

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

RA Nr. **2013-0617**

B E S C H W E R D E E N T S C H E I D vom 13. Februar 2014

in der Beschwerdesache zwischen

X. AG, handelnd durch [...], [...]

Beschwerdeführerin

vertreten durch [...]



gegen

Y. AG, handelnd durch ihre statutarischen Organe, [...]

Beschwerdegegnerin

vertreten durch [...]

sowie

Z. AG, handelnd durch ihre statutarischen Organe, [...]

betreffend freihändige Vergabe bzw. Verletzung der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung
von Versicherungsbrokerdienstleistungen

I. Sachverhalt

1. Anlässlich eines Treffens vom 29. April 2013 präsentierte die Y. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) der Z. AG (nachfolgend: Z. AG) ihr Dienstleistungsangebot. In der Folge schlossen die beiden Parteien am 29. April resp. 1. Mai 2013 eine Vereinbarung miteinander ab. Mit dieser erteilte die Z. AG der Beschwerdegegnerin folgenden Auftrag:

- „Durchführung einer Submission des gesamten Versicherungsportefeuilles
- Aufzeigen von Massnahmen zur Optimierung des Portefeuilles bezüglich Leistungen und Kosten
- Persönliche Präsentation der Ergebnisse“

Der Beginn des Auftrages wurde per sofort festgesetzt, enden sollte der Auftrag spätestens am 30. Juni 2013. Die vereinbarten Leistungen der Beschwerdegegnerin sollten kostenlos erbracht werden.

2. Nachdem die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Kenntnis von Kontakten und Verhandlungen zwischen der Z. AG und der Beschwerdegegnerin erhalten hatte, gelangte diese mit Beschwerde vom 10. Juni 2013 betreffend freihändiger Vergabe bzw. Verletzung der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bezüglich Brokerdienstleistungen an die GEF. Zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung war der Beschwerdeführerin weder Inhalt der Verhandlungen noch die vorgenannte Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der Z. AG bekannt. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde

1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
2. Es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuhalten, das mit der Y. AG, geführte Freihandverfahren bis zur Erledigung des vorliegend angehobenen Beschwerdeverfahrens zu sistieren (und in diesem Sinne umgehend jeglichen geschäftlichen Kontakt mit der Y. AG zu unterlassen), und es sei der Beschwerdegegnerin [Z. AG] in diesem Sinne namentlich zu verbieten, einen Vertrag mit der Y. AG abzuschliessen oder entstehen zu lassen.
3. Eventualiter zu 2.: Es sei in dem Fall, in dem zum Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Beschwerde bereits ein Zuschlag zugunsten der Y. AG erteilt und ein Vertrag mit dieser Unternehmung bereits abgeschlossen worden sein sollte, die Beschwerdegegnerin [Z. AG] im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuhalten, die Erfüllung dieses Vertrages unter Nutzung der ihr zur Verfügung stehenden vertraglichen Mittel einstweilen zu sistieren.
4. Es sei den Rechtsbegehren Nr. 1 und Nr. 2 (eventualiter dem Rechtsbegehren Nr. 3) zunächst superprovisorisch und ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin [Z. AG] stattzugeben.

