



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion

Rathausgasse 1  
Postfach  
3000 Bern 8  
+41 31 633 79 20 (Telefon)  
+41 31 633 79 09 (Fax)  
info.gsi@be.ch  
www.be.ch/gsi

Referenz: 2021.GSI.1875 / kr, stm

## **Beschwerdeentscheid vom 26. November 2021**

in der Beschwerdesache

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

Beschwerdeführerin

gegen

**Gesundheitsamt des Kantons Bern (GA)**, Rathausgasse 1, 3000 Bern 8

Vorinstanz

und

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

Zuschlagsempfängerin

betreffend **Vergabe der Leistungsverträge betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zuhause für die Jahre 2022 bis 2025 (Versorgungssperimeter X.\_\_\_\_)**

(Verfügung der Vorinstanz vom 24. August 2021)

## I. Sachverhalt

1. Am 7. Mai 2021 hat das damalige Alters- und Behindertenamt (ALBA, heute: Gesundheitsamt [GA]; fortan auch: Vorinstanz) sich per E-Mail an die versorgungsrelevanten Organisationen der Pflege zu Hause im Kanton Bern gewandt und ihnen Gelegenheit gegeben, bis zum 4. Juni 2021 ein Gesuch für einen Abschluss eines Leistungsvertrags für die Periode 2022 bis 2025 für die Pflege zu Hause einzureichen. Daraufhin bewarb sich unter anderem A.\_\_\_\_ [fortan auch: die Beschwerdeführerin]) mit Gesuch vom 27. Mai 2021 für einen solchen Vertrag im Versorgungssperimeter X.\_\_\_\_.

2. Mit Schreiben vom 5. Juli 2021 teilte das ALBA der Beschwerdeführerin mit, dass deren Gesuch die Auswahlkriterien nicht am besten erfüllt habe. Insbesondere seien deren Kapazität im Verhältnis zum Volumen der für die Versorgung im betreffenden Perimeter nötigen Leistungen tiefer und deren Erfahrung im Bereich der Versorgungspflicht geringer als die eines Mitbewerbers. Das Amt teilte zudem mit, dass es auf schriftlichen Antrag hin eine beschwerdefähige Verfügung erlasse.

3. Mit Eingabe vom 12. Juli 2021 verlangte die Beschwerdeführerin den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Am 24. August 2021 verfügte das GA, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen werde.

4. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 3. September 2021 bei der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) Beschwerde. Darin beantragt sie was folgt:

1. *Die Verfügung der Vorinstanz bezüglich des Gesuchs auf einen Leistungsvertrag betr. Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause 2022-2025 vom 24. August 2021 sei aufzuheben.*

2. *Das Vergabeverfahren sei an die Vorinstanz mit der Aufforderung zurückzuweisen, ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen.*

*Eventualiter: Die Sache sei zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.*

3. *Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.*

4. *Die Vergabestelle sei superprovisorisch anzuweisen, keine Leistungsverträge abzuschliessen.*

**- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -**

5. Die Rechtsabteilung des Generalsekretariats, welche die Beschwerdeverfahren für die GSI leitet,<sup>1</sup> hielt mit Verfügung vom 9. September 2021 fest, dass derzeit noch nicht auszuschliessen sei, dass die angefochtene Verfügung (auch) gestützt auf beschaffungsrechtliche Rechtsgrundlagen hätte ergehen müssen. Daher nahm die Rechtsabteilung die Beurteilung vorsorglich anhand der strengeren beschaffungsrechtlichen Regeln vor. Gestützt darauf verfügte sie, dass bis zum definitiven Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht abgeschlossen werden dürfe. Da sich das Verbot bereits von Gesetzes wegen ergibt (Art. 14 Abs. 1 IVöB<sup>2</sup> und Art. 32 Abs. 1 Bst. c ÖBV<sup>3</sup>), trat die Rechtsabteilung auf das Gesuch der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle superprovisorisch anzuweisen sei, keine Leistungsverträge abzuschliessen, nicht ein.<sup>4</sup>

6. Die Rechtsabteilung holte weiter die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Zudem beteiligte sie die Zuschlagsempfängerin als Partei von Amtes wegen am Verfahren und gewährte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Vorinstanz beantragte in ihren Beschwerdevernehmlassungen vom 17. September 2021 und 11. Oktober 2021, dass sowohl der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung als auch die Beschwerde abzuweisen seien. Die Zuschlagsempfängerin wiederum verzichtete in ihrer Beschwerdeantwort darauf, zur Hauptsache Anträge zu stellen, und nahm von der aufschiebenden Wirkung Kenntnis.<sup>5</sup> Sie verlangte, „dass der gültige Leistungsvertrag 2021 mit seinen gültigen Vertragsbestimmungen auch im Jahr 2022 fortgeführt wird und somit keine kurzfristigen Anpassungen bezüglich der Rahmenbedingungen in der ambulanten Pflege vorgenommen werden.“<sup>6</sup>

7. Mit unaufgefordert eingereicherter Eingabe vom 2. November 2021 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und Begründungen fest.

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

<sup>1</sup> 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 Delegationsverordnung über die Delegation von Befugnissen der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion vom 17. Januar 2001 (DelDV GSI; BSG 152.221.121.2).

<sup>2</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2-1).

<sup>3</sup> Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

<sup>4</sup> Rechtsbegehren Nr. 4 zur Beschwerde vom 3. September 2021.

<sup>5</sup> Beschwerdeantwort B.\_\_\_\_ vom 14. Oktober 2021. Gemäss der Verfügung der Rechtsabteilung vom 9. September 2021 gilt Stillschweigen zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als Zustimmung.

<sup>6</sup> Beschwerdeantwort B.\_\_\_\_ vom 14. Oktober 2021.

## II. Erwägungen

### 1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Angefochten ist die Verfügung des GA vom 24. August 2021. Diese Verfügung ist gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG<sup>7</sup> bei der GSI als der in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar (für öffentliche Beschaffungen vgl. Art. 12 Abs. 2 ÖBG<sup>8</sup>). Die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens von CHF 150'000.00 als Voraussetzung für eine Anfechtbarkeit sind erreicht (Art. 11 Abs. 2 ÖBG).<sup>9</sup> Somit ist die GSI zur Beurteilung der Beschwerde vom 3. September 2021 zuständig.

1.2 Die Beschwerdebefugnis richtet sich nach Art. 65 VRPG, auch bei Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und den Zuschlag nicht erhalten. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat als unterlegene Partei ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin macht namentlich Verfahrensmängel geltend, konkret dass die Vergabe zu Unrecht nicht nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts im offenen oder selektiven Verfahren erfolgt sei, was im Fall einer Begründetheit der Beschwerde eine Wiederholung des Verfahrens zur Folge hätte. In einem neuen Verfahren könnte die Beschwerdeführerin ein neues Angebot einreichen und ihre Chancen auf den Zuschlag würden sich dadurch erhöhen, ihre Legitimation ist demnach zu bejahen.<sup>10</sup>

1.3 Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 67 VRPG), bei Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts zehn Tage (Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 IVöB). Die Beschwerde wurde am 3. September 2021 und damit innert der Frist von zehn Tagen eingereicht. Die Beschwerdefrist ist in jedem Fall gewahrt.

1.4 Die Beschwerde wurde von M.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_ unterzeichnet, die gemäss Handelsregistereintrag der Beschwerdeführerin kollektivzeichnungsberechtigt zu zweien sind.<sup>11</sup> Eine gehörige Vertretung ist gegeben.

1.5 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist damit einzutreten.

1.6 Die GSI prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens) und ob die angefochtene Verfügung unangemessen ist (Art. 66 VRPG). Sofern die Regeln über das öffentliche Beschaffungsrecht anwendbar sind, können blosser Ermes-

<sup>7</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

<sup>8</sup> Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

<sup>9</sup> Vgl. Anhang 2 zur IVöB; zur Berechnung des Schwellenwerts eingehend hinten E. 4.5 und 6.4.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 141 II 307 E. 6.6 mit weiteren Hinweisen.

<sup>11</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 4.

sensfehler jedoch nicht gerügt werden (Art. 14 Abs. 2 ÖBG und Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB). Die Beschwerdeführerin rügt im vorliegenden Fall Rechtsfehler, welche durch die GSI in jedem Fall zu überprüfen sind.

## 2. Streitgegenstand

**2.1** Beschwerden sind grundsätzlich nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig.<sup>12</sup> Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 24. August 2021, mit welcher das Gesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen worden ist.

**2.2** Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen Verfahrensfehler, namentlich sei das öffentliche Beschaffungsrecht anwendbar und hätte nach ihren Darstellungen eine Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren erfolgen sollen. Zudem rügt sie eine Verletzung der im öffentlichen Beschaffungsrecht geltenden Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Anbieter. Das GA hat die versorgungsrelevanten Organisationen mit E-Mail vom 7. Mai 2021 angeschrieben, anschliessend zu Händen aller angeschriebenen Organisationen am 26. Mai 2021 Fragen beantwortet und in deutscher und französischer Sprache eine Informationsveranstaltung durchgeführt.<sup>13</sup> Das GA hat aber unstrittig weder ein offenes noch ein selektives Verfahren durchgeführt, eine Publikation der hier interessierenden Vergabe auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ist nicht erfolgt. Das GA hat zudem zumindest in der angefochtenen Verfügung das öffentliche Beschaffungsrecht nicht angewandt.<sup>14</sup>

**2.3** Nachstehend ist deshalb zunächst die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob auf die streitbetreffende Vergabe das öffentliche Beschaffungsrecht anwendbar ist. Die übrigen Verfahrensbeteiligten konnten sich zu dieser Frage äussern und die Rechtsabteilung hat bereits in ihrer Verfügung vom 9. September 2021 darauf aufmerksam gemacht, dass die angefochtene Verfügung möglicherweise gestützt auf beschaffungsrechtliche Grundlagen hätte ergehen müssen. Trifft dies zu, wäre weiter zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung unter diesen Bedingungen der Rechtskontrolle standhält. Ist demgegenüber das öffentliche Beschaffungsrecht nicht anwendbar, bliebe zu prüfen, ob gestützt auf die diesfalls anwendbaren Rechtsgrundlagen des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Staatsbeitragsrechts das Gesuch zu Recht abgewiesen worden ist.

<sup>12</sup> Weiterführend dazu Herzog, in Herzog/Daum (Hrsg.), Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Auflage 2020, Art. 72 N. 12 ff.; Daum, in Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 20a N. 5 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Vorakten GA (Stick), Kap. 4-1 (E-Mail-Brief vom 7.5.2021), Kap. 4-4 (Fragen und Antworten zum Leistungsvertrag (LV) 2022 betr. Versorgungssicherheit Pflege zu Hause, Dokument vom 26.5.2021) und Kap. 3 (Einladung vom 17.5.2021 zu Informationsveranstaltungen vom 7.7.2021 und 14.7.2021).

