



Abteilung II
B-6177/2008/stm/sai
{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008

Besetzung

Richter Marc Steiner; Gerichtsschreiberin Miriam Sahlfeld.

Parteien

B-6177/2008

1. A. _____

2. B. _____

3. C. _____

4. D. _____

5. E. _____

6. F. _____

7. G. _____

8. H. _____

9. I. _____

10. J. _____

11. K. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur.
Thomas Eichenberger, Kapellenstrasse 14,
Postfach 6916, 3001 Bern und Rechtsanwalt

Andreas Güngerich, Kellerhals Hess Rechtsanwälte,
Kapellenstrasse 14, Postfach 6916, 3001 Bern,
sowie

B-6386/2008

12. L._____

13. M._____

14. N._____

15. O._____

16. P._____

17. Q._____

18. R._____

alle vertreten durch Rechtsanwalt Hubert Rüedi und
Rechtsanwalt Christian Leupi,
Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte, Löwenplatz,
Zürichstrasse 12, 6004 Luzern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie
Invalidensversicherung der Schweiz**, vertreten durch
den Fürsprecher Dr. Wolfgang Straub, Deutsch Wyss &
Partner, und Dr. Fridolin Walther, Walther Leuch Howald,
Zustelladresse Deutsch Wyss & Partner,
Effingerstrasse 17, Postfach 5960, 3001 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen (Beschaffung von Hörgeräten).

Sachverhalt:**A.**

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 178 vom 15. September 2008 wurde die Beschaffung von Hörgeräten ausgeschrieben. Als Bedarfsstelle wurde die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie die Invalidenversicherung (IV) der Schweiz, als Beschaffungsstelle die X. Unternehmungsberatung AG angegeben. Der detaillierte Projektbeschrieb lautet: "Die Sozialversicherungen der Schweiz (Invalidenversicherung, Alters- und Hinterlassenenversicherung) trennen das bisherige System der Hörgeräteversorgung in eine Sachleistung und in eine Dienstleistung auf. Die Sachleistung der Hörgeräte soll in Zukunft direkt bei den Herstellern eingekauft werden, wohingegen die Dienstleistung der Beratung und Anpassung grundsätzlich bei den Hörgeräteakustik-Fachgeschäften bezogen wird." Als Eignungsnachweis wird von den Anbietern in Ziffer 3.8 (unter Punkt EA5) unter anderem die Erklärung der Bereitschaft verlangt, Hörgeräte für die Stufen 1, 2 und 3 für 260, 375 bzw. 510 Euro anzubieten. Unter Punkt EA6 wird die Zusicherung des Anbieters verlangt, dass dieser für Hörgeräte und Zusatzgeräte der Stufe 4 EU-Marktpreise anbieten wird. Gemäss Ziffer 4.5.4 der Ausschreibung plant die Vergabestelle, die Ausschreibung in einem zweistufigen Verfahren durchzuführen, wobei in einem ersten Schritt der bis zum 7. November 2008 einzureichende Antrag zur Teilnahme evaluiert wird, und erst in einem zweiten Schritt die Offerten der zugelassenen Anbieterinnen eingeholt werden. Mit Ziffer 4.5.1 wird allen Anbieterinnen eine Frist für Fragen zur Ausschreibung bis zum 14. Oktober 2008 gesetzt. Unter Ziffer 1.4 wird der 7. November 2008, 12.00 Uhr, als Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge bezeichnet. In Ziffer 4.7 wird zur Art und Weise der Beschaffung ausgeführt: "Die Ausschreibung wird im SHAB ausgeschrieben, aber erfolgt nicht nach dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/ VoeB), sondern nach schweizerischem Obligationenrecht. Rechtsmittel sind ausgeschlossen. Es besteht kein Anspruch auf Vertragsabschluss."

B.

Mit Eingabe vom 25. September 2008 erhoben mehrere potentielle Anbieter und Verbände aus dem Bereich der Hörgeräteakustik (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1-11) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahrensnummer B-6177/2008) und zugleich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Sie beantragen in der

Hauptsache die Aufhebung der Ausschreibung "Beschaffung von Hörgeräten" vom 15. September 2008. Zugleich wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Sistierung des Vergabeverfahrens verlangt. Insbesondere sei die Frist zur Einreichung der Teilnehmeranträge vom 7. November 2008 einstweilen aufzuheben bzw. der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem sei über diese Anträge superprovisorisch zu befinden. Die Beschwerdeführerinnen 1-11 rügen insbesondere das Fehlen der Kompetenz und der gesetzlichen Grundlage für eine derartige Ausschreibung, die Verwendung unzulässiger Eignungskriterien sowie die Rechtsbelehrung der Vergabestelle, wonach die vorliegende Beschaffung auf rein privatrechtlicher Basis abgewickelt werden soll.

C.

Mit Verfügung vom 26. September 2008 eröffnete der Instruktionsrichter den Meinungs austausch mit dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern zur Zuständigkeitsfrage und wies den Antrag auf superprovisorische Sistierung des Vergabeverfahrens ab. Entsprechend trat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom selben Tage nicht ein.

D.

Am 6. Oktober 2008 erstatteten die lediglich vorläufig als Vergabestelle bezeichnete Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) und die Invalidenversicherung (IV) ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen 1-11 mit den Begehren, auf diese wie auch auf die Beschwerde selbst sei nicht einzutreten, eventuell seien die prozessualen Anträge abzuweisen. Dies begründen die AHV und die IV namentlich mit dem Umstand, dass sie als Vergabestelle ihrer Ansicht nach dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht unterstehen. Wegen der nach Ausschreibung und Zuschlag zu erwartenden Einsparungen in Millionenhöhe bei der Beschaffung von Hörgeräten sei eine rasche Umsetzung geboten und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

E.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 fochten weitere Anbieter von Hörgeräten (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 12-18) dieselbe

Ausschreibung ebenfalls an (Verfahrensnummer B-6386/2008). Auch sie verlangen in der Hauptsache die Aufhebung der Ausschreibung sowie vorsorglich insbesondere die Sistierung des Vergabeverfahrens und die Aufhebung der Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge gemäss Ziffer 1.4 der Ausschreibung. Zudem stellen sie Antrag auf Edition des "Rechtsgutachtens BSV zur Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV" und der "Unterlagen zum Informationsaustausch bzw. Bericht WEKO in Sachen Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV". Zur Begründung der Anträge führen die Beschwerdeführerinnen 12-18 unter anderem aus, dass der nun vorgesehene Systemwechsel in der Beschaffung von Hörgeräten einen unverhältnismässigen, gesetzlich nicht geregelten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle.

