

TE Verg Bescheid 2005/5/12 15N- 15/05-74

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.05.2005

Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z4

BVergG 2002 §20 Z36

BVergG 2002 §37 Abs5

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

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 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren" Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der im Nachprüfungsantrag als Auftraggeberin bezeichneten Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau, ÖISS, das ÖISS vertreten durch X*** Rechtsanwälte, werden die Anträge der Bietergemeinschaft 1.) A*** AG, 2.) B*** AG 3.) C*** GmbH, 4.) D*** AG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, und Z*** RAe, vom 16. März 2005, Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren" Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008", der im Nachprüfungsantrag als Auftraggeberin bezeichneten Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau, ÖISS, das ÖISS vertreten durch X*** Rechtsanwälte, werden die Anträge der Bietergemeinschaft 1.) A*** AG, 2.) B*** AG 3.) C*** GmbH, 4.) D*** AG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, und Z*** RAe, vom 16. März 2005,

I.römisch eins.

"Auf Nichtigerklärung der mit E-Mail vom 8.3.2005 mitgeteilten Entscheidung der Auftraggeberin, der Bietergemeinschaft E*** AG, und F*** GmbH, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)", 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

II.römisch zwei.

"Auf Nichtigerklärung der mit E-Mail vom 8.3.2005 mitgeteilten Entscheidung der Auftraggeberin, das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1B, 2A, 2B und 3 der Antragstellerin auszuschneiden (Ausscheidensentscheidung)", 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 1.) A*** AG, 2.) B*** AG 3.) C*** GmbH, 4.) D*** AG (in der Folge Antragstellerin) stellte am 16. März 2005 die im Spruch ersichtlichen Anträge.

Nach einer umfangreichen Darstellung des Sachverhalts (Anm.:

insoweit es die Punkte 1.1. bis 1.9. des Antrages betrifft, ist dieser unstrittig) brachte die Antragstellerin (in den Punkten 1.10. bis 1.31.) weiter vor, dass entgegen der in der Grundsatzvereinbarung vom 17.12.2003 festgehaltenen Vorgangsweise nicht die Stadt Klagenfurt, sondern der Bund das Vergabeverfahren europaweit bekannt gemacht habe. In dieser europaweiten Bekanntmachung werde ausdrücklich der Bund, vertreten durch das ÖISS, als Auftraggeber angeführt. Auch im Teilnahmeantrag werde die Republik Österreich als Auftraggeber genannt. Daraus ergebe sich, dass die Republik Österreich (Bund) Auftraggeber des vorliegenden Vergabeverfahrens sei.

In den Ausschreibungsunterlagen vom 13.8.2004 scheine als "Verfasserkreis" der Ausschreibungsunterlagen auf:

- -Strichaufzählung
ÖISS als ausschreibende Stelle (DI G***)
- -Strichaufzählung
H*** OEG als Verfahrensorganisator (Mag.I***)
- -Strichaufzählung
Technische Arbeitsgruppe Stadien 2008 für Freigabe der Ausschreibungsunterlagen (Vertreter von Bund, Land, Stadt)

- -Strichaufzählung
Technische Arbeitsgruppe Stadion Klagenfurt als Projektleiter (DI J***)

Den Ausschreibungsunterlagen seien als Beilagen u.a. angeschlossen gewesen:

- -Strichaufzählung
Masterplan Stadion Vorgaben AG
- -Strichaufzählung
Planungsstudie Architekten K1***/K2***

Die Planungsstudie sei Grundlage des Masterplans gewesen. Der Masterplan begrenze die Bieter in der architektonischen Bewältigung der Auftragstellung. Ferner sei die Planungsstudie auch Grundlage für das "Pflichtenheft EM-Stadion und Basisstadion Klagenfurt" gewesen. Die Vorgaben des Pflichtenheftes seien zu "Muss-Kriterien" der Ausschreibung erhoben worden. Darüber hinaus sei die Architektengemeinschaft K3***/K1***/K2*** auch Verfasser einer "Kompatibilitätsstudie der Erweiterungselemente" gewesen. Auftraggeber dieser Studie sei der Bund gewesen. Deren Ergebnisse seien in die Ausschreibungsunterlagen und das Pflichtenheft eingeflossen. Zum anderen hätten die Architekten K3***/K1***/K2*** aufgrund dieser Studie gegenüber allen anderen Mitkonkurrenten einen gravierenden Wettbewerbsvorteil gehabt. Das genannte Architektenteam, das der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zuzurechnen sei, sei überdies in mannigfaltiger Weise an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt gewesen und sei von der Auftraggeberin überdies während des Verfahrens laufend beigezogen worden. Die Planungsstudie sei nur ein Teil der umfassenderen, von der Stadt Klagenfurt beauftragten Studie "Erläuterungsbericht Klagenfurt Wörthersee Stadion UEFA-EURO 2008" gewesen. Über diese detaillierten Informationen hätte auf Bieterebene nur die präsumtive Zuschlagsempfängerin (über die ihr zuzurechnende Architektengruppe) verfügt. Dies habe zu einem uneinholbaren Wettbewerbsvorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geführt.

Der "Erläuterungsbericht Klagenfurt Wörthersee Stadion UEFA - EURO 2008" sei darüber hinaus unmittelbare Grundlage für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Das Ergebnis der Erhebungen des Architektenteams sei damit Bestandteil der Auftraggebervorgaben geworden und hätte kein Bieter - ausgenommen die präsumtive Zuschlagsempfängerin - Kenntnis von den Erhebungen gehabt. Entgegen der Darstellung der Auftraggeberin habe sich die Vorarbeit der Architektengruppe auch auf die Erstellung des Masterplans bzw. wesentlicher Teile davon erstreckt. DI K1*** sei auch Teilnehmer des von der Auftraggeberin eingesetzten Gremiums zur Erarbeitung des Masterplans gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe dadurch unmittelbar an der Erstellung des Masterplans mitgewirkt. Die daraus resultierende "Doppelrolle" des Architektenteams und der ihr zurechenbaren präsumtiven Zuschlagsempfängerin, stelle eine verpönte Vorarbeit, nämlich die Mitarbeit an einem laufenden Vergabeverfahren, dar. Diese offensichtliche Wettbewerbsverzerrung sei durch die Auftraggeberin nicht offen gelegt worden. DI K3*** habe überdies eine Mediatoren- bzw. Beraterrolle für die Auftraggeberin ausgeübt; dies jedenfalls bis zu einem Zeitpunkt, in dem die Präqualifikation bereits im Gange gewesen sei.

Auch noch im Rahmen der zweiten Verfahrensstufe habe die Architektengruppe K3***/K1***/K2*** die öffentliche Auftraggeberin beraten. Durch die Beteiligung von DI L*** an der Arbeitsgruppe zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, sei es auch möglich gewesen, aktiv in die Erstellung der Vorgaben einzugreifen und diese zugunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zu beeinflussen.

Im Februar 2004 sei die Präqualifikation abgeschlossen worden. Die Einladung zur Abgabe von Angeboten sei - entgegen der Festlegung im Teilnahmeantrag - nicht an fünf, sondern an sechs Bewerber ergangen.