<sup>14</sup> Angefochtene Verfügung, E. 3 f. (Beschwerdebeilage 1; Vorakten GA [Ordner]).

### 3. Argumente der Parteien

**3.1** Die Beschwerdeführerin macht insbesondere mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 geltend, dass die Vergabe der infrage stehenden Spitex-Leistungen dem öffentlichen Vergaberecht unterstehe. Die Abgeltung für die Versorgungssicherheit für den betroffenen Versorgungssperimeter betrage unter Berücksichtigung der Gültigkeitsdauer des Leistungsvertrags von vier Jahren mehr als CHF 250'000.00. Der Schwellenwert zur Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens sei überschritten. Demnach sei eine falsche Verfahrensart für die Beschaffung gewählt worden. Aufgrund der fehlenden Publikation der Ausschreibungsunterlagen hätten einige Anbieter keine Kenntnis über die Vergabe der Leistungsverträge erhalten. Auch sei die Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht bekannt gewesen, was für ein transparentes Beschaffungsverfahren wesentlich wäre. Insbesondere das Kriterium „Erfahrung Versorgungspflicht“ er scheine zudem vorliegend als diskriminierend, da nur die öffentlichen Spitex-Organisationen eine solche ausweisen könnten. Das am stärksten gewichtete Kriterium „Kapazität im Verhältnis zum nötigen Volumen“ sei ebenfalls im Lichte der Grundsätze Gleichbehandlung und Transparenz fragwürdig, die Umsetzung sogar willkürlich. Das Kriterium sei gemäss Vorinstanz dann ausreichend erfüllt, wenn mindestens 90% der Kapazität des bisher versorgungspflichtigen Leistungserbringers im entsprechenden Versorgungssperimeter erreicht werde. Erstens sei im Schreiben vom 7. Mai 2021 die Gewichtung sowie das konkrete Kapazitätserfordernis nicht in dieser detaillierten Form beschrieben worden. Damit seien die Vergabekriterien alles andere als transparent kommuniziert worden. Zweitens würden durch dieses Kriterium wiederum öffentliche Spitex-Organisationen privilegiert behandelt. Drittens fehle es dem Kriterium in der umgesetzten Art und Weise an der Sachbezogenheit.<sup>15</sup> Mangels Ausschreiberverfügung habe vor Vorliegen der angefochtenen Verfügung vom 24. August 2021 kein Anfechtungsobjekt bestanden, mittels welchem die Wahl der Verfahrensart hätte beanstandet werden können. Auch könne der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, dass sie im Anschluss an die E-Mail des ALBA vom 7. Mai 2021 das Vergabeverfahren nicht gerügt habe. Mit der Beschwerde sei die Rüge der Wahl der Verfahrensart rechtzeitig erfolgt.<sup>16</sup>

**3.2** Das GA wendet ein, in der vorliegenden Vergabe komme dem Preis keine Bedeutung zu, weil in jedem der 47 Versorgungssperimeter anhand von Kennzahlen (GEO-Koeffizient und Einwohnerpauschale) die Abgeltung der Versorgungssicherheit fix festgelegt werde bzw. bestimmt sei. Ein Wettbewerb um den Preis könne nicht stattfinden. Dies bedeute, dass lediglich die qualitativen Aspekte zum Tragen kämen, dies seien die Vergabeindikatoren. Es seien alle versorgungsrelevanten Leistungserbringer eingeladen worden und somit habe man allen versorgungsrelevanten Leistungserbringern eine Möglichkeit gegeben, sich an der Versorgungssicherheit im Kanton Bern zu beteiligen.<sup>17</sup> Weiter macht das GA eine Zwangslage geltend, so dass selbst bei Anwendung des ÖBG kein

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen Beschwerde, Rz. 23 ff., 30 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Beschwerde, Rz. 2.f.

<sup>17</sup> Vgl. Vernehmlassung des GA vom 11. Oktober 2021, Ziff. 3.3.

offenes bzw. selektives Verfahren erfolgen müsse. Um den nahtlosen Übergang der Versorgung ins neue Recht zu gewährleisten, habe das GA zuerst wissen müssen, in welcher Weise das neue Recht die relevanten Punkte für die Pflege zu Hause regeln werde. Der Grosse Rat habe das Gesetz über die sozialen Leistungsangebote (SLG) am 9. März 2021 beschlossen. Erst als die gestützt auf das SLG erarbeiteten Inhalte zu einer Verordnung über die sozialen Leistungsangebote (SLV) einigermaßen klar herausgearbeitet gewesen seien, habe der nahtlose Übergang vorbereitet werden können. Können die Verträge nicht per 1. Januar 2022 abgeschlossen werden, bestehe ab diesem Zeitpunkt eine Versorgungslücke in allen 47 Perimetern. Unvorhergesehenes und Unwägbarkeiten würden somit dazu führen, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden können, um das unabdingbare Ziel eines rechtzeitigen und nahtlosen Übergangs vom alten zum neuen Recht zu erreichen.<sup>18</sup> Weiter führt das GA aus, es sei nicht ein Verfahren gewesen, sondern deren 47, davon seien 2/3 unter dem Schwellenwert von CHF 250'000.00. Die restlichen Verfahren seien vom GA aus Gründen wie der Einheit der Materie bzw. der Verwaltungsökonomie gleich abgehandelt worden. Bei einem offenen Verfahren könnten alle Interessenten einen Antrag stellen. Das SLG bzw. die SLV würden aber alle nicht versorgungsrelevanten Leistungserbringer ausschliessen, deshalb seien nur diejenigen Organisationen der Pflege zu Hause eingeladen, die gemäss SLG bzw. SLV als versorgungsrelevant gelten würden.<sup>19</sup> Die Anwendung der Kriterien für die Auswahl der Leistungsvertragspartner sei sodann keineswegs diskriminierend: In Bezug auf das angewandte Kriterium „Kapazität im Verhältnis zum nötigen Volumen“ müsse der Kanton zur Sicherstellung der Versorgung Gewähr haben, dass die Vertragspartner die vertraglichen Verpflichtungen auch einhalten können. Dies könne nur mit entsprechender Kapazität sichergestellt werden. Hätte ein Interessent auf einen Leistungsvertrag nachvollziehbar aufzeigen können, wie er plant, bis zum Vertragsbeginn Kapazitäten aufzubauen, wäre dies vom GA bei der Evaluation entsprechend gewürdigt worden. Ebenfalls sei geprüft worden, ob in einzelnen Fällen an Stelle eines einzigen Leistungserbringers mehrere kleinere Leistungserbringer als Vertragspartner zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit in Frage kämen. Dabei sei die Summe der aktuellen Kapazitäten aller Leistungserbringer, welche die Formvorschriften für den jeweiligen Versorgungssperimeter erfüllten, der Kapazität des aktuellen versorgungspflichtigen Leistungserbringers gegenübergestellt worden. Auch wenn dieses Vorgehen mit gewissen Risiken verbunden sei, sei die Prüfung zur Sicherstellung der Gleichbehandlung vorgenommen worden, jedoch mit negativem Ergebnis. In Bezug auf das Kriterium der „Erfahrung Versorgungspflicht“ sei es für die Sicherstellung der Versorgung zudem bedeutend, dass ein Vertragspartner wisse, wie er sich organisieren müsse, damit er alle Patienten im Versorgungssperimeter versorgen könne. Dazu sei eine gewisse Erfahrung im Bereich Versorgungssicherheit für die Erfüllung der vertraglichen Aufgaben ein Vorteil und das GA müsse dies würdigen, um seiner Versorgungsverantwortung nach Art. 59 f. SHG<sup>20</sup> nachzukommen.

<sup>18</sup> Vgl. Vernehmlassungen des GA vom 17. September 2021, S. 2 f., und 11. Oktober 2021, Ziff. 3.2.

<sup>19</sup> Vgl. Eingabe des GA vom 27. September 2021.

<sup>20</sup> Gesetz vom 11. Juni 2001 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1).

Bei der Evaluation habe festgestellt werden können, dass das GA selbst dann zum gleichen Entscheid gekommen wäre, wenn es das Kriterium der Erfahrung nicht berücksichtigt hätte.<sup>21</sup>

**3.3** Die Zuschlagsempfängerin fordert, dass der gültige Leistungsvertrag 2021 mit seinen gültigen Vertragsbestimmungen auch im Jahr 2022 fortgeführt werde und keine kurzfristigen Anpassungen bezüglich der Rahmenbedingungen in der ambulanten Pflege vorgenommen werden.<sup>22</sup>

**3.4** Die Beschwerdeführerin repliziert in ihrer unaufgeforderten Eingabe, da die Leistungsverträge für vier Jahre abgeschlossen werden sollen, sei der Schwellenwert für eine zwingende öffentliche Ausschreibung auch in jedem Versorgungsperimeter einzeln deutlich überschritten.<sup>23</sup> Das GA befinde sich weder in einer Zwangslage noch handle es sich hier um ein unvorhersehbares Ereignis, welches einen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefall zu begründen vermöchte. Die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefälle würden von der Rechtsprechung zudem zu Recht eng ausgelegt. Nur bei einer zurückhaltenden Ausnahmenpraxis könnten die Ziele des Vergaberechts – transparente und faire Vergabe von Aufgaben, Verstärkung des Wettbewerbs und ein wirtschaftlicher und effizienter Einsatz öffentlicher Gelder – auch tatsächlich erreicht werden. Die Inkraftsetzung von SLG und SLV, so die Beschwerdeführerin weiter, sei stets per 1. Januar 2022 geplant gewesen, man hätte sich korrekt darauf vorbereiten können und müssen, indem man den Übergang frühzeitig geplant hätte, was beispielsweise mit einer Übergangsfrist von einem Jahr mit entsprechender Verlängerung der bestehenden Verträge problemlos möglich gewesen wäre und immer noch möglich sei. Zeitliche Dringlichkeit bestehe nicht, da die Versorgungssicherheit mittels Fortsetzung des bisherigen Systems problemlos gewährleistet werden könne.<sup>24</sup> Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, dass das Kriterium „Wirtschaftlichkeit und Produktivität“ auch bei einer zum Voraus festgelegten Entschädigung zu berücksichtigen und folglich vertieft zu prüfen sei. Nur so könne sichergestellt werden, dass der Zuschlagsempfänger seine Arbeit im Ergebnis kostendeckend und damit zuverlässig und langfristig erbringen könne. Betreffend das Kriterium der notwendigen Kapazität sei insbesondere nicht nachvollziehbar, inwiefern die Kapazität des bisherigen Leistungserbringers mit Versorgungspflicht etwas über die tatsächlich benötigte Kapazität aussagen solle. Die Tätigkeit des bisherigen Leistungserbringers habe sich mitnichten nur auf das Sicherstellen der Versorgungspflicht beschränkt, was die Umsetzung des Kriteriums erst recht willkürlich mache.<sup>25</sup>

#### **4. Rechtliche Grundlagen geltendes und neues System**

**4.1** Die streitbetreffende Vergabe von Leistungsverträgen ist Ausfluss der beschlossenen bzw. bevorstehenden Neuregelung betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause. Am 9. März

<sup>21</sup> Vgl. Vernehmlassung des GA vom 11. Oktober 2021, Ziff. 3.3.