F.

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2008 im Verfahren B-6177/2008 bzw. vom 8. Oktober 2008 im Verfahren B-6386/2008 verzichtete der Instruktionsrichter auf Aufhebung der Frist zur Einreichung schriftlicher Fragen (Ziffer 4.5 der Ausschreibung). Das Begehren um Sistierung des Vergabeverfahrens, namentlich um Aufhebung der Offerteingabefrist, wurde einstweilen abgewiesen. Auch die weitergehenden Anträge auf superprovisorische Anordnungen im Verfahren B-6386/2008 wurden abgewiesen.

G.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2008 wurde das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Direktion für Aussenwirtschaft, ersucht, bis zum 14. Oktober 2008 zur Frage Stellung zu nehmen, ob namentlich aufgrund der Entstehungsgeschichte des GATT/WTO-Übereinkommens Aussagen gemacht werden können zur Frage, ob der Bereich der Sozialversicherungen, insbesondere die AHV und IV bzw. das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), soweit für die AHV und die IV beschafft wird, dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) untersteht. Gleichentags wurde das vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern hängige Verfahren bis zum Vorliegen des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts über die Zuständigkeit sistiert.

H.

Am 9. Oktober 2008 teilten AHV und IV mit, dass ihnen weder ein "Rechtsgutachten des BSV zur Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV" noch "Unterlagen zum Informationsaustausch bzw. Bericht

WEKO in Sachen Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV" vorliegen würden. Daraufhin ersuchte der Instruktionsrichter sowohl AHV und IV als auch das BSV, eine Liste sämtlicher ihnen vorliegender Dokumente betreffend Abklärungen zum Anwendungsbereich des BoeB in Bezug auf die vorliegende Beschaffung einzureichen mit Anträgen zur Frage, ob und inwieweit diese zu den Akten des Verfahrens B-6386/2008 zu nehmen und allenfalls von der Akteneinsicht auszunehmen sind.

I.

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2008 teilten AHV und IV mit, sie hätten sich nicht veranlasst gesehen, eigene Abklärungen zum Anwendungsbereich des BoeB zu treffen. Sie hätten sich jedoch auf ein vom BSV in Auftrag gegebenes Kurzgutachten von PD Dr. Ueli Kieser vom 14. April 2008 gestützt. Das BSV teilte dazu mit, es verfüge über folgende einschlägigen Unterlagen:

- Unabhängiges Rechtsgutachten PD Dr. Kieser vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung
- Internes Parteimemorandum von Prof. Dr. Fridolin Walther und Dr. Wolfgang Straub vom 17. April 2008 betreffend Fragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Hörgeräten
- Internes Parteimemorandum vom Prof. Dr. Fridolin Walther und Dr. Wolfgang Straub vom 30. Mai 2008 zu Zusatzfragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Hörgeräten.

Namentlich die internen Parteimemoranden seien indessen von der Akteneinsicht auszunehmen.

J.

Am 13. Oktober 2008 wurde dem Fristerstreckungsgesuch des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO entsprochen und die Frist zur Stellungnahme bis zum 21. Oktober 2008 erstreckt.

K.

Am 14. Oktober 2008 erstattete das BSV seine Stellungnahme zur Frage, welche Rolle ihm im Rahmen der Beschaffungen der AHV und der IV zukommt. Gleichentags äusserten sich die AHV und die IV zu ihrer bisherigen Praxis in der Abwicklung von Beschaffungen, namentlich im in Frage stehenden Bereich. Mit Eingabe vom gleichen Tage stellten die AHV und die IV ein Editionsbegehren. Sie verlangen die Edition von Angaben über die von den Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006-2008 effektiv bezahlten Wareneinstandspreise für

Hörgeräte und Zubehör ohne Beschaffungsnebenkosten, aber unter Berücksichtigung der Abzüge (Rabatte, Skonti, Kickbacks).

L.

Bezug nehmend auf die vom BSV am 10. Oktober 2008 eingereichte Liste der verfügbaren Dokumente verlangten alle Beschwerdeführerinnen mit Eingaben vom 14. Oktober 2008 die Edition sämtlicher Unterlagen.

M.

Ebenfalls mit Eingabe vom 14. Oktober 2008 nahmen AHV und IV Stellung zu den im Verfahren B-6386/2008 gestellten prozessualen Anträgen. Auch hier beantragen sie, auf die entsprechenden Anträge wie auch auf die Beschwerde selbst sei nicht einzutreten, eventuell seien die prozessualen Anträge abzuweisen. Sie machen insbesondere geltend, der Aufwand der Anbieter für die Einreichung von Teilnahmeanträgen halte sich in engen Grenzen. Damit überwiegen nach Ansicht von AHV und IV die öffentlichen Interessen an den Einsparungsmöglichkeiten im Bereich der Ausgaben für Hörmittel diejenigen der Beschwerdeführerinnen.

N.

Nach Anhörung der Beschwerdeführerinnen verfügte der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 14. Oktober 2008 die Vereinigung der Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008. Des Weiteren wurde den Beschwerdeführerinnen 12-18 das Kurzgutachten PD Dr. Ueli Kieser vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung (Beschwerdebeilage 13 im Verfahren B-6177/2008) zugestellt. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen betreffend die Edition der an das BSV gerichteten und von den Rechtsvertretern der Vergabestelle verfassten Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008 wurde einstweilen abgewiesen. Auch auf Instruktionsmassnahmen in Bezug auf das Editionsbegehren der Vergabestelle betreffend die Wareneinstandspreise für Hörgeräte und Zubehör wurde einstweilen verzichtet. Indessen wurde das BSV ersucht, dem Gericht bis zum 21. Oktober 2008 mitzuteilen, ob es die WEKO mit Blick auf das strittige Verfahren konsultiert hat und ob dazu Unterlagen vorhanden sind.

O.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2008 äusserten sich die Beschwerde-

führerinnen 12-18 zur Stellungnahme von AHV und IV vom 14. Oktober 2008 zu ihren prozessualen Anträgen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Aber auch die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf eine dem BoeB unterstehendes Vergabeverfahren verzichtet worden ist, kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die blossе Behauptung der Nichtanwendbarkeit des BoeB zu umgehen. Dies würde dem Zweck sowohl des Gesetzes als auch der staatsvertraglichen Regelung (vgl. dazu Art. XX Ziff. 2 GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoeB, SR 0.632.231.422]) widersprechen (Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.8 E. 1b/bb mit Hinweisen). Somit stösst das Vorbringen von AHV und IV, es fehle vorliegend an einem Anfechtungsobjekt, ins Leere.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BoeB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393).

Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird indessen die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2; BVGE 2007/33, nicht publizierte E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, Baurecht 2/2007, S. 86). Vorliegend ist allerdings eine Ausschreibung angefochten, mit welcher im Unterschied zum Zuschlag auch bei Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht in der gleichen Weise Fakten geschaffen werden wie dies der Fall ist, wenn nach Anfechtung eines Zuschlags über die aufschiebende Wirkung zu befinden ist. Deshalb rechtfertigt sich die Beurteilung der prozessualen Anträge durch den Instruktionsrichter.

2.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Auch vorsorgliche Massnahmen können Gegenstand des Zwischenentscheides betreffend die aufschiebende Wirkung sein (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung im Verfahren A-4471/2007 vom 3. August 2007). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde entsprechende Begehren.

2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3, 117 V 185 E. 2b mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Auflage, Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er

diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; EVELYNE CLERC, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, S. 545; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 884; MARTIN BEYELER, *Die Rechtsprechung zum Vergaberecht*, Baurecht 2006, Sonderheft Vergaberecht, S. 68 ff., insbes. S. 90 mit Hinweisen). Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; vgl. etwa das Urteil 2P.161/2002 vom 6. September 2002, E. 2.1; vgl. zum Ganzen neuerdings BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, *Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zürich 2008, S. 313 ff., insbes. S. 317 f.).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen). Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht. Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiv-effekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 IVöB fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006, E. 4.2.1 mit

Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil B-1773/2006 vom 25. September 2008, E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts prima facie aller Voraussicht nach nicht gegeben ist, dringen die Beschwerdeführerinnen mit prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007, E. 4.9).

3.2 Die Legitimation der Hörgerätehersteller zur Anfechtung der in Frage stehenden Ausschreibung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG ist gegeben, was seitens der Vergabestelle auch nicht bestritten wird. Inwieweit dies auch auf die beschwerdeführenden Verbände zutrifft, kann demnach im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides offen bleiben.

3.3 Der vorliegend beabsichtigte Einkauf ist dadurch gekennzeichnet, dass zwar die öffentliche Hand die fraglichen Hörgeräte beschafft, dass diese aber letztlich für die Versicherten bestimmt sind. Entscheidend ist indessen, dass die Auftraggeberin als primäre Empfängerin der Leistung gegenüber den Hörgeräteanbietern den Kaufpreis schuldet, weshalb prima facie von einer Beschaffung auszugehen ist (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 107; vgl. dazu neuerdings MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 65 ff., insbes. S. 67 f., S. 97 und S. 108). Das Ausschreibungsverfahren zielt nach den Angaben des BSV darauf ab, mit den einzelnen Herstellern Rahmenverträge abzuschliessen, welche die wirtschaftlichen Konditionen für die Abgabe der Hörgeräte festlegen (Stellungnahme vom 14. Oktober 2008, S. 4).

3.4 In der angefochtenen Ausschreibung wird unter Ziffer 2.5 ausgeführt, die vorliegend in Frage stehende Sachleistung der Hörgeräte solle in Zukunft direkt bei den Herstellern eingekauft werden, wohingegen die Dienstleistung der Beratung und Anpassung grundsätzlich bei den Hörgeräteakustik-Fachgeschäften bezogen werde. Demnach ist davon auszugehen, dass ein Lieferauftrag gemäss der Definition von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BoeB Gegenstand der Beschaffung bildet. Der einschlägige Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a BoeB i.V.m. Art. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes (EVD) über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008 vom 26. November 2007 (AS 2007 6627) ist offensichtlich deutlich überschritten.

3.5 Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen unterstellt sind. Die übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11; Art. 1 Bst. b) geregelt, wobei in Bezug auf den Geltungsbereich des 3. Kapitels der VoeB Unklarheiten bestehen (MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, a.a.O., etwa S. 76 in Bezug auf dem Gesetz nicht unterstehende Dienstleistungen).

3.6

3.6.1 Im Sinne des in Erwägung 3.5 hiervor Ausgeführten ist das BoeB nur anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht. Dies trifft auf die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen sowie ihre Forschungsanstalten zu (Art. 2 Abs. 1 Bst. a-c BoeB). Gemäss der GATT-Botschaft 2 sollen dem Gesetz Auftraggeberinnen des Bundes unterstehen, wie sie das GATT/WTO-Übereinkommen in Anhang I Annex 1 definiert (BBI 1994 IV 950, S. 1177). Dabei wird offensichtlich sowohl in der GATT-Botschaft 1, S. 362, als auch im durch das Bundesamt für Justiz erstellten Gutachten zur Frage der Unterstellung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) (VPB 67.4) davon ausgegangen, dass die unterstehenden Verwaltungseinheiten in Anhang I Annex 1 abschliessend aufgezählt werden (vgl. zum Ganzen HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., insbes. S. 46).

3.6.2 Die Beschwerdeführerinnen machen dazu vorab geltend, es sei nicht ersichtlich, wer die Auftraggeberin ist. Gemäss der angefochtenen Ausschreibung werden die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie Invalidenversicherung (IV) der Schweiz als Bedarfsstelle und die X. Unternehmungsberatung AG als Beschaffungsstelle bezeichnet. Die Beschwerdeführerinnen halten zunächst zutreffend fest, dass die Übertragung dieser Funktion an Private ohne entsprechende Rechtsgrundlage unzulässig ist. Entsprechend wird die X. Unternehmungsberatung AG auch in den Stellungnahmen der AHV und der IV zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr erwähnt.