Mit Schreiben vom 13.8.2004 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen. Das Ende der Angebotsfrist für das Erst-Angebot sei der 29.10.2004 gewesen. Den Bietern sei damit ein Zeitraum von lediglich elf Wochen zur Angebotserarbeitung verblieben. Während der laufenden Angebotsfrist seien von der Auftraggeberin überdies 15 Anfragebeantwortungen nachgereicht worden.

Am 28.10.2004 habe die Antragstellerin fristgerecht ihr Erst-Angebot (Hauptangebot und Alternativangebote) abgegeben. Am 26.11.2004 sei ein erstes Aufklärungsgespräch geführt worden. Am 2.2.2005 sei ein zweites Aufklärungsgespräch geführt worden. In diesem sei vom Vertreter der Auftraggeberin, Mag. I***, erstmals das den Bietern nachgesandte "Drehbuch" erläutert worden. Die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 9.2.2005 die Bieter eingeladen, ein Last and best offer (LBO) bis 22.2.2005 abzugeben. Die Angebotsfrist sei damit kürzer als zwei Wochen

gewesen. Die Bieter seien auch aufgefordert worden, ihre Erst-Angebote nach den Ergebnissen der Aufklärungsgespräche und der Verhandlungsgespräche nachzubessern, sowie den Überarbeitungsempfehlungen der Bewertungs- Kommission nachzukommen.

Im Vorfeld der Abgabe des LBO seien drei weitere Anfragebeantwortungen nachgereicht worden. Diese hätten unter anderem detaillierte Angaben über die Mindestanforderungen enthalten, die ein Alternativangebot zu erfüllen habe.

In der "M***", Ausgabe vom 2. - 8. Februar 2005, seien alle Angebote in ihren wesentlichen Rahmenbedingungen veröffentlicht worden. Aufgrund der Offenlegung der genauen Angebotspreise sei eine wettbewerbsneutrale Fortführung des Vergabeverfahrens nicht mehr möglich gewesen. Aus der veröffentlichten Gegenüberstellung aller Angebote samt Preisen, "Plus- und Minuspunkten", Verbesserungsvorschlägen und "Stolpersteinen", gehe im Hinblick auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hervor, dass diese einerseits Subunternehmen nicht genannt habe und andererseits das Architektenteam K1***/K2*** für die Stadt Klagenfurt Machbarkeitsstudien erstellt habe.

Am 22.2.2005 habe die Antragstellerin ihr LBO fristgerecht abgegeben. Die Auftraggeberin, vertreten durch die Landeshauptstadt Klagenfurt, habe mit E-Mail vom 8.3.2005 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft E***/F*** mitgeteilt. Mit gleichem Schreiben sei bekannt gegeben worden, dass das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1B, 2A, 2B und 3 der Antragstellerin ausgeschieden worden seien. Wie bereits ausgeführt, sei die Landeshauptstadt Klagenfurt gemäß Punkt 7 der Grundsatzvereinbarung u. a. zur Bekanntgabe dieser Entscheidungen ermächtigt und bevollmächtigt gewesen.

Mit Fax vom 9.3.2005 habe die Antragstellerin einen Antrag gemäß § 100 Abs. 3 BVergG auf Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Hauptangebotes und der genannten Alternativangebote, sowie auf Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und der Angabe der Vergabesumme gestellt. Die vergebende Stelle habe diesen Antrag mit einem "nichtssagenden" Fax vom 14.3.2005 "beantwortet". Mit Fax vom 9.3.2005 habe die Antragstellerin einen Antrag gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG auf Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Hauptangebotes und der genannten Alternativangebote, sowie auf Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und der Angabe der Vergabesumme gestellt. Die vergebende Stelle habe diesen Antrag mit einem "nichtssagenden" Fax vom 14.3.2005 "beantwortet".

Die Antragstellerin habe ihr Interesse an der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und damit am Vertragsabschluss durch die Abgabe eines Erst-Angebots und eines LBO dargelegt. Bei richtiger Angebotsprüfung und -bewertung wäre der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass dieser derzeit insgesamt ca. Euro 9,000,000,-- betrage. Überdies ginge ein extrem wichtiges Referenzprojekt verloren.

Die Antragstellerin erachte sich generell im Recht auf Durchführung einer vergabekonformen Ausschreibung, insbesondere im Recht auf Erteilung des Zuschlags, auf Nichtausscheiden ihrer Angebote, auf Nichtberücksichtigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Bestbieterermittlung, da diese unzulässiger Weise an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei, auf deren Nichtberücksichtigung bei der Bestbieterermittlung wegen Verletzung des fairen und lauterer Wettbewerbs in Folge einer Doppel-Beteiligung von DI L*** sowohl auf Bieter - als auch auf Auftraggeberseite - auf deren Nichtberücksichtigung bei der Bestbieterermittlung, da diese insbesondere in ihrem ersten Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht habe, auf deren Nichtberücksichtigung bei der Bestbieterermittlung, da diese in ihrem Angebot keine Angaben zur Beispielbarkeit während der Bauzeit und des Rückbaus gemacht habe und auf deren Nichtberücksichtigung bei der Bestbieterermittlung, da diese in ihrem Angebot die Maximal-Höhe für das Fußballstadion überschritten habe, verletzt. Weiters auf Verletzung in folgenden Rechten: Auf Geheimhaltung der Anzahl und Namen sowie aller wesentlichen Angebotsbestandteile der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bewerber, auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung und -bewertung, auf Bekanntgabe einer vergaberechtskonformen Zuschlagsentscheidung, welche sich auf objektiv nachvollziehbare Zuschlagskriterien und damit auf eine objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung und -bewertung stütze, auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, die sich auf Zuschlagskriterien stützt, die während des Vergabeverfahrens nicht geändert wurden, auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, an der keine befangenen Mitglieder der Bewertungs-Kommission mitgewirkt hätten, auf eine nicht diskriminierende Bieterbehandlung, auf Ausscheiden des Angebots der

Bietergemeinschaft E***/F*** und auf Beachtung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbs, insbesondere im Hinblick auf die Festlegung in den Teilnahmeunterlagen, dass (nur) 5 Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladenen würden.

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

Nach Angaben der Auftraggeberin betrage der geschätzte Auftragswert Euro 38 Mio. Es handle sich daher um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der Art nach handle es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt, das Verfahren nicht widerrufen worden.

