



# AUSSCHREIBUNGSPFLICHT SPITEXLEISTUNGEN

Von Barbara Knörr (Rechtsdienst GUD Stadt Zürich) und Claudia Farley (Geschäftsstelle GeKoZH), Juli 2022

## 1. Ausgangslage

Am 12. Oktober 2018 entschied das schweizerische Bundesgericht, dass Aufträge an private Spitex-Organisationen grundsätzlich vom öffentlichen Vergaberecht erfasst und damit ausgeschrieben werden müssen (Bundesgerichts-urteil 2C\_861/2017).

Soweit bekannt schreiben die Gemeinden im Kanton Zürich aktuell ihre Spitexleistungen nicht öffentlich aus, sondern erbringen diese selbst oder sie vergeben diese über Leistungsvereinbarungen bzw. sie vergüten die Leistungen von privaten Spitex-Organisationen bzw. freipraktizierenden Pflegefachpersonen.

Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich möchte mit einer Umfrage bei den Gemeinden prüfen, ob sich diese bei den Vergaben von Spitexleistungen rechtskonform verhalten oder ob es Handlungsbedarf gibt (vgl. Schreiben vom 11. Juli 2022, nachfolgend auszugsweise wiedergegeben):

"Gestützt auf das Bundesgerichtsurteil 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 ("Fall Aarburg") besteht für Spitex-Dienstleistungen eine Ausschreibungspflicht, sofern eine Gemeinde diese Dienstleistungen nicht selber erbringt.

In Gemeinden, die über eine eigene, unter ihrer Kontrolle stehende Spitex-Organisation verfügen, besteht unabhängig von deren Rechtsform, keine Ausschreibungspflicht (sog. "Quasi-Inhouse-Vergabe"). Dies dürfte in einer Vielzahl der Städte und Gemeinden im Kanton Zürich der Fall sein.

Hinsichtlich der anderen Gemeinden, die auch oder ausschliesslich externe Spitex-Organisationen beauftragt haben, ist es uns es wichtig, einen Überblick über die Situation zu gewinnen und zu prüfen, ob Rechtskonformität besteht oder ob es Handlungsbedarf gibt. Diesen würden wir mit dem GPV bzw. der Gesundheitskonferenz des Kantons Zürich (GeKoZH) besprechen."

Der "Fall Aarburg": Die Gemeinde Aarburg (AG) führte für die Vergabe der Spitexleistungen ein Einladungsverfahren durch und lud vier gemeinnützige Organisationen ein. Diese Vergabe wurde von einer unterlegenen Spitex-Organisation angefochten. Im vorliegenden Fall war durch das Bundesgericht zu klären, ob die erfolgte Auftragsvergabe vom öffentlichen Vergaberecht erfasst wird. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Aufträge an private Spitex-Organisationen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen und damit auszuschreiben sind. Eine Ausnahme gilt bezüglich solcher Leistungserbringerinnen, die als Wohltätigkeitseinrichtung zu qualifizieren sind. Diese Ausnahme greift jedoch nicht, soweit die Auftraggeberin möglichst preisgünstig vergeben will.

Der "Fall Aarburg" unterscheidet sich von der Praxis der Zürcher Gemeinden. Soweit bekannt vergeben die Zürcher Gemeinden ihre Aufträge direkt an gemeinnützige oder an gemeindenaher Organisationen (quasi-inhouse). Demgegenüber suchte die Gemeinde Aarburg über ein Submissionsverfahren den wirtschaftlich günstigsten Anbieter, wobei sie den Preis mit 80% gewichtete. Damit wurde die Zielsetzung der Gemeinde kommerziell. Es stand nicht mehr die gemeinnützige Tätigkeit im Vordergrund, sondern es ging der Gemeinde um eine möglichst günstige Erledigung eines. Zudem mussten sich die über ein Einladungsverfahren angefragten Spitex-Non-Profitorganisationen kommerziell um einen Auftrag bewerben, was stets zur Anwendbarkeit des Vergaberechts führt.

## 2. Einschätzung GPV, GUD, Spitex: Es gibt Ausnahmen

Seit dem "Fall Aarburg" ist die Frage nach der Ausschreibungspflicht von Spitexleistungen in den Fokus gerückt. Inzwischen liegen verschiedene juristische Einschätzungen vor, u.a.: Für den GPV (vgl. Kurzmemorandum Saile), für den Spitexverband Schweiz (vgl. Aktennotiz Cancar) und für das Gesundheits- und Umweltdepartement der Stadt Zürich (vgl. Aktennotiz Knörr). Saile hält z.B. fest: "Mit Klarheit kann gesagt werden, dass ein Vorgehen nach dem Muster Aarburg, wo bei einem Einladungsverfahren der Preis mit 80% gewichtet wird, dem Vergaberecht untersteht. Auch klar ist, dass die Vergabe von Spitexleistungen nicht immer dem öffentlichen Vergaberecht untersteht; es gibt Ausnahmen".

### Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Wenn eine Gemeinde keine eigene Spitex-Organisation betreibt, kann sie grundsätzlich in zwei Konstellationen eine externe Spitex-Organisation mit der Erbringung von Spitexleistungen direkt (ohne Submission) beauftragen:

- Ausnahme 1: Die Gemeinde beauftragt eine ihr nahestehende oder eine andere dem öffentlichen Sektor zugehörige Organisation. Hierzu müssen die Voraussetzungen einer Quasi-inhouse- oder Instate-Vergabe erfüllt sein. **ODER**
- Ausnahme 2: Die Spitex-Organisation qualifiziert als Wohltätigkeitseinrichtung i.S.v. § 10 Abs. 1 lit. a IVöB.

#### Ausnahme 1 a) Quasi-Inhouse-Vergabe

Ein Auftrag darf gestützt auf ein Quasi-Inhouse-Privileg direkt vergeben werden, wenn der Auftraggeber über die Auftragnehmerin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Auftragnehmerin ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringt. Dabei handelt es sich klassischerweise um ausgelagerte rechtlich selbständige Einheiten, an welchen der Auftraggeber beteiligt ist und auf welche er Einfluss nehmen kann (indem beispielsweise die Vereinsstatuten vorsehen, dass die Gemeindevorstanderschaft im Vorstand vertreten ist oder sie den Vorstand [mit]bestimmen kann). Das Erfordernis der wesentlichen Tätigkeit darf als erfüllt gelten, wenn die Auftragnehmerin mindestens 80 Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt für diesen Auftraggeber erbringt.

#### Ausnahme 1 b) Instate-Vergabe

Die "Instate"-Ausnahme bedeutet, dass die Beschaffung eines Auftraggebers bei einem anderen (dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten) Auftraggeber (unabhängig davon, ob von derselben oder einer anderen Staatsebene, d. h. Bund, Kanton oder Gemeinde) nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Die "Instate"-Ausnahme setzt regelmässig voraus, dass am potenziellen Anbieter keine Privaten beteiligt sind. Zudem darf die Auftragnehmerin die Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Dritten erbringen. Verlangt wird also ihr wettbewerbsneutrales Verhalten. Eine Instate-Konstellation liegt beispielsweise vor, wenn eine Gemeinde bei einer anderen Gemeinde Spitexleistungen einkauft.

#### Ausnahme 2: Spitex-Organisation als Wohltätigkeitseinrichtung

Gemäss dem Bundesgericht (Entscheid "Aarburg") müssen die folgenden Kriterien erfüllt sein, damit eine Spitex-Organisation als Wohltätigkeitseinrichtung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB qualifiziert:

- a) Nicht-kommerzielle Zwecksetzung der Spitex-Organisation: Dazu gehören Vereine mit gemeinnützigem oder sozialem Zweck, wie z.B. die Versorgung der Bevölkerung mit spitalexternen Diensten und die Begleitung, Betreuung und Pflege von Patient\*innen zu Hause.
- b) Nicht-kommerzielle Absichten mit Bezug auf die fragliche Leistungserbringung: Die Spitex-Organisation darf beim konkreten Geschäft keine Gewinnabsichten und auch keine anderen wirtschaftlichen Interessen anstreben. Die Spitex-Organisation darf auch keine kommerzielle Nebentätigkeit betreiben, um mit diesem Gewinn die nicht-lukrative, gemeinnützige Tätigkeit zu finanzieren. Soweit sie im Rahmen dieser kommerziellen Tätigkeiten Leistungen anbietet, ist sie aufgrund ihrer kommerziellen Motivation (Erwirtschaftung von Gewinn; auf den ideellen Zweck hinter dem Gewinn kommt es insofern nicht an) gewöhnliche Wettbewerbsteilnehmerin.



- c) Nicht-kommerzielle Ausgestaltung des betreffenden Geschäfts: Eine Gewinnabschöpfungsklausel- bzw. Verlustschutzklausel in der Leistungsvereinbarung sind konkrete Hinweise auf ein nicht-kommerzielles Geschäft. Die Forderung nach einer wirtschaftlichen Leistungserbringung hingegen ist kein Hinweis auf ein kommerzielles Geschäft, weil gemäss Bundesrecht alle durch die OKP finanzierten Leistungen wirtschaftlich erbracht werden müssen. Die Durchführung einer Ausschreibung, dass sich die – auch nicht-kommerziellen – Anbieter kommerziell um einen Auftrag bewerben müssen, führt stets zur Anwendbarkeit des Vergaberechts.

Handelt der Auftragnehmer aus kommerziellen Motiven und/oder wird er auf kommerzieller Basis beauftragt (z.B. über ein Submissionsverfahren), fällt eine Direktbeauftragung gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB ausser Betracht.

