

15.07.2016 – 20:00 Uhr

## Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge in der ambulanten Pflege muss einzeln geprüft werden



Bern (ots) -

Die ASPS fordert seit längerem, dass Gemeinden öffentliche Aufträge für Spitex-Dienstleistungen konsequent ausschreiben sollen. Im Auftrag des Verbands haben die Rechtsanwälte Prof. Dr. iur Tomas Poledna und Dr. iur Ralph Trümpler nun ein Gutachten zum Thema erstellt. Darin zeigen sie auf, dass über die Vergabevorschriften von Aufträgen der öffentlichen Hand von Fall zu Fall entschieden werden müsste; pauschale Regelungen greifen zu kurz.

Können Leistungsaufträge der öffentlichen Hand im Bereich der ambulanten Grundversorgung mit Pflegeleistungen (Spitex-Dienstleistungen) vom Gemeinwesen ohne öffentliches Vergabeverfahren vergeben werden? Oder müssen diese Leistungsaufträge gemäss den Regeln des Vergaberechts ausgeschrieben werden? Zur Klärung dieser Frage liess die ASPS ein Gutachten erstellen.

### Öffentliche und private Auftragnehmer

Zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt der Staat verschiedenste Güter und Dienstleistungen. Diese kann er entweder selbst produzieren bzw. bereitstellen oder aber auf dem Markt einkaufen. Das gilt auch für Aufträge in der ambulanten Pflege: Entweder lässt er diese durch gemeindeeigene Spitex-Dienstleister erledigen. Oder aber er erwirbt die Leistungen auf einem bestehenden freien Markt; in diesem Fall ist die Anwendung von Vergaberecht zu prüfen und gegebenenfalls zwingend eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Die Begriffe öffentlich/gemeindeeigen und privat in Zusammenhang mit einem Anbieter lassen auf dessen nicht-kommerzielle oder eben kommerzielle Ausrichtung schliessen. Doch diese pauschale Unterscheidung kann irreführend sein (s. unten). Korrekterweise müsste von Auftrag zu Auftrag entschieden werden, ob ein Anbieter in öffentlicher (gemeindeeigener) oder eben privater Funktion agiert.

### Funktionales Verständnis des öffentlichen Auftrags

In der heutigen Rechtsauslegung setzt sich vermehrt die Auffassung durch, dass sich die vergaberechtlichen Regeln nicht auf allgemeine Rechtskonstrukte, sondern jeweils auf den konkreten Auftrag beziehen sollen. So reicht der pauschale Hinweis auf die grundsätzliche Gemeinnützigkeit, die ideelle Motivation oder die Rechtsform (Verein, Non-Profit-Organisation etc.) eines Marktteilnehmers nicht aus, um ihn vom Vergaberecht zu befreien. Es ist gängige Praxis, dass sich sogenannte öffentliche Spitex-Organisationen im Einzelfall auf kommerzieller Basis um ein Vergabegeschäft bewerben, um kostendeckend zu funktionieren oder ihre finanzielle Situation aufzubessern. Demgegenüber befinden sich private Organisationen bisher klar im Nachteil.

Um für alle Anbieter gleiche Voraussetzungen zu schaffen, kann das sogenannte funktionale Verständnis des öffentlichen Auftrages angewendet werden: Demgemäss wird von Fall zu Fall entschieden bzw. festgelegt, wer wem welchen Auftrag erteilt. Dadurch wird gewährleistet, dass sich das Gemeinwesen wettbewerbsneutral verhält und namentlich nicht Schutzvorschriften des Vergaberechts durch die Wahl eines spezifischen Konstrukts umgeht (z. B. Konzession oder Beleihung anstelle von öffentlicher Vergabe). Dieses funktionale Verständnis kommt auch in der Revision des Beschaffungsrechts des Bundes zum Ausdruck; ein Beschluss, welcher die ASPS erfreut zur Kenntnis nimmt.

Einzelfälle müssen geprüft werden

Das Gutachten kommt zum Schluss, dass der Staat jeweils im konkreten Fall prüfen muss, ob nicht bei funktionaler Betrachtung von der Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen ausgegangen werden muss. So sollten Gemeinden hinsichtlich zu vergebender KVG-Leistungen unbedingt die Wettbewerbssituation beachten. Besteht nämlich ein funktionierender Wettbewerb bzw. gibt es für zu beschaffende Spitex-Dienstleistungen einen Markt mit verschiedenen darauf zugelassenen Teilnehmern, gibt es keinen Grund, warum es sich bei den zu vergebenden Leistungen nicht um einen öffentlichen, dem Vergaberecht unterstehenden Auftrag handeln soll. Und wenn am Ende derjenige Anbieter mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis den öffentlichen Auftrag bekommt, profitieren sowohl Leistungsbezüger wie der Staat, indem sie die betreffenden Dienstleistungen zum günstigeren Preis einkaufen können.

Kontakt:

Prof. Dr. Tomas Poledna, Poledna RC  
T 043 233 40 33  
M 076 381 11 11  
poledna@poledna.legal.ch

Marcel Durst, Geschäftsführer ASPS  
T 031 370 76 86  
M 079 300 73 59  
marcel.durst@spitexprivee.ch

Medieninhalte



*Prof. Dr. Tomas Poledna (Poledna RC) / Weiterer Text über ots und [www.presseportal.ch/de/nr/100056317](http://www.presseportal.ch/de/nr/100056317) / Die Verwendung dieses Bildes ist für redaktionelle Zwecke honorarfrei. Veröffentlichung bitte unter Quellenangabe: "obs/Association Spitex privée Suisse ASPS/zvg"*

Diese Meldung kann unter <https://www.presseportal.ch/de/pm/100056317/100790771> abgerufen werden.