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

Als Vergaberechtsverstöße führte die Antragstellerin im einzelnen an:

- -Strichaufzählung

Rechtswidriges Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin:

Mit E-Mail vom 8. März 2005 sei neben der Zuschlagsentscheidung auch mitgeteilt worden, dass das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1B, 2A, 2B und 3 der Antragstellerin ausgeschieden worden seien. Begründet worden sei dies mit einer "nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 10,7% im Verhältnis zum Erstangebot sowie weiterer technischer Ausscheidensgründe". Dies ohne der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, die Unklarheiten aufzuklären. Damit habe die Auftraggeberin gegen § 94 Abs. 1 BVergG verstoßen, worin eine verbindliche schriftliche Aufklärung vorgesehen sei. Auch nach der diesbezüglichen Judikatur des EuGH sei die bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung daher unzweifelhaft vergaberechtswidrig. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Auftraggeberin die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG und des EuGH bewusst missachtet habe, um die Angebote der Antragstellerin keiner inhaltlichen Bewertung durch die Bewertungskommission unterziehen zu müssen. Die Begründung für das Ausscheiden der Angebote sei inhaltlich in keiner Weise nachvollziehbar. Die Reduktion des Angebotspreises im LBO sei teilweise deshalb erfolgt, da in den beiden Aufklärungsgesprächen ausdrücklich eine "Anpassung" der Angebote verlangt worden sei. Auch habe die Antragstellerin darüber hinaus weitere "Optimierungen" vorgenommen. Dem LBO sei die entsprechende Kostenaufstellung beigelegt gewesen, aus der sich die konkreten Preisreduktionen ergeben hätten. Festzuhalten sei weiters, dass Änderungen und Optimierungen des Angebotes charakteristisch für das Verhandlungsverfahren seien. Das LBO der Antragstellerin wäre also jedenfalls inhaltlich zu bewerten gewesen. Mit E-Mail vom 8. März 2005 sei neben der Zuschlagsentscheidung auch mitgeteilt worden, dass das Hauptangebot 1A sowie die Alternativangebote 1B, 2A, 2B und 3 der Antragstellerin ausgeschieden worden seien. Begründet worden sei dies mit einer "nicht nachvollziehbaren Reduktion des Angebotspreises von ca. 10,7% im Verhältnis zum Erstangebot sowie weiterer technischer Ausscheidensgründe". Dies ohne der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, die Unklarheiten aufzuklären. Damit habe die Auftraggeberin gegen Paragraph 94, Absatz eins, BVergG verstoßen, worin eine verbindliche schriftliche Aufklärung vorgesehen sei. Auch nach der diesbezüglichen Judikatur des EuGH sei die bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung daher unzweifelhaft vergaberechtswidrig. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Auftraggeberin die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG und des EuGH bewusst missachtet habe, um die Angebote der Antragstellerin keiner inhaltlichen Bewertung durch die Bewertungskommission unterziehen zu müssen. Die Begründung für das Ausscheiden der Angebote sei inhaltlich in keiner Weise nachvollziehbar. Die Reduktion des Angebotspreises im LBO sei teilweise deshalb erfolgt, da in den beiden Aufklärungsgesprächen ausdrücklich eine "Anpassung" der Angebote verlangt

worden sei. Auch habe die Antragstellerin darüber hinaus weitere "Optimierungen" vorgenommen. Dem LBO sei die entsprechende Kostenaufstellung beigelegt gewesen, aus der sich die konkreten Preisreduktionen ergeben hätten. Festzuhalten sei weiters, dass Änderungen und Optimierungen des Angebotes charakteristisch für das Verhandlungsverfahren seien. Das LBO der Antragstellerin wäre also jedenfalls inhaltlich zu bewerten gewesen.

Die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung seien daher vergaberechtswidrig.

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

- -Strichaufzählung

Verpönte Vorarbeiten:

Aus den Veröffentlichungen in der "M" ergebe sich, dass das Architektenteam K1***/K2*** im Vergabeverfahren auf Seiten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin "mitgearbeitet" habe. Das Architektenteam sei also offensichtlich Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Gemäß § 21 Abs. 3 BVergG seien Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt gewesen seien, [.....].soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren und die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden könne. Es liege am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Bietern zukommen zu lassen, um einen Wettbewerbsvorteil auszuschließen. Weder habe die Auftraggeberin versucht, einen Wissensvorsprung zu neutralisieren, noch sei eine solche Neutralisierung überhaupt möglich gewesen. Aus all dem ergäbe sich, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund der ihr zurechenbaren Vorarbeiten durch die Architekten K3***/K1***/K2*** zwingend gemäß § 98 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Aus den Veröffentlichungen in der "M" ergebe sich, dass das Architektenteam K1***/K2*** im Vergabeverfahren auf Seiten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin "mitgearbeitet" habe. Das Architektenteam sei also offensichtlich Subunternehmer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Gemäß Paragraph 21, Absatz 3, BVergG seien Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt gewesen seien, [.....].soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren und die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden könne. Es liege am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Bietern zukommen zu lassen, um einen Wettbewerbsvorteil auszuschließen. Weder habe die Auftraggeberin versucht, einen Wissensvorsprung zu neutralisieren, noch sei eine solche Neutralisierung überhaupt möglich gewesen. Aus all dem ergäbe sich, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund der ihr zurechenbaren Vorarbeiten durch die Architekten K3***/K1***/K2*** zwingend gemäß Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden gewesen wäre.

- -Strichaufzählung

In weiterer Folge wurden von der Antragstellerin "Vorwürfe" zur "Doppelrolle" des Architektenteams K3***/K1***/K2*** bzw. der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgebracht.

- -Strichaufzählung

Die Subunternehmer müssten spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe namentlich feststehen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe dies jedoch (in ihrem Erst-Angebot) verabsäumt. Ihr Angebot wäre daher zwingend auszuscheiden gewesen.

- -Strichaufzählung

Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass die Beispielbarkeit des Fußballfeldes während der Bauzeit und des Rückbaus im Rahmen der Bestbieterermittlung als Option berücksichtigt werde (vgl. Anfragebeantwortung 18). Dies entspreche auch der "Nachsendung Ausschreibung" vom 1.10.2004. Unter anderem seien in der Folge

Kostenaufschlüsselungen nachzuweisen gewesen, mit der die Mehr- und Minderkosten darzustellen gewesen seien. Diese Kostenaufschlüsselung sei nach den Festlegungen der Auftraggeberin ein zwingender Angebotsbestandteil gewesen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin enthalte aber entgegen diesen Festlegungen keine Kostenaufschlüsselung für die Beispielbarkeit. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei mit einem gravierenden und unbehebaren Mangel behaftet. Es wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass die Beispielbarkeit des Fußballfeldes während der Bauzeit und des Rückbaus im Rahmen der Bestbieterermittlung als Option berücksichtigt werde (vergleiche Anfragebeantwortung 18). Dies entspreche auch der "Nachsendung Ausschreibung" vom 1.10.2004. Unter anderem seien in der Folge Kostenaufschlüsselungen nachzuweisen gewesen, mit der die Mehr- und Minderkosten darzustellen gewesen seien. Diese Kostenaufschlüsselung sei nach den Festlegungen der Auftraggeberin ein zwingender Angebotsbestandteil gewesen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin enthalte aber entgegen diesen Festlegungen keine Kostenaufschlüsselung für die Beispielbarkeit. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei mit einem gravierenden und unbehebaren Mangel behaftet. Es wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen.

- -Strichaufzählung

Weitere Vorbringen der Antragstellerin betrafen das "Überschreiten der Maximal-Höhe" und die Veröffentlichung der Preise der Angebote in der "M" in der Ausgabe vom 2. - 8. Februar 2005. Auch sei nach Ansicht der Antragstellerin die Bewertungs-Kommission nicht fachkundig zusammengesetzt. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass der Vorsitzende der Bewertungs-Kommission befangen sei.

