechnenden) Mag. I*** 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. J*** und des (der Sphäre des ÖISS zuzurechnenden) Mag. I*** 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. J*** und Mag. I***, 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. J*** und Mag. I***, 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. K*** und DI P***). 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. K*** und DI P***).

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist, wie bereits gesagt, die Stadt Klagenfurt. Zuständig zur nachprüfenden Kontrolle hinsichtlich des Vergabeverfahrens eines "Auftraggebers Stadt Klagenfurt" ist daher, wie bereits dargelegt, 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 würde nämlich in diesem Fall bereits an der Verständigung eines "Auftraggebers Bund" iSd § 163 Abs. 2 BVergG (vgl. § 166 Abs. 2 Z 3 leg.cit.) fehlen. Darüber hinaus läge auch keine Entscheidung eines "Auftraggebers Bund" vor, da der Bund im gegenständlichen Verfahren keine Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Ein Nichtigerklärungsantrag wäre daher zurückzuweisen. 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 würde nämlich in diesem Fall bereits an der Verständigung eines "Auftraggebers Bund" iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG vergleiche Paragraph 166, Absatz 2, Ziffer 3, leg.cit.) fehlen. Darüber hinaus läge auch keine Entscheidung eines "Auftraggebers Bund" vor, da der Bund im gegenständlichen Verfahren keine Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Ein Nichtigerklärungsantrag wäre daher zurückzuweisen.

Gemäß § 135 Abs. 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iSd BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. In den Vollziehungsbereich des Bundes fallen aber nur die Vergaben von Aufträgen durch den Bund (vgl. Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit a B-VG) sowie die Fälle der lit. b bis f leg.cit. Da aber, wie bereits dargestellt, Auftraggeber nicht der Bund ist und auch die Fälle der lit. b

bis f B-VG nicht vorliegen (Anm.: insbesondere liegt keine gemeinsame Auftragsvergabe vor), fällt die gegenständliche Vergabe in den Vollziehungsbereich des Landes Kärnten. Daraus folgt, dass zur Nachprüfung der UVS für Kärnten zuständig ist. Der Antrag war also zurückzuweisen, da das Bundesvergabeamt gegenständlich unzuständig ist. Gemäß Paragraph 135, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iSd BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. In den Vollziehungsbereich des Bundes fallen aber nur die Vergaben von Aufträgen durch den Bund (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG) sowie die Fälle der Litera b bis f leg.cit. Da aber, wie bereits dargestellt, Auftraggeber nicht der Bund ist und auch die Fälle der Litera b bis f B-VG nicht vorliegen (Anmerkung, insbesondere liegt keine gemeinsame Auftragsvergabe vor), fällt die gegenständliche Vergabe in den Vollziehungsbereich des Landes Kärnten. Daraus folgt, dass zur Nachprüfung der UVS für Kärnten zuständig ist. Der Antrag war also zurückzuweisen, da das Bundesvergabeamt gegenständlich unzuständig ist.

Auch wenn man zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass Auftraggeber der Bund sei und das BVA sohin zur Nachprüfung zuständig wäre, so steht jedoch jedenfalls fest, dass keine bekämpfbare Entscheidung eines "Auftraggebers Bund" (Anm: eine Zuschlagsentscheidung) vorliegt. In der Folge wäre daher der Antrag - mangels Vorliegens eines Anfechtungsgegenstandes - zurückzuweisen. Auch wenn man zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass Auftraggeber der Bund sei und das BVA sohin zur Nachprüfung zuständig wäre, so steht jedoch jedenfalls fest, dass keine bekämpfbare Entscheidung eines "Auftraggebers Bund" (Anmerkung, eine Zuschlagsentscheidung) vorliegt. In der Folge wäre daher der Antrag - mangels Vorliegens eines Anfechtungsgegenstandes - zurückzuweisen.

Die mit Bescheid des BVA vom 29. März 2005, GZ. 15N-20/05-10, erlassene einstweilige Verfügung, mit der einem möglichen Auftraggeber "Bund" die Zuschlagserteilung untersagt wurde, tritt gemäß § 171 Abs. 5 ex lege außer Kraft. Die mit Bescheid des BVA vom 29. März 2005, GZ. 15N-20/05-10, erlassene einstweilige Verfügung, mit der einem möglichen Auftraggeber "Bund" die Zuschlagserteilung untersagt wurde, tritt gemäß Paragraph 171, Absatz 5, ex lege außer Kraft.

Dokumentnummer

VERGT_20050518_15N_20_05_43_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