

TE Verg Bescheid 2006/4/24 17F-7/05-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2006

Norm

BVergG 2006 §345 Abs1 Z3

BVergG 2006 §345 Abs1 Z4

BVergG 2006 §345 Abs2

BVergG 2006 §345 Abs4

BVergG 2002 §135 Abs2

B-VG Art14b Abs2 Z1

B-VG Art14b Abs2 Z2 lite sublitee

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lita

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 litc

BVergG 2002 §177 Abs5

BVergG 2002 AnhlII

K-KAO §36

K-KAO §68

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

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 am 24. April 2006 durch den Senat 17 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem, Generalanwalt i. R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite über die Anträge der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH betreffend die Vergabe eines Bauauftrages für den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau durch die Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge, das Bundesvergabeamt möge "nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. 1.Ziffer eins
feststellen, dass die Erteilung des Zuschlages durch die Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. betreffend den Neu-, Zu- und Umbau nichtig ist;
2. 2.Ziffer 2
feststellen, dass die Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich einer Direktvergabe, nicht zu Recht erfolgte,"

werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: § 135 Abs 2 BVergG, Art 14b Abs 2 Z 2 lit a
Rechtsgrundlagen: Paragraph 135, Absatz 2, BVergG, Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e

sublit bb B VG Sub-Litera, b, b, B VG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung jedenfalls die Antragsgegnerin zum Ersatz der Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 5 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte den Nachprüfungsantrag vom 10. Oktober 2005. Dieser langte am 11. Oktober 2005 beim Bundesvergabebeamten ein. Er betrifft die Vergabe eines Bauauftrages für den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau durch die Auftraggeberin Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG. Die Antragstellerin beantragte darin wie im Spruch unter I. und II. wiedergegeben. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte den Nachprüfungsantrag vom 10. Oktober 2005. Dieser langte am 11. Oktober 2005 beim Bundesvergabebeamten ein. Er betrifft die Vergabe eines Bauauftrages für den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau durch die Auftraggeberin Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG. Die Antragstellerin beantragte darin wie im Spruch unter römisch eins. und römisch zwei. wiedergegeben.

Dieser Antrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Auftraggeberin eine private Ges.m.b.H. sei, die das allgemeine öffentliche Krankenhaus Spittal/Drau betreibe. Die vom LKF bezahlten Aufwendungen betrügen 50,98 % der gesamten Erfordernisse der Auftraggeberin. Das Land decke zusätzlich 98 % der Betriebsabgänge. In weiterer Folge stellte die Antragstellerin dar, dass der Krankenanstaltenfonds überwiegend vom Bund oder dem Bund zuzurechnenden Körperschaften finanziert werde. Die Organe des Fonds werden überwiegend vom Land bestellt.

Im Jahr 2004 sei den Medien zu entnehmen gewesen, dass die Kärntner Landesregierung für den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses der Auftraggeberin zugesagt habe, 90 % der Kosten in Höhe von Euro 37 Mio. zu tragen. Im August 2005 sei die finanzielle Einigung zwischen der Landesregierung und der Auftraggeberin bekannt geworden. Mit Beschluss der Landesregierung vom 10. Mai 2005 sei der Auftraggeberin eine Investitionszusage in Höhe von 90 % des Investitionsvolumens für den Auftrag von Euro 32.300.000 gegeben worden. Die Finanzierung werde über eine Erhöhung der jährlich vom Land an die Antragstellerin geleisteten Betriebskostenabdeckung von derzeit ca. Euro 2 Mio. jährlich über einen Zeitraum von 25 Jahren geleistet. Die Antragstellerin habe am 22. September 2005 aus Medienberichten in der Kärntner Zeitung vom bevorstehenden Baubeginn erfahren. Auftragnehmer dürfte die B*** sein. Die Vergabe dieses Bauauftrages sei weder bekanntgemacht worden noch habe es eine öffentliche Ausschreibung gegeben. Es sei der Antragstellerin auch keine Zuschlagsentscheidung zugegangen.

Der Auftrag sei ein Bauauftrag nach Anhang II zum BVergG. Bei der Auftraggeberin handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 7 Abs 1 Z 2 BVergG. Der Auftrag sei ein Bauauftrag nach Anhang römisch zwei zum BVergG. Bei der Auftraggeberin handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Zumindest liege ein Bauauftrag nach § 8 Abs 1 BVergG vor. Diese fallen hinsichtlich der Nachprüfungszuständigkeit nach Art. 14b Abs 2 Z 1 lit g B VG in die Zuständigkeit des Bundes. Zumindest liege ein Bauauftrag nach Paragraph 8, Absatz eins, BVergG vor. Diese fallen hinsichtlich der Nachprüfungszuständigkeit nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B VG in die Zuständigkeit des Bundes.

Es handle sich um eine de-facto-Vergabe, die einer Direktvergabe gleichzustellen sei. Die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten ergebe sich aus § 100 Abs 4 BVergG. Einem Auftraggeber müsse klar sein, dass die Vergabe eines Bauauftrages dieser Größenordnung nur in einem offenen oder nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung möglich sei. Andernfalls habe die Nichtigkeitssanktion nach § 100 Abs 2 BVergG keine Wirkung. Der Zuschlag sei nichtig. Es handle sich um eine de-facto-Vergabe, die einer Direktvergabe gleichzustellen sei. Die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten ergebe sich aus Paragraph 100, Absatz 4, BVergG. Einem Auftraggeber müsse klar sein, dass die Vergabe eines Bauauftrages dieser Größenordnung nur in einem offenen oder nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung möglich sei. Andernfalls habe die Nichtigkeitssanktion nach Paragraph 100, Absatz 2, BVergG keine Wirkung. Der Zuschlag sei nichtig.

Mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2005, beim Bundesvergabebeamten am 18. Oktober 2005 eingelangt, nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie brachte vor, dass das Land Kärnten aufgrund eines am 26. Jänner 1999 abgeschlossenen Vertrages Zuschüsse zu den Betriebskosten der medizinischen Fachabteilungen leiste. Im Jahr 2003 seien insgesamt Euro 9.649.021,00 geleistet worden. Die Zahlungen des Landes Kärnten werden nicht auf

die Gemeinden umgelegt. Es finde daher keine Deckung der Betriebsabgänge im Ausmaß von 98 % gemäß § 68 Abs 2 K-KAO statt. Die Auftraggeberin sei jederzeit berechtigt und auch in der Lage, sowohl auf das Öffentlichkeitsrecht und/oder den Gemeinnützigkeitsstatus zu verzichten, wobei der Betrieb des Krankenhauses Spittal/Drau durch Jahrzehnte hindurch ohnehin auf Grundlage rein privatrechtlicher Verträge erfolgt sei. In der Vergangenheit seien bereits erheblich Aufträge ohne Vergabeverfahren durchgeführt worden. Das Rechtsgutachten von o.Univ.-Prof. Dr. C*** von der TU Wien sei eingeholt worden. Dieses besage, dass es sich bei der Auftraggeberin weder um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 7 Abs 1 Z 2 BVergG noch um einen öffentlichen Auftrag nach § 8 Abs 2 BVergG handle. Mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2005, beim Bundesvergabeamt am 18. Oktober 2005 eingelangt, nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie brachte vor, dass das Land Kärnten aufgrund eines am 26. Jänner 1999 abgeschlossenen Vertrages Zuschüsse zu den Betriebskosten der medizinischen Fachabteilungen leiste. Im Jahr 2003 seien insgesamt Euro 9.649.021,00 geleistet worden. Die Zahlungen des Landes Kärnten werden nicht auf die Gemeinden umgelegt. Es finde daher keine Deckung der Betriebsabgänge im Ausmaß von 98 % gemäß Paragraph 68, Absatz 2, K-KAO statt. Die Auftraggeberin sei jederzeit berechtigt und auch in der Lage, sowohl auf das Öffentlichkeitsrecht und/oder den Gemeinnützigkeitsstatus zu verzichten, wobei der Betrieb des Krankenhauses Spittal/Drau durch Jahrzehnte hindurch ohnehin auf Grundlage rein privatrechtlicher Verträge erfolgt sei. In der Vergangenheit seien bereits erheblich Aufträge ohne Vergabeverfahren durchgeführt worden. Das Rechtsgutachten von o.Univ.-Prof. Dr. C*** von der TU Wien sei eingeholt worden. Dieses besage, dass es sich bei der Auftraggeberin weder um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG noch um einen öffentlichen Auftrag nach Paragraph 8, Absatz 2, BVergG handle.

In den Jahren 2003 und 2004 habe die Bedeckung durch leistungsbezogene Einnahmen weit über 50 % betragen. LKF-Erlöse seien nicht als Zuschüsse zu qualifizieren und seien auch nach dem Gutachten des Bundeskanzleramtes Mittelzuweisungen an Fondskrankenanstalten nur insoweit zu berücksichtigen, als damit keine adäquaten Gegenleistungen verbunden seien. Dies sei insbesondere bei Zuwendungen des KAF gemäß § 2 Abs 1 lit c und d K-KAFG (Strukturmittel und Investitionszuschüssen) sowie Mitteln zur Abgangsdeckung gemäß § 68 K-KAO der Fall, nicht aber auf die zur Finanzierung erbrachten Leistungen aus dem LKF-System erfolgten Zahlungen, bei denen es sich nach Ansicht der Auftraggeberin eindeutig weder um Zuschüsse oder Beihilfen handle, zumal die derzeitige vertragliche Situation auch durchaus zu Verlusten der Auftraggeberin führen könne, die vom Land keineswegs abgedeckt werden würden. In den Jahren 2003 und 2004 habe die Bedeckung durch leistungsbezogene Einnahmen weit über 50 % betragen. LKF-Erlöse seien nicht als Zuschüsse zu qualifizieren und seien auch nach dem Gutachten des Bundeskanzleramtes Mittelzuweisungen an Fondskrankenanstalten nur insoweit zu berücksichtigen, als damit keine adäquaten Gegenleistungen verbunden seien. Dies sei insbesondere bei Zuwendungen des KAF gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Litera c und d K-KAFG (Strukturmittel und Investitionszuschüssen) sowie Mitteln zur Abgangsdeckung gemäß Paragraph 68, K-KAO der Fall, nicht aber auf die zur Finanzierung erbrachten Leistungen aus dem LKF-System erfolgten Zahlungen, bei denen es sich nach Ansicht der Auftraggeberin eindeutig weder um Zuschüsse oder Beihilfen handle, zumal die derzeitige vertragliche Situation auch durchaus zu Verlusten der Auftraggeberin führen könne, die vom Land keineswegs abgedeckt werden würden.

