

VergabeNews Nr.

22

---

## Ausschreibungspflicht kantonaler Listenspitäler:

Urteil des Bundesgerichts 2C\_196/2017 vom 21. Februar 2019 in Sachen „GZO-Spital Wetzikon“.

---



**Daniel Zimmerli**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Konsulent

Telefon +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwyss.com



**Martin Zobl**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Telefon +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com

Das Bundesgericht beendet einen langen, praktisch hochrelevanten Streit: Listenspitäler unterstehen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Das Bundesgericht bestätigt ein Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 20. Dezember 2016, wonach das GZO-Spital Wetzikon als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ subjektiv dem Staatsvertragsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts untersteht. In der stationären Spitalversorgung bzw. in der kantonalen Spitalplanung herrsche kein funktionierender Wettbewerb, der das Korrektiv des öffentlichen Beschaffungsrechts entbehrlich machen würde.

Das referierte Urteil ist beschaffungsrechtlich allgemein bedeutsam und hat weitreichende Konsequenzen für die Beschaffungspraxis von Listenspitälern. Es trägt ausserdem dazu bei, dass öffentlich und privat getragene Listenspitäler beschaffungsrechtlich gleich behandelt werden. Dies rechtfertigt es, die Hintergründe dieses Urteils etwas ausführlicher darzustellen.

#### „Neue“ Spitalfinanzierung 2009 als Auslöser der Diskussion

Im Jahr 2007 wurde das Recht über die kantonale Spitalplanung und über die Spitalfinanzierung im Bundesgesetz über die Krankenversicherung (**KVG**) revidiert. Die neuen Bestimmungen des KVG traten am 1. Januar 2009 in Kraft. Die kantonale Spitalplanung hat einer „bedarfsgerechte[n] Spitalplanung zu entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind“ (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Damit soll der Wettbewerb unter den Listenspitälern – und gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (**BVGer**) auch unter den Listen- sowie den Vertragsspitälern (Art. 49a Abs. 2 KVG) – gefördert werden. Zudem wurde der Übergang von einer Institutions- zu einer Leistungsfinanzierung über Leistungspauschalen nach SwissDRG vollzogen (Art. 49 KVG). Der KVG-Gesetzgeber versprach sich davon u.a. eine Kostensenkung im Bereich der stationären Spitalversorgung. Die Kosten stationärer Leistungen von Listenspitälern im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversi-

cherung (**OKP**) werden seither von den Kantonen und den obligatorischen Krankenversicherern anteilmässig getragen (Art. 49a KVG).

Schnell stellte sich eine beschaffungsrechtliche Frage, die im Revisionsprozess des KVG nicht adressiert worden war, nämlich: ob alle (öffentlich und privat getragenen) kantonalen Listenspitäler in Erfüllung ihrer Leistungsaufträge gemäss Spitalliste (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG) dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen und deshalb Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich ihrer Leistungsaufträge öffentlich ausschreiben müssen. Angetrieben wurde diese Diskussion durch das Argument, öffentlich und privat getragene Listenspitäler müssten hinsichtlich ihrer Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht gleich behandelt werden, zumal private Trägerschaften bereits im Spitalplanungsverfahren „angemessen“ zu berücksichtigen sind (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Verlangt wurden „gleich lange Spiesse“ für sämtliche Listenspitäler, unabhängig von ihrer Trägerschaft.

#### Gutachten „Spitalfinanzierung und Vergaberecht“ 2012

Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (**INöB**; heute: Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen [**FöB**]) liess deshalb im Jahr 2011 ein Rechtsgutachten zu dieser Frage erstatten. Dieses wurde anfangs 2012 publiziert (abgedruckt in TRÜEB HANS RUDOLF / ZIMMERLI DANIEL, Spitalfinan-

zierung und Vergaberecht, Forum Gesundheitsrecht Bd. 19, Zürich / Basel / Genf 2012; **Gutachten**).

