

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00555 vom 20. Dezember 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00555

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00555 du 20 décembre 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00555 del 20 dicembre 2016

Regeste

Submission / Beschaffungsrecht | Aufsicht des Regierungsrats, subjektiver Geltungsbereich des Beschaffungsrechts, Einrichtungen des öffentlichen Rechts, Listenspital
Verfahrensvereinigung (E. 1.2). Eine Aktiengesellschaft ist zur Beschwerde gegen eine Anordnung legitimiert, die sämtlichen (auch zukünftigen) Mitgliedern ihres leitenden Organs unter Strafandrohung eine Verpflichtung auferlegt (E. 1.3.3). Der Regierungsrat kann im Rahmen seiner Aufsicht über Vergabestellen im Sinn einer präventiven Aufsichtsmassnahme Weisungen zum subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts erlassen (E. 2.1 f.). Die Mitarbeitenden einer Vergabestelle stehen nach den Bestimmungen des Beschaffungsrechts nicht unter der Dienstaufsicht des Regierungsrats; das Recht zur Dienstaufsicht ergibt sich hier auch nicht aus dem Gemeindegesetz. Soweit die Mitglieder des Leitungsorgans unter Strafandrohung verpflichtet werden, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten, erweist sich die Ausgangsverfügung deshalb als rechtswidrig (E. 2.3). Privatrechtlich organisierte Auftraggebende fallen in den subjektiven Geltungsbereich der IVöB, wenn es sich um Einrichtungen des öffentlichen Rechts handelt. Eine Einrichtung des öffentlichen Rechts liegt vor, wenn sie zum besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die keinen gewerblichen Charakter haben, sie Rechtspersönlichkeit hat und ihre Aktivitäten mehrheitlich öffentlich finanziert werden oder ihre Geschäftsleitung öffentlich beeinflusst oder das Leitungsorgan mehrheitlich öffentlich bestimmt wird (E. 3.2). Die Beschwerdeführerin hat eigene Rechtspersönlichkeit (E. 3.3). Als Listenspital ist die Beschwerdeführerin zum besonderen Zweck gegründet worden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen (E. 4.1). Im Bereich der Listenspitäler herrscht kein freier Wettbewerb, weshalb die Tätigkeit der Beschwerdeführerin keinen gewerblichen Charakter hat (E. 4.2-7). Die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin ist nichtöffentlich beeinflusst (E. 5.2). Da nur Gemeinden Aktionäre der Beschwerdeführerin sind, wird deren Leitungsorgan öffentlich bestimmt (E. 5.3). Offengelassen, ob die Aktivitäten mehrheitlich öffentlich finanziert werden (E. 5.4). Die Beschwerdeführerin ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts und fällt damit in den subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (E. 6.1). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2015.00555 VB.2015.00556 Urteil der 1. Kammer vom 20. Dezember 2016
Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüb bach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen Aus VB.2016.00555 GZO AG, c/o Spital Wetzikon, vertreten durch

RA A, Beschwerdeführerin, Aus VB.2016.00556 B, vertreten durch RA A, Beschwerdeführer, gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, vertreten durch die Staatskanzlei des Kantons Zürich, diese vertreten durch Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Submission/Beschaffungsrecht, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 8. Juli 2015 verpflichtete der Regierungsrat die GZO AG als Betreiberin des Spitals Wetzikon sowie die Mitglieder ihrer leitenden Organe, sämtliche die entsprechenden Schwellenwerte gemäss Interkantonaler Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) überschreitenden Aufträge auszuschreiben, sofern kein Ausnahmetatbestand im Sinn von § 10 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2013 (SubmV, LS 720.11) gegeben sei (Dispositiv-Ziff. I). Für den Fall der Widerhandlung drohte er den Mitgliedern der leitenden Organe der GZO AG Bestrafung mit Busse im Sinn von Art. 292 des Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) an (Dispositiv-Ziff. II). II. A. Die GZO AG liess am 14. September 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Regierungsratsbeschluss aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten. Namens des Regierungsrats schloss die Gesundheitsdirektion mit Beschwerdeantwort vom 18. November 2015 auf Abweisung der Beschwerde. Mit Beschluss vom 11. Februar 2016 stellte die Kammer die zuvor unbenutzt abgelaufene Replikfrist der GZO AG wieder her. In der Folge hielten die GZO AG mit Replik vom 2. März und Triplik vom 1. Juni 2016 und die Gesundheitsdirektion mit Duplik vom 28. April 2016 an den jeweiligen Anträgen fest. Die Gesundheitsdirektion verzichtete am 17. Juni 2016 auf eine weitere Stellungnahme (VB.2015.00555). B. B, Verwaltungsrat der GZO AG, liess ebenfalls am 14. September 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Regierungsratsbeschluss aufzuheben. Namens des Regierungsrats schloss die Gesundheitsdirektion mit Beschwerdeantwort vom 18. November 2015 auf Abweisung der Beschwerde. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine aufsichtsrechtliche Anordnung des Regierungsrats gestützt auf § 39 Abs. 2 SubmV in Verbindung mit Art. 19 IVöB. Rechtsmittel gegen solche Entscheide sind – im Gegensatz zu Beschwerden gegen Vergabeentscheide – weder in der IVöB noch im Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG, LS 720.1) spezialgesetzlich geregelt. Anwendbar sind deshalb die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2). Das Verwaltungsgericht ist für die Beschwerde gestützt auf § 41 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 und Abs. 2 je lit. a, § 19a sowie §§ 42–44 e contrario VRG zuständig.

