



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

Urteil vom 25. November 2008

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Maria Amgwerd,
Richter David Aschmann; 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

Parteien

Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV),
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,
Vergabestelle und Beschwerdegegnerin 1,

und

**Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) sowie
Invalidenversicherung (IV) der Schweiz,** vertreten
durch Fürsprecher Dr. Wolfgang Straub, Deutsch Wyss &
Partner, und Dr. Fridolin Walther, Walther Leuch Howald,
Zustelladresse Deutsch Wyss & Partner,
Effingerstrasse 17, Postfach 5960, 3001 Bern,
Beschwerdegegnerinnen 2 und 3,

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. Unternehmensberatung 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 ist geplant, 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.**B.a**

Mit Eingabe vom 25. September 2008 erhoben mehrere potenzielle Anbieter und Verbände aus dem Bereich der Hörgeräteakustik (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1-11) Beschwerde beim Bundes-

verwaltungsgericht (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. 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 kein Rechtsschutz gegeben sei bzw. die vorliegende Beschaffung auf rein privatrechtlicher Basis abgewickelt werden soll.

B.b

Mit Verfügung vom 26. September 2008 wies der Instruktionsrichter unter anderem den Antrag auf superprovisorische Sistierung des Vergabeverfahrens ab.

B.c

Am 6. Oktober 2008 erstatteten die 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 (ÜoEB) und dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) 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.

C.

C.a

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. 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.

C.b

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 die Aufhebung der Frist zur Einreichung schriftlicher Fragen vom 7. November 2008 (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.

D.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2008 wurde das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Direktion für Aussenwirtschaft, ersucht, 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.

E.

E.a

Am 9. Oktober 2008 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 zu nehmen und allenfalls von der Akteneinsicht auszunehmen sind.

E.b

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 von 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.

E.c

Am 14. Oktober 2008 stellten die AHV und die IV ein Auskunftsbegehren. Sie verlangen Auskunft zu den von den Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006-2008 effektiv bezahlten Wareneinstandspreisen für Hörgeräte und Zubehör ohne Beschaffungsnebenkosten, aber unter Berücksichtigung der Abzüge (Rabatte, Skonti, Kickbacks).

E.d

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.

F.

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.

G.

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte der Instruktions-

richter am 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 AHV und IV verfassten Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008 wurde einstweilen abgewiesen. Auch auf Instruktionsmassnahmen in Bezug auf das Editionsbegehren der AHV und IV betreffend die Wareneinstandspreise für Hörgeräte und Zubehör wurde einstweilen verzichtet.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 hiess der Instruktionsrichter die Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen teilweise gut und ordnete unter anderem an, dass das BSV im SHAB ein Rektifikat mit den folgenden Angaben zu publizieren habe:

- 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.

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

I.

Mit Verfügung ebenfalls vom 20. Oktober 2008 wurden AHV und IV ersucht, im Rahmen des Hauptverfahrens zu den Beschwerden unter

besonderer Berücksichtigung der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bis zum 30. Oktober 2008 Stellung zu nehmen.

J.

Am 21. Oktober 2008 reichte das SECO seine Stellungnahme ein zur Frage, ob namentlich aufgrund der Entstehungsgeschichte des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen Aussagen gemacht werden können, 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.

K.

Unter Hinweis auf die Verabschiedung einer gesetzlichen Grundlage für die Hörgerätebeschaffung erst in der Bundesratssitzung vom 26. November 2008 reichten AHV und IV mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 ein Fristerstreckungsgesuch betreffend die Beschwerdeantwort ein. Dieses wurde gleichentags mit der Begründung zurückgewiesen, dass die neu zu schaffende gesetzliche Grundlage im Hinblick auf die Frage der Zuständigkeit irrelevant und diesbezüglich eine Beschwerdeantwort zumutbar sei. Vertiefte Erörterungen zur neu geschaffenen gesetzlichen Grundlage könnten nötigenfalls nach Verabschiedung des neuen Verordnungsrechts eingereicht werden.

L.

Mit Eingaben vom 27. bzw. vom 28. Oktober 2008 nahmen die Beschwerdeführerinnen 1-11 und 12-18 zur Eingabe des SECO Stellung. Sie sind der Ansicht, dass das Fehlen von AHV und IV im Anhang I Annex 1 nur kohärent ist, da diesen keine Rechtspersönlichkeit zukomme. Falls gleichwohl angenommen würde, AHV und IV hätten Rechtspersönlichkeit, so müsse die Nichtunterstellung unter das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb) als planwidrige Lücke angesehen werden, da nicht ersichtlich sei, warum die identische Beschaffung, durchgeführt durch das unterstellte BSV dem BoeB unterstehe, während dies bei einer Beschaffung durch die AHV und IV nicht der Fall sei.

M.

Am 30. Oktober 2008 reichten AHV und IV die Beschwerdeantwort im Hauptverfahren ein. Darin wiederholten sie ihren Standpunkt, dass das Bundesverwaltungsgericht unzuständig sei, weil die AHV und IV

eigene Rechtspersönlichkeit hätten, dem ÜoeB und BoeB nicht unterstellt seien und daher nach Obligationenrecht Hörgeräte zur Beschaffung ausschreiben könnten. Das BSV sei dem ÜoeB und dem BoeB nur für eigene Beschaffungen (z.B. Büromaterial) unterstellt.

N.

Am 3. November 2008 ersuchte der Instruktionsrichter die AHV und IV, dem Bundesverwaltungsgericht die internen Parteimemoranden vom 17. April und 30. Mai 2008 bis zum 7. November 2008 zur Durchsicht zu überlassen, um so die Akteneinsichtsgesuche der Beschwerdeführerinnen definitiv beurteilen zu können und die Memoranden hiernach gegebenenfalls zu retournieren.