Hinsichtlich der *subjektiven Unterstellung* kantonaler Listenspitäler unter das öffentliche Beschaffungsrecht kam das Gutachten zusammengefasst zu folgenden Schlüssen:

- Kantonale Listenspitäler, welche Dienstabteilungen der zentralen Verwaltung bilden, gelten als „Gemeinwesen“ im Sinne des Beschaffungsrechts. Kantonale Listenspitäler, die als *dezentrale* Rechtsträger von Gemeinwesen (Kanton und Gemeinden) organisiert sind, qualifizieren als sog. Einrichtungen des öffentlichen Rechts (**EöR**). EöR fallen unter Annex 2 und 3 des Agreement on Government Procurement aus dem Jahr 1994 (**GPA 1994**; das revidierte **GPA 2012** erfasst EöR gleich wie das GPA 1994) sowie unter Art. 8 Abs. 1 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungsrecht von 1994 / 2001 (**IVöB**). Kantonale Listenspitäler sind EöR, weil sie typischerweise zu einem *im Allgemeininteresse liegenden Zweck* gegründet wurden, über *Rechtspersönlichkeit* verfügen und in der Regel vom Staat beherrscht werden (also von ihren Trägergemeinwesen; sog. Staatsgebundenheit). Zudem dürfen sie nicht „industriell und gewerblich“ tätig sein, denn sonst wären sie allenfalls wirksamem Wettbewerb ausgesetzt. Dieser Wettbewerb würde bei der Vergabe von Aufträgen in einem bestimmten Bereich die effiziente Mittelallokation anstelle der beschaffungsrechtlichen Regeln sicherstellen. Laut Gutachten sind kantonale Listenspitäler im Umfang ihres Leistungsauftrags nicht „industriell und gewerblich“ tätig. Sie unterstehen also nicht wirksamem Wettbewerbsdruck. Kantonale Listenspitäler sind als EöR somit subjektiv Vergabestellen im Staatsvertragsbereich des öffentlichen Be-

schaffungsrechts. Sie müssen öffentliche Aufträge, die der Erfüllung ihres Leistungsauftrags dienen, öffentlich ausschreiben.

- Privat getragene kantonale Listenspitäler gelten zwar nicht als EöR, denn ihnen fehlt typischerweise die Staatsgebundenheit. Sie werden deshalb subjektiv nicht vom Staatsvertragsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts erfasst. Allerdings sind sie „andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben“ (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB). Die Versorgung mit stationären Spitalleistungen ist nicht nur eine Aufgabe im Allgemeininteresse, sondern eine eigentliche Staatsaufgabe. Diese wird durch Listenspitäler unter der Planungsverantwortung des zuständigen Gemeinwesens (Kantone) wahrgenommen. Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB verlangt anders als Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB keine „Staatsgebundenheit“. Alle Listenspitäler fallen deshalb unabhängig von einer allfälligen Staatsgebundenheit subjektiv in den *Binnenbereich* des öffentlichen Beschaffungsrechts, *sofern* sie im Umfang ihres Leistungsauftrags nicht „industriell und gewerblich“ tätig sind (und damit nicht im wirksamen Wettbewerb agieren). Diese subjektive Unterstellung privat getragener Listenspitäler führt zu einer beschaffungsrechtlichen Gleichbehandlung mit öffentlich getragenen Listenspitälern, jedoch nicht im Staatsvertrags-, sondern eben im Binnenbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts.
- Schliesslich gilt das Prinzip der „*Einmaligkeit der Ausschreibung*“ angesichts des kantonalen Spitalplanungsverfahrens nicht. Die kantonale Spitalplanung nach Art. 39 KVG ist primär ein spezialgesetzliches Planungsverfahren, das nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht – selbst wenn zwischen diesen beiden Teilrechtsordnungen gewisse

Parallelen bestehen mögen (z.B. kompetitives Auswahlverfahren zur Ermittlung der „günstigsten“ Leistungserbringer). Deshalb müssen Listenspitäler Aufträge, die der Erfüllung ihrer Leistungsaufträge dienen, grundsätzlich öffentlich ausschreiben, obwohl (resp. gerade weil) sie im kantonalen Spitalplanungsverfahren mit Listenentscheid ausgewählt wurden.