Die Zahlungen des Landes Kärnten lägen bei etwa 37 % der jährlichen Gesamtkosten. Es bestehe keine finanzielle oder administrative Beherrschung der Auftraggeberin durch das Land Kärnten. Die Kontrolle des Rechnungshofes beziehe sich ausschließlich auf die Mittelverwendung durch die Gesellschaft. Es sei eine Leasingkonstruktion gewählt worden. Die als Grundlage für die Finanzierungszusage des Landes Kärnten vorgelegte Vereinbarung sei zwar bereits von Landesvertretern, nicht aber von der Auftraggeberin unterfertigt worden. Der Bauauftrag sei ohne "offizielle" Rückversicherung erteilt worden. Auftragnehmer sei die B***. Der Auftrag sei mündlich erteilt worden. Mit den Bauarbeiten sei am 19. September 2005 begonnen worden. Das Bundesvergabeamt sei nicht zuständig. Es liege keine überwiegende Finanzierung eines Bauauftrages iSd § 8 Abs 1 BVergG vor. Es werde die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin beantragt. Die Zahlungen des Landes Kärnten lägen bei etwa 37 % der jährlichen Gesamtkosten. Es bestehe keine finanzielle oder administrative Beherrschung der Auftraggeberin durch das Land Kärnten. Die Kontrolle des Rechnungshofes beziehe sich ausschließlich auf die Mittelverwendung durch die Gesellschaft. Es sei eine Leasingkonstruktion gewählt worden. Die als Grundlage für die Finanzierungszusage des Landes Kärnten vorgelegte Vereinbarung sei zwar bereits von Landesvertretern, nicht aber von der Auftraggeberin unterfertigt worden. Der Bauauftrag sei ohne "offizielle" Rückversicherung erteilt worden. Auftragnehmer sei die B***. Der Auftrag sei mündlich erteilt worden. Mit den Bauarbeiten sei am 19. September 2005 begonnen worden. Das

Bundesvergabeamt sei nicht zuständig. Es liege keine überwiegende Finanzierung eines Bauauftrages iSd Paragraph 8, Absatz eins, BVergG vor. Es werde die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin beantragt.

Mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2005, beim Bundesvergabeamt am 27. Oktober 2005 eingelangt, nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie führte aus, dass die Krankenanstaltenfinanzierung auf Grundlage einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern erfolge. Die Auftraggeberin sei ein öffentliches gemeinnütziges Krankenhaus. Als Fondskrankenanstalt unterliege sie einer strengen Überwachung in wirtschaftlicher und medizinischer Hinsicht durch die Sozialversicherungsträger und den Landesfonds. Daneben unterliege sie der wirtschaftliche Aufsicht durch die Landesregierung und der Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof. Der Verzicht auf das Öffentlichkeitsrecht und ihren Status als gemeinnützige Krankenanstalt sei nur nach im freien Ermessen der Landesregierung liegender Genehmigung zulässig. Der Finanzierungsanteil aus öffentlichen Geldern übersteige 37 %. Es bestünden umfassende Kontroll- und Einsichtsrechte durch die Landesregierung und den Rechnungshof. Es müssten Entscheidungen der Geschäftsführung weitgehend von der Landesregierung genehmigt werden. Aus dem Vertrag ergebe sich, dass die Mittel ohne Gegenleistung zur Abdeckung der Personalkosten zur Verfügung gestellt würden. Auch die Abgeltung der Leistungen aus dem LKF-System sei nicht leistungsbezogen, da erst im Nachhinein feststehe, wie viel ein "LKF-Punkt" "wert" sei. Die Auftraggeberin bewege sich nicht in einem wettbewerblichen Umfeld. Sogar der Bedarf an systematisierten Betten der Auftraggeberin sei durch den Landeskrankenanstaltenplan so wie die Behandlungsgebühren für Sonderklassepatienten durch Verordnung der Landesregierung festgesetzt worden. Die Erhöhung der Bezuschussung sei aus Anlass des Bauauftrages erfolgt, sodass eine Finanzierung von über 50 % vorliege. Die Finanzierungszusage sei einseitig und unwiderruflich.

Am 28. März 2006 fand beim Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung in dieser Angelegenheit statt. Der Vertreter der Auftraggeberin gab an, dass das Krankenhaus Spital/Drau seit etwa 80 Jahren bestehe. Es sei ursprünglich ein reines Privatkrankenhaus gewesen. Spätestens in den 80er-Jahren sei die Gemeinnützigkeit des Krankenhauses festgestellt worden. Seit 1992 besitze es Öffentlichkeitsstatus. Seit Beginn des LKF-Systems nehme das Krankenhaus Spital/Drau daran teil. Es habe die Leistungen des Kärntner Krankenanstaltenfonds in Anspruch genommen. Die Bilanzen weisen regelmäßig erhebliche Gewinne aus; für das Jahr 2005 geschätzt Euro 1,8 Mio. bei einer Bilanzsumme von Euro 27 Mio. Aufgrund des Gemeinnützigkeitsstatus haben die Gewinne im Unternehmen zu verbleiben. Sie stellten eine Reserve für Investitionen dar. Eine Betriebsabgangsdeckung nach § 68 K-KAO werde und werde nicht in Anspruch genommen werden. Der Vertrag zur Sicherstellung der Krankenanstaltspflege sei in der Zwischenzeit insofern modifiziert worden, als er bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden sei. Inhaltliche Änderungen haben nicht stattgefunden. Die Finanzierung für zusätzlich aufzunehmendes Personal in den Vertrag betreffe die Ausweitung von Leistungen des Krankenhauses im Einvernehmen mit dem Land Kärnten. Die Ärzteverträge werden ausschließlich nach dem Angestelltengesetz abgeschlossen. Die Höhe der Bezüge richte sich im Wesentlichen nach dem K Schema (Entlohnungsschema des Landes Kärnten). Dazu kämen erfolgsabhängige Gehaltsbestandteile. Im Rahmen dieses Vertrages gebe es nur Zuschüsse für das MRT-Zentrum. Bisher seien alle Bestellungen von Primärärzten ohne Genehmigung des Landes durchgeführt worden. Lediglich die Bestellung des ärztlichen Leiters im Jahr 2005 sei mit Genehmigung des Landes durchgeführt worden. Aufgrund des Vertrages und § 36 K-KAO bestehen Prüfrechte des Landes Kärnten. Der Vertreter der Auftraggeberin legte ein Schreiben des Direktors des Kärntner Landesrechnungshofes vor, aus dem sich ergibt, dass keine Prüfständigkeit des Kärntner Landesrechnungshofes für das Krankenhaus Spital/Drau bestehe.

Am 28. März 2006 fand beim Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung in dieser Angelegenheit statt. Der Vertreter der Auftraggeberin gab an, dass das Krankenhaus Spital/Drau seit etwa 80 Jahren bestehe. Es sei ursprünglich ein reines Privatkrankenhaus gewesen. Spätestens in den 80er-Jahren sei die Gemeinnützigkeit des Krankenhauses festgestellt worden. Seit 1992 besitze es Öffentlichkeitsstatus. Seit Beginn des LKF-Systems nehme das Krankenhaus Spital/Drau daran teil. Es habe die Leistungen des Kärntner Krankenanstaltenfonds in Anspruch genommen. Die Bilanzen weisen regelmäßig erhebliche Gewinne aus; für das Jahr 2005 geschätzt Euro 1,8 Mio. bei einer Bilanzsumme von Euro 27 Mio. Aufgrund des Gemeinnützigkeitsstatus haben die Gewinne im Unternehmen zu verbleiben. Sie stellten eine Reserve für Investitionen dar. Eine Betriebsabgangsdeckung nach Paragraph 68, K-KAO werde und werde nicht in Anspruch genommen werden. Der Vertrag zur Sicherstellung der Krankenanstaltspflege sei in der Zwischenzeit insofern modifiziert worden, als er bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden sei. Inhaltliche Änderungen haben nicht stattgefunden. Die Finanzierung für zusätzlich aufzunehmendes Personal in den Vertrag betreffe die Ausweitung von Leistungen des Krankenhauses im Einvernehmen mit dem Land Kärnten. Die Ärzteverträge werden ausschließlich nach dem Angestelltengesetz

abgeschlossen. Die Höhe der Bezüge richte sich im Wesentlichen nach dem K Schema (Entlohnungsschema des Landes Kärnten). Dazu kämen erfolgsabhängige Gehaltsbestandteile. Im Rahmen dieses Vertrages gebe es nur Zuschüsse für das MRT-Zentrum. Bisher seien alle Bestellungen von Primärärzten ohne Genehmigung des Landes durchgeführt worden. Lediglich die Bestellung des ärztlichen Leiters im Jahr 2005 sei mit Genehmigung des Landes durchgeführt worden. Aufgrund des Vertrages und Paragraph 36, K-KAO bestehen Prüfrechte des Landes Kärnten. Der Vertreter der Auftraggeberin legte ein Schreiben des Direktors des Kärntner Landesrechnungshofes vor, aus dem sich ergibt, dass keine Prüfständigkeit des Kärntner Landesrechnungshofes für das Krankenhaus Spittal/Drau bestehe.