O.

In der Verfügung vom 4. November 2008 wies der Instruktionsrichter die Verfahrensbeteiligten mit Ersuchen um Stellungnahme bis zum 11. November 2008 darauf hin, dass sich aus Anhang I Annex 3 für die Schweiz bzw. die Europäische Gemeinschaft und die diesbezüglich abgegebenen Erklärungen möglicherweise Anhaltspunkte zur Frage der Unterstellung der Hörgerätebeschaffung unter das ÜoeB bzw. BoeB und damit zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergäben.

P.

Am 7. November 2008 gingen wie angeordnet beim Bundesverwaltungsgericht elf Teilnahmeanträge ein. Die AHV und IV beehrten mit Schreiben vom gleichen Tage die Mitteilung der Anzahl der beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten Teilnahmeanträge sowie die Bekanntgabe der interessierten Firmen.

Q.

Unter Hinweis auf die Erwägung 5.2 des Zwischenentscheids vom 20. Oktober 2008 und die notwendige vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs lehnte es der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 7. November 2008 einstweilen ab, AHV und IV die Teilnehmeranzahl sowie die Namen der Absender bekannt zu geben.

R.

Mit Schreiben vom 11. November 2008 nahm das BSV zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und namentlich zur Frage der Auftraggeberqualität im Sinne von Art. 2 BoeB Stellung. Das BSV vertritt die Auffassung, das BSV habe gemäss Art. 27 des

Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) und Art. 24 Abs. 2 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) Vertragsabschlusskompetenz für den Bereich der Hilfsmittel. Die Verträge verpflichteten die AHV und IV, welche auch die Vergütung übernahmen. Als Auftraggeberin seien daher die AHV und IV anzusehen, die aber weder selber dem GATT/WTO-Übereinkommen und dem BoeB unterstünden noch als Teileinheit eines anderen Auftraggebers bezeichnet werden könnten. Da die Ausschreibung gemäss Obligationenrecht erfolgt sei, müsse das Bundesverwaltungsgericht als nicht zuständig angesehen werden.

S.

Am 11. November 2008 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Stellungnahme betreffend die Verfügung vom 4. November 2008 ein und äusserten sich zu den Anträgen der AHV und IV vom 7. November 2008. Hinsichtlich des Hinweises des Instruktionsrichters auf Annex 3 der Schweiz vertreten die Beschwerdeführerinnen 1-11, dass gemäss Annex 1 zum GATT/WTO-Übereinkommen das BSV uneingeschränkt als dem Übereinkommen unterstellt zu betrachten sei. Sollten der AHV und der IV wider Erwarten Rechtspersönlichkeit zukommen, so sind sie nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen 12-18 ebenfalls dem Annex 1 zu unterstellen, da sie ohne weiteres die Definition des "pouvoir public/public authority" bzw. des öffentlichen Auftraggebers im Sinne eines funktionellen Auftraggeberbegriffes erfüllen. Die Beschwerdeführerinnen 1-11 beantragen ausserdem, dass im Rahmen eines Teilentscheids über die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und über die bisher angefallenen Kosten entschieden werde. Ausserdem wurde das von Prof. Paul Richli erstattete Parteigutachten ("Kurzgutachten zu öffentlich-rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung Hörgeräte AHV/IV") eingereicht.

T.

Ebenfalls am 11. November 2008 liessen sich AHV und IV zu den in der Verfügung vom 4. November 2008 aufgeworfenen Fragen zu möglichem Erkenntnisgewinn durch Rechtsvergleich vernehmen. Die Positivliste in Annex 1 sei gemäss der Verhandlungsgeschichte abschliessend. In diesem Zusammenhang weisen sie darauf hin, dass die EU-Beschaffungsrichtlinien, welche den gleichen Wortlaut enthalten wie Fussnote 1 zum Annex 3 der Schweiz, nicht für den Annex 1 zum GATT/WTO-Übereinkommen massgeblich sein sollten und auch nicht zu dessen Auslegung herangezogen werden könnten. Die

Begriffe "pouvoir public/public authorities" seien allein im Rahmen von Annex 3 von Bedeutung.

U.

U.a

Der Instruktionsrichter legte mit Verfügung vom 13. November 2008 unter anderem dar, dass das Ziel der vorsorglichen Anordnung vom 20. Oktober 2008, die Namen der Antragsteller nicht bekannt werden zu lassen, prima facie auch erreicht werden könne, wenn der AHV und IV die Anzahl der Teilnehmer bekannt gegeben werde. Er setzte den Verfahrensbeteiligten eine Frist bis zum 14. November 2008, um zu diesem Lösungsvorschlag Stellung zu nehmen. Ohne übereinstimmende Stellungnahmen werde mit anfechtbarer Zwischenverfügung über den Antrag der AHV und IV vom 7. November 2008 entschieden.

U.b

Mit Schreiben vom 14. November 2008 verzichteten die AHV und die IV auf die Bekanntgabe der Identität der anbietenden Firmen und beschränkte ihr Begehren auf die Bekanntgabe der Teilnehmeranzahl.

U.c

Die Beschwerdeführerinnen verlangten in ihren Stellungnahmen vom 14. November 2008 erneut, die Teilnehmeranzahl nicht bekannt zu geben. Eventualiter beantragten sie, es sei der AHV und der IV lediglich mitzuteilen, ob weniger als drei Teilnahmeanträge eingegangen seien.

V.