<sup>22</sup> Vgl. vorne Fn. 6.

<sup>23</sup> Vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. November 2021, S. 1.

<sup>24</sup> Vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. November 2021, S. 2 f.

<sup>25</sup> Vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. November 2021, S. 3.

2021 hat der Grosse Rat des Kantons Bern das Gesetz über die sozialen Leistungsangebote (SLG) verabschiedet.<sup>26</sup> Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen.<sup>27</sup> Der Regierungsrat hat das Inkrafttreten des Gesetzes auf den 1. Januar 2022 beschlossen.<sup>28</sup> Dieser Terminplan war den Beteiligten bekannt.<sup>29</sup> Zur Umsetzung des SLG vorgesehen ist eine neue Verordnung über die sozialen Leistungsangebote (SLV), die der Regierungsrat inzwischen verabschiedet hat und die ebenfalls per 1. Januar 2022 in Kraft tritt.<sup>30</sup> Ein Vernehmlassungsverfahren ist durchgeführt worden und die versorgungsrelevanten Organisationen wurden mit Schreiben des ALBA vom 7. Mai 2021 darauf hingewiesen.<sup>31</sup>

**4.2** Im heutigen System stellt die GSI die erforderlichen Angebote für erwachsene Menschen mit einem behinderungs- oder altersbedingten Pflege- und Betreuungsbedarf sowie für Kinder und Jugendliche mit einem behinderungsbedingtem oder sonstigem Bedarf bereit (Art. 67 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 SHG). Zu den Angeboten gehören insbesondere Leistungen von Organisationen der Hilfe und Pflege zu Hause (Spitex-Organisationen; Art. 67 Abs. 2 Bst. c und Art. 68 Abs. 2 Bst. c SHG). Das Rechtsverhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Leistungsempfängern wird mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet (Art. 77a SHG). Der Abschluss von Leistungsverträgen wird in den Art. 59 ff. SHG geregelt. Die GSI erhebt und analysiert regelmässig den Bedarf an institutionellen Leistungsangeboten (Art. 59 Abs. 1 SHG). Sie plant gestützt auf die Bedarfsanalyse die Leistungsangebote und erarbeitet umfassende Leitbilder (Art. 59 Abs. 2 SHG). Dabei berücksichtigt sie die Planungsgrundlagen, Berichte und Daten der Gemeinden und der Leistungserbringer (Art. 59 Abs. 3 SHG). Die GSI vergütet den Leistungserbringern die nicht von den Sozialversicherungen und den Leistungsempfängern gedeckten Pflegekosten gemäss Artikel 25a KVG<sup>32</sup> (Art. 75a SHG; Restfinanzierung). Gegenwärtig haben nur die öffentlichen Anbieter eine Aufnahmepflicht. Sie werden dafür vom Kanton zusätzlich entschädigt.<sup>33</sup> Die Abgeltung von Leistungen der Leistungserbringer erfolgt durch Beiträge des Kantons an die Leistungserbringer mittels Vertrag oder Verfügung, die Beiträge

<sup>26</sup> SLG; Referendumsvorlage einsehbar unter [www.gr.be.ch](http://www.gr.be.ch), Rubriken „Sessionen&Protokolle“, „Sessionen 2021“, „Frühlingsession 2021“, „Sessionsprogramm“, „Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion“, Traktandum 11 (2015.GEF.224), Referendumsvorlage.

<sup>27</sup> Vgl. Regierungsratsbeschluss vom 18. August 2021, RRB Nr. 868/2021, einsehbar unter [www.rr.be.ch](http://www.rr.be.ch), Rubriken „Regierungsratsbeschlüsse“, „Suche RRB“.

<sup>28</sup> Vgl. Medienmitteilung des Kantons Bern vom 26. November 2021 (Regierungsrat verabschiedet Ausführungsverordnungen zum neuen Gesetz über die sozialen Leistungsangebote [SLG] und schafft Mehrwert für die Bevölkerung), einsehbar unter <https://www.be.ch/de/start/dienstleistungen/medien/medienmitteilungen.html>.

<sup>29</sup> Vgl. insbesondere Schreiben des ALBA an die versorgungsrelevanten Organisationen der Pflege zu Hause im Kanton Bern vom 7. Mai 2021 (Vorakten GA, Stick, Kap. 4-1); vgl. auch hinten E. 6.3.1.

<sup>30</sup> Vgl. Medienmitteilung des Kantons Bern vom 26. November 2021 (Regierungsrat verabschiedet Ausführungsverordnungen zum neuen Gesetz über die sozialen Leistungsangebote [SLG] und schafft Mehrwert für die Bevölkerung), einsehbar unter <https://www.be.ch/de/start/dienstleistungen/medien/medienmitteilungen.html>.

<sup>31</sup> Vernehmlassungsunterlagen (Verordnung und Vortrag) einsehbar unter [www.gsi.be.ch](http://www.gsi.be.ch), Rubriken „Über uns“, „Generalsekretariat“, „Rechtsabteilung (RA)“, „Laufende Rechtsetzungsverfahren“, „Ausführungsverordnungen zum Gesetz über die sozialen Leistungsangebote (SLG): FKJV und SLV“, „Konsultationsfassung Verordnung“ bzw. „Konsultationsfassung Vortrag“ (nachfolgend: E-SLV bzw. Vortrag E-SLV). Für den Hinweis im Schreiben des ALBA an die versorgungsrelevanten Organisationen der Pflege zu Hause im Kanton Bern vom 7. Mai 2021 vgl. dort (Vorakten GA, Stick, Kap. 4-1).

<sup>32</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

<sup>33</sup> Vgl. Vortrag E-SLV, a.a.O., S. 18 (ad Art. 27).

können als Betriebs- oder Investitionsbeiträge gewährt werden (Art. 74, 74a und 76 SHG). Die Beiträge an die Leistungserbringer werden grundsätzlich leistungsorientiert und nach Möglichkeit prospektiv und aufgrund von Normkosten festgesetzt. Bei der Bemessung der Beiträge sind die Tariferträge und die Beiträge der Sozialversicherer voll, die Eigenmittel angemessen anzurechnen (Art. 75 Abs. 1 und 2 SHG).

**4.3** Mit Erlass des SLG kommt es auf den 1. Januar 2022 zu einer Neuausrichtung der ambulanten Pflege. Demnach sorgt die GSI für die erforderlichen Leistungsangebote für Menschen mit Betreuungs- und Pflegebedarf (Art. 15 und Art. 25 Abs. 1). Diese Leistungsangebote für Menschen mit Betreuungs- und Pflegebedarf umfassen insbesondere auch die Pflege, Betreuung und Hilfe zu Hause (Spitex, Art. 26 Abs. 1 Bst. c SLG). Die GSI stellt die erforderlichen Leistungsangebote nach Art. 26 bereit (Art. 27 SLG). Rechtsverhältnisse zwischen den Leistungserbringern und Leistungsempfängern werden mit einem Leistungsvertrag begründet (Art. 15 Abs. 2 Bst. a und Art. 17 f. SLG). Die leistungsorientierte und nach Möglichkeit prospektive Bemessung der Beiträge und deren Festsetzung aufgrund von Pauschalen und Normkosten, soweit fachlich zielführend, ist auch im neuen Recht enthalten (Art. 8 Abs. 1 SLG). Bei der Bemessung der Beiträge an die Leistungserbringer sind sämtliche Erträge im Rahmen der Leistungserbringung angemessen anzurechnen (Art. 8 Abs. 2 SLG). Das SLG kennt nebst Betriebsbeiträgen Investitionsbeiträge, Bürgschaften und Darlehen (Art. 19 ff. SLG). Auch nach neuem Recht gelten die Vorschriften der Staatsbeitragsgesetzgebung, soweit das SLG keine besondere Regelung enthält. (Art. 9 und Art. 17 Abs. 2 SLG). Der Kanton wird auch künftig für alle Leistungserbringer gemäss den bundesgesetzlichen Vorgaben für die dort definierten Leistungen die Restfinanzierung gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG übernehmen (Art. 29 SLG). Weiterführende Erkenntnisse zum geplanten neuen System liefert ein Blick in die regierungsrätliche Verordnung und die dazugehörigen Erläuterungen. Der Entwurf der Verordnung und der Vortrag waren während des Vergabeprozesses und erst recht während des Beschwerdeverfahrens in der Konsultationsfassung öffentlich einsehbar.<sup>34</sup> Wenn ein Kanton nebst der Restfinanzierung zusätzliche Leistungen in der ambulanten Pflege und damit verbundene Kosten abgelden will, ist er im Rahmen der kantonalen Rechtsgrundlagen frei, bei wem er diese Leistungen einkauft oder nicht. Gegenwärtig erbringt die öffentliche bzw. gemeinwirtschaftliche Spitex (Leistungserbringerkategorie A) 74% der Pflegestunden, die private bzw. erwerbswirtschaftliche Spitex (Leistungserbringerkategorie B) 14%. Diese zwei Gruppen sollen künftig die Kategorie der versorgungsrelevanten Anbieter bilden. Die übrigen Anbieter – die freischaffenden Pflegefachpersonen sowie Organisationen, die ambulante Pflege im Rahmen des Wohnens mit Dienstleistungen anbieten – gelten dagegen als nicht versorgungsrelevant. Diese Zweiteilung soll dem Kanton namentlich ermöglichen, die Höhe der Restfinanzierung zu differenzieren.<sup>35</sup> Die Leistungsvertragspartner erhalten zusätzlich zur Restkostenfinanzierung eine Abgeltung für die Aufgaben und

<sup>34</sup> Vorne E. 4.1. Änderungen zwischen Konsultations- und Endfassung führen zu keiner inhaltlichen Änderung des hier Gesagten.

<sup>35</sup> Zum Ganzen Vortrag E-SLV, a.a.O., S. 16 (ad Art. 25 Abs. 1-3).