E. 1.2

Der Beschwerdegegner beantragt die Vereinigung der Verfahren VB.2015.00555 und VB.2015.00556. Die Vereinigung von Verfahren ist aus prozessökonomischen Gründen zulässig, wenn mehrere Begehren den gleichen Sachverhalt betreffen und dieselben Rechtsfragen aufwerfen (§ 71 VRG in Verbindung mit Art. 125 lit. c der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [SR 272]). Eine Vereinigung ist insbesondere dann angezeigt, wenn sich zwei oder mehrere Rechtsmittelbegehren von Privaten oder eines Gemeinwesens gegen dieselbe Verfügung richten (Martin Bertschi/Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich

[VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 50–60). Vorliegend richten sich die beiden Beschwerden gegen denselben Beschluss vom 8. Juli 2015. Entsprechend rechtfertigt es sich, die Verfahren VB.2015.00555 und VB.2015.00556 zu vereinigen.

E. 1.3.1

Nach § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG ist zur Beschwerde legitimiert, wer von einer Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die beschwerdeführende Person muss stärker als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zum Streitgegenstand stehen. Zudem muss sie einen eigenen, persönlichen praktischen Nutzen an der Rechtsmittelerhebung dartun können (Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 21 N. 14 ff.).

E. 1.3.2

Wie sich aus der Beschwerdebeurteilung ergibt, wendet der Beschwerdeführer im Verfahren VB.2015.00556 (im Folgenden der Beschwerdeführer) sich nur insofern gegen den angefochtenen Beschluss, als ihm in seiner Funktion als Mitglied des leitenden Organs der Beschwerdeführerin im Verfahren VB.2015.00555 (im Folgenden die Beschwerdeführerin) die Verpflichtung auferlegt wurde, Aufträge künftig nach den Regeln des Beschaffungsrechts auszuschreiben, und ihm bei Zuwiderhandlung eine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht wurde. Von dieser Anordnung ist er direkt betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3.3

Die Beschwerdeführerin ist von der Anordnung in Dispositiv-Ziff. I des angefochtenen Beschlusses – soweit sie damit verpflichtet wird, Aufträge künftig nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu vergeben – ebenfalls direkt betroffen und deshalb ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob sie auch zur Beschwerde legitimiert ist, soweit die angefochtene Verfügung den "Mitgliedern ihrer leitenden Organe" die gleiche Pflicht auferlegt und diesen sodann in Dispositiv-Ziff. II bei Zuwiderhandlung Bestrafung nach Art. 292 StGB androht. Dispositiv-Ziff. II des angefochtenen Beschlusses richtet sich nicht an die Beschwerdeführerin, sondern an die Mitglieder des leitenden Organs; die Beschwerdeführerin ist von dieser Anordnung deshalb nicht direkt betroffen. Allerdings ist die Anordnung so gehalten, dass nicht nur die heutigen, sondern auch sämtliche zukünftigen Mitglieder des leitenden Organs der Beschwerdeführerin davon betroffen wären. Die Beschwerdeführerin ist zumindest insofern indirekt betroffen, als das mit der Anordnung verbundene Strafrisiko für aktuelle und zukünftige Mitglieder ihres leitenden Organs dazu führen könnte, dass sie ihr leitendes Organ nicht mehr entsprechend den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften besetzen könnte und ihr damit die Auflösung wegen eines Organisationsmangels drohte (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 3 des Obligationenrechts [OR, SR 220]). Würde die Anordnung aufgehoben, soweit sie aktuelle und künftige Mitglieder des leitenden Organs der Beschwerdeführerin betrifft, hätte diese damit insofern einen praktischen Nutzen, als es ihr einfacher fallen dürfte, neue Mitglieder für ihr leitendes Organ zu finden. Sie hat damit auch diesbezüglich ein schutzwürdiges Interesse und ist somit zur Beschwerde legitimiert. Weil die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Zuständigkeit des Regierungsrats

