

VergabeNews Nr.

20

Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung des Vergaberechts auf Leistungen der spitalexternen Pflege Urteil des Bundesgerichts

2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018.

walderwyss rechtsanwälte



Daniel Staffelbach
Rechtsanwalt, Partner
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com



Mirjam Olah
Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 56 02
mirjam.olah@walderwyss.com



Martin Zobl
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com

Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil fest, dass die Beauftragung einer Spitex-Organisation mit der Erbringung von Leistungen der spitalexternen Pflege als öffentlicher Auftrag im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts zu qualifizieren ist und damit die Vergabe von Spitex-Leistungsaufträgen der Gemeinden vom objektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst wird.

Hintergrund

Der eingangs erwähnte Grundsatzentscheid des Bundesgerichts betraf die von der Gemeinde Aarburg (AG) durchgeführte Neuvergabe der Spitex-Leistungen im Einladungsverfahren. Der Gemeinderat lud im Hinblick auf die Neuvergabe vier gemeinnützige Organisationen in Aarburg und Umgebung zur Abgabe eines Angebots ein. Gemäss Ausschreibungsunterlagen wurde das Zuschlagskriterium Preis mit 80%, die übrigen Kriterien mit 20% gewichtet.

Der Frauenverein Spitex Aarburg erhob in der Folge Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau und beantragte diverse Anpassungen des Einladungsschreibens sowie insbesondere eine Überprüfung der Gewichtung der Zuschlagskriterien. Das Verwaltungsgericht trat auf die Beschwerde indes nicht ein und begründete dies damit, die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts seien nicht anwendbar, zumal Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB die Vergabe von Aufträgen an Behindertenorganisationen, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafanstalten ausdrücklich vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausnehme. Die Vergabe von Spitex-Leistungen resp. die Erteilung eines Leistungsauftrags an eine *gemeinnützige Organisation* unterstehe folglich nicht den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts.

Das Bundesgericht hat dieses Urteil aufgehoben und festgehalten, dass die spitalexterne Pflege vom objektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst wird.

Der Entscheid des Bundesgerichts...

Das Bundesgericht stimmte dem kantonalen Verwaltungsgericht zwar insoweit zu, als dieses überzeugend dargelegt habe, dass es sich bei der spitalexternen Krankenpflege gemäss Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) und kantonalem Recht um eine *öffentliche Aufgabe* handle, die primär in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden falle (E. 3.4). Ferner habe das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt, dass es für die Qualifikation als *öffentlicher Auftrag* unerheblich sei, dass der Spitex-Leistungserbringer seine Tätigkeit primär gegenüber dem Publikum (Patienten, Versicherte) und nicht gegenüber der Auftrag gebenden Gemeinde entfalte (E. 3.5).

Sodann konstatierte das Bundesgericht, dass das Verwaltungsgericht in einem ersten Schritt zum richtigen Schluss gelangt sei, dass die Übertragung der spitalexternen Krankenpflege durch eine Gemeinde auf private Leistungserbringer grundsätzlich als *öffentlicher Auftrag* zu qualifizieren sei. Demgegenüber vermochte die Argumentation nicht zu überzeugen, wonach diese Einordnung nur für jene Fälle Geltung beanspruchen könne, in denen der private Leistungserbringer als Wirtschaftsteilnehmer auftrete, mithin kommerziell motiviert sei und gewinnorientiert tätig werde.

Das Bundesgericht erwog, dass ein Geschäft nur dann *nicht* als öffentlicher Auftrag gelte und daher ohne Beachtung des öffentlichen Beschaffungsrechts vergeben werden dürfe, wenn *kumulativ*

- (i) die Institution eine nicht-kommerzielle grundsätzliche Zwecksetzung aufweise,
- (ii) diese auch im Einzelfall nicht-kommerzielle Absichten mit Bezug auf die fragliche Leistungserbringung verfolge, und
- (iii) das betreffende Geschäft tatsächlich nicht-kommerziell ausgestaltet sei (E. 3.7.1).

Gemäss Bundesgericht ist darüber hinaus auch die Absicht des Auftraggebers resp. die Ausgestaltung der Ausschreibung von entscheidender Bedeutung. Im Zeitpunkt der Ausschreibung sei in der Regel noch nicht bekannt, wer – d.h. kommerziell motivierte wie auch nicht-kommerzielle Anbieter – in der Folge eine Offerte einreichen werde. Im Vordergrund stehe folglich die Frage, ob der Auftraggeber vornehmlich eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung oder vielmehr die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation anstrebe (E. 3.7.2).