- -Strichaufzählung

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

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

Mit Schriftsatz vom 22.3.2005 hat die Antragstellerin zur Klarstellung vorgebracht, dass es unzutreffend sei, dass ihr Nachprüfungsantrag primär auf den Widerruf der Ausschreibung gerichtet sei. Die Antragstellerin wolle mit ihrem Nachprüfungsantrag vielmehr die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung und die Erlangung des Zuschlages erreichen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 brachte die Antragstellerin zur Zuständigkeit ergänzend vor, dass im Jahre 2004 zu GZ 15N-06/04 bereits ein Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt stattgefunden habe. Im Rahmen der damaligen mündlichen Verhandlung hätten die Vertreter der Republik und des ÖISS, RA Dr. W*** bzw. Mag. I*** dargelegt, dass das Vorhaben überwiegend vom Bund finanziert würde. RA Dr. W*** habe ausdrücklich bestätigt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich sei. Aufgrund dessen sei das BVA - richtiger Weise - zur Ansicht gelangt, dass Auftraggeber des gegenständlichen Verfahrens die Republik Österreich, Bund sei. Das gesamt damalige Vorbringen und die damaligen Aussagen würden auch zum Vorbringen im gegenständlichen Verfahren erhoben.

Weiters wurde vorgebracht, dass der UVS Kärnten am 6. April 2005 bescheidmäßig festgestellt, dass die Stadt Klagenfurt nicht öffentlicher Auftraggeber des vorliegenden Vergabeverfahrens sei. Da die Stadt Klagenfurt in eigenem Namen nie eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben habe, könne der nunmehr erteilte Zuschlag (Anm.: am 7. April 2005) nur nichtig sein. Weiters wurde vorgebracht, dass der UVS Kärnten am 6. April 2005 bescheidmäßig festgestellt, dass die Stadt Klagenfurt nicht öffentlicher Auftraggeber des vorliegenden Vergabeverfahrens sei. Da die Stadt Klagenfurt in eigenem Namen nie eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben habe, könne der nunmehr erteilte Zuschlag Anmerkung, am 7. April 2005) nur nichtig sein.

RA Dr. W*** habe im Verfahren zu GZ. 15N-06/04 ausdrücklich zu Protokoll gegeben, dass die Republik Österreich Auftraggeberin des Vergabeverfahrens sei. Weiters führte RA Dr. V*** für die Antragstellerin aus, dass dadurch, dass in den Ausschreibungsunterlagen für die 2. Phase die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber genannt worden sei, der angebliche Fehler in der Vergabebekanntmachung, die auf die Republik Österreich, Bund, lautete, nicht saniert worden sei. Für eine tatsächliche Sanierung wäre eine Berichtigung mittels Bekanntmachung erforderlich gewesen. Dies ergebe sich aus § 78 Abs. 2 BVergG. Darin sei eine Berichtigungsmöglichkeit durch Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber oder Bieter nur dann zulässig, wenn sich die Berichtigung auf die Ausschreibungsunterlagen beziehe. Sei eine Berichtigung erforderlich, die sich auf die Bekanntmachung selbst beziehe, so könne diese ausschließlich über eine neuerliche Bekanntmachung erfolgen. RA Dr. W*** habe im Verfahren zu GZ. 15N-06/04 ausdrücklich zu Protokoll gegeben, dass die Republik Österreich Auftraggeberin des Vergabeverfahrens sei. Weiters führte RA Dr. V*** für die Antragstellerin aus, dass dadurch, dass in den Ausschreibungsunterlagen für die 2. Phase die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber genannt worden sei, der angebliche Fehler in der Vergabebekanntmachung, die auf die Republik Österreich, Bund, lautete, nicht saniert worden sei. Für eine tatsächliche Sanierung wäre eine Berichtigung mittels Bekanntmachung erforderlich gewesen. Dies ergebe sich aus Paragraph 78, Absatz 2, BVergG. Darin sei eine Berichtigungsmöglichkeit durch Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber oder Bieter nur dann zulässig, wenn sich die Berichtigung auf die Ausschreibungsunterlagen beziehe. Sei eine Berichtigung erforderlich, die sich auf die Bekanntmachung selbst beziehe, so könne diese ausschließlich über eine neuerliche Bekanntmachung erfolgen.

Bei der Beurteilung der überwiegenden Finanzierung sei ausschließlich der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens maßgeblich. Wie sich die Finanzierungssituation im Laufe eines Vergabeverfahrens darstelle, könne nicht maßgeblich sein, weil sich ansonsten die Zuständigkeit laufend ändern könnte. Zur überwiegenden Bundesfinanzierung habe Mag. I*** im Verfahren zu GZ. 15N-06/04 ausdrücklich zu Protokoll gegeben, dass der Finanzierungsanteil des Bundes überwiege: "Der Ausbau auf 30.000 Sitzplätze und der Rückbau auf die Basisgröße wird vom Auftraggeber (Bund) bezahlt. Diese Aufstockung auf 30.000 Sitzplätze und der anschließende Rückbau auf das Basisniveau verschlingen den größten Teil der Baukosten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass den Bund auch alle Kosten der nicht rückzubauenden Investitionen treffen, wie z.B. Fundament und Haustechnik."

Zu diesen Aussagen werde die Ladung von Mag.I***, RA Dr.W***, DI G***und SC Mag. U*** beantragt. Der gemeinsame Vergabewille der Gebietskörperschaften Bund, Land und Stadt Klagenfurt ergebe sich eindeutig aus Punkt I.4 der Grundsatzvereinbarung.Zu diesen Aussagen werde die Ladung von Mag.I***, RA Dr.W***, DI G***und SC Mag. U*** beantragt. Der gemeinsame Vergabewille der Gebietskörperschaften Bund, Land und Stadt Klagenfurt ergebe sich eindeutig aus Punkt römisch eins.4 der Grundsatzvereinbarung.

In einer Stellungnahme vom 18. März 2005 hat das Bundeskanzleramt vorgebracht, dass im vorliegenden Nachprüfungsantrag als Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, bezeichnet werde. Dies sei unzutreffend, da nicht der Bund, sondern die Stadt Klagenfurt, Auftraggeberin sei. Das Bundeskanzleramt sei in das Vergabeverfahren nicht einbezogen gewesen, das Vergabemanagement sei vom ÖISS durchgeführt worden. Auskünfte könne daher nur das ÖISS erteilen.

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

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

MR Dr. T*** gab weiters an, dass die Nennung der Republik Österreich (Bund) in der Vergabebekanntmachung, im

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

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

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

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

Ursprünglich sei geplant gewesen, dass das Vergabeverfahren betreffend die Errichtung des Basisstadions von der Stadt Klagenfurt selbst durchgeführt würde. Das ÖISS sollte (lediglich) das Vergabemanagement für den Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt auf 30.000 Sitzplätze durchführen. Aus diesem Grunde sei vorgesehen gewesen, dass der Bund sämtliche Kosten, die der Einsatz des ÖISS in den Verfahren zum Ausbau der Stadien in Innsbruck, Salzburg und Klagenfurt verursache, tragen solle. Ein Drittel dieser Kosten sollte dann je Standort auf den

Förderbetrag des Bundes saldiert werden. Im Zeitraum zwischen der Erstellung der Grundsatzvereinbarung und der Unterzeichnung des Werkvertrags habe sich die Stadt Klagenfurt aber entschieden, auch das Vergabemanagement für die Errichtung des Basisstadions an das ÖISS zu vergeben.