Der Vertreter der Antragstellerin bestritt diese Rechtsmeinung.

Der Vertreter der Auftraggeberin gab an, dass der Auftragswert Euro 32,32 Mio. exkl. USt. betrage. Der Vertrag sei in Form zweier Leasingverträge vorgesehen. Davon sei der Immobilienleasingvertrag mit der D*** mit einer Laufzeit von 25 Jahren bereits abgeschlossen worden. Aus heutiger Sicht werde das ab 1. Jänner 2009 durch die Antragsgegnerin zu bezahlende Leasingentgelt monatlich Euro 95.533,-- sowie einer Kautionszahlung von Euro 9.317,66 betragen. Nach Ende der Leasingdauer könne ein Erwerb ohne Zuzahlung erfolgen. Zuzüglich werde ein Mobilienleasingvertrag mit kürzerer Laufzeit entsprechend der Abnutzungs- bzw. Abschreibungsdauer für anzuschaffende Geräte und Einrichtungen abgeschlossen werden. Der Umfang dieses Vertrages stehe noch nicht fest, weil die sanitätsbehördliche Errichtungsbewilligung noch nicht vorliege. Die Leasingvereinbarung werde vorgelegt werden. Baubeauftragter im Leasingvertrag sei die Krankenhaus Spittal/Drau GesmbH. Der Bauauftrag an die B*** werde für die Leasinggesellschaft mündlich erteilt. Eine schriftliche Errichtung dieses Vertrages sei für den Zeitpunkt nach Erteilung der sanitätsbehördlichen Bewilligung in Aussicht genommen. Ihm seien keine Vorverträge bekannt. Die Fertigstellung des Bauvorhabens sei für Herbst 2008 geplant. Eine über den Vertrag vom 26. Jänner 1999 und die Leasingfinanzierung hinausgehende Finanzzusage seitens des Landes Kärnten sei nicht erfolgt. Das Land Kärnten garantiere die Zahlung der Leasingraten durch das Krankenhaus Spital/Drau.

Der Vertreter der Antragstellerin legte das Protokoll der Regierungssitzung vom 10. Mai 2005 vor. Er verwies darauf, dass das Leistungsangebot des Spitals neuerlich abgestimmt werde. Der Rechnungshof empfehle offensichtlich eine Vergabe nach dem BVergG 2002 ungeachtet des Gutachtens von Univ. Prof. Dr. C***. Dem Land werden umfangreiche Kontrollrechte im Rahmen der Bauausführung eingeräumt. Weiters legte er das Protokoll der Regierungssitzung vom 3.11.2005 vor. Das gegenständliche Leasing sei ein Finanzierungsleasing. Die Wahl dieser Konstruktion könne nicht dazu führen, dass sich der Auftraggeber seiner vergaberechtlichen Verpflichtungen entledige.

Die Auftraggeberin legte am 30. März 2006 die Vereinbarung vom 10. und 20. Mai 2005 abgeschlossen zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin betreffend den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau, die Zusatzvereinbarung vom 1. und 8 November 2005 betreffend die Verlängerung des Vertrages vom 26. Jänner 1999 bis 31. Dezember 2008, worin auch der Beginn der Zahlung der Leasingraten mit 1. Jänner 2009 festgelegt ist, und den Immobilien Leasingvertrag vom 12. September 2005 und 8. November 2005 abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** betreffend den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau vor. Weiters führte sie aus, dass sich entgegen der ursprünglichen Berechnung die monatliche Leasingrate gemäß Punkt II Zl. 2 lit. a des Vertrages auf monatlich Euro 94.047,92 und die monatliche Kautionszahlung gemäß Abs 5 dieses Punktes auf monatlich Euro 9.320,02 geändert habe, sodass die Gesamtzahlung aus heutiger Sicht etwas niedriger ausfallen werde. Die Auftraggeberin legte am 30. März 2006 die Vereinbarung vom 10. und 20. Mai 2005 abgeschlossen zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin betreffend den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau, die Zusatzvereinbarung vom 1. und 8 November 2005 betreffend die Verlängerung des Vertrages vom 26. Jänner 1999 bis 31. Dezember 2008, worin auch der Beginn der Zahlung der Leasingraten mit 1. Jänner 2009 festgelegt ist, und den Immobilien Leasingvertrag vom 12. September 2005 und 8. November 2005 abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** betreffend den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses Spittal/Drau vor. Weiters führte sie aus, dass sich entgegen der ursprünglichen Berechnung die monatliche Leasingrate gemäß Punkt römisch zwei Zl. 2 Litera a, des Vertrages auf monatlich Euro 94.047,92 und die monatliche Kautionszahlung gemäß Absatz 5, dieses Punktes auf monatlich Euro 9.320,02 geändert habe, sodass die Gesamtzahlung aus heutiger Sicht etwas niedriger ausfallen werde.

Am 6. April 2006 legte die Antragstellerin die Verhandlungsprotokolle des UVS Kärnten in derselben Sache vom 16. März 2006 und vom 4. April 2006, das Sitzungsprotokoll der Kärntner Landesregierung vom 29. Oktober 2004 und den Bestandsvertrag zwischen der Auftraggeberin und der D*** vor. Sie führte aus, dass es sich um ein

Finanzierungsleasing handle, da die Bauvergabe und -aufsicht von der Auftraggeberin ausgeübt werde. Eine versuchte Zuschlagserteilung sei absolut und ex-tunc nichtig. Das Bundesvergabeamt könne beide beantragte Feststellungen kumulativ treffen. In diesem Sinne modifizierte die Antragstellerin Punkt 6 ihres verfahrenseinleitenden Antrages derart, dass die Worte "in eventu" entfallen und über diesen Antrag jedenfalls zu entscheiden ist.

Am 19. April 2006 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme und legte ihre Bilanz für das Jahr 2005 sowie eine Aufstellung der Finanzierung der Kärntner Krankenanstalten im Jahr 2002 vor. Sie führte aus, dass die Schwelle von 50 % auch bei Zahlung der Leasingraten nicht erreicht würde. Das Krankenhaus Spittal/Drau erfülle den Versorgungsauftrag als einziges Allgemeinkrankenhaus im Bezirk Spittal/Drau. Die Leistungen würden über das LKF-System abgerechnet. Würde das Land Kärnten jedoch wie in anderen Bundesländern sämtliche Mittel aus dem für LKF-Entgelte bestimmten Topf an die einzelnen Krankenhäuser ausschütten, hätte das Krankenhaus Spittal/Drau im Jahr 2002 allein LKF-Entgelte in der Höhe von Euro 25.109.220 zu erhalten gehabt und damit einen Überschuss von zumindest Euro 2.000.000 bezogen auf das Finanzjahr 2002 erzielt. Die Vereinbarung mit Land Kärnten ermögliche ihr gleichartige Einkünfte wie bei einer Ausschüttung aller LKF-Mittel im Wege von LKF-Punkten. Die Auftraggeberin sei eine rein privatwirtschaftlich geführte GmbH mit einem autonom bestellten Aufsichtsrat. Eine Aufsicht des Landes iSd § 36 K-KAO habe nie bestanden und sei vom Land Kärnten nicht in Anspruch genommen worden. Die Prüfkompetenz des Bundsrechnungshofes beschränke sich auf die Kontrolle der Mittelverwendung. Die Kärntner Landesregierung habe eine öffentliche Ausschreibung nicht als geboten angesehen. Am 19. April 2006 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme und legte ihre Bilanz für das Jahr 2005 sowie eine Aufstellung der Finanzierung der Kärntner Krankenanstalten im Jahr 2002 vor. Sie führte aus, dass die Schwelle von 50 % auch bei Zahlung der Leasingraten nicht erreicht würde. Das Krankenhaus Spittal/Drau erfülle den Versorgungsauftrag als einziges Allgemeinkrankenhaus im Bezirk Spittal/Drau. Die Leistungen würden über das LKF-System abgerechnet. Würde das Land Kärnten jedoch wie in anderen Bundesländern sämtliche Mittel aus dem für LKF-Entgelte bestimmten Topf an die einzelnen Krankenhäuser ausschütten, hätte das Krankenhaus Spittal/Drau im Jahr 2002 allein LKF-Entgelte in der Höhe von Euro 25.109.220 zu erhalten gehabt und damit einen Überschuss von zumindest Euro 2.000.000 bezogen auf das Finanzjahr 2002 erzielt. Die Vereinbarung mit Land Kärnten ermögliche ihr gleichartige Einkünfte wie bei einer Ausschüttung aller LKF-Mittel im Wege von LKF-Punkten. Die Auftraggeberin sei eine rein privatwirtschaftlich geführte GmbH mit einem autonom bestellten Aufsichtsrat. Eine Aufsicht des Landes iSd Paragraph 36, K-KAO habe nie bestanden und sei vom Land Kärnten nicht in Anspruch genommen worden. Die Prüfkompetenz des Bundsrechnungshofes beschränke sich auf die Kontrolle der Mittelverwendung. Die Kärntner Landesregierung habe eine öffentliche Ausschreibung nicht als geboten angesehen.

