

## Urteilskopf

145 II 49

5. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. GZO AG gegen Regierungsrat des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C\_196/2017 vom 21. Februar 2019

Regeste (de):

Art. I Abs. 1 und Anhang I Annex 2 GPA; Art. 2 Abs. 1 BAöB; Art. 117, Art. 117a BV; Art. 39, Art. 43, Art. 49, Art. 49a KVG; Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB; öffentliches Beschaffungswesen; subjektiver Geltungsbereich; gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB. Eine Aktiengesellschaft, deren Aktionariat sich aus Gemeinden zusammensetzt und die ein auf der kantonalen Spitalliste aufgeführtes Spital betreibt, fällt in den subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts.

Die Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB hat gestützt auf staatsvertragliche Bestimmungen zu erfolgen (E. 4.1). Voraussetzungen für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB i.V.m. Art. I Abs. 1 GPA und Art. 2 Abs. 1 BAöB (E. 4.2), von denen die GZO AG eine Mehrzahl ohne Weiteres erfüllt (E. 4.3-4.4.2).

Ob eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB vorliegt, ist im Lichte der beschaffungsrechtlichen Ziele gestützt auf alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände danach zu beurteilen, ob eine Konkurrenzsituation auf funktionierenden Märkten besteht (E. 4.4.3).

Die Spitalplanung und das Verfahren auf Erlass der Spitalliste führen ebenso wenig zu einer gewerblichen Tätigkeit der GZO AG wie die Konkurrenzsituation zu Spitälern ohne kantonalen Leistungsauftrag und zu ambulanten Leistungserbringern (E. 4.5.1-4.5.2). Keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck erzeugen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung der Mechanismus der Preisbildung bei Spitaltarifen (E. 4.5.3) und der gesetzlich eingeschränkte Qualitätswettbewerb (E. 4.5.4). Angesichts dessen fällt nicht entscheidend ins Gewicht, dass die Trägergemeinden der GZO AG aktienrechtlich keine Pflicht trifft, sie bei schlechtem Geschäftsgang mit öffentlichen Mitteln zu unterstützen (E. 4.5.5).

Regeste (fr):

Art. I par. 1 et Appendice I Annexe 2 AMP; art. 2 par. 1 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics; art. 117, art. 117a Cst.; art. 39, art. 43, art. 49, art. 49a LAMal; art. 8 al. 1 let. a AIMP; marchés publics; champ d'application subjectif; activité commerciale ou industrielle au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. Une société anonyme dont les actionnaires sont des communes et qui exploite un hôpital figurant sur la liste cantonale des hôpitaux relève du champ d'application subjectif du droit des marchés publics.

L'interprétation de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP doit se fonder sur les dispositions des traités internationaux (consid. 4.1). Conditions pour admettre l'existence d'un organisme de droit public au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP en lien avec l'art. I par. 1 AMP et l'art. 2 par. 1 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (consid. 4.2). La société GZO SA réalise sans autres la majorité de ces conditions (consid. 4.3-4.4.2).

Pour déterminer si l'on est en présence d'une activité commerciale au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP, il convient d'examiner s'il existe une situation de concurrence sur des marchés qui fonctionnent, ce qui s'apprécie à la lumière des buts des marchés publics, sur la base de toutes les circonstances significatives de fait et de droit (consid. 4.4.3).

La planification hospitalière et la procédure d'adoption de la liste des hôpitaux ne conduisent pas à retenir que la société GZO SA exerce une activité commerciale, pas plus que la situation de concurrence avec les hôpi-

taux sans contrat cantonal de prestations et avec les prestataires de services ambulatoires (consid. 4.5.1-4.5.2). Le mécanisme d'élaboration des tarifs hospitaliers (consid. 4.5.3) et la restriction légale de la concurrence en matière de qualité (consid. 4.5.4) ne génèrent pas une pression concurrentielle suffisante dans le cadre de l'assurance maladie obligatoire. Dans ces conditions, il n'est pas déterminant que les communes actionnaires de la société GZO SA ne soient pas tenues de la soutenir par des fonds publics en cas de mauvaise marche des affaires (consid. 4.5.5).

Regesto (it):

Art. I par. 1 e Appendice I Allegato 2 AAP; art. 2 par. 1 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici; art. 117, art. 117a Cost.; art. 39, art. 43, art. 49, art. 49a LAMal; art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP; commesse pubbliche; campo d'applicazione soggettivo; attività commerciale ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP. Una società anonima il cui azionariato è composto da Comuni e che gestisce un ospedale incluso nella lista cantonale degli ospedali, rientra nel campo d'applicazione soggettivo del diritto delle commesse pubbliche.

L'interpretazione dell'art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP deve fondarsi sulle disposizioni dei trattati (consid. 4.1). Condizioni per ammettere l'esistenza di un'istituzione di diritto pubblico ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP in relazione con l'art. I par. 1 AAP e l'art. 2 par. 1 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (consid. 4.2). La società GZO SA adempie senza dubbio alla maggioranza di queste condizioni (consid. 4.3-4.4.2).

Per determinare se si è in presenza di un'attività di carattere commerciale ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 lett. a CIAP, bisogna verificare - alla luce degli scopi della regolamentazione in materia di commesse pubbliche e sulla base di tutte le circostanze significative di fatto e di diritto - se esista una situazione di concorrenza su mercati funzionanti (consid. 4.4.3).

Al pari della situazione di concorrenza con ospedali senza contratto cantonale di prestazioni e con prestatori di servizi ambulatoriali, la pianificazione ospedaliera e la procedura d'adozione della lista degli ospedali non portano a ritenere che la società GZO SA eserciti un'attività di carattere commerciale (consid. 4.5.1-4.5.2). Il meccanismo d'elaborazione delle tariffe ospedaliere (consid. 4.5.3) e la restrizione legale della concorrenza in materia di qualità (consid. 4.5.4) non generano una pressione concorrenziale sufficiente nel quadro dell'assicurazione malattia obbligatoria. In queste condizioni, non è determinante che i Comuni di riferimento della società GZO SA non siano tenuti dal punto di vista del diritto azionario a sostenerla con fondi pubblici in caso di cattivo andamento degli affari (consid. 4.5.5).

Sachverhalt ab Seite 51

BGE 145 II 49 S. 51

A. Unter der Firma GZO AG besteht eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR mit Sitz in Wetzikon. Sie entstand 2009 durch Umwandlung des Zweckverbands Gesundheitsversorgung Zürcher Oberland. Die Aktien der GZO AG werden vollständig von den ehemaligen Zweckverbandsgemeinden gehalten. Der hauptsächliche Zweck der GZO AG besteht in der "Sicherstellung des akutstationären Leistungsauftrags des Kantons Zürich im Zürcher Oberland". Sie führt die erforderlichen Akutspitalabteilungen sowie den Rettungs- und Krankentransportdienst. In diesem Rahmen betreibt die GZO AG das Spital Wetzikon. Für verschiedene Leistungen im Bereich der Akutsomatik ist sie auf der Spitalliste des Kantons Zürich im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) aufgeführt.

B. Mit Beschluss vom 8. Juli 2015 verpflichtete der Regierungsrat des Kantons Zürich die GZO AG und die Mitglieder ihrer leitenden Organe, sämtliche die einschlägigen Schwellenwerte gemäss der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 überschreitenden Aufträge auszu-schreiben, sofern kein Ausnahmetatbestand im Sinne von § 10 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (Submissionsverordnung; LS 720.11) gegeben ist (Dispositiv-Ziff. 1). Den Mitgliedern der leitenden Organe der GZO AG drohte der Regierungsrat für den Fall der Zuwiderhandlung die Ungehorsamss-trafe nach Art. 292 StGB an (Dispositiv-Ziff. 2).

BGE 145 II 49 S. 52

Gegen den Regierungsratsbeschluss gelangten die GZO AG und deren Verwaltungsratspräsident an das Ver-waltungsgericht des Kantons Zürich. Die GZO AG beantragte, den Regierungsratsbeschluss aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten. Der Ver-waltungsratspräsident der GZO AG liess die Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses beantragen. Mit Urteil vom 20. Dezember 2016 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde der GZO AG teilweise und jene ihres Verwaltungsratspräsidenten vollständig gut. Es beschränkte die Anordnung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des Re-gierungsratsbeschlusses vom 8. Juli 2015 auf die GZO AG und hob Dispositiv-Ziff. 2 auf. Im Übrigen wies es die Beschwerde der GZO AG ab.

C. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 16. Februar 2017 gelangt die GZO AG an das Bundesgericht. Sie beantragt das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ab, soweit es auf sie eintritt. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tritt es nicht ein. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Das Verwaltungsgericht erwog, dass die Beschwerdeführerin als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Be-schaffungswesen (Interkantonale Vereinbarung, IVöB) gilt, welcher der Kanton Zürich mit Gesetz vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaf-fungswesen vom 15. März 2001 (LS 720.1; § 1 Abs. 1) beigetreten ist. Nach der genannten Bestimmung unter-stehen der IVöB als Auftraggeberinnen neben Kantonen und Gemeinden auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkei-ten. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass sie die Merkmale einer Einrichtung des öffentlichen Rechts nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB nicht erfüllt.

4.1 Die Interkantonale Vereinbarung definiert nicht näher, was unter einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB

BGE 145 II 49 S. 53

zu verstehen ist. Aus Art. 5bis Abs. 2 IVöB ergibt sich jedoch, dass Art. 8 Abs. 1 IVöB der Umsetzung staatsvertraglicher Verpflichtungen in das kantonale Recht dient. Die Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB hat folglich gestützt auf das Staatsvertragsrecht zu erfolgen (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.2 S. 373; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, S. 63 Rz. 112; EVELYNE CLERC, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, N. 33 zu Art. 5 BGBM; MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, S. 90 Rz. 174). Im Vordergrund stehen dabei das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; nachfolgend: GPA) und das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68; nachfolgend: BAöB).

4.2 Gemäss Art. I Abs. 1 GPA bestimmt sich der subjektive Geltungsbereich des Abkommens nach Anhang I Annex 1-3 (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.1 S. 373; BGE 141 II 113 E. 3.2.1 S. 126 f.). Sowohl Annex 1 (Bundesstellen) als auch Annex 3 (Sektorenunternehmen) sind hier nicht einschlägig. Näher zu prüfen ist eine Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB nach Massgabe von Anhang I Annex 2 GPA. Gemäss Ziff. 3 von Anhang I Annex 2 GPA, die gestützt auf Art. 2 Abs. 1 BAöB eingefügt wurde (vgl. POLTIER, a.a.O., S. 10 Rz. 20 und S. 62 Rz. 110; CLERC, a.a.O., N. 28 zu Art. 5 BGBM; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl. 2013, S. 22 f. Rz. 45; BEYELER, a.a.O., S. 24 f. Rz. 22 und S. 83 f. Rz. 159 f.), unterliegen dem Abkommen "les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes". Dem Begriff der "organismes publics" (bzw. der "öffentlichen Stellen" [Art. 2 Abs. 1 BAöB]) kommt dabei jedenfalls keine engere Bedeutung zu als jenem der "organismes de droit public" nach Ziff. 2 von Anhang I Annex 2 GPA (vgl. BGE 141 II 113 E. 3.2 S. 126 ff.; BEYELER, a.a.O., S. 89 f. Rz. 170 ff.; so sinngemäss auch POLTIER, a.a.O., S. 62 Rz. 110; CLERC, a.a.O., N. 93 zu Art. 5 BGBM; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 53 Rz. 132; HUBERT STÖCKLI, *Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts - System und Versuch einer Synthese*, *Aktuelles Vergaberecht* 2008 S. 51; ETIENNE POLTIER, *Les pouvoirs adjudicateurs*, *AJP* 9/2008 S. 1115). Eine nähere Umschreibung des Begriffs "organisme de droit public" (Einrichtung des öffentlichen Rechts) enthält Fussnote 1 von Anhang I Annex 3 GPA, die inhaltlich

#### BGE 145 II 49 S. 54

mit dem EU-Recht übereinstimmt, von allgemeiner Bedeutung ist und auch im Rahmen von Anhang I Annex 2 GPA verwendet werden kann (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.2 S. 373 f. mit Hinweisen). Sie lautet wie folgt: Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme: - créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, - doté d'une personnalité juridique et

- 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 (BGE 142 II 369 E. 3.2 S. 374).

4.3 Die Beschwerdeführerin erfüllt die Voraussetzungen gemäss zweitem (rechtliche Selbständigkeit) und drittem Lemma (Staatsgebundenheit).

4.3.1 Als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR ist die Beschwerdeführerin rechtlich verselbständigt und verfügt sie über eigene Rechtspersönlichkeit (Art. 52 Abs. 1 ZGB und Art. 643 OR). Ihre privatrechtliche Konstituierung steht dabei einer Qualifikation als "organisme public" im Sinne des zweiten Lemmas von Fussnote 1 von Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA nicht

entgegen (vgl. BGE 141 II 113 E. 3.2.3 S. 128; POLTIER, a.a.O., S. 60 Rz. 107; CLERC, a.a.O., N. 100 zu Art. 5 BGBM; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 54 Rz. 134; BEYELER, a.a.O., S. 94 ff. Rz. 182 f.).

4.3.2 Weiter wird das Leitungsorgan der Beschwerdeführerin mehrheitlich von der öffentlichen Hand bestellt. Sie erfüllt das letzte Alternativkriterium gemäss drittem Lemma von Fussnote 1 von Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA (vgl. dazu BGE 141 II 113 E. 3.2.4 S. 128 f.; BEYELER, a.a.O., S. 102 ff. Rz. 199 ff.; STÖCKLI, a.a.O., S. 56 f.). Die Beschwerdeführerin gilt als staatsgebunden im Sinne der genannten Bestimmung, was sie selber auch nicht in Abrede stellt.

4.4 Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin die drei kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen im Sinne des ersten Lemmas von

#### BGE 145 II 49 S. 55

Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA erfüllt, d.h. ob die Beschwerdeführerin zu einem besonderen Zweck gegründet wurde, dieser im Allgemeininteresse liegt und ihre Tätigkeit keinen industriellen oder gewerblichen Charakter aufweist (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.3 S. 374; BGE 141 II 113 E. 3.2.2 S. 127 f.).

4.4.1 Die erste Tatbestandsvoraussetzung erfüllt die Beschwerdeführerin ohne Weiteres (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.3.1 S. 374; BGE 141 II 113 E. 3.2.2 S. 127). Nach ihren Statuten bezweckt sie insbesondere den akutstationären Leistungsauftrag des Kantons Zürich im Zürcher Oberland sicherzustellen und dazu die erforderlichen Akutspitalabteilungen sowie den Rettungs- und Krankentransportdienst zu führen. Mit dem Betrieb des Spitals Wetzikon nimmt sie diesen Zweck auch tatsächlich wahr (vgl. zur Massgeblichkeit der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit CLERC, a.a.O., N. 99 zu Art. 5 BGBM; BEYELER, a.a.O., S. 122 Rz. 245).

4.4.2 Das zweite Tatbestandselement des im Allgemeininteresse liegenden Zwecks ist im Sinne des öffentlichen Interesses zu verstehen und umfasst nicht nur staatliche Aufgaben (BGE 142 II 369 E. 3.3.2 S. 374). Es liegt bei der Beschwerdeführerin ebenfalls vor. Ihre Zwecksetzung steht im Einklang mit dem auf Bundes- und Kantonsebene verankerten Verfassungsauftrag, für eine ausreichende, allen zugängliche und wirtschaftlich tragbare medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen (vgl. Art. 117 und 117a Abs. 1 BV sowie Art. 113 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [KV/ZH; SR 131.211]).

4.4.3 Näher zu diskutieren ist, ob die Beschwerdeführerin auch die dritte Tatbestandsvoraussetzung des ersten Lemmas von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA erfüllt. Das ist der Fall, wenn ihre Tätigkeiten keinen industriellen oder gewerblichen Charakter aufweisen, wobei das ausschlaggebende Kriterium die Gewerblichkeit darstellt (vgl. STÖCKLI, a.a.O., S. 52). Zu dessen Auslegung kann rechtsvergleichend die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum inhaltlich übereinstimmenden Begriff der "Aufgaben nicht gewerblicher Art" gemäss Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 lit. a der Richtlinie 2004/18 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004 S. 114 ff. (heute: Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 4 lit. a

#### BGE 145 II 49 S. 56

der Richtlinie 2014/24 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 EG, ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.) berücksichtigt werden (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.2 S. 373 f.; BGE 139 II 489 E. 2.2.3 S. 493; E. 4.2 hiervor).

4.4.3.1 Das Kriterium der gewerblichen Tätigkeit ist mit den Zielen des öffentlichen Beschaffungsrechts eng verschränkt (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 133 f. Rz. 268). Letzteres bezweckt namentlich, die Vergabe öffentlicher Aufträge in unwirtschaftlicher oder diskriminierender Weise zu verhindern (vgl. Art. VII Abs. 1, Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA; Art. 1 Abs. 3 IVöB; BGE 142 II 369 E. 3.3.3.1 S. 375). Für unwirtschaftliche oder diskriminierende Auftragsvergaben staatsgebundener Einrichtungen (vgl. E. 4.3.2 hiervor) besteht auf Dauer kein Raum, wenn sie wie private Wirtschaftssubjekte unter dem Druck funktionierenden Wettbewerbs stehen, der als letzte Konsequenz zu ihrer Verdrängung aus dem Markt führen kann (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 136 ff. Rz. 274 ff.). Besteht eine solche Konkurrenzsituation, sind Einrichtungen ungeachtet ihrer Staatsgebundenheit aufgrund des Kostendrucks von sich aus veranlasst, ihre Aufträge möglichst wirtschaftlich und diskriminierungsfrei zu vergeben (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.3.3.1 S. 375), sodass die Notwendigkeit ihrer Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht entfällt (vgl. POLTIER, a.a.O., S. 65 ff. Rz. 117 m.H. auf S. 45 f. Rz. 84; BEYELER, a.a.O., S. 135 Rz. 271; STÖCKLI, a.a.O., S. 53 f.). Gewerblich tätig im Sinne des ersten Lemmas von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA meint daher "tätig wie ein privates Wirtschaftssubjekt", was eine Konkurrenzsituation zu Privaten auf funktionierenden Märkten voraussetzt (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.3.3.1 S. 375 m.H. auf BEYELER, a.a.O., S. 136 Rz. 274; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in a nutshell, 2. Aufl. 2018, S. 26; vgl. auch CLERC, a.a.O., N. 95 zu Art. 5 BGBM ["logique du marché"]). Das Ausmass erforderlichen Wettbewerbs für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des ersten Lemmas von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA ist dabei nach Massgabe der Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts zu bestimmen, zumal es sich bei der Gewerblichkeit um ein funktionales Kriterium handelt (vgl. CLERC, a.a.O., N. 94 zu Art. 5 BGBM; BEYELER, a.a.O., S. 133 f. Rz. 268). Angesichts dessen ist gegebenenfalls im Einzelnen zu untersuchen, inwieweit und bis zu welchem Grad auf einem staatlich regulierten

BGE 145 II 49 S. 57

Markt funktionierender Wettbewerb herrscht, der eine Anwendung des Beschaffungsrechts obsolet macht.

4.4.3.2 Der gewerbliche Charakter im beschaffungsrechtlichen Sinne kann der Tätigkeit einer öffentlichen Einrichtung aus verschiedenen Gründen fehlen. Zum einen können Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Natur nach sich ziehen, dass in einem ihrer Tätigkeitsbereiche gar kein ausreichender Wettbewerb herrscht, der sie zu wirtschaftlichen Beschaffungen verhält. Als mögliche Gründe rechtlicher Natur fallen unter anderem Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (SR 251) in Betracht, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4 S. 73 ff.; BGE 129 II 497 E. 3.3 S. 514 ff.). Den gleichen Effekt können faktische Gegebenheiten wie eine historisch gewachsene starke Marktstellung der öffentlichen Einrichtung bei geringer Substituierbarkeit ihres Angebots haben (vgl. Urteil des EuGH vom 10. April 2008 C-393/06 Fernwärme Wien GmbH, Slg. 2008 I-02339 Randnr. 44). Denkbar ist zum anderen, dass zwar eine intakte Konkurrenzsituation zu unabhängigen Privaten besteht, diese sich aber nicht im Beschaffungsverhalten der öffentlichen Einrichtung niederschlägt, etwa weil sie davon ausgehen kann, dass allfällige Verluste mit öffentlichen Zuschüssen kompensiert werden (vgl. Urteil des EuGH vom 22. Mai 2003 C-18/01 Korhonen, Slg. 2003 I-05321 Randnr. 53 und 59; POLTIER, a.a.O., S. 65 ff. Rz. 117 m.H. auf S. 45 f. Rz. 84; CLERC, a.a.O., N. 95 zu Art. 5 BGBM; BEYELER, a.a.O., S. 142 f. Rz. 280 ff.; STÖCKLI, a.a.O., S. 53 f.). Die Beurteilung, ob eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA vorliegt, hat im Ergebnis nach allen erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten zu erfolgen. Dazu können die Umstände zählen, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt (vgl. Urteil des EuGH vom

5. Oktober 2017 C-567/15 LitSpecMet, Randnr. 42 ff.; zit. Urteil Fernwärme Wien GmbH, Randnr. 41; BEYELER, a.a.O., S. 136 f. Rz. 275 [Fn. 329]).

4.4.3.3 Entsprechend hat das Bundesgericht in BGE 141 II 113 erwogen, dass bei einem im Bereich der Abfallbewirtschaftung aktiven Unternehmen keine gewerbliche Tätigkeit vorlag. Statutarisch war sein Wirkungskreis auf die nach kantonalem Recht zugewiesenen Einzugsgebiete beschränkt, unter Berücksichtigung des gesetzlichen und reglementarischen Rahmens für die Entsorgung von

BGE 145 II 49 S. 58

Siedlungsabfällen. Damit war es verglichen mit privaten Einrichtungen in seiner Freiheit, auf dem Markt einzugreifen, sachlich und örtlich entscheidend eingeschränkt (vgl. zit. Urteil, E. 3.2.2 S. 127 f.). Verneint hat das Bundesgericht in BGE 142 II 369 weiter eine gewerbliche Tätigkeit der Aargauischen Pensionskasse. Ihr wurden kantonale Angestellte direkt von Gesetzes wegen zur Versicherung in der beruflichen Vorsorge zugewiesen, sodass in diesem Umfang keine echte Wettbewerbssituation im Verhältnis zu privaten Vorsorgeeinrichtungen bestand (vgl. zit. Urteil, E. 3.3.3.3 S. 376).

4.5 Auch die Beschwerdeführerin übt entgegen ihrer Auffassung keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA aus, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. Sie gilt daher als Einrichtung des öffentlichen Rechts gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB.

4.5.1 Die Beschwerdeführerin ist ihrem Zweck entsprechend für verschiedene Leistungen im Bereich der Akut-somatik auf der Spitalliste des Kantons Zürich aufgeführt. Die kantonale Spitalliste enthält jene Einrichtungen, die notwendig sind, um eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sicherzustellen (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Sie wird gestützt auf eine Planung festgelegt, die die Kantone nach vom Bundesrat erlassenen einheitlichen Kriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit koordinieren (Art. 39 Abs. 2 und Abs. 2ter KVG). Zur Beurteilung von Qualität und Wirtschaftlichkeit wird auf Betriebsvergleiche abgestellt (vgl. Abs. 3 Übergangsbestimmungen vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des KVG. Die Aufnahme in die kantonale Spitalliste stellt eine Voraussetzung dar, damit Spitäler als Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind (Art. 35 Abs. 1 und 2 lit. h i.V.m. Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG).

4.5.1.1 Die dargelegten gesetzlichen Bestimmungen wurden von den eidgenössischen Räten am 21. Dezember 2007 beschlossen und per 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt (AS 2008 2049 ff., 2057). In den wesentlichen Grundzügen waren sie Teil einer Vorlage des Bundesrates mit dem Ziel die Spitalfinanzierung neu zu ordnen, indem von der Finanzierung nach Einrichtung zur Finanzierung nach Leistung übergegangen wurde (vgl. Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung], BBl 2004 5551 ff., 5558 Ziff. 1.3.1, 5569 Ziff. 2.3). Zwecks Kosteneindämmung sollten dabei im Spitalbereich

BGE 145 II 49 S. 59

vermehrt auch unternehmerische Kriterien zum Tragen kommen (vgl. BBl 2004 5556 Ziff. 1.1.1) und das Zusammenwirken von staatlicher Planung und Wettbewerbselementen neu geregelt werden (vgl. BBl 2004 5564 Ziff. 1.5; vgl. zum Ganzen auch: BGE 141 V 206 E. 3.3.2 S. 213; BGE 138 II 398 E. 2.3 S. 406 ff. und E. 3.5.2

S. 418).

4.5.1.2 Gestützt auf Art. 39 Abs. 2ter KVG hat der Bundesrat in Art. 58a ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) die Planungskriterien für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung konkretisiert. Nach Art. 58b Abs. 4 KVV berücksichtigen die Kantone bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Spitalliste zu sichernden Angebotes insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des ihnen gemäss Spitalliste zu erteilenden Leistungsauftrags. Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität beachten die Kantone namentlich die Effizienz der Leistungserbringung, den Nachweis der notwendigen Qualität und im Spitalbereich die Mindestfallzahlen sowie die Nutzung von Synergien (Art. 58b Abs. 5 KVV).

4.5.1.3 Die wettbewerblichen Elemente im Bereich der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung wurden mit der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Änderung des KVG gestärkt, worauf auch die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist. Das Planungskriterium der Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2ter KVG, Art. 58b Abs. 4 lit. a und Abs. 5 lit. a KVV) verschafft dem Verfahren auf Spitalplanung und Erlass der kantonalen Spitalliste eine gewisse Parallelität mit dem vom öffentlichen Beschaffungsrecht verfolgten Zweck, für eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel zu sorgen (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB; E. 4.4.3.1 hiervor). Allerdings hält das spezialgesetzliche Regime des KVG und seiner Ausführungserlasse zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung keine Regelung bereit, die in allen Teilen mit den Vorschriften des Submissionsrechts gleichwertig ist. So verlangt etwa Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG lediglich einen angemessenen Einbezug privater Trägerschaften in die kantonale Spitalplanung (vgl. GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, Ulrich Meyer [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, S. 385 ff., S. 660 Rz. 822). Im Vergleich zum beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB; vgl. BGE 143 II 425 E. 4.4.2 S. 433 f.), das

BGE 145 II 49 S. 60

die strikte Gleichbehandlung aller Anbieter vorschreibt, legt die genannte Bestimmung folglich nicht denselben Massstab an.

4.5.1.4 Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die nach dem Krankenversicherungsgesetz geschuldeten Vergütungen der stationären Behandlung in einem Spital zwar keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen wie die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen oder die Forschung und universitäre Lehre enthalten dürfen (Art. 49 Abs. 3 KVG). Damit schliesst der Gesetzgeber allerdings allein die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Spitälern über das System der obligatorischen Krankenversicherung aus (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. g der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL; SR 832.104]). Die krankenversicherungsrechtlichen Bestimmungen verhindern für sich nicht, dass im Rahmen der Spitalplanung und Festlegung der Spitalliste auch gemeinwirtschaftliche Aspekte einfließen, die dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit im Sinne von Art. 39 Abs. 2ter KVG und Art. 58b Abs. 4 lit. a und Abs. 5 KVV gegebenenfalls nicht uneingeschränkt genügen (vgl. EUGSTER, a.a.O., S. 729 Rz. 1076 ff.). Ebenso wenig stellen die krankenversicherungsrechtlichen Bestimmungen sicher, dass die Auswahl der Erbringer gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Rahmen der Spitalplanung in formeller Hinsicht nach einem Verfahren erfolgt, das den Anforderungen des öffentlichen Submissionsrechts genügt (a.M. wohl POLEDNA/DO CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht - von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Poledna/Jacobs [Hrsg.], 2010, S. 71 ff., S. 103 Rz. 80).

4.5.1.5 Ungeachtet seiner teilweise mit dem öffentlichen Beschaffungsrecht übereinstimmenden Zwecksetzung

stellt das Verfahren auf Spitalplanung und Festlegung der Spitalliste bereits aufgrund dieser Gesichtspunkte im Verhältnis zum Submissionsverfahren keinen äquivalenten Mechanismus dar. Trotz der Verstärkung des Wettbewerbsgedankens zwischen den Spitälern kommt planwirtschaftlichen Elementen in diesem Bereich weiterhin massgebliche Bedeutung zu (vgl. BGE 138 II 398 E. 3.5.2 S. 418; BERNHARD RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 2011, S. 42 Rz. 90). Dass sie sich bewerben muss, um in die Spitalliste des Kantons Zürich aufgenommen zu werden, rechtfertigt vor diesem Hintergrund entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Annahme nicht,

BGE 145 II 49 S. 61

dass sie im freien Wettbewerb steht und im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA gewerblich tätig ist.

4.5.2 Daran ändert nichts, dass der Einbezug in die kantonale Spitalplanung (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG) bzw. die Aufnahme in eine kantonale Spitalliste (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG) keine Voraussetzung für den Betrieb eines Spitals darstellt und die Beschwerdeführerin zudem in Konkurrenz zu Anbietern ambulanter Gesundheitsdienstleistungen steht.

4.5.2.1 Das Verfahren der Spitalplanung nach Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG und Art. 58a ff. KVV dient der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung (vgl. Art. 1a KVG) und untersagt die Tätigkeit von Spitälern nicht, die keine Aufnahme in die kantonale Spitalliste gefunden haben und als Vertragsspital im Sinne von Art. 49a Abs. 4 KVG oder gänzlich ausserhalb der obligatorischen Krankenversicherung tätig werden (vgl. BGE 140 I 218 E. 5.7 S. 225 f.; BGE 138 II 398 E. 5.4 S. 432; BVGE 2012/30 E. 4.6 S. 573; zum früheren Recht bereits BGE 132 V 6 E. 2.5.2 S. 14 f.). Leistungen der stationären Gesundheitsversorgung können folglich auch von Anbietern erbracht werden, die im Verfahren der Spitalplanung und auf Erlass kantonaler Spitallisten nicht berücksichtigt wurden, sofern sie alle übrigen gesetzlichen Vorgaben (namentlich gesundheitspolizeilicher Natur) erfüllen.

4.5.2.2 Die mögliche Wettbewerbssituation von Listenspitälern mit Einrichtungen, die nicht auf der Spitalliste figurieren, vermag die Unzulänglichkeiten des Spitalplanungs- und -listenverfahrens im Verhältnis zum öffentlichen Beschaffungsrecht zur Gewährleistung wirtschaftlicher Auftragsvergaben (vgl. oben E. 4.5.1) allerdings nicht zu kompensieren. Die erwähnten Anbieter sind nicht zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung zugelassen (Art. 35 Abs. 1 KVG) oder werden, für den Fall der Vertragsspitäler gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG, aus der obligatorischen Krankenversicherung höchstens mit 45 % jenes Betrags entschädigt, auf den ein Listenspital wie die Beschwerdeführerin Anspruch hat (vgl. Art. 49a Abs. 2 KVG; BVGE 2012/30 E. 4.6 S. 573; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 38 Rz. 72; UELI KIESER, in: KVG/UVG Kommentar, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [...], Kieser/Gehring/Bollinger [Hrsg.], 2018, N. 9 zu Art. 49a KVG; EUGSTER, a.a.O., S. 669

BGE 145 II 49 S. 62

Rz. 854). Sie verfügen insoweit über einen erheblichen Wettbewerbsnachteil. Ihre mögliche Konkurrenzstellung gegenüber Listenspitälern wird dadurch in einer Art geschwächt, die sie keine Gewähr dafür bieten lässt, dass sie im Zusammenspiel mit dem Spitalplanungs- und -listenverfahren einen Wettbewerbsdruck erzeugen können, der in gleichwertiger Weise wie das öffentliche Beschaffungsrecht wirtschaftliche und diskriminierungsfreie

Auftragsvergaben der Listenspitäler sicherstellt. Auch unter diesem Blickwinkel übt die Beschwerdeführerin keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA aus.

4.5.2.3 Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beschwerdeführerin - wie sie selber vorbringt - in Konkurrenz zu zahlreichen Anbietern steht, die ambulante medizinische Dienstleistungen erbringen. Dieses Konkurrenzverhältnis betrifft nur einen Teil des Leistungsspektrums der Beschwerdeführerin; im Bereich der stationären Behandlung akuter Krankheiten besteht es nicht. Die geltend gemachte Konkurrenzstellung mit Erbringern von ambulanten Leistungen vermag folglich von vornherein nicht zu gewährleisten, dass die Beschwerdeführerin in allen Teilen ihrer Tätigkeit funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt ist.

4.5.3 Der Preis einer Leistung stellt in einer wettbewerbsorientierten Marktordnung regelmässig einen wichtigen Aspekt dar (vgl. in diesem Sinne auch BGE 144 II 246 E. 7.2 S. 259; BGE 129 II 18 E. 8.3.3 S. 37). Der Mechanismus, nach dem sich der Preis für die Leistungen der Beschwerdeführerin bestimmt, stellt entsprechend auch ein wichtiges Element zur Beantwortung der Frage dar, ob in ihrem Tätigkeitsbereich ein funktionierender Wettbewerb herrscht und sie somit als gewerblich tätig im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA gelten kann.

4.5.3.1 Mit den bereits erwähnten Anpassungen des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007 zur Neuordnung der Spitalplanung und -finanzierung ging ein Systemwechsel von der Finanzierung nach Einrichtung zur Finanzierung nach Leistung einher (vgl. BGE 141 V 206 E. 3.3.2 S. 213; BGE 138 II 398 E. 3.5.2 S. 418; oben E. 4.5.1). Entsprechend sehen Art. 49 Abs. 1 Sätze 1-3 KVG vor, dass die Vergütung der stationären Behandlung in einem Spital in der Regel mit leistungsbezogenen Fallpauschalen erfolgt, die auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen. Die Fallpauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG werden vom Kanton und den

BGE 145 II 49 S. 63

Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil mindestens 55 % beträgt (vgl. Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG).

4.5.3.2 Die konkret zu vergütenden Fallpauschalen bestimmen sich im Wesentlichen anhand von zwei Faktoren: Einerseits nach einer vom Bundesrat zu genehmigenden Tarifstruktur, die Behandlungsleistungen gestützt auf verschiedene Kriterien in diagnosebezogene Fallgruppen ("Diagnosis Related Groups"; DRG) klassifiziert und ihnen relative Kostengewichte zuordnet (vgl. Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG; BVGE 2014/36 E. 4.7 S. 590; EUGSTER, a.a.O., S. 713 ff. Rz. 1021 ff.; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 33 Rz. 60 f.; KIESER, a.a.O., N. 3 zu Art. 49 KVG). Andererseits nach einem Basispreis für eine Behandlungsleistung mit dem Kostengewicht 1 ("Baserate" [im Folgenden: Basispreis]), den die Versicherer oder deren Verbände mit den Leistungserbringern oder deren Verbänden in Tarifverträgen vereinbaren (vgl. Art. 43 Abs. 4 Satz 1 und Art. 46 Abs. 1 KVG; EUGSTER, a.a.O., S. 714 f. Rz. 1025; zum Ganzen auch: BVGE 2014/3 S. 90). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, sofern ein Tarifvertrag in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat (vgl. Art. 46 Abs. 4 Satz 1 KVG; RÜTSCHKE, a.a.O., S. 34 Rz. 63). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhörung der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG).

4.5.3.3 Im Hinblick auf krankenversicherungsrechtliche Tarife sieht Art. 43 Abs. 6 KVG im Allgemeinen vor, dass die Vertragspartner und die zuständigen Behörden darauf achten, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten zu erreichen. Für Spitaltarife bestimmt Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG im Besonderen, dass sie sich an der Entschädigung jener Spitäler orientieren, welche die

tariferte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Bei der Genehmigung von Tarifverträgen prüft die zuständige Behörde, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG; vgl. auch Art. 59c Abs. 1 KVV).

4.5.3.4 Aus den dargelegten Bestimmungen ergibt sich, dass die Preisbildung für akutstationäre Behandlungen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung in wesentlichen Punkten nach staatlich definierten Kriterien erfolgt. Diese weisen zwar wettbewerbliche Elemente auf, indem Aspekte der Wirtschaftlichkeit und

BGE 145 II 49 S. 64

Effizienz der Leistungserbringung bei der Preisfestlegung zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 43 Abs. 6, Art. 46 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Als preisbildenden Mechanismus sehen sie aber nicht in erster Linie das freie Spiel von Angebot und Nachfrage vor, das ein zentrales Merkmal von Märkten mit funktionierendem Wettbewerb darstellt (vgl. BGE 141 II 66 E. 4.2.3 S. 81; BGE 129 II 18 E. 6.5 S. 29 ff.; Urteile 2C\_109/2017 vom 3. Juli 2018 E. 5.6.2; 2C\_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.7).

4.5.3.5 In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass die Preise der Spitalleistungen von jenen, die sie in Anspruch nehmen müssen, nur in beschränktem Umfang direkt zu bezahlen sind und auch nicht mit ihnen verhandelt werden. Dies entspricht gerade dem Wesen einer sozialen Krankenversicherung (vgl. BGE 138 II 398 E. 3.5.2 S. 418; zur Kostenbeteiligung der versicherten Personen vgl. Art. 64 KVG und Art. 103 ff. KVV). Abgegolten werden die stationären Leistungen zur Hauptsache von den Kantonen und den Versicherern (Art. 49a Abs. 1 KVG). Der Basispreis für akutstationäre Behandlungen mit relativem Kostengewicht 1 wird zwischen Leistungserbringern und Versicherern vereinbart. Letztere dürfen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung jedoch keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG; SR 832.12]) und unterliegen einem Gewinnausschüttungsverbot (vgl. Art. 5 lit. f KVAG bzw. Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG [in der bis 31. Dezember 2015 gültigen Fassung]; Urteile 2P.12/2004 vom 28. April 2005 E. 3.6; 2A.623/1998 vom 29. August 2000 E. 3c/bb). Die Zulässigkeit gewinnstrebiger Tätigkeiten stellt für eine wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung, wie sie Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV grundsätzlich vorsehen (vgl. dazu BGE 143 I 388 E. 2.1 S. 391 f.; BGE 142 I 162 E. 3.2 S. 164 f.; BGE 138 I 378 E. 6 S. 384 ff.; je mit Hinweisen), ein wichtiges Merkmal dar, ohne das kaum von funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen ausgegangen werden kann. Vorliegend zieht das Gewinnausschüttungsverbot gemäss Art. 5 lit. f KVAG nach sich, dass die Versicherer nicht im selben Ausmass über Anreize zur Vereinbarung möglichst tiefer Basispreise für die Behandlung ihrer Versicherten verfügen, wie wenn sie gewinnstrebig tätig sein dürften (vgl. auch BVGE 2014/36 E. 10.2.3 S. 607 f.; 2014/3 E. 2.9.4.2 S. 56). Die Aushandlung der Basispreise für akutstationäre Leistungen mit den einem Gewinnausschüttungsverbot

BGE 145 II 49 S. 65

unterliegenden Versicherern stellt somit ein weiteres Element dar (vgl. E. 4.4.3.2 hiervor), das auf eine fehlende gewerbliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA hindeutet.

4.5.3.6 Weiter ist zu beachten, dass sich die Spitaltarife nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG an den Entschädigungen jener Spitäler lediglich "orientieren", welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität "effizient und günstig" erbringen (vgl. E. 4.5.3.3 hiervor). Ob der Gesetzgeber mit dieser Wortwahl eine inhaltliche Differenz zu Art. 43 Abs. 6 KVG schaffen wollte, der die allgemeinen Grundsätze des Tarifrechts enthält und nach dem die Vertragspartner und zuständigen Behörden auf eine Gesundheitsversorgung zu "möglichst günstigen Kosten" achten (ähnlich auch Art. 59c Abs. 1 lit. b KVV), bedarf hier keiner näheren Erörterung. In der Praxis dienen als Grundlage zur Bestimmung einer effizienten und günstigen Leistungserbringung die schweregradbereinigten Fallkosten einer möglichst grossen Anzahl von Spitälern, die ihre Leistungen in der gesetzlich geforderten Qualität erbringen (vgl. BVGE 2014/3 E. 10.1.1 S. 86 und E. 10.2 S. 87 f.; EUGSTER, a.a.O., S. 731 f. Rz. 1085 ff.). Im Rahmen dieser Datengrundlagen setzt der Beschwerdegegner als Genehmigungsbehörde der Tarifverträge (Art. 46 Abs. 4 KVG) den Effizienzmassstab im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG nach seiner unwidersprochen gebliebenen Darstellung beim 40. Perzentil an. Entsprechend liegen die schweregradbereinigten Fallkosten bei 40 % der in den Kostenvergleich einbezogenen Spitäler auf oder unter dem 40. Perzentil, während 60 % darüber liegen (vgl. BVGE 2015/8 E. 4 S. 111 ff.; 2014/36 E. 10 S. 605; EUGSTER, a.a.O., S. 732 Rz. 1086). Da sich der Beschwerdegegner als Genehmigungsbehörde gestützt auf Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG nicht unmittelbar an der Leistungserbringerin mit den tiefsten schweregradbereinigten Fallkosten orientiert, bleibt auch der Anreiz der Leistungserbringer beschränkt, sich aufgrund entsprechender Kostenstrukturen mit möglichst tiefen Preisen bei guten Leistungen einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen (vgl. auch DANIA TREMP, Stationäre Spitaltarife 2012. Eine Herausforderung für die Spitalwelt, Jusletter 28. Januar 2013 Rz. 14). Aus diesem Grund wird denn auch verschiedentlich die Auffassung vertreten, dass sich die Spitaltarife im Laufe der Zeit angleichen werden (vgl. BVGE 2015/8 E. 4.4.6 S. 116; 2014/37 E. 3.5.2 S. 663; 2014/3 E. 2.8.3 S. 49 f.; EUGSTER, a.a.O., S. 713 Rz. 1019 und S. 714 Rz. 1025; KIESER, a.a.O.,

BGE 145 II 49 S. 66

N. 3 zu Art. 49 KVG; je mit Hinweisen). Mit Blick auf diese Umstände der Preisfestlegung macht der Beschwerdegegner zutreffend geltend, dass die Beschwerdeführerin wohl unter Kosten-, nicht aber unter eigentlichem Wettbewerbsdruck steht.

4.5.3.7 Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner als Genehmigungsbehörde der Tarifverträge (Art. 46 Abs. 4 KVG) mindestens 55 % der Abgeltungen für stationäre Leistungen übernimmt (Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG). Die Kantone haben zwar ein Interesse daran, ihre Ausgaben für die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht ausufern zu lassen. Das kann dafür sprechen, dass sie den Aspekten der Wirtschaftlichkeit und Effizienz (vgl. Art. 43 Abs. 6, Art. 46 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG) bei der Genehmigung der Spitaltarifverträge ein besonderes Augenmerk widmen. Das kantonale Anliegen nach einer Beschränkung der Kosten für die Gesundheitsversorgung weicht aber nicht entscheidend vom allgemeinen Interesse nach einem geordneten öffentlichen Finanzhaushalt ab. Nach der mit dem Erlass beschaffungsrechtlicher Bestimmungen zum Ausdruck gebrachten Wertung des Gesetzgebers reicht dieses Interesse aber gerade nicht aus, um eine wirtschaftliche und wettbewerbsneutrale Verwendung öffentlicher Mittel ausreichend sicherzustellen (vgl. dazu auch BEYELER, a.a.O., S. 52 ff. Rz. 93 ff.).

4.5.3.8 Ferner gilt es zu berücksichtigen, dass für die Preise im akutstationären Bereich neben dem Basispreis auch die Kostengewichte nach der schweizweit einheitlichen Tarifstruktur massgeblich sind (vgl. E. 4.5.3.2 hiervor). Die verbindliche Festlegung von einheitlichen Kostengewichten für diagnosebezogene Fallgruppen begrenzt den unmittelbaren Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern im Hinblick auf die Effizienz ihrer Behandlungsleistungen. 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 (ähnlich TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und

Vergaberecht, 2012, S. 40 Rz. 98). Auch unter diesem Gesichtswinkel steht die Beschwerdeführerin nicht unter dem Druck freien Wettbewerbs.

4.5.4 Neben dem Preis stellt die Qualität der Leistung einen wesentlichen Parameter dar, über den Wettbewerb stattfinden kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.3.4 S. 37 f.). Darauf beruft sich auch die

#### BGE 145 II 49 S. 67

Beschwerdeführerin, die geltend macht, sich im Qualitätswettbewerb mit anderen Leistungserbringern zu befinden. Dieser unterliegt im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung allerdings erheblichen Einschränkungen. So übernimmt die obligatorische Krankenversicherung einzig die Kosten für Leistungen, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind (Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Satz 1 KVG; vgl. BGE 142 V 26 E. 3.1 S. 29; EUGSTER, a.a.O., S. 507 Rz. 328), wobei eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung angestrebt wird (vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG). Die Leistungserbringer müssen sich in ihren Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist (Art. 56 Abs. 1 KVG). Unter Beachtung des angestrebten Versorgungsniveaus (vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG) geben die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit insoweit einen Korridor vor, in dem sich die Qualität einer medizinischen Leistung bewegen muss, damit sie von der sozialen Krankenversicherung getragen wird (vgl. GEBHARD EUGSTER, Überarztung aus juristischer Sicht, in: Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Gächter/Schwendener [Hrsg.], 2009, S. 97 ff., S. 100 Rz. 4; TRÜEB/ZIMMERLI, a.a.O., S. 37 Rz. 90 f.). Im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung kann folglich nur in diesem gesetzlich erheblich beschränkten Rahmen ein Qualitätswettbewerb stattfinden.

