



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: 2025.GSI.356 / ang

Zwischenverfügung vom 19. Februar 2025

in der Beschwerdesache

A.____

Beschwerdeführerin 1

B.____

Beschwerdeführerin 2

C.____

Beschwerdeführerin 3

alle vertreten durch Rechtsanwalt D.____

gegen

Gesundheitsamt (GA), Rathausplatz 1, Postfach, 3000 Bern 8

Vorinstanz

betreffend Ausschreibung Versorgungssicherheit in der spitalexternen Hilfe und Pflege zu Hause
(Spitex) im Kanton Bern 2026 - 2029

(Ausschreibung vom 13. Januar 2025)

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

in Erwägung:

1. Sachverhalt

1.1 Am 13. Januar 2025 hat das Gesundheitsamt (GA, nachfolgend: Vorinstanz) auf simap.ch unter dem Titel *Versorgungssicherheit in der spitalexternen Hilfe und Pflege zu Hause (Spitex) im Kanton Bern 2026 – 2029* eine Ausschreibung im offenen Verfahren publiziert.¹

1.2 Aufgrund von Fragen von interessierten Anbieterinnen hat die Vorinstanz die Maximalbeiträge je Spitexregion per 30. Januar 2025 berichtigt. In Folge dessen wurde die Frist für die Einreichung der Angebote vom 19. März 2025 bis am 18. April 2025 verlängert.²

1.3 Gegen diese Ausschreibung haben die A.____ (fortan: Beschwerdeführerin 1), die B.____ (fortan: Beschwerdeführerin 2) sowie die C.____ (fortan: Beschwerdeführerin 3) mit Eingabe vom 3. Februar 2025, Postaufgabe am 3. Februar 2025, Beschwerde bei der GSI erhoben. Sie beantragen darin Folgendes:

1. *Die Ausschreibung sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, den Auftrag ohne Mängel neu auszu-schreiben.*
2. *Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

1.4 Mit Instruktionsverfügung vom 5. Februar 2025 hat die Rechtsabteilung die Vorinstanz ersucht, sich zum Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern und die Vorakten einzureichen.

1.5 Mit Stellungnahme vom 14. Februar 2025 äusserte sich die Vorinstanz zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und beantragte dessen Abweisung.

2. Erteilung aufschiebende Wirkung

2.1 Nach Art. 54 Abs. 1 IVöB³ hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Diese spezialgesetzliche Abweichung ist Ausdruck des vergaberechtlichen Beschleunigungsgebots bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.⁴ Die zuständige Beschwerdeinstanz kann einer Beschwerde auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet

¹ Ausschreibung vom 13. Januar 2025 (Akten GSI)

² Berichtigung Ausschreibung vom 30. Januar 2025 (Akten GSI)

³ Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1)

⁴ Christoph Jäger, in: Bernisches Verwaltungsrecht, Kap. 14 N. 258

erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 IVöB). Zuständige Beschwerdeinstanz ist im Kanton Bern für Verfügungen kantonaler Auftraggeber die zuständige Direktion, vorliegend die GSI (Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 IVöBG⁵).

2.2 Wird die aufschiebende Wirkung beantragt, werden in der Praxis im Sinne einer prima facie-Würdigung anhand der Akten als Erstes die Erfolgschancen der Beschwerde geprüft. Bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden wird die aufschiebende Wirkung verweigert. In allen anderen Fällen, d.h. wenn die Beschwerde nicht aussichtslos ist oder Zweifel darüber bestehen, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Kriterien für den Entscheid, ob die aufschiebende Wirkung gewährt wird, sind einerseits die Interessen der beschwerdeführenden Partei an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten. Andererseits sind die öffentlichen Interessen, welche der Auftraggeber wahrnimmt, zu berücksichtigen, wobei dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids ein erhebliches Gewicht zukommt. In die Abwägung miteinzubeziehen sind auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Zugleich besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes sowie an der Verhinderung von Vorkehren, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen. In der Regel findet zur Frage der aufschiebenden Wirkung nur ein Schriftenwechsel statt.⁶