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt

Das Bundesvergabeamt geht von nachstehendem entscheidungsrelevantem Sachverhalt aus:

Die Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. ist Trägerin des Krankenhauses in Spittal/Drau. Sie hat mündlich einen Bauauftrag für den Neu-, Zu- und Umbau des Krankenhauses an die B*** vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 32,32 Mio. exkl. USt. Dieser Auftrag wird zu 90 % von dem Land Kärnten gefördert. (Angaben der Auftraggeberin; vorgelegte Protokolle der Sitzungen der Kärntner Landesregierung)

Das Bauwerk wird voraussichtlich im Herbst 2008 fertig gestellt werden. (Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

Die Krankenhaus Spittal/Drau Gesellschaft m.b.H. ist eine unter FN ***** * im Firmenbuch eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie hat eine Stammeinlage von Euro 35.000. Davon halten E*** Euro 350 und die F*** Euro 34.650. Die F*** ist eine unter FN *****

*

im Firmenbuch eingetragene Privatstiftung. Ihr Stiftungszwecke ist die Unterstützung der Begünstigten zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes. (amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Das Krankenhaus Spittal/Drau ist ein allgemeines öffentliches

Krankenhaus. Es hat Betriebspflicht. Es ist im Kärntner Krankenanstaltenplan zur Standortversorgung vorgesehen (Kärntner LGBl 36/2000). Krankenhaus. Es hat Betriebspflicht. Es ist im Kärntner Krankenanstaltenplan zur Standortversorgung vorgesehen (Kärntner Landesgesetzblatt 36 aus 2000,).

Das Land Kärnten gewährt aufgrund des Vertrages vom 26. Jänner 1999 Zuschüsse zu den Betriebskosten, insbesondere Personalkosten. Dem Land Kärnten und dem Rechnungshof, gemeint ist der Bundesrechnungshof, sind umfassend Prüf- und Einschaurechte eingeräumt. Dieser Vertrag hat eine Laufzeit bis 31. Dezember 2008. (vorgelegter Vertrag vom 26.1.1999 abgeschlossen zwischen dem Land Kärnten und der Krankenhaus Spittal/Drau Ges.m.b.H.; Zusatzvereinbarung vom 1. und 8. November 2005 abgeschlossen zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin; Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

Der Jahresabschluss für das Jahr 2004 ergab Betriebserfordernisse von Euro 28.663.186,35, inklusive Zinsaufwand von Euro 28.806.959,87. Diesen stehen Bedeckungen von Euro 20.767.690,52, inklusive Zinserträgen von Euro 20.772.318,55 gegenüber. Es ergab sich ein Abgang laut K KAG von Euro 7.895.495,83, inklusive Zinsen eine solcher von Euro 8.034.641,32. Die Bedeckung erfolgte mit Euro 19.474.326,70 aus stationären, sonstigen medizinischen und sonstigen nicht medizinischen Erträgen. (vorgelegter Jahresabschluss 2004)

Die Zuwendung des Landes Kärnten für das Jahr 2004 stellt sich wie folgt dar:

Pauschalbetrag	Euro 21.399.443,27
plus die Wertsicherung	Euro 549.965,70
abzüglich LKF-Entgelte	Euro 15.263.412,92
ergibt einen Differenzbetrag von	Euro 6.685.996,05
dazu Kosten des Personals für zusätzliches Personal	Euro 3.099.569,64
ergibt somit Leistungen des Landes für 2004	Euro 9.785.565,69

(Aussage des Zeugen G*** in der Verhandlung des UVS Kärnten vom 4.4.2006, KUVS-K2-1682/15/2005, KUVS-K2-1683/14/2005)

Mit dem gegenständlichen Bauvorhaben soll neben der Optimierung und Neuorganisation bestehender Abteilungen eine Abteilung für Akutgeriatrie/Remobilisation geschaffen werden. Die Investitionskosten sind mit Euro 32,32 Mio. netto limitiert. Dieser Betrag wird zu 90 % vom Land Kärnten und zu 10 % von der Krankenhaus Spittal/Drau GmbH aufgebracht. Ab dem 1. Jänner 2008 entfällt der Zuschuss des Landes Kärnten an die Antragstellerin. Ab diesem Zeitpunkt sind die gesetzlichen Bestimmungen der K-KAO betreffend den Betriebsabgang anzuwenden. Das Land Kärnten hat im gegenständlichen Bauvorhaben das Recht der jederzeitigen und ungeschränkten begleitenden Kontrolle. Das Land Kärnten übernimmt eine Garantie oder Haftung für die Rückzahlung der vereinbarten Leasingraten durch die Auftraggeberin. (Protokoll der Sitzung der Kärntner Landesregierung vom 10. Mai 2005)

Eine dem Regierungsbeschluss entsprechende Vereinbarung wurde abgeschlossen. (Vereinbarung zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin vom 10. und 20.5.2005)

In seiner Sitzung vom 7. Juni 2005 beschloss der Kärntner Landtag unter Tagesordnungspunkt 12, Ldtgs.Zl. 132-7/29, einstimmig wie folgt:

"Gemäß Artikel 64 Abs. 1 der Kärntner Landesverfassung wird die Kärntner Landesregierung ermächtigt, fürs Land Kärnten die Garantie oder Haftung für die Rückzahlung der vereinbarten Leasingraten auf Basis von zwei abzuschließenden Leasingverträgen (Immobilienleasingvertrag und Mobilienleasingvertrag) durch die KH Spittal/Drau GesmbH für 90 % der zwischen Land Kärnten und KH Spittal/Drau GesmbH vereinbarten Gesamtinvestitionskosten in der Höhe von maximal netto Euro 32.320.000,-- (unter Berücksichtigung der von der KH Spittal/Drau GesmbH zu leistenden Anzahlung in der Höhe von 10 % der Gesamtinvestitionskosten) für die gesamte Laufzeit von 25 Jahren ab dem 1.1.2008 für den Immobilienleasingvertrag und für die Laufzeit von sieben Jahren für den Mobilienleasingvertrag an die D*** zu übernehmen." "Gemäß Artikel 64 Absatz eins, der Kärntner Landesverfassung wird die Kärntner Landesregierung ermächtigt, fürs Land Kärnten die Garantie oder Haftung für die Rückzahlung der vereinbarten Leasingraten auf Basis von zwei abzuschließenden Leasingverträgen (Immobilienleasingvertrag und Mobilienleasingvertrag) durch die KH Spittal/Drau GesmbH für 90 % der zwischen Land Kärnten und KH Spittal/Drau

GesmbH vereinbarten Gesamtinvestitionskosten in der Höhe von maximal netto Euro 32.320.000,-- (unter Berücksichtigung der von der KH Spittal/Drau GesmbH zu leistenden Anzahlung in der Höhe von 10 % der Gesamtinvestitionskosten) für die gesamte Laufzeit von 25 Jahren ab dem 1.1.2008 für den Immobilienleasingvertrag und für die Laufzeit von sieben Jahren für den Mobilienleasingvertrag an die D*** zu übernehmen."

(Stenographisches Protokoll der 16. (verlangten) Sitzung des Kärntner Landtages - 29. Gesetzgebungsperiode, Dienstag, 7. Juni 2005)

Das Land Kärnten trägt 90 % der Investitionssumme (Vereinbarung zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin vom 10. und 20.5.2005). Die für das gegenständliche Bauvorhaben benötigten Grundstücke werden von der Auftraggeberin an die D*** in Bestand gegeben (Vereinbarung zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin vom 10. und 20.5.2005; Bestandsvertrag abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** vom 12.9.2005 und 9.11.2005). Die Auftraggeberin übernimmt als Mieterin die Ausschreibung der Planung und Bauausführung des Objektes. Es obliegt ihr, die ausführenden Professionisten und die zur Baudurchführung notwendigen Sonderfachleute auszuwählen. Die Auftragsschreiben sind im Einvernehmen mit der D*** von der Auftraggeberin bzw. vom beauftragten Architekten zu erstellen. Desgleichen hat sie die örtliche Bauaufsicht durchzuführen. (Bestandsvertrag abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** vom 12.9.2005 und 9.11.2005) Den Auftrag dazu hat die Auftraggeberin an die B*** erteilt (Angaben des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung). Sie mietet das Bauwerk von der D*** (Bestandsvertrag abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** vom 12.9.2005 und 9.11.2005). Die Auftraggeberin leistet eine Sicherstellung in Höhe von 10 % der Auftragssumme (Vereinbarung zwischen dem Land Kärnten und der Auftraggeberin vom 10. und 20.5.2005). Die erste Leasingrate ist am 1. Jänner 2009 fällig (Bestandsvertrag abgeschlossen zwischen der Auftraggeberin und der D*** vom 12.9.2005 und 9.11.2005). Das Land Kärnten übernimmt die Leasingraten unter Anrechnung auf die 90 % zur Gänze (Aussage des Zeugen G*** in der Verhandlung des UVS Kärnten vom 4.4.2006, KUVS-K2-1682/15/2005, KUVS K2 1683/14/2005).