Mit Verfügung vom 17. November 2008 wies der Instruktionsrichter darauf hin, dass die an das BSV gerichteten Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008, in welche die Beschwerdeführerinnen Einsicht begehren, prima facie keine Sachverhaltsfeststellungen, sondern rechtliche Ausführungen enthielten, die im Wesentlichen bereits Eingang in den Prozessstoff gefunden hätten, weswegen er zu einer Abweisung des Akteneinsichtsgesuches neige. Der Instruktionsrichter legte mit Zustimmung des BSV drei Passagen offen, aus welchen sich prima facie ergebe, dass den Dokumenten der Charakter von Parteimemoranden zukomme.

W.

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2008 verfügte der Instruk-

tionsrichter in Bezug auf die beantragten vorsorglichen Anordnungen was folgt:

"1.

Die eingegangenen Teilnahmeanträge bleiben einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts.

2.

Die Namen der Absender eingegangener Postsendungen werden nicht bekannt gegeben.

3.

Die Anzahl der eingegangenen Postsendungen wird der Vergabestelle mitgeteilt.

4.

Die Vollstreckung der Anordnung gemäss Ziffer 3 hiervor wird bis zum 21. November 2008 aufgeschoben."

X.

Ebenfalls am 18. November 2008 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 12-15 wegen Nichteintretens des BSV auf ein Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend die Rechtskonformität der vorliegenden Beschaffung ein. Neben den Begehren in der Hauptsache beantragen die Beschwerdeführerinnen insbesondere, das neue Verfahren B-7308/2008 bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens zu sistieren.

Y.

Die Beschwerdeführerinnen 1-11 hielten mit Eingabe vom 20. November 2008 explizit und die Beschwerdeführerinnen 12-18 stillschweigend am Akteneinsichtsbegehren betreffend die vom BSV in Auftrag gegebenen internen Parteimemoranden fest.

Z.

Entsprechend der Ankündigung gemäss Ziffer 4 der Verfügung vom 18. November 2008 wurde den Verfahrensbeteiligten die Anzahl der eingegangenen Postsendungen am 24. November 2008 mitgeteilt.

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; vgl. das Urteil B-1982/2008 vom 17. Juli 2008, E. 1.2 mit Hinweisen). 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 blosser 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoeB, SR 0.632.231.422]) widersprechen (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1999-005 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 (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 1.1).

1.2 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.

2.

2.1 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). Vorliegend rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, einen selbstständig anfechtbaren Entscheid zu treffen insbesondere zur Frage, ob das strittige Beschaffungsvorhaben in den Anwendungsbereich des

Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesens fällt. Wird die Frage verneint, sind jedenfalls die beschaffungsrechtlichen Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht zu hören. Wird sie bejaht, führt dies zu einem gemäss Art. 92 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) unmittelbar anfechtbaren Entscheid (FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 92 Rz. 6). Offen bleiben kann dabei die Legitimation der beschwerdeführenden Verbände, soweit diejenige der Anbieter von Hörgeräten gegeben ist, was im Folgenden zu prüfen sein wird.

2.2 Der Instruktionsrichter hat mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 3.2, festgehalten, die Legitimation der Anbieter von Hörgeräten sei gegeben, was von AHV und IV auch nicht bestritten werde. Diese machen dazu im Rahmen der Beschwerdeantwort geltend, durch die angefochtene Ausschreibung komme es vorläufig noch zu keinen Änderungen auf dem Hörgerätemarkt. Deshalb seien die Beschwerdeführerinnen in keiner Weise in ihren Rechten tangiert, womit es auch an einem Rechtsschutzinteresse zur Anfechtung der Ausschreibung fehle (Beschwerdeantwort, S. 21). Dieser Rechtsauffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum alten Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) und damit auch im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 f. VwVG ist zur Beschwerde gegen eine Ausschreibung jeder potenzielle Teilnehmer am Vergabeverfahren legitimiert (Urteil des Bundesgerichts 1P.338/2004 vom 11. August 2004, E. 2.1 mit Hinweisen), was auf die Anbieter von Hörgeräten im vorliegenden Fall zutrifft. Diese Rechtsprechung entspricht auch dem teleologischen Verständnis der Anfechtbarkeit der Ausschreibung gemäss Art. 29 Bst. b BoeB (vgl. E. 1.1 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen rügen unter anderem, der Kreis der Teilnehmer werde durch die angefochtene Ausschreibung unter Verwendung nicht sachgerechter, die Eignungsprüfung sprengender Kriterien eingeschränkt. Diese Rüge ist nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen in Anfechtung der Ausschreibung zu erheben. Tut der Anbieter dies nicht, kann er die Rechtsfehlerhaftigkeit der Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr rügen (Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.39 E. 3d). Demnach ist die

Legitimation der Anbieter von Hörgeräten zur Anfechtung der strittigen Ausschreibung zu bejahen.

2.3 Der 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 von einer Beschaffung auszugehen ist (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, 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). Vorliegend soll in diesem Sinne unter Beizug eines von AHV/IV bzw. BSV auszuwählenden Logistikdienstleisters ein Logistikzentrum eingerichtet werden (Pflichtenheft zur Präqualifikation im Projekt Beschaffung von Hörgeräten [Beilage 2 zur Beschwerde vom 25. September 2008], S. 6 Punkt 3.21 und S. 12 Punkt 3.2.4.4). 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). Die diesbezüglichen Feststellungen im Rahmen des Zwischenentscheides werden von der Vergabestelle denn auch nicht bestritten. Es liegt kein "vergabeähnliches Geschäft" vor, auf welches das BoeB höchstens analog oder sinngemäss anwendbar wäre (vgl. zu den vergabeähnlichen Geschäften etwa MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 461 ff., Rz. 59 und 73 ff.).

2.4 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.

3.1 Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen 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). FETZ (a.a.O., Rz. 64) führt dazu aus, dass der VoeB grundsätzlich dieselben Beschaffungsstellen unterstellt sind wie dem BoeB.