2.3 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihren Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung damit, dass diese erforderlich sei, um einen Abschluss eines Leistungsvertrages zu verhindern, der auf einer Ausschreibung beruhe, die nicht den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung entspreche. Die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen solle dem Zweck dienen, diese auf Rechtsverletzungen überprüfen lassen zu können sowie ein korrektes Verfahren zu erzielen. Werde trotz Erhebung der Beschwerde das Verfahren weitergeführt, so würden diese Zielsetzungen verfehlt. Die neuen Leistungsverträge sollen bereits ab 1. Januar 2026 gelten. Zwar entstehe eine gewisse zeitliche Dringlichkeit, jedoch solle auch mit Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Abschluss der Leistungsverträge noch dieses Jahr möglich sein. Falls dies nicht ausführbar sei, so könne das bisherige System zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit weiterhin Anwendung finden, bis sein neues korrektes Ausschreibungsverfahren durchgeführt werde. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die fehlende Einplanung eines allfälligen Beschwerdeverfahrens regelmässig zuungunsten der Vergabebehörde ausgelegt werde. Entsprechend könne sich die Vergabebehörde aus dem Umstand, dass die Leistungsverträge bereits per Januar 2026 in Kraft treten sollten, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Insgesamt sei die Beschwerde ausreichend begründet und

⁵ Gesetz vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG; BSG 731.2)

⁶ Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 S. 97

es stehe dem Begehren um Gewährung der aufschiebenden Wirkung keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen.⁷

2.4 Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2025 aus, dass die Vergabestelle bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung in ihrem Handeln stark eingeschränkt würde, was zu ungerechtfertigten Verzögerungen im Vergabeverfahren führe. Es bestehe eine gewisse zeitliche Dringlichkeit, indem die Vergabestelle die ordentlichen und gesetzlichen Fristen einzuhalten habe und die Leistungsverträge per 1. Januar 2026 abzuschliessen seien. Umso gewichtiger sei jedoch die Tatsache, dass die Rechtssicherheit und die Planungssicherheit für die interessierten Organisationen, welche sich aktuell in der Vorbereitung für eine Angebotseingabe auf die Ausschreibung befänden, durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung wegfallen würden. Die Interessen der gesamten Versorgungslandschaft in der ambulanten/spitalexternen Pflege zu Hause seien höher zu gewichten als Einzelinteressen. Dies umso mehr, als dass in der Diskussion mit den Verbänden, an der auch die Beschwerdeführerin 3 teilgenommen habe, anlässlich der Vorstellung der neuen Versorgungsregionen im Juni 2024 darauf hingewiesen worden sei, dass die zukünftige Versorgung in der ambulanten Pflege kompatibel mit dem 4+ Modell (Berner Jura, Berner Mittelland, Biel-Seeland, Oberaargau-Emmental, Oberland) der Spitalentwicklung ausgestaltet sein müsse. Nur so liessen sich zukünftig integrierte Versorgungs-Netzwerke respektive die strategische Ausrichtung des Kantons Bern realisieren. In diesem Kontext sei es unangebracht, zu verlangen, eine öffentliche Ausschreibung sei auf die Vorstellungen von einzelnen Spitex-Organisationen auszurichten respektive abzustimmen. Somit sei ein Aufschub der Ausschreibung nicht notwendig und nicht zielführend, um die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen zu klären.

Nach Art. 21 Abs. 1 und 2 SLV⁸ teile die Vorinstanz zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit ambulanten Pflegeleistungen den Kanton in geeignete Perimeter auf, wobei sie die spezifischen Gegebenheiten der Regionen zu berücksichtigen habe. Mit dem beschriebenen Prozess sei die Vorinstanz diesen Vorgaben, welche ihr einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen, nachgekommen. Überdies habe die Vergabestelle explizit auch Angebote von Bietergemeinschaften zugelassen, damit auch kleinere Spitex-Organisationen durch Zusammenschluss mit oder Anschluss an andere Organisationen Aufträge der Versorgungspflicht erhalten könnten. Den Beschwerdeführerinnen stehe es offen, ein Angebot als Bietergemeinschaft oder im Subakkordantenmodell einzureichen. Die Eignungskriterien EK01 bis EK03 seien in diesem Lichte zu sehen. Die Zulassung von Bietergemeinschaften würde die Schaffung von grösseren Regionen und die damit einhergehenden hohen Anforderungen weitgehend kompensieren. Die Erfüllung der Eignungskriterien sei den einzelnen Leistungs-

⁷ Beschwerde vom 3. Februar 2025 Ziff. 2.5

⁸ Verordnung vom 24. November 2021 über die sozialen Leistungsangebote (SLV; BSG 860.21)

erbringenden zumindest im Verbund deshalb ohne Weiteres möglich. Die in der Beschwerde erhobenen Rügen betreffend die EK01 bis EK03 hätten keinen Bestand und die Erfolgsaussichten der Beschwerde sei somit als gering einzustufen. Entsprechend sei der Beschwerde auch mangels materieller Erfolgsaussichten die aufschiebende Wirkung zu verwehren.

3. Rechtliche Grundlagen

3.1 Eignungskriterien

Der Auftraggeber legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein (Art. 27 Abs. 1 IVöB). Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen (Art. 27 Abs. 2 IVöB).

Eignungskriterien sind grundsätzlich Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Das Nichterfüllen eines einzigen Eignungskriteriums führt zum Ausschluss vom Verfahren bzw. von der Auftragsvergabe. Das Angebot eines in diesem Sinne «ungeeigneten» Anbieters wird nicht bewertet.⁹ Eignungskriterien müssen objektiv, für die Auftragserfüllung wesentlich und überprüfbar sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt vor überzogenen Anforderungen. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person des Anbieters bezogen sind, sind sie mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand zu definieren. Die gewählten Kriterien sollen den Anbieterkreis nicht weiter einschränken, als dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist.¹⁰ Von ihrer Funktion her beschränken Eignungskriterien den Marktzugang und haben Diskriminierungspotenzial.¹¹ Diskriminierende Anforderungen, auch hinsichtlich der Sprachkenntnisse, sind nicht erlaubt. Sachlich gerechtfertigte Anforderungen (z.B. an die Sprachkompetenz eines Projektleiters oder von sonstigen Ansprechpersonen) sind jedoch zulässig, damit sich Auftraggeber und Anbieter bei der Auftragserfüllung effizient verständigen können.¹² Die Eignungskriterien dürfen nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen. Ausserdem ist bei Referenzen darauf zu achten, dass nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise solche verlangt werden, die vom Auftragsvolumen her weit über den in Frage stehenden Auftrag hinaus gehen. Dabei kommt der Vergabebehörde sowohl bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien als auch bei der Bewertung anhand der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter, problematisch sein können. Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende anders lautende Interessen an der

⁹ Christoph Jäger, a.a.O., Kap. 14 N. 185

¹⁰ Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 S. 66

¹¹ Christoph Jäger, a.a.O., Kap. 14 N. 187

¹² Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 S. 66 f.

Festlegung derselben den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern, indem sie Vorgaben machen, die nur von einem oder zwei Anbietern erfüllt werden können.¹³

3.2 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (vgl. Art. 2 Bst. c und Art. 11 Bst. c IVöB) bedeutet, dass einem Anbieter einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihm andererseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbietern verwehrt sind. So ist es z.B. nicht zulässig, ein Anbieter im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als seine Mitbewerber zu beurteilen. Ebenso wenig ist es zulässig, dass Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zugunsten eines einzelnen Anbieters aufgestellt, gestrichen oder aufgeweicht werden.¹⁴ Im Sinne des «Prinzips der gleich langen Spiesse» muss das Vergabeverfahren für alle Anbieter nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten.¹⁵

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die von den Beschwerdeführerinnen gerügte Festlegung der Spitex-Regionen sowie die Eignungskriterien EK01, EK 02 und EK03 die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung prima facie verletzen.