Ab dem 1. Jänner 2009 wird der Zuschuss des Landes in Form der Abgangsdeckung nach § 68 K-KAO erfolgen. Davon werden auch die Leasingraten erfasst werden. (Vorbringen der Auftraggeberin) Ab dem 1. Jänner 2009 wird der Zuschuss des Landes in Form der Abgangsdeckung nach Paragraph 68, K-KAO erfolgen. Davon werden auch die Leasingraten erfasst werden. (Vorbringen der Auftraggeberin)

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig und widerspruchsfrei aus den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln. Widersprüche traten dabei nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Anzuwendendes Recht

Mit 1. Februar 2006 trat das Bundesvergabegesetz 2006 in Kraft. In seinem § 345 Abs 1 Z 3 und 4 bestimmt es, dass mit diesem Zeitpunkt das BVergG 2002 außer Kraft tritt. Nach § 345 Abs 2 BVergG 2006 sind vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 eingeleitete Vergabeverfahren nach den Regelungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Da der Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits erteilt wurde, ist die gegenständliche Vergabe nach den Regelungen des BVergG 2002 zu beurteilen. Nach § 345 Abs 4 BVergG 2006 sind zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Regelungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sind daher die Regelungen des BVergG 2002 anzuwenden. Mit 1. Februar 2006 trat das Bundesvergabegesetz 2006 in Kraft. In seinem Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer 3 und 4 bestimmt es, dass mit diesem Zeitpunkt das BVergG 2002 außer Kraft tritt. Nach Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 sind vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 eingeleitete Vergabeverfahren nach den Regelungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Da der Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits erteilt wurde, ist die gegenständliche Vergabe nach den Regelungen des BVergG 2002 zu beurteilen. Nach Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 sind zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Regelungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sind daher die Regelungen des BVergG 2002 anzuwenden.

3.2 Zur formalen Zulässigkeit des Antrages

Der gegenständliche Feststellungsantrag genügt den formalen Vorschriften des § 168 Abs 1 BVergG. Er wurde fristgerecht nach § 168 Abs 2 BVergG eingebracht. Eine Geltendmachung des behaupteten Vergaberechtsverstoßes in einem Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG war mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht möglich. Der Unzulässigkeitsgrund des § 168 Abs 3 BVergG liegt daher nicht vor. Der gegenständliche Feststellungsantrag genügt den formalen Vorschriften des Paragraph 168, Absatz eins, BVergG. Er wurde fristgerecht nach Paragraph 168, Absatz 2, BVergG eingebracht. Eine Geltendmachung des behaupteten Vergaberechtsverstoßes in einem Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG war mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht möglich. Der Unzulässigkeitsgrund des Paragraph 168, Absatz 3, BVergG liegt daher nicht vor.

3.3 Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Es handelt sich bei der Durchführung des Neu-, Zu- und Umbaus des Krankenhauses Spittal/Drau um bauliche Maßnahmen. Diese sind nach den Vorstellungen und unter Aufsicht der Auftraggeberin zu erbringen. Von der Art der zur erbringenden Leistung stellt der gegenständliche Auftrag somit einen Bauauftrag im Sinne von § 3 Abs 1 Z 3 BVergG dar. Da es sich um ein Krankenhaus handelt, entspricht er auch einem Bauauftrag im Sinne von Anhang II zum BVergG. Er überschreitet den Schwellenwert in § 9 Abs 1 Z 3 BVergG bei Weitem und liegt im Oberschwellenbereich. Die Baukoordinationsrichtlinie 93/37/EWG - BKR ist daher von Bedeutung. Es handelt sich bei der Durchführung des Neu-, Zu- und Umbaus des Krankenhauses Spittal/Drau um bauliche Maßnahmen. Diese sind nach den Vorstellungen und unter Aufsicht der Auftraggeberin zu erbringen. Von der Art der zur erbringenden Leistung stellt der gegenständliche Auftrag somit einen Bauauftrag im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG dar. Da es sich um ein Krankenhaus handelt, entspricht er auch einem Bauauftrag im Sinne von Anhang römisch zwei zum BVergG. Er überschreitet den Schwellenwert in Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bei Weitem und liegt im Oberschwellenbereich. Die Baukoordinationsrichtlinie 93/37/EWG - BKR ist daher von Bedeutung.

Vorweg ist darauf zu verweisen, dass staatliche Maßnahmen nicht nur durch individuelle Akte sondern auch durch Gesetz oder Verordnung getroffen werden können (EuGH 17.11.1993, Rs C-2/91, Meng, Slg. 1993, I-5751, Rn 14).

Die Auftraggeberin ist eine zur Gänze in Privatbesitz stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Bedeckung der Erfordernisse erfolgt - wie sich am Rechnungsabschluss für das Jahr 2004 erweist - zu 67,6 %, somit überwiegend durch Entgelte für erbrachte Leistungen.

Nach § 7 Abs 1 Z 2 BVergG gilt das BVergG für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Einrichtungen, die nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gilt das BVergG für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Einrichtungen, die

1. a) Litera a
zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
2. b) Litera b
zumindest teilrechtsfähig sind und
3. c) Litera c
überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind. überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind.

Diese Festlegung einer so genannten Einrichtung öffentlichen Rechts durch den Bundesgesetzgeber entspricht den Festlegungen des Art 1 Buchstabe b zweiter Absatz BKR (AB 1118 BlgNR 21. GP 15). Diese Festlegung einer so genannten Einrichtung öffentlichen Rechts durch den Bundesgesetzgeber entspricht den Festlegungen des Artikel eins, Buchstabe b zweiter Absatz BKR Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 15).

Die privatrechtliche Rechtsform einer Einrichtung widerspricht nicht deren Einstufung als Einrichtung öffentlichen Rechts (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, BFI-Holding, Slg. 1998, I-6821, Rn 53; EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00,

Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4667, Rn 57; EuGH 13.1.2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Rn 28; AB 1118 BlgNR 21. GP 16; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] § 7 Rz 21) Die privatrechtliche Rechtsform einer Einrichtung widerspricht nicht deren Einstufung als Einrichtung öffentlichen Rechts (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96, BFI-Holding, Slg. 1998, I-6821, Rn 53; EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4667, Rn 57; EuGH 13.1.2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Rn 28; Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 16; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] Paragraph 7, Rz 21)

Die drei Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers müssen kumulativ vorliegen (EuGH 13.1.2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Rn 27; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] § 7 Rz 23 mwN). Die drei Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers müssen kumulativ vorliegen (EuGH 13.1.2005, Rs C-84/03, Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Rn 27; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] Paragraph 7, Rz 23 mwN).

"Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, stellen im Allgemeinen Aufgaben, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (Urteile BFI Holding, Randnrn. 50 und 51, sowie Agorà und Excelsior, Randnr. 37)." (EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-10.303, Rn 50)

Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts (EuGH 27.2.2003, Rs C 373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-10.303, Rn 45).

"Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" ist ein den EU-Vergaberichtlinien entnommenes Merkmal, das in Österreich auch mit den Begriffen "öffentliches Interesse" bzw. "Gemeinwohl" beschrieben werden könnte. [...] Es handelt sich [bei dem Begriff des Allgemeininteresses] vor allem um Kernbereiche staatlicher Tätigkeit, die traditionellerweise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt werden. Derartige Aufgaben können zB im Betrieb von Spitälern, Altersheimen, Kindergärten, Museen, Sportanlagen, Bildungseinrichtungen und dem Friedhofs- und Bestattungswesen bestehen." (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 40)

So sah der EuGH die Versorgung der Bevölkerung mit häuslichen Atemtherapien und anderen Techniken der Ventilationsunterstützung als im Allgemeininteresse liegend an (EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, Contse, Rn 39 f). Die Einordnung und Systematisierung des Krankenhauses lässt eine objektive Einordnung der Tätigkeit zu (EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale-Bau AG, Slg. 2002, I-11.617, Rn 63)

Die Auftraggeberin betreibt ein Krankenhaus mit Standardversorgung. Es ist eine allgemeine Krankenanstalt. Sie besitzt das Öffentlichkeitsrecht und ist gemeinnützig. Es ist zumindest seit 80 Jahren das einzige im Bezirk Spittal/Drau. Die Auftraggeberin bezieht Leistungen aus dem Kärntner Gesundheitsfonds. Sie rechnet erbrachte Leistungen über LKF-Punkte ab. Sie nahm daher die Leistungen des Kärntner Krankenanstaltenfonds, nunmehr Kärntner Gesundheitsfonds in Anspruch. Auch der Rechnungshof bezeichnet die Auftraggeberin als Fondskrankenanstalt und als private gemeinnützige Krankenanstalt (Bericht des Rechnungshofes an den Kärntner Landtag, Reihe Kärnten 2006/01, S 16). Sie ist daher Fondskrankenanstalt iSd § 36 Abs 1 K-KAO und nicht private Krankenanstalt nach § 73 K-KAO. Die Verpflichtungen des § 36 Abs 2 K-KAO treffen sie daher nach dem Gesetzeswortlaut. Die Auftraggeberin betreibt ein Krankenhaus mit Standardversorgung. Es ist eine allgemeine Krankenanstalt. Sie besitzt das Öffentlichkeitsrecht und ist gemeinnützig. Es ist zumindest seit 80 Jahren das einzige im Bezirk Spittal/Drau. Die Auftraggeberin bezieht Leistungen aus dem Kärntner Gesundheitsfonds. Sie rechnet erbrachte Leistungen über LKF-Punkte ab. Sie nahm daher die Leistungen des Kärntner Krankenanstaltenfonds, nunmehr Kärntner Gesundheitsfonds in Anspruch. Auch der Rechnungshof bezeichnet die Auftraggeberin als Fondskrankenanstalt und als private gemeinnützige Krankenanstalt (Bericht des Rechnungshofes an den Kärntner Landtag, Reihe Kärnten 2006/01, S 16). Sie ist daher Fondskrankenanstalt iSd Paragraph 36, Absatz eins, K-KAO und nicht private Krankenanstalt nach Paragraph 73, K-KAO. Die Verpflichtungen des Paragraph 36, Absatz 2, K-KAO treffen sie daher nach dem Gesetzeswortlaut.