Pflichten nach Art. 27 E-SLV sowie für die weiteren Leistungen, die sich aus dem Leistungsvertrag ergeben (Art. 30 Abs. 1 E-SLV). Die jährliche Abgeltung für die Versorgungssicherheit umfasst damit folgende Vergütungselemente: Erstens wird ein höherer Tarif im Zusammenhang mit der Restkostenfinanzierung gewährt für die Garantie des gesamten Pflegeangebots nach Art. 7 KLV, da die Vertragspartner aufgrund der Versorgungspflicht insoweit auch ihr Leistungsspektrum nicht frei wählen können.<sup>36</sup> Zweitens erhalten die Vertragspartner eine zusätzliche Wegentschädigung, dabei werden die effektiven Mobilitätskosten für die Pflege zu Hause pro mit dem Krankenversicherer abgerechneter KLV-Pflegestunde im Durchschnitt pro Quartal für Sachkosten (effektiv gefahrene km bis maximal 5 km Wegstrecke) und Personalkosten (Zeitaufwand der effektiven Fahrtzeit bis maximal 15 Min.) entschädigt.<sup>37</sup> Drittens wird für die Abgeltung der geographischen Komponente der Versorgungssicherheit ein Abrechnungstarif von 5 CHF pro Einwohner im Versorgungssperimeter und ein Abrechnungstarif von 8'148 CHF pro Einheit GEO-Koeffizient (Strassenmeter/Einwohner) und Versorgungssperimeter gewährt.<sup>38</sup> Leistungserbringer mit einem solchen Leistungsvertrag haben zusätzliche Pflichten: Sie dürfen Patientinnen und Patienten ihres Versorgungssperimeters nicht abweisen und sie müssen alle Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV<sup>39</sup> anbieten (Art. 27 Abs. 1 und 2 E-SLV). Leistungsverträge können in der Regel für eine Leistungsvertragsperiode von vier Jahren abgeschlossen werden (Art. 26 Abs. 1 E-SLV). Es besteht jedoch für keine Organisation ein Anspruch auf den Abschluss eines Vertrags (Art. 25 Abs. 3 E-SLV).

**4.4** Die bisherigen Leistungsverträge mit Spitex-Organisationen laufen Ende 2021 aus. Der Inhalt der Ausschreibung und damit der für die Jahre 2022 und danach vorgesehenen neuen Leistungsverträge richten sich – wiewohl die Vergabe im laufenden Jahr erfolgt – bereits nach dem ab 1. Januar 2022 geltenden neuen Recht. Die Leistungen wurden für 47 Perimeter ausgeschrieben, die das GA in Anwendung von Art. 21 Abs. 1 E-SLV definiert hat.<sup>40</sup> Zumal aufgrund der Offenheit der Vorgaben für den Abschluss von Leistungsverträgen im Spitex -Bereich im geltenden Recht ist ein solches Vorgehen nicht zu beanstanden, aufgrund der Geltung des neuen Rechts ab Beginn der Vertragsperiode im Jahr 2022 vielmehr nachvollziehbar. Entsprechend hat das GA auch bereits die Kriterien, nach welchen die Zuschläge für den Abschluss der Leistungsverträge zu vergeben sind, auf das neue Recht ausgerichtet. Die mit Schreiben vom 7. Mai 2021 erwähnten Kriterien entsprechen jenen von Art. 25 Abs. 4 E-SLV, der in seiner Konsultationsfassung wie folgt lautet:

<sup>36</sup> Vgl. dazu allgemeine Vertragsbestimmungen zum Leistungsvertrag 2022-2025, Fassung 29.6.2021, Ziff. 7 und Anhang C (Vorakten GA, Stick, Kap. 3 [Fassung mit Kommentaren]; ebenso Beschwerdebeilagen 6 und 7).

<sup>37</sup> Vgl. dazu allgemeine Vertragsbestimmungen zum Leistungsvertrag 2022-2025, Fassung 29.6.2021, Ziff. 5.3 (Vorakten GA, Stick, Kap. 3 [Fassung mit Kommentaren]; ebenso Beschwerdebeilage 7).

<sup>38</sup> Vgl. dazu allgemeine Vertragsbestimmungen zum Leistungsvertrag 2022-2025, Fassung 29.6.2021, Ziff. 5.2 (Vorakten GA, Stick, Kap. 3 [Fassung mit Kommentaren]; ebenso Beschwerdebeilage 7).

<sup>39</sup> Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31).

<sup>40</sup> Vgl. für die Zuordnung der Gemeinden in die 47 Perimeter Vorakten GA (Stick), Kap. 4-0.

*Beim Entscheid, mit welchem versorgungsrelevanten Leistungserbringer ein Leistungsvertrag abgeschlossen wird, berücksichtigt das Gesundheitsamt insbesondere*

- a die Kapazität des Leistungserbringers im Verhältnis zum Volumen der für die Versorgung im betreffenden Perimeter nötigen Leistungen,*
- b die Erfahrung des Leistungserbringers im Bereich der Versorgungspflicht,*
- c die Wirtschaftlichkeit und Produktivität des Leistungserbringers,*
- d den Grad der Beteiligung des Leistungserbringers in der Aus- und Weiterbildung der nicht-universitären Gesundheitsberufe sowie im Bereich der Arbeitsintegration,*
- e die aktive Teilnahme an einem Netzwerk der integrierten Versorgung*

**4.5** Die Berechnungsbasis der Abgeltung für die Versorgungssicherheit berücksichtigt nach dem Gesagten neben der Bevölkerungsverteilung insbesondere auch Wege in ländlichen Gebieten oder Berg- bzw. Randregionen. Die Höhe der Abgeltungen der geographischen Komponente, errechnet als Summe der Beträge aus Einwohnerpauschale und GEO-Koeffizient ist im Anhang D der in den Vorakten befindlichen allgemeinen Vertragsbedingungen festgehalten. Für das Jahr 2022 gelten diesbezüglich folgende Zahlen:<sup>41</sup>

- Versorgungssperimeter X.\_\_\_\_, CHF 213'537.20.

**4.6** Wie die übrigen beiden Vergütungselemente für die Versorgungssicherheit – der höhere Tarif sowie die höhere Wegentschädigung, deren Höhe sich anhand variabler Grössen berechnet (Anzahl Stunden bzw. Anzahl Min. und km) – bei der Frage der Unterstellung unter das Beschaffungsrechts zu gewichten sind, muss an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden. Denn bereits anhand der obgenannten Beitragssumme zur Abgeltung der geographischen Komponente wird festzustellen sein, ob die erfolgte Vergabe von Leistungsverträgen betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause die Schwellenwerte für ein offenes bzw. selektives Verfahren erreicht, soweit die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts Anwendung finden, was nachfolgend zu prüfen ist.

## **5. Rechtliche Grundlagen Beschaffungsrecht**

**5.1** Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen ist auch für den Kanton Bern die IVöB als dem kantonalen Recht grundsätzlich übergeordnetes interkantonales Recht massgebend (Art. 1 Abs. 1 ÖBG). Der Anwendungsbereich der IVöB setzt gemäss Art. 6 IVöB unter anderem voraus, dass ein öffentlicher Auftrag erteilt werden soll. Was unter einem öffentlichen Auftrag zu verstehen ist, regelt die interkantonale Vereinbarung jedoch nicht.<sup>42</sup> Auch dem kantonalen öffentlichen Beschaffungsrecht

<sup>41</sup> Vgl. allgemeine Vertragsbestimmungen zum Leistungsvertrag 2022-2025, Fassung 29.6.2021, Anhang D (Vorakten GA, Stick, Kap. 3 [Fassung mit Kommentaren]; ebenso Beschwerdebeilagen 5 und 7).

<sup>42</sup> BGE 144 II 177 E. 1.3.1; BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.2.

lassen sich diesbezüglich keine weiterführenden Erkenntnisse entnehmen. Ebenso wenig macht das geltende oder das neue Recht des Kantons über die sozialen Leistungsangebote konkrete Aussagen dazu, ob auf die zu vergebenden Leistungsaufträge betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause das öffentliche Beschaffungsrecht anwendbar ist. Art. 62 Abs. 3 SHG hält lediglich fest, dass vor dem Vertragsabschluss ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden kann, sofern die gleiche Leistung von mehreren Leistungserbringern erbracht werden kann und wenn tatsächlich eine Auswahlmöglichkeit besteht. Auch Art. 25 Abs. 5 E-SLV sieht vor, dass das GA Leistungen der ambulanten Pflege zur Sicherstellung der Versorgung öffentlich ausschreiben kann. Aus diesen Bestimmungen geht zwar hervor, dass eine Behörde über ein Ermessen beim Entscheid verfügen soll, ob eine öffentliche Ausschreibung erfolgt. Aus diesen nur allgemein gehaltenen Formulierungen, insbesondere auch in Art. 62 Abs. 3 SHG, lässt sich allerdings nicht ableiten, dass damit die Regeln des Submissionsrechts verdrängt werden sollen, soweit dies überhaupt zulässig wäre.<sup>43</sup> Die erwähnten Bestimmungen lassen nur, aber immerhin ausdrücklich Raum für eine öffentliche Ausschreibung in Fällen, wo sich nicht ohnehin aus den Vorgaben des übergeordneten Rechts eine Verpflichtung zur Durchführung eines Submissionsverfahrens mit öffentlicher Ausschreibung ergibt. Der Vortrag zum SLG hält bei den Erläuterungen zu den Leistungsverträgen denn auch ausdrücklich fest, dass das öffentliche Beschaffungsrecht regelt, in welchen Fällen ein öffentliches Beschaffungsverfahren durchzuführen ist.<sup>44</sup>

**5.2** Nach Lehre und Rechtsprechung ist für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen. Es ist dabei aber nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine funktionale Betrachtung abzustellen, damit die Anwendung des Vergaberichts nicht durch die Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden kann. In diesem Sinn kann auch ein den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellter öffentlicher Auftrag vorliegen, wenn mit der Erteilung einer Konzession oder einer Beleihung untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden. Auch die Verleihung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folglich nicht aus. Unerheblich für die Qualifikation als öffentlicher Auftrag ist namentlich, wenn der konzessionierte oder vom Gemeinwesen mit Aufgaben betraute Leistungserbringer seine Tätigkeit primär gegenüber dem Publikum und nicht gegenüber dem auftraggebenden Gemeinwesen entfaltet. Demgegenüber ist der blosse Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit

<sup>43</sup> Vgl. auch Vortrag des Regierungsrats an den Grossen Rat zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 20. Dezember 2000, in Tagblatt des Grossen Rates 2001 (Aprilsession 2001), Beilage 16, S. 27 (ad Art. 62).