3.2 Im Sinne des in Erwägung 3.1 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 Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen vom 19. September 1994 (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, insbes. S. 1177). In diesem Sinne wird auch in Art. 1 Abs. 1 ÜoeB festgehalten, dass dieses Anwendung findet auf alle [...] öffentlichen Beschaffungen durch Stellen, die, wie in Anhang I ausgeführt, diesem Abkommen unterliegen. Dabei wird offensichtlich sowohl in der Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19. September 1994 (GATT-Botschaft 1, BBI 1994 IV 1, insbes. S. 362), als auch im durch das Bundesamt für Justiz erstellten Gutachten zur Frage der Unterstellung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) vom 5. Juni 2002, veröffentlicht in 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; im Sinne eines funktionellen Auftraggeberbegriffs kritisch JEAN-

BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 75). Indessen kann jedenfalls die Antwort auf die Frage nach der eigentlichen Absicht der Mitgliedstaaten dazu führen, dass eine im Annex 1 nicht explizit aufgeführte Einheit unterstellt ist (Panel-Report im Fall Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, angenommen mit WT/DSB/M/84 am 15. Juni 2000 [im Folgenden: Panel-Report Korea], 7.58; vgl. den entsprechenden Hinweis bei HUBERT STÖCKLI, *Das Vergaberecht der Schweiz*, 7. Aufl., Freiburg 2008, S. 69). Die "Positivliste" gemäss Annex 1 basiert auf dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Verwaltungsorganisationsgesetz (VwOG [AS 1983 170]; FETZ, a.a.O., Rz. 61). Soweit in der Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (zuletzt im Entscheid CRM 2001-007 vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 3b/aa) auf das RVOG statt auf das VwOG verwiesen wird, stellt sich die Frage, ob der Begriff der allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne des Annex 1 insoweit als dynamisch zu verstehen ist, was indessen vorliegend offen bleiben kann (vgl. FETZ, a.a.O., Rz. 61 mit Fn. 95). Im Unterschied zur in Anhang I Annex 1 gewählten Methode werden in den Sektorenbereichen Trinkwasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung nicht im Sinne einer "Positivliste", sondern anhand abstrakter Definitionen unter Nennung von Beispielen die dem ÜoeB bzw. dem BoeB unterstehenden Auftraggeberinnen umschrieben (Anhang I Annex 3 zum ÜoeB; FETZ, a.a.O., Rz. 63).

3.3 Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, AHV und IV sei es mit keiner einzigen klaren und eindeutigen Gesetzesstelle gelungen zu belegen, dass ihnen hinsichtlich des strittigen Beschaffungsvorhabens eine entsprechende, notwendige Rechtspersönlichkeit zukomme (Stellungnahme vom 17. Oktober 2008, S. 4). Entsprechend sei davon auszugehen, dass nicht der AHV und der IV, sondern dem BSV die Rolle der Auftraggeberin zukommt. Aufgrund der entsprechenden Medienmitteilung des BSV sei anzunehmen, dass dieses für die Ausschreibung verantwortlich sei. 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). AHV und 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 von AHV und IV als Gesamtinstitution anerkannt werde bzw. dass eine gewisse Rechtsfähigkeit von AHV und IV selbst anerkannt worden sei (VPB 67.4). Darüber hinaus habe der Gesetzgeber seinerseits die Rechtspersönlichkeit der AHV wie auch der IV in einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er jeweils von "der Versicherung" spreche, weshalb AHV und IV nach deren Auffassung über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen (vgl. nur die Stellungnahme 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 BSV, 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 (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 8 ff.).

3.4 Zunächst steht fest, dass das BSV dem GATT/WTO-Übereinkommen und dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht, während die Tatsache, dass die Schweizer Unfallversicherungsanstalt (SUVA) mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, als Indiz für die Nichtunterstellung der SUVA gelten kann. 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). Die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat ausserdem in Bezug auf die Swisscontrol/Skyguide festgestellt, dass deren Konstituierung als juristische Person des Privatrechts dafür spreche, dass sie auch nicht zu den dezentralisierten Verwaltungseinheiten gehört, welche e contrario ebenfalls unter die Definition der allgemeinen Bundesverwaltung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB fallen könnten (Entscheid CRM 2001-007 vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 3b/aa). Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass für in Art. 2 Abs. 1 Bst. b-d BoeB nicht genannte Auftraggeberinnen in der eigenen Rechtspersönlichkeit zumindest ein Indiz für die Nichtanwendbarkeit des BoeB zu sehen ist.

3.5

3.5.1 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 selbstständige Anstalt des Bundes ausgestaltet worden sind. Sie haben nach der im Gutachten vertretenen Auffassung grundsätzlich keine eigene Rechtspersönlichkeit und keine zentrale Organisation. Demgegenüber seien gewisse Organe mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Gemäss dem Gutachten handelt es sich um die Verbandsausgleichskassen und die als selbstständige öffentliche Anstalten eingerichteten kantonalen Ausgleichskassen. Auch dem Ausgleichsfonds sei 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. Damit lassen sich aus dem Gutachten gerade nicht die von AHV und IV behaupteten Schlüsse ziehen. Dasselbe gilt auch für die im Rahmen der Beschwerdeantwort zitierte sozialversicherungsrechtliche Literatur. Diese ergibt zwar interessante Aufschlüsse zur Organisation, auf welche noch näher einzugehen sein wird, aber keine eindeutigen Aussagen in Bezug auf die eigene Rechtspersönlichkeit von AHV und IV. Anders ist die Ausgangslage nur in Bezug auf die Dissertation von HANS-ERNST NAEF mit dem Titel "Das Versicherungsverhältnis in der Sozialversicherung" (Bern 1944), welche mit den Worten zitiert wird, der Begriff des Versicherungsträgers mache nur dann Sinn, wenn den einzelnen Versicherungsträgern Rechtssubjektivität verliehen werde und den Trägern die private Rechtsfähigkeit zuerkannt werde. Dazu ist indessen festzuhalten, dass diese Aussage vor Ergehen von BGE 112 II 87 ff. gemacht worden ist. In der neueren Literatur wird dazu einerseits festgehalten, dass der Begriff "Versicherungsträger" "sehr unscharf und in seinen Konturen nur wenig bestimmt" ist; dieser finde häufig Anwendung, um die verschiedenen Durchführungsstellen zu bezeichnen (Ueli Kieser, Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 513), was gerade nicht die Rechtspersönlichkeit des "Versicherungsträgers" selbst voraussetzt. Andererseits wird durch die Doktrin ganz im Sinne der Aussagen des Gutachtens des Bundesamtes für Justiz bestätigt, dass einzelnen Durchführungsorganen Rechtspersönlichkeit zukommt. Dies trifft etwa zu auf die kantonalen Ausgleichskassen, welche von den Kantonen als selbstständige öffentliche Anstalt errichtet werden (Art. 61 Abs. 1 AHVG; vgl. dazu Ueli Kieser, in: Ulrich Meyer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007 [hiernach: Soziale Sicherheit], § 43 S. 1352 Rz. 459). Auch Verbandsausgleichskassen sind nach diesem Autor als selbstständige öffentlichrechtliche Rechtssubjekte anzusehen (Kieser, in: Soziale Sicherheit, § 43 S. 1354 Rz. 465; vgl. dazu auch Ulrich Meyer, in: Soziale Sicherheit, § 17 S. 65 Rz. 97). Dasselbe gilt für die Zentrale Ausgleichsstelle gemäss Art. 71 AHVG (Kieser, in: Soziale Sicherheit, § 43 S. 1357 Rz. 477). AHV und IV weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Helen Monioudis in ihrer Monographie "Die Organisation ausgewählter Sozialversicherungszweige und die rechtliche Stellung der Sozialversicherungsträger" festhält, die Befugnis der einzelnen Organe, selbstständig aufzutreten, beschränke sich deshalb auf die ihnen übertragenen Aufgaben, so dass die AHV durch keines ihrer Organe als Gesamt-

institution repräsentiert werden könne (MONIOUDIS, Zürich 2003, S. 37, vgl. zur IV S. 99; Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008, S. 12). Hierbei handelt es sich indessen um ein Zitat des Gutachtens des Bundesamtes für Justiz, womit zumindest implizit auch das Konzept der partiellen Rechtsfähigkeit von AHV und IV übernommen wird. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte und die dezentrale Organisation von AHV und IV. MONIOUDIS führt zur Struktur ergänzend aus, die zuständige Expertenkommission habe auch die Frage aufgeworfen, ob die Durchführung der AHV durch die Schaffung einer zentralen Bundesanstalt nach dem Vorbild der SUVA gestaltet werden könnte. Auf diese Lösung ist offenbar als zu zentralistisch und damit damals politisch schwer vermittelbar trotz zweifellos gegebener administrativer Vorteile in verschiedener Hinsicht verzichtet worden (MONIOUDIS, a.a.O., S. 36). Dies spricht eher gegen die generelle Rechtsfähigkeit von AHV und IV als "Dachorganisation". Damit wird das von Bundesgericht und Bundesamt für Justiz vertretene Konzept der partiellen Rechtsfähigkeit gestützt. Mit Rücksicht auf derartige Konstruktionen hält denn auch ULRICH MEYER fest, dass die Ver selbständigung vom Staat bloss organisatorischen und rechtlichen Charakter haben kann (MEYER, in: Soziale Sicherheit, § 17 S. 64 Rz. 96). Zur IV ist ergänzend anzumerken, dass sich deren Organisation an die AHV anlehnt (Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]), wobei den kantonalen IV-Stellen eigene Rechtspersönlichkeit zukommt (Art. 54 Abs. 2 IVG). Damit kommt nach MONIOUDIS (a.a.O., S. 99) die "strukturelle und organisatorische Nähe der IV zur AHV ... augenfällig zum Ausdruck". Zusammenfassend ergibt sich somit, dass AHV und IV selbst keine bzw. lediglich partielle Rechtspersönlichkeit zukommt. Entsprechend findet sich für die Konstituierung als juristische Person im Unterschied zu den oben aufgeführten Organen keine gesetzliche Grundlage. Aus der dargestellten Organisationsstruktur ergibt sich denn auch, dass entgegen den Vorbringen von AHV und IV (Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008, S. 15 f.) nicht von der Existenz der Durchführungsorgane auf die Rechtspersönlichkeit von AHV und IV selbst geschlossen werden kann. Auch erstreckt sich die AHV und IV zuerkannte Teilrechtsfähigkeit aufgrund ihrer thematischen Abgrenzung gerade nicht auf den Bereich der Beschaffung, was aber vorausgesetzt werden müsste, um im vorliegenden Zusammenhang die Teilrechtsfähigkeit der vollen Rechtspersönlichkeit gleichsetzen zu können (vgl. dazu rechtsvergleichend ALEXANDER EGGER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, S. 137, Rz. 491).

3.5.2 In der fehlenden Rechtspersönlichkeit kann einerseits ein Indiz für die Zugehörigkeit zur allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB gesehen werden. Dagegen spricht indessen die bereits dargestellte dezentrale Organisation, welche Teileinheiten auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene umfasst. In diesem Sinne hält denn auch ULRICH MEYER fest, dass die Form der Sozialversicherung als Teil der staatlichen Leistungsverwaltung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht nicht mehr anzutreffen ist, nachdem die SUVA mit dem Vollzug der Militärversicherung betraut worden ist (MEYER, in: Soziale Sicherheit, § 17 S. 63 Rz. 95). Insofern greift die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen, welche in AHV und IV eine gewöhnliche "organisatorische Einheit des Bundes" sieht (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 12-18, S. 4), wohl etwas zu kurz. Andererseits sind dem ÜoeB gemäss Anhang I Annex 2 auch kantonale "autorités publiques cantonales" und "organismes de droit public établis au niveau cantonal" unterstellt, was dafür spricht, dass mit der Kreation von Hybridformen im Sinne möglicherweise zwischen Bund und Kantonen liegender organisatorischer Einheiten der Anwendungsbereich des ÜoeB nicht verlassen werden soll. Richtig ist auch, dass die funktionale Sichtweise, insbesondere mit Blick auf die von AHV und IV wahrzunehmenden Aufgaben, für deren Unterstellung spricht (so in Bezug auf das IGE etwa das Bundesamt für Justiz, in VPB 67.4 Punkt I/4). Für das europäische Vergaberecht ist in diesem Sinne von einem funktionellen Auftraggeberbegriff auszugehen (vgl. dazu etwa HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., Köln 2005, S. 147 ff.). Die europäische Begrifflichkeit hat die Formulierung von Anhang I Annex 2 und Anhang I Annex 3 zum ÜoeB beeinflusst (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, a.a.O., S. 76). In diesem Sinne führen denn AHV und IV auch aus, dass selbst wenn man den Zustand der Nichtunterstellung als falsch oder unbefriedigend empfinden sollte, dies nichts daran ändere, dass er dem geltenden Recht entspreche; allfälligen Bedenken hinsichtlich der bestehenden Lückenhaftigkeit des Bundesbeschaffungsrechts könne allenfalls im Rahmen der laufenden Revision des Beschaffungsrechts Rechnung getragen werden (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 12). Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob AHV und IV auch dann unterstehen würden, wenn das BSV nicht in den Anhang I Annex 1 zum ÜoeB aufgenommen worden wäre. Es wird sich aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass mit der Frage nach der Unterstellung des BSV zugleich über die Eintretensfrage entschieden wird. In diesem Zusammenhang wird unter anderem zu prüfen sein,

was die fehlende Rechtspersönlichkeit von AHV und IV für die Frage bedeutet, ob vorliegend der AHV und der IV oder dem BSV Auftraggeberqualität zukommt.

3.6 Gemäss Art. 27 IVG ist der Bundesrat befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten und Werkstätten, die Eingliederungsmassnahmen durchzuführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge zu schliessen, um die Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung zu regeln und die Tarife festzulegen. Diese Befugnis ist dem Bundesamt für Sozialversicherungen übertragen worden (Art. 24 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201]; vgl. dazu nur die Stellungnahme des BSV vom 11. November 2008). In diesem Sinne halten denn auch AHV und IV fest, dass das BSV – neben anderen Stellen und Rechtspersönlichkeiten in der AHV – die ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben übernehme und beispielsweise Tarifverträge abschliesse (Stellungnahme vom 6. Oktober 2008, S. 6). Damit fungieren Bundesrat bzw. BSV insoweit nicht als Aufsichtsinstanz. Vielmehr entspricht diese Funktion derjenigen eines Durchführungsorgans, welches Aufgaben für AHV und IV teilweise übernimmt. AHV und IV selbst dürften demgegenüber keine Tarifverträge abschliessen. Dies etwa im Unterschied zu Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung (MVG, SR 833.1), wo die Tarifvertragskompetenz der Militärversicherung selbst zuerkannt wird. Diese kann in einem zweiten Schritt gestützt auf Art. 81 Abs. 1 oder Abs. 2 MVG auf das Bundesamt für Militärversicherung oder die SUVA übertragen werden (vgl. dazu die Definitionen der Tarifvertragsparteien gemäss dem Tarifvertrag 2006; Beilage 12 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 14. Oktober 2008). In Bezug auf die Frage, wer im Anschluss an das vorliegend strittige Vergabeverfahren die privatrechtlichen Verträge mit den Lieferanten unterschreibe, führen AHV und IV aus, es sei davon auszugehen, dass dies das BSV sein werde. Für die AHV und IV liege es zum einen nahe, diesbezüglich auf das BSV zurückzugreifen, weil damit eine Analogie zum Vorgehen bei den Tarifverträgen hergestellt werden könne. Andererseits verfüge das BSV auch über die entsprechende Fachkompetenz, weil das Amt ebenfalls zuständig sei, Tarif- und Zusammenarbeitsverträge auszuarbeiten, welche denselben rechtlichen Vorgaben Rechnung tragen müssen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass andere Organe oder Träger nicht geeignet oder nicht befugt seien, solche Verträge zu

unterzeichnen (Beschwerdeantwort vom 30. Oktober, S. 28 f.). So gesehen ist es auch folgerichtig, dass das BSV das Kurzgutachten von PD DR. UELI KIESER und zwei Memoranden der späteren Rechtsvertreter der AHV und IV eingeholt hat. Ebenso nahe liegend ist der Umstand, dass das BSV nach Angaben von AHV und IV gestützt auf die Empfehlungen der Eidgenössischen Finanzkontrolle zur Beschaffung von Hörgeräten die angefochtene Ausschreibung vorbereitet hat. Erst im Laufe der Vorbereitungsarbeiten sei das BSV zum Schluss gekommen, dass – im Gegensatz zum Abschluss von Tarifverträgen – eine formelle Vertretung von AHV und IV durch das BSV in Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren nicht erforderlich sei (Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008, S. 19). Dem kann indessen nicht gefolgt werden. Vielmehr ist mit dem Bundespräsidenten und Vorsteher des Departements des Innern anzunehmen, dass das BSV – ganz unabhängig von der Frage, ob dieses Vorgehen zulässig bzw. hierfür eine gesetzliche Grundlage gegeben ist – das für die Lancierung der vorliegenden Ausschreibung zuständige Organ ist. Das wird indirekt anerkannt, wenn der Bundespräsident und Vorsteher des Departements des Innern festhält, 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 (Schreiben vom 1. Oktober 2008; vgl. dazu schon die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 3.6.5). Dies trifft umso mehr zu, als AHV und IV mangels Rechtspersönlichkeit gar nicht selbst Verträge schliessen können. Demnach entspricht es der Logik der Organisation des AHV- und IV-Bereichs, dass das BSV nicht nur Tarif- und Werkverträge abschliesst, sondern auch Beschaffungsvorhaben öffentlich ausschreibt, soweit in diesem Bereich überhaupt mittels Ausschreibungen beschafft werden darf, was die Beschwerdeführerinnen bestreiten.

3.7

3.7.1 Nach dem Gesagten ist klar, dass vorliegend das BSV als Beschaffungsstelle anzusehen ist. Das bedeutet indessen nicht automatisch, dass das BSV insoweit als Auftraggeberin dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht. AHV und IV machen dazu geltend, das BSV unterstehe nur für eigene Beschaffungen (z.B. Büromaterial) den Vorschriften des BoeB. Dies sei indessen nicht der Fall, wenn das BSV lediglich als Organ für Dritte – nämlich AHV und IV – tätig werde. Im Rahmen einer solchen Konstellation sei einzig massgebend, ob der Vertretene, also AHV und IV, dem

BoeB unterstehen. Andernfalls könne man sich umgekehrt durch die Bestellung einer nicht unterstellten Vertreterin dem Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts entziehen, was offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers sein könne (Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008, S. 19 f.).

3.7.2 Ganz im Sinne des soeben Festgehaltenen führt auch FETZ aus, dass die Anwendung des Beschaffungsrechts nicht durch das Vorschieben einer nicht unterstellten Dritten umgangen werden kann, selbst wenn Letztere als im eigenen Namen ausschreibende Stelle auftritt (FETZ, a.a.O., Rz. 62). Zu diesem Schluss kommen auch der Panel-Report Korea (7.59) und – was rechtsvergleichend zu berücksichtigen ist – der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), wenn er mit Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG u.a. c/ Strohal Rotationsdruck GmbH (Slg 1998 S. I-73, Rz. 42 f.) festhält, der Zweck der anwendbaren Richtlinie würde vereitelt, wenn die Anwendung ihrer Regelung allein durch die Übertragung der sich aus einer Ausschreibung ergebenden Rechte und Pflichten des öffentlichen Auftraggebers auf ein Unternehmen, welchem keine Auftraggeberqualität im Sinne des Beschaffungsrechts zukommt, vermieden werden könnte.

3.7.3 Im Folgenden wird nun zu prüfen sein, ob und inwieweit auch der Umkehrschluss zulässig ist. Nach FETZ ist das BoeB anwendbar, wenn eine unterstellte Beschaffungsstelle in eigenem Namen für eine an sich nicht vom BoeB erfasste Stelle beschafft. Demnach sei das BoeB beispielsweise anzuwenden, wenn das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) in eigenem Namen (allenfalls sogar auf Rechnung der Bundesgerichte) handle (a.a.O., Rz. 62). Somit müsste nach dieser Konzeption auch die vorliegende Beschaffung bereits aus diesem Grund dem BoeB unterstehen. Das BSV könnte sich demnach nicht darauf berufen, für AHV und IV zu beschaffen, um die Anwendbarkeit des BoeB zu bestreiten. Es stellt sich indessen die Frage, ob der zitierten Rechtsauffassung in dieser allgemeinen Form zu folgen ist. Beauftragt die vermutlich nicht unterstehende Stiftung Schweizerischer Nationalpark das BBL mit der Beschaffung von Büromöbeln für eine ihrer Immobilien, so ist wohl nicht von einer Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 BoeB auszugehen. Davon geht mutatis mutandis auch der EuGH in der bereits zitierten Rechtssache C-44/96 aus (a.a.O., Rz. 46). Ein öffentlicher Bauauftrag unterliegt nicht den Vorschriften der einschlägigen Richtlinie, wenn er ein Vorhaben betrifft, das von

Anfang an in vollem Umfang dem Gesellschaftszweck eines Unternehmens entsprach, welches kein öffentlicher Auftraggeber ist, und wenn die Bauaufträge für dieses Vorhaben von einem öffentlichen Auftraggeber für Rechnung dieses Unternehmens vergeben wurden. Dies entspricht im Ergebnis der Rechtsauffassung von AHV und IV. Nur ist vorliegend nicht von einer derartigen Konstellation auszugehen. Vielmehr ist das BSV das einzige mögliche Organ von AHV und IV, welches eine derartige Beschaffung durchführen kann. Damit liegt nicht ein gewähltes Vertretungsverhältnis vor wie in Bezug auf die Stiftung Schweizerischer Nationalpark. Diese kann, da sie mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, – von allfälligen beschaffungsorganisationsspezifischen Vorgaben abgesehen (vgl. dazu die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes vom 22. November 2006 [Org-VoeB, SR 172.056.15]) – grundsätzlich wählen, ob sie die Ausschreibung selbst vornimmt oder etwa das BBL damit beauftragt. Das ist hier indessen nicht der Fall. Da das BSV mangels Rechtspersönlichkeit von AHV und IV zwingend zuständig ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es sowohl für eigene Vergaben als auch für solche, welche es für AHV und IV tätigt, dem ÜoeB und dem BoeB untersteht. Dies entspricht auch dem Gebot der Rechtssicherheit. Ganz vergleichbar hat der EuGH erkannt, dass die Staatsdruckerei eine Auftraggeberin im Sinne der einschlägigen Richtlinie ist, unabhängig davon, ob dem der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art dienenden Teil der ausgeübten Tätigkeit mehr oder weniger grosse Bedeutung zukommt (Rechtssache C-44/96, a.a.O., Rz. 35). Ein anderes Verständnis der anwendbaren Normen würde nach dem Gerichtshof gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstossen. Eine Norm und deren Anwendung sollen vorhersehbar sein. Derselbe Schluss ergibt sich auch aus dem Verständnis von Anhang I Annex 1 ÜoeB aus der Sicht der Vertragsstaaten des ÜoeB, die im Zweifel nicht mit einer eingeschränkten Unterstellung rechnen müssen (Panel-Report Korea, 7.59). Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn in einer entsprechenden Fussnote auf diesen Umstand hingewiesen würde (Panel-Report Korea, 7.72). So ist zum Beispiel in Bezug auf die Schweizerische Post in Fussnote 2 zum Annex 1 vermerkt, die damalige Post sei nur soweit unterstellt, als sie nicht in Konkurrenz mit Unternehmen stehe, auf welche das ÜoeB nicht anwendbar sei. Dies ist offenbar mit dem Ziel geschehen, die Unterstellung des Telekom-Bereiches zu vermeiden (vgl. dazu GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 1168 und 1178, sowie FETZ, a.a.O., Rz. 61). Im Ergebnis einer Fuss-

note im dargestellten Sinne gleichkommen könnte eine erkennbare Verhandlungsposition der Schweiz, nach welcher der Bereich der Sozialversicherungen generell aus dem Bereich der Anwendbarkeit des BoeB ausgenommen bleiben soll, was im Folgenden zu prüfen ist.

3.7.4 AHV und IV machen geltend, es lasse sich nachweisen, dass das Fehlen von AHV und IV in der Liste gemäss Anhang I Annex 1 kein Unterlassen, sondern Absicht gewesen ist. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Umstand, dass auch die SUVA nicht im Annex 1 aufgeführt werde. Einzig 1989 sei zu Protokoll gegeben worden, dass eine Unterstellung des gesamten Versicherungssektors für die Schweiz aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen privaten Versicherungen und Sozialversicherungen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden wäre (Stellungnahmen vom 6. Oktober 2008, S. 9 und vom 14. Oktober 2008, S. 14, jeweils mit Hinweis auf das Dokument MTN-GNS/25 vom 23. Oktober 1989, Rz. 94). Die Entstehungsgeschichte des ÜoeB liefere demnach klare Belege dafür, dass die AHV und die IV dem Abkommen nicht unterstehen.

3.7.5 Den Materialien kommt im Rahmen der Auslegungen der Erklärungen der Signatarstaaten zum ÜoeB eine nicht unerhebliche Bedeutung zu, jedenfalls wenn der Text von Annex 1 selbst nicht zu einer klaren Lösung führt (Panel-Report Korea, 7.13), was vorliegend der Fall ist. Deswegen ist das SECO – vergleichbar dem Vorgehen des Bundesamtes für Justiz im Rahmen der Erstattung des Gutachtens betreffend das IGE (VPB 67.4) – um eine Stellungnahme zur Frage ersucht worden, ob aufgrund der Entstehungsgeschichte von ÜoeB und BoeB Aussagen gemacht werden können zur Frage, ob der Bereich der Sozialversicherungen, namentlich die AHV und die IV bzw. das BSV, soweit für AHV und IV beschafft wird, dem BoeB untersteht. Im Rahmen der Stellungnahme vom 21. Oktober 2008 hielt das SECO fest, das BSV sei in der Schweizer Liste zum Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen der Tokyo-Runde (SR 0.632.231.421), der für die Schweiz am 12. Dezember 1979 in Kraft getreten ist, nicht enthalten gewesen. Eines der Ziele der seit 1986 laufenden Neuverhandlung des Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen sei es gewesen, Annex 1 zu Anhang I nach Möglichkeit auf möglichst viele zentralstaatliche Beschaffungsstellen auszuweiten. Diese Zielsetzung sei unter den Vertragsparteien unbestritten gewesen. Der Themenbereich der sozialen Sicherheit sei in den GPA-Verhandlungen weder im Zusammenhang mit der Unterstellung zentralstaatlicher Beschaffungs-

stellen noch im Zusammenhang mit der Unterstellung regionaler, d.h. in der Schweiz kantonaler Beschaffungsstellen berührt worden. Die einschlägige Liste sollte gemäss Antrag an den Bundesrat vom 20. November 1995 der Aufzählung der Verwaltungseinheiten in Art. 58 VwOG (AS 1979 114) entsprechen und habe folgerichtig auch das BSV enthalten, wogegen AHV und IV nicht auf der Liste aufgeführt worden seien. Darüber hinausgehende Aussagen seien aufgrund der Entstehungsgeschichte des ÜoeB und des BoeB nicht möglich.

3.7.6 Die Beschwerdeführerinnen halten dazu mit Eingaben vom 27. und vom 28. Oktober 2008 fest, es sei anscheinend niemand auf die Idee gekommen, dass AHV und IV als Beschaffungsstelle in Frage kommen könnten. Hätte man AHV und IV als Beschaffungsstelle in Betracht gezogen und hätte man diese vom Anwendungsbereich des ÜoeB ausschliessen wollen, müsste dies aus den Materialien ersichtlich sein. Die Beschwerdeführerinnen 12-18 ziehen aus dem Amtsbericht des SECO weiter den Schluss, die Nichtunterstellung von AHV und