Die Auftraggeberin gewährleistet in einem Teil des Landes Kärnten eine Versorgung der Bevölkerung in ärztlicher und pflegerischer Hinsicht. Sie ist im Kärntner Krankenanstaltenplan vorgesehen. Sie ist nach § 31 Abs 1 K-KAO verpflichtet,

notwendige erste ärztliche Hilfe bereitzustellen, und nach Maßgabe des § 76 K-KAO, Erkrankte aufzunehmen. Sie ist nach § 50 K-KAO verpflichtet, eine allgemeine Gebührenklasse zu führen. Nach § 69 Abs 1 K-KAO ist sie zu einem unterbrechungsfreien Betrieb verpflichtet, hat also Betriebspflicht. Sie ist dazu verpflichtet, für die Anwesenheit des nötigen Personals und die Verfügbarkeit der erforderlichen sonstigen Ressourcen zu sorgen. An einer Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen, insbesondere in Notfällen, die allen Verletzten oder Erkrankten zur Verfügung steht, besteht zweifellos öffentliches Interesse. Dieses lässt sich als Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung einstufen. Als systematisierte Krankenanstalt erfüllt die Auftraggeberin diese Aufgabe. Die Auftraggeberin gewährleistet in einem Teil des Landes Kärnten eine Versorgung der Bevölkerung in ärztlicher und pflegerischer Hinsicht. Sie ist im Kärntner Krankenanstaltenplan vorgesehen. Sie ist nach Paragraph 31, Absatz eins, K-KAO verpflichtet, notwendige erste ärztliche Hilfe bereitzustellen, und nach Maßgabe des Paragraph 76, K-KAO, Erkrankte aufzunehmen. Sie ist nach Paragraph 50, K-KAO verpflichtet, eine allgemeine Gebührenklasse zu führen. Nach Paragraph 69, Absatz eins, K-KAO ist sie zu einem unterbrechungsfreien Betrieb verpflichtet, hat also Betriebspflicht. Sie ist dazu verpflichtet, für die Anwesenheit des nötigen Personals und die Verfügbarkeit der erforderlichen sonstigen Ressourcen zu sorgen. An einer Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen, insbesondere in Notfällen, die allen Verletzten oder Erkrankten zur Verfügung steht, besteht zweifellos öffentliches Interesse. Dieses lässt sich als Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung einstufen. Als systematisierte Krankenanstalt erfüllt die Auftraggeberin diese Aufgabe.

Diese Regelungen für die Aufrechterhaltung und den Betrieb des Krankenhauses der Auftraggeberin sollen eine dauernde Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen unter Aufrechterhaltung eines bestimmten Qualitätsstandards gewährleisten. Ein Betreiber eines Krankenhauses im Bundesland Kärnten, sei es das Land Kärnten selbst, ein geistlicher Orden oder eine im Privateigentum stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie die Auftraggeberin, ist - wie oben dargestellt - einer Reihe von Auflagen und Verpflichtungen im Interesse eines qualitativ hochwertigen dauernden Betriebes unterworfen. Diese Regelungen stellen ein massives staatliches Interesse an der Gewährleistung und der Aufrechterhaltung des Betriebs eines Krankenhauses in Spittal/Drau unter Beweis. Ebenso zeigt sich dadurch, dass das Land Kärnten - ebenso wie alle anderen österreichischen Bundesländer - Einfluss auf den Betrieb der Krankenhäuser im Land Kärnten behalten will. Der Betrieb eines allgemeinen öffentlichen Krankenhauses und somit die Gewährung medizinischer Grundversorgung der Bevölkerung liegt somit zweifellos im Allgemeininteresse.

Hinsichtlich der medizinischen Grundversorgung und Notfallversorgung besteht wegen der Systematisierung des Krankenhauses der Auftraggeberin kein Konkurrenzverhältnis, damit kein Wettbewerb. In Notfällen steht es nicht im Ermessen des Patienten, ein bestimmtes Krankenhaus auszuwählen, sondern es ist das nächstliegende allgemeine öffentliche Krankenhaus nach Maßgabe freier Betten anzufahren. Jedes allgemeine öffentliche Krankenhaus hat einen festgelegten Einzugsbereich für Notfallpatienten nach Maßgabe der freien Betten. Weitergehende Tätigkeiten wie die Aufnahme von Patienten in der Sonderklasse und damit verbunden die Bezahlung dieser Leistung aus privaten Mitteln können als Tätigkeit gewertet werden, die in einem Wettbewerb stattfindet. Sie können bei der Überlegung, ob die Auftraggeberin eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art ausübt, nach der Infektionstheorie außer Betracht bleiben (EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau, Slg. 1998, I-73, Rn 25 f). Einem anderen Betreiber wäre es aufgrund der Festlegungen im Kärntner Krankenanstaltenplan und der grundsätzlichen Bewilligungspflicht nach der K-KAO nur sehr schwer möglich, ein anderes allgemeines öffentliches Krankenhaus im Bezirk Spittal/Drau zu eröffnen und damit in unmittelbarem Wettbewerb hinsichtlich der medizinischen Grundversorgung mit der Auftraggeberin zu treten. Der Betrieb eines allgemeinen öffentlichen Krankenhauses ist daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art im Sinne von § 7 Abs 1 Z 2 lit a BVergG. Hinsichtlich der medizinischen Grundversorgung und Notfallversorgung besteht wegen der Systematisierung des Krankenhauses der Auftraggeberin kein Konkurrenzverhältnis, damit kein Wettbewerb. In Notfällen steht es nicht im Ermessen des Patienten, ein bestimmtes Krankenhaus auszuwählen, sondern es ist das nächstliegende allgemeine öffentliche Krankenhaus nach Maßgabe freier Betten anzufahren. Jedes allgemeine öffentliche Krankenhaus hat einen festgelegten Einzugsbereich für Notfallpatienten nach Maßgabe der freien Betten. Weitergehende Tätigkeiten wie die Aufnahme von Patienten in der Sonderklasse und damit verbunden die Bezahlung dieser Leistung aus privaten Mitteln können als Tätigkeit gewertet werden, die in einem Wettbewerb stattfindet. Sie können bei der Überlegung, ob die Auftraggeberin eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art ausübt, nach der Infektionstheorie außer Betracht bleiben (EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau, Slg. 1998, I-73, Rn 25 f). Einem

anderen Betreiber wäre es aufgrund der Festlegungen im Kärntner Krankenanstaltenplan und der grundsätzlichen Bewilligungspflicht nach der K-KAO nur sehr schwer möglich, ein anderes allgemeines öffentliches Krankenhaus im Bezirk Spittal/Drau zu eröffnen und damit in unmittelbarem Wettbewerb hinsichtlich der medizinischen Grundversorgung mit der Auftraggeberin zu treten. Der Betrieb eines allgemeinen öffentlichen Krankenhauses ist daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art im Sinne von Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG.

Auch wenn die Antragstellerin nicht zu diesem Zweck gegründet worden sein sollte, steht objektiv fest, dass sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art tatsächlich ausübt (EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG, Slg 2002, I-11.617, Rn 63).

Da die Auftraggeberin die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat, ist sie vollrechtsfähig.

Die Auftraggeberin steht unzweifelhaft in Privateigentum.

Die Zahlungen des Kärntner Gesundheitsfonds sind zum größten Teil leistungsbezogen. Auch wenn die Antragstellerin angibt, dass der "Wert" eines "Leistungspunktes" nicht von vorne herein kalkulierbar ist und es sich daher um eine Förderung handelt, ist zu berücksichtigen, dass diese Zahlungen als Entgelt für tatsächlich erbrachte medizinische Leistungen erfolgen. Dabei genügt es, dass die Höhe des Entgelts nicht von vorneherein feststeht, sondern eindeutig bestimmbar gemacht wird.

"Die Finanzierungsweise einer Einrichtung mag zwar auf eine enge Verbindung dieser Einrichtung mit einem öffentlichen Auftraggeber hindeuten, doch ist dieses Merkmal nicht schlechthin ausschlaggebend. Nicht alle Zahlungen eines öffentlichen Auftraggebers begründen oder festigen eine besondere Unterordnung oder Verbindung. Nur die Leistungen, die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen, können als "öffentliche Finanzierung" eingestuft werden." (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8.035, Rn 21).

Daher sind die Leistungen, die über LKF-Punkte abgerechnet werden, nicht als Finanzierung durch die öffentliche Hand anzusehen (in diesem Sinne auch UVS Bgld, 10.2.2004, VEV/07/04001; UVS OÖ 30.7.2002, VwSen-550058/18/KI/Ke).