<sup>44</sup> Vortrag des Regierungsrats an den Grossen Rat zum Gesetz über die sozialen Leistungsangebote vom 22. April 2020, einsehbar unter [www.gr.be.ch](http://www.gr.be.ch), Rubriken „Sessionen&Protokolle“, „Sessionen 2020“, „Herbstsession 2020“, „Sessionsprogramm“, „Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion“, Traktandum 16 (2015.GEF.224), Anträge Regierung und Kommission erste Lesung-de.

veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert.<sup>45</sup> In diesem Sinn hält auch Art. 9 BöB<sup>46</sup> fest: Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor.<sup>47</sup>

**5.3** Das Bundesgericht hat unlängst im Zusammenhang mit einer Leistungsvereinbarung über Spitex-Dienstleistungen in der Gemeinde L. \_\_\_/AG das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags und damit die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts bejaht, obwohl die Gemeinde nicht als Nachfragerin am Markt auftrat, sondern eine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe zur Debatte stand. Namentlich sieht auch das aargauische Recht vor, dass zur Sicherstellung des Mindestangebots für die Pflege zu Hause mit geeigneten Leistungserbringern Leistungsvereinbarungen abzuschliessen sind (§ 12b Abs. 1 PFIG/AG<sup>48</sup>). Die mit Verweis auf Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB erfolgte Begründung, wonach die Leistungsbeauftragung von ideell motivierten, gemeinnützig tätigen Organisationen kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts sei, liess das Bundesgericht nicht gelten. Alleine der Umstand, dass ein bestimmter Auftrag Dienstleistungen des Sozialbereichs zum Gegenstand hat, heisst demnach gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht, dass dieser Auftrag für gewisse ideell motivierte Organisationen vom Vergaberecht nicht erfasst wird. Es geht mithin nicht um den Gegenstand des Auftrags und auch nicht um die damit verfolgten Ziele, sondern zunächst darum, ob der Auftragnehmer aus kommerziellen Motiven handelt und ob er auf kommerzieller Basis beauftragt wird. Nur die Kombination aus nicht-kommerzieller grundsätzlicher Zwecksetzung der Institution, den im Einzelfall nicht-kommerziellen Absichten dieser Institution mit Bezug auf die fragliche Leistungserbringung sowie der tatsächlich nicht-kommerziellen Ausgestaltung des Geschäfts führt dazu, dass das Geschäft nicht als öffentlicher Auftrag gilt und daher ohne Beachtung des Vergaberechts vergeben werden darf.<sup>49</sup> Daneben ist gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts auch die Absicht des Auftraggebers bzw. die Ausgestaltung der Ausschreibung von entscheidender Bedeutung. Im Zeitpunkt der Ausschreibung ist in der Regel noch nicht bekannt, wer in der Folge eine Offerte einreichen wird. Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass sowohl kommerziell motivierte wie auch nicht-kommerzielle Anbieter offerieren. Wäre alleine die Motivation des Auftragnehmers massgebend, würde sich in

<sup>45</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.3 und 3.5 mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; Jäger, in Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, Kap. 14 N. 67, 72 ff.

<sup>46</sup> Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1).

<sup>47</sup> Praktisch gleichlautend Art. 9 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019, einsehbar unter [www.kaio.fin.be.ch](http://www.kaio.fin.be.ch), Rubriken „Themen“, „Öffentliches Beschaffungswesen“, „Neues Beschaffungsrecht“, „Text der Vereinbarung (Referendumsvorlage)“.

<sup>48</sup> Pflegegesetz (des Kantons Aargau) vom 26. Juni 2007 (PFIG; SAR 301.200).

<sup>49</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.1 mit Hinweisen.

solchen Fällen die Frage stellen, ob das Vergaberecht für die kommerziellen wie nicht-kommerziellen Anbieter gleichfalls zur Anwendung kommen soll.<sup>50</sup>

**5.4** Wird die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts in einem konkreten Fall bejaht, hat die Vergabebehörde für das durchzuführende Verfahren namentlich Folgendes zu berücksichtigen:

**5.4.1** In grundlegender Hinsicht verlangt Art. 11 Bst. a IVöB die Einhaltung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbietenden (Art. 11 Bst. a IVöB). Daraus ergibt sich beispielsweise die Pflicht der Vergabebehörde, den Auftrag so auszuschreiben, dass potentielle Anbietende beim Marktzugang gleich behandelt werden.<sup>51</sup> Die Grundsätze gemäss Art. 11 Bst. a IVöB sollen die Durchführung eines fairen und geordneten Vergabeverfahrens sicherstellen; sie ist nicht nur für den Zugang zum Verfahren, sondern auch innerhalb desselben zu beachten. Die Vergabebehörde darf nicht einzelnen Anbietenden Vorteile gewähren oder Nachteile auferlegen, die für die anderen nicht auch gelten. Ebenso wenig darf sie einseitig zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Anbietender in den Wettbewerb eingreifen. Das Vergabeverfahren muss für alle nicht nur formell, sondern auch materiell gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten.<sup>52</sup>

**5.4.2** Von Bedeutung ist sodann der Grundsatz der Transparenz, der sich aus Art. 5 Abs. 2 BGBM<sup>53</sup> sowie Art. 11 Bst. b IVöB ergibt und von der Rechtsprechung als allgemeines Prinzip des Submissionsrechts anerkannt worden ist. Damit soll einerseits unter den Anbietenden ein echter Wettbewerb gewährleistet und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel ermöglicht werden. Andererseits verfolgt der Grundsatz der Transparenz das Ziel, ein faires Vergabeverfahren sicherzustellen und Manipulationen von Seiten der Vergabebehörde zu verhindern. Um dieser Zweckbestimmung Rechnung zu tragen und die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung klar und vollständig festgesetzt werden.<sup>54</sup> Im Kanton Bern ist im Speziellen Art. 30 Abs. 2 ÖBV zu beachten. Demnach sind die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Wenn der Preis ein Zuschlagskriterium ist, muss zusätzlich die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird.<sup>55</sup> Die Festsetzung der massgeblichen Zuschlags- und Unterkriterien (samt Gewichtung und allfälligen Bewertungsregeln) ist für die Vergabebehörde verbindlich.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.2 mit Hinweisen.

<sup>51</sup> Urteil VGer BE, VGE 2016/94 vom 19. Mai 2016, E. 3.2.

<sup>52</sup> Urteil VGer BE, VGE 2016/48 vom 13. Mai 2016, E. 6.2.

<sup>53</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>54</sup> BGE 130 I 241 E. 5.1 (Pra 94/2005 Nr. 59), BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2015 S. 564 E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 955 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu Urteil VGer BE, VGE 2016/291 vom 3. April 2017, E. 3.2.

<sup>56</sup> BVR 2019 S. 201 E. 3.3.

**5.4.3** Bei Erreichen von zahlenmässig festgelegten Schwellenwerten sind Aufträge im Staatsvertragsbereich im offenen oder selektiven Verfahren, im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich freihändig, im Einladungsverfahren oder im offenen bzw. selektiven Verfahren zu vergeben (Art. 12<sup>bis</sup> IVöB).<sup>57</sup>

## **6. Würdigung**

**6.1** Aus den dargestellten beschaffungsrechtlichen Grundlagen im Verbund mit der Gesetzgebung über die sozialen Leistungsangebote im Kanton Bern ergeben sich in Bezug auf die hier interessierende Frage der Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folgende Schlüsse:

**6.2** Gemäss Art. 41 Abs. 2 KV<sup>58</sup> sorgen Kanton und Gemeinden für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung und stellen die dafür notwendigen Einrichtungen bereit. Im geltenden wie im neuen Recht des Kantons Bern ist die Bereitstellung von Angeboten der Pflege, Betreuung und Hilfe zu Hause (Spitex-Leistungen) eine öffentliche Aufgabe (Art. 67 Abs. 1 Bst. c und Art. 68 Abs. 1 Bst. c SHG; Art. 26 Bst. c SLG).<sup>59</sup> Grundsätzlich fällt zudem auch die spitalexterne Krankenpflege unter die sogenannten Pflichtleistungen gemäss Art. 24 KVG (Art. 25 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG).<sup>60</sup> Das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe zeigt sich insbesondere in der Versorgungspflicht, welche der Kanton sicherzustellen hat und wozu er mit Leistungserbringern Verträge abschliessen kann. Diese beinhalten eine Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen gemäss Art. 7 KLV im entsprechenden Perimeter (Art. 27 Abs. 1 und 2 E-SLV). Im Gegenzug erhalten die Vertragspartner eine privilegierte Abgeltung durch Staatsbeiträge, welche über die Restfinanzierung i.S.v. Art. 25a Abs. 5 KVG hinausgeht (Art. 30 SLV). Allein für das Jahr 2022 liegt die Gesamtsumme in allen 47 Perimetern, mit welcher die zusätzlichen Leistungen im Zusammenhang mit der Versorgungspflicht abgegolten werden, bei CHF 11'016'008.70.<sup>61</sup> Der vorliegende Fall der Vergabe von Leistungsverträgen betreffend Versorgungspflicht geht damit erheblich über die Ordnung oder Regulierung einer Tätigkeit durch den Staat hinaus. Vielmehr sind vorliegend mit der Aufgabenübertragung unmittelbar Gegenleistungen von nicht unerheblicher Bedeutung verbunden. Im geplanten Vertrag stehen die Leistungen der Zuschlagsempfängerin und die für die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe geleisteten Abgeltungen des Kantons in einem insoweit synallagmatischen Verhältnis zueinander. Die Leistungsverträge werden von beiden Seiten freiwillig eingegangen. Weder können Leistungserbringer zum Vertragsschluss gezwungen werden noch besteht ein Rechtsanspruch auf den Abschluss eines Vertrags. Auch mit Blick auf die insoweit einschlägigen Erwägungen

<sup>57</sup> Zu den Schwellenwerten im Allgemeinen Art. 7 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> i.V.m. Anhänge 1 und 2 zur IVöB und hinten E. 6.4. Zur schwellenwertunabhängigen freihändigen Vergabe bei ausserordentlicher Dringlichkeit s. hinten E. 6.8.

<sup>58</sup> Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

<sup>59</sup> Vgl. auch Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N. 858.

<sup>60</sup> Vgl. BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.4.

<sup>61</sup> Vgl. Beschwerdebeilage 5 a.E.

des Bundesgerichts im hiervor dargestellten Fall der Vergabe von Spitex-Leistungen mit Versorgungspflicht<sup>62</sup> ist die streitbetroffene Vergabe von Leistungserträgen betreffend Versorgungssicherheit für die Pflege zu Hause als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren und das öffentliche Beschaffungsrecht damit grundsätzlich anwendbar.