### 3. Bedeutung des "Falls Aarburg" für Zürcher Gemeinden

Falls eine Gemeinde über eine gemeindeeigene Spitex verfügt, stellt sich die Frage nach einer öffentlichen Ausschreibung nicht (klassische Inhouse-Vergabe). Jede andere Gemeinde sollte sorgfältig prüfen, ob sie eine der Ausnahmetatbestände erfüllt. Im Zweifelsfall sollte zur Beurteilung juristische Unterstützung beigezogen werden. Ist dies nicht der Fall, sollte eine laufende Leistungsvereinbarung mit einer externen Spitex-Organisation gekündigt und die Spitexleistungen sollten künftig ausgeschrieben werden.

#### **Mit folgende Fragen kann man prüfen, ob einer der Ausnahmetatbestände erfüllt ist:**

##### *Ausnahme 1 a) Quasi-Inhouse Vergabe*

- Handelt es sich bei der Spitex-Organisation um ein rechtlich selbständiges Rechtssubjekt (z.B. Verein, Stiftung, AG etc.)?
- Ist die Gemeinde an diesem Rechtssubjekt beteiligt?
- Kann die Gemeinde auf die Spitex-Organisation Einfluss nehmen, indem sie beispielsweise das strategische Leitungsgremium wie z.B. den Vorstand oder den Verwaltungsrat (mit)bestimmen kann?
- Ist die Spitex-Organisation im Wesentlichen, d.h. im Umfang von ca. 80 Prozent, für die Gemeinde tätig?

##### *Ausnahme 1 b) Instate-Vergabe*

- Handelt es sich bei der Auftragnehmerin um ein rechtlich selbständiges Rechtssubjekt, welches ebenfalls dem öffentlichen Sektor zugehörig ist?
- Sind keine Privatpersonen an der Auftragnehmerin beteiligt?
- Verhält sich die Auftragnehmerin wettbewerbsneutral, d.h. nimmt sie an keinen öffentlichen Ausschreibungen teil?

##### *Ausnahme 2: Vergabe an eine Wohltätigkeitseinrichtung*

- Weist die Spitex-Organisation eine ideelle, d.h. nicht-kommerzielle Zwecksetzung auf?
- Hat sie in Bezug auf die fragliche Leistungserbringung keine kommerziellen Absichten, d.h. keine Gewinnerzielungsabsichten?
- Ist das konkrete Geschäft tatsächlich nicht kommerziell ausgestaltet, d.h.
  - es findet keine Ausschreibung oder ein Einladungsverfahren statt, um den wirtschaftlich günstigsten Anbieter zu evaluieren?
  - der Gemeinde geht es um die Förderung einer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit und nicht um eine möglichst günstige Auftragserfüllung?
  - der Vertrag beinhaltet beispielsweise eine Gewinnabschöpfungsklausel?

Falls eine Gemeinde alle Fragen eines Ausnahmetatbestands 1 a), 1 b) oder 2 mit **JA** beantworten kann, dürfte eine Ausnahmebestimmung erfüllt sein und die Ausschreibungspflicht damit wegfallen.

Die Gesundheitsdirektion ist demgegenüber offenbar der Meinung, dass die Ausnahme der Auftragsvergabe an Wohltätigkeitseinrichtungen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB bei Spitex-Organisationen praktisch nie erfüllt sein dürfte. Deshalb erwähnt sie diese Ausnahme in ihrem Schreiben vom 11. Juli 2022 nicht. Damit vertritt sie eine



Meinung, die unseres Erachtens nicht durch den Entscheid "Aarburg" gedeckt ist bzw. über diesen Entscheid hinausgeht. Es gilt abzuwarten, was die Gesundheitsdirektion beabsichtigt, weiter zu unternehmen. Stützt sich eine Gemeinde bei ihrer Auftragsvergabe auf Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB, sollte sie dies im Rahmen der Fragebogenbeantwortung gegenüber der Gesundheitsdirektion vermerken.

**Wichtig:** Ein öffentliches Ausschreibungsverfahren bewirkt, dass auch nicht-kommerzielle Spitex-Organisationen sich kommerziell um einen Auftrag bewerben müssen und das Vergaberecht angewendet werden muss. Sobald sich eine Spitex-Organisationen einmal kommerziell um einen Auftrag beworben hat, gilt sie als Marktteilnehmerin. Von da an fällt sie künftig für eine Direktbeauftragung durch eine Gemeinde ausser Betracht.

## Quellen (nicht öffentlich)

- Saile, Peter: Kurzmemorandum (26.09.2020), im Auftrag von GPV
- Knörr, Barbara: Aktennotiz (1.02.2019), im Auftrag von GUD Stadt Zürich
- Cancar, Romana: Aktennotiz (20.11.2018), im Auftrag von Spitex Verband Schweiz
- Beyeler, Martin: Spitex: caritas aut commercium?, in BR/DC 1/2019, 14ff.