Die Auftraggeberin erhält Finanzierungsbeiträge des Landes Kärnten auf Grundlage des Vertrages aus dem Jahr 1999. Diese garantieren jedoch nur eine bestimmte Gesamthöhe von Jahreseinnahmen, nicht jedoch einer generellen Verlustabdeckung. Sie dienen nach den unwidersprochenen und glaubhaften Aussagen des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung dazu, jenen Anteil an LKF-Mitteln auszugleichen, den der Kärntner Krankenanstaltenfonds nicht über LKF-Punkte ausschüttete. Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Auftraggeberin wäre die Erzielung eines Gewinnes bei Ausschüttung aller LKF-Mittel im Wege der LKF-Punkte möglich. Es handelt sich bei dieser Finanzierung auch um eine nach oben gedeckelte Differenz zu den Einnahmen aus LKF-Erlösen. Ungeachtet dessen stünde der Auftraggeberin die Möglichkeit der Abgangsdeckung nach § 68 Abs 2 K-KAO rechtlich offen, auch wenn sie diese bisher nicht in Anspruch genommen hat. Ob sie diese in der Zukunft beanspruchen wird, kann für die gegenständliche Überlegung dahinstehen, da die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung feststehen muss. Da die Auftraggeberin zur Gänze in Privateigentum steht und sie sich zu mehr als 50 % durch Entgelte für erbrachte Leistungen finanziert und diese nicht als Förderung oder Beihilfe zu betrachten sind, ist sie - zumindest derzeit - nicht von einem öffentlichen Auftraggeber finanziert. Die Auftraggeberin erhält Finanzierungsbeiträge des Landes Kärnten auf Grundlage des Vertrages aus dem Jahr 1999. Diese garantieren jedoch nur eine bestimmte Gesamthöhe von Jahreseinnahmen, nicht jedoch einer generellen Verlustabdeckung. Sie dienen nach den unwidersprochenen und glaubhaften Aussagen des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung dazu, jenen Anteil an LKF-Mitteln auszugleichen, den der Kärntner Krankenanstaltenfonds nicht über LKF-Punkte ausschüttete. Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Auftraggeberin wäre die Erzielung eines Gewinnes bei Ausschüttung aller LKF-Mittel im Wege der LKF-Punkte möglich. Es handelt sich bei dieser Finanzierung auch um eine nach oben gedeckelte Differenz zu den Einnahmen aus LKF-Erlösen. Ungeachtet dessen stünde der Auftraggeberin die Möglichkeit der Abgangsdeckung nach Paragraph 68, Absatz 2, K-KAO rechtlich offen, auch wenn sie diese bisher nicht in Anspruch genommen hat. Ob sie diese in der Zukunft beanspruchen wird, kann für die gegenständliche Überlegung dahinstehen, da die Eigenschaft als öffentlicher

Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung feststehen muss. Da die Auftraggeberin zur Gänze in Privateigentum steht und sie sich zu mehr als 50 % durch Entgelte für erbrachte Leistungen finanziert und diese nicht als Förderung oder Beihilfe zu betrachten sind, ist sie - zumindest derzeit - nicht von einem öffentlichen Auftraggeber finanziert.

"Nach allem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass eine bloße nachprüfende Kontrolle nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 dritter Gedankenstrich der Richtlinie 93/36 erfüllt. Dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt jedoch ein Sachverhalt, bei dem zum einen die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung kontrolliert, sondern auch ihre laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, und bei dem zum anderen die öffentliche Hand berechtigt ist, die Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer Gebietskörperschaft zu berichten, die über eine andere Gesellschaft das Kapital der in Rede stehenden Einrichtung hält." (EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-1.931, Rn 74)

Der Rechnungshof verfügt über Kontrollrechte und berichtet an den Kärntner Landtag. Er hat Rechte zur Einsicht in Räume und Unterlagen. Der Rechnungshof hat ähnliche Aufsichtsmittel wie das - im zitierten Urteil des EuGH in der Rechtssache Adolf Truley relevante - Wiener Kontrollamt. Wie sich aus § 36 Abs 2 Z 5 K-KAO hat die Kärntner Landesregierung neben der in § 6 Abs 1 K-KAO normierten grundsätzlichen Bewilligungspflicht des Betriebs einer Krankenanstalt die zB in §§ 19, 21, 22, 26, 51 und 69 K-KAO genannten Bewilligungspflichten des laufenden Betriebs und der Personalbestellung im Rahmen ihrer Wirtschaftsaufsicht nach § 36 K-KAO jederzeit auch begleitende Kontrollrechte, die auch das Betreten aller Räume und die Einsicht in alle Unterlagen umfasst. Auch wenn diese bisher nicht in Anspruch genommen wurden, liegt auch darin eine umfassende Kontrollmöglichkeit des Landes Kärnten über die Auftraggeberin. Dass sie de facto bisher im gesetzlich möglichen Ausmaß nicht wahrgenommen wurde, vermag daran nichts zu ändern. Dienstpostenpläne und Rechnungsabschlüsse bedürfen nach § 36 Abs 2 Z 3 K-KAO der Genehmigung durch die Landesregierung. § 36 Abs 3 K-KAO enthält diesbezüglich lediglich eine Genehmigungsfiktion durch Untätigkeit. Die Bestellung leitender Ärzte bedarf der Genehmigung durch die Landesregierung. Aus diesen exemplarisch genannten Bewilligungspflichten durch die Kärntner Landesregierung ergibt sich ein Einfluss auf die Geschäftsführung. Die Aufsichtsbefugnisse des Rechnungshofes und der Kärntner Landesregierung sowie die Bewilligungspflichten durch die Kärntner Landesregierung genügen daher den Anforderungen an eine Aufsicht, die der Europäische Gerichtshof aufgestellt hat, da eine nicht nur nachprüfende Kontrolle ausgeübt wird (idS Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] FN 168). Dass diese durch verschiedene Organe des Landes Kärnten wahrgenommen werden, schadet bei diesen Überlegungen nicht. Der Rechnungshof verfügt über Kontrollrechte und berichtet an den Kärntner Landtag. Er hat Rechte zur Einsicht in Räume und Unterlagen. Der Rechnungshof hat ähnliche Aufsichtsmittel wie das - im zitierten Urteil des EuGH in der Rechtssache Adolf Truley relevante - Wiener Kontrollamt. Wie sich aus Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer 5, K-KAO hat die Kärntner Landesregierung neben der in Paragraph 6, Absatz eins, K-KAO normierten grundsätzlichen Bewilligungspflicht des Betriebs einer Krankenanstalt die zB in Paragraphen 19, 21, 22, 26, 51 und 69 K-KAO genannten Bewilligungspflichten des laufenden Betriebs und der Personalbestellung im Rahmen ihrer Wirtschaftsaufsicht nach Paragraph 36, K-KAO jederzeit auch begleitende Kontrollrechte, die auch das Betreten aller Räume und die Einsicht in alle Unterlagen umfasst. Auch wenn diese bisher nicht in Anspruch genommen wurden, liegt auch darin eine umfassende Kontrollmöglichkeit des Landes Kärnten über die Auftraggeberin. Dass sie de facto bisher im gesetzlich möglichen Ausmaß nicht wahrgenommen wurde, vermag daran nichts zu ändern. Dienstpostenpläne und Rechnungsabschlüsse bedürfen nach Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer 3, K-KAO der Genehmigung durch die Landesregierung. Paragraph 36, Absatz 3, K-KAO enthält diesbezüglich lediglich eine Genehmigungsfiktion durch Untätigkeit. Die Bestellung leitender Ärzte bedarf der Genehmigung durch die Landesregierung. Aus diesen exemplarisch genannten Bewilligungspflichten durch die Kärntner Landesregierung ergibt sich ein Einfluss auf die Geschäftsführung. Die Aufsichtsbefugnisse des Rechnungshofes und der Kärntner Landesregierung sowie die Bewilligungspflichten durch die Kärntner Landesregierung genügen daher den Anforderungen an eine Aufsicht, die der Europäische Gerichtshof aufgestellt hat, da eine nicht nur nachprüfende Kontrolle ausgeübt wird (idS Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] FN 168). Dass diese durch verschiedene Organe des Landes Kärnten wahrgenommen werden, schadet bei diesen Überlegungen nicht.

Der gegenständliche Bauauftrag ist ein solcher nach Anhang II zum BVergG. Fest steht, dass die Finanzierung des gegenständlichen Bauauftrages zu 90 % der Investitionssumme ausschließlich durch das Land Kärnten - allenfalls