4. Festlegung der Spitex-Regionen

4.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen die Festlegung der Spitex-Regionen und damit die Losbildung. Die drastische Reduktion der Gebiete (Versorgungssperimeter) laufe den Interessen von privaten Spitex-Organisationen zuwider. Selbst wenn damit argumentiert werde, dass die privaten Spitex-Organisationen in ihrer jeweiligen Grösse seit der letzten Ausschreibung vor drei Jahren Zeit gewachsen seien, so sei dem entgegenzuhalten, dass es sich dabei oftmals um kleine Betriebe handle, wobei ein Wachstum langsamer vorangehe. Dies zumal auch deshalb, weil mit den Gemeinden der jeweiligen Regionen keine Leistungsvereinbarungen mehr hätten geschlossen werden können. Entsprechend kämen einzig privat organisierte Auftraggeber (Privatpersonen) in Frage, wobei klar sei, dass ein Wachstum dadurch nicht in der erforderlichen Schnelle vorangehe. Hinzu komme, dass Überweisungen durch Spitäler bisher grundsätzlich an die öffentlichen Spitex-Organisationen erfolgt seien. Entsprechend sei auch hier kaum Wachstum möglich. Dies sei jedoch für eine Ausschreibung wie der vorliegenden notwendig, um eine Chance zur Teilnahme am Wettbewerb zu haben, und nicht vorher ein ausgeschlossen zu werden. Für den Fall, dass die Vergabebehörde damit argumentiere, dass die Versorgungssperimeter unter Miteinbezug der Spitex-Organisationen und ihrer Verbände sowie unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Schweizerischen Gesundheitsobservatoriums (Obsan) ausgestaltet worden seien, so möge dies zwar grundsätzlich stimmen, jedoch sei dem entgegenzuhalten,

¹³ Zwischenentscheid des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.1 f.

¹⁴ Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 S. 25

¹⁵ Christoph Jäger, a.a.O., Kap. 14 N. 105 ff.

dass die Spitex-Regionen so reformiert worden seien, dass diese gegenüber privaten Spitex-Organisationen diskriminierend seien. Es habe aufgezeigt werden können, dass im Jahr 2022 sämtliche 29 ausgeschriebenen Versorgungssperimeter von der öffentlichen Spitex gewonnen worden seien. Entsprechend sei die neue Aufteilung in die 17 Spitex-Regionen mit dem Zweck des Beschaffungsrechts nicht vereinbar. Es scheine so, als wären die Versorgungsregionen und damit ein wichtiger Teil dieser Ausschreibung so gestaltet worden, dass diese Neuorganisation insbesondere den öffentlichen Spitex-Organisationen zugutekommen.

4.2 Der Auftraggeber kann den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilen und an einen oder mehrere Anbieter vergeben (Art. 32 Abs. 2 IVöB). Hat der Auftraggeber Lose gebildet, so können die Anbieter ein Angebot für mehrere Lose einreichen, es sei denn, der Auftraggeber habe dies in der Ausschreibung abweichend geregelt. Er kann festlegen, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann (Art. 32 Abs. 3 IVöB).

4.3 Bei der Festlegung der Regionen hat die Vorinstanz folgende Kriterien berücksichtigt: Einbettung in das 4+ Regionen Modell, Berücksichtigung der räumlichen Kontinuität, der Sprachregionen und allfällige Gemeindefusionen, Mindestgrösse von 20'000 Einwohner:innen pro Spitex-Region und Lebensraumorientierung. Hierfür hat die Vorinstanz – wie von den Beschwerdeführerinnen ausgeführt – die Ergebnisse des Obsan berücksichtigt und die Spitex-Organisationen (mit und ohne Leistungsvertrag) einbezogen. Eine erste Information erfolgte am 17. Juni 2024 anlässlich Besprechung der Vorinstanz mit dem Spitex-Verband Kanton Bern, der Beschwerdeführerin 3 sowie Curaviva BE.¹⁶ Eine weitere Besprechung mit denselben Teilnehmenden erfolgte am 22. Oktober 2024.¹⁷ Fokus bei der Bildung der Regionen war damit klar die Versorgungsperspektive und nicht die betriebliche Perspektive der Spitex-Organisationen. Nach dem Geschriebenen hat die Vorinstanz die Regionen im Rahmen ihres grossen Ermessensspielraums nach sachlichen Kriterien festgesetzt. Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, die Regionen und damit die Lose nach den Interessen der Anbieterinnen auszurichten. Die Beschwerdeführerinnen können aus dem Umstand, dass grössere Spitex-Organisationen möglicherweise einfacher ein Angebot einreichen können, da sie allenfalls die Eignungskriterien aus eigener Kraft (also ohne Zusammenschluss mit anderen) erfüllen, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es ist darauf hinzuweisen, dass es kleineren Spitex-Organisationen freisteht, sich zusammenzuschliessen und ein Angebot als Bietergemeinschaft oder im Subakkordantenmodell einzureichen. Die Spitex-Organisationen waren insbesondere aufgrund der am 30. April 2024 auf old.simap.ch erfolgten Vorankündigungen (Projekt-ID 278248, Meldungsnummer 1409949) frühzeitig über die Neuausschreibung mit 17 neu definierten Versorgungssperimeter informiert.¹⁸ Es stand ihnen somit auch genügend

¹⁶ Vgl. Traktandenliste und Präsentation Besprechung vom 17. Juni 2024 (Vorakten Register 1)

¹⁷ Vgl. Traktandenliste und Präsentation Besprechung vom 22. Oktober 2024 (Vorakten Register 4)

¹⁸ Vorankündigung vom 30. April 2024 (Akten GSI)

Zeit zur Verfügung, sich entsprechend zu organisieren. Die Rüge, die Aufteilung der Regionen und damit der Lose sei diskriminierend, erweist sich prima facie als offensichtlich unbegründet.

5. Eignungskriterium EK01

5.1 Das von den Beschwerdeführerinnen bemängelte EK01 lautet wie folgt:

Erfahrung und Abdeckung der Spitex-Region

Die Anbieterin selber oder zusammen mit ihren vorgesehenen Subakkordanten oder die Unternehmen/Organisationen der Bietergemeinschaft verfügt/verfügen über Erfahrung bei der Erbringung von Spitex-Leistungen (KLV-a, KLV-b und KLV-c), die mit dem maximalen Stundenumfang des von ihr/ihrer angebotenen Loses resp. Spitex-Region (gemäss Pflichtenheft Kapitel 2.2) vergleichbar sind. Die Anbieterin selber oder zusammen mit ihren vorgesehenen Subakkordanten oder die Bietergemeinschaft mit allen ihren Unternehmen/Organisationen weist diese Erfahrung anhand der geleisteten Spitex-Leistungen (KLV-a, KLV-b und KLV-c) für das Jahr 2024 nach.

Nachweis

Das entsprechende Referenzformular EK01 (Anhang A3) ist entsprechend für das Jahr 2024 auszufüllen und durch die Anbieterin oder das administrativ federführende Unternehmen der Bietergemeinschaft signiert einzureichen. Der Auftraggeber behält sich vor, die angegebenen Informationen zu überprüfen.

5.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass schon die von der Vergabebehörde aufgestellten Perimeter (Versorgungsregionen) diskriminierend gegenüber privaten Spitex-Organisationen seien. Naturgemäss würden private Spitex-Organisationen mit einer Vielzahl von individuellen Auftraggebern zusammenarbeiten, wohingegen die öffentlichen Spitex-Organisationen seit jeher ihre Aufträge meist direkt vom Kanton oder den Gemeinden erhalten würden. Entsprechend sei die Grösse der jeweiligen Versorgungsregion und damit dieses Eignungskriterium auf die öffentlichen Spitex-Organisationen zugeschnitten, da nur sie Referenzen in dieser Grössenordnung nachweisen könnten. Damit würden die privaten Spitex-Organisationen nicht nur hinsichtlich des Erhalts des Zuschlags diskriminiert, sondern die Ausgestaltung des Eignungskriteriums schliesse sie bereits bei der Vorselektion aus. Denn sie müssten einen Nachweis beibringen, von dem sie bisher durch die nicht öffentliche Vergabe der Versorgungsaufträge ausgeschlossen gewesen seien. Entsprechend sei das Eignungskriterium EK01 mit dem Verfahrensgrundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung als unvereinbar zu erachten.

5.3 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die von der Vorinstanz nach sachlichen Kriterien festgelegten Regionen und damit die Lose, wie oben beschrieben, prima facie nicht zu beanstanden sind. Mit dem im EK01 geforderten Nachweis der im Jahr 2024 geleisteten Stunden, die dem Umfang des Loses entsprechen müssen, auf das geboten wird, soll sichergestellt werden, dass die Anbieterin den Auftrag im Falle eines Zuschlags tatsächlich auch erfüllen kann. Könnte die Anbieterin die geforderten

Anzahl Stunden im Jahr 2024 nicht nachweisen, würde dies bedeuten, dass sie im Falle eines Zuschlags innerhalb kurzer Zeit ihre Leistungsfähigkeit erheblich steigern müsste. Angesichts der kurzen Zeit sowie des Fachkräftemangels ist eine derartige Leistungssteigerung kaum bewältigbar und damit kaum realistisch. Der Nachweis der Stunden ist grundsätzlich ein erforderliches und sachgerechtes Kriterium, dass der Auftrag effizient und vollständig erfüllt werden kann. Mit der Forderung eines Nachweises der Stunden, die jenem maximalen Stundenumfang des von der Anbieterin angebotenen Loses entsprechen, geht die Vorinstanz nicht über das in Frage stehende Auftragsvolumen hinaus. Zudem ist tendenziell von einer steigenden Nachfrage und Nachfrageschwankungen auszugehen. Damit die Zuschlagsempfängerin ihre Pflicht erfüllen kann, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, was insbesondere bedeutet, dass keine Klientinnen und Klienten abgelehnt werden dürfen, ist es sachgerecht, dass die Vorinstanz die Anzahl Stunden des maximalen Leistungsvolumens und keinen tieferen Wert als Eignungskriterium festlegt. Damit kann die Versorgungssicherheit insbesondere auch bei Nachfrageschwankungen sichergestellt werden. Der Vorinstanz steht bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu. Zudem ist es den Beschwerdeführerinnen unbenommen, sich als Bietergemeinschaft oder im Subakkordantenmodell zu organisieren, sodass sie ohne Weiteres Referenzen in den geforderten Grössenordnungen nachweisen können. Dass die privaten Spitex-Organisationen mit einer Vielzahl von individuellen Auftraggebern zusammenarbeiten, ändert an dieser Möglichkeit nichts. Insbesondere durch die Zulassung von Bietergemeinschaften kann das EK01 auch nicht nur von einzelnen Anbieterinnen erfüllt werden. Die Beschwerdeführerinnen werden, wenn sie sich zusammenschliessen, nicht am Einreichen eines Angebots gehindert. Zusammenfassend erweist sich die Rüge, das EK01 verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung, prima facie als offensichtlich unbegründet.

6. Eignungskriterium EK02

6.1 Das von den Beschwerdeführerinnen bemängelte EK02 lautet wie folgt:

Fachpersonal

Die Anbieterin selber oder zusammen mit ihren vorgesehenen Subakkordanten oder die Unternehmen/Organisationen der Bietergemeinschaft verfügt/verfügen über genügend Fachpersonal, um den Umfang der Spitex-Leistungen im gegenständlichen Los ab 2026 gemäss Tabelle in Kapitel 2.2 des Pflichtenheftes erbringen zu können.

Nachweis

Schriftliche Bestätigung

6.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Ausgestaltung eines solchen Eignungskriteriums setze voraus, dass die Anbieterin (respektive gemeinsam mit den vorgesehenen Subakkordanten oder Organisationen der Bietergemeinschaft) bereits zum heutigen Zeitpunkt Fachpersonal im künftigen Umfang beschäftigen müsse, ohne jedoch diesem Personal entsprechend Arbeit zur Verfügung

stellen zu können. Die Definition eines solchen Eignungskriteriums sei diskriminierend gegenüber privaten Spitex-Organisationen, welche nicht zuletzt aufgrund der bisherigen Ausschreibepaxis der öffentlichen Hand regelmässig als kleinere Betriebe funktionieren würden. Es müsse möglich sein, dass Anbietende die nötigen fachlichen Kapazitäten ausbauen könnten und nicht schon auf Vorrat nachweisen müssten. Entsprechend sei das Eignungskriterium so auszugestalten, dass auch den kleineren Anbieterinnen die Chance gegeben werde, die Kapazität aufzubauen, dass im Zeitpunkt der Übernahme des Auftrags genügend Fachpersonal vorhanden sei. Insgesamt erscheine das Eignungskriterium EK02 mit den Zielen des Beschaffungsrechts nicht vereinbar, weil dadurch private Spitex-Organisationen auf eine diskriminierende Art und Weise von der Ausschreibung ausgeschlossen würden.

6.3 Mit dem Nachweis, dass die Anbieterin über genügend Fachpersonal verfügen muss, um die Leistungen im entsprechenden Los erbringen zu können, soll – wie mit dem EK01 – sichergestellt werden, dass die Anbieterin den Auftrag im Falle eines Zuschlags tatsächlich auch erfüllen kann. Die Vergabestelle muss sich darauf verlassen können, dass die Zuschlagsempfängerin den Auftrag vollumfänglich erfüllen kann. Unter Berücksichtigung des Fachkräftemangels sowie der verbleibenden kurzen Zeit zwischen einem allfälligen Vertragsabschluss und Beginn des Auftrags ist eine Erhöhung des Fachpersonals prima vista als nicht realistisch zu beurteilen. Das EK02 ist daher als sachgerecht und erforderlich zu beurteilen, um eine effiziente und vollständige Auftragserfüllung zu gewährleisten. Auch bezüglich des EK02 ist zu berücksichtigen, dass die geforderte Referenz nicht über das Auftragsvolumen hinausgeht. Es ist weiter sachgerecht, dass die Vorinstanz keinen tieferen Wert fordert, um die Auftragserfüllung sicherzustellen. Schliesslich ist erneut auf die Möglichkeit der Beschwerdeführerinnen, sich mit anderen zusammenzuschliessen und ein Angebot als Bietergemeinschaft oder im Subakkordantenmodell einzureichen, hinzuweisen. Sie werden somit – entgegen ihren Vorbringen – nicht zum Vornherein von der Ausschreibung ausgeschlossen, selbst wenn die Beschwerdeführerinnen kleiner sind als öffentliche Spitex-Organisationen. Durch einen Zusammenschluss ist auch kein Ausbau des Fachpersonals auf Vorrat erforderlich. Das EK02 verletzt demnach weder den Grundsatz der Gleichbehandlung noch der Nichtdiskriminierung. Damit erweist sich die Beschwerde diesbezüglich prima facie als offensichtlich unbegründet.

7. Eignungskriterium EK03

7.1 Das von den Beschwerdeführerinnen bemängelte EK03 lautet wie folgt:

Bestätigung Leistungserbringung Anbieterin / Bietergemeinschaft

Die Anbieterin selber oder zusammen mit ihren Subakkordanten oder die Bietergemeinschaft bestätigt, dass sie bei Zuschlägen auf alle von ihr angebotenen Lose die vollständige Leistungserbringung je Los sicherstellen kann.

Nachweis

- *Dokumentation, auf welche Lose ein Angebot eingereicht wird.*
- *Schriftliche Bestätigung der Anbieterin oder der Bietergemeinschaft, dass sie ihre Leistungserbringung auch bei Zuschlägen auf alle Lose, wo sie ein Angebot eingereicht hat, die vollständige Leistungserbringung sicherstellen kann.*

7.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass es für sie nachvollziehbar sei, dass sich die Vergabebehörde darauf verlassen können müsse, dass im Falle der Zuschlagserteilung die Leistung auch erbracht werde. Entsprechend werde das Eignungskriterium EK03 nicht per se als diskriminierend betrachtet. Was hingegen diskriminierend gegenüber privaten Spitex-Organisationen sei und eine Ungleichbehandlung der Anbieterinnen darstelle, sei die Wechselwirkung zwischen dem Eignungskriterium EK03 und den neu definierten Spitex-Regionen. So sei erstellt, dass die neuen Spitex-Regionen ein jeweils grösseres maximales Leistungsvolumen umfassen würden. Insbesondere die neuen Spitex-Regionen BM02 und BM04 seien zuungunsten von privaten Anbieterinnen überarbeitet worden. Auch insgesamt erwecke die Umstrukturierung der Versorgungsregionen in nunmehr 17 Spitex-Regionen den Eindruck, dass sie sich an den bestehenden öffentlichen Spitex-Organisationen orientiert habe. So sei klar, dass ein Wachstum für grosse Spitex-Organisationen – wie die öffentliche Spitex-Organisationen – leichter möglich sei als für eine kleine private Spitex-Organisation. Zudem seien die öffentlichen Spitex-Organisationen auf ihre Versorgungsbereiche ausgerichtet, da erstellt sei, dass diese in sämtlichen 29 ausgeschriebenen Versorgungssperimetern obsiegt hätten. Würden nun grössere Perimeter ausgestaltet, so führe dies naturgemäss dazu, dass private Spitex-Organisationen gegen über öffentlichen Spitex-Organisationen benachteiligt würden. Aufgrund der Ausgestaltung dieses Eignungskriteriums sei es für eine private Spitex-Organisation nicht möglich, sich auf mehrere Lose zu bewerben, weil sie gewährleisten müsse, dass sie im Falle des Zuschlags in allen Losen die Leistungserbringung erbringen könne. Mit anderen Worten müsse sich eine private Spitex-Organisation auf einzelne Lose respektive ein einzelnes Los fokussieren und habe damit entsprechend kleinere Chancen einen Zuschlag zu erhalten, als wenn sie sich auf mehrere Lose bewerben könne. Aus diesem Grund sei dieses Eignungskriterium als diskriminierend zu betrachten.

7.3 Mit dem EK03 soll sichergestellt werden, dass die Anbieterin im Falle eines Zuschlags auf alle von ihr angebotenen Lose die vollständige Leistung erbringen kann. Die Vergabestelle muss die Versorgungssicherheit sicherstellen und sich daher darauf verlassen können, dass die Zuschlagsempfängerin den Auftrag vollumfänglich erfüllen kann. Das EK03 gilt für alle Anbieterinnen gleichermassen. Weiter ist drauf hinzuweisen, dass die Anbieterinnen bei Einreichung eines Angebots während der Gültigkeitsdauer der Angebote (Art. 35 Bst. r IVöB) an ihr Angebot gebunden sind. Die Angebote sind für die Anbieterinnen verbindlich, sodass die Auftraggeberin die Anbieterinnen auf dem Erklärten

behaften und den Inhalt des Angebots durch einseitige Erklärung annehmen kann.¹⁹ Würden Anbieterinnen auf mehrere Lose bieten, ohne dass sie bei einem Zuschlag auf alle Lose ihr Angebot einhalten könnten, hätten sie nicht die erforderliche Eignung für beide oder mehrere Zuschläge. Das EK03 stützt sich damit auf sachliche Gründe und ist als erforderlich zu beurteilen. Das EK03 erweist sich weder als diskriminierend noch verletzt es das Gleichbehandlungsgebot. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich *prima facie* als offensichtlich unbegründet.

8. Fazit

Nach dem Geschriebenen erweist sich die Beschwerde vom 3. Februar 2025 gegen die Ausschreibung in allen Punkten *prima facie* als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen.

9. Kosten

9.1 Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide betreffend Zwischenverfügungen CHF 100.00 bis 1'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG²⁰ i.V.m. Art. 19 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 GebV²¹). Die Verfahrenskosten werden 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 unterliegen die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich. Dementsprechend sind ihnen die gesamten Verfahrenskosten betreffend das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, pauschal festgesetzt auf CHF 600.00, unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

9.2 Parteikosten sind bei diesem Ausgang des Verfahrens keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 4 VRPG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

¹⁹ Dominik Kuonen, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht BöB, 2020, Art. 35 N. 39

²⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Aus diesen Gründen wird

verfügt:

1. Von der Stellungnahme der Vorinstanz vom 14. Februar 2025 wird Kenntnis genommen und gegeben.
2. Vom Eingang der Vorakten wird Kenntnis genommen.
3. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Rechtsbegehren Nr. 2) wird abgewiesen.
4. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 600.00, werden den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaftung zur Bezahlung auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieser Verfügung.

5. Parteikosten werden keine gesprochen.
6. Die Vorinstanz wird aufgefordert, innert Frist **bis am 12. März 2025** eine **Beschwerdevernehmlassung in der Hauptsache** im Doppel einzureichen.
7. Zu eröffnen:
 - Rechtsanwalt D.____, z. Hd. der Beschwerdeführerinnen 1 bis 3, mit Beilage gemäss Ziff. 1, per Einschreiben
 - Vorinstanz, per Kurier

Generalsekretariat
Rechtsabteilung

Angelika van der Kleij, Rechtsanwältin
Co-Abteilungsleiterin

Rechtsmittelbelehrung

Ziffer 3 und 4 dieser Verfügung können beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 VRPG innert 30 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 2 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.