In einer Stellungnahme vom 18. März 2005 brachte das ÖISS, vertreten durch X*** RAe OEG, vor, dass in der EU-weiten Bekanntmachung am 3.1.2004 als Auftraggeber die Republik Österreich BUND, ÖISS, angeführt sei. Laut Grundsatzvereinbarung vom 18.11.2003 verpflichtete sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30.9.2006. Die Kosten für die Errichtung und den Ausbau des Stadions seien zu einem Drittel vom Bund zu tragen. Der Bund habe das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt das Vergabeverfahren durchzuführen (vgl. Werkvertrag vom 17.12.2003). In einer Stellungnahme vom 18. März 2005 brachte das ÖISS, vertreten durch X*** RAe OEG, vor, dass in der EU-weiten Bekanntmachung am 3.1.2004 als Auftraggeber die Republik Österreich BUND, ÖISS, angeführt sei. Laut Grundsatzvereinbarung vom 18.11.2003 verpflichtete sich die Stadt Klagenfurt zum Neubau des Basisstadions und dessen Ausbau bis 30.9.2006. Die Kosten für die Errichtung und den Ausbau des Stadions seien zu einem Drittel vom Bund zu tragen. Der Bund habe das ÖISS beauftragt, namens der Stadt Klagenfurt das Vergabeverfahren durchzuführen vergleiche Werkvertrag vom 17.12.2003).

In den Teilnahmeunterlagen sei die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeber bezeichnet. In der Folge seien an die qualifizierten Bieter die Ausschreibungsunterlagen versandt worden. Darin sei als Auftraggeber die Stadt Klagenfurt gemeinsam mit der in Gründung befindlichen zweckbestimmten Errichtungs- und Betriebsgesellschaft, diese vertreten durch das ÖISS, genannt.

Entscheidend sei, dass die Stadt Klagenfurt zivilrechtlicher Vertragspartner (und damit Auftraggeber) des zukünftigen Auftragnehmers werden solle. Daran vermöge auch die Fehlbenennung in den Teilnahmeunterlagen nichts zu ändern.

Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Der Auftrag sei noch nicht vergeben, das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden.

Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern per E-Mail und Telefax am 8.3.2005 mitgeteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 24.3.2005 hat das ÖISS vorgebracht, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag den Bund als Auftraggeber bezeichne; dies sei jedoch unrichtig. Dies ergebe sich aus der Grundsatzvereinbarung, dem Werkvertrag und den Ausschreibungsunterlagen. Die Stadt Klagenfurt solle auch zivilrechtlicher Vertragspartner und damit Auftraggeberin werden.

Das Hauptangebot der Antragstellerin sei gemäß § 98 Z 3 BVergG wegen spekulativer Preisgestaltung auszuscheiden gewesen. Die Preisreduktion im LBO sei nicht auf Änderungen im Leistungsinhalt zurückzuführen. Das Hauptangebot und die Alternativangebote 1B, 2A und 2B seien wegen Mängeln in der Funktionalität auszuscheiden gewesen. Auch würden das Hauptangebot und die Alternative 2A eine Reihe von formalen Mängeln aufweisen, die zu deren Ausscheiden führen haben müssen. Die Alternative 3 habe keinen Gesamtpreis aufgewiesen. Das Ingenieurbüro Garber/Dalmatiner habe für die Antragstellerin ein Konzept für die Oberflächenentwässerung erstellt. Dies stelle eine verpönte Vorarbeit dar, die zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen haben müssen. Aufgrund des gebotenen Ausscheidens der Angebote der Antragstellerin sei deren Nachprüfungsantrag mangels Rechtsschutzinteresses zurückzuweisen. Das Hauptangebot der Antragstellerin sei gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG wegen spekulativer Preisgestaltung auszuscheiden gewesen. Die Preisreduktion im LBO sei nicht auf Änderungen im Leistungsinhalt zurückzuführen. Das Hauptangebot und die Alternativangebote 1B, 2A und 2B seien wegen Mängeln in der Funktionalität auszuscheiden gewesen. Auch würden das Hauptangebot und die Alternative 2A eine Reihe von formalen Mängeln aufweisen, die zu deren Ausscheiden führen haben müssen. Die Alternative 3 habe keinen Gesamtpreis aufgewiesen. Das Ingenieurbüro Garber/Dalmatiner habe für die Antragstellerin ein Konzept für die Oberflächenentwässerung erstellt. Dies stelle eine verpönte Vorarbeit dar, die zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen haben müssen. Aufgrund des gebotenen Ausscheidens der Angebote der Antragstellerin sei deren Nachprüfungsantrag mangels Rechtsschutzinteresses zurückzuweisen.

Weiters wurde vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin durch die Architekten K1***/K2*** keinen Wettbewerbsvorteil erlangt habe. Die Machbarkeitsstudie, die Planungsstudie und die Kompatibilitätsstudie seien weder Grundlage noch Planungsvorgabe für die von den Bietern auszuarbeitenden Projekte gewesen. Auch die von der Antragstellerin behauptete "Doppelrolle" des DI L*** liege nicht vor.

Richtig sei hingegen, dass im Erst-Angebot der E***/F*** die Subunternehmererklärung nur unvollständig ausgefüllt gewesen sei. Dies treffe jedoch auch auf das Erst-Angebot der Antragstellerin zu. Die Angebote beider Bieter seien aber (zu Recht) nicht ausgeschieden worden. Es gehöre zum Wesen eines Verhandlungsverfahrens, dass (Erst-)Angebote noch geändert werden könnten. Im LBO habe die E***/F*** diese Erklärung aber dann korrekt ausgefüllt.

Auch habe das Angebot der E***/F*** - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - sehr wohl eine Kostenaufschlüsselung für die "Bespielbarkeit" enthalten. Ein Angebotsmangel bzw. ein Ausscheidensgrund lägen daher nicht vor. Auch eine Überschreitung der maximalen Bauhöhe sei nicht gegeben. Die Veröffentlichung der Bieter und der Angebotspreise in der "M" sei nicht von der Auftraggeberin zu verantworten. Sie habe im Gegenteil alles für eine größtmögliche Geheimhaltung der Daten unternommen. Das Gutachten von R***/S*** habe ergeben, dass das Vergabeverfahren trotz der Veröffentlichungen fair durchgeführt und beendet werden könne. Das BVergG enthalte keine Bestimmung, der zufolge das Verfahren - bei Geheimnisbruch - zwingend zu widerrufen wäre.

Der Einwand, dass die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig und nicht hinreichend konkretisiert seien, sei präkludiert; die diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen seien ja unangefochten geblieben. Auch sei es gemäß § 67 Abs. 3 BVergG unter bestimmten Umständen zulässig, von einer Gewichtung der Zuschlagskriterien abzugehen. Diese Umstände würden gegenständlich vorliegen. Auch der Vorwurf, dass durch das "Drehbuch" die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig geändert worden seien, treffe nicht zu. Im "Drehbuch" sei lediglich der Ablauf des Bewertungsvorganges erläutert worden. Der Einwand, dass die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig und nicht hinreichend konkretisiert seien, sei präkludiert; die diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen seien ja unangefochten geblieben. Auch sei es gemäß Paragraph 67, Absatz 3, BVergG unter bestimmten Umständen zulässig, von einer Gewichtung der Zuschlagskriterien abzugehen. Diese Umstände würden gegenständlich vorliegen. Auch der Vorwurf, dass durch das "Drehbuch" die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig geändert worden seien, treffe nicht zu. Im "Drehbuch" sei lediglich der Ablauf des Bewertungsvorganges erläutert worden.