E. 2.1

Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass der Regierungsrat für den Erlass der Ausgangsverfügung zuständig war. Nach Art. 19 Abs. 1 IVöB überwachen die Kantone die Einhaltung der Vergabebestimmungen vor und nach dem Zuschlag durch die Auftraggeberinnen und Auftraggeber und die Anbieterinnen und Anbieter; sie sehen Sanktionen für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen vor (Art. 19 Abs. 2 IVöB). § 4 Abs. 3 Satz 1 IVöB-BeitrittsG delegiert die Regelung dieser Aufsicht an den Regierungsrat. Gemäss § 39 Abs. 2 SubmV ist die jeweils für den Sachbereich zuständige Direktion Aufsichtsbehörde über die Vergabestellen, wobei die Aufsicht des Bezirksrats über die Gemeinden vorbehalten bleibt; die Oberaufsicht steht dem Regierungsrat zu. Die in § 39 Abs. 2 SubmV erwähnte Oberaufsicht ist nicht als Oberaufsicht im Sinn der parlamentarischen Oberaufsicht über die Verwaltung, sondern als obere Aufsicht zu verstehen, wie sie etwa auch in § 149 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (GG, LS 131.1) vorgesehen ist. Der Regierungsrat und die Direktion können in diesem Sinn nebeneinander aufsichtsrechtlich tätig werden, wobei die Oberaufsicht des Regierungsrats der jeweiligen Fachaufsicht einer Direktion vorgeht. Gestützt auf diese Bestimmung kann der Regierungsrat demnach in eigener Kompetenz aufsichtsrechtliche Anordnungen erlassen (vgl. hierzu Hans Rudolf Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A., Wädenswil 2000, § 149 N. 1). Zu prüfen bleibt, ob der Regierungsrat hier im Rahmen seiner Aufsichtskompetenz tätig geworden ist.

E. 2.2

Soweit die Ausgangsverfügung die Beschwerdeführerin betrifft, hat der Regierungsrat damit im Ergebnis festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in den subjektiven Geltungsbereich der einschlägigen Bestimmungen des Beschaffungsrechts falle und diese bei der Vergabe von Beschaffungen deshalb zu beachten habe. Dabei handelt es sich um eine präventive Aufsichtsmaßnahme in Form einer Weisung (vgl. Tobias Jaag, Zwangsmassnahmen in der Verbandsaufsicht, ZBl 111/2010, S. 73 ff., 77). Diese Weisung betrifft die Aufsicht über die Auftraggeberinnen vor der Erteilung des Zuschlags und fällt damit nach Art. 19 Abs. 1 IVöB in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Satz 1 IVöB-BeitrittsG und § 39 Abs. 2 SubmV (auch) in die Zuständigkeit des Regierungsrats. Ob gestützt auf diese Bestimmungen auch Sanktionen angeordnet werden könnten, braucht hier nicht geprüft zu werden, weil solche nur gegenüber den Mitgliedern der leitenden Organe der Beschwerdeführerin, hingegen nicht gegenüber der Beschwerdeführerin selber angedroht wurden.

E. 2.3

Der Regierungsrat hat nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch die Mitglieder ihres leitenden Organs dazu verpflichtet, Aufträge künftig nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu vergeben und ihnen darüber hinaus bei Zuwiderhandlung gegen diese Anordnung eine Bestrafung gestützt auf Art. 292 StGB angedroht. Zu prüfen ist demnach im Folgenden, ob die Aufsichtskompetenz des Regierungsrats sich auch auf Mitglieder eines leitenden Organs einer Vergabestelle erstreckt, die ihrerseits dem Privatrecht untersteht. Nach § 39 Abs. 2 SubmV erstreckt sich die Aufsicht nur auf "die Vergabestellen", hingegen nicht auch auf die für den Vergabeentscheid zuständigen Personen. Aufsichtsmaßnahmen im Sinn einer Dienstaufsicht gegenüber den

verantwortlichen Personen einer Vergabestelle lassen sich demnach nicht auf § 39 Abs. 2 SubmV abstützen. Der Beschwerdegegner scheint diese Kompetenz ergänzend aus §§ 141 ff. § 149 GG abzuleiten. Gemäss § 149 Abs. 1 in Verbindung mit § 141 Abs. 1 GG stehen die Gemeinden, ihre Betriebe, Anstalten und ihre Verbindungen (auch) unter der Aufsicht des Regierungsrats. Ob privatrechtliche Einrichtungen, welche Gemeindeaufgaben übernehmen, dieser Aufsicht ebenfalls unterstehen (ablehnend Thalmann, § 141 N. 1.4), braucht hier nicht näher geprüft zu werden, weil die Beschwerdeführerin keine den Gemeinden übertragene Aufgabe erfüllt (§ 3 Abs. 1 e contrario des Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetzes vom 2. Mai 2011 [SPFG, LS 813.20]). Den Gemeinden ist es deshalb nach den Bestimmungen des übergeordneten Rechts auch nicht verwehrt, ihren Aktienanteil jederzeit zu verkaufen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners steht dem im Übrigen auch der bei der Umwandlung von einem Zweckverband in eine Aktiengesellschaft zwischen den Gemeinden abgeschlossene Interkommunale Vertrag nicht entgegen. Nach Ziff. 14 Abs. 2 gilt dieser Vertrag nur solange, als die Gemeinden zur Sicherstellung der medizinischen Grundversorgung gesetzlich verpflichtet sind und die Beschwerdeführerin einen kantonalen Leistungsauftrag erfüllt. Weil die Pflicht der Gemeinden zur Sicherstellung der medizinischen Grundversorgung weggefallen ist, ist eine dieser Voraussetzungen nicht mehr erfüllt und die Interkantonale Vereinbarung demnach dahingefallen. Schon weil die Beschwerdeführerin damit keine Gemeindeaufgabe mehr erfüllt, kann sie nicht Gegenstand der Aufsicht nach §§ 141 ff. GG sein (vgl. auch Thalmann, Vorb. § 141–150 N. 4.1). Demnach fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, um auch gegenüber den Mitgliedern des leitenden Organs der Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Anordnungen zu treffen. Soweit der Beschwerdegegner nicht nur gegenüber der Beschwerdeführerin, sondern auch gegenüber den Mitgliedern ihres leitenden Organs aufsichtsrechtliche Anordnungen getroffen hat, hat er demnach seine Kompetenz überschritten. Die Ausgangsverfügung ist insofern aufzuheben. Weil die Strafandrohung in Dispositiv-Ziff. II sich nur gegen die Mitglieder des leitenden Organs der Beschwerdeführerin richtet, ist diese Anordnung ebenfalls vollumfänglich aufzuheben. Damit kann offenbleiben, ob die Anordnung in Dispositiv-Ziff. I überhaupt mit einer Strafandrohung verbunden werden durfte.