### Kernfrage: Wirksamer Wettbewerb?

Bald einmal entbrannte ein Streit, ob der Schluss des Gutachtens zutrefte, Listenspitäler als EöR und als „andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben“ seien nicht „*kommerziell und industriell tätig*“ (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a IVöB). Laut Gutachten herrscht in Bezug auf Spitallistenplätze und die Tätigkeit der Listenspitäler in der stationären Versorgung kein wirksamer Wettbewerb im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts, der für einen effizienten Mitteleinsatz sorgen würde. Erst die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrecht stellen laut Gutachten sicher, dass Listenspitäler die staatlichen „Abgeltungen der stationären Leistungen“ (Art. 49a KVG) bei der Beschaffung von Mitteln effizient einsetzen, die sie für die Erfüllung ihrer Leistungsaufträge benötigen.

Diese Einschätzung wurde gelegentlich kritisiert, v.a. von Seiten privater Listenspitäler, die sich auf einmal mit einer öffentlichen Ausschreibungspflicht konfrontiert sahen. Diese Kritik beruft sich mittlerweile auch auf die bundesverwaltungsgerichtliche Praxis zur kantonalen Spitalplanung. Das BVGer äussert sich zwar nicht zu beschaffungsrechtlichen Implikationen von Wettbewerbsanreizen, die das KVG setzt. Es weist jedoch immerhin darauf hin, dass das neue Spitalplanungsrecht sowie das neue Recht der Leistungsfinanzierung Wettbewerb zwischen Listenspitälern und zwischen Listen- und Vertragsspitälern schaffen wollen (aktuell vgl. etwa BVGer C-5017/2015 vom 16. Januar 2018 E. 6.2 [m.w.H.]).

Dieser Wettbewerb ist indessen rein sektorspezifisch, und er wirkt lediglich in den Schranken des KVG. Das KVG schafft gemäss Gutachten gerade *nicht* wirksamen Wettbewerb im Sinne des Beschaffungsrechts, auch wenn es sich nach Wirtschaftlichkeitskriterien orientiert: Zu einschneidend sind die versorgungsrechtlichen Vorgaben und die planungspolitischen Sachzwänge. Das Vergütungsmodell nach SwissDRG bzw. Art. 49 / 49a KVG gestattet keinen wirksamen Mengen- und Preiswettbewerb. Das KVG greift planungsrechtlich wesentlich in die Preis- und Mengenentwicklung ein. Es beeinflusst auch den Qualitätswettbewerb, zumal sich die kantonale Spitalplanung nach den Kardinalzielen der OKP richten muss (etwa Kostendämmung; qualitativ hochstehende und finanziell verkraftbare Versorgung; Vermeiden von Überkapazitäten). Listenspitäler haben sodann gegenüber Nicht-Listenspitälern einen planerisch indizierten Wettbewerbsvorteil, weil sie bereits von der staatlichen Leistungsfinanzierung (Art. 49a KVG) profitieren; sie werden deshalb von Patienten und Krankenversicherern tendenziell bevorzugt. Der „Spitalplanungsmarkt“ ist daher nicht „offen“, was für wirksamen Wettbewerb aber erforderlich wäre. Schliesslich ist auch der Zeithorizont des Spitalplanungsrechts länger als jener des öffentlichen Beschaffungsrechts. Deshalb ist eine effiziente Mittelallokation bei der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Leistungsaufträge ohne öffentliche Ausschreibung nicht gewährleistet. Insgesamt ist der „Wettbewerb“ in der Spitalplanung somit bereits gesetzlich beschränkt. Die freie Spitalwahl und der Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern ändern an dieser Einschätzung bzw. am „regulatorischen Wettbewerbskorsett“ nichts: „Spitalplanungswettbewerb“ ist nicht gleich „wirksamer Wettbewerb“.

