

Beschaffungswesen: Auslegeordnung für Listenspi- tärer

A. Ausgangslage

Ein von der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) sowie Bau-, Planung- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) in Auftrag gegebenes Gutachten zum öffentlichen Beschaffungswesen im Rahmen der neuen Spitalfinanzierung (Gutachten Trüeb/Zimmerli) kommt zum generellen Schluss, dass Listenspitäler dem Beschaffungsrecht unterstehen.

Dazu ist im Sinne einer Vorbemerkung festzuhalten, dass sich das Beschaffungsrecht nicht erst seit der neuen Spitalfinanzierung anwendet; es gilt schon seit längerer Zeit. Es generiert nun möglicherweise einen erweiterten Kreis von unterstellten Auftraggebern.

Die Argumentation der Gutachter ist diesbezüglich zu undifferenziert: Ob ein bestimmtes Listenspital dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht und somit als öffentliche Auftraggeberin gilt (subjektiver Anwendungsbereich) und ob der einzelne Auftrag, den das unterstehende Listenspital vergibt, öffentlich ausgeschrieben werden muss (objektiver Anwendungsbereich) lässt sich nicht pauschal, sondern nur anhand einer Einzelfallprüfung beantworten.

Die vorliegende Auslegeordnung soll den Listenspitälern die wesentlichen Fragen aufzeigen, welchen in einer ersten Einschätzung nachzugehen ist. Dazu ist es unabdinglich zu eruieren, welche Art von Trägerschaft das konkrete Listenspital hat.

Für genauere Auskunft besteht der Weg, ein Einzelgutachten erstellen zu lassen, Rechtssicherheit erlangt das Listenspital erst mit einem rechtskräftigen Gerichtsurteil bezogen auf dieses Listenspital. Dieses Gerichtsurteil kann je nach Kanton unterschiedlich ausfallen; anlässlich der ersten Einschätzung durch das Listenspital ist deshalb auch den kant. Vorschriften Rechnung zu tragen.

B. Prüfung des subjektiven Anwendungsbereichs (4 Einfallstore)

Ein Listenspital untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht dann, wenn es als Auftraggeberin im Sinne von Art. 8 IVöB zu qualifizieren ist. Als Auftraggeberin gemäss Art. 8 IVöB gelten:

1. Kantone, Gemeinden und Bezirke
2. Einrichtungen des öffentlichen Rechts (EöR)
3. Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben
4. Subventionierte Auftraggeber

Im Sinne einer Kaskadenprüfung kann das Listenspital die Voraussetzungen der vier aufgelisteten "Einfallstore" des subj. Anwendungsbereichs durchprüfen. Erfüllt es einen der Tatbe-

stände, untersteht es dem Beschaffungsrecht und muss seine Aufträge vorbehaltlich des objektiven Anwendungsbereichs nach diesem Recht vergeben.

1. Kantone, Gemeinden und Bezirke

Ein Listenspital, das als eigentliche Verwaltungsabteilung figuriert, also selber keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, gehört zum "Staat" im vergaberechtlichen Sinn und gilt als Auftraggeberin gemäss diesem Tatbestand (bspw. CHUV). → **direkt weiter zu C**

Hat ein Listenspital eigene Rechtspersönlichkeit (Verein, Anstalt, Stiftung, Aktiengesellschaft usw.) ist die Prüfung der andern drei Tatbestände weiter zu verfolgen.

2. Einrichtungen des öffentlichen Rechts (EöR)

Das Listenspital gilt unabhängig seiner Trägerschaft als EöR, wenn kumulativ die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Eigene Rechtspersönlichkeit
- b) Staatsgebundenheit: entweder aufgrund
 - öff. Finanzierung,
 - öff. Bestimmung des Geschäftsorgans oder
 - öff. Einfluss auf die Geschäftsführung
- c) zum besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben auf nicht gewerbliche Art zu erfüllen

ad a)

Das Erfordernis der eigenen Rechtspersönlichkeit ergibt sich aus dem auf ein Listenspital anwendbaren Recht und ist stets erfüllt, wenn ein Subjekt vorliegt, dass keine unselbständige Abteilung des Staates ist.

ad b)

Von öffentlichem Einfluss auf die Geschäftsführung des Listenspitals ist nicht bereits die Rede, wenn das Spital einer staatlichen Aufsicht untersteht, sondern nur, wenn der Staat auf die Willensbildung des Listenspitals vorab Einfluss nehmen kann. Ist das Listenspital also bspw. als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt oder AG organisiert, entfällt der öffentliche Einfluss in der Regel.

Die öffentliche Bestimmung des Geschäftsorgans des Listenspitals ist dann zu bejahen, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit des Leitungsgremiums bestimmen kann. Ob dem so ist, ergibt sich für ein Listenspital aus dem anwendbaren Recht (bspw. OR oder Stiftungsurkunde) resp. aus der Eignerstruktur (Stimmrechte, Aktionärsbindungsverträge usw.).

Ein Listenspital gilt als staatsgebunden, wenn es zu mehr als 50% öffentlich finanziert ist. Die Gesamteinnahmen der Institution sind somit darauf zu untersuchen, welcher Teil des Geldes aus privaten und welcher Teil aus öffentlichen Quellen stammt.

Als aus öffentlicher Quelle stammend sind die Gelder aus der Staatskasse zu qualifizieren, aber nicht nur: Es ist in diesem Zusammenhang abzuklären,

- ob die Gelder aus den obligatorischen Sozialversicherungszweigen ebenfalls als öffentliche Finanzierung anzusehen sind (weil sie durch staatliche Organisation eingetrieben werden).

Selbst wenn Einkünfte aus öffentlichen Quellen stammen, gelten sie nur dann als öffentliche Finanzierung, wenn die öffentliche Hand keine direkte Gegenleistung erhält, was zu prüfen ist.

ad c)

Die Aufgabe der Listenspitäler liegt zweifelsohne im Allgemeininteresse; entscheidend ist, ob diese Tätigkeit alleine auf nicht gewerbliche Weise ausgeübt wird; ist dies der Fall, wird das betreffende Listenspital als EöR qualifiziert. Ergibt die Prüfung aber, dass das Listenspital diese im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit vollumfänglich auf gewerbliche Weise erbringt, fällt der Tatbestand der EöR dahin.

Für die gewerbliche Erbringung der Tätigkeit spricht das Vorliegen von Wettbewerbsdruck. Das Gutachten Trüeb/Zimmerli schliesst aus dem Umstand des nicht funktionierenden Wettbewerbs im Zusammenhang mit der Zuteilung des Listenplatzes und der Werbung von Patienten (im OKP-Bereich) automatisch auf einen ungenügenden Wettbewerbsdruck und somit für alle Listenspitäler auf die "nicht gewerbliche Tätigkeit" im OKP-Bereich. Es greift damit wohl zu kurz.

Soweit das betroffene Listenspital den Nachweis erbringen kann

- dass es mit Bezug auf das Gewinnen von OKP-Patienten im Wettbewerb steht, weil ihm Konkurrenten diese Marktanteile strittig machen können,
- dass das Listenspital keinerlei öffentliche Finanzierungshilfe erhält,
- dass ein mögliches Konkursrisiko nicht von der öffentlichen Hand aufgefangen, sondern tatsächlich selbst getragen würde,
- dass sein Handeln ausschliesslich an den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Effizienz ausgerichtet ist,

kann von einer auf gewerbliche Art erfüllten Aufgabe im Allgemeininteresse ausgegangen werden. Gelingt der Nachweis nicht, ist von einer auf nicht gewerbliche Art erfüllten Aufgabe auszugehen.

Ergibt die Prüfung, dass das Listenspital alle Voraussetzungen erfüllt: → **weiter zu C**, ansonsten → **weiter zu 3**

3. Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben

Dieser Tatbestand ist nur zu prüfen, wenn das Listenspital weder Staat noch EöR ist.

Auftraggeber im Sinne dieses Tatbestands ist, wer

- eigene Rechtspersönlichkeit hat und
- eine ihm übertragene öffentliche Aufgabe auf nicht gewerbliche Art erfüllt.

Die kantonale Aufgabe gemäss KVG besteht darin, die minimale Grundversorgung sicherzustellen, dazu eine Spitalplanung zu machen und darauf basierend eine Spitalliste zu erstellen.

Zu prüfen ist,

- ob die Grundversorgung mit stationären Leistungen eine kantonale Staatsaufgabe ist, die via Aufnahme auf die Spitalliste auf das Listenspital übertragen wird.