E. 3

Subjektiver Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

E. 3.1

Materiell ist zwischen den Parteien im Wesentlichen strittig, ob die Beschwerdeführerin in den subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fällt. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft im Sinn von Art. 620 ff. OR und damit um ein Subjekt des Privatrechts. Sie entstand durch Umwandlung des Zweckverbands Gesundheitsversorgung Zürcher Oberland. Aktionäre der Beschwerdeführerin sind sämtliche politischen Gemeinden des Bezirks Hinwil sowie die politische Gemeinde Bauma. Die Beschwerdeführerin bezweckt die Sicherstellung des akutstationären Leistungsauftrags des Kantons Zürich im Zürcher Oberland.

E. 3.2

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB unterstehen dieser Vereinbarung im Staatsvertragsbereich unter anderem Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen und industriellen

Tätigkeiten. Diese Bestimmung setzt Ziff. 2 f. von Annex 2 zum Anhang I des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) in Verbindung mit Art. 2 des Abkommens vom 21. Juni 199 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) um, gemäss welchen "[I]es organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel" bzw. "[I]es autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes" dem Vertrag unterstehen (www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che2.doc). Gemäss einer – auch für den Annex 2 anwendbaren – Definition in Fussnote 1 von Annex 3 zu Anhang I GPA (www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che3.doc) wird eine Einrichtung als eine solche des öffentlichen Rechts qualifiziert, wenn sie - zum besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die keinen gewerblichen Charakter aufweisen ("créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial"), - Rechtspersönlichkeit hat ("doté d'une personnalité juridique") und - ihre Aktivitäten mehrheitlich öffentlich finanziert werden, ihre Geschäftsleitung öffentlich beeinflusst wird oder das Leitungsorgan mehrheitlich öffentlich bestimmt wird (dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public"). Die drei Lemmata müssen kumulativ erfüllt sein, wobei das dritte Lemma seinerseits drei alternative Voraussetzungen enthält (zum Ganzen BGr, 18. Juli 2016, 2C_6/2016, E. 3.2 [zur Publikation vorgesehen]; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 166 f.; Hubert Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., Rz. 18, Etienne Poltier Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 83; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 132 f.).

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin hat unstreitig eigene Rechtspersönlichkeit und erfüllt damit die Voraussetzung des zweiten Lemmas; zu prüfen bleibt, ob sie die Voraussetzungen des ersten und mindestens eine Voraussetzung des dritten Lemmas erfüllt.

E. 4

Erstes Lemma

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin ist gegründet worden, um den akutstationären Leistungsauftrag des Kantons Zürich im Zürcher Oberland sicherzustellen. Sie ist damit zum besonderen Zweck gegründet worden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen. Dies ist unbestritten.

E. 4.2

Ein gewerblicher Charakter liegt vor, wenn die Einrichtung wie ein privates Wirtschaftssubjekt tätig ist, also eine Konkurrenzsituation zu Privaten besteht. In diesen Fällen führt die Konkurrenzsituation dazu, dass die Einrichtung sich von sich aus veranlasst sieht, ihre Aufträge möglichst wirtschaftlich zu vergeben (BGr, 18. Juli 2016, 2C_6/2016,

