



2C_196/2017

Urteil vom 21. Februar 2019
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Donzallaz, Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiber Fellmann.

Verfahrensbeteiligte

GZO AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Monika Gattiker,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Beschwerdegegner,
vertreten durch die Gesundheitsdirektion
des Kantons Zürich.

Gegenstand

Submission/Beschaffungsrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom
20. Dezember 2016 (VB.2015.00555, VB.2015.00556).

Sachverhalt:

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 (Krankenversicherungsgesetz, 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 auszuschreiben, 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 Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB an (Dispositiv-Ziff. 2).

Gegen den Regierungsratsbeschluss gelangten die GZO AG und deren Verwaltungsratspräsident an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Die GZO AG beantragte, den Regierungsratsbeschluss aufzuheben und festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten. Der Verwaltungsratspräsident 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 Regierungsratsbeschlusses 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. Mit Beschwerdeantwort vom 8. Mai 2017 beantragt der Regierungsrat die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abzuweisen. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei nicht einzutreten.

Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten ist. Die zur Vernehmlassung eingeladene Wettbewerbskommission (WEKO) verzichtet auf eine Stellungnahme.

Die GZO AG nimmt mit Replik vom 28. August 2017 zur Beschwerdeantwort und zur Vernehmlassung des Verwaltungsgerichts Stellung. Der Regierungsrat dupliziert mit Eingabe vom 1. November 2017. Zur Duplik des Regierungsrats reicht die GZO AG am 21. November 2017 eine weitere Stellungnahme ein.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

1.1 Die form- (Art. 42 BGG) sowie fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichte Beschwerde richtet sich gegen den kantonal letztinstanzlichen, verfahrensabschliessenden (Art. 90 BGG) Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 2016 in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG).

1.2 Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. f BGG nur zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgeblichen Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.

1.2.1 Aufgrund der Bestimmung von Art. 83 lit. f BGG ist die Frage, ob ein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung erging, im

bundesgerichtlichen Verfahren in doppelter Hinsicht relevant: Einerseits betrifft sie die Anwendbarkeit der Zulässigkeitschranke nach Art. 83 lit. f BGG, andererseits wirkt sie sich auf das anwendbare Recht aus, nach dem die Angelegenheit materiell zu beurteilen ist. Sind die Voraussetzungen für ein Eintreten auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG nicht erfüllt, so ist gegebenenfalls bereits vorweg mit voller Kognition nach Art. 95 BGG zu prüfen, ob und inwieweit der angefochtene Entscheid beschaffungsrechtlicher Natur im Sinne von Art. 83 lit. f BGG ist (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.3 S. 187 f.; 143 II 425 E. 1.3 S. 427; 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.1).

1.2.2 In der Sache dreht sich der Streit um den subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Die prozessuale Frage, ob ein Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinne von Art. 83 lit. f BGG vorliegt, fällt hier mit der materiellen Beurteilung zusammen. Sie ist im Rahmen des Eintretens indes nicht weiter zu vertiefen, weil die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 und Ziff. 2 BGG ohnehin erfüllt sind: Die Beschwerdeführerin legt nachvollziehbar dar, dass mit dem Beschluss des Regierungsrats die Pflicht zur Ausschreibung von Aufträgen einhergeht, deren Umfang die massgebenden Schwellenwerte nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG überschreitet. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG kommt weiter der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage zu, ob sie als Spital in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, das einen Leistungsauftrag des Kantons Zürich im akutstationären Bereich erfüllt und dessen Aktionariat sich aus verschiedenen Gemeinden zusammensetzt, dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2 S. 428 f. mit Hinweisen). Dass sich die Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation irrtümlicherweise auf Art. 85 BGG beruft, schadet nicht. Unter dem Blickwinkel von Art. 83 lit. f BGG erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gleichwohl als zulässig.

1.3 Die Beschwerdeführerin sieht sich gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert. Nach dieser Bestimmung ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtene Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

1.3.1 Die Regelung von Art. 89 Abs. 1 BGG ist in erster Linie auf Private zugeschnitten. Unter Umständen kann sich aber auch das Gemeinwesen auf die genannte Bestimmung berufen (vgl. BGE 141 II 161 E. 2.1 S. 164; Urteil 2C_6/2016 vom 18. Juli 2016 E. 1.5 [nicht publ. in: BGE 142 II 369]): Soweit Gemeinden nicht bereits gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG wegen der Verletzung von Garantien zur Beschwerde befugt sind, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt, bejaht das Bundesgericht ihre Legitimation im Bereich des öffentlichen Vergabewesens auch gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG, soweit sie in einem Rechtsmittelverfahren dazu verhalten werden, einen öffentlichen Auftrag anders zu vergeben als sie dies ursprünglich wollten (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.3.2 S. 148; Urteil 2C_6/2016 vom 16. Juli 2016 E. 1.5.2 [nicht publ. in: BGE 142 II 369]).

1.3.2 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine nach den Bestimmungen von Art. 620 ff. OR konstituierte Aktiengesellschaft. Unter formeller Betrachtung kann sie sich als juristische Person des Privatrechts ohne Weiteres auf Art. 89 Abs. 1 BGG berufen (vgl. auch Urteil 2C_770/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 1 [betreffend Kantonsspital Aarau AG]). Dasselbe gilt aber auch, soweit im Rahmen des Eintretens zu berücksichtigen wäre, dass sich das Aktionariat der Beschwerdeführerin ausschliesslich aus Gemeinden zusammensetzt, und sie materiell betrachtet als dezentrale Verwaltungsträgerin qualifiziert werden kann (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 Rz. 1 und Rz. 6 ff.): Die Beschwerdeberechtigung wäre ihr in analoger Weise zu gewähren wie ihren Trägergemeinden, die gegen eine aus ihrer Sicht zu Unrecht erfolgte Unterstellung von Aufträgen unter das öffentliche Beschaffungswesen gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG Beschwerde führen könnten, soweit sie nicht ohnehin bereits aufgrund von Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG an das Bundesgericht gelangen könnten (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.3.2 S. 148; Urteil 2C_6/2016 vom 16. Juli 2016 E. 1.5.2 [nicht publ. in: BGE 142 II 369]).

1.3.3 Die Beschwerdeführerin war als unmittelbare Adressatin der ursprünglichen Verfügung bereits im vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Mit ihren Anträgen ist sie dort nicht vollumfänglich durchgedrungen, sodass sie durch das angefochtene Urteil weiterhin beschwert ist. Grundsätzlich ist sie damit im Sinne von Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten legitimiert.

1.4 Neben der Aufhebung des angefochtenen Urteils stellt die Beschwerdeführerin allerdings auch den Antrag festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten. Der Beschwerdegegner verlangt auf das Rechtsmittel insoweit nicht einzutreten.

1.4.1 Feststellungsbegehren sind im bundesgerichtlichen Verfahren nur zulässig, sofern an der Feststellung ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse besteht, das nicht ebenso gut mit einem Leistungs- oder Gestaltungsurteil gewahrt werden kann (vgl. BGE 126 II 300 E. 2 S. 303 f.; Urteile 2C_459/2011 vom 26. April 2012 E. 1.2.1 [nicht publ. in: BGE 138 I 246]; 2C_1118/2014 vom 22. Juni 2015 E. 1; 2C_74/2014 / 2C_78/2014 vom 26. Mai 2014 E. 2.3).

1.4.2 Ein derartiges Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin, das über die Aufhebung des angefochtenen Urteils hinausgeht, ist nicht ersichtlich. Namentlich entfaltet das bundesgerichtliche Urteil im Rahmen des Streitgegenstands für die verfügende Behörde auch bei Gutheissung des Rechtsmittels grundsätzlich bindende Wirkung, ohne dass dies einer separaten Feststellung bedarf (vgl. zur Rechtsbeständigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen BGE 137 I 69 E. 2.2 f. S. 71 f.).

1.4.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich die Notwendigkeit eines Feststellungsbegehrens auch nicht aus Art. 107 Abs. 2 BGG, nach dem das Bundesgericht grundsätzlich reformatorisch entscheidet und mit der Beschwerde daher ein Antrag in der Sache zu stellen ist (vgl. BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 489; Urteile 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.2 [nicht publ. in: BGE 144 II 177]; 2C_853 / 2C_934/2014 vom 29. September 2015 E. 1.3 [nicht publ. in: BGE 142 II 80]). Zielt das Rechtsmittel wie hier allein auf die Beseitigung belastender Anordnungen, ist der Antrag auf blosser Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zulässig (vgl. Urteil 2C_858/2017 vom 15. März 2018 E. 1.2). Auf das Feststellungsbegehren kann daher nicht eingetreten werden.

1.5 Unter Vorbehalt des soeben Dargelegten ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten. Für die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde besteht bei dieser Ausgangslage kein Raum (Art. 113 BGG).

2.

2.1 Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und interkantonalem Recht gerügt werden (Art. 95 lit. a, b und e BGG). Demgegenüber prüft das Bundesgericht das kantonale Recht und seine Anwendung mit Ausnahme der hier nicht einschlägigen Fälle von Art. 95 lit. c und d BGG nicht als solches, sondern nur auf seine Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht hin (vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372 m.H.).

2.2 Im bundesgerichtlichen Verfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch behandelt das Bundesgericht im Rahmen der allgemeinen Begründungspflicht (vgl. Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel des angefochtenen Entscheids nicht offensichtlich sind (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; Urteile 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 2.1 [nicht publ. in: BGE 143 II 425]; 2C_8/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 2.1 [nicht publ. in: BGE 143 II 87]). Auf präzise vorgebrachte und begründete Rügen hin prüft das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht (qualifizierte Rügepflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; Urteile 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 2.1 [nicht publ. in: BGE 143 II 425]; 2C_8/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 2.1 [nicht publ. in: BGE 143 II 87]).

2.3 Für das Urteil des Bundesgerichts massgebend ist der Sachverhalt, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich. Von den sachverhaltlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig sind oder sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6 S. 96; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255; E. 2.2 hiervor).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, der formeller Natur ist (vgl. BGE 141 V 557 E. 3 S. 563 f.; 137 I 195 E. 2.2 S. 197), und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz. Beide Rügen sind vorweg zu behandeln.

3.1 Eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt die Beschwerdeführerin namentlich in einer angeblich mangelhaften Begründung des angefochtenen Urteils. Mit ihren diesbezüglichen Vorbringen dringt sie indes nicht durch, soweit sie die qualifizierten Rügeanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG überhaupt erfüllt: Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zieht zwar die Pflicht zur Begründung von Urteilen nach sich, wobei aus den Erwägungen wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen hervorgehen müssen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 142 I 135 E. 2.1 S. 145; 136 I 229 E. 5.2 S. 236). Inwieweit der angefochtene Entscheid diesen Anforderungen nicht genügen soll, ist hier allerdings nicht ersichtlich, zumal einer sachgerechten Beschwerdeführung an das Bundesgericht nichts im Wege stand.

3.2 Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter in verschiedener Hinsicht die Sachverhaltsfeststellungen, die das Verwaltungsgericht getroffen hat. Auch diesbezüglich entspricht ihre Rechtsschrift den Anforderungen im bundesgerichtlichen Verfahren (vgl. E. 2.3 hiervor) nicht in allen Teilen. Im Übrigen sind sie unzutreffend. Das gilt etwa, soweit die Beschwerdeführerin rechtliche Erwägungen im angefochtenen Urteil als Sachverhaltselemente missdeutet (vgl. etwa Beschwerdeschrift, S. 13 Rz. 40 f., S. 17 Rz. 57 f. oder S. 19 Rz. 66) oder in nicht recht nachvollziehbarer Weise argumentiert, eine falsche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Finanzierungsanteil des Kantons gemäss Art. 49a Abs. 1 und 2 KVG sei ursächlich für eine willkürliche Auslegung von Art. 39 KVG durch das Verwaltungsgericht. Abzustellen ist daher – unter Vorbehalt von Korrekturen, die das Bundesgericht von Amtes wegen vornimmt (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG; E. 2.3 hiervor) – auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz.

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 Beschaffungswesen (Interkantonale Vereinbarung, IVöB) gilt, welcher der Kanton Zürich mit Gesetz vom 15. September 2003 beigetreten ist (§ 1 Abs. 1 Beitrittsgesetz, LS 720.1). Nach der genannten Bestimmung unterstehen der IVöB als Auftraggeberinnen neben Kantonen und Gemeinden auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten. 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 zu verstehen ist. Aus Art. 5^{bis} 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*, Bern 2014, S. 63 Rz. 112; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/ChristianBovet/Pierre Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la Concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, N. 33 zu Art. 5 BGBM; MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich 2012, S. 90 Rz. 174). Im Vordergrund stehen dabei das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) und das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68).

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; 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. ETIENNE POLTIER, a.a.O., S. 10 Rz. 20 und S. 62 Rz. 110; CLERC, a.a.O., N. 28 zu Art. 5 BGBM; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 22 f. Rz. 45;

MARTIN 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. Champ d'application personnel du droit des marchés publics, 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 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 Fussnote 1 in Anhang 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 Charakters aufweist (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.3 S. 374; 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; 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 [Kantonsverfassung, KV; 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 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.; 139 II 489 E. 2.2.3 S. 493; E. 4.2 hiavor).

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 hiavor) 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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., Zürich 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 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.; 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 er-
wogen, dass bei einem im Bereich der Abfallbewirtschaftung aktiven
Unternehmen keine gewerbliche Tätigkeit vorlag. Statutarisch war sein
Wirkungskreis auf die nach kantonalem Recht zugewiesenen Einzugs-
gebiete beschränkt, unter Berücksichtigung des gesetzlichen und
reglementarischen Rahmens für die Entsorgung von Siedlungs-
abfällen. 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 Wettbewerbss-
ituation 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 1 Annex 3
(i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 ver-
schiedene Leistungen im Bereich der Akutsomatik auf der Spitalliste
des Kantons Zürich aufgeführt. Die kantonale Spitalliste enthält jene
Einrichtungen, die notwendig sind, um eine bedarfsgerechte Spital-
versorgung 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. 2^{ter} KVG). Zur Beurteilung von Qualität und Wirtschaftlichkeit wird
auf Betriebsvergleiche abgestellt (vgl. Abs. 3 Übergangsbestim-
mungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 [UeB 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 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; 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. 2^{ter} KVG hat der Bundesrat in Art. 58a ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (Krankenversicherungsverordnung, 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. 2^{ter} 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 hiavor). 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: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, SBVR XIV, 3. Aufl., Basel 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 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 Spitälern, 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. 2^{ter} 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 TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs [Hrsg.], Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 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 planwirtschaft-

lichen Elementen in diesem Bereich weiterhin massgebliche Bedeutung zu (vgl. BGE 138 II 398 E. 3.5.2 S. 418; BERNHARD RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rechtsgutachten zuhanden der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, Bern 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, dass sie im freien Wettbewerb steht und im Sinne von Fussnote 1 in Anhang 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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.; 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 Listenspitalern 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; RÜTSCHÉ, a.a.O., S. 38 Rz. 72; UELI KIESER, in: Ders./Kaspar Gehring/Susanne Bollinger, KVG/UVG-Kommentar, Zürich 2018, N. 9 zu Art. 49a KVG; EUGSTER, a.a.O., S. 669 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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; 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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; 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 Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil mindestens 55 Prozent 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 krankensicherungsrechtliche Tarife sieht Art. 43 Abs. 6 KVG im Allgemeinen vor, dass die Vertragspartner und die zuständigen Behörden darauf achten, eine qualitativ hoch stehende 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 tarifierte 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 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; 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.; 142 I 162 E. 3.2 S. 164 f.; 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 gewinnstrebiger tätig sein dürften (vgl. auch BGVE 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 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 tarifizierte 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, in: Jusletter vom 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. BGVE 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., 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 hiavor). 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 HANS RUDOLF TRÜEB/CHRISTOPH ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Publikation im Auftrag des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen [INöB], Zürich 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 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 hoch stehende 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: Thomas Gächter/Myriam Schwendener [Hrsg.], Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Bern 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 daher gewerblich im Sinne von Fussnote 1 in Anhang 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 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 berück-

sichtigt. 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 Aktionärsgemeinden, 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 Aktionärsgemeinden 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 (vgl. BGE 141 V 206 E. 2.1.2 S. 210; 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 hiavor).

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 Spitalisten 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 1 Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang 1 Annex 2) GPA.

5.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dem Regierungsrat des Kantons Zürich fehle es an der Befugnis, sie verfügungsweise zur Einhaltung der Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen zu verpflichten.

5.1 Nach Art. 60 Abs. 1 KV ist der Regierungsrat die oberste leitende und vollziehende Behörde des Kantons. Er wahrt die Verfassung und setzt die Gesetze, die Verordnungen und die Beschlüsse des Kantonsrates um (Art. 60 Abs. 2 KV). Bekräftigt wird diese Pflicht und die Befugnis zum Vollzug der Gesetzgebung in § 6 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 2005 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (Organisationsgesetz, OG RR; LS 172.1). Demnach sorgt der Regierungsrat für den Vollzug des übergeordneten, des interkantonalen und des kantonalen Rechts.

Mit diesem Vollzugsauftrag geht grundsätzlich die Kompetenz einher, gestützt auf öffentliches Recht im Einzelfall einseitig und verbindlich Rechtsverhältnisse zu regeln (vgl. BGE 144 II 376 E. 7.1 S. 378 f.; 138 II 134 E. 5.1 S. 158; Urteil 2C_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 244 Rz. 19), was von der Beschwerdeführerin denn auch zu Recht nicht in Abrede gestellt wird.

5.2 Die Kantone haben die Einhaltung der Vergabebestimmungen durch die Auftraggeber und die Anbieter vor und nach dem Zuschlag zu überwachen (vgl. Art. 19 Abs. 1 IVöB). Sie sehen für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen Sanktionen vor (Art. 19 Abs. 2 IVöB). Die Einzelheiten des Beschaffungswesens regelt gemäss § 4 Abs. 1 des Beitrittsgesetzes der Regierungsrat in einer Verordnung, auch soweit es nicht von der Interkantonalen Vereinbarung erfasst ist. Die Verordnung bedarf der Genehmigung des Kantonsrats (§ 4 Abs. 2 Beitrittsgesetz). Ausdrücklich sieht § 4 Abs. 3 Satz 1 des Beitrittsgesetzes weiter vor, dass der Regierungsrat die Überwachung der Auftraggeber und Anbieter im Sinne von Art. 19 IVöB ordnet. Von dieser Kompetenz hat der Regierungsrat in § 39 der Submissionsverordnung Gebrauch gemacht. Nach Abs. 2 Satz 1 der genannten Bestimmung ist Aufsichtsbehörde über die Vergabestellen die jeweils für den Sachbereich zuständige Direktion. Vorbehalten bleibt die Aufsicht des Bezirksrates über die Gemeinden (§ 39 Abs. 2 Satz 2 Submissionsverordnung). Die Oberaufsicht steht dem Regierungsrat zu (§ 39 Abs. 2 Satz 3 Submissionsverordnung).

5.3 Nach dem Dargelegten weisen die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen dem Regierungsrat die Aufgabe zu, die Einhaltung der kantonalen Submissionsgesetzgebung durch die Vergabestellen zu überwachen. Dieser gesetzliche Auftrag zieht in Verbindung mit seiner allgemeinen Verfügungskompetenz die Befugnis des Regierungsrats nach sich, Rechtssubjekte im Anwendungsbereich des für den Kanton massgeblichen Submissionsrechts zu dessen Einhaltung zu verpflichten. Für den Beschluss des Regierungsrats besteht somit eine (spezial-)gesetzliche Grundlage. Keiner weiteren Erörterung bedarf bei dieser Ausgangslage die Frage, inwieweit dem Regierungsrat auch gestützt auf seine allgemeine Aufsichtsfunktion über die Gemeinden, Zweckverbände und weiteren Träger kommunaler Aufgaben gemäss Art. 94 KV und § 163 f. des Gemeindegesetzes die Kompetenz zukommen könnte, die Beschwerdeführerin zur Beachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen zu verpflichten. Die Rüge der Beschwerde-

führerin erweist sich bereits mit Blick auf die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen als unbegründet.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und in diesem Zusammenhang namentlich einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip.

6.1 Nach Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie erfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Einschränkungen dieses Grundrechts müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen (vgl. BGE 142 I 99 E. 2.4.1 S. 111). Namentlich bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Soweit die Einschränkung mit einer Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 94 Abs. 1 BV einher geht, muss sie ausserdem in der Bundesverfassung selbst vorgesehen sein oder auf kantonalen Regalrechten beruhen (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 143 I 403 E. 5 S. 406 ff. mit Hinweisen).

6.2 In persönlicher Hinsicht sind Träger der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nur Private, nicht hingegen der Staat (vgl. BGE 142 II 369 E. 6.2 S. 386 mit Hinweisen). In diesem Rahmen steht die Wirtschaftsfreiheit natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts gleichermaßen zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 164; 137 I 167 E. 3.1 S. 172; je mit Hinweisen). Zur Frage, ob und inwieweit in den Formen des Privatrechts verfasste, aber von der öffentlichen Hand beherrschte juristische Personen wie die Beschwerdeführerin in den subjektiven Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen, werden in der Literatur unterschiedliche Standpunkte vertreten. Das Bundesgericht hat die Frage bislang nicht abschliessend beurteilt (vgl. BGE 142 II 369 E. 6.3 S. 386 f. mit zahlreichen Hinweisen), aber mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 94 BV festgehalten, dass unternehmerisches Staatshandeln jedenfalls auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein sowie wettbewerbsneutral erfolgen muss (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.3 S. 431 f.; 138 I 378 E. 6.3.2 S. 388 f.). Ob sich die Beschwerdeführerin im persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit befindet, bedarf mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen keiner weiteren Erörterung.

6.3 Die Beschwerdeführerin erblickt eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit einerseits im Umstand, dass der Regierungsrat nicht über die gesetzliche Kompetenz verfüge, sie zur Einhaltung beschaffungsrechtlicher Bestimmungen zu verpflichten. Andererseits macht die Beschwerdeführerin geltend, dass Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB keine gesetzliche Grundlage für die Anwendbarkeit des Submissionsrechts darstellen könne, weil sie eine gewerbliche Tätigkeit ausübe. In beiden Punkten erweist sich ihre Beschwerde als unbegründet.

6.3.1 Gestützt auf die in E. 5 erörterten Bestimmungen kommt dem Regierungsrat die Befugnis zu, die Beschwerdeführerin zur Einhaltung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen zu verpflichten. Sein Vorgehen stützt sich auf eine generell-abstrakte Rechtsgrundlage. Eine Verletzung des Legalitätsprinzips liegt insoweit nicht vor.

6.3.2 Nichts anderes gilt mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB. Dass die Beschwerdeführerin keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne dieser Bestimmung ausübt, die nach den klaren Verweisungen in Art. 1 Abs. 2, Art. 5^{bis} Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 IVöB im Lichte des GPA und des BAöB auszulegen ist, wurde bereits dargelegt (vgl. E. 4). Auf die entsprechenden Ausführungen kann in allen Teilen verwiesen werden. Sodann wurde der Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom Kantonsrat des Kantons Zürich beschlossen; er unterstand dem fakultativen Referendum. Den Bestimmungen des Beitrittsgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung kommt somit der Rang eines formellen Gesetzes zu (vgl. BGE 140 I 2 E. 10.5.1 S. 32; 132 I 157 E. 2.2 S. 159; 128 I 327 E. 4.1 S. 337). Eine Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 36 Abs. 1 BV) liegt auch mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB nicht vor.

6.4 Die Beschwerdeführerin erhebt im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit keine weiteren Rügen, weshalb sich nähere Ausführungen dazu erübrigen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG).

7.

Nach diesen Erwägungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Auf die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten. Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, und der Wettbewerbskommission schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. Februar 2019

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Seiler

Fellmann