**6.3** Im konkreten Fall hat ein öffentlicher bzw. gemeinwirtschaftlicher Spitex-Betrieb den Zuschlag zum Abschluss eines Leistungsvertrags erhalten. Zudem hat das GA ausgeführt, ein Wettbewerb um den Preis könne nicht stattfinden und es kämen lediglich die qualitativen Aspekte zum Tragen. Sinngemäss macht das GA damit geltend, es sei mit der Vergabe nicht eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung angestrebt worden, was dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrags entgegenstehen kann. Nach den bundesgerichtlichen Erwägungen ist in diesem Zusammenhang auch die Absicht des Auftraggebers (d.h. der Vergabebehörde) bzw. die Ausgestaltung der Ausschreibung von Bedeutung. Es ist im Sinn der hiervor dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob das ALBA vor allem eine möglichst günstige Aufgabenerfüllung oder vielmehr die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation angestrebt hat.<sup>63</sup>

**6.3.1** Es trifft zwar jedenfalls in Bezug auf die geographische Komponente zu, dass die Abgeltungssumme anhand der Einwohnerzahlen und des GEO-Koeffizients und damit preisunabhängig errechnet wird. Für die Frage des Zuschlags sind allerdings nicht die Berechnungen der Abgeltungen, sondern die Zuschlagskriterien in Art. 25 Abs. 4 E-SLV massgebend, dort ist das Kriterium der Wirtschaftlichkeit und Produktivität als immerhin eines von fünf Entscheidkriterien gemäss Art. 25 Abs. 4 E-SLV erwähnt (Bst. c), wobei aufgrund der bloss summarischen Information in der E-Mail vom 7. Mai 2021 nicht klar war, welches Gewicht diesem Kriterium schlussendlich zukommen sollte. Im Fall der durch die Aargauer Gemeinde L. vergebene Spitex-Leistungen, der Gegenstand des vorerwähnten Bundesgerichtsurteils war, hatte das Preiskriterium mit 80 % ausschlaggebendes Gewicht.<sup>64</sup> Auch wenn dem Preis- bzw. Wirtschaftlichkeits- und Produktivitätskriterium bei der Bewertung der Zuschlagskriterien vorliegend kein solches Gewicht zukommen sollte, kann deswegen entgegen dem GA das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nicht verneint werden. Um die Absicht der Vorinstanz als kantonale Behörde zu ergründen, welche die Vergabe entsprechend den Kriterien von Art. 25 Abs. 4 E-SLV vorgenommen hat, ist auch die Konsultationsfassung zum Vortrag zu dieser Bestimmung beizuziehen. Grundlegend wird dort festgehalten, dass der Kanton Bern sein System in der ambulanten Pflege ab 1. Januar 2022 neu ausrichten werde. „Die bestehenden Fehlanreize sollen korrigiert und Massnahmen etabliert werden, die langfristig kostendämpfend wirken.“<sup>65</sup> Die mit der Revision

<sup>62</sup> Insbesondere BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018.

<sup>63</sup> Vgl. BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.7.2, und vorne E. 5.3.

<sup>64</sup> Vgl. BGer 2C\_861/2017 vom 12.10.2018, E. 3.7.3.

<sup>65</sup> Vortrag E-SLV, a.a.O., S. 4.

einhergehende Öffnung der Aufnahmepflicht auf private Spitex-Organisationen wird grundsätzlich positiv bewertet, „weil so der Wettbewerb angeregt wird und eine grössere Kostenwahrheit resultiert.“<sup>66</sup>

Weiter wird im Vortrag festgehalten:

„ Diese Öffnung für die privaten Anbieter ist auch deshalb folgerichtig, weil die meisten so genannten öffentlich-gemeinnützigen Organisationen de facto ebenfalls private Rechtspersönlichkeiten sind (Aktiengesellschaften, Vereine, Gesellschaften mit beschränkter Haftung usw.

(...)

Gegenwärtig kann der Kanton nicht wirksam steuern, mit wem er für die Sicherstellung der ambulanten Versorgung Verträge abschliesst und mit wem nicht. Dies hat u.a. zu einer Überversorgung geführt. Da zudem die Verträge allein auf Grund der hohen Zahl der Leistungserbringer (fast 400) nicht mit den einzelnen Akteuren verhandelt werden konnten, litten die Passgenauigkeit der Aufgaben und Pflichten sowie das Controlling. Im neuen System wird der Kanton deshalb nur noch für jene Perimeter Verträge abschliessen, in denen und soweit dies für die Versorgungssicherheit nötig ist. Sofern in einem Perimeter die Versorgung durch den freien Markt gesichert ist, wird der Kanton keine Verträge mit Anbietern abschliessen. Mögliche Vertragspartner für die Versorgungssicherheit können sowohl öffentlich-gemeinnützige als auch private Organisationen sein. Es besteht jedoch für keinen Anbieter ein Anspruch auf einen Vertrag mit dem Kanton.“<sup>67</sup>

**6.3.2** Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass mit der Neuordnung der Versorgung ein Wettbewerb unter den Anbietern angeregt wird und eine grössere Kostenwahrheit erreicht werden soll. Ausdrücklich ist deshalb eine Öffnung der Vergabe von Verträgen betreffend Versorgungssicherheit auch für private, gewinnorientierte Organisationen vorgesehen. Die Steuerung des Kantons zur Vermeidung einer Überversorgung soll verbessert werden. Der Vertragsschluss mit einer kommerziell motivierten Leistungserbringerin war im Zeitpunkt der E-Mail-Ausschreibung vom 7. Mai 2021 denn auch eine reelle Option. Die gezielte Unterstützung einer öffentlich-gemeinnützigen Organisation ist gerade nicht der Art. 25 E-SLV zugrunde liegende Zweck und damit auch nicht Zweck der erfolgten Ausschreibung. Die Zuschlagsempfängerin als öffentlicher Spitex-Betrieb hat bezeichnenderweise ebenfalls nicht geltend gemacht, dass die Unterstützung einer gemeinnützigen Organisation angestrebt werden sollte.

<sup>66</sup> Vortrag E-SLV, a.a.O., S. 18 (ad Art. 30).

<sup>67</sup> Vortrag E-SLV, a.a.O., S. 16 f. (ad Art. 25 Abs. 1-3).

**6.3.3** Damit liegt bei der streitbetroffenen Vergabe von Leistungsverträgen zusammenfassend ein öffentlicher Auftrag vor, für den die Regeln über das öffentliche Beschaffungsrecht im Grundsatz anwendbar sind.

**6.4** Das GA hat den Leistungsvertrag im Perimeter X.\_\_\_\_ für eine Dauer von vier Jahren vergeben. Anders als das Amt anzunehmen scheint und wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, ist für die Berechnung des submissionsrechtlichen Schwellenwerts nicht auf den Wert für das Jahr 2022 allein abzustellen. Es handelt sich um einen Vertrag mit bestimmter Laufzeit, entsprechend sind die Beträge mit dem Faktor x4 zu multiplizieren. Anwendbar ist der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereichen (Anhang 2 zur IVöB),<sup>68</sup> so dass ab einem Schwellenwert von CHF 250'000.00 demnach ein offenes bzw. selektives Verfahren durchzuführen ist. Daraus folgt, dass für den streitbetroffenen Perimeter der Schwellenwert für ein offenes bzw. selektives Verfahren überschritten ist.<sup>69</sup> Das ALBA hat vorliegend nach dem Gesagten aber unstrittig weder ein offenes noch ein selektives Verfahren i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. a und b IVöB bzw. Art. 4 und 5 ÖBV durchgeführt. Es hat vielmehr die versorgungsrelevanten Organisationen der Pflege zu Hause im Kanton Bern direkt angeschrieben.

**6.5** Diese einem reinen Einladungsverfahren i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> IVöB und Art. 4 ÖBG entsprechende Vorgehensweise vermag den Anforderungen an ein offenes oder selektives Verfahren nicht zu genügen. Namentlich fand keine öffentliche Ausschreibung auf der Website [www.simap.ch](http://www.simap.ch) statt, wie es Art. 9 Abs. 1 ÖBV für das offene resp. selektive Verfahren verlangt, und die Einladung mit E-Mail vom 7. Mai 2021 genügte auch inhaltlich den Anforderungen für eine Ausschreibung nicht, wie sie in Art. 10 ÖBV festgehalten sind. Zudem wurden die Zuschlagskriterien zwar in der Ausschreibung genannt, entgegen Art. 30 Abs. 2 ÖBV nicht aber mit ihrer Gewichtung. Auch unter Einbezug des Vortrags zu Art. 25 Abs. 4 E-SLV sind die fünf Kriterien zudem allgemein gefasst und auch nicht beispielsweise in Ausschreibungsunterlagen konkretisiert, was für Zuschlagskriterien zumindest problematisch ist.<sup>70</sup> Damit hat es nicht sein Bewenden: Im Rahmen der Fragerunde, welche ebenfalls mit E-Mail vom 7. Mai 2021 gestartet worden ist, wurde seitens der angeschriebenen Organisationen unter anderem die Frage gestellt: „Wie werden die Entscheidkriterien gem. Art. 25 Abs. 4 SLV angewendet, wie erfolgt die Auswahl?“ (Frage 5).<sup>71</sup> Das ALBA antwortete allen angeschriebenen Organisationen wie folgt: „Gehen bei der GSI mehrere Gesuche für einen Leistungsvertrag pro Perimeter ein, werden die Gesuche anhand der 5 Entscheidkriterien beurteilt. Jene Organisation, die die Entscheidkriterien

<sup>68</sup> Vgl. auch e contrario die Aufzählung in Anhang I, Annex 4, des revidierten Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1996 (GPA, SR 0.632.231.422).

<sup>69</sup> Vgl. für die mit Faktor x4 zu multiplizierenden Zahlen vorne E. 4.5.

<sup>70</sup> Vgl. BVR 2002 S. 453 E. 7c/aa; vgl. zur Problematik von präzisierungsbedürftigen Zuschlagskriterien Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 853.

<sup>71</sup> Dokument „Fragen und Antworten zum Leistungsvertrag (LV) 2022 betr. Versorgungssicherheit Pflege zu Hause“ vom 26. Mai 2021 (Vorakten GA [Stick], Kap. 4-4).

am besten erfüllt, erhält einen Leistungsvertrag. Je nach Versorgungslage und Kapazität der Leistungserbringer können auch mehrere Leistungsverträge in einem Perimeter abgeschlossen werden.<sup>72</sup> War auch mit dieser Antwort des ALBA die Gewichtung der Kriterien nach wie vor nicht festgelegt, so gab das Amt aber zumindest unmissverständlich zum Ausdruck, dass alle fünf Entscheidungskriterien zu gewichten waren. Davon nahm das ALBA bei der anschliessenden Bewertung aber soweit ersichtlich Abstand, insoweit es bei der inhaltlichen Bewertung der aus seiner Sicht formgerecht eingereichten Gesuche dem Kriterium der Kapazität plötzlich eine herausragende Stellung beigemessen hat ähnlich einem Eignungskriterium. In seiner „Checkliste Evaluation Gesuche LV Versorgungssicherheit“ hielt das ALBA im Rahmen der materiellen Prüfung gemäss Art. 25 Abs. 4 E-SLV zu Beginn zum Kriterium „Kapazität“ nämlich fest: „Falls erfüllt: Rangfolge aller Gesuchstellern im VP erstellen, nicht erfüllt, keine weitere materielle Prüfung mehr möglich, da Versorgung im entsprechenden VP mit diesem Leistungserbringer nicht sichergestellt werden kann.“ In der Vernehmlassung hält das GA nun ebenfalls fest, dass „die Kapazität entscheidend“ sei. „Liegt sie nicht vor, ist der Anbieter ganz offensichtlich nicht in der Lage, die öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob ein Anbieter bzw. die Beschwerdeführerin unter Umständen andere Kriterien erfüllte.“<sup>73</sup> Die aus der E-Mail vom 7. Mai 2021 nicht erkennbare und der Antwort vom 26. Mai 2021 letztlich sogar widersprechende Gewichtung des Kapazitätskriteriums dahingehend, dass bei Nichterreichen der formulierten Schwellen eine weitere materielle Prüfung unterbleibt, widerspricht dem Transparenzgebot, das gerade auch im offenen und selektiven Verfahren gilt.<sup>74</sup>

**6.6** Am Gesagten ändert entgegen dem GA auch nichts, dass das ALBA sämtliche versorgungsrelevanten Organisationen der Pflege zu Hause angeschrieben hat (Leistungserbringerkategorien A und B) und die übrigen Leistungserbringerkategorien C und D (freiberufliche Pflegefachpersonen und Wohnen mit Dienstleistung) offenbar bereits per Definition keinen Beitrag zur Versorgungssicherheit leisten können.<sup>75</sup> Nach dem Gesagten besteht nicht zuletzt aufgrund der Öffnung der Aufnahmepflicht zwischen den Leistungserbringerkategorien A und B durchaus bereits ein Wettbewerb, so dass das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nicht damit verneint werden kann, dass lediglich versorgungsrelevante Organisationen infrage kommen. Sind einzelne andere Leistungserbringerkategorien nicht in der Lage, einen Beitrag zur Versorgungspflicht zu leisten, so rechtfertigt dies für sich genommen keine Nichtanwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts, dem Umstand wäre vielmehr im Rahmen von klar umschriebenen Eignungs- und ggf. Zuschlagskriterien Rechnung zu tragen (vgl. Art. 16 und 30 ÖBV). Die Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart stellt einen Verfahrens-

<sup>72</sup> Dokument „Fragen und Antworten zum Leistungsvertrag (LV) 2022 betr. Versorgungssicherheit Pflege zu Hause“ vom 26. Mai 2021 (Vorakten GA [Stick], Kap. 4-4).

<sup>73</sup> Vernehmlassung des GA vom 11. Oktober 2021, Ziff. 3.4.

<sup>74</sup> Vgl. BVR 2019 S. 201 E. 3.1, 2004 S. 348 E. 2.2.

<sup>75</sup> Vgl. Vernehmlassung des GA vom 11. Oktober 2021, Ziff. 3.1.

mangel mit einer Tragweite dergestalt dar, dass ein Zuschlag unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit aufzuheben ist.<sup>76</sup> Ansonsten würde beispielsweise weiteren Anbietern, die vom Einladungsverfahren gar nicht erst erfahren haben, die Chance zur Teilnahme und damit verbunden der Zugang zum Rechtsschutz verwehrt. Zudem wurden Zuschlagskriterien vorliegend eher allgemein umschrieben und nicht gewichtet, um anschliessend dennoch die erwähnte Priorisierung eines der fünf Entscheidungskriterien vorzunehmen. Selbst die Zuschlagsempfängerin stellt dies nicht infrage. Die Tragweite der Mängel führt damit zur Aufhebung des Zuschlags selbst dann, wenn trotz der falschen Verfahrenart die für das GA offenbar allein infrage kommenden Anbieter der Leistungserbringerkategorien A und B zur Gesuchstellung eingeladen worden sind.

**6.7** Fragen liesse sich, ob die Beschwerdeführerin ihre Rüge zu Verfahrensfehlern verwirkt hat, weil sie diese erst erhoben hat, nachdem sie den Zuschlag nicht erhalten hat. Das bernische Verwaltungsgericht leitet aus dem Gebot von Treu und Glauben eine Rügepflicht ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens ab. Ein Anbieter hat demnach Verfahrensmängel gegenüber der Vergabebehörde grundsätzlich sofort zu rügen. Unterlässt er dies, kann er diesen Mangel im Rahmen der Anfechtung der nächstfolgenden Verfügung nicht mehr geltend machen.<sup>77</sup> Das Bestehen einer solchen Rügepflicht steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundsatz, dass eine Rechtsmittelbehörde das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 20a VRPG). Das Bundesgericht hält deshalb fest, dass sich aus Treu und Glauben zwar ergeben kann, offensichtliche Mängel frühzeitig schon bei der Ausschreibung zu beanstanden. Angesichts des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbieter sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen.<sup>78</sup> In dem von ihm zu beurteilenden Fall hielt das Bundesgericht sogar fest, dass offenkundige Hinweise für die Wahl des falschen Vergabeverfahrens bestanden, so dass die Vorinstanz diesen rechtlichen Mangel selbst ohne entsprechende Rüge hätte berücksichtigen müssen.<sup>79</sup> Im vorliegenden Fall liessen sich die Grundzüge des Verfahrens zwar aus der E-Mail vom 7. Mai 2021 entnehmen, zudem fanden offenbar am 7. und 14. Juli 2021 Informationsveranstaltungen statt, in denen das Verfahren erläutert wurde.<sup>80</sup> Indes betrifft der Verfahrensfehler vorliegend die Wahl der falschen Verfahrenart, was nebst der Zuständigkeit regelmässig zu den zentralen von Amtes wegen zu prüfenden Rechtsfragen einer Behörde gehört. Auch besteht aufgrund der Wahl des Einladungsverfahrens und mangels am 7. Mai 2021 formulierter Eignungskriterien bis zum Zuschlag keine Verfügung, welche die Beschwerdeführerin vor derjenigen am 24. August 2021 hätte anfechten können bzw. müssen. Aus diesen Gründen und mit

<sup>76</sup> Vgl. BVR 2001 S. 284 E. 3c; Urteil VGer BE, VGE 2018/255 vom 20.3.2019, E. 4.5; Jäger, a.a.O., N. 271.

<sup>77</sup> Vgl. Urteil VGer BE, VGE 2020/40 vom 10.6.2020, E. 2.4 und 2.5; Jäger, a.a.O., N. 251; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 667 ff.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7.

<sup>79</sup> Vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7.

<sup>80</sup> Vgl. E-Mail des ALBA vom 17. Mai 2021 an die versorgungsrelevanten Organisationen und Powerpoint-Präsentation des ALBA „Leistungsvertrag betr. Versorgungssicherheit Pflege zu Hause 2022-2025“ zur Informationsveranstaltung vom 7.7.2021, Folien 5-6 (je Vorakten GA, Stick, Kap. 3).

Blick auf die vom Bundesgericht ins Feld geführten Faktoren – beschränkte Rechtskenntnisse der nicht anwaltlich vertretenen Gesuchstellenden, Zeitdruck, Furcht vor Verringerungen der Chancen im Vergabeverfahren – würde der Geltungsbereich des Rügeprinzips vorliegend überspannt, wenn aus der unterbliebenen Rüge im Vergabeverfahren die Beschwerdeführerin heute mit ihren Einwänden nicht mehr gehört würde. Auch die Zuschlagsempfängerin macht in ihrer Eingabe keine solche Verwirkung geltend.

**6.8** Das GA beruft sich schliesslich auf Art. 7 Abs. 3 Bst. d ÖBV.<sup>81</sup> Demnach ist trotz grundsätzlicher Geltung des öffentlichen Beschaffungsrechts und Überschreiten der Schwellenwerte ein freihändiges Verfahren zulässig, wenn die Beschaffung auf Grund unvorhersehbarer Ereignisse so dringlich ist, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann.<sup>82</sup> In diesen Fällen kann auch auf eine Veröffentlichung des Entscheids zur Durchführung der freihändigen Vergabe verzichtet werden (Art. 6 Abs. 3 Bst. a ÖBG). Auch Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB hält fest, dass der Auftraggeber einen Auftrag nicht nach den Bestimmungen dieser Vereinbarung zu vergeben braucht, wenn der Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen dies erfordert. Eine solche Dringlichkeit ist allerdings nicht leichthin anzunehmen. Die Beschaffung muss aus unvorhergesehenen und nicht verschuldeten Gründen notstandsmässig dringlich sein.<sup>83</sup>

**6.8.1** Die heute bestehenden Leistungsverträge, mit denen der Kanton eine Versorgungspflicht der Leistungserbringer mit Spitex-Leistungen für die Pflege zu Hause gewährleistet, laufen Ende 2021 aus. Ohne die beabsichtigten Leistungsverträge ab 2022 werden dem GA insoweit die Möglichkeiten fehlen, die Versorgungspflicht mit Spitex-Leistungen rechtlich durchzusetzen. Eine nicht gewährleistete Versorgungspflicht mit Spitex-Leistungen für die Pflege zu Hause und dies bereits ab 2022 erscheint in der Tat als ein Szenario, zu dessen Vermeidung eine ausserordentliche und notstandsmässige Dringlichkeit besteht.

**6.8.2** Das Inkrafttreten des neuen Systems mit SLG und SLV ist für den 1. Januar 2022 beschlossen. Der Grosse Rat hat das SLG erst am 9. März 2021 beschlossen. Selbst wenn man die Referendumsfrist von drei Monaten nicht miteinrechnet (Art. 62 Abs. 2 KV), konnte vernünftigerweise nicht vor dem 7. Mai 2021 mit dem Vergabeverfahren begonnen werden. Wie das GA zu Recht hervorhebt, mussten zunächst die SLV-Inhalte zumindest einigermaßen klar herausgearbeitet werden, um eine Ausschreibung starten zu können. Der Entscheid über die Inkraftsetzung des neuen Rechts liegt zudem nicht beim GA, die Planung ist dem Amt vielmehr vorgegeben. Weder das SLG noch die SLV sehen Übergangsfristen für die ambulante Pflege vor, weshalb entgegen der Auffassung der Be-

<sup>81</sup> Auch die Zuschlagsempfängerin nimmt sinngemäss hierauf Bezug, wenn sie ausführt, „aufgrund der sich abzeichnenden Verzögerung werden die Leistungsverträge kaum fristgerecht für das kommende Jahr abgeschlossen werden können.“ (Beschwerdeantwort vom 14.10.2021).

<sup>82</sup> Ebenso Art. XIII Ziff. 1 Bst. d GPA.

<sup>83</sup> Vgl. Beyeler, a.a.O., N. 2516 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1346.

schwerdeführerin eine Übergangsfrist mit Verlängerung der bestehenden Verträge so auch nicht möglich wäre. Gemäss dem Leitfaden „Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern“ ist bei wettbewerblichen Vergaben mit einem Gesamtaufwand in der Grössenordnung von sechs bis zwölf Monaten auszugehen. Die dieser Berechnung zugrunde liegende Tabelle gilt für die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, wie es auch vorliegend der Fall ist.<sup>84</sup> Das Rechtsmittelverfahren, welches eine Vergabestelle bei der Terminplanung rechtsprechungsgemäss einzukalkulieren hat und das für sich genommen deshalb beispielsweise auch nicht gegen eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ins Feld geführt werden kann,<sup>85</sup> ist in dieser Zeitrechnung noch nicht mitberücksichtigt. Ausgehend vom Erlass des SLG am 9. März 2021 ist die Einladung der Gesuchstellenden durch das ALBA mit E-Mail vom 7. Mai 2021 demnach zügig erfolgt. Mithin kann vorliegend keine Rede von einer ungenügenden Zeitplanung der Vergabebehörde oder einer selbstverschuldeten Dringlichkeit sein.

**6.8.3** Ist eine ausserordentliche Dringlichkeit gegeben und kann diese auch nicht als selbstverschuldet bezeichnet werden, so bedeutet das aber noch nicht ohne weiteres, dass die gesamte Vergabe dem Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts einfach entzogen ist. Soweit möglich, sinnvoll und zumutbar, hat die Vergabestelle trotz ausserordentlicher Dringlichkeit nicht den gesamten Vertrag, sondern im Sinn einer Interimslösung, z.B. mit der Zuschlagsempfängerin, einen Vertrag abzuschliessen, mit welchem einstweilen nur die tatsächlich höchst dringlichen Leistungen beschafft werden.<sup>86</sup> Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass unter Berufung auf eine ausserordentliche Dringlichkeit nicht der Zuschlag für einen Vertragsabschluss für die gesamte Vierjahresperiode 2022-2025 im freihändigen Verfahren begründet werden kann. Die Zuschlagsempfängerin selber hat Nämliches denn auch nicht verlangt, sondern eine Übergangslösung unter Beibehaltung des Vertrags für das Jahr 2022 gefordert. Die ausserordentliche Dringlichkeit vermag aufgrund der Aktenlage und der Darstellung der Verfahrensbeteiligten den Abschluss eines neuen Vertrags für das Jahr 2022 gestützt auf Art. 7 Abs. 3 Bst. d ÖBV zu rechtfertigen, wobei die Wahl des freihändigen Verfahrens nicht veröffentlicht zu werden braucht. Da der erteilte Zuschlag als Ganzes aufzuheben ist,<sup>87</sup> hat es an dieser Stelle mit den gemachten Ausführungen zur Dringlichkeit sein Bewenden. Es wird Sache des GA sein, den Vertrag zur Gewährleistung einer Versorgungssicherheit im Jahr 2022 abzuschliessen, wobei ein Vertragsschluss basierend auf den neurechtlichen, ab 1. Januar 2022 geltenden Grundlagen jedenfalls nicht unzulässig erscheint.

<sup>84</sup> Amt für Informatik vom Organisation des Kantons Bern, Einführung ins öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Bern, Leitfaden für die Beschaffungsstellen vom 5. August 2015, einsehbar unter [www.kaio.fin.be.ch](http://www.kaio.fin.be.ch), Rubriken „Themen“, „Öffentliches Beschaffungswesen“, „Für Auftraggebende/Beschaffungsstellen“, „Übersicht“.

<sup>85</sup> Vgl. Jäger, a.a.O., Kap. 14 N. 262 Fn. 293; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1347.

<sup>86</sup> Vgl. Beyeler, a.a.O., Nr. 2518 mit Hinweisen. Die dort geschilderte Ausgangslage betraf die Frage der sofortigen Abschlusserlaubnis in hängigen Beschwerdeverfahren, sie ist aber auch in Fällen zu beachten, in denen ein Freihandverfahren gestützt auf die entsprechende Dringlichkeitsklausel durchgeführt worden ist (vgl. Beyeler, a.a.O., N. 2517 mit Hinweisen).

<sup>87</sup> Dazu sogleich E. 7.

## 7. Ergebnis

**7.1** Zusammenfassend hält die angefochtene Verfügung der Rechtskontrolle nicht stand, da die Vergabe der streitbetroffenen Leistungsverträge nicht im offenen oder selektiven Verfahren erfolgte und zudem eine Verletzung des Transparenzgebots vorliegt. Indes ist es mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz nicht getan: Die Wahl eines falschen Verfahrens stellt eine Konstellation dar, in welcher die Rechtspraxis eine Kassation von Amtes wegen gemäss Art. 40 Abs. 1 VRPG bejaht, weil wesentliche Verfahrensgrundsätze in einer Weise verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird.<sup>88</sup> Dies trifft auch vorliegend zu: Gegenstand der Vergabe waren Leistungsverträge für eine Dauer von vier Jahren, was aufgrund des Überschreitens des entsprechenden Schwellenwerts grundsätzlich eine Ausschreibung im offenen oder selektiven Verfahren gebietet. Der nicht im offenen bzw. selektiven Verfahren erfolgte und in Verletzung des Transparenzprinzips ergangene Zuschlag ist damit als Ganzes aufzuheben. Indes erscheint unter Berufung auf eine ausserordentliche Dringlichkeit der Abschluss von Verträgen aufgrund der Aktenlage für die Dauer eines Jahres gestützt auf Art. 7 Abs. 3 Bst. d ÖBV möglich, wobei hier zur Vergabe sogar ein freihändiges Verfahren zulässig wäre. Eine solche ausserordentliche Dringlichkeit ist aber nicht leichthin anzunehmen und kann für eine Vierjahresperiode nicht ins Feld geführt werden. Aufgrund des vom GA als dringlich bezeichneten Vertragsabschlusses für das Jahr 2022 ergibt sich letztlich eine Aufspaltung des Beschaffungsgegenstands mit der Folge, dass jeweils unterschiedliche Verfahren zu führen sind: Ein freihändiges Verfahren bei ausserordentlicher Dringlichkeit, im Übrigen bei Überschreiten des entsprechenden Schwellenwerts ein offenes bzw. selektives Verfahren. Art. 26 Abs. 1 E-SLV schliesst eine Abweichung von einer Vierjahresperiode nicht aus. Es wird Sache der Vorinstanz sein, die Vergabe für die Periode mit ausserordentlicher Dringlichkeit durchzuführen und im Einvernehmen mit dem beauftragten Leistungserbringer die Leistungen für die verkürzte Periode zu definieren.

**7.2** Zusammenfassend ist das Verfahren gemäss Art. 40 Abs. 1 VRPG von Amtes wegen aufzuheben. Die Kassation betrifft dabei das gesamte Verfahren, sodass nicht nur die angefochtene Verfügung, sondern auch das diesem vorangegangene Vergabeverfahren, einschliesslich der Ausschreibung bis zur Einladung zur Gesuchseinreichung vom 7. Mai 2021, aufzuheben ist.<sup>89</sup> Das GA wird den Leistungsvertrag betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause im Versorgungsperimeter X. neu zu vergeben haben im Sinne der Erwägungen, d.h. in einem offenen oder selektiven Verfahren, soweit nicht zufolge notstandsähnlicher Dringlichkeit eine freihändige Vergabe zulässig ist. Für das durchzuführende offene bzw. selektive Verfahren wird die Vergabebehörde den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden (Art. 11 Bst. a IVöB)<sup>90</sup> und dem Transparenzgebot (Art. 11 Bst. b IVöB und Art. 30 Abs. 2 ÖBV)<sup>91</sup>,

<sup>88</sup> Vgl. zur Praxis Daum, in Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 40 N. 9, 11.

<sup>89</sup> Vgl. BVR 2004 S. 37 E. 2; Daum, a.a.O., Art. 40 N. 15.

<sup>90</sup> Dazu vorne E. 5.4.1.

<sup>91</sup> Dazu vorne E. 5.4.2.

die nötige Beachtung zu schenken haben. Bei dieser Ausgangslage erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Rügen der Beschwerdeführerin, insbesondere denjenigen im Eventualstandpunkt.

**7.3** Der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass eine Kassation von Amtes wegen gemäss Art. 40 Abs. 1 VRPG ein rechtzeitig eingereichtes Rechtsmittel voraussetzt. Die Kassation umfasst damit lediglich die Vergabe in denjenigen Perimetern, für welche innert Frist Beschwerde erhoben worden ist.<sup>92</sup> Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt sich schliesslich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen bzw. das Superprovisorium durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme abzulösen.<sup>93</sup>

## **8. Kosten**

**8.1** Zur Kostenliquidation bei einer Kassation von Amtes wegen enthält Art. 40 VRPG keine Regelung, weshalb die allgemeinen Grundsätze über die Kostenverlegung nach Art. 103 ff. VRPG gelten.<sup>94</sup> Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>95</sup>). 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). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

**8.2** Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin als obsiegend zu gelten, zumal sie die zur Kassation führenden Fehler ausdrücklich gerügt hat. Die Zuschlagsempfängerin wiederum hat in der Hauptsache auf das Stellen von eigentlichen Rechtsbegehren verzichtet bzw. sich gar nicht erst vernehmen lassen. Angesichts der besonderen Umstände, die zur Kassation geführt haben, kann sie nicht als unterliegend bezeichnet werden. Ihr sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.<sup>96</sup> Da auch eine Auferlegung der Verfahrenskosten an das GA als Behörde i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG nicht infrage kommt, sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

<sup>92</sup> Vgl. Daum, a.a.O., Art. 40 N. 7.

<sup>93</sup> Vgl. BVR 2020 S. 113 E. 3.8, 2012 S. 314 E. 5.4.

<sup>94</sup> Vgl. BVR 2004 S. 37 E. 3; Daum, a.a.O., Art. 40 N. 5.

<sup>95</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

<sup>96</sup> Vgl. Urteil VGer BE, VGE 2013/213 vom 2.10.2013, E. 7.2; Herzog, in Herzog/Daum (Hrsg.), a.a.O., Art. 108 N. 20 ff., 25; Daum, a.a.O., Art. 40 N. 5.

**8.3** Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das 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). Da keine der Verfahrensbeteiligten anwaltlich vertreten ist, erübrigen sich weitergehende Ausführungen zur Parteientschädigung nach dieser Bestimmung. Dass die Voraussetzungen von Art. 104 Abs. 2 VRPG, insbesondere das Vorliegen eines aufwändigen Verfahrens, erfüllt wären, ist weder ersichtlich noch wird solches geltend gemacht. Demnach sind keine Parteikosten zu sprechen.

### **III. Entscheid**

1. Die Verfügung des GA vom 24. August 2021 sowie das dieser vorangegangene Verfahren zur Vergabe der Leistungsverträge betreffend Versorgungssicherheit in der Pflege zu Hause für die Jahre 2022-2025 im Versorgungsperimeter X.\_\_\_, einschliesslich der Einladung zur Gesuchseinreichung vom 7. Mai 2021, werden von Amtes wegen aufgehoben.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 3. September 2021 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.

### **IV. Eröffnung**

- Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Zuschlagsempfängerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Kurier

Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektion

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.