In Anwendung dieser Kriterien auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt gelangte das Bundesgericht zur Folgerung, dass die Gemeinde Aarburg ein Einladungsverfahren durchgeführt habe, um den für sie *günstigsten Anbieter* von Spitex-Leistungen auszuwählen. Ausgehend von den Ausschreibungsunterlagen habe diese für den Spitex-Leistungsauftrag jenen Anbieter auswählen wollen, der die bestmögliche Qualität zu einem konkurrenzfähigen Preis anzubieten vermochte. Dementsprechend sei das Zuschlagskriterium „Preis“ auch mit 80 % gewichtet worden.

Folglich sei es der Gemeinde Aarburg nicht um die Unterstützung eines schutzbedürftigen nicht-kommerziellen Anbieters, sondern um das Eruiieren eines Anbieters, der die offerierte Dienstleistung am besten und am günstigsten erbringen könne, gegangen (E. 3.7.5). Aufgrund dessen unterstehen die Spitex-Leistungen – in der Form, wie sie die Gemeinde Aarburg ausgeschrieben hat – dem öffentlichen Beschaffungsrecht (E. 3.8).

...und seine Folgen für die Spitex-Leistungen...

Das bundesgerichtliche Urteil ist wegweisend: Es beendet die Kontroverse um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Übertragung von Spitex-Leistungsaufträgen auf Private dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen. In diesem Kontext konkretisiert das Bundesgericht zugleich auch die Kriterien, die zu einer Ausnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB führen. Ob es allerdings für die objektive Unterstellung eines Auftrags unter das Vergaberecht auf die subjektive Frage nach der Motivation der Vergabestelle (günstige Beschaffung von Leistungen vs. Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation) ankomme, darf bezweifelt werden. Nicht erst aus dem kantonalen Haushaltrecht ist der Grundsatz bekannt, dass mit allgemeinen Steuermitteln haushälterisch umzugehen ist. Für wohltätige Unterstützungsleistungen bleibt daher im Bereich der Bedarfsverwaltung kein Raum.

Ferner bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach der Begriff der *öffentlichen Aufgabe* beschaffungsrechtlich nicht nur die staatlichen Kernaufgaben umfasse, es mithin für die Qualifikation als *öffentlicher Auftrag* unerheblich sei, dass der Spitex-Leistungserbringer seine Tätigkeit primär gegenüber dem Publikum (Patienten, Versicherten) und nicht gegenüber der Auftrag gebenden Gemeinde entfalte. In diesem Zusammenhang betonte das Bundesgericht, dass die vormalige diesbezüglich anderslautende Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehe.

Im Lichte des vorliegenden Grundsatzurteils haben die Gemeinwesen inskünftig auch vertiefter zu prüfen, ob bspw. im Einzelfall eine Verpflichtung besteht, die zu beschaffenden Spitex-Leistungen in Teilleistungen (Lose) aufzuteilen, für die Teilangebote eingereicht werden können. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat in seinem Urteil vom 21. September 2018 (VD.2017.261) eine ent-

sprechende Pflicht noch verneint. Gegenstand des strittigen Leistungsauftrags waren Spitex-Leistungen für sämtliche Personen mit Wohnsitz in der Stadt Basel, was kleinere Anbieter von der Ausschreibung faktisch ausschloss. Ob diese Praxis einer bundesgerichtlichen Überprüfung standhalten wird, wird sich weisen müssen.

... sowie Vergabe von Leistungsaufträgen an Spitäler und Pflegeheime

Die Folgen des Entscheids auf die Vergabe von Leistungsaufträgen an Spitäler und Pflegeheime lassen sich mit Blick auf das Spezialitätsprinzip noch nicht abschliessend beurteilen. Gemäss diesem Prinzip ist das öffentliche Beschaffungsrecht dann nicht anzuwenden, wenn ein Spezialgesetz gleicher oder höherer Ordnung ein eigenes Verfahren normiert. In der Lehre wird diesbezüglich kontrovers diskutiert, ob die Erteilung eines kantonalen bzw. kommunalen Leistungsauftrags im Bereich Spital- und Pflegeheimleistungen als spezialgesetzlich geregeltes Planungsgeschäft einzig der sektorspezifischen kantonalen (Spital-/Pflegeheim-) Versorgungsgesetzgebung untersteht.

Zurzeit ist deshalb noch nicht erkennbar, wie sich dieser Entscheid auf die Erteilung der Leistungsaufträge im Bereich von Spital- und Pflegeheimdienstleistungen auswirken wird. Mit Blick auf die grundsätzlich gleichgelagerte Regulationssituation wären folgerichtig nun auch diese nach Massgabe der bundesgerichtlichen Erwägungen dem objektiven Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt. Ob dem nunmehr akzentuiert funktionalen Verständnis des öffentlichen Auftrags auch eine Signalwirkung für den Bereich der Vergabe von Leistungsaufträgen an Spitäler und Pflegeheimen inhärent ist, wird die künftige Vergabepaxis zeigen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2018