5. Es sei der Beschwerdeführerin im gesetzlich zulässigen Masse vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren.
6. Es sei das durch die Beschwerdegegnerin [Z. AG] mit der Y. AG, geführte Freihandverfahren betreffend Brokermandat (und Vergabe von Versicherungsleistungen) aufzuheben bzw. abzubrechen, und es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] anzuweisen, die benötigten Broker-Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben.
7. Eventualiter zu 6.: Es sei in dem Fall, in dem zum Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Beschwerde bereits ein Zuschlag zugunsten der Y. AG erteilt worden sein sollte, dieser Zuschlag aufzuheben, es sei das zugrundeliegende Freihandverfahren aufzuheben bzw. abzubrechen, und es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] anzuweisen, die benötigten Broker-Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben.
8. Sub-eventualiter zu 6.: Es sei in dem Fall, in dem zum Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Beschwerde bereits ein Zuschlag zugunsten der Y. AG erteilt und ein Vertrag mit dieser Unternehmung bereits abgeschlossen worden sein sollte, dieser Zuschlag aufzuheben, es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] anzuweisen, den Vertrag unter Nutzung der ihr zur Verfügung stehenden vertraglichen Mittel aufzulösen, es sei das zugrundeliegende Freihandverfahren aufzuheben bzw. abzubrechen, und es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] anzuweisen, die benötigten Broker-Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben.
9. Es seien der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.
10. Es sei die Beschwerdegegnerin [Z. AG] (sowie gegebenenfalls die sich aufseiten der Beschwerdegegnerin [Z. AG] am Beschwerdeverfahren beteiligenden Dritten) zu verpflichten, der Beschwerdeführerin angemessenen Parteikostenersatz zu leisten; in diesem Zusammenhang sei der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vor der Fällung des Kostenentscheides zur Einreichung seiner Honorarnote einzuladen.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,¹ beteiligte die Beschwerdegegnerin von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2013, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Z. AG beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 3. Juli 2013, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, sofern überhaupt darauf einzutreten sei. Den Verfahrensbeteiligten wurde in einem zweiten Schriftenwechsel Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

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

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

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit

Bei der Z. AG handelt es sich um ein Regionales Spitalzentrum (RSZ)² und folgedessen um eine aktienrechtlich organisierte Leistungserbringerin im Sinne der Spitalversorgungsgesetzgebung (Art. 19 Abs. 1 SpVG³; da mit der Revision des SpVG vom 13. Juni 2013 per 1. Januar 2014 keine für den vorliegenden Fall massgebenden materielle Änderungen in Kraft getreten sind, wird in casu das revidierte SpVG angewendet). Gegen Verfügungen der Z. AG, die diese gestützt auf das ÖBG⁴ erlässt (vgl. Art. 2 Abs. 2 ÖBG), kann bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde geführt werden (Art. 12 Abs. 1 ÖBG). Die GEF als in der Sache zuständige Direktion ist somit grundsätzlich zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Z. AG zuständig.

2. Anfechtungsobjekt

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Z. AG habe rechtswidrigerweise einen Entscheid gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a ÖBG gefällt resp. unzulässigerweise auf eine Ausschreibung der Vergabe verzichtet. Demgegenüber bringen die Beschwerdegegnerin wie auch die Z. AG sinngemäss vor, es fehle an beschaffungsrechtlich relevanten Geschäftsbeziehungen, eine öffentliche Beschaffung liege entsprechend nicht vor und daher fehle es an einem tauglichen Anfechtungsobjekt als Prozessvoraussetzung.

b) Mit Beschwerde angefochten werden können, unabhängig vom Schwellenwert, Verfügungen über den Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren, die Aufnahme von Anbieterinnen oder Anbietern in ständige Listen oder die Streichung aus solchen Listen und der Entscheid, einen Auftrag nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a ÖBG freihändig zu vergeben. Die übrigen Verfügungen sind nur anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte erreicht sind (Art. 11 ÖBG). Schwellenwert für Aufträge im kantonalen Einladungsverfahren ist 100'000 Franken ohne Mehrwertsteuer (Art. 4 ÖBG).

c) Unterhalb der im ÖBG normierten Schwellenwerte kommen demnach weder dessen Verfahrensregeln noch die Rechtsschutzbestimmungen zur Anwendung.⁵ Voraussetzung für ein beschaffungsrechtliches Beschwerdeverfahren ist somit das Vorliegen einer Verfügung im

² Vgl. RRB Nr. 508 vom 1. März 2006

³ Spitalversorgungsgesetz vom 13. Juni 2013 (SpVG; BSG 812.11)

⁴ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)

⁵ Vgl. dazu auch BVR 2005/350, E. 4.4 ff.

vorgenannten Sinn,⁶ wobei auch das Verweigern oder Verzögern einer Verfügung als solche gilt (Art. 49 Abs. 2 VRPG). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 20a VRPG). In der Folge ist daher von Amtes wegen zu prüfen, ob ein beschaffungsrechtliches Anfechtungsobjekt vorliegt. Voraussetzung dazu ist einerseits, dass die Z. AG dem Anwendungsbereich des ÖBG untersteht und damit verfügungsbefugt ist (persönlicher Geltungsbereich). Andererseits muss es sich beim fraglichen Geschäft um eine öffentliche Beschaffung handeln, damit das Geschäft an sich in den Geltungsbereich des ÖBG fällt und dieses zur Anwendung kommt (sachlicher Geltungsbereich).

3. Persönlicher Geltungsbereich

a) Damit eine (allenfalls auch verweigerter) Verfügung im erläuterten Sinne vorliegen kann, muss das Beschaffungsrecht wie erwähnt grundsätzlich auf die Z. AG anwendbar sein, sprich die Z. AG muss subjektiv in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechtes fallen. Vorab ist daher zu prüfen, ob die Z. AG als RSZ persönlich dem Beschaffungsrecht untersteht. Obwohl die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht nicht ausdrücklich bestritten wird, ist diese Voraussetzung aufgrund ihres grundsätzlichen Gehalts hier vertieft zu überprüfen.

b) Gemäss Art. 8 Abs. 1 IVöB⁷, der die Vorgaben des übergeordneten Rechts umsetzt, unterstehen Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene im Staatsvertragsbereich dem Vergaberecht, soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterstehen der interkantonalen Vereinbarung überdies andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme von kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten, sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (Art. 8 Abs. 2 IVöB).

Die Bestimmungen der IVöB werden grundsätzlich im kantonalen Beschaffungsrecht umgesetzt. Soweit dies nicht vollumfänglich gemacht wird, findet die IVöB direkt Anwendung, sofern eine Bestimmung genügend klar und bestimmt ist, um als Grundlage eines Entscheides zu dienen.⁸ Art. 8 IVöB ist nicht kongruent und vollumfänglich in das bernische Recht überführt worden. Da die Norm genügend klar und bestimmt ist, kommt diese vorliegend bei der Überprüfung des subjektiven Geltungsbereiches direkt zur Anwendung.

⁶ Vgl. dazu in allgemeiner Weise zu Verwaltungsbeschwerdeverfahren: Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 N 13 sowie Art. 49 N 1 ff.

⁷ Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BSG 731.2 Anhang I)

⁸ BGE 125 II 86, E. 7a

c) Im Staatsvertragsbereich sind in Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht Vergabestellen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts gemäss IVöB zu qualifizieren, soweit sie kumulativ über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck verfolgen, nicht gewerblich tätig und staatsgebunden, das heisst unter beherrschendem Einfluss des Staates stehend, sind.⁹ Die Subsumtion der Z. AG unter diese Kriterien ergibt Nachfolgendes:

Art. 19 SpVG sieht vor, dass die RSZ als Aktiengesellschaft im Sinne des OR¹⁰ geführt werden, womit sie eine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Als Leistungserbringerin im Sinne des SpVG (vgl. Art. 14 Abs. 1 SpVG) erfüllt ein RSZ als Listenspital (vgl. Art. 17 SpVG) öffentliche Aufgaben im Sinne von Art. 41 KV¹¹. Es führt damit offensichtlich eine Tätigkeit im Allgemeininteresse aus. Es ist dabei nicht notwendig, dass sämtliche Tätigkeiten der Einrichtung im Allgemeininteresse liegen, damit das Erfordernis der Gemeinwohlorientiertheit erfüllt ist.¹² Betreffend dem Erfordernis, dass die Tätigkeit keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben darf, kann festgestellt werden, dass im Bereich des Leistungsauftrages an ein Spital kein wirksamer Wettbewerb vorliegt: Den Wettbewerb, den das KVG¹³ zwischen den Leistungserbringern um Listenplätze sowohl bei der Bewerbung als auch im Tarifwesen erzeugen will, kann sich nur im krankensicherungsrechtlichen Rahmen entfalten. Der durch das KVG spezialgesetzlich geschaffene Wettbewerb ist damit gleichzeitig auch spezialgesetzlich beschränkt. Ein wirksamer Wettbewerb im beschaffungsrechtlichen Sinne wird jedoch durch das Instrument des Listenentscheides nicht geschaffen. Der Wettbewerb ist im planwirtschaftlichen Konzept des KVG gefangen.¹⁴ Listenspitäler sind damit nicht gewerblich im Sinne des Beschaffungsrechts tätig, womit ihnen der kommerzielle oder industrielle Charakter fehlt. Bei einem RSZ als kantonale Leistungserbringerin ist zudem die Staatsgebundenheit zweifellos erfüllt, da die mehrheitliche finanzielle (wie auch stimmenmässige) Beteiligung des Kantons gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. Art. 21 SpVG).

d) Im vom Staatsvertragsrecht nicht erfassten Bereich unterstehen gemäss IVöB auch andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dem Beschaffungsrecht, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten. Rechtsform und Trägerschaft sind für die subjektive Unterstellung auch im Binnenbereich irrelevant. Dass Listenspitäler als Leistungserbringer öffentliche Aufgaben erfüllen, die nicht in einem wirksamen Wettbewerb im beschaffungsrechtlichen Sinne stattfinden, ist bereits festgestellt worden. Im Rahmen ihres Leistungsauftrages sind sie somit weder kommerziell noch industriell tätig. Im Unterschied zum staats-

⁹ Vgl. Hans Rudolf Trüeb / Daniel Zimmerli, Neue Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, Rechtsgutachten vom 7. Dezember 2011, Rz. 51, mit Hinweisen

¹⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR; SR: 220)

¹¹ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

¹² Vgl. zum Ganzen ausführlich Trüeb / Zimmerli, a.a.O., Rz. 58 ff., mit Hinweisen

¹³ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich Trüeb / Zimmerli, a.a.O., Rz. 85 ff.

vertraglichen Bereich unterstehen im Binnenbereich jedoch auch nicht staatsgebundene Trägerschaften, die also nicht unter beherrschendem Einfluss des Staates stehen, subjektiv dem Beschaffungsrecht. Als andere Träger kantonaler Aufgaben werden demnach alle Listenspitäler ungeachtet ihrer Rechtsform, ihrer Trägerschaft, Finanzierung und Beherrschung dem kantonalen Beschaffungsrecht subjektiv unterstellt.¹⁵

e) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Z. AG als RSZ im Staatsvertragsbereich als Einrichtungen des öffentlichen Rechts gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB zu qualifizieren ist. Sie untersteht damit im staatsvertraglichen wie auch im Binnenbereich subjektiv dem Beschaffungsrecht. In diesem Rahmen kommt ihr gestützt auf das ÖBG Verfügungsbefugnis zu (Art. 2 Abs. 2 ÖBG).

4. Sachlicher Geltungsbereich

a) Zu prüfen bleibt, ob die hier strittige Angelegenheit auch sachlich (das heisst objektiv) dem Beschaffungsrecht untersteht. Denn nur wenn das fragliche Geschäft als öffentlicher Auftrag resp. öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist, ist dieses auch beschaffungsrechtlich relevant und hat den Voraussetzungen des ÖBG an ein Vergabeverfahren zu genügen. Nur unter dieser Voraussetzung hat die Z. AG in der Sache auch tatsächliche Verfügungsbefugnis.

b) Ob die hier strittige Angelegenheit sachlich dem Beschaffungsrecht untersteht, ist aufgrund des dazu massgebenden Sachverhaltes zu klären. Dieser ergibt sich aus den Akten wie folgt:

Am 29. April 2013 präsentierte die Beschwerdegegnerin der Z. AG bei einem Treffen ihr Dienstleistungsangebot. Daraufhin schlossen die beiden Parteien am 29. April resp. 1. Mai 2013 eine Vereinbarung miteinander ab. Mit dieser als „Auftragsmandat“ bezeichneten Vereinbarung wurde die Beschwerdegegnerin beauftragt, für die Z. AG „Interessen in folgenden Versicherungsbelangen wahrzunehmen:

- Durchführung einer Submission des gesamten Versicherungsportefeuilles
- Aufzeigen von Massnahmen zur Optimierung des Portefeuilles bezüglich Leistungen und Kosten
- Persönliche Präsentation der Ergebnisse

¹⁵ Trüb / Zimmerli, a.a.O., Rz. 121 ff.

Beginn: sofort; Ende: nach Abschluss der vorgenannten Tätigkeiten, spätestens 30. Juni 2013; Kosten: kostenlos.“

Die zitierte Vereinbarung ist das einzige Dokument, das sich in den Akten findet und eine Abmachung zwischen der Beschwerdegegnerin und der Z. AG dokumentiert. Anderweitige Verträge oder Vereinbarungen bestehen denn gemäss übereinstimmenden Aussagen der Betroffenen auch keine. Auch bezüglich allfälligen Verhandlungen zwischen den Parteien, die über diejenige bezüglich der vorgelegten Vereinbarung vom 29. April resp. 1. Mai 2013 hinaus gehen, finden sich keine Dokumente in den Akten. Treffen zwischen diesen Parteien hat es gemäss Aktenlage neben dem vorgenannten Präsentationstreffen keines gegeben.

c) Ein öffentlicher Auftrag oder eine öffentliche Beschaffung liegt vor, sobald ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, gestützt auf den der Wirtschaftsteilnehmer dem Auftraggeber gegen Entrichtung einer Vergütung Leistungen erfüllt. Begriffsnotwendig ist damit in erster Linie der wechselseitige Leistungsaustausch (Synallagma).¹⁶ Das Verfahren, das im Ende zu einem öffentliche Auftrag resp. zu einer öffentlichen Beschaffung im vorgenannten Sinne führt, lässt sich zeitlich und sachlich grob in drei aufeinanderfolgende Phasen unterteilen: in eine Vorbereitungs-, eine Vergabe- und eine Abwicklungsphase. So beginnt eine Beschaffung in der Regel mit einer Vorbereitungsphase. In dieser soll geklärt werden, ob der Auftraggeber eines Hilfsmittels oder einer Dienstleistung bedarf. Die Abklärung ist insofern notwendig, als dass der zu beschaffende Gegenstand der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dienen und daher im öffentlichen Interesse liegen muss.¹⁷ Zur Klärung, ob ein Bedürfnis besteht und ein Sachmittel oder eine Dienstleistung beschafft werden soll, führt die Vergabebehörde in der Planungs- und Vorbereitungsphase eine Bedarfs- und Marktanalyse durch. Nach dem Entscheid darüber, ob beschafft werden soll, plant sie das Vorhaben (frei von vergaberechtlichen Vorgaben) in quantitativer, qualitativer, technischer und zeitlicher Hinsicht. Demnach wird in der Vorbereitungsphase nicht nur das ob, sondern im Anschluss auch das wie der Beschaffung geklärt. Wenn die Vergabebehörde zum Schluss kommt, dass sie ein Mittel resp. eine Dienstleistung beschaffen will, arbeitet sie einen Leistungsbeschrieb aus und legt die Eignungs- sowie die Zuschlagskriterien fest. Meist erarbeitet sie zudem auch einen Vertragsentwurf oder Eckpunkte der vertraglichen Regelung.¹⁸ Mit anderen Worten dient die erste Phase der Bestimmung des Vorhabens und der Mittel, mit denen das Vorhaben realisiert werden soll. Sie bringt Klärung darüber ob, was, wann und wie beschafft werden soll. Die Phase dient der Willensbildung der Auftraggeberin. Geschieht die Planung einer öffentlichen Beschaffung unter Beizug von Privatpersonen, was durchaus er-

¹⁶ Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 178 f.

¹⁷ Thomas Locher, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, 2013, S. 16, mit Hinweisen

¹⁸ Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, S. 834 N. 87 ff., mit Hinweisen

laub ist, liegt darin wiederum eine Beschaffung. Der diesbezügliche Auftrag ist seinerseits regelmässig in einem öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren zu erteilen.¹⁹ Liegen diese Unterlagen vor, ist die Vorbereitungsphase abgeschlossen und die Vergabephase, die sich grundsätzlich mit dem förmlichen Vergabeverfahren deckt, beginnt. Nach Abschluss des Vertrages beginnt die Abwicklungsphase, die im Idealfall mit dessen Erfüllung endet.

d) Die Würdigung des massgebenden und aktenkundigen Sachverhaltes aus beschaffungsrechtlicher Optik ergibt Folgendes:

Die Z. AG und die Beschwerdegegnerin hatten persönlichen Kontakt anlässlich eines Präsentationstreffens. Bei diesem Treffen wurde vereinbart, dass die Beschwerdegegnerin Massnahmen zur Optimierung des Versicherungsportefeuilles der Z. AG bezüglich Leistungen und Kosten aufzeigen sollte. Das vorgenannte „Auftragsmandat“ mit zitiertem Inhalt wurde unterzeichnet. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt sich, dass Hauptzweck derselben das Aufzeigen von allfälligen Optimierungsmassnahmen betreffend Leistungen und Kosten im Versicherungsportefeuille der Z. AG ist. Dazu sollte eine „Submission“ des gesamten Versicherungsportefeuilles durchgeführt werden. Aus dem Kontext der Vereinbarung, insbesondere deren Hauptzweck, geht klar hervor, dass damit keine Submission im Sinne einer Vergabe gemäss ÖBG gemeint sein kann. Dies bringt denn auch die Beschwerdeführerin nicht vor. Dieser Passus ist vielmehr dahingehend zu verstehen, als damit eine Bevollmächtigung der Beschwerdegegnerin sichergestellt werden sollte, für die Z. AG Offerten ausarbeiten lassen zu können.²⁰ Die Beschwerdegegnerin selber räumt ein, dass sie für die Vereinbarung ein Standardformular und dadurch teils missverständliche Begriffe verwendet habe.²¹ Insgesamt ist die Beschwerdegegnerin demnach mit der genannten Vereinbarung beauftragt worden zu evaluieren, ob und gegebenenfalls wo und in welchem Ausmass sich im Versicherungsportefeuille der Z. AG Optimierungsmöglichkeiten bieten. Diese Evaluation sollte persönlich präsentiert werden und kostenlos erfolgen.

In den Akten finden sich wie erwähnt weder Hinweise noch Dokumente, die auf weitergehende Absichtserklärungen, Verhandlungen oder Vereinbarungen zwischen der Z. AG und der Beschwerdegegnerin hindeuten. Damit hat die Z. AG aktenkundig einzig die Absicht kundgetan, Optimierungsmöglichkeiten im Versicherungsportefeuille abklären zu lassen. Mit anderen Worten beabsichtigte sie, die momentane Marktsituation abklären zu lassen. Gemäss nicht überprüfbareren Aussagen der Z. AG hatte sie diese Absicht denn auch bereits im Februar 2013, und damit vor aktenkundigen Kontakten zwischen der Z. AG und der Beschwerdegegnerin, der momentanen Versicherungsbrokerin gegenüber kundgetan.

¹⁹ Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, N. 48 f.

²⁰ So auch die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 25. Juni 2013, S. 2; wie auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 1. Juli 2013, Rz. 8 Bst. c

²¹ Siehe Eingabe vom 9. September 2013, Rz. 3

Mit einer Markt- oder Bedarfsanalyse jedoch befindet sich eine Auftraggeberin in der Regel in der Vorbereitungs- und Planungsphase einer allfälligen Beschaffung. In dieser Phase soll klassischerweise geklärt werden, ob überhaupt und falls ja wie was beschafft werden soll. Vorliegend ergibt sich aus den Akten genau dieser Rückschluss: die Z. AG hatte eine Evaluation veranlasst, um den Bedarf an allfällig neuen Versicherungsbrokerdienstleistungen zu klären. Darüber jedoch, ob Versicherungsbrokerdienstleistungen überhaupt neu beschafft werden sollten, hatte die Z. AG noch nicht erkennbar entschieden. Die Z. AG hat über die vorgelegte Vereinbarung hinaus nämlich – soweit aus den Akten ersichtlich und gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Z. AG wie der Beschwerdegegnerin – weder weitere Zugeständnisse noch Absichtserklärungen gemacht. Indem sie eine Vereinbarung zum Aufzeigen von Optimierungsmöglichkeiten und nicht beispielsweise weitergehende Verpflichtungen bezüglich eines allfälligen Versicherungsbrokervertrages eingegangen ist, hat sie lediglich den Willen zur Bedarfsklärung an einem neuen Vertrag manifestiert. Ein Entschluss zum Abschluss eines neuen Versicherungsbrokervertrages lag dieser Vereinbarung damit gerade nicht erkennbar zugrunde. Auch objektiv beinhaltet lediglich der Auftrag zu einer Marktanalyse keinen solchen Entschluss, ein solcher ist sachlogisch gerade nicht erforderlich.

Insofern legt nicht nur der Auftrag zur Marktanalyse als Instrument der Bedarfsklärung nahe, dass sich die Z. AG in der Planungs- und Vorbereitungsphase einer gegebenenfalls folgenden Beschaffung befindet. Auch das Verhalten der Z. AG insgesamt wie die Aktenlage lassen keinen anderen Rückschluss zu, als dass sich die Z. AG hier in der Vorbereitungs- und Planungsphase einer allfällig folgenden Vergabe befindet. Rechtsgenügende Hin- oder Nachweise, die eine anderweitige Würdigung des massgebenden Sachverhaltes zulassen, finden sich nicht in den Akten.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführerin tatsächlich nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die Z. AG entgegen ihren Vorbringen im vorliegenden Verfahren und entgegen dem aktenkundigen Sachverhalt bereits einen Entschluss zu einem neuen Versicherungsbrokervertrag gefasst hatte. Jedoch hat sie diesen allfälligen Entschluss nicht mit entsprechenden Handlungen oder Äusserungen und somit nicht in rechtserheblicher Weise kundgetan. Insofern ist ein solcher Entschluss rein hypothetisch zwar nicht auszuschliessen, jedoch mangels rechtserheblicher Äusserungen oder Handlungen weder beleg- noch nachweisbar und somit rechtlich irrelevant.

e) Der Vollständigkeit halber ist hier festzuhalten, dass vorliegend zu Recht nicht gerügt wird, dass es sich bei der abgeschlossenen Vereinbarung um eine öffentliche Beschaffung handelt, die beschaffungsrechtswidrig erfolgt sei. Über den Beizug von Dritten zur Planung einer Beschaffung ist nur unter den normierten Voraussetzungen ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Dazu muss bei kantonalen Aufträgen mindestens der Schwellenwert von Einladungsverfahren gemäss Art. 4 Abs. 1 ÖBG erreicht werden, ansonsten diese im frei-

händigen Verfahren vergeben werden können (Art. 6 Abs. 1 Bst. b ÖBG). Vorliegend ist bezüglich der Vereinbarung fraglich, was jedoch offen gelassen werden kann, ob es sich dabei überhaupt um ein synallagmatisches Geschäft handelt.²² Falls dies bejaht werden würde und grundsätzlich von einem Auftrag im öffentlichen Interesse ausgegangen werden würde, unterstünde die Vereinbarung sachlich nicht dem Beschaffungsrecht: Die Leistung der Beschwerdegegnerin erfolgt ausdrücklich kostenlos und die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens werden damit offenkundig nicht erreicht. Auch wenn man davon ausginge, die Beschwerdegegnerin profitiere aufgrund der vorgelegten Vereinbarung statt von Geldzahlungen von anderen irgendwie gearteten geldwerten Vorteilen, würden diese deutlich unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens liegen.

f) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – in Annahme der vorliegend nicht prüfbar Vorbedingung, dass der allfällig zu beschaffende Gegenstand schlussendlich in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechtes fallen wird – die vorgelegte Vereinbarung zwischen der Z. AG und der Beschwerdegegnerin im Rahmen einer Bedarfs- und Marktanalyse in der Vorbereitungs- und Planungsphase eines gegebenenfalls später folgenden Vergabeverfahrens abgeschlossen worden ist. Die Vereinbarung selber ist rechtskonform abgeschlossen worden. Soweit sich die Z. AG jedoch zeitlich und sachlich im Bereich der Vorbereitungs- und Planungsphase befindet und mit der Willensbildung bezüglich des ob und wie einer allfälligen Beschaffung beschäftigt ist, plant sie das Vorhaben frei von vergaberechtlichen Vorgaben. Die vorliegend strittige Angelegenheit ist beschaffungsrechtlich irrelevant.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Beweggründe der Beschwerdegegnerin zum Abschluss der Vereinbarung, namentlich ihre Hoffnung auf ein allfälliges späteres Vertragsverhältnis mit der Z. AG, hier unbeachtlich sind. Denn gegebenenfalls hat sich die Z. AG vergaberechtskonform zu verhalten. Deren rechtmässiges Verhalten kann nicht durch allenfalls unlautere Beweggründe Dritter unrechtmässig werden. Sachlogisch können Beweggründe Dritter somit nicht der Z. AG zugerechnet werden, diese ist einzig aufgrund ihres eigenen Verhaltens zu beurteilen.

5. Nichteintreten

a) Indem nach dem Gesagten keine vergaberechtlich relevante Angelegenheit vorliegt, mangelt es vorliegend an einem Anfechtungsobjekt im Sinne des Beschaffungsrechtes. Der

²² Vgl. dazu Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 645 ff.

strittigen Angelegenheit kommt kein Rechtsschutz zu. Weder auf das Haupt- noch das Eventual- oder Subeventualbegehren kann eingetreten werden.

b) Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird mit vorliegendem Entscheid gegenstandslos. Auch die Gesuche um vorsorgliche Massnahmen werden mit vorliegendem Entscheid gegenstandslos und sind abzuschreiben.

6. Kosten

a) Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 VRPG), werden der unterliegenden Partei zur Bezahlung auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Besondere Umstände, die eine vom Unterliegerprinzip abweichende Verlegung rechtfertigen würden, liegen keine vor. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin auch nach Kenntnis des massgebenden Sachverhaltes, der bei Beschwerdeeinreichung noch zumeist unbekannt war, vollumfänglich an ihrer Beschwerde festgehalten. Die Verfahrenskosten, pauschal festzulegen auf Fr. 1'400.00, sind der Beschwerdeführerin zur Bezahlung aufzuerlegen (vgl. Art. 19 Abs. 1 GebV²³).

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten ans Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV²⁴). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁵). Ein Zuschlag wird gewährt bei besonders aufwändigen Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21)

²⁴ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

²⁵ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

umfangreichem Briefwechsel, wenn ein wesentlicher Teil des Aktenmaterials oder des Briefwechsels in einer anderen als der Gerichtssprache vorliegt, oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG).

Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin beläuft sich auf Fr. 14'461.20, inkl. Auslagen und MwSt. Fr. 10'000.00 davon werden als Honorar gemäss Art. 11 Abs. 1 PKV geltend gemacht, Fr. 3'000.00 als Zuschlag darauf für den überdurchschnittlichen Umfang und die überdurchschnittliche rechtliche Komplexität der Streitsache. Angesichts des Umstandes, dass die Akten des vorliegenden Verfahrens zwar überdurchschnittlich umfangreich sind, jedoch keine weiteren Vorakten zu studieren waren, liegt vorliegend kein besonders aufwändiges Verfahren im Sinne von Art. 9 PKV vor. Angesichts des demnach in der Sache gebotenen Aufwandes und der Schwierigkeit des Verfahrens erscheint im vorliegenden Fall eine Kürzung des insgesamt geltend gemachten Honorars um einen Drittel als angemessen. Dies entspricht Fr. 9516.00, inkl. MwSt, zuzüglich der Auslagen und deren MwSt. Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin vom 5. Februar 2014 wird entsprechend gekürzt auf Fr. 9'937.20. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin von der Beschwerdeführerin zu ersetzen. Die Z. AG hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 VRPG).

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde vom 10. Juni 2013 wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten, festgelegt auf Fr. 1'400.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.

3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf Fr. Fr. 9'937.20 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), zu ersetzen.
4. Die Gesuche um vorsorgliche Massnahmen werden als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

IV. Eröffnung

- RA [...], per GU
- RA [...], per GU
- Z. AG, [...], per GU

DER GESUNDHEITS- UND
FÜRSORGEDIREKTOR

Philippe Perrenoud
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 4 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.