E. 3.3.1; Beyeler, Rz. 274; Stöckli, Rz. 20 S. 53 f.). Gewerblicher Charakter liegt demnach vor, wenn die Einrichtung des öffentlichen Rechts dem vollen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (Beyeler, Rz. 278). Kein solcher Wettbewerbsdruck liegt vor, wenn der Staat die Einrichtung über seine Rolle als Aktionär hinaus finanziell unterstützt. Ebenfalls kein ausreichender Wettbewerb liegt vor, wenn der Staat die öffentliche Einrichtung vor dem Eintritt neuer Konkurrenten schützt, indem er ein Monopol bildet oder die Anbieterzahl anderweitig beschränkt (Wettbewerbskommission, Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts [Art. 5 BGBM], RPW 2014, S. 442 ff., 445).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin erbringt im Wesentlichen ambulante und stationäre Heilbehandlungen im Rahmen eines Spitalbetriebs. Sie erbringt zu einem wesentlichen Anteil medizinische Leistungen, welche nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) finanziert werden. Gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG sind Spitäler unter anderem zur Leistungserbringung zugelassen, wenn sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen (lit. d) und der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (lit. e). Die Planung für eine bedarfsgerechte Versorgung umfasst unter anderem die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für die Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, die die Planung erstellen (Art. 58a Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 [KVV, SR 832.102]). Die Kantone führen auf ihrer Spitalliste die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf, die notwendig sind, um die Versorgung zu gewährleisten (Art. 58b Abs. 2 und Art. 58e Abs. 1 KVV). Sie haben dabei ihre Planung zu koordinieren (Art. 39 Abs. 2 KVG). Nach Art. 41 Abs. 1 bis KVG kann die versicherte Person für die stationäre Behandlung unter den Spitälern frei wählen, die auf der Spitalliste ihres Wohnkantons oder jener des Standortkantons aufgeführt sind. Im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten sind die Listenspitäler verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten (Art. 41a Abs. 1 KVG). Die Beschwerdeführerin wurde für verschiedene Leistungen im Bereich der Akutsomatik auf die Spitalliste des Kantons Zürich aufgenommen.

E. 4.4

Für die Vergütung der stationären Behandlung, einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen, vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen, welche in der Regel als Fallpauschalen festzulegen sind. Diese Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Die Tarife haben sich an der Entschädigung jener Spitäler zu orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (zum Ganzen Art. 49 Abs. 1 KVG). Die Vergütung dieser Fallpauschale wird von den Kantonen und den Krankenversicherern anteilmässig übernommen, wobei der Anteil des Kantons mindestens 55 Prozent beträgt (Art. 49a Abs. 1 f. KVG). Die Fallpauschale im Einzelfall bestimmt sich durch zwei Elemente: Einerseits einem durch eine von den Tarifpartnern und den Kantonen eingesetzte Organisation festgelegten Tarif, der nach diagnosebezogenen Fallgruppen schweizweit festgelegt wird (Art. 49 Abs. 2 KVG, sogenannte SwissDRG). Dieser Tarif darf keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Dazu gehören insbesondere

die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen sowie die Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 KVG). Andererseits aus einem Basisfallwert, welcher zwischen den Versicherern und den Leistungserbringern vertraglich festgelegt wird (Art. 43 Abs. 4 KVG). Kommt kein solcher Tarifvertrag zustande, setzt die Kantonsregierung den Tarif nach Anhörung der Beteiligten fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Tarifverträge mit Spitälern müssen nach Art. 47 Abs. 4 KVG von der Kantonsregierung genehmigt werden (vgl. zum Ganzen auch BVGE 2014/36 E. 2). Grundsätzlich besteht damit die Möglichkeit spitalindividueller Tarife, angestrebt wird jedoch eine Anpassung der Basisfallwerte der einzelnen Spitäler (BVGE 2014/36 E. 3.4 mit Hinweisen). Soweit keine Tarifverträge zustande kommen, wird der Basisfallwert von nicht-universitären Spitälern derzeit im Kanton Zürich anhand eines kantonalen Betriebsvergleichs festgelegt, wobei das 40. Perzentil als Benchmark massgebend ist (vgl. hierzu BVGE 2014/36 E. 9 f.).

E. 4.5

Die dargestellte Regelung der Spitalfinanzierung ist Anfang 2009 in Kraft getreten und hatte zum Ziel, den Wettbewerb zwischen den Spitälern zu stärken, änderte jedoch nichts daran, dass weiterhin Planungs- und Regulierungselemente eine gewichtige Rolle spielen und insofern kein freier Wettbewerb vorliegt, in dem sich die Preise primär durch Angebot und Nachfrage bestimmen (BVGE 2014/3 E. 2.8.4.1 f., 2014/36 E. 3.2 je mit weiteren Hinweisen). Den Kantonen ist es zudem gestattet, in ihren Spitallisten Höchstmengen vorzusehen und insofern den Wettbewerb zwischen den Listenspitälern zu beschränken (ausführlich hierzu BGE 138 II 398 E. 3 [= Pra. 102/2013 Nr. 12]). Ebenso ist ein Kanton dazu legitimiert, Rechtsmittel gegen die Spitalliste eines anderen Kantons zu erheben und geltend zu machen, diese Spitalliste gefährde die eigene Spitalplanung (BVGer, Zwischenverfügung vom 23. Juli 2014 und Urteil vom 29. September 2015 im Verfahren C-6266/2013). Demnach wird die Anbieterseite im Bereich der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistungen durch die jeweiligen Kantone reguliert, die mit ihrer Planung insbesondere verhindern sollen, dass Überkapazitäten entstehen bzw. erhalten bleiben. Auf eine Spitalliste aufgenommene Einrichtungen werden aufgrund des Kantonsanteils von 55 Prozent sodann zu mehr als die Hälfte durch die öffentliche Hand subventioniert (vgl. BGE 138 II 398 E. 3.9.2). Schliesslich haben die Patientinnen und Patienten Anspruch auf Behandlung und können deshalb auch dann nicht abgewiesen werden, wenn die Behandlung ihres Leidens für das Spital absehbar nicht rentabel ist. Damit liegt kein offener Wettbewerb vor und fehlt es somit an einem gewerblichen Charakter (in diesem Sinn auch Hans Rudolf Trüb/Daniel Zimmerli, Rechtsgutachten Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, Zürich 2012, Rz. 85 ff. [www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/tarife/spitalfinanzierung/bt_gutachten_spitalfinanzierung_120203_def_d.pdf]; Galli et al., Rz. 140).

E. 4.6

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, es bestehe insofern Wettbewerb, als die Spitäler sich um die Aufnahme auf die Spitalliste bewerben müssten. Sie stünden deshalb unter einem permanenten Kostendruck und gleichzeitig unter einem Qualitätsdruck, weil sie im Wettbewerb um Patientinnen und Patienten stünden; Patienten würden denn auch nicht zwingend das Spital aufsuchen, in dessen Einzugsgebiet sie wohnten. Zu Recht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass mit der neuen Spitalfinanzierung zusätzliche Wettbewerbsanreize geschaffen wurden und insofern ein gewisser Konkurrenzdruck auch

zwischen den Listenspitälern herrscht. Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass der Markt für stationäre Spitalangebote im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung stark durch den Staat reguliert und damit gerade nicht dem freien Wettbewerb ausgesetzt ist. Es trifft zwar zu, dass die Festlegung von Fallkosten diejenigen Spitäler mit schlechter Kostenstruktur zu Kostensenkungsmassnahmen zwingt, wenn sie das Defizit nicht anderweitig decken können. Der Kostendruck besteht aber nur dann, wenn die jeweilige Institution ihre laufenden Ausgaben sowie Rückstellungen nicht aus den generierten Fallkostenpauschalen und den Erträgen für Leistungen im Zusatzversicherungsbereich finanzieren kann; der Kostendruck zeigt deshalb nur eine beschränkte Wirkung. Daran ändert auch der Hinweis der Beschwerdeführerin nichts, im mit Fallpauschalen finanzierten Bereich einen Verlust zu erleiden, weil sie unter Berücksichtigung aller Erträge immer noch eine Umsatzrendite von über 5 % erwirtschaftete. Umgekehrt spielt auf der Nachfrageseite durch die Fallpauschale gerade kein Preiswettbewerb (BGE 138 II 398 E. 3.5.2, auch zum Folgenden). Dies gilt umso mehr, als die Patientinnen und Patienten – mit Ausnahme von Franchise, Selbstbehalt und eines einheitlichen Verpflegungskostenbeitrags von derzeit in der Regel Fr. 15.- pro Tag (Art. 104 Abs. 1 KVV) – die Kosten des Spitalaufenthalts nicht direkt bezahlen müssen und diese beim Entscheid für ein bestimmtes Spital demnach – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle spielen (so auch Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Gesundheitsversorgung 2014, S. 31). Dass ein eigentlicher Wettbewerb um Patienten bestünde, ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Übersicht über die Patientenaustritte nach Wohnregion im Jahr 2014. Gemäss dieser Aufstellung stammten 76 % der bei der Beschwerdegegnerin ausgetretenen Patientinnen und Patienten aus dem Raum Wetzikon und weitere 14 % aus der angrenzenden Region Uster. Umgekehrt liessen sich 56 % der aus der Region Wetzikon stammenden Personen, die sich im Jahr 2014 in Spitalpflege begaben, bei der Beschwerdeführerin behandeln, was angesichts des eingeschränkten Leistungsangebots der Beschwerdeführerin beträchtlich ist. Das gleiche Bild zeigt ein Blick auf das in der Nähe liegende Spital Uster. Dessen Patientinnen und Patienten stammten zu 80 % aus der Region Uster und zu weiteren 7 % aus der Region Wetzikon. Regionalspitäler wie die Beschwerdeführerin sprechen demnach nur in geringem Ausmass Patientinnen und Patienten aus anderen Regionen an und umgekehrt begeben sich Einwohnende dieser Region für eine Behandlung vorzugsweise in das jeweilige Regionalspital, soweit dieses die nachgefragte Leistung überhaupt anbietet. Ein offener Wettbewerb um Patientinnen und Patienten besteht damit auch zwischen den Listenspitälern nicht. Angesichts der in Zürich konzentrierten Spitzenmedizin vermag daran sodann auch der Hinweis, dass Patientenflüsse in den Kanton Zürich stark zugenommen hätten, nichts zu ändern, zumal ausserkantonale Patientinnen und Patienten und solche aus dem Ausland bei der Beschwerdeführerin mit 4 % an der Gesamtzahl kaum ins Gewicht fallen.

E. 4.7

Für ambulante Behandlungen in Spitälern sieht das Gesetz nicht vor, dass zwingend Fallpauschalen vorzusehen seien; die Vertragspartner sind bei der Wahl der Tarifart und der Kostenaufteilung vielmehr frei (Art. 49 Abs. 6 KVG; Thomas Gächter/Bernhard Rüttsche, Gesundheitsrecht, 3. A., Basel 2013, Rz. 1119). Art. 43 KVG enthält jedoch einen numerus clausus möglicher Abrechnungsmethoden, an welchen die Vertragsparteien sich halten müssen. Der Tarifvertrag bedarf sodann der Genehmigung der Kantonsregierung bzw. des Bundesrats, sofern es sich um einen gesamtschweizerisch geltenden Tarif handelt (Art. 46

Abs. 4 KVG). Art. 59c KVV enthält verschiedene Grundsätze, denen ein Tarifvertrag genügen muss, damit er genehmigt werden kann. Weiter sieht Art. 43 Abs. 5 bis KVG vor, dass der Bundesrat Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen kann, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können. Der Bundesrat hat von diesem Recht mit der Verordnung vom 20. Juni 2014 über die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5) Gebrauch gemacht und den gesamtschweizerisch gültigen Tarif TARMED für ambulante ärztliche Leistungen (dazu sogleich) angepasst. Derzeit gilt für ärztliche Leistungen in der ganzen Schweiz der Tarif TARMED als einheitlicher Einzelleistungstarif, der sich in den einzelnen Kantonen jedoch durch die Höhe des Taxpunktwerts unterscheidet (vgl. hierzu www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/06494/index.html; Gächter/Rütsche, Rz. 1118). Demnach müssen die verschiedenen Leistungserbringer auch bei ambulanten Leistungen in der gleichen Region für gleiche Leistungen den gleichen Tarif verrechnen; es findet somit kein Preiswettbewerb statt. Das vorstehend Ausgeführte zum fehlenden Wettbewerb bei stationären Behandlungen gilt damit sinngemäss auch für ambulante Behandlungen. Somit fehlt es auch den ambulanten Leistungen der Beschwerdeführerin an einem gewerblichen Charakter. Es braucht deshalb nicht näher geprüft zu werden, ob Beschaffungen sich überhaupt in solche für stationäre und solche für ambulante Leistungen unterscheiden liessen. Ebenso kann offenbleiben, ob die gewerblichen Tätigkeiten einer Einrichtung des öffentlichen Rechts, welche zu einem massgeblichen Teil nichtgewerbliche Tätigkeiten aufweist, nicht ohnehin ebenfalls dem Beschaffungsrecht unterstehen (so Beyeler, Rz. 289 ff.; Stöckli, S. 55 f.; offengelassen in BGr, 28. September 2015, 2C_409/2015, E. 3).

E. 5

Drittes Lemma

E. 5.1

Damit bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin staatsgebunden ist. Dies ist gegeben, wenn die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin öffentlich beeinflusst, das Leitungsorgan mehrheitlich öffentlich bestimmt oder ihre Aktivitäten mehrheitlich öffentlich finanziert werden.

E. 5.2

Eine öffentliche Beeinflussung liegt vor, wenn staatliche Stellen Handlungen und Entscheidungen beeinflussen können, bevor diese geschehen; dabei genügt die blosser Möglichkeit der Einflussnahme. Dass die fragliche Einrichtung einer staatlichen Aufsicht unterstellt ist, genügt hingegen nicht, sofern die Aufsicht nur nachträglicher Natur ist, also insbesondere keine Pflicht besteht, operative Entscheidungen vorgängig zur Genehmigung zu unterbreiten (Beyeler, Rz. 193 ff.; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003 i. S. Truley, Rs. C-373/00, N. 67 ff., und Urteil vom 12. September 2013 i.S. IVD GmbH & Co. KG, Rs. C-526/11, N. 29; vgl. auch BGr, 18. Juli 2016, 2C_6/2016, E. 3.4.2). Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine dem Privatrecht unterstellte Aktiengesellschaft, deren Aktien vollumfänglich im Besitz der beteiligten Gemeinden sind. Die Leitung einer Aktiengesellschaft obliegt jedoch nicht den Aktionären, sondern dem Verwaltungsrat bzw. einer von diesem bestellten Geschäftsleitung (Art. 716a f. OR). Die Befugnisse der Aktionäre beschränken sich bezüglich der Leitung der Gesellschaft auf eine nachträgliche Aufsicht durch Genehmigung von Jahresbericht und -rechnung, die

Entlastung des Verwaltungsrats sowie verschiedene Kontrollrechte (Art. 696 ff. und Art. 698 Abs. 2 OR). Ein Einfluss der Gemeinden auf die Geschäftsleitung liegt damit allein aufgrund deren Stellung als Aktionäre der Gesellschaft nicht vor. Dass die Gemeinden hier auf andere Weise Einfluss auf die Beschwerdeführerin nähmen, ist nicht ersichtlich.

E. 5.3

Das Alternativkriterium einer öffentlichen Bestimmung des Leitungsorgans ist erfüllt, wenn das Gemeinwesen zumindest die Bestimmungsmöglichkeit hat, ohne dass diese auch tatsächlich wahrgenommen werden müsste. In diesem Sinn genügt es etwa, wenn mehrere Gemeinden miteinander mehr als die Hälfte der Aktien einer Aktiengesellschaft halten, auch wenn eine Absprache zwischen den Gemeinden notwendig ist, damit diese effektiv das Leitungsorgan bestimmen können (Beyeler, Rz. 199 ff.). Die Aktien der Beschwerdeführerin sind im heutigen Zeitpunkt vollständig im Besitz der beteiligten Gemeinden. Da die Generalversammlung der Aktionäre den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft wählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), wird das Leitungsgremium der Beschwerdeführerin damit im heutigen Zeitpunkt zwingend durch die öffentliche Hand bestimmt. Das zweite Alternativkriterium ist damit offensichtlich erfüllt.

E. 5.4

Eine mehrheitlich öffentliche Finanzierung liegt vor, wenn mehr als die Hälfte der finanziellen Mittel aus öffentlicher Quelle stammen, ohne dass dafür eine spezifische Gegenleistung erfolgt (BGr, 18. Juli 2016, 2C_6/2016, E. 3.4.1; Beyeler, Rz. 208; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2008 i. S. University of Cambridge, Rs. C-380/98, N. 27 ff.). Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beteiligt der Kanton Zürich sich mit 55 % und damit mehr als der Hälfte an den Kosten für Leistungen, für welche die Beschwerdeführerin in die Spitalliste des Kantons Zürich aufgenommen wurde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erhält der Kanton dafür sodann auch keine adäquate Gegenleistung, denn die vom Kanton finanzierte Leistung wird nicht für diesen, sondern für die Patientinnen und Patienten erbracht; dabei handelt es sich nicht um eine spezifische Gegenleistung im Sinn dieses Alternativkriteriums (vgl. hierzu EuGH, University of Cambridge, N. 22 f.). Unzutreffend ist schliesslich der Hinweis der Beschwerdeführerin, als Finanzierung könne nur gelten, was den Subventionsbegriff gemäss Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl C 326 vom 26.10.2012, S. 49 ff.) erfülle. Die Beschwerdeführerin vermischt hier zwei völlig unterschiedliche Fragestellungen. Der Subventionsbegriff gemäss Art. 107 AEUV betrifft nicht alle Subventionen, sondern nur solche, die wettbewerbsrechtlich unzulässig sind. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit spielt hier keine Rolle; entscheidend ist einzig, ob die fraglichen Mittel von der öffentlichen Hand stammen und diese dafür eine Gegenleistung erhält (ausführlich hierzu Beyeler, Rz. 207 ff.). Damit scheint auch das dritte Alternativkriterium erfüllt. Wie es sich damit verhält, braucht jedoch nicht abschliessend beurteilt zu werden, weil bereits das zweite Alternativkriterium (öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans, vorne E. 5.3) erfüllt ist.

E. 6.1

Demnach handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB sowie Ziff. 2 von Annex 2 zum Anhang I GPA. Sie fällt damit sowohl innerhalb wie auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs in

den subjektiven Anwendungsbereich der Rechtsnormen zum Beschaffungsrecht. Entsprechend ist sie verpflichtet, Beschaffungsaufträge auszuschreiben, sofern die jeweiligen Schwellenwerte erreicht werden und kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Insofern ist die Beschwerde damit abzuweisen.

E. 6.2

Nicht näher zu prüfen ist schliesslich die Rüge der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner dürfe ihr nicht im Sinn eines administrativen Rechtsnachteils den Entzug des Leistungsauftrags androhen, wenn sie ihre Beschaffungen weiterhin nicht nach den Bestimmungen des Beschaffungsrechts vornehmen würde. Der Beschwerdegegner hat eine solche Massnahme zwar in seinen Erwägungen erwähnt, darauf aber verzichtet und entsprechend eine solche Androhung auch nicht ins Dispositiv der angefochtenen Verfügung aufgenommen.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Beschwerdeführers vollumfänglich und diejenige der Beschwerdeführerin teilweise gutzuheissen. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. I des Regierungsratsbeschlusses ist die darin getroffene Anordnung auf die Beschwerdeführerin zu beschränken. Dispositiv-Ziff. II des Regierungsratsbeschlusses ist sodann aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde VB.2015.00555 abzuweisen.

E. 8

Da die Beschwerdeführerin mehrheitlich unterliegt, sind ihr $\frac{3}{4}$ der Gerichtskosten aufzuerlegen und ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen. Im Übrigen sind die Gerichtskosten dem teilweise unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen und dieser ist zu verpflichten, dem vollständig obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG).

E. 9

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht, ist eine beschaffungsrechtliche Frage (BGr, 18. Juli 2016, 2C_6/2016, E. 1.2), weshalb sich die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) richtet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.