### Der Fall „GZO-Spital Wetzikon“

Die INöB und die Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) empfahlen auf Grundlage des Gutachtens, Listenspitäler sollten Aufträge im Bereich ihrer Leistungsaufträge nach Massgabe des öffentlichen Beschaffungsrechts ausschreiben. Entsprechend beschloss der Regierungsrat des Kantons Zürich am 8. Juli 2015, das GZO-Spital Wetzikon (**Spital Wetzikon**) – eine privatrechtliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 Obligationenrecht (OR) – müsse solche Aufträge öffentlich auf Grundlage der IVöB ausschreiben. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss führte das Spital Wetzikon vor dem Zürcher Verwaltungsgericht (**VGer-ZH**) Beschwerde: Es sei festzustellen, dass das Spital Wetzikon die Bestimmungen des Beschaffungsrechts nicht einhalten müsse.

Mit Urteil VB.2015.00555 vom 20. Dezember 2016 wies das VGer-ZH diese Beschwerde ab. Es qualifizierte das Spital Wetzikon als EöR im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB und damit als Vergabestelle im Staatvertragsbereich (E. 3, 6.1). Zusammengefasst kam das VGer-ZH zum Ergebnis, dass das Spital Wetzikon über Rechtspersönlichkeit verfügt (E. 3.3), im Rahmen seines akutstationären Leistungsauftrags eine *im Allgemeininteresse liegende Aufgabe* (E. 3.1, 4.1) erfüllt, *staatsgebunden* (die beteiligten Gemeinden halten sämtliche Aktien des Spitals und bestimmen zudem die Leitungsgremien des Spitals; E. 5, insb. 5.3 und 5.4), und nicht *„industriell und gewerblich tätig“* ist (E. 4.3-4.7). Das VGer-ZH schloss sich somit grundsätzlich dem Gutachten an, insbesondere auch in der Frage, ob in der stationären Spitalversorgung wirksamer Wettbewerb herrsche, der von öffentlichen Ausschreibungen dispensieren würde. Dieser letzte Punkt ist von besonderem Interesse, weil er wie erwähnt den Kern der beschaffungsrechtlichen Kontroverse in der Spitalplanung betrifft.

### Das Urteil des Bundesgerichts...

Nach über zwei Jahren und einem intensiven, dreifachen Schriftenwechsel klärt das Bundesgericht nun diese Kontroverse. Es bestätigt das Urteil des VGer-ZH vollumfänglich. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass das Spital Wetzikon

- über *Rechtspersönlichkeit* verfügt und dass seine privatrechtliche Konstituierung einer Qualifikation als EöR (gemäss Annex 2 und 3 GPA 1994 bzw. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB) nicht entgegensteht (E. 4.3.1);
- *staatsgebunden* ist, da sein Leitungsorgan mehrheitlich von der öffentlichen Hand bestellt wird (E. 4.3.2); und
- zum *besonderen Zweck* gegründet wurde, eine im *Allgemeininteresse* bzw. öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit (Führung einer Akutspitalabteilung und Erbringung von Rettungs- und Krankentransportdienst) wahrzunehmen (E. 4.4.1 und 4.4.2).

Nach einer ausführlichen Analyse kommt das Bundesgericht weiter – wie bereits das VGer-ZH – zum Schluss, dass das Spital Wetzikon *keine „gewerbliche und industrielle Tätigkeit“* im beschaffungsrechtlichen Sinn ausübt – das Spital Wetzikon gilt deshalb als EöR (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Zur zentralen „Wettbewerbsfrage“ hielt das Bundesgericht zusammengefasst folgendes fest:

Mit der neuen Spitalfinanzierung und der diesbezüglichen Änderungen des KVG im Jahr 2009 wurden die wettbewerblichen Elemente in der Spitalversorgung zwar gestärkt. Das spezialgesetzliche Regime des KVG hält jedoch keine Vorschriften bereit, die mit denjenigen des Beschaffungsrechts gleichwertig sind. Namentlich enthalten das Spitalplanungs- und das Spitallistenverfahren keinen zum Submissionsverfahren äquivalenten Mechanismus, der wirtschaftliche Beschaf-

fungen durch Listenspitäler sicherstellen würde. Vielmehr haben planwirtschaftliche Elementen weiterhin eine massgebliche Bedeutung. Auch die Tatsache, dass sich ein Listenspital um die Aufnahme in die Spitalliste bewerben muss, schafft keinen funktionierenden Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern (E. 4.5.1).

Auch die Konkurrenz zu Spitälern, die nicht in der kantonalen Spitalliste aufgeführt, aber im Bereich der stationären Behandlungen tätig sind, schafft laut Bundesgericht keinen funktionierenden Wettbewerb. Vielmehr erleiden diese Anbieter gegenüber Listenspitälern einen erheblichen Wettbewerbsnachteil: Sie können keine Leistungen zulasten der OKP erbringen, und selbst Vertragsspitäler werden aus der OKP höchstens mit 45% des Betrags entschädigt, auf den ein Listenspital Anspruch hat. Im Zusammenspiel mit dem Spitallistenverfahren erzeugen Nicht-Listenspitäler keinen Wettbewerbsdruck, der wirtschaftliche und diskriminierungsfreie Auftragsvergaben von Listenspitälern gewährleisten würde. Die behauptete Konkurrenz mit anderen Anbietern, die ambulante medizinische Dienstleistungen erbringen, betrifft sodann nur einen Teil des Leistungsspektrums des Spitals Wetzikon, weswegen ein funktionierender Wettbewerb nicht in allen Tätigkeitsbereichen gewährleistet ist (E. 4.5.2).

Das Bundesgericht hält weiter fest, dass der Preis in einer wettbewerbsorientierten Marktordnung regelmässig ein wichtiger Aspekt ist. Seit Einführung der neuen Spitalfinanzierung erfolgt die Vergütung der stationären Behandlung grundsätzlich aufgrund von leistungsbezogenen Fallpauschalen. Diese beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Die Preisbildung für akutstationäre Behandlungen im Rahmen der OKP erfolgt somit nach staatlich definierten Kriterien. Diese Kriterien zeigen zwar wettbewerbsliche Elemente, weil Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Effizienz der

Leistungserbringung bei der Preisfestlegung zu berücksichtigen sind. Sie sehen aber nicht in erster Linie das freie Spiel von Angebot und Nachfrage vor. Damit wird der unmittelbare Wettbewerb zwischen Leistungserbringern begrenzt. Den Massstab für die Erzielung von Effizienzgewinnen, die sich unter idealen Wettbewerbsbedingungen auf die Preise niederschlagen, bildet die vorgegebene Tarifstruktur und nicht der direkte Marktvergleich mit den anderen Leistungserbringern (E. 4.5.3).

Daran ändert laut Bundesgericht auch der Qualitätswettbewerb zwischen den Leistungserbringern nichts, weil dieser im Bereich der OKP erheblichen Einschränkungen unterliegt. Insbesondere muss sich die Qualität der medizinischen Leistungen im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit bewegen, damit diese Leistungen OKP-pflichtig sind (E. 4.5.4).

Von untergeordneter Bedeutung ist bei einer Gesamtbetrachtung all dieser Gesichtspunkte die Tatsache, dass das Spital Wetzikon als privatrechtliche AG organisiert ist und bei schlechtem Geschäftsgang in Konkurs fallen könnte. Aktionäre des Spitals Wetzikon (also Gemeinden) haben zwar keine gesetzliche Nachschusspflicht, aber eine Unterstützung aus öffentlichen Mitteln ist im Bedarfsfall keineswegs ausgeschlossen.

### **...und seine Bedeutung für Listenspitäler**

Das Urteil des Bundesgerichts schafft in erster Linie Rechtssicherheit für alle kantonalen Listenspitäler, die staatsgebunden sind, d.h. von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Diese Spitäler unterstehen als EöR dem Staatsvertragsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Sie haben somit ihre Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Zusammenhang mit ihren Leistungsaufträgen nach den Vorga-

ben des GPA auszuschreiben, die in der IVöB und den kantonalen Vergabeerlassen konkretisiert und ergänzt werden. Dies gilt für all jene Aufträge, welche die massgeblichen Schwellenwerte erreichen und objektiv vom Beschaffungsrecht erfasst sind (dazu unten).

