

Rathausgasse 1
Postfach
3000 Bern 8
Telefon +41 31 633 79 41
Telefax +41 31 633 79 56
www.gef.be.ch
info.ra@gef.be.ch

Referenz: 2019.GEF.1242 / stm

Bern, 8. August 2019

ABSCHREIBUNGSVERFÜGUNG

in der Beschwerdesache zwischen



X.____

Beschwerdeführerin

gegen

Y.____

Beschwerdegegnerin

sowie

Z.____

Vorinstanz

betreffend Zuschlag im Vergabeverfahren "Neubau Haus E A.____ (Verfügung der Vorinstanz vom 11. Juli 2019)

Das Rechtsamt der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) zieht
in Erwägung:

1. Mit Verfügung vom 11. Juli 2019 erteilte die Z.____ (fortan: Vorinstanz) der Y.____ (fortan: Beschwerdegegnerin) den Zuschlag im Vergabeverfahren "Neubau Haus E A.____" zu einem Gesamtpreis von CHF 3'084'862.45 inkl. 7.7 % MWST. In der Rechtsmittelbelehrung hält die Vorinstanz fest, die Verfügung könne innert 10 Tagen seit ihrer Eröffnung mit Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt B.____ angefochten werden.
2. Die X.____ (fortan: Beschwerdeführerin) erhob am 17. Juli 2019 Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt B.____ gegen die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 11. Juli 2019.
3. Das Regierungsstatthalteramt B.____ hielt sich für die vorliegende Beschwerde als unzuständig, da die Vorinstanz keine kommunale Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b ÖBG¹ sei und deshalb gemäss Art. 13 Abs. 1 ÖBG nicht beim Regierungsstatthalter Beschwerde geführt werden könne. Da es sich beim vorliegenden Vergabeverfahren um den Abbruch eines Gebäudes handle, falle die Zuständigkeit in den Bereich der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE). Aus diesen Gründen hat das Regierungsstatthalteramt B.____ die Beschwerde in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 VRPG² mit der Bitte zum Meinungs austausch bzw. zur Übernahme am 18. Juli 2019 an die BVE weitergeleitet.
4. Die BVE wiederum hielt sich ebenfalls für unzuständig, da die Vorinstanz in den Zuständigkeitsbereich der GEF falle, auch wenn es sich beim Beschaffungsgegenstand um eine Bau sache handle. In Rücksprache mit dem Rechtsamt der GEF hat die BVE die Beschwerde ge stützt auf Art. 4 Abs. 1 VRPG an die GEF weitergeleitet.
5. Die Vorinstanz ist als Listenspital ein fester Bestandteil der kantonalen Grundversorgung und erfüllt somit Staatsaufgaben. Im Umfang der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflege versicherung erbrachten Leistungen im Bereich des Leistungsauftrags wird sie zudem zu min destens 55% staatlich finanziert (Art. 49a Abs. 2 KVG³). Als „Trägerin kantonalen Aufgaben“ ist die Vorinstanz somit grundsätzlich ausschreibungspflichtig (Art. 8 Abs. 2 IVöB⁴). Angefochten ist vorliegend der Zuschlag im Vergabeverfahren. Verfügungen betreffend den Zuschlag sind bei Erreichung der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder der tieferen kommunalen Schwellenwerte bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Be schwerde anfechtbar (Art. 11 Abs. 2 Bst. b und e i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ÖBG). Die GEF als in der

¹ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

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

³ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

⁴ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2)

Sache zuständige Direktion ist daher zur Beurteilung der Beschwerde vom 17. Juli 2019 zuständig.

6. Mit Instruktionsverfügung vom 26. Juli 2019 hat die GEF das Verfahren übernommen. Die Vorinstanz und die als Zuschlagsempfängerin von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren beteiligte Beschwerdegegnerin wurden dabei aufgefordert, bis am 12. August 2019 eine Beschwerdevernehmlassung (inkl. Vorakten) bzw. eine Beschwerdeantwort einzureichen.

7. Die Vorinstanz hat mit Schreiben vom 6. August 2019 eine Fristerstreckung bis zum 30. August 2019 verlangt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie sei aktuell in Verhandlungen mit der Beschwerdeführerin. Diese habe zugestimmt, die Beschwerde zurückzuziehen. Aufgrund von Landesabwesenheiten werde dies jedoch kaum fristgerecht möglich sein.

8. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 8. August 2019 [recte: 7. Augst 2019] hat die Beschwerdeführerin festgehalten, dass sie erkannt habe, dass das Zuschlagskriterium "Ausbildung Lernende" erst bei Punktegleichheit in die Bewertung einfliesse. Weiter habe sie erkannt, dass die angegebenen Firmenreferenzen keine Übereinstimmung bei der Beurteilung Gesundheitsbauten erreichten und sie somit trotz langjähriger Erfahrung keine erhöhte Bewertung gemäss vorgegebenem Punkteschlüssel erhalten könne. Aus den vorgängig erwähnten Gründen ziehe die Beschwerdeführerin die vorliegende Beschwerde zurück.

9. Fällt im Verlaufe des Verfahrens das rechtserhebliche Interesse am Erlass einer Verfügung oder an einem Entscheid 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 VRPG). Der Rückzug der eigenen Begehren oder das Unterziehen unter die gegnerischen Begehren wird als Abstand bezeichnet. Eine Abstandserklärung muss im Allgemeinen ausdrücklich, unmissverständlich und vorbehaltlos erfolgen; sie ist endgültig und unwiderruflich.⁵ Gegen die Abschreibungsverfügung steht das gleiche Rechtsmittel wie gegen den Sachentscheid offen (Art. 39 Abs. 2 VRPG).

10. Mit Eingabe vom 7. August 2019 hat die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde vom 17. Juli 2019 unmissverständlich und vorbehaltlos zurückgezogen. Dadurch entfällt das rechtserhebliche Interesse an einem Entscheid in der Sache vollumfänglich und das Beschwerdeverfahren 2019.GEF.1242 ist vom Rechtsamt als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben. (Art. 39 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 10 OrV GEF). Folglich erübrigt sich das Frist-erstreckungsgesuch der Vorinstanz vom 6. August 2019 und ist ebenfalls abzuschreiben.

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 39 Rz. 6 ff.

11. 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 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).

Vorliegend wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet, da das Beschwerdeverfahren bisher nur wenig Aufwand verursacht hat, resp. der angefallene Aufwand einer falschen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz geschuldet ist.

12. Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Private, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben verfügen, haben im Beschwerdeverfahren in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 i.V.m Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Ein Abweichen von diesem Grundsatz (keine Parteientschädigung) setzt immer besondere Umstände voraus, die nicht in jedem Fall ins Feld geführt werden können. Zu denken ist etwa an besonders komplexe Angelegenheiten oder Fälle, in denen die unterliegende Privatpartei die Anordnung des beliebigen Privaten aus unlauteren Gründen anfight (querulatorische Beschwerdeführung, reine Verzögerungstaktik etc.).⁶

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, weshalb von dieser Regel abgewichen werden sollte. Ausserdem ist die Vorinstanz nicht berufsmässig vertreten und hat entsprechend keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

Die von Amtes wegen am Verfahren beteiligte Beschwerdegegnerin ist nicht berufsmässig vertreten und hat sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt. Daher sind ihr im vorliegenden Verfahren keine Parteikosten entstanden und sie hat entsprechend auch keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

⁶ Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Änderung) vom 12. Dezember 2007, S. 18; vgl. auch Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 240

Aus diesen Gründen wird

v e r f ü g t :

1. Vom Fristerstreckungsgesuch der Vorinstanz vom 6. August 2019 wird Kenntnis genommen und gegeben.
2. Vom Beschwerderückzug der Beschwerdeführerin vom 8. August 2019 [recte: 7. August 2019] wird Kenntnis genommen und gegeben.
3. Das Beschwerdeverfahren **2019.GEF.1242** wird als erledigt vom Geschäftsverzeichnis **abgeschrieben**.
4. Das Fristerstreckungsgesuch der Vorinstanz vom 6. August 2019 wird als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
5. Verfahrenskosten werden keine erhoben.
6. Parteikosten werden keine gesprochen.
7. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin, mit Beilage gemäss Ziff. 1, per Einschreiben
 - Beschwerdegegnerin, mit Beilage gemäss Ziff. 1 und 2, per Einschreiben
 - Vorinstanz, mit Beilage gemäss Ziff. 2, per Einschreiben

RECHTSAMT

Kathrin Reichenbach, Fürsprecherin
Vorsteherin

-

Rechtsmittelbelehrung

Diese Abschreibungsverfügung kann innert 10 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 3 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.