Je nach dem zu welchem Schluss man bezüglich der Frage der Aufgabenübertragung und gewerblichen Erfüllung dieser Aufgabe gelangt, ist der Tatbestand erfüllt → **weiter zu C**, oder nicht → **weiter zu 4**

4. Subventionierte Auftraggeber

Dieser Tatbestand knüpft am konkret zu vergebenden Auftrag an. Ist dieser zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert, gilt das Listenspital diesbezüglich als Auftraggeberin. Somit ist die Prüfung der subjektiven Unterstellung des Listenspitals unter das öffentliche Beschaffungswesen eigentlich für jeden einzelnen Auftrag gesondert vorzunehmen.

Es ist zu fragen,

- ob eine öffentliche Finanzierung (Subvention) dieses Auftrages vorliegt und
- ob die 50%-Schwelle für die einzelne betroffene Beschaffung überschritten wird.

Bezüglich der öffentlichen Finanzierung kann auf die Ausführungen unter Ziffer 2 verwiesen werden. Es ist nicht klar, ob bestimmte Mittel, die einem Listenspital zufließen, als Subvention im Sinne dieses Tatbestands zu qualifizieren sein könnten. Förmliche Subventionen dürften wohl eher auszuschliessen sein, da sie nicht mehr gewährt werden dürfen. Dass den einem Listenspital zufließenden Mitteln gegebenenfalls eine direkte Gegenleistung gegenüber stehen könnte, könnte den Subventionscharakter jedenfalls ausschliessen. Diese Fragen sind zu klären.

Ob ein zu vergebender Auftrag mehrheitlich mit öffentlichen Geldern subventioniert ist, hängt von zwei Faktoren ab:

- Einmal ist der Betrag zu bestimmen, welcher das Total der diesbezüglich gewährten Subventionen widerspiegelt.
- Dann sind die Gesamtkosten des Auftrages zu eruieren.

Stehen diese Beträge fest, sind sie zueinander in Relation zu setzen und führen je nach Resultat zum Schluss, dass das Listenspital als Auftraggeberin gilt oder nicht.

C. Prüfung des objektiven Anwendungsbereichs

Ergibt die Prüfung des subjektiven Anwendungsbereichs, dass ein Listenspital als Auftraggeberin im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts anzusehen ist, muss geprüft werden, welche seiner Aufträge nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu vergeben sind.

Listenspitäler, die als öffentliche Auftraggeberin gelten, weil sie dem Staat angehören, müssen alle Aufträge nach dem Beschaffungsrecht vergeben.

Listenspitäler, die unterstehen, weil sie als EöR qualifiziert sind, müssen nach europäischer Rechtsprechung alle Aufträge, nach dem Gutachten Trüb/Zimmerli nur Aufträge, die nicht-gewerblich ausgeübten Tätigkeiten dienen vergeben.

Listenspitäler, die den dritten Tatbestand erfüllen, müssen nur diejenigen Aufträge nach dem Beschaffungsrecht vergeben, die der ihnen übertragenen Aufgabe dienen.

Listenspitäler, die den vierten Tatbestand erfüllen, müssen das Beschaffungsrecht nur bezüglich dieser Auftragsvergaben beachten.

Listenspitäler, die nicht sämtliche Aufträge nach öffentlichem Beschaffungsrecht zu vergeben haben, müssen prüfen,

- ob diese oder Teile davon der Erfüllung des Leistungsauftrages (also einem unterstellten Tätigkeitsbereich) dienen oder nicht.

Kann diese Auftrennung problemlos gemacht werden, sind die Aufträge im ersten Fall, sofern die entsprechenden Schwellenwerte erfüllt sind (vgl. Ziffer D) öffentlich auszuschreiben, im zweiten Fall nicht.

Häufig dürfte sich die Zuordnung der Aufträge (oder der Teile davon) in diese beiden Kategorien aber nicht so einfach gestalten. Dann ist nach der Präponderanzmethode vorzugehen. Es ist zu fragen,

- welcher Teil des Auftrages überwiegt; dieser bestimmt alsdann die Qualifikation des Ganzen.

Letztlich wird es also der Zweck der Leistung sein, der darüber entscheidet, ob eine konkrete Beschaffung vergaberechtsfrei vergeben werden kann.