In einer Stellungnahme vom 1.4.2005 wurde neuerlich betont, dass Auftraggeberin des gegenständlichen Verfahrens eindeutig die Stadt Klagenfurt sei. Zur Nachprüfung sei daher der UVS für Kärnten zuständig. Dies ergebe sich aus der Grundsatzvereinbarung, dem Werkvertrag und aus der Stadionvereinbarung vom 9.11.2004. Hierin 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 führe als vergebende Stelle namens der Stadt Klagenfurt das Verfahren durch. Daran vermöge auch die Beauftragung des ÖISS durch den Bund nichts zu ändern. In den Ausschreibungsunterlagen werde die Stadt Klagenfurt als Auftraggeberin bezeichnet, sodass jedem Bieter klar gewesen sei, dass sein Angebot an die Stadt Klagenfurt als Vertragspartner gerichtet sei und er im Falle des Zuschlages daher mit der Stadt Klagenfurt kontrahiere. In der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der EU und im Amtlichen Lieferungsanzeiger sei irrtümlich nicht die Stadt Klagenfurt, sondern der Bund, als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet worden. In den - letztendlich maßgeblichen - Ausschreibungsunterlagen werde diese Fehlbezeichnung aber ohnehin aufgeklärt bzw. berichtigt.

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

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

Auf Seiten des Bundes bestehe nur eine budgetäre Bedeckung für die anteilige Förderung des Projektes und nicht für die Errichtung bzw. den Umbau im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Bundes.

Letztlich sei auch zu bedenken, dass eine (angebliche) Fehlbezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sein könne; eine Nichtigklärung aufgrund der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeit gemäß § 174 Abs. 1 BVergG komme daher nicht in Frage. Abgesehen vom Nichtvorliegen der behaupteten Rechtswidrigkeit, wäre die behauptete Rechtswidrigkeit jedenfalls gemäß § 169 Abs. 1 Z 9 BVergG unverzüglich ab Kenntnis, also umgehend nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, geltend zu machen gewesen. Dies sei nicht geschehen; die Antragstellerin habe vielmehr sogar ein Angebot gelegt. Eine nunmehrige Geltendmachung sei jedenfalls präkludiert; ein Widerruf des Vergabeverfahrens sei daher nicht erforderlich. Letztlich sei auch zu bedenken, dass eine (angebliche) Fehlbezeichnung des Auftraggebers in der Bekanntmachung für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sein könne; eine Nichtigklärung aufgrund der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeit gemäß Paragraph 174, Absatz eins, BVergG komme daher nicht in Frage. Abgesehen vom Nichtvorliegen der behaupteten Rechtswidrigkeit, wäre die behauptete Rechtswidrigkeit jedenfalls gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG unverzüglich ab Kenntnis, also umgehend nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, geltend zu machen gewesen. Dies sei nicht geschehen; die Antragstellerin habe vielmehr sogar ein Angebot gelegt. Eine nunmehrige Geltendmachung sei jedenfalls präkludiert; ein Widerruf des Vergabeverfahrens sei daher nicht erforderlich.

Aufgrund des gesamten bisherigen Vergabeverfahrens ergebe sich eindeutig, dass der Landeshauptstadt Klagenfurt die Eigenschaft des Auftraggebers im Sinne des § 20 Z 4 BVergG zukomme. Aus diesem Grunde sei der UVS für Kärnten und nicht das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig. Der Bund (als Förderungsgeber) und nicht die Stadt Klagenfurt (als Auftraggeberin), habe das ÖISS beauftragt, namens bzw. in Vertretung des Auftraggebers Stadt Klagenfurt, tätig zu werden. Durch diese Vorgangsweise habe der Bund als bloßer Förderungsgeber sicherstellen wollen, dass die Fördermittel möglichst gering gehalten werden können. Aufgrund des gesamten bisherigen Vergabeverfahrens ergebe sich eindeutig, dass der Landeshauptstadt Klagenfurt die Eigenschaft des Auftraggebers im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG zukomme. Aus diesem Grunde sei der UVS für Kärnten und nicht das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig. Der Bund (als Förderungsgeber) und nicht die Stadt Klagenfurt (als Auftraggeberin), habe das ÖISS beauftragt, namens bzw. in Vertretung des Auftraggebers Stadt Klagenfurt, tätig zu werden. Durch diese Vorgangsweise habe der Bund als bloßer Förderungsgeber sicherstellen wollen, dass die Fördermittel möglichst gering gehalten werden können.

An die Stadt Klagenfurt als Auftraggeber hätten sich die Bieter übrigens auch durch die Unterfertigung des Formblattes 1 "Bietererklärung - Angebotsschreiben" 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.

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

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

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 brachte der Vertreter der Stadt Klagenfurt bzw. des ÖISS vor, dass sämtliche Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS Kärnten am 6.4.2005 einhellig die Zuständigkeit des UVS Kärnten geltend gemacht hätten. Entgegen der Darstellung des Vertreters der Antragstellerin sei es 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 nur 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. W*** 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 nur 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. W*** sei vom ÖISS und nicht vom Bund beauftragt gewesen. Warum er den Bund als Auftraggeber bezeichnet habe, sei nicht klar, hätte aber wohl prozesstaktische Überlegungen gehabt.

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

Mit Schriftsatz vom 21. März 2005 hat die Bietergemeinschaft E***AG/F*** GmbH (in der Folge Teilnahmeantragstellerin) einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Begründet wurde dies damit, dass ihr mit Schreiben vom 8. März 2005 seitens der Stadt Klagenfurt mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, ihrem Angebot den Zuschlag zu erteilen. Sie sei mit ihrem Last and Best Offer (LBO) vom 22.2.2005 Bestbieter und habe dem entsprechend großes wirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss. Bei Ausführung des Auftrags könne sie einen entsprechenden Gewinn erzielen und würde für eine entsprechende Betriebsauslastung gesorgt. Auch wären die bisherigen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Beteiligung am gegenständlichen Verfahren nicht frustriert. Es handle sich gegenständlich um ein außerordentlich wichtiges Referenzprojekt. Ihr drohe ein Schaden in Höhe von jedenfalls Euro 3,517.656,28. Hinzu kämen noch der Totalunternehmerzuschlag und die Deckungsbeiträge. Würde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, würde sie in ihrem Recht als präsumtiver Bestbieter den Zuschlag zu erhalten, verletzt. Ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung komme einem präsumtiven Zuschlagsempfänger ein subjektives Recht auf Erteilung des Zuschlags und Abschluss des begehrten Vertrages zu.

Öffentlicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Stadt Klagenfurt und das Bundesvergabeamt daher nicht zur Nachprüfung zuständig. Im parallel geführten Verfahren vor dem UVS Kärnten habe die Antragstellerin - im Gegensatz zum gegenständlichen Nachprüfungsverfahren - die Zuständigkeit des UVS Kärnten behauptet.

Die Teilnahmeantragstellerin hat weiters vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Sie verfüge über detaillierte Informationen über das Angebot der Teilnahmeantragstellerin sowie generell über zahlreiche Interna betreffend das Vergabeverfahren und wäre daher gemäß § 51 Z 4 BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Der Informationsstand der Antragstellerin gehe nämlich weit über die veröffentlichten Tatsachen hinaus. Die Teilnahmeantragstellerin hat weiters vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Sie verfüge über detaillierte Informationen über das Angebot der Teilnahmeantragstellerin sowie generell über zahlreiche Interna betreffend das Vergabeverfahren und wäre daher gemäß Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Der Informationsstand der Antragstellerin gehe nämlich weit über die veröffentlichten Tatsachen hinaus.

Das Angebot der Antragstellerin weise auch keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und sei daher

zu Recht gemäß § 98 Z 3 BVergG ausgeschieden worden. Die Preisdifferenz zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO sei auch 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. Das Angebot der Antragstellerin weise auch keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und sei daher zu Recht gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG ausgeschieden worden. Die Preisdifferenz zwischen dem Erst-Angebot und dem LBO sei auch 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.

Die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor. Aus dem Gesagten ergäbe sich, dass die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen, in eventu abzuweisen seien.

RA Dr. QU*** brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 für die Teilnahmeantragstellerin ergänzend vor, dass einer Änderung des Antrages durch RA Dr. P***, wie sie in der mündlichen Verhandlung vorgenommen worden sei, der § 166 BVergG entgegenstehe und darüber hinaus die Frist des § 169 BVergG verstrichen sei. Darüber hinaus fehle in sämtlichen Nachprüfungsanträgen die Angabe und Bezeichnung einer angefochtenen Entscheidung des Bundes. 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 Bieterinnen zugegangen sei. RA Dr. QU*** brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 für die Teilnahmeantragstellerin ergänzend vor, dass einer Änderung des Antrages durch RA Dr. P***, wie sie in der mündlichen Verhandlung vorgenommen worden sei, der Paragraph 166, BVergG entgegenstehe und darüber hinaus die Frist des Paragraph 169, BVergG verstrichen sei. Darüber hinaus fehle in sämtlichen Nachprüfungsanträgen die Angabe und Bezeichnung einer angefochtenen Entscheidung des Bundes. 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 Bieterinnen zugegangen sei.

Ergänzend brachte RA Dr. O*** für die Teilnahmeantragstellerin vor, dass sämtliche Antragstellervertreter in der Verhandlung vor dem UVS für Kärnten am 6. April 2005 mit überzeugender Begründung dargelegt hätten, dass die Stadt Klagenfurt Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. So sei etwa vom Vertreter der Bietergemeinschaft A*** ua. (richtigerweise) 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 könne nur im Fall einer gemeinsamen Auftragsvergabe durch Bund, Länder und Gemeinden von Relevanz sein; eine solche liege aber gegenständlich nicht vor. Die in der Ausschreibungsunterlage angeführte Errichtungs- und Betreibergesellschaft existiere offenkundig noch nicht. Seiner Information nach sei an eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadt Klagenfurt gedacht.

Weiters ergänzte RA Dr. O***, dass die ursprünglich unrichtige Bezeichnung des Auftraggebers in den Bekanntmachungsmedien nicht zur Konsequenz habe, dass ein Rechtsträger öffentlicher Auftraggeber werde, welcher zivilrechtlich nicht als Auftraggeber anzusehen sei und auch keinen Vergabewillen habe. Dies ergebe sich aus § 20 Zi 4 BVergG. Dem Sinn und Zweck der Bekanntmachungsvorschriften, nämlich einen Wettbewerb auf europäischer Ebene zu fördern, sei auch durch die erfolgte Bekanntmachung ausreichend Genüge getan. Weiters ergänzte RA Dr. O***, dass die ursprünglich unrichtige Bezeichnung des Auftraggebers in den Bekanntmachungsmedien nicht zur Konsequenz habe, dass ein Rechtsträger öffentlicher Auftraggeber werde, welcher zivilrechtlich nicht als Auftraggeber anzusehen sei und 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. QU*** ergänzte, dass aus dem Schreiben der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005 (Anm.: Zuschlagserteilung)

jedenfalls eindeutig ersichtlich sei, dass nicht der Bund (als Auftraggeber) den Zuschlag erteilt habe. RA Dr. O***brachte hierzu 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. Qu*** ergänzte, dass aus dem Schreiben der Stadt Klagenfurt vom 7.4.2005 (Anmerkung, Zuschlagserteilung) jedenfalls eindeutig ersichtlich sei, dass nicht der Bund (als Auftraggeber) den Zuschlag erteilt habe. RA Dr. O***brachte hierzu 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 J***, 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. N*** gewesen sei. Er (Anm: DI J***) 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 J***, 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. N*** gewesen sei. Er (Anm: DI J***) 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 Bieter 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 J***, 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 J*** 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 J***, dass es keine schriftliche Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Klagenfurt und dem ÖISS gegeben habe.

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

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

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

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

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

Auswahl des Bestbieters. Die Zuschlagserteilung erfolgt entsprechend dem Vorschlag des ÖISS durch die Stadt Klagenfurt im Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund. [...] Die Kosten des Auftrages an das ÖISS werden vom Bund getragen und zu einem Drittel auf die vom Bund nach dieser Vereinbarung zu leistende Förderung [...] angerechnet.

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

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

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

"Republik Österreich Bund, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau, Att: Dir. DI G***, 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 T*** und DI J***). 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 T***). 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 T***, DI J***). 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 T*** und DI J***). 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 T*** und DI J***). 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 T***). 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 T***, DI J***). 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 T*** und DI J***).

Der Bund ist (bloßer) Förderungsgeber (vgl. die diesbezüglichen schlüssigen Aussagen von MR T*** 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 T*** 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 T***, 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 T***, 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 G***, Prinz-Eugen Strasse 12, A-1040 Wien. Administrative/technische Auskünfte sind beim ÖISS einzuholen, Teilnahmeanträge an das ÖISS zu senden".

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

Es hat keine formelle Berichtigung der Vergabebekanntmachung iSd § 37 Abs. 5 BVergG in den Publikationsorganen gegeben (übereinstimmendes 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 J***, 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 J***, 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 E***/F***, 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. N***,

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

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

zeichnet ist das Schriftstück mit: [.....] für die Landeshauptstadt

[] Der Bürgermeister: Dkfm. N***".

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 T***, 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 J***, 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 Nichtigkeitsantrag.

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 J***, 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 T*** und die Angaben von DI J*** 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 J***, 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 T*** und die Angaben von DI J*** 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 16. März 2005 hat die Antragstellerin die Anträge gestellt, die Zuschlagsentscheidung vom 8. März

2005 sowie die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären. Des Weiteren wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, mit welcher die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung verfügt und der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages untersagt wird. Dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 23. März 2005, GZ 15N-15/05-24, stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung - für den Fall, dass sie von einem Auftraggeber "Bund" stammen sollte ausgesetzt, bzw. einem (möglichen) Auftraggeber "Bund" die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. April 2005 wurde seitens des Rechtsvertreters der Antragstellerin der Antrag gestellt, Mag. I***, SC Mag. U***, RA Dr. W*** und DI G*** als Zeugen ein zu vernehmen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten 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 Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung wurde am 16. 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 Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung wurde am 16. 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 BKA, und das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurden am 15. März 2005 mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd § 163 Abs 2 BVergG verständigt. Die Republik Österreich (Bund), via BKA, und das Österreichische Institut für Schul- und Sportstättenbau ÖISS, wurden am 15. März 2005 mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG verständigt.

Zur Zuständigkeit des BVA:

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

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

Aufträgen durch, nicht in den lit. a-d bzw. Ziffer 2, lit. a-d genannte Rechtsträger erfolgt, die (aber) vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie jener der Länder. Diese Bestimmung (Anmerkung, Litera e,) betrifft andere Rechtsträger als den Bund und findet daher auf das gegenständliche Vergabeverfahren keine Anwendung. Auch der Fall des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, lit. 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 Gemeinde Neusiedl einzuhalten war). Gemäß Punkt römisch zwei, Zi 7, letzter Satz der Grundsatzvereinbarung, erfolgt auch die Zuschlagserteilung entsprechend dem Vorschlag des ÖISS durch die Stadt Klagenfurt. Ob das hiezu vorgesehene Einvernehmen mit dem Land Kärnten und dem Bund hergestellt wurde, konnte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVA nicht eindeutig geklärt werden, ist jedoch in der vorliegenden Konstellation nicht entscheidungsrelevant. Selbst ein hergestelltes Einvernehmen (Anmerkung, mit dem Bund und dem Land Kärnten) würde die, von der Stadt Klagenfurt vorzunehmende und am 7. April 2005 auch tatsächlich von dieser vorgenommene Zuschlagserteilung, nicht zu einer solchen des Bundes machen vergleiche auch den, dem Erkenntnis des VwGH vom 25.2.2002, 2001/04/0215, zugrunde liegenden Fall, in welchem eine einvernehmliche Vorgangsweise zwischen dem Bund und der Gemeinde Neusiedl einzuhalten war).

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

der Präambel des Werkvertrages), zwischen dem Bund und dem ÖISS abgeschlossen wurde. Daher hat grundsätzlich auch der Bund den Werklohn zu entrichten. Die spätere Saldierung dieser Kosten mit den Förderungsbeiträgen Bundes lässt ebenfalls keinen anderen Schluss zu.

Werkvertrag:

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

In 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 Stadt Neusiedl auf einem ihr gehörigen Grundstück die Errichtung eines Zubaues für das Bundesschulzentrum [...] vornehme [.....]. Es war u.a. vorgesehen, dass die Planung nach dem vom Bund bekannt gegebenen Raum- und Funktionsprogramm und den vom Bund approbierten Plänen und Beschreibungen erfolgen soll. Weiters, dass der Bund einen Prüfsachverständigen bestellt, die Planungsergebnisse die Zustimmung des Bundes benötigen, die Vergaben und Zuschläge von der Stadt Neusiedl nur nach schriftlicher Zustimmung des Prüfsachverständigen 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 - wie von der Antragstellerin vorgebracht - 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 Bundesvergabebeamtes - auf Grund der zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen und den Aussagen des (sich auf die erteilte Vollmacht des ÖISS berufenden) RA Dr. W*** 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. Eine Auftraggebereigenschaft des Bundes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kann auch nicht - wie von der Antragstellerin vorgebracht - 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 Anmerkung, die Ausschreibung für nichtig zu erklären), abgewiesen. Im damaligen Nachprüfungsverfahren hat das Ermittlungsverfahren des Bundesvergabebeamtes - auf Grund der zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen und den Aussagen des (sich auf die erteilte Vollmacht des ÖISS berufenden) RA Dr. W*** 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. W*** 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. W*** 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. T*** und DI J***). 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. T*** und DI J***).

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.

Die beantragte Einvernahme des RA Dr. W*** und des Mag. I*** zu ihren Aussagen vor dem BVA in der mündlichen Verhandlung am 10. März 2004 konnte unterbleiben, da beide genannten Personen im Verfahren zu GZ 15N-06/04 nicht -wie (teilweise) fälschlich vorgebracht - als Vertreter des Bundes, sondern als Vertreter des ÖISS tätig waren. Das ÖISS ist im aber gegenständlichen Nachprüfungsverfahren jedenfalls rechtsfreundlich vertreten (Anm.: X*** Rechtsanwälte OEG). Deshalb war es weiters auch nicht erforderlich, Direktor DI G***, ÖISS, (Anm.: der übrigens am 7. April 2005 telefonisch auf Abruf bereitstand), als Zeugen ein zu vernehmen. Der Bund war in der mündlichen Verhandlung durch MR Dr. T***, BKA, vertreten; daher war die zeugenschaftliche Einvernahme von SC Mag. U*** (Anm.: der übrigens auch im Verfahren zu GZ. 15N-06/04 nicht als Zeuge einvernommen wurde) entbehrlich. Die beantragte Einvernahme des RA Dr. W*** und des Mag. I*** zu ihren Aussagen vor dem BVA in der mündlichen Verhandlung am 10. März 2004 konnte unterbleiben, da beide genannten Personen im Verfahren zu GZ 15N-06/04 nicht -wie (teilweise) fälschlich vorgebracht - als Vertreter des Bundes, sondern als Vertreter des ÖISS tätig waren. Das ÖISS ist im aber gegenständlichen Nachprüfungsverfahren jedenfalls rechtsfreundlich vertreten (Anmerkung, X*** Rechtsanwälte OEG). Deshalb war es weiters auch nicht erforderlich, Direktor DI G***, ÖISS, (Anmerkung, der übrigens am 7. April 2005 telefonisch auf Abruf bereitstand), als Zeugen ein zu vernehmen. Der Bund war in der mündlichen Verhandlung durch MR Dr. T***, BKA, vertreten; daher war die zeugenschaftliche Einvernahme von SC Mag. U*** (Anm.: der übrigens auch im Verfahren zu GZ. 15N-06/04 nicht als Zeuge einvernommen wurde) entbehrlich.

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

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

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.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

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.

Die mit Bescheid des BVA vom 24. März 2005, GZ. 15N-15/05-23, erlassene einstweilige Verfügung, mit der die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung, insofern sie vom Bund stammen oder diesem zuzurechnen sein sollte bzw. einem (möglichen) "Auftraggeber Bund" die Erteilung des Zuschlages untersagt wurde, tritt gemäß § 171 Abs. 5 ex lege außer Kraft. Die mit Bescheid des BVA vom 24. März 2005, GZ. 15N-15/05-23, erlassene einstweilige Verfügung, mit der die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung, insofern sie vom Bund stammen oder diesem zuzurechnen sein sollte bzw. einem (möglichen) "Auftraggeber Bund" die Erteilung des Zuschlages untersagt wurde, tritt gemäß Paragraph 171, Absatz 5, ex lege außer Kraft.

Dokumentnummer

VERGT_20050512_15N_15_05_74_00

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at