4.5.5 Die Beschwerdeführerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass sie als Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR das volle Verlust- und Insolvenzrisiko ihrer Tätigkeit treffe. Bereits aus diesem Grund sei sie gezwungen, ihre Beschaffungen ausschliesslich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszurichten und könne sie nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts im beschaffungsrechtlichen Sinne gelten.

4.5.5.1 Der Umstand, dass eine Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihres Geschäftsverhaltens nicht selber trägt, spricht neben den bereits erörterten Elementen gegen eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA. Das ist namentlich der Fall, wenn feststeht oder erwartet werden kann, dass allfällige Verluste aus öffentlichen, d.h. nicht unter Wettbewerbsbedingungen erwirtschafteten Mitteln kompensiert werden (vgl. oben E. 4.4.3.2). Umgekehrt führt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht jede noch so geringe Möglichkeit eines Konkurses der Einrichtung zur Annahme, dass sie funktionierendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und sich

#### BGE 145 II 49 S. 68

daher gewerblich im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA betätigt. Abzustellen ist wie bereits dargelegt (vgl. E. 4.4.3.2 hiervor) auf eine Gesamtbetrachtung, die alle im Lichte der beschaffungsrechtlichen Zielsetzungen relevanten Umstände berücksichtigt. Dazu zählen die Möglichkeit eines Konkurses ebenso wie die übrigen rechtlichen und faktischen (Wettbewerbs-)Bedingungen, unter denen die fragliche Einrichtung tätig wird.

4.5.5.2 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, dürfen die an ihr beteiligten Aktionärinnen nach

Art. 680 Abs. 1 OR nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den bei der Ausgabe für den Bezug ihrer Aktien festgesetzten Betrag. Demnach besteht jedenfalls aus aktienrechtlicher Sicht keine Verpflichtung der Aktionärgemeinden, allfällige Verluste der Beschwerdeführerin durch öffentliche Mittel zu decken. Eine fehlende Nachschusspflicht schliesst aber nicht aus, dass sich die Gemeinden gleichwohl mit öffentlichen Mitteln an einer Sanierung der Beschwerdeführerin beteiligen, sofern dies aufgrund des Geschäftsgangs notwendig würde. In diesem Zusammenhang verdient namentlich Beachtung, dass die Aktien der Beschwerdeführerin nach den kantonalen Verfahrensakten im Verwaltungsvermögen der beteiligten Gemeinden zu führen sind (Art. 105 Abs. 2 BGG). Sie stellen daher Vermögenswerte dar, die ungeachtet von § 3 Abs. 1 des Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetzes des Kantons Zürich vom 2. Mai 2011 (SPFG; LS 813.20; dazu angefochtenes Urteil, E. 2.3) jedenfalls nach Auffassung der Gemeinden unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen (vgl. § 121 Abs. 4 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 20. April 2015 [GG; LS 131.1]). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin als gemeinnützige Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR konstituiert wurde (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die genannten Umstände dokumentieren insgesamt ein über die reine Werterhaltung der finanziellen Beteiligung hinausgehendes Interesse der Aktionärgemeinden an der Aufrechterhaltung der Beschwerdeführerin, was die fehlende aktienrechtliche Nachschusspflicht (vgl. Art. 680 Abs. 1 OR) relativiert.

4.5.5.3 Eine ausserhalb des Systems der obligatorischen Krankenversicherung erfolgende, direkte Unterstützung der Beschwerdeführerin durch ihre Trägergemeinden wird sodann auch durch Art. 49 und Art. 49a KVG nicht ausgeschlossen. Diese Bestimmungen betreffen allein den Tarifschutz in der obligatorischen Krankenversicherung

BGE 145 II 49 S. 69

(vgl. BGE 141 V 206 E. 2.1.2 S. 210; BGE 135 V 443 E. 3.3.2 S. 454 f.); zusätzlichen Abgeltungen, etwa für gemeinwirtschaftliche Leistungen, stehen sie nicht entgegen (vgl. auch E. 4.5.1.4 hiervor).

4.5.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Spitalplanungs- und -listenverfahren die Vornahme wirtschaftlicher Beschaffungen durch die Beschwerdeführerin nicht sicherzustellen vermag (vgl. E. 4.5.1 hiervor). Aufgrund ihrer Stellung als Listenspital verfügt sie im Verhältnis zu Spitälern, die ausserhalb kantonaler Spitallisten tätig werden, über finanzielle Vorteile, die die Vornahme wirtschaftlicher Beschaffungen nicht durchwegs gewährleisten (vgl. E. 4.5.2 hiervor). Die behauptete Konkurrenz mit Anbietern ambulanter Gesundheitsdienstleistungen betrifft weiter nur einen Teil des Leistungsspektrums der Beschwerdeführerin, sodass von vornherein nicht gewährleistet ist, dass sie in allen Teilen ihrer Tätigkeit funktionierendem Wettbewerb ausgesetzt ist (vgl. E. 4.5.2.3 hiervor). Sodann erfolgt die Preisbildung für akutstationäre Leistungen im obligatorischen Bereich der Krankenversicherung nach gesetzlich festgelegten Kriterien. Diese sind zwar darauf gerichtet, nur wirtschaftlich erbrachte Leistungen zu entschädigen; eine regelrechte Wettbewerbssituation vermögen sie aber nicht zu induzieren (vgl. E. 4.5.3 hiervor). Dasselbe gilt mit Blick auf die Leistungsqualität, die sich im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung in einem gesetzlich definierten Korridor bewegt (vgl. E. 4.5.4 hiervor). Nach Massgabe dieser Gesichtspunkte erweist sich der Umstand, dass die Beschwerdeführerin bei schlechtem Geschäftsgang in Konkurs fallen könnte, von untergeordneter Bedeutung, zumal ihre Aktionäre zwar keine Nachschusspflicht trifft, eine Unterstützung aus öffentlichen Mitteln im Bedarfsfall angesichts der konkreten Verhältnisse aber keineswegs ausgeschlossen ist (vgl. E. 4.5.5 hiervor). Damit nimmt die Beschwerdeführerin im Ergebnis keine gewerbliche Tätigkeit im beschaffungsrechtlichen Sinne wahr und gilt sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA.