

Rathausgasse 1  
3011 Bern  
Telefon +41 (31) 633 79 20  
Telefax +41 (31) 633 79 09  
www.gef.be.ch

Referenz: stm  
RA Nr. 2017-0979

## **B E S C H W E R D E E N T S C H E I D vom 07. Februar 2018**

in der Beschwerdesache zwischen

**A.**\_\_\_\_\_

handelnd durch die statutarischen Organe, ...  
Beschwerdeführerin



gegen

**B.**\_\_\_\_\_

handelnd durch die statutarischen Organe, ...  
Beschwerdegegnerin

sowie

**C.**\_\_\_\_\_

handelnd durch die statutarischen Organe, ...  
Vorinstanz

betreffend Zuschlag im Vergabeverfahren X.\_\_\_\_\_ (Verfügung der Vorinstanz vom  
21. August 2017).

## I. Sachverhalt

1. Mit E-Mail vom 14. Juli 2017 hat die C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Vorinstanz) für die Vergabe der Arbeiten bezüglich X.\_\_\_\_\_ drei Anbieter zur Angebotsabgabe eingeladen. Unter anderen hat die A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) fristgerecht ein Angebot eingereicht.
2. Mit Verfügung vom 21. August 2017 hat die Vorinstanz den Zuschlag der B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erteilt.
3. Mit sinngemässer Beschwerde vom 28. August 2017 gelangte die Beschwerdeführerin an die GEF, ohne ein Rechtsbegehren zu stellen. Die Beschwerde wurde deshalb zur Verbesserung zurückgewiesen. Innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. September 2017 sinngemäss die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Erteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin.
4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,<sup>1</sup> holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 15. September 2017, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
5. Mit Zwischenentscheid vom 20. September 2017 erteilte das Rechtsamt der Beschwerde vom 28. August 2017 von Amtes wegen aufschiebende Wirkung. Dieser Zwischenentscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.
6. Mit Replik vom 22. September 2017 bestätigt die Beschwerdeführerin sinngemäss ihre bisherigen Anträge.
7. Mit Duplik vom 17. Oktober 2017 hält die Vorinstanz vollumfänglich an ihren in der Beschwerdevernehmlassung gestellten Anträgen fest.
8. Die Beschwerdegegnerin hat sich im gesamten Verfahren nicht vernehmen lassen.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

---

<sup>1</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

## II. Erwägungen

### 1. Zuständigkeit

Angefochten ist die Verfügung der Vorinstanz vom 21. August 2017. Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu mindestens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG<sup>2</sup>). Als „Träger kantonalen Aufgaben“ ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB<sup>3</sup>).<sup>4</sup> Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG<sup>5</sup> bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde anfechtbar. Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

### 2. Anfechtbarkeit

Fraglich ist, ob die vorliegende Verfügung überhaupt angefochten werden kann, weil Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens nicht anfechtbar sind (Art. 12 Abs. 3 ÖBG). Bei der Anfechtbarkeit einer Verfügung handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung. Diese ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 20a VRPG<sup>6</sup>), auch wenn seitens der Vorinstanz oder der Beschwerdegegnerin keine entsprechenden Rügen vorgebracht wurden.

2.1. Die Vorinstanz hat die Arbeiten im Einladungsverfahren ausgeschrieben. Für die Bestimmung der Verfahrensart sind die Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der IVöB massgebend (Art. 3 ÖBG). Dort wird mit entsprechenden Schwellenwerten unterschieden zwischen Lieferungen, Dienstleistungen und Bauarbeiten im Bauneben- und Bauhauptgewerbe. Die Unterscheidung zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe ist nicht gesetzlich geregelt. Gemäss § 3 Abs. 1 der Vergaberichtlinien (VRöB)<sup>7</sup>, welchen Empfehlungscharakter<sup>8</sup> zu-

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

<sup>3</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

<sup>4</sup> Vgl. Gutachten Trüeb/Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, vom 7. Dezember 2011, Rz. 153 und 168 f., einsehbar auf der Homepage der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) unter <https://www.gdk-cds.ch>; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 140

<sup>5</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

<sup>6</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>7</sup> Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB vom Interkantonalen Organ für das Beschaffungswesen (INöB), Zürich, 2. Mai 2002

<sup>8</sup> Vgl. BGE 129 I 313 E. 8.2

kommt, fallen unter das Bauhauptgewerbe alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Alle übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe.<sup>9</sup>

Vorliegend handelt es sich um die Arbeiten im Baubereich 6.1, SKP 944.0 Signalistik. Dabei geht es nicht um eine reine Materiallieferung, sondern auch um entsprechende Montagearbeiten. Mit dem Zuschlagsempfänger wird auch kein Kauf-/Liefervertrag, sondern ein Werkvertrag abgeschlossen.<sup>10</sup> Damit kommt die Kategorie der „Lieferungen“ nicht in Frage. Ob es sich vorliegend um eine „Dienstleistung“ oder „Bauarbeiten im Baunebengewerbe“ handelt, kann offen gelassen werden, da der Schwellenwert für das Einladungsverfahren in beiden Fällen bei über CHF 150'000.00 liegt.<sup>11</sup>

2.2. Die Vorinstanz erteilte der Beschwerdegegnerin vorliegend den Zuschlag zum Preis von „CHF 124'891.20 Netto inkl. MwSt.“.<sup>12</sup> Der Auftrag an die Beschwerdegegnerin erreicht damit den Schwellenwert von CHF 150'000.00 deutlich nicht, zumal die Mehrwertsteuer bei der Berechnung explizit nicht berücksichtigt wird (Art. 7 Abs. 1<sup>ter</sup> IVöB). Der Zuschlag für diesen Auftrag ist damit gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 3 ÖBG nicht anfechtbar. Dass die Vorinstanz ein Einladungsverfahren durchgeführt hat, obschon sie den Auftrag letztlich hätte freihändig vergeben können (Art. 6 Abs. 1 Bst. b ÖBG), ändert nach Praxis des bernischen Verwaltungsgerichts an der Nichtanfechtbarkeit des Zuschlags nichts.<sup>13</sup> Die Wahl eines höherstufigen Verfahrens ist stets zulässig, weil dies einen verschärften Wettbewerb verspricht.<sup>14</sup>

2.3. Nach dem Gesagten muss festgehalten werden, dass auf die Beschwerde vom 28. August 2017 mangels Anfechtbarkeit der Verfügung vom 21. August 2017 nicht eingetreten werden kann.

### 3. Kosten

3.1 Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 VRPG), werden der unterliegenden Partei zur Bezahlung 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).

---

<sup>9</sup> Vgl. auch Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern, Leitfaden für die Beschaffungsstellen, Amt für Informatik und Organisation vom 5. August 2015, S. 15, Ziff. 4.1.1

<sup>10</sup> Vgl. Ausschreibungsunterlagen (Beilage 2 der Vorakten)

<sup>11</sup> Anhang 2 IVöB

<sup>12</sup> Vgl. angefochtene Verfügung vom 21. August 2017 (Beilage 10 der Vorakten)

<sup>13</sup> BVR 2008, S. 355 E. 2.4 mit Hinweisen auf BVR 2005 S. 350 E. 2 und BVR 499 E. 2.6; Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 861 N. 170

<sup>14</sup> Jäger, a.a.O., S. 835 N. 91 mit weiteren Hinweisen

Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und der Erteilung der aufschiebenden Wirkung von Amtes wegen, sind die Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 400.00 (vgl. Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>15</sup>), der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

3.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten ans Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (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).

Weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin sind anwaltlich vertreten und haben folglich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

---

<sup>15</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21)

### III. **Entscheid**

1. Auf die Beschwerde vom 28. August 2017 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 400.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.

3. Parteikosten werden keine gesprochen.

### IV. **Eröffnung**

- Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Beschwerdegegnerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Einschreiben

DER GESUNDHEITS- UND  
FÜRSORGEDIREKTOR

*Pierre Alain Schnegg*  
*Regierungsrat*

### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann innert 10 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.