unter Berücksichtigung von ebenfalls nach Art 14b Abs 2 Z 2 B VG dem Land Kärnten zurechenbaren Gemeindeanteilen - erfolgt. Der Kärntner Krankenanstaltenfonds, dessen Finanzmittel zu ca. 90 % vom Bund oder dem Bund zurechenbaren Körperschaften stammen, und der Bund unmittelbar oder mittelbar leisten dabei keinen Beitrag. Die Gestaltung als Immobilienleasingvertrag und Förderung im Wege der Betriebsabgangsdeckung widerspricht möglicherweise dem Zweck von § 68 Abs 2 und 3 K-KAO, da nach § 68 Abs 3 Z 1 K-KAO ausdrücklich Ersatzanschaffungen mit dem Ziel der Kapazitätsausweitung, der Schaffung neu errichteter Abteilungen oder Institute nicht zum ersatzfähigen Betriebsabgang im Sinne dieser Bestimmung zählen. Die Vertragskonstruktion und Form der Auszahlung der Fördermittel sind an ihren Zielsetzungen in ihrer Gesamtheit zu prüfen (zu dieser Betrachtungsweise EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, Kommission/Österreich, Rn 41). Ziel der gewählten Vertragskonstruktion ist eine Finanzierung des beabsichtigten Neu-, Zu- und Umbaus des Krankenhauses Spittal/Drau zu 90 % durch das Land Kärnten unter möglichst geringer Belastung des Haushaltes des Landes Kärnten nach den Maastricht-Kriterien. Diesem Zweck dient das mehrfach erwähnte Gutachten von Univ. Prof. Dr. C***. Selbst für den Fall, dass es sich um einen Auftrag nach § 8 Abs 1 BVergG handeln sollte, stammen die erforderlichen Finanzmittel ausschließlich vom Land Kärnten und es übt auch - wie unten näher dargelegt - die Aufsicht über die Auftraggeberin aus. Der gegenständliche Bauauftrag ist ein solcher nach Anhang römisch zwei zum BVergG. Fest steht, dass die Finanzierung des gegenständlichen Bauauftrages zu 90 % der Investitionssumme ausschließlich durch das Land Kärnten - allenfalls unter Berücksichtigung von ebenfalls nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B VG dem Land Kärnten zurechenbaren Gemeindeanteilen - erfolgt. Der Kärntner Krankenanstaltenfonds, dessen Finanzmittel zu ca. 90 % vom Bund oder dem Bund zurechenbaren Körperschaften stammen, und der Bund unmittelbar oder mittelbar leisten dabei keinen Beitrag. Die Gestaltung als Immobilienleasingvertrag und Förderung im Wege der Betriebsabgangsdeckung widerspricht möglicherweise dem Zweck von Paragraph 68, Absatz 2 und 3 K-KAO, da nach Paragraph 68, Absatz 3, Ziffer eins, K-KAO ausdrücklich Ersatzanschaffungen mit dem Ziel der Kapazitätsausweitung, der Schaffung neu errichteter Abteilungen oder Institute nicht zum ersatzfähigen Betriebsabgang im Sinne dieser Bestimmung zählen. Die Vertragskonstruktion und Form der Auszahlung der Fördermittel sind an ihren Zielsetzungen in ihrer Gesamtheit zu prüfen (zu dieser Betrachtungsweise EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, Kommission/Österreich, Rn 41). Ziel der gewählten Vertragskonstruktion ist eine Finanzierung des beabsichtigten Neu-, Zu- und Umbaus des Krankenhauses Spittal/Drau zu 90 % durch das Land Kärnten unter möglichst geringer Belastung des Haushaltes des Landes Kärnten nach den Maastricht-Kriterien. Diesem Zweck dient das mehrfach erwähnte Gutachten von Univ. Prof. Dr. C***. Selbst für den Fall, dass es sich um einen Auftrag nach Paragraph 8, Absatz eins, BVergG handeln sollte, stammen die erforderlichen Finanzmittel ausschließlich vom Land Kärnten und es übt auch - wie unten näher dargelegt - die Aufsicht über die Auftraggeberin aus.

Der Kärntner Landesregierung sind gesetzlich Aufsichtsrechte, insbesondere die Wirtschaftsaufsicht nach § 36 K-KAO eingeräumt. Seine Organe haben nach § 36 Abs 2 Z 5 K-KAO das Recht, jederzeit Zutritt zu allen Räumen, Anlagen und Einrichtungen der Auftraggeberin, Einsicht in alle sie betreffenden Aufzeichnungen sowie alle verlangten Auskünfte und Abschriften und Kopien aller eingesehenen Unterlagen zu erhalten. Der Rechnungshof verfügt ebenfalls über diese Befugnisse. Er berichtet an den Kärntner Landtag. Wie weit dies durch einen privatrechtlichen Vertrag bei Vorliegen aller Voraussetzungen abbedungen werden kann, bedarf im Lichte der Prüfung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes keiner näheren Erörterung. Der maßgebliche Einfluss iSd § 7 Abs 1 Z 2 lit c BVergG wird daher wenn überhaupt durch das Land Kärnten selbst oder in seinem Namen tätige Organe ausgeübt. Es handelt sich daher um eine Angelegenheit der Landesvollziehung. Art 14b Abs 2 B VG umfasst einen weiteren Bereich von Auftraggebern als § 7 Abs 1 BVergG. Nicht jeder Auftraggeber, der unter die Kompetenzbestimmung des Art 14b B VG fällt, ist öffentlicher Auftraggeber nach § 7 Abs 1 BVergG (AB 1118 BlgNR 21. GP 15). Obwohl im gegenständlichen Fall einiges dafür spricht, dass die Auftraggeberin öffentlicher Auftraggeber nach § 7 Abs 1 Z 2 BVergG ist, kann eine abschließende Klärung dieser Frage daher bei der Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zur Bundes- oder Landesvollziehung angesichts der Finanzierung des gegenständlichen Auftrages durch und der Kontrollbefugnisse des Landes Kärnten nach Art 14b Abs 2 B VG dahinstehen. Nach Art 14b Abs 2 Z 2 lit e sublit aa und bb B VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des Vergabewesens betreffend das Krankenhaus Spittal/Drau daher Landessache. Insbesondere leistet das Land Kärnten alle Zahlungen betreffend den gegenständlichen Bauauftrag. Der Kärntner Landesregierung sind gesetzlich Aufsichtsrechte, insbesondere die Wirtschaftsaufsicht nach Paragraph 36, K-KAO eingeräumt. Seine Organe haben nach Paragraph 36, Absatz 2, Ziffer 5, K-KAO das Recht, jederzeit Zutritt zu allen Räumen, Anlagen und Einrichtungen der Auftraggeberin, Einsicht in alle sie betreffenden Aufzeichnungen sowie alle

verlangten Auskünfte und Abschriften und Kopien aller eingesehenen Unterlagen zu erhalten. Der Rechnungshof verfügt ebenfalls über diese Befugnisse. Er berichtet an den Kärntner Landtag. Wie weit dies durch einen privatrechtlichen Vertrag bei Vorliegen aller Voraussetzungen abgedungen werden kann, bedarf im Lichte der Prüfung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes keiner näheren Erörterung. Der maßgebliche Einfluss iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG wird daher wenn überhaupt durch das Land Kärnten selbst oder in seinem Namen tätige Organe ausgeübt. Es handelt sich daher um eine Angelegenheit der Landesvollziehung. Artikel 14 b, Absatz 2, B VG umfasst einen weiteren Bereich von Auftraggebern als Paragraph 7, Absatz eins, BVergG. Nicht jeder Auftraggeber, der unter die Kompetenzbestimmung des Artikel 14 b, B VG fällt, ist öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 7, Absatz eins, BVergG (Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 15). Obwohl im gegenständlichen Fall einiges dafür spricht, dass die Auftraggeberin öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist, kann eine abschließende Klärung dieser Frage daher bei der Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zur Bundes- oder Landesvollziehung angesichts der Finanzierung des gegenständlichen Auftrages durch und der Kontrollbefugnisse des Landes Kärnten nach Artikel 14 b, Absatz 2, B VG dahinstehen. Nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, a, a und b, b B VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des Vergabewesens betreffend das Krankenhaus Spittal/Drau daher Landessache. Insbesondere leistet das Land Kärnten alle Zahlungen betreffend den gegenständlichen Bauauftrag.

Nach § 135 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne des BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Der Vollziehungsbereich des Bundes ist im Sinne von Art 14b Abs 2 Z 1 B VG zu verstehen (BVA 26.3.2003, 17N-21/03-10, BVergSlg Nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne des BVergG aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Der Vollziehungsbereich des Bundes ist im Sinne von Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B VG zu verstehen (BVA 26.3.2003, 17N-21/03-10, BVergSlg

3.64 = BVergSlg 20.52 = ZVB 2003/76 = ZVB-LSK 2003/75 = ZVB LSK/76). Wie oben dargelegt, fällt jedoch die Vollziehung betreffend die Auftraggeberin nach Art 14b Abs 2 Z 2 lit e sublit bb B VG in die Zuständigkeit des Landes Kärnten (in diesem Sinne UVS OÖ 21.10.2003, VwSen-550084/22/KI/Pe). Das Bundesvergabeamt ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages nicht zuständig. 3.64 = BVergSlg 20.52 = ZVB 2003/76 = ZVB-LSK 2003/75 = ZVB LSK/76). Wie oben dargelegt, fällt jedoch die Vollziehung betreffend die Auftraggeberin nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, b, b, B VG in die Zuständigkeit des Landes Kärnten (in diesem Sinne UVS OÖ 21.10.2003, VwSen-550084/22/KI/Pe). Das Bundesvergabeamt ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages nicht zuständig.

Auf die übrigen Ausführungen des Antrages betreffend die Nichtigkeit des Auftrages und sowie die vertraglichen Details der Förderung des gegenständlichen Bauvorhabens braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden, zumal die Gelder jedenfalls vom Land Kärnten ohne Beteiligung des Bundes oder ihm zurechenbarer Körperschaften bezahlt werden.

Eine Abtretung des Verfahrens an den Unabhängigen Verwaltungssenat

für Kärnten nach § 6 AVG war nicht vorzunehmen, da die

Antragstellerin auch dort gleichzeitig mit dem gegenständlichen

Nachprüfungsantrag einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat und

ausdrücklich eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes begehrte (BVA

26.3.2003, 17N-21/03-10, BVergSlg 3.64 = BVergSlg 20.52 = ZVB 2003/76

= ZVB-LSK 2003/75 = ZVB LSK/76).

Zur detaillierten Auseinandersetzung mit den bezogenen Rechtsgutachten sei auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes verwiesen (OGH, 20.10.2005, 2 Ob 235/05 f, ÖJZ 2006/38 (EvBl) = ecolex 2006/12)

3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr (Spruchpunkt II.) 3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr (Spruchpunkt römisch zwei.)

Da die obigen Ausführungen ergeben haben, dass das Bundesvergabeamt für die Behandlung der gegenständlichen Anträge nicht zuständig ist, ist auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nach § 177 Abs 5 BVergG mangels

Obsiegens abzuweisen. Da die obigen Ausführungen ergeben haben, dass das Bundesvergabeamt für die Behandlung der gegenständlichen Anträge nicht zuständig ist, ist auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG mangels Obsiegens abzuweisen.

Schlagworte

Landesförderungen; Kompetenzbestimmungen; Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes;

Dokumentnummer

VERGT_20060424_17F_7_05_29_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at