3.6.3 Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass nicht der AHV und der IV, sondern dem Bundesamt für Sozialversicherungen die Rolle der Auftraggeberin zukommt. Aufgrund der entsprechenden Medienmitteilung des BSV sei anzunehmen, dass dieses für die Ausschreibung verantwortlich ist. Das BSV ergreife mit der Unterstellung der Ausschreibung unter das Obligationenrecht unter Vorschub der AHV und der IV in unzulässiger Weise die Flucht ins Privatrecht (vgl. nur die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 14. Oktober 2008, S. 4). Die AHV und die IV bringen demgegenüber vor, die Ausschreibung sei in ihrem Namen erfolgt. Sowohl das Bundesamt für Justiz als auch das Bundesgericht habe sich bereits eingehend mit der Frage der Rechtsfähigkeit bzw. der Partei- und Prozessfähigkeit der AHV und der IV befasst. Das Bundesamt für Justiz sei im Rahmen seines Gutachtens vom 13. Januar 1982 zum Schluss gekommen, dass eine eigene Rechtspersönlichkeit der AHV/IV als Gesamteinstitution anerkannt werde bzw. dass eine gewisse Rechtsfähigkeit der AHV/IV selbst anerkannt worden sei. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber seinerseits die Rechtspersönlichkeit der AHV und IV in einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er jeweils von "der Versicherung" spreche, weshalb die AHV und IV über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfüge (vgl. nur die Stellungnahme der AHV und der IV vom 6. Oktober 2008 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen 1-11, S. 4 ff.). In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass das Bundesamt für Justiz und das Bundesgericht übereinstimmend zum Schluss gekommen seien, dass die beiden Sozialversicherungen zwar bundesrechtlich organisiert seien, dass diese aber weder dem Bund noch einem anderen Gemeinwesen angehören und somit insbesondere auch nicht der dezentralen Bundesverwaltung. Die AHV und IV können

nach deren Auffassung nicht einfach dem Bund oder der Eidgenossenschaft gleichgesetzt werden. Vielmehr haben diese eigene Rechtspersönlichkeit und somit ein eigenes rechtliches Schicksal (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 8). Aufgrund der Tatsache, dass nur das Bundesamt für Sozialversicherungen, nicht aber AHV und IV im Anhang I Annex 1 genannt seien, sei vorliegend nicht von einer dem GATT-WTO/Übereinkommen bzw. dem Gesetz unterstehenden Auftraggeberin auszugehen. Der Umstand, dass insbesondere auch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) nicht im Annex 1 aufgeführt werde, zeige deutlich, dass auch das Fehlen der AHV und der IV kein Unterlassen, sondern Absicht der schweizerischen Verhandlungsdelegation gewesen sei. Die Unterstellung der Sozialversicherungen sei seitens der Schweiz weder vorgeschlagen noch diskutiert worden (Stellungnahme der AHV und der IV vom 6. Oktober 2008, S. 8 ff.).

3.6.4 Zunächst steht fest, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen dem GATT/WTO-Übereinkommen und dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht, während dies auf die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete SUVA nicht zutrifft. Das Bundesamt für Justiz hat im Rahmen seines Gutachtens vom 13. Januar 1982, veröffentlicht in VPB.67.4, in Bezug auf das IGE festgehalten, dieses sei als öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 24. März 1995 [IGEG, SR 172.010.31]) der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, den Eidgenössischen Technischen Hochschulen und der Post vergleichbar. Dies lege den Schluss nahe, dass auch das IGE nicht der "allgemeinen Bundesverwaltung" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB zuzurechnen sei (VPB 67.4 Punkt I/2). Wie AHV und IV zu Recht ausführen, hat das Bundesgericht mit Entscheid BGE 112 II 87 ff., E. 1 S. 88 ff., festgestellt, dass AHV und IV, welche im zu beurteilenden Fall durch das BSV vertreten worden sind, Partei- und Prozessfähigkeit in Streitigkeiten um Regressforderungen zukomme. Dass diese Partei- und Prozessfähigkeit lediglich partiell gegeben ist, ergibt sich aus dem einschlägigen Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 13. Januar 1982, veröffentlicht in VPB 46.56, wonach die AHV und die IV anders als die SUVA nicht als selbständige Anstalt des Bundes ausgestaltet worden sind. Sie haben grundsätzlich keine eigene Rechtspersönlichkeit und keine zentrale Organisation. Demgegenüber sind gewisse Organe mit

eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Gemäss dem Gutachten handelt es sich um die Verbandsausgleichskassen und die als selbständige öffentliche Anstalten eingerichteten kantonalen Ausgleichskassen. Auch dem Ausgleichsfonds ist demnach eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt worden. Gleichwohl sei es so, dass die verschiedenen Organe in ihrer Gesamtheit den Versicherungsträger der AHV/IV bilden. Die AHV und die IV seien demnach als abstraktes Gebilde zu betrachten, das aus einer Vielzahl von Einzelinstitutionen (Organen) mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit bestehe. Diese werde zwar vom Bundesrecht organisiert, gehöre aber direkt weder zum Bund noch sonst zu einem Gemeinwesen (a.a.O., Punkt 2a/b). Im Bereich des Rückgriffs auf haftpflichtige Dritte werde eine gewisse, auf die Regressforderungen beschränkte Rechtsfähigkeit der AHV/IV selbst anerkannt (a.a.O., Punkt 3a). Gleichwohl haben AHV und IV nach dem Gutachten keine zentrale Verwaltung, welche sie umfassend vertritt; vielmehr müssen Organe eingesetzt werden. Dies spricht prima facie eher nicht für die Rechtsfähigkeit der AHV und der IV als Beschaffungsstelle. Ein zweiter Bereich partieller Rechtsfähigkeit per analogiam als Beschaffungsstelle ist nach dem Gesagten auf den ersten Blick nicht naheliegend. Damit können AHV und IV prima facie aus ihrer partiellen Rechtspersönlichkeit in Bezug auf Regressforderungen auch nichts zu ihren Gunsten in Bezug auf die Frage, ob sie als Auftraggeberinnen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB zu qualifizieren sind. Dies bedeutet, dass AHV und IV, soweit sie mangels Rechtspersönlichkeit überhaupt als Beschaffungsstelle fungieren können, prima facie nicht bereits aufgrund partieller Rechtspersönlichkeit ausserhalb des Anwendungsbereichs von GATT/WTO-Übereinkommen und BoeB fallen.

3.6.5 Der Bundespräsident und Vorsteher des Departements des Innern (EDI) hat den Beschwerdeführerinnen 1-11 Bezug nehmend auf deren Aufsichtsanzeige betreffend die vorliegende Ausschreibung mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 mitgeteilt, dass die am 15. September 2008 *durch das BSV* lancierte Ausschreibung im Handelsamtsblatt nicht rückgängig gemacht werde. Es sei klar, dass es sehr wohl *in der Kompetenz des BSV* liege, für die IV Verträge abzuschliessen, und damit auch allfällig vorangehende Ausschreibungen für die IV vorzunehmen. Das ist in sich insoweit kohärent, als die AHV und IV selbst darauf hinweisen, dass das BSV im Bereich der AHV und der IV Tarifverträge abschliesst (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 11). Da die AHV und die IV auch die Befugnis zur Beschaf-

fung aus der Norm betreffend den Abschluss von Verträgen herleiten (vgl. dazu E. 4.2 hiernach), wäre es prima facie insoweit logisch, das BSV entweder als Beschaffungsstelle oder für die Beschaffung zuständiges Organ zu bezeichnen.

3.6.6 Ist das BSV selbst Beschaffungsstelle, so fällt die vorliegende Beschaffung prima facie gestützt auf Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Soweit das BSV – mit oder ohne die Prämisse allenfalls fehlender Rechtspersönlichkeit von AHV und IV – als deren Organ anzusehen ist, erscheinen nach dem Gesagten zwei Konzeptionen denkbar. Einerseits könnte es dem Sinn von GATT/WTO-Abkommen und BoeB entsprechen, das BSV nur insoweit den genannten Erlassen zu unterstellen, als es für sich selbst beschafft. Daraus wäre e contrario zu folgern, dass Beschaffungen, welche das BSV als Organ von AHV und IV vornimmt, mangels Auftraggeber im Sinne von Art. 2 BoeB dem GATT/WTO-Übereinkommen nicht unterstehen, soweit nicht davon auszugehen ist, dass AHV und IV mangels Rechtspersönlichkeit gar nicht Beschaffungsstelle sein können. Andererseits könnte Anhang I Annex 1 zum ÜoeB so zu verstehen sein, dass jede durch das BSV vorgenommene Beschaffung in den Anwendungsbereich von Gesetz und GATT/WTO-Übereinkommen fällt. Diese Sichtweise lässt sich damit begründen, dass es möglicherweise dem Sinn der Aufzählung gemäss Anhang I Annex 1 entspricht, derartig nuancierte Unterscheidungen wie die hier skizzierte im Interesse der Rechtssicherheit nicht zu treffen, jedenfalls soweit nicht klar ist, ob die vom BSV allenfalls als Organ vertretene Versicherung selbst in den Anwendungsbereich fällt. Somit erübrigt es sich, vor Eingang der Stellungnahme des Staatssekretariats weitergehende Überlegungen zur Sichtweise der Eidgenossenschaft als Verhandlungspartner im Rahmen der Entstehung des GATT/WTO-Übereinkommens anzustellen.

3.7 Zusammenfassend kann nach dem hiervor Ausgeführten entgegen der Behauptung von AHV und IV prima facie nicht gesagt werden, die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, welche an die Voraussetzung anknüpft, dass eine Beschaffung im Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens und des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vorliegt, sei aller Voraussicht nach nicht gegeben (vgl. E. 3.1 hiervor). Demnach ist über die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen aufgrund einer Interessenabwä-

gung zu befinden, soweit nicht davon auszugehen ist, dass die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erscheint (vgl. E. 2.2 hiervor).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerinnen verlangen die Aufhebung der angefochtenen Ausschreibung unter anderem mit der Begründung, die Ausschreibung unterstehe dem BoeB. Davon geht offenbar auch PD Dr. Ueli Kieser in seinem Kurzgutachten vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung aus, wenn er schreibt, es werde in Aussicht genommen, bestimmte Hilfsmittel, welche die IV abgebe, durch den Bund insoweit zu erwerben, als er eine öffentliche Beschaffung gestützt auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vornehme (a.a.O., S. 13). Demgegenüber wird in Ziffer 4.7 der Ausschreibung festgehalten, die Ausschreibung erfolge nicht nach dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/VoeB), sondern nach schweizerischem Obligationenrecht. Die erhobene Rüge erweist sich demnach schon aufgrund der Begründung zur Zuständigkeitsfrage (vgl. E. 3.6 hiervor) nicht als offensichtlich unbegründet. Selbst falls tatsächlich von einer Beschaffung auszugehen sein sollte, auf welche weder Normen des BoeB noch solche der VoeB anzuwenden wären (vgl. E. 3.5 hiervor), stellt sich die Frage, ob die Beschaffung nicht von aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht herzuleitenden Mindeststandards zumindest überlagert wird (vgl. dazu rechtsvergleichend ALEXANDER EGGGER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, Rz. 107 mit Hinweisen). Indessen erscheint fraglich, ob eine falsche Rechtsbelehrung allein vorsorgliche Massnahmen rechtfertigt, was aber aufgrund der folgenden Ausführungen offen bleiben kann. Dasselbe gilt auch für die Tatsache, dass unklar ist, wer als Auftraggeberin bzw. Beschaffungsstelle fungiert.

4.2

4.2.1 Die Beschwerdeführerinnen 12-18 rügen unter anderem, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die Kompetenz zur Beschaffung von Hörgeräten durch das BSV bzw. durch AHV und IV. Insbesondere gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) habe der Bundesrat oder auch das BSV keine Befugnis, im Sinne einer Beschaffung direkt mit den Hörgeräteherstellern bzw. -lieferanten Lieferverträge abzuschliessen und die Abgabe der Hörgeräte mittels eines Logistikzentrums vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen. Durch Art. 27 IVG sei

der Bundesrat lediglich ermächtigt, Tarife auszuhandeln. Dasselbe gelte im Bereich der AHV (Beschwerde vom 6. Oktober 2008, S. 22 ff.). Das in Frage stehende Vorhaben sei demnach weder durch die anwendbaren formell-gesetzlichen Normen noch durch die entsprechende Ausführungsgesetzgebung auf Verordnungsebene gedeckt. Davon gehen auch die Beschwerdeführerinnen 1-11 aus, indem sie geltend machen, die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens sei gesetzlich nicht vorgesehen und stehe geradezu in Widerspruch zum auf Gesetzes- und Verordnungsebene vorgesehenen System, das auf einer Verhandlungsbasis mit Tarifordnung basiere (Beschwerde vom 25. September 2008, S. 15). Der Bundespräsident und Vorsteher des Departements des Innern stellt dazu fest, eine fehlende Rechtsgrundlage für eine Ausschreibung durch den Bund bzw. das BSV lasse sich mit der seitens der Beschwerdeführerinnen vorgenommenen Auslegung von Art. 27 Abs. 1 IVG nicht aufzeigen. Der Gesetzgeber habe den Bundesrat in Art. 27 Abs. 1 IVG ermächtigt, für die IV Verträge abzuschliessen, um beispielsweise die Zusammenarbeit mit der Ärzteschaft oder den Abgabestellen für Hilfsmittel, mit den Organen der IV (sprich kantonale IV-Stellen), zu regeln. In Art. 53 Abs. 2 IVG sei diesbezüglich vorgesehen, dass der Bundesrat dem BSV auch Aufgabe der Durchführung, beispielsweise gerade im Bereich der Zusammenarbeit und Tarife nach Art. 27 IVG, übertragen könne, was er mit Art. 24 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) auch getan habe. Eine entsprechende Aufgabenübertragung an die IV-Stellen sei weder in Art. 57 IVG noch in Art. 41 IVV vorgesehen (Schreiben an die Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 1. Oktober 2008, S. 2). AHV und IV gehen davon aus, dass bezüglich der gesetzlichen Grundlage von Art. 21 Abs. 3 IVG auszugehen sei, in welchem festgelegt werde, dass die Hilfsmittel entweder zu Eigentum oder leihweise abgegeben bzw. pauschal vergütet werden. Eine solche Abgabe setze naturgemäss voraus, dass die IV die entsprechenden Hilfsmittel beschaffe. Anders könne keine Abgabe erfolgen (vgl. nur die Stellungnahme vom 6. Oktober 2008 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen 1-11, S. 24 f.). Dafür spreche auch der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI, SR 831.232.51), der zumindest als Möglichkeit die eigene Anschaffung definiere ("bei eigener Anschaffung"; Stellungnahme Vergabestelle vom 6. Oktober 2008, S. 28). Gleichwohl ist gemäss den Angaben der Vergabestelle beabsichtigt, bis zum 1. April 2009 die

Bestimmungen zu den Hilfsmitteln in den verschiedenen einschlägigen Verordnungen anzupassen. Auf diese Weise soll eine genügende gesetzliche Basis sowohl für den Aufbau der vorgesehenen Logistikinfrastruktur als auch für den Abschluss der Lieferverträge mit den ausgewählten Herstellern von Hörgeräten geschaffen werden (Stellungnahme der AHV und der IV vom 6. Oktober 2008, S. 33). Darauf weist auch des BSV hin, wenn es festhält, um das neue Beschaffungskonzept umsetzen zu können, seien derzeit Anpassungen der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV, SR 831.101), der IVV und HVI sowie der Verordnung vom 28. August 1978 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (HVA, SR 831.135.1) im Gange. Diese werden – so das BSV – per 1. Januar 2009 bzw. 1. April 2009 stufenweise in Kraft treten. Erst danach würden AHV und IV mit den aufgrund des Ausschreibungsverfahrens bestimmten Herstellern Verträge abschliessen (Stellungnahme vom 14. Oktober 2008, S. 4).

4.2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Art. 5 Abs. 1 BV verwirklicht für Bund und Kantone den Rechtsstaat im formellen Sinne: Staatliches Handeln muss sich auf eine Rechtsgrundlage stützen und darf rechtliche Schranken nicht überschreiten (YVO HANGARTNER, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Art. 5 BV, Rz. 5). Grundsätzlich bedarf jede Verwaltungstätigkeit, insbesondere die Eingriffs- und Leistungsverwaltung stets einer gesetzlichen Grundlage (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 414, 420). Beschaffungen werden der Bedarfsverwaltung zugerechnet, für welche teilweise davon ausgegangen wird, dass sie keiner formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 425 mit Hinweis auf Rz. 279; Gutachten des Bundesamtes für Justiz zur Schaffung einer Kinderkrippe durch den Bund zugunsten seines Personals, VPB 60 [1996] Nr. 1, S. 22). Oft fehlt es daher in Bezug auf die Beschaffung der Mittel, welche zur Aufgabenbewältigung erforderlich sind, an einer ausdrücklichen gesetzlichen Befugnisnorm. Die gesetzliche Grundlage ergibt sich vielmehr aus den Normen, welche die Staatsaufgaben regeln, deren Erfüllung die administrative Hilfstätigkeit dient (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 425 mit Hinweisen). Indessen wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass der Begriff "öffentliche Beschaffung" zu sehr mit den administrativen Hilfstätigkeiten im engeren Sinne in Verbindung

gebracht wird und damit die Realität ausblendet, dass viele unstreitig den Vergaberechtserlassen unterstellte Geschäfte nicht getätigt werden, um der Verwaltung die für ihr Funktionieren erforderlichen Sachmittel zuzuführen (z.B. Beschaffung von Büromaterial). Vielmehr kommt die beschaffte Leistung mitunter recht unmittelbar dem Publikum zugute (z.B. Autobahnbau). Damit stellt sich die Frage, ob diese beiden Kategorien in Bezug auf die Reduktion der Anforderungen in Bezug auf die erforderliche Grundlage nicht differenziert zu behandeln sind (MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, a.a.O., S. 67 f.; ebenfalls jedenfalls begrifflich differenzierend das Gutachten des Bundesamtes für Justiz zu Kinderkrippen, VPB 60 [1996] Nr. 1, S. 29 ff., anders wohl HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 425 mit Hinweis auf Rz. 280 und die dort erwähnten öffentlichen Bauten, vgl. aber auch Rz. 730a). Darauf ist indessen im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheidendes nicht näher einzugehen.

4.2.3 Art. 27 IVG trägt den Titel "Zusammenarbeit und Tarife". Der erste Absatz dieser Bestimmung lautet wie folgt: "Der Bundesrat ist befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und der medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten und Werkstätten, die Eingliederungsmassnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge zu schliessen, um die Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung zu regeln und Tarife festzulegen." Gemäss Art. 27 Abs. 3 IVG kann der Bundesrat, soweit kein Vertrag besteht, die Höchstbeträge festsetzen, bis zu denen den Versicherten die Kosten der Eingliederungsmassnahmen vergütet werden. Nach den Vorbringen von AHV und IV bezieht sich Art. 27 IVG – möglicherweise entgegen der Auffassung des Bundespräsidenten und Vorstehers des Departements des Innern – nicht auf die Beschaffung von Hilfsmitteln durch die IV selbst, sondern lediglich auf denjenigen Bereich, in welchem die Hilfsmittel nicht durch die Versicherung abgegeben werden, sondern wo Leistungserbringer beigezogen werden (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 26). Gemäss Art. 23 Abs. 3 IVG werden die Hilfsmittel zu Eigentum oder leihweise in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben oder pauschal vergütet. Die Vergabestelle setzt dabei voraus, dass zuerst beschafft werden muss, was nachher abgegeben wird. In diesem Sinne wird auch im Kurzgutachten PD Dr. Ueli Kieser betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung (S. 14) festgehalten, dem IVG selbst sei nicht eine Einschränkung insoweit zu entnehmen, dass der Bund die von ihm abzugebenden Hilfsmittel auf eine bestimmte Art und Weise zu

erwerben hätte. Wie es sich diesbezüglich genau verhält, kann indessen im Rahmen dieses Zwischenentscheides offen bleiben. Unstrittig ist, dass Hörgeräte nach dem bisherigen System aufgrund eines Tarifvertrags beschafft werden, was offenbar deutlich weniger in die Marktstrukturen im Bereich der Hörgeräte eingreift als die vorgesehene Ausschreibung. Selbst wenn dem Argument, wie es sich aus den Stellungnahmen des Bundesrates entnehmen lässt, zuzustimmen wäre, wonach Art. 27 IVG systemneutral ist und die Ausschreibung wie auch das vorherige Tarifsysteem deckt (Antwort des Bundesrates vom 22. September 2008 auf die Frage 08.5244 "Hörgeräte. Staatswirtschaft statt Wettbewerb?" von Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz), was prima facie nicht offensichtlich ist, ist nicht auszuschliessen, dass es sich bei Art. 27 IVG und der Parallelnormierung im AHV-Bereich mitsamt der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung um die gesetzliche Fassung eines abschliessenden, detaillierten politischen Kompromisses mit der dazu erforderlichen Ermächtigung des Bundesamtes für Sozialversicherungen zum Abschluss von Tarifverträgen für die Hilfsmittelversorgung handelt. Diesfalls müsste ein Systemwechsel (allenfalls im Unterschied zur traditionellen Bedarfsverwaltung; vgl. dazu E. 4.2.2 hiervor) möglicherweise zumindest auf Verordnungsstufe explizit normiert sein. Dafür sprechen die seitens der Beschwerdeführerinnen zu Recht hervorgehobenen wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausschreibung, welche AHV und IV indirekt anerkennen. Dies geschieht, indem die Einsparungsmöglichkeiten, welche sich durch die wirtschaftlichen Folgen der Ausschreibung ergeben, als Argument herangezogen werden, um die überwiegenden öffentlichen Interessen am Verzicht auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu begründen. Derzeit findet sich prima facie auch auf Verordnungsebene keine hinreichend bestimmte Vorschrift, welche die in Aussicht genommene Ausschreibung der Hörgeräte decken könnte. Davon gehen implizit auch AHV und IV sowie das BSV aus, indem sie die Revision des einschlägigen Verordnungsrechts in diesem Punkt per spätestens 1. April 2009 ankündigen und betonen, bei Vertragsschluss werde das neue Verordnungsrecht in Kraft sein. Indessen kann das geplante Verordnungsrecht keine Vorwirkung entfalten. Vielmehr muss bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung eine hinreichende gesetzliche Grundlage gegeben sein.

4.2.4 Zusammenfassend lässt sich nach dem Gesagten feststellen, dass es prima facie nicht ausgeschlossen erscheint, dass für einen Systemwechsel im Sinne der Beschaffung von Hörgeräten mittels Aus-

schreibung zumindest eine derzeit möglicherweise nicht in hinreichender Bestimmtheit vorhandene Grundlage auf Verordnungsstufe erforderlich ist. Demnach erweist sich die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen als nicht offensichtlich unbegründet.

4.3 Insgesamt ergibt sich bereits aufgrund der soeben getroffenen Feststellung betreffend die Rüge der fehlenden gesetzlichen Grundlage, dass über die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen jedenfalls aufgrund einer Interessenabwägung zu befinden ist. Damit braucht nicht näher auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen eingegangen zu werden. Diese beanstanden etwa, dass die verlangten Eignungsnachweise den beschaffungsrechtlich zulässigen Rahmen der Eignungsprüfung sprengen und – wie auch die Tatsache der durch die Ausschreibung bewirkte Beschränkung der Anzahl Wettbewerber selbst – einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen. Weiter wird geltend gemacht, dass aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung nicht der Bund, sondern die Kantone für die Beschaffung für AHV und IV zuständig seien. Zudem werde durch das gewählte Vorgehen die Austauschbefugnis als Grundsatz im Sozialversicherungsrecht verletzt.

5.

5.1 Im Rahmen der Interessenabwägung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, der für sie mit der Bearbeitung der Ausschreibung und der allfälligen Eingabe eines Teilnahmeantrags verbundene erhebliche, nutzlose Aufwand sei zu vermeiden. Es sei bei dieser klaren Rechtslage den Marktteilnehmern nicht zumutbar, die ganzen Ausschreibungsunterlagen detailliert aufzuarbeiten und bis zum 7. November 2008 die geforderte sehr aufwändige und kostspielige Eingabe vorzubereiten. Diesem Prozess gehe ein umfassender und kostenintensiver strategischer und operativer Entscheidungsprozess unter Einbezug aller zu begrüssenden Gremien und Funktionsträger voraus. Überwiegende öffentliche Interessen, welche der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen würden, seien demgegenüber nicht vorhanden. AHV und IV betonen hingegen, dass jede Massnahme ergriffen werden müsse, um der desolaten Finanzlage der IV abzuhelpfen. Solange der bisherige Tarifvertrag weiter gelte, bezahlen AHV und IV nach der Untersuchung der Eidgenössischen Finanzkontrolle jährlich einen zweistelligen Millionenbetrag zu viel. Daher bestehe ein gewichtiges Interesse an einer raschen Umsetzung der Ausschrei-

bung. AHV und IV würden im Falle einer Verzögerung der Ausschreibung dementsprechend etwa 2.5 Millionen Fragen pro Monat an nicht ausgeschöpftem Einsparungspotenzial verloren gehen.

5.2 Wird wie vorliegend eine Ausschreibung angefochten, entspricht es der Praxis, das Vergabeverfahren im Regelfalle nicht zu sistieren, sondern eine Anordnung zu treffen dahingehend, dass die Teilnahmeanträge bzw. Offerten einstweilen nicht geöffnet werden dürfen (vgl. dazu etwa die Instruktionsverfügung im Verfahren B-4689/2008 vom 15. Juli 2008). Dies rechtfertigt sich vor allem dann, wenn nicht Offerten, sondern im selektiven Verfahren lediglich Teilnahmeanträge in Frage stehen. In diesem Sinne machen AHV und IV geltend, die interessierten Anbieter müssten vorderhand noch keine Offerten ausarbeiten, sondern lediglich Teilnahmeanträge einreichen. Der Aufwand dafür halte sich in engen Grenzen (Stellungnahme vom 14. Oktober 2008 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen 12-18, S. 21). Der Aufwand ist den Marktteilnehmern jedenfalls zumutbar. Dies gilt umso mehr, als die strategischen Gremien aufgrund der parallel weiterlaufenden Tarifverhandlungen ohnehin mit dem Dossier befasst sind. Ob auf dem von den Branchenverbänden vorgeschlagenen Verhandlungsweg wesentlich schneller eine effiziente und kostendämpfende Lösung umgesetzt werden kann, wie dies die Beschwerdeführerinnen 12-18 in ihrer Eingabe vom 17. Oktober 2008 behaupten, entzieht sich instruktionsrichterlicher Beurteilung und ist daher im Rahmen der Güterabwägung prima facie nicht zu berücksichtigen. Nicht zuzumuten ist den Anbietern allerdings im vorliegenden Fall, dass AHV und IV ohne entsprechende Anordnung des Gerichts aufgrund des Verfahrensstandes nach dem 7. November 2008 bereits wissen, wer einen Teilnahmeantrag einreicht. Aufgrund namentlich der preislichen Rahmenvorgaben gemäss Ziffer 3.8, Punkte EA5 und EA6, gibt bereits der Absender der Anträge wichtigen Aufschluss darüber, wer die Bedingungen gemäss der Ausschreibung allenfalls akzeptiert. Demnach ist im Schweizerischen Handelsamtsblatt die Zustelladresse gemäss Ziffer 1.2 der Ausschreibung zu korrigieren und durch die Anschrift des Bundesverwaltungsgerichts zu ersetzen. Zudem sind AHV und IV sowie das BSV und die X. Unternehmensberatung AG anzuweisen, die nicht verfahrensbeteiligten Marktteilnehmer, die bereits Interesse bekundet oder gemäss Ziffer 4.5 bis zum 14. Oktober 2008 Fragen zur Ausschreibung gestellt haben, schriftlich auf die entsprechende Korrektur hinzuweisen. Selbstverständlich hat die X. Unternehmensberatung AG allfällige Teilnahmeanträge, die gleichwohl

irrtümlicherweise gestützt auf Ziffer 1.2 der Ausschreibung vom 15. September 2008 bei ihr eingehen, unter entsprechender Information des Betroffenen ungeöffnet an das Gericht weiterzuleiten. Zudem rechtfertigt es sich, die Ziffer 1.1 mit dem Titel "Offizieller Name und Adresse des Auftraggebers" sowie die Rechtsbelehrung gemäss Ziffer 4.7 im Sinne des in den Erwägungen 3.6 und 4.1 hiavor Festgehaltenen zu ändern. Es ist in das Ermessen der AHV und der IV bzw. des BSV gestellt, aufgrund der Risikoabwägung allenfalls weitergehende Schritte in Auge zu fassen. Auch das Bundesverwaltungsgericht behält sich vor, aufgrund der Vertiefung des Prozessstoffes weitergehende Anordnungen zu treffen.

6.

In Bezug auf die Editionsbegehren der Verfahrensbeteiligten sowie die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen mangels Geheimhaltungsinteressen anderer Anbieter in diesem Verfahrensstadium sämtliche seitens der Vergabestelle eingereichten Verfahrensakten zur Verfügung stehen. Dasselbe gilt auch für das Rechtsgutachten PD Dr. Ueli Kieser vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung. Die weitergehenden Editions- und Akteneinsichtsbegehren sind mit Instruktionsverfügung vom 15. Oktober 2008 einstweilen abgewiesen worden. Da sich die Verfahrensbeteiligten aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Dokumente ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die allfällige Anfechtung des vorliegenden Entscheids machen können, sind die mit Verfügung vom 15. Oktober 2008 getroffenen Anordnungen einstweilen zu bestätigen.

7.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1

Das Bundesamt für Sozialversicherungen wird angewiesen, umgehend im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) ein Rektifikat zur Ausschreibung im SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 zu publizieren. Darin müssen mindestens folgende Passagen enthalten sein:

- Ziffer 1.1 der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt ergänzt: Die Frage, wer als Vergabestelle fungiert, ist derzeit Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.

- Ziffer 1.2 der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt neu gefasst: Teilnahmeanträge sind mit dem Vermerk "vertraulich" und unter Angabe der Verfahrensnummer "B-6177/2008" an folgende Adresse zu schicken: Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, z.H. Kanzleileiterin, Postfach, 3003 Bern, Fax (+41) 58 705'29'80.

- Ziffer 4.5 Ziffer der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt neu gefasst: Die Frage, ob die vorliegende Beschaffung gemäss dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/VoeB) zu erfolgen hat, ist derzeit Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.

1.2

AHV und IV sowie das BSV nebst der X. Unternehmensberatung AG werden angewiesen, sämtliche nicht verfahrensbeteiligten Marktteilnehmer, die bereits Interesse bekundet oder gemäss Ziffer 4.5 bis zum 14. Oktober 2008 Fragen zur Ausschreibung gestellt haben, schriftlich auf das Rektifikat gemäss Ziffer 1.1 hinzuweisen.

1.3

Die X. Unternehmensberatung AG wird angewiesen, die allenfalls gleichwohl irrtümlicherweise gestützt auf Ziffer 1.2 der Ausschreibung vom 15. September 2008 bei ihr eingehenden Teilnahmeanträge unter entsprechender Information der Betroffenen ungeöffnet an das Gericht weiterzuleiten.

1.4

Die weiter gehenden prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen, lautend namentlich auf Sistierung des Verfahrens, Gewährung der aufschiebenden Wirkung und Aufhebung der Eingabefrist vom 7. November 2008, werden abgewiesen.

2.

Es wird festgestellt, dass den Beschwerdeführerinnen nebst den Verfahrensakten auch das Rechtsgutachten PD Dr. Ueli Kieser vom 14. April 2008 betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung zur Verfügung steht. Die Instruktionsverfügung vom 15. Oktober 2008 wird in deren Ziffern 3 und 5 betreffend die derzeitige Abweisung der weitergehenden Editions- und Akteneinsichtsbegehren der Verfahrensbeteiligten bestätigt.

3.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1-11 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Beschwerdeführerinnen 12-18 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- das Verwaltungsgericht des Kantons Bern (zur Kenntnis)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 20. Oktober 2008