

Memorandum

An Walter Stüdeli, Martin Rüfenacht, IG eHealth
Von Philipp do Canto
Kopie Intern Esther Zysset
Betrifft **Revision Spitalversorgungsgesetz, digitale Datenplattform**
Datum Zürich, 25.9.2025 / V.2

Revision Berner Spitalversorgungsgesetz Digitale Gesundheitsplattform: Vergaberechtliche Aspekte

Inhalt

Zusammenfassung	2
1 Ausgangslage und Auftrag	3
2 Rechtliches	4
2.1 Wortlaut der Bestimmungen im Entwurf	4
2.2 Rechtsgrundlagen und Ausschreibungspflicht	4
2.3 Vergaberecht	5
2.3.1 Bieterausschluss aufgrund von Verordnungsrecht	5
2.3.2 GPA 2012 erfasst Gesetze und Verordnungen	5
2.3.3 Festlegen und bezeichnen bedeutet öffentlich beschaffen	6
2.3.4 Verletzung von Verfahrensgrundsätzen	7
2.3.5 Zwischenfazit zum Vergaberecht	8
2.4 Wirtschaftsfreiheit und Kartellrecht	9
2.5 Rechtspolitische Aspekte	10
2.5.1 Transparenz	10
2.5.2 Limitierte Umsetzung	10
2.5.3 Abhängigkeitsverhältnisse	11
Anhang: Entwurf Vernehmlassung (Beschränkung auf Vergaberecht)	12

Zusammenfassung

Die Revision des Spitalversorgungsgesetzes (SpVG) sieht die Einführung einer digitalen Gesundheitsplattform für Listenspitäler mit Mehrheitsanteil des Kantons Bern vor. Die digitale Gesundheitsplattform soll die Zusammenarbeit der Listenspitäler stärken und Synergien fördern. Während der Gesetzestext neutral formuliert ist, zeigen die Materialien zum Entwurf, dass der Regierungsrat die Plattform bei der Insel Gruppe ansiedeln und flächendeckend das Klinikinformationssystem (KIS) von Epic Systems einsetzen will. Obgleich das Ziel der Revision grundsätzlich zu begrüßen ist, weckt das geplante Vorgehen vergabe- und rechtspolitische Bedenken.

Folgende Kernrisiken und entsprechender Interventionsbedarf werden identifiziert:

- **Vergaberecht/Wettbewerb:** Die faktische Monopolisierung zugunsten von Insel/Epic schaltet den Bieterwettbewerb aus und dürfte nach summarischer Prüfung gegen die WTO-Beschaffungsregeln verstossen, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz.
- Die vorgesehene Direktbeauftragung via Verordnung umgeht die Ausschreibungspflicht; die angegebenen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Sonderpositionierung der Insel Gruppe und von Epic erscheinen für eine Freihandvergabe unzureichend. Im Gegenteil spricht die Konstellation gerade *für eine öffentliche Ausschreibung* unter allen geeigneten Leistungsanbietern.
- **Betreiberorganisation:** Die Ansiedlung der Betreiberorganisation bei der Insel Gruppe verstärkt Abhängigkeiten und führt zu einer Verlagerung der Datenkontrolle ohne zwingende technische oder organisatorische Gründe. Deshalb ist die Betreiberorganisation unabhängig auszugestalten und mit einer wirksamen behördlichen Aufsicht zu begleiten.
- **Daten- und Interoperabilität:** Der faktische Ausschluss der privaten Listenspitäler hemmt den Datenaustausch und steigert das Risiko fehlender Schnittstellen und unzureichender Integration von Dritt-KIS und -Plattformen von Klinik und Forschung (z.B. SPHN).
- **Ausschluss des ambulanten Bereichs:** durch die Ausklammerung des ambulanten Bereichs wird dessen Teilnahme an der Plattform um Jahre verzögert. Eine zukunftsfähige öffentliche Gesundheitsversorgung setzt mithin einen reibungslosen Datenfluss zwischen allen Leistungserbringern voraus. Es ist daher eine Infrastruktur zu fordern, die allen Akteuren effektiv offensteht und diese miteinbezieht.
- **Anreize für private Listenspitäler:** Eine unabhängige Betreiberorganisation und Interoperabilität wären neben reinen Finanzsubventionen ohne Wahlfreiheit zusätzliche Anreize. Die Verpflichtung der Listenspitäler ist im Gesetz klar zu definieren, insbesondere durch Gewährung angemessener Übergangsfristen und Beibehaltung grösstmöglicher Autonomie.
- **Transparenz:** Die fehlende Publikation von Projektgrundlagen wie dem Abschlussbericht und externen Rechtsgutachten erschwert die Diskussion und steigert das Risiko, dass sich die öffentliche Debatte nur um die Kostendimension und den «gläsernen Patienten» dreht. Eine Veröffentlichung des Abschlussberichts und von externen Gutachten schafft Vertrauen und bildet eine Grundlage für die sachliche Diskussion der Vorlage.

PUBLIC SECTOR LAW steht für eine Vertiefung von einzelnen Aspekten gern zu Verfügung.

1 Ausgangslage und Auftrag

- 1 Das Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern (SpVG) soll revidiert werden. Mit der Vorlage wird eine digitale Gesundheitsplattform für die Listenspitäler und Geburtshäuser im Kanton eingeführt. Der Regierungsrat wird beauftragt, in der Verordnung die Gesundheitsplattform zu bezeichnen und das zugehörige Klinikinformationssystem (KIS) mitsamt Umsystemen festzulegen. Für Listenspitäler mit einer Mehrheitsbeteiligung des Kantons ist der Anschluss verbindlich, für private Institutionen freiwillig, wobei finanzielle Anreize für den Anschluss gesetzt werden. Ziel ist die verbesserte Spitalzusammenarbeit durch die Nutzung von Synergien.
- 2 Die Bestimmungen zur Plattform und zum KIS sind im Entwurf funktional und neutral gehalten (vgl. Art. 18b E-SpVG). Aus dem Vortrag des Regierungsrats geht jedoch hervor, dass die Insel Gruppe als Betreiberorganisation für die Gesundheitsplattform vorgesehen ist und das KIS von Epic Systems flächendeckend eingesetzt werden soll. Die Insel verwendet seit 2024 Epic. Nach der Anbindung der öffentlichen stationären Versorgung soll zu einem nicht näher definierten Zeitpunkt der ambulante Bereich folgen.
- 3 Die Sonderbehandlung des Inselspitals und von Epic wirft rechtliche Fragen auf. Zum einen tangiert die Vorlage die Wettbewerbsneutralität unter den Spitälern. Zum andern greift das Projekt zentral in den Bieterwettbewerb bei geplanten KIS-Ausschreibungen und in laufende Verträge regionaler Spitäler ein. Sodann betrifft die Datenanbindung bei einer internationalen Firma die Datensouveränität und Interoperabilität mit Drittsystemen.
- 4 IG eHealth begrüsst die Einführung einer digitalen Gesundheitsplattform im Grundsatz. Hingegen wird die Bevorzugung der beiden grossen Player auf dem Gesetzesweg kritisch hinterfragt. IG eHealth möchte die Vorlage deshalb so unterstützen, dass bei der Umsetzung kein Monopol für einzelne Akteure entsteht. Folgende Bereiche sind dafür zu vertiefen:
 - *Fairer Wettbewerb*: rechtliche Einordnung der Bevorzugung von Insel Gruppe und Epic Systems, insbesondere mit Blick auf die Wettbewerbsneutralität bei öffentlichen Beschaffungen (vergaberechtliche Analyse);
 - *Betriebsorganisation*: Problematik der Ansiedlung der Plattform bei der Insel Gruppe; Risiko der Gewichtsverschiebung in der Berner Spitallandschaft, Eingriff in den Wettbewerb, Abhängigkeiten, Risiken der Konzentration; und
 - *Umsetzung und Überwachung*: Wie werden die Listenspitäler verpflichtet und bei mangelhafter Umsetzung sanktioniert? Problematik bestehender Verträge bei den einzelnen Listenspitälern und neuer übergelagerter gesetzlicher Regelung.
- 5 Diese Punkte werden vorliegend im Hinblick auf die Vernehmlassungsfrist am 19. September 2025 von IG eHealth *summarisch* bearbeitet. Nicht behandelt werden die Aspekte Datentransfer (Art. 18c E-SpVG) und Finanzierungsbeiträge (Art. 18d E-SpVG).

2 Rechtliches

2.1 Wortlaut der Bestimmungen im Entwurf

6 Die fraglichen Bestimmungen im Gesetzesentwurf lauten wie folgt:

SpVG neuer Titel 2.1a Digitale Gesundheitsplattform

Art. 18a Zweck

¹ *Die digitale Gesundheitsplattform verbindet die Klinikinformations- und Steuerungssysteme mit Umsystemen nach Artikel 18b Absatz 2 miteinander.*

Art. 18b Delegation

¹ *Der Regierungsrat kann durch Verordnung*

a eine digitale Gesundheitsplattform bezeichnen,

b Listenspitäler mit einer Mehrheitsbeteiligung des Kantons zum Anschluss verpflichten.

² *Er legt für die digitale Gesundheitsplattform ein einheitliches Klinikinformations- und Steuerungssystem mit Umsystemen für die im Kanton gelegenen Listenspitäler sowie dessen Betreiberorganisation durch Verordnung fest.*

2.2 Rechtsgrundlagen und Ausschreibungspflicht

7 Sodann sind folgende Rechtsgrundlagen im Gesundheits- und Vergaberecht massgeblich (kantonal bis international)¹:

- Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern (SpVG; BSG 812.11) mit Revisionsvorlage.
- Gesundheitsgesetz des Kantons Bern (GesG, BSG 811.01).
- Berner Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöBG**, BGS 731.2).
- Berner Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöBV**, BGS 731.21).
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (**IVöB**).
- Schweizerische Bundesverfassung (**BV**, SR 101).
- Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (**GPA 2012 oder WTO-Übereinkommen**, RS 0.632.231.422).
- Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (**BAöB**, SR 0.172.052.68).