Da sich das Bundesgericht nur mit der Unterstellung des Spitals Wetzikon – einer EöR – zu befassen hatte, äusserte es sich nicht explizit zur subjektiven Unterstellung rein privat getragener Listenspitäler. Solche Listenspitäler sind mangels Staatsgebundenheit zwar keine EöR. Deshalb fallen sie subjektiv nicht den Staatsvertragsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Allerdings unterstehen sie laut Gutachten als „andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ dem Nichtstaatsvertrags- bzw. Binnenbereich des Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB). Denn die Versorgung mit stationären Spitalleistungen stellt nicht nur eine Aufgabe im Allgemeininteresse dar, sondern eine eigentliche Staatsaufgabe. Diese Aufgabe nehmen die Listenspitäler unter der Planungsverantwortung des jeweiligen Trägergemeinwesens wahr. Privat getragene Listenspitäler könnten zwar behaupten, die Spitalversorgung sei wohl eine im Allgemeininteresse liegende, jedoch keine „kantonale Aufgabe“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB. Eine solche Argumentation überzeugt jedoch im Lichte der KVG- und kantonal-rechtlichen Planungs- und Versorgungsvorschriften nicht.

Da das Bundesgericht die Ausübung einer „kommerziellen Tätigkeit“ bzw. das Bestehen eines funktionierenden Wettbewerbs im Bereich der Spitalversorgung für Listenspitäler generell verneint hat, kommt ferner auch die Ausnahmeregelung nach dem zweiten Halbsatz von Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB („mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten“) nicht zur Anwendung.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass *sämtliche* Listenspitäler mindestens vom Binnenbereich des Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB) erfasst sind, und zwar unabhängig davon, ob sie von der öffentlichen Hand oder (ganz oder teilweise) privat getragen werden. Die bisherige, faktische Ungleichbehandlung von öffentlich getragenen Listenspitälern, die von ihren Aufsichtsorganen (zu Recht) zur Befolgung des Beschaffungsrechts verpflichtet wurden, und rein privaten Listenspitälern, die kaum je öffentlich ausgeschrieben haben, dürfte damit der Vergangenheit angehören. Für diese Ungleichbehandlung besteht im Lichte des referierten Urteils des Bundesgerichts kein Raum mehr. Der einzige Unterschied besteht nach wie vor darin, dass „öffentliche“ Listenspitäler (d.h. Dienstabteilungen und EöR) *zusätzlich* dem Staatsvertragsbereich unterstehen.

Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich zu prüfen, ob bestimmte Listenspitäler oder gewisse ihrer Leistungen zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden und aus diesem Grund dem Beschaffungsrecht (Binnenbereich) nach Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB unterstehen.

Nicht Gegenstand des Urteils des Bundesgerichts war die Frage der objektiven Unterstellung öffentlicher Aufträge unter das Vergaberecht. Hier gelten laut Gutachten zusammengefasst folgende Grundregeln:

- Dient ein Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag, den ein Listenspital ausschreibt, funktional und schwergewichtig der Erfüllung des kantonalen Leistungsauftrags und erreicht ein solcher Auftrag die jeweiligen Schwellenwerte, so ist er öffentlich auszuscheiden. Es gelten das Zerstückelungsverbot und die Regeln über die beschaffungsrechtliche Erfassung gemischter Aufträge.
- Eine beschaffungsrechtliche Zuordnung einzelner Aufträge zum spitalversorgungsrechtlichen Leistungsauftrag kann für ein Listenspital im Einzelfall anspruchsvoll sein. Laut Gutachten liegt die Beweislast, dass ein bestimmter Auftrag nicht oder nicht schwergewichtig der Erfüllung des Leistungsauftrags dient (und deshalb nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss), beim jeweiligen Listenspital. Im Zweifelsfall ist ein solcher Auftrag mit funktionalem Bezug zum Leistungsauftrag öffentlich auszuscheiden.

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](http://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, 2019

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58  
Fax + 41 58 658 59 59  
reception@walderwyss.com

[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)  
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano