



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion
Generalsekretariat
Rechtsabteilung

Rathausplatz 1
Postfach
3000 Bern 8
+41 31 633 79 41 (Telefon)
+41 31 633 79 56 (Fax)
info.ra.gsi@be.ch
www.be.ch/gsi

Referenz: 2023.GSI.1358 / ang

Abschreibungsverfügung vom 13. Juni 2023

in der Beschwerdesache

A.____

Beschwerdeführerin
vertreten durch B.____

gegen

C.____

Vorinstanz

sowie

D.____

Beschwerdegegnerin

betreffend Zuschlag im freihändigen Verfahren «Projekt Labordiagnostiklösung klinische Chemie und Immunologie»

(Verfügung der Vorinstanz vom 26. April 2023)

Die Rechtsabteilung des Generalsekretariats der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) zieht

in Erwägung:

1.

1.1 Mit Zuschlagsverfügung vom 26. April 2023, publiziert auf simap.ch (Projekt-ID: [...]), erteilte die C.____ (fortan: Vorinstanz) der D.____ (fortan: Beschwerdegegnerin) den Zuschlag im freihändigen Verfahren «Labordiagnostiklösung klinische Chemie und Immunologie» zu einem Gesamtpreis von CHF 2'170'535.00 ohne MWSt.

1.2 A.____ (fortan: Beschwerdeführerin) hat mit Eingabe vom 15. Mai 2023 Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 26. April 2023 der Vorinstanz erhoben und folgendes beantragt:

1. *Es sei der Zuschlag der Vorinstanz vom 26. April 2023 aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
2. *Eventualiter sei festzustellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Diesfalls sei der Beschwerdeführerin Schadenersatz zuzusprechen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.*

Weiter hat die Beschwerdeführerin die folgenden Verfahrensanträge gestellt:

1. *Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vorinstanz sei anzuweisen, sämtliche Vollzugshandlungen im Rahmen des Beschaffungsvorhabens (Projekt-ID [...]) zu unterlassen, namentlich:*
 - a. *Soweit noch kein Vertrag betreffend die Beschaffung des neuen Labordiagnostiksystems geschlossen wurde, sei die Vorinstanz anzuweisen, den Vertragsschluss bzw. sämtliche Vollzugshandlungen in diesem Zusammenhang zu unterlassen.*
 - b. *Soweit bereits ein Vertrag abgeschlossen wurde, das Labordiagnostiksystem jedoch noch nicht bestellt wurde, sei die Vorinstanz anzuweisen, die Bestellung zu unterlassen und den Vertrag aufzulösen.*
 - c. *Soweit der Vertrag bereits abgeschlossen wurde, sei die Vorinstanz anzuweisen, diesen Vertrag aufzulösen und (sofern die Bestellung bereits erfolgte) die Bestellung zu widerrufen.*
2. *Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, sämtliche Akten sowie Abklärungen zur Ausschreibungspflicht und die gesamte Korrespondenz mit der Zuschlagsempfängerin einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.*

3. *Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Vorinstanz Stellung zu nehmen.*

1.3 Die Rechtsabteilung des Generalsekretariats der GSI, welche die Beschwerdeverfahren für die GSI leitet,¹ untersagte der Vorinstanz mit Verfügung vom 17. Mai 2023 superprovisorisch den Vertragsabschluss mit der Beschwerdegegnerin. Gleichzeitig ersuchte sie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin, sich innert Frist zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern sowie entsprechende Beweismittel einzureichen.

1.4 Mit Eingabe vom 24. Mai 2023 teilte die Vorinstanz mit, sie habe die angefochtene Zuschlagsverfügung in Wiedererwägung gezogen und aufgehoben. Gleichzeitig habe sie das Einladungsverfahren abgebrochen. Sie beantragte deshalb, das Verfahren sei abzuschreiben und auf die Erhebung von Verfahrenskosten und die Zusprechung von Parteikosten sei zu verzichten beziehungsweise seien diese angemessen zu reduzieren.

1.5 Mit Eingabe vom 30. Mai 2023 reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Honorarnote mit Ausführungen dazu ein.

2.

2.1 Fällt im Verlaufe des Verfahrens das rechtserhebliche Interesse am Erlass einer Verfügung oder an einer Entscheidung in der Sache weg, insbesondere zufolge Rückzugs der Begehren, Rücknahme der angefochtenen Verfügung oder Einigung unter den Parteien, so schreibt die instruierende Behörde das Verfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis ab (Art. 39 Abs. 1 VRPG²). Gegen die Abschreibungsverfügung steht das gleiche Rechtsmittel wie gegen den Sachentscheid offen (Art. 39 Abs. 2 VRPG).

2.2 Jede Rechtsverfolgung setzt grundsätzlich ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse bzw. schutzwürdiges Interesse voraus. Fällt das Rechtsschutzinteresse im Verlauf des Verfahrens dahin, so wird das Verfahren gegenstandslos. Es wird alsdann förmlich als erledigt erklärt, d.h. abgeschlossen.³ Das rechtserhebliche Interesse an einer Entscheidung kann aus verschiedenen Gründen entfallen. Das VRPG fasst alle Fälle, in denen das Rechtsschutzinteresse verlorenght,

¹ Art. 7 Abs. 1 Bst. m der Verordnung vom 30. Juni 2021 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121) i.V.m. Art. 14a der Direktionsverordnung über die Delegation von Befugnissen der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion vom 17. Januar 2001 (DelDV GSI; BSG 152.221.121.2) und Art. 6 Abs. 1 Bst. e des Organisationsreglements des Generalsekretariats der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (OrgR GS GSI)

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

³ Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Auflage 2020, Art. 39 N. 1

unter dem Begriff der Gegenstandslosigkeit zusammen. Der Begriff der Gegenstandslosigkeit umfasst namentlich auch den Abstand – Rückzug oder Anerkennung von Begehren – sowie den Vergleich.⁴

2.3 Mit Verfügung vom 24. Mai 2023 hat die Vorinstanz den am 26. April 2023 freihändig erteilten Zuschlag an die Beschwerdegegnerin aufgehoben und das Einladungsverfahren abgebrochen. Dadurch entfällt das Anfechtungsobjekt und somit das rechtserhebliche Interesse an einer Entscheidung in der Sache vollumfänglich und das Beschwerdeverfahren 2023.GSI.1358 ist von der Rechtsabteilung als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Bst. m OrV GSI, Art. 14a DelDV GSI und Art. 6 Abs. 1 Bst. e OrgR GS GSI).

3.

3.1 Die Verfahrenskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Wer ein Gesuch, eine Klage oder ein Rechtsmittel zurückzieht, den Abstand erklärt oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG). Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entschiede in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV⁵). Wird ein Verfahren gegenstandslos oder durch Vergleich, Abstand oder Unterziehung erledigt, so kann die Gebühr angemessen reduziert oder es kann ganz auf sie verzichtet werden (Art. 21 Abs. 1 GebV).

3.2 Aufgrund des bisherigen Aufwandes ist von einem Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten abzusehen, jedoch die Gebühr angemessen zu reduzieren. Bei der Bemessung der Verfahrenskosten ist zudem zu beachten, dass der Antrag auf superprovisorisches Verbot des Vertragsabschlusses mit Zwischenverfügung vom 17. Mai 2023 gutgeheissen und diesbezüglich noch kein Kostenentscheid gefällt wurde. Vorliegend hat die Vorinstanz mit der Aufhebung des Zuschlags dafür gesorgt, dass das Verfahren gegenstandslos geworden ist. Sie gilt demnach als unterliegende Partei. Der Vorinstanz sind die Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 600.00, aufzuerlegen.

3.3 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wetttschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint

⁴ Daum, a.a.O., Art. 39 N. 3

⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

(Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar CHF 400.00 bis 11'800.00 pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV⁶). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁷). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV).

3.4 Es ist stets der Aufwand zu berücksichtigen, der zur Interessenwahrung objektiv betrachtet gerechtfertigt war; nach den Umständen nicht gebotener Aufwand führt zu einer Herabsetzung. Die Entschädigung nach KAG und PKV erlaubt keine eindeutige und arithmetisch exakte Festlegung des Honorars, sondern räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Behörde kann das als angemessen erachtete Pauschalhonorar im Sinn einer Plausibilitätsprüfung durch den als geboten erachteten Stundenaufwand teilen. Der Zeitaufwand war z.B. geringer, wenn die Anwältin bzw. der Anwalt mehrere im Wesentlichen gleichlautende Beschwerden einzureichen oder bereits die vorinstanzlichen Verfahren geführt hatte, wenn sich bei der Interessenwahrung für die Beschwerdegegnerin in mehreren vereinigten Verfahren beträchtliche Synergien ergaben oder wenn im Rechtsmittelverfahren weder ein Beweisverfahren noch ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen war. Die Bedeutung der Sache für die Partei ist nach objektiven Massstäben zu bewerten. Unter Umständen können beachtliche finanzielle oder wirtschaftliche Interessen unter dem Gesichtswinkel der Bedeutung der Sache eine Rolle spielen, selbst wenn in einer Angelegenheit nicht bedeutende vermögensrechtliche Interessen im Sinn der PKV zu wahren sind und ein entsprechender Zuschlag ausser Betracht fällt. Die Schwierigkeit des Prozesses bestimmt massgeblich den gebotenen Zeitaufwand. Schwierigkeiten können in tatsächlicher Hinsicht bestehen (z.B. problematische, aufwendige Beweisführung), in der Rechtsanwendung (z.B. komplexe Rechtslage oder reichhaltige, zum Teil widersprüchliche Rechtsprechung) oder im Verhalten der Gegenpartei. Dabei kann auch ins Gewicht fallen, ob die Sache der Behörde selbst Schwierigkeiten bereitet hat.⁸

⁶ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

⁷ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

⁸ Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 14 f., mit Hinweisen

3.5 Vorliegend ist die Beschwerdeführerin obsiegend. Die Honorarnote der beiden Rechtsanwälte der Beschwerdeführerin vom 30. Mai 2023 beläuft sich auf CHF 13'531.45 (inkl. MWSt von CHF 967.45). Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, angesichts des Auftragswerts im unteren einstelligen Millionenbereich sei der Streitsache für die Beschwerdeführerin in vermögensrechtlicher Hinsicht grosse Bedeutung zugekommen. Obwohl der Aktenumfang überschaubar gewesen sei, läge eine sehr komplexe Ausgangslage vor, welche vor allem in juristischer Hinsicht sorgfältige und eingehende Rechercharbeiten erfordert habe. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin sei dieser eine Parteientschädigung im Umfang der beigelegten Honorarnote zuzusprechen.⁹

3.6 Vorliegend waren tatsächlich bedeutende vermögensrechtliche Interessen der Beschwerdeführerin betroffen, so dass sich ein allfälliger Zuschlag im Sinne von Art. 11 Abs. 2 PKV rechtfertigt. Allerdings lag mit Blick auf den Gesamtpreis gemäss Zuschlagsverfügung von über CHF 2 Mio. und einem Schwellenwert für das offene Verfahren von CHF 250'000.00 für Lieferungen (Anhang 2 IVöB) sowie der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die bisherige Lieferantin des Beschaffungsobjekts war, – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – keine komplexe und schon gar keine sehr komplexe Ausgangslage vor. Ein Zuschlag nach Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV kommt daher vorliegend nicht in Frage. Diesen Umständen kann daher mit einem Honorar im mittleren Bereich des Rahmens von Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 PKV Rechnung getragen werden.

Die Beschwerdeführerin ist Mehrwertsteuerpflichtig¹⁰ und kann deshalb die von ihren Rechtsvertretern auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen.¹¹

Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostenersatz von pauschal CHF 7'000.00 als angemessen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin den Parteikostenersatz nach Rechtskraft dieses Entscheides zu entschädigen.

⁹ Eingabe Beschwerdeführerin vom 30. Mai 2023

¹⁰ Vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>); UID: CHE-106.918.983

¹¹ Vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

Aus diesen Gründen wird

verfügt:

1. Von der Eingabe der Vorinstanz vom 24. Mai 2023 (inkl. Beilagen) wird Kenntnis genommen und gegeben.
2. Das Beschwerdeverfahren 2023.GSI.1358 wird als erledigt vom Geschäftsverzeichnis **abgeschrieben**.
3. Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 600.00, werden der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt.
Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.
4. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, bestimmt auf CHF 7'000.00, nach Rechtskraft dieser Abschreibungsverfügung zu ersetzen.
5. Zu eröffnen:
 - B.____, z. Hd. der Beschwerdeführerin, mit Beilagen gemäss Ziff. 1, per Einschreiben
 - Vorinstanz, per Einschreiben
 - Beschwerdegegnerin, mit Beilagen gemäss Ziff. 1, per Einschreiben

Generalsekretariat
Rechtsabteilung

Angelika van der Kleij, Rechtsanwältin
Co-Abteilungsleiterin

Rechtsmittelbelehrung

Diese Abschreibungsverfügung kann innert 20 Tagen seit ihrer Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 4 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; die angefochtene Verfügung und greifbare Beweismittel sind beizulegen.