¹ Für eine umfassende Übersicht zum Vergaberecht vgl. GALLI, PETER/MOSER, ANDRÉ/LANG, ELISABETH/STEINER, MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3.A., Zürich 2013, S. 1 ff. (teilweise veraltet).

2.3 Vergaberecht

- 8 Im Folgenden wird der Gesetzesentwurf aus vergaberechtlicher Perspektive und auf der Basis des Vortrags des Regierungsrats eingeordnet.

2.3.1 Bieterausschluss aufgrund von Verordnungsrecht

- 9 Gemäss Vortrag ist das «übergeordnete öffentliche Beschaffungsrecht zu berücksichtigen. Um diese Vorgaben einzuhalten, führt der Kanton parallel zum Vernehmlassungsverfahren eine Marktanalyse durch. Nach Erhalt dieser Marktanalyse wird das korrekte Vorgehen festgelegt und der Vortrag entsprechend überarbeitet.»²
- 10 Gleichzeitig hält der Vortrag fest: «Dieses KIS mit Umsystemen wird auf Verordnungsstufe zu definieren sein als dasjenige, welches die Insel Gruppe AG nutzt. Zurzeit handelt es sich dabei um Epic als Kernsystem und seine Umsysteme. In Ausführungsbestimmungen (voraussichtlich in der SpVV) ist das System konkret zu bezeichnen».³
- 11 Damit wird das Ergebnis der gesamten Beschaffung auf dem Verordnungsweg vorweggenommen. Auch bei den Umsystemen besteht kein Spielraum, da diese durch das Angebot von Epic definiert werden. Das SpVG soll dafür die Grundlage schaffen. Die Lösung basiert auf einem Abschlussbericht zur digitalen Gesundheitsplattform sowie auf einem externen Gutachten, die nicht publiziert sind.⁴ Die Beschaffung via amtliches Dekret ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Regierungsrat eine rechtliche Blockade der KIS-Beschaffung wie aktuell in der Waadt vermeiden möchte.⁵
- 12 Aufgrund des Eingriffs in den Bieterwettbewerb stellt sich die Frage der beschaffungsrechtlichen Tragbarkeit dieses Vorgehens. Die genannten Berichte und Gutachten dürften zwar bestätigen, dass die geplante Lösung gangbar ist. Es ist indes nicht auszuschliessen, dass sich die noch pendente Marktanalyse näher mit der Zulässigkeit des Vorgehens auseinandersetzen und entsprechende Änderungen beim Beschaffungsprozess vorschlagen wird. Ob der Kanton einen Leistungsgegenstand auf dem Weg der Verordnung bezeichnen und andere Anbieterinnen ausschliessen kann, wird nachfolgend summarisch anhand des Vergaberechts geprüft.

2.3.2 GPA 2012 erfasst Gesetze und Verordnungen

- 13 Es wird für dieses Kurzgutachten zunächst vorausgesetzt, dass die Beschaffungen des KIS für die teilnehmenden Spitäler grundsätzlich der Ausschreibungspflicht im Staatsvertragsbereich unterstehen.⁶ Die WTO-Schwelle von 350'000.- wird überschritten, und es drängt sich im Rahmen der digitalen Gesundheitsplattform eine Gesamtbetrachtung auf, die einer allfälligen Stückelung des Epic-Auftrags in regionale Tranchen unter dem WTO-Schwellen-

² Vortrag Kap. 2.2.4, Fassung 22.4.2025.

³ Vortrag Kap. 4, zu Art. 18b Absatz 2.

⁴ Vgl. dazu Parlamentarischer Vorstoss «Fragen zu Epic in der Insel-Gruppe und den Epic-Plänen des Regierungsrates», 2025.GRPARL.466, vom 1. Sept. 2025, Ziffer 11.

⁵ Vortrag Kap. 3.4.

⁶ Listenspitäler unterstehen aufgrund ihres vom Wettbewerb ausgenommenen Versorgungsauftrags dem Vergaberecht, ZIMMERLI, DANIEL in: Trüeb, Hans Rudolf, (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 4 N 23, m.H. (zit.: BEARBEITER-Handkommentar). Laut Verwaltungsgericht ist unbestritten, dass der CHUV und zugehörige Spitalverbund als unterstellte Auftraggeber gemäss Art. 4 IVöB gelten, MPU-2024-0019 (Kheops) vom 7.1.2025, E. 2b. Das gilt für die Listenspitäler im Kanton Bern voraussichtlich analog.

wert entgegensteht. Mithin gilt die KIS-Beschaffung als öffentlicher Auftrag,⁷ was hier nicht weiter ausgeführt wird.⁸

- 14 Im beschaffungsrechtlichen Kontext ist sodann die IVöB zu berücksichtigen, die mit dem Berner IVöBG übernommen wurde. Die IVöB setzt die Verpflichtungen der Kantone aus dem WTO-Beschaffungsrecht und dem BAöB um. Zu diesen Verpflichtungen gehört das WTO-Verbot von diskriminierenden Massnahmen im öffentlichen Beschaffungswesen.⁹ Als «Massnahmen» definiert Art. 1 lit. i GPA 2012 insbesondere «Gesetze, Vorschriften, Verfahren... und sonstige Handlungen eines Auftraggebers im Zusammenhang mit einer unterstellten Beschaffung.»
- 15 M.a.W. fallen bereits kraft des GPA 2012 Gesetze und Verordnungen ohne weiteres unter die Beschaffungsregeln.¹⁰ Folglich müssen sich auch in Erlassen «festgesetzte» öffentliche Aufträge an die WTO- bzw. IVöB-Grundsätze halten. Eine Beschaffung auf dem Verordnungsweg kann mithin nur dann der Ausschreibungspflicht entzogen werden, wenn entsprechende Ausnahmebestimmungen greifen.

2.3.3 Festlegen und bezeichnen bedeutet öffentlich beschaffen

- 16 Sodann ist hervorzuheben, dass die SpVG-Vorlage bewusst nicht von Auftrag oder Beschaffung, sondern von der «Bezeichnung» der digitalen Gesundheitsplattform und der «Festlegung» des einheitlichen KIS und Steuerungssystem mit Umsystemen spricht (Art. 18b Abs. 1 lit. a und Abs. 2 E-SpVG).
- 17 Mithin kann vertreten werden, dass das SpVG gar keinen öffentlichen Auftrag enthält, sondern mit der Schaffung einer kantonalen Gesundheitsplattform nur die öffentliche Aufgabe definiert. Art. 18b E-SpVG ist neutral verfasst und delegiert den Beschaffungsauftrag lediglich an den Regierungsrat.
- 18 Geht man indes über den Wortlaut hinaus, verdeutlicht eine Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien, dass laut Vortrag unmissverständlich Epic und die Insel Gruppe beauftragt werden sollen. Dies soll nach dem Vorbild des aktuellen Testlaufs am Regionalspital Emmental durch einzelne KIS-Lizenzen von Epic erfolgen. In der künftigen regierungsrätlichen Verordnung zum SpVG wird dies detailliert festgelegt.
- 19 Die SpVV kann indessen nur im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle durch die Gerichte korrigiert werden. Der späteste (verspätete?) Zeitpunkt für eine Intervention ist die Anfechtung der Simap-Publikation einer Ausschreibung oder einer Freihandvergabe an Epic durch eine potenzielle Mitbieterin.
- 20 → **Somit drängt sich hier eine Intervention im Gesetzgebungsprozess auf**, soweit die faktische Monopolstellung von Epic und der Insel Gruppe nicht mit zwingenden Gründen gerechtfertigt werden kann. Darauf ist im nächsten Abschnitt einzugehen.

⁷ Vgl. Verwaltungsgericht VD, MPU-2024-0019, a.a.O., E. 2.

⁸ Bei allfälliger Anfechtung von Freihandvergaben muss dieser Aspekt anhand des Einzelfalls geprüft werden.

⁹ Präambel 2. Erwägungsgrund, Art. IV Ziff. 1 GPA 2012. Im internationalen Kontext ist die Diskriminierung ausländischer Anbieter untersagt. Die Schlechterstellung inländischer Unternehmen wird nicht thematisiert, jedoch gilt in den bundesrechtlichen und interkantonalen Erlassen strikte Gleichbehandlung der Anbieter, vgl. Art. 2 BöB/IVöB.

¹⁰ Für die Schweiz sind hinreichend klare Bestimmungen des GPA 2012 unmittelbar anwendbar; SAXER, URS-Handkommentar (a.a.O.), Einführung, N 16, m.H.

2.3.4 Verletzung von Verfahrensgrundsätzen

- 21 Die Direktvergabe des KIS an Epic tangiert sodann voraussichtlich die Verfahrensgrundsätze nach Art. 11 IVöB, namentlich das Gebot der Unparteilichkeit (lit. a) und der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen (lit. c). Anstössig erscheint gleichermassen die freihändige Beauftragung der Betreiberin der Gesundheitsplattform ohne vorgängigen Bieterwettbewerb.
- 22 Der Eingriff in den Wettbewerb ist nur dann zulässig, wenn die Vergaberegeln vorweg nicht gelten (Art. 10 IVöB) oder eine Freihandvergabe gerechtfertigt ist (Art. 21 Abs. 2 IVöB). Im Rahmen dieses Gutachtens werden die Ausnahmetatbestände summarisch geprüft.
- 23 Es obliegt der federführenden Auftraggeberin, eine Direktvergabe zu begründen. Der Vortrag nimmt keinen Bezug zu den Freihandtatbeständen von Art. 21 Abs. 2 IVöB. Den Ausführungen lässt sich einzig entnehmen, dass sich die Lösung nach der Insel Gruppe als grösste Institution im Kanton richtet. Da die Insel Epic nutzt, sollen auch die Regionen an Epic geschlossen werden.
- 24 Denkbar ist damit einerseits der Ausnahmetatbestand der technischen Besonderheiten und substanziellen Mehrkosten, die einen Wechsel des Anbieters verunmöglichen (Art. 21 lit. e IVöB). Andererseits kommt hier eine Freihandvergabe bei Nichteinhaltung der Anforderungen der Ausschreibung durch die Bieter in Frage, weil auch sämtliche Umsysteme in einem Paket geplant sind (Art. 21 lit. a IVöB).
- 25 Die Ausnahmetatbestände sind indes gemäss herrschender Lehre und Praxis eng auszulegen und dürfen nicht vorschnell angenommen werden.¹¹ Der im Vortrag genannte, nicht publizierte Abschlussbericht zum Projekt digitale Gesundheitsplattform (vormals Epic as a service) muss demnach darlegen, dass eine offene Plattformarchitektur, die als Schnittstelle für die verschiedenen KIS der angeschlossenen Häuser dient, gegenüber Epic technisch nicht machbar oder erhebliche Mehrkosten verursachen würde. Oder dass für den geplanten Leistungsumfang der Plattform von vornherein nur Epic in Betracht fällt.
- 26 Dies wird in der Branche allerdings bezweifelt. Ins Gewicht fällt namentlich, dass Epic gerade für kleinere Zentren eine massive finanzielle Zusatzbelastung darstellt, was gegen den Ausnahmetatbestand der erheblichen Mehrkosten beim Anbieterwechsel (bei regionalen Spitälern) spricht.¹² Zudem schwächt der Kanton unnötig seine Nachfragemacht, wenn er das System exklusiv bei einem Anbieter bezieht und dies auch noch gesetzlich und ohne jede Kostengrenze festschreibt. So ist in Zukunft mit Kostensteigerungen zu rechnen, die die Leistungserbringer und letztlich die Allgemeinheit tragen müssen.
- 27 Auch bei den technischen Besonderheiten des Auftrags als mutmasslichen Ausnahmetatbestand ist zu bedenken: Ist ein System bereits heute technologisch so konzipiert, dass ein Anbieterwechsel nur mit unverhältnismässigem Aufwand bewerkstelligt werden kann, so ist in Zukunft mit einer noch grösseren Abhängigkeit zu rechnen. Bei systemrelevanten Infrastrukturen wie dem KIS der kantonalen Spitäler ist daher nach hier vertretener Meinung gerade das Gegenargument einschlägig: Statt die Abhängigkeiten mit einer monopolistischen Vergabe noch zu vergrössern, sind diese mit einer offenen Ausschreibung zu verringern.

¹¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil B-3580/2021 vom 09.05.2022 E. 2.1; differenzierend AESCHBACHER, RUTH/KREBS, REBEKKA-Handkommentar (a.a.O.), Art. 21 N 4; TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar BöB, 2. Aufl. Zürich 2021, BöB Art. 21 N 6.

¹² Vgl. etwa Tagesanzeiger online vom 29.1.2024, «Kinderspital zahlt dreimal mehr für US-Software als für lokale Lösung».

- 28 Die Betreiberorganisation soll laut Vortrag sodann bei der Insel Gruppe angesiedelt werden.¹³ Auch dafür sind keine zwingenden Gründe ersichtlich. Ausser mutmasslichen organisatorischen Vereinfachungen für die Insel Gruppe selbst, etwa die Nutzung von Ressourcen und vorhandenem Knowhow, sind prima vista keine substanziellen technischen, finanziellen und anforderungsmässigen Hürden ersichtlich, die gegen die Ernennung einer unabhängigen Einrichtung als Betreiberorganisation sprechen. Denkbar ist, dass Epic die Nutzung ihrer Plattform nur durch lizenzgebundenes Personal zulässt. Das wäre jedoch wiederum ein Grund gegen die Schaffung eines Monopols und nicht für eine Ansiedlung der Betreiberorganisation im Kerneinflussbereich der KIS-Entwicklerin. Kritisch zu sehen sind auch die Risiken, wenn die Daten der Regionalzentren integral über die Insel als zentrale Betreiberorganisation laufen. Gegen die Ansiedlung bei der Insel spricht damit auch eine drohende Verschiebung der Daten in deren Kontrollbereich. Deshalb ist die Betreiberorganisation vielmehr unabhängig auszugestalten und gleichzeitig mit einer wirksamen behördlichen Aufsicht zu begleiten.
- 29 Diese Einwände vermögen zu erklären, warum die digitale Gesundheitsplattform und die zuständige Betreiberorganisation gemäss Gesetzestext nicht öffentlich ausgeschrieben, sondern schlicht «festgelegt» werden sollen. Eine Veröffentlichung der kantonalen Grundlagendokumente zum Projekt würde eine nähere Auseinandersetzung mit dem geplanten Vorgehen erlauben. Vergaberechtlich wird das Problem voraussichtlich mit einer Freihandvergabe gelöst. Potenziellen Mitbietenden bleibt dann lediglich die beschwerdemässige Anfechtung des freihändigen Zuschlags (innert 20 Tagen seit der Simap-Publikation, vgl. Art. 56 Abs. 1 IVöB).
- 30 Doch auch im Fall eines offenen Ausschreibungsverfahrens mit rein funktionalen Anforderungen muss sich ein Listenspital oder eine Vergabestelle aufgrund der klaren Vorgaben im Vortrag zum SpVG im Anfechtungsfall vorwerfen lassen, dass die Ausschreibungsunterlagen unmittelbar auf Epic und die Insel Gruppe zugeschnitten sind. Für eine freihändige Vergabe fehlt es wie dargelegt voraussichtlich an der technischen und finanziellen Alleinstellung, die den Ausschluss des Bieterwettbewerbs rechtfertigt.
- 31 Last not least widerspricht die Bevorzugung der grössten Player bei KIS und Betreiberorganisation auch der Sondervorschrift im Berner Beitrittsgesetz, wonach öffentliche Auftraggeber den Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen auf geeignete Weise Rechnung tragen (Art. 7 Abs. 1 IVöBG).

2.3.5 Zwischenfazit zum Vergaberecht

- 32 Im Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass die vorhandenen Materialien zur Vorlage nicht darlegen, inwiefern die Bevorzugung bestimmter Leistungserbringer auf dem Gesetzes- und Verordnungsweg gerechtfertigt ist. Der Umstand, dass die grösste Akteurin im Kanton bereits ein KIS ihrer Wahl betreibt, vermag allein weder eine freihändige Vergabe der Plattform noch die Beauftragung der Insel Gruppe als Betreiberorganisation zu begründen. Es bestehen daher Zweifel, ob der geplante Eingriff in den Wettbewerb einer eingehenden vergaberechtlichen Prüfung standhält.
- 33 → *Es wird daher empfohlen, eine Formulierung im Gesetzestext vorzuschlagen*, die eine Schaffung der digitalen Gesundheitsplattform unter Berücksichtigung *der vergaberechtlichen Grundsätze und insbesondere mit einem offenen Bieterwettbewerb* vorsieht.

¹³ Vortrag Kap. 2.2.3.

2.4 Wirtschaftsfreiheit und Kartellrecht

- 34 Die Monopolstellung eines KIS-Anbieters bei der digitalen Gesundheitsplattform und der damit einhergehende Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit durch die Revisionsvorlage bilden laut mündlichen Angaben Gegenstand einer separaten kartellrechtlichen Abklärung.
- 35 Hier wird einzig darauf hingewiesen, dass sich nach Art. 94 Abs. 1 Bundesverfassung die Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten müssen. Abweichungen vom Grundsatz sind nur unter bestimmten Bedingungen zulässig. Namentlich müssen Eingriffe in die Grundrechte, wozu die hier tangierte Wirtschaftsfreiheit der Mitbieter gezählt wird, in einem Gesetzestext bestimmt werden, dem öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Im Entscheid zum Ärzte-Zulassungsstopp hielt das Bundesgericht zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit etwa fest: «Aus der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden folgt, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts; anzustreben ist eine Regelung, die abwechselungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen.»¹⁴
- 36 Vorliegend wird davon ausgegangen, dass ein Gericht im Streitfall im Ausschluss des Wettbewerbs bei der Gesundheitsplattform keinen *schwerwiegenden* Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erblickt. Ein solcher Eingriff würde ein Gesetz im formellen Sinn, also die ausdrückliche Erwähnung von Epic und der Insel Gruppe direkt im SpVG erfordern. Hier werden aber weder die privaten Spitäler zum Anschluss verpflichtet noch dritte KIS-Betreiber ganz aus dem Markt gedrängt. Damit kann die Privilegierung des spezifischen KIS und der Insel Gruppe theoretisch auch in einer generell-abstrakten Verordnung des Regierungsrats erfolgen.¹⁵ Problematisch erscheint dann jedoch die Treue zur Delegationsnorm, wenn Art. 18b E-SpVG wie schon dargelegt neutral verfasst ist und damit selber keine Lösung vorgibt, die den Bieterwettbewerb ausschaltet.¹⁶ Die Begriffe «festlegen» und «bezeichnen» schaffen keine eigene Grundlage für einen Eingriff in den Wettbewerb, sondern regeln nur den Auftrag zur Bereitstellung der digitalen Infrastruktur im Spitalwesen.
- 37 Selbst wenn die SpVV eine hinreichende rechtliche Grundlage für die Wettbewerbsverzerrung bildet, löst sie sodann nicht den Widerspruch zur übergeordneten völkerrechtlichen Verpflichtung aus dem GPA 2012, wonach die Staaten Massnahmen unterlassen, die den fairen Wettbewerb verunmöglichen (vgl. oben, Rz. 14).¹⁷ Das von Art. 36 BV verlangte öffentliche Interesse am Grundrechtseingriff wird dann namentlich mit den Ausnahmegründen des GPA 2012 und der IVöB abzugleichen sein, die eine Beschränkung des Bieterwettbewerbs zulassen. Wie oben gezeigt, drängen sich solche Gründe jedoch nicht auf (oben, Kap. 2.3.4). Damit dürfte eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Prüfung des E-SpVG anhand der Kriterien von Art. 36 BV und 94 BV zu denselben Kritikpunkten führen wie in der vergaberechtlichen Optik.
- 38 → Das führt hier zur Empfehlung für eine **Forderung, die Plattform so wettbewerbsneutral wie möglich auszugestalten, insbesondere auch um internationale Datenstandards und**

¹⁴ BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2 S. 53, m.H.

¹⁵ Zu den Anforderungen unter Art. 36 BV vgl. BIAGGINI, GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 36 N 10.

¹⁶ Zum Erfordernis der Bestimmtheit der Gesetzesgrundlage vgl. Glarner Sach-Entscheid des Bundesgerichts, BGE 138 I 378.

¹⁷ Vom GPA 2012 geschützte Anbieter werden ebenfalls ausgeschlossen. Damit liegt nicht nur eine Schlechterbehandlung der Inländer vor, sondern auch eine gemäss GPA verpönte Diskriminierung dritter internationaler Anbieter.

Interoperabilität zwischen unabhängigen Zentren zu gewährleisten. Statt auf den Branchenprimus abzustellen, wäre ein verschärfter Fokus auf die technische und organisatorische Unabhängigkeit der aufzubauenden Infrastruktur zu setzen.

2.5 Rechtspolitische Aspekte

39 Abschliessend sind einige Überlegungen aus rechtspolitischer Warte einzubringen.

2.5.1 Transparenz

40 Die Revisionsvorlage ist ein Spezialerlass. In der breiteren Öffentlichkeit dürfen keine konkreten Kenntnisse vorausgesetzt werden, wofür z.B. die Bezeichnung KIS steht. So läuft die Vorlage das Risiko, undifferenzierten politischen Voten, etwa zu den Kosten oder zum Datenschutz zum Opfer zu fallen (Stichwort «gläserner Patient»).

41 Die IG eHealth befürwortet jedoch im Grundsatz eine verstärkte Zusammenarbeit der verschiedenen Leistungserbringer im digitalen Bereich. Wichtig ist deshalb die rasche Klärung der offenen Fragen zur Umsetzung. Daher wäre es von Vorteil, wenn die zuständige Direktion den Abschlussbericht zur digitalen Gesundheitsplattform sowie damit verbundene externe Gutachten publiziert. Dies ist unter Wahrung allfälliger Amts- und Betriebsgeheimnisse durchaus möglich (kantonale Öffentlichkeitsgesetze). Diese Grundlagendokumente würden den verschiedenen Interessengruppen eine sachliche Diskussion ermöglichen.

42 → Der Regierungsrat sollte daher den **Abschlussbericht und die externen Gutachten publizieren**.

2.5.2 Limitierte Umsetzung

43 Eingangs wurde auch die Frage gestellt, wie die Listenspitäler mit kantonaler Mehrheitsbeteiligung konkret an die Gesundheitsplattform gebunden werden sollen. Der Vortrag äussert sich dazu nur dahingehend, dass die Betreiberorganisation «die Beschaffung des KIS mit Umsystemen für die angeschlossenen Spitäler vollzieht und diese Systeme mittels Vergabe von Lizenzen auf die Spitäler ausrollt.»¹⁸ Nur die beiden regionalen psychiatrischen Dienste und die regionalen Spitalzentren werden zum Anschluss verpflichtet. Dies muss in der SpVV konkretisiert werden, wobei voraussichtlich **angemessene Übergangsfristen** gewährt werden müssen. Im Fall von divergierenden Vorstellungen ist denkbar, dass die Direktion gestützt auf die Verordnung eine anfechtbare Vollzugsverfügung erlässt. Die Vorstellungen über die konkrete Umsetzung in der Verordnung sind nicht klar umrissen.

44 Mit Blick auf die privaten Listenspitäler hält der Regierungsrat fest, dass diese nicht zum Anschluss verpflichtet werden können. Eine Anschlusspflicht scheitere an der praktischen Umsetzbarkeit.¹⁹ Es werden deshalb einzig finanzielle Anreize gesetzt, um die Privatspitäler zum Anschluss zu bewegen (Art. 18d E-SpVG).

45 Damit erfasst die Gesundheitsplattform nur einen Teil der Spitallandschaft, insbesondere die Lindenhofgruppe und das Réseau de l'Arc werden nicht integriert, was der bezweckten Stärkung der Zusammenarbeit zuwiderläuft. Gleiches gilt für die Ausdehnung der Gesundheitsplattform auf den ambulanten Bereich, der von der aktuellen Revision gar nicht erst erfasst wird. Eine zukunftsfähige öffentliche Gesundheitsversorgung setzt mithin einen reibungslosen Datenfluss zwischen allen Leistungserbringern voraus. Es ist daher eine Infrastruktur zu fordern, die allen Akteuren effektiv offensteht und diese miteinbezieht. Dieses Ziel wird mit der aktuellen Vorlage nicht einmal ansatzweise verfolgt.

¹⁸ Vortrag, Kap. 4, zu Art. 18b.

¹⁹ Vortrag, Kap. 4, zu Art. 18b.

- 46 → Voraussichtlich setzen eine **unabhängige Betreiberorganisation sowie die Wahlfreiheit beim KIS** privaten Listenspitälern mindestens ebenso hohe Anreize für einen Anschluss an die Gesundheitsplattform wie die vorgesehenen Mittelzuschüsse. Die Öffnung der Systeme in diesem Sinne würde es auch politisch vertretbar erscheinen lassen, die privaten Spitäler zum Anschluss zu verpflichten.

2.5.3 Abhängigkeitsverhältnisse

- 47 In bislang publizierten Vernehmlassungen und politischen Vorstössen wird die Befürchtung geäußert, dass eine Bevorzugung des KIS von Epic und dessen Umsystemen sowie die Angliederung der Betreiberorganisation bei der Insel Gruppe ein ungünstiges Gefälle zwischen dem zentralen Akteur und den regionalen Leistungserbringern erzeugen kann.²⁰ Es wurde aufgezeigt, dass insbesondere vergaberechtliche Gründe gegen eine monopolistische Struktur sprechen (oben, 2.3.4). Der Kanton beschafft sich mit einer freihändigen Vergabe an eine einzige Anbieterin insbesondere auch Klumpenrisiken (Preiserhöhungen, Insolvenzrisiko, mangelnde behördliche Aufsicht beim Datentransfer, insbesondere bei Auslandsbezug). Entsprechend wird auch seitens IG eHealth die erwähnte Schaffung von unabhängigen und interoperablen Strukturen gefordert.

²⁰ Vernehmlassungen von IG eHealth daselbst, HIV Bern, GLP Bern, Stadt Bern, Ärztesgesellschaft, SVP BE (alle abrufbar über ihre Websites unter dem Stichwort Revision Spitalversorgungsgesetz, Vernehmlassung).

Anhang: Entwurf Vernehmlassung (Beschränkung auf Vergaberecht)

Wir begrüssen das Ziel der Revision, durch eine digitale Gesundheitsplattform die Zusammenarbeit der Listenspitäler zu stärken und Synergien zu nutzen. Eine solche Plattform kann erheblich zur Qualität und Effizienz der Gesundheitsversorgung beitragen.

Kritisch stehen wir indes der Absicht gegenüber, die Plattform bei der Insel Gruppe anzusiedeln und verbindlich das Klinikinformationssystem (KIS) von Epic Systems einzusetzen. Dieses Vorgehen wirft wichtige Fragen im Bereich des Vergaberechts und der Wettbewerbsneutralität der Vorlage auf.

Damit die Revision auf breite Akzeptanz stösst und rechtlich tragfähig umgesetzt werden kann, sind folgende Aspekte entscheidend:

- **Sicherstellung des offenen Wettbewerbs:** Art. 18b SpVG muss klarstellen, dass die digitale Gesundheitsplattform nach vergaberechtlichen Grundsätzen zu beschaffen ist. Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass ein fairer Bieterwettbewerb unter funktionalen Anforderungen möglich bleibt und keine Monopolstellung gesetzlich festgeschrieben wird.
- **Unabhängige Betreiberorganisation:** Um Abhängigkeiten zu vermeiden und die Neutralität der Plattform zu gewährleisten, sollte die Betreiberorganisation nicht bei der Insel Gruppe, sondern in einer unabhängigen und öffentlich beaufsichtigten Struktur angesiedelt werden.
- **Offene Schnittstellen und Interoperabilität:** Die Gesundheitsplattform ist so zu konzipieren, dass auch Dritt-KIS sowie Plattformen aus Klinik und Forschung integriert werden können. Dies setzt internationale Datenstandards und Interoperabilität voraus. Die teilnehmenden Spitäler sollen weiterhin autonom über ihre KIS verfügen können. Die offene Struktur setzt Anreize für die Teilnahme privater Listenspitäler und ermöglicht eine Ausdehnung auf den ambulanten Bereich.
- **Klare Vorgaben bei der Umsetzung:** Die Anbindung der verpflichteten Listenspitäler sollte klar definiert und mit angemessenen Übergangsfristen versehen werden. Dabei ist die Autonomie der Institutionen grösstmöglich zu respektieren, um die Integration in die Plattform nachhaltig zu sichern.

Für eine sachliche und zielführende Diskussion erachten wir es ferner notwendig, dass der interne Abschlussbericht zum Projekt digitale Gesundheitsplattform sowie die externen Rechtsgutachten veröffentlicht werden. Die Schaffung grösstmöglicher Transparenz trägt auch zum Abbau von Vorbehalten gegenüber der Digitalisierung des Gesundheitsbereichs in der breiten Bevölkerung bei.

Disclaimer: Dieses Memorandum stellt eine summarische rechtliche Beurteilung auf Basis der öffentlich verfügbaren Unterlagen zum Gesetzesentwurf dar. Für eine abschliessende rechtliche Analyse sind die kantonalen Grundlagendokumente unabdingbar. Die Verfassenden behalten sich entsprechend vor, aufgrund neuer Erkenntnisse Ergänzungen oder Anpassungen vorzunehmen.