D. Anwendbares Verfahren

Ergibt auch die Prüfung des objektiven Anwendungsbereichs, dass ein Listenspital eine konkrete Beschaffung nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu vergeben hat, ist weiter zu fragen, in welchem Verfahren, nach welchen formalen Regeln, mit welchen Konsequenzen.

Das in einem konkreten Fall zu beachtende Vergabeverfahren bestimmt sich danach, ob der geschätzte Auftragswert der konkreten Vergabe den massgebenden Schwellenwert überschreitet oder nicht.

Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich (in CHF)

Verfahren	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistung Baunebengewerbe	Bauleistung Bauhauptgewerbe
Freihändige Vergabe bis *	100'000	150'000	150'000	300'000
Einladungsverfahren bis	250'000	250'000	250'000	500'000
Offenes / Selektives Verfahren ab	250'000	250'000	250'000	250'000

Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich (in CHF; diese Schwellenwerte bestimmen bei den staatlichen Auftraggebern und bei den EÖR darüber, ob nebst dem interkantonalen Beschaffungsrecht zusätzlich auch das Beschaffungsrecht der Staatsverträge zu beachten ist, was insb. zu einer internationalen Ausschreibung führt)

	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistung
Kanton	350'000	350'000	8'700'000

Die einzelnen Beschaffungsverfahren

Das freihändige Verfahren: Bei diesem Verfahren wählt die Auftraggeberin den Anbieter, welcher eine Offerte einreichen kann, frei aus und vergibt diesem den Auftrag - ohne Ausschreibung - direkt.

*Nebst dem Nichterreichen bestimmter Schwellenwerte, kann selbst bei Überschreitung dieser Werte ein freihändiges Verfahren gewählt werden, wenn die Auftraggeberin das Vorliegen

bestimmter Ausnahmetatbestände geltend machen kann (bspw. Dringlichkeit, Gefährdung der Kompatibilität mit bereits vorhandenen Geräten u.a., vgl. weiter unten).

Das Einladungsverfahren: Bei diesem Verfahren hat die Auftraggeberin bei mindestens drei Anbietern eine Offerte einzuholen und diese nach den zu Beginn definierten Eignungs- und Zuschlagskriterien zu bewerten und dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Auftrag zu vergeben.

Das offene Verfahren: Bei diesem Verfahren hat das Listenspital den zu vergebenden Auftrag öffentlich auszuschreiben und jeder interessierte Anbieter kann eine Offerte einreichen. Die eingehenden Offerten sind auch hier nach den zu Beginn des Verfahrens definierten Eignungs- und Zuschlagskriterien zu bewerten und der Auftrag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Der Zuschlag ist zu publizieren und kann gerichtlich angefochten werden.

Das Selektive Verfahren: Dieses Verfahren ist grundsätzlich gleich geartet wie das offene Verfahren, zeichnet sich im Unterschied zu diesem aber durch seine Zweistufigkeit aus. Es läuft in zwei getrennten Phasen ab. Auch im selektiven Verfahren hat die Auftraggeberin den Auftrag öffentlich auszuschreiben; in einem ersten Schritt reichen die Anbieter vorerst keine Offerte, sondern nur einen Antrag auf Teilnahme ein. Die Auftraggeberin prüft nur die Eignung der Anbieter und wählt jene Anbieter aus, welche aufgrund ihrer Eignung in der zweiten Phase eine Offerte einreichen dürfen. Diese Auswahl ist bekannt zu machen und kann gerichtlich angefochten werden. In einem zweiten Schritt werden dann die eingereichten Offerten geprüft und der Auftrag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Auch dieser Zuschlag ist zu publizieren und kann gerichtlich angefochten werden.

Drei besondere Ausnahmetatbestände für ein freihändiges Verfahren

Zu beachten ist im Einzelfall jeweils der Wortlaut des konkret anwendbaren Rechts sowie die entsprechende Rechtsprechung. Sinngemäss geht es bei den ausgewählten Ausnahmetatbeständen um Folgendes:

Dringlichkeit: Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann.

Besonderheit des Auftrags: Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter oder eine Anbieterin in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative.

Folgeaufträge: Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen dem ursprünglichen Anbieter oder der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist.