

**DEPARTEMENT
GESUNDHEIT UND SOZIALES**

Generalsekretariat

Rechtsdienst

23. September 2019

MERKBLATT

Ausschreibung von SPITEX-Dienstleistungen durch die aargauischen Gemeinden; Frage der Anwendbarkeit des Submissionsrecht gemäss Urteil des Bundesgerichtes vom 12. Oktober 2018

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 12. Oktober 2018 (Urteil 2C_861/2017) die Frage der Anwendbarkeit des Submissionsrechtes auf die Vergabe eines Spitex-Dienstleistungsauftrags durch eine aargauische Gemeinde beurteilt. Entgegen der Vorinstanz (Verwaltungsgericht des Kantons Aargau) gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vergabe von Spitex-Dienstleistungsaufträgen im konkreten Fall unter den Anwendungsbereich des Submissionsrechtes fällt, da aufgrund der konkreten Absicht der ausschreibenden Gemeinde (Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen beziehungsweise der Zuschlagskriterien) eine möglichst kostengünstige Aufgabenerfüllung im Vordergrund stand.

Generell hat das Bundesgericht die vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau definierten Kriterien in weiten Teilen bestätigt, jedoch ein neues zusätzliches Kriterium für die Frage der Anwendbarkeit des Submissionsrechtes definiert (wirtschaftliche oder ideelle Absicht des Auftraggebers).

Das Bundesgericht hält fest, dass die spitalexterne Krankenpflege eine öffentliche Aufgabe im Zuständigkeitsbereich der Gemeinden ist, die, soweit erforderlich, durch Leistungsvereinbarungen mit betreffenden Organisationen abgeschlossen wird. Entscheidend ist, ob ein sogenannter «öffentlicher Auftrag» vorliegt, der unter den Anwendungsbereich des aargauischen Submissionsdekretes (SubmD) vom 26. November 1996 fällt. Konkret sind bei einer bevorstehenden Ausschreibung von Spitex-Dienstleistungsaufträgen in Berücksichtigung dieses Urteils zu dieser Frage folgende Punkte zu prüfen:

- Handeln die für die konkrete Beschaffung in Betracht fallenden Auftragnehmer (Spitex-Organisationen) aus kommerziellen Motiven und werden sie auf kommerzieller Basis beauftragt oder ist von einer ideellen (nicht-kommerziellen) Ausrichtung auszugehen? Es ist zu prüfen, ob die betreffenden Auftragnehmer eine nicht-kommerzielle grundsätzliche Zwecksetzung und bezüglich des relevanten Auftrags nicht-kommerzielle Absichten haben. Zudem muss der konkrete Auftrag nicht-kommerziell ausgestaltet sein. Andernfalls ist eine Ausschreibungspflicht zu bejahen.
- Ergänzend muss neu aber auch die Absicht des Auftraggebers (Gemeinde) beziehungsweise die Ausgestaltung der Ausschreibung geprüft werden. Entscheidend ist, ob der Auftraggeber vor allem eine möglichst kostengünstige Aufgabenerfüllung oder vielmehr die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation anstrebt. Bei einer Ausrichtung auf eine möglichst kostengünstige Aufgabenerfüllung ist eine Ausschreibungspflicht zu bejahen. Dieses Kriterium wurde vom Bundesgericht neu als zusätzliches Kriterium definiert (in Abweichung der Beurteilung des aargauischen Verwaltungsgerichtes).

Nur wenn in diesen beiden Punkten die ideelle Ausrichtung beider Seiten (Auftraggeber und Auftragnehmer) und damit gesamthaft die tatsächliche nicht-kommerzielle Ausgestaltung des Geschäfts bejaht werden kann, liegt kein ausschreibungspflichtiger «öffentlicher Auftrag» vor. Nur in diesen Fällen kann auch bei Erreichung der massgebenden Schwellenwerte (ab einem Auftragswert von Fr. 150'000.– Einladungsverfahren, ab einem Auftragswert von Fr. 250'000.– offenes oder selektives Verfahren) auf eine Ausschreibung im offen oder selektiven Verfahren beziehungsweise im Einladungsverfahren verzichtet und der Auftrag freihändig vergeben werden.

Die Gemeinden des Kantons Aargau sind aus finanzrechtlicher Sicht zur wirtschaftlichen Haushaltsführung und zur Überprüfung der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der zur Aufgabenerfüllung erbrachten Leistungen verpflichtet (vgl. § 85b des Gesetzes über die Einwohnergemeinden [Gemeindegesez] vom 19. Dezember 1978). Die beiden oben genannten Kriterien, insbesondere die ökonomisch oder ideell ausgerichteten Absichten des Auftraggebers (Gemeinde), müssen daher bei einer neu anstehenden Auftragsvergabe im konkreten Fall vertieft und ernsthaft geprüft werden. Beabsichtigt die ausschreibende Gemeinde im Sinne der Wirtschaftlichkeit in den Ausschreibungsunterlagen den Kosten beziehungsweise dem Preis (zum Beispiel in den Zuschlagskriterien) ein hohes Gewicht beizumessen, so muss nach Auffassung des Departements Gesundheit und Soziales (Interpretation der jüngsten Rechtsprechung) bei Erreichen der massgebenden Schwellenwerte eine Ausschreibung gemäss den Vorgaben des aargauischen Submissionsdekretes durchgeführt werden. Dasselbe gilt auch, wenn im Sinne des ersten Kriteriums für die konkrete Vergabe kommerziell motivierte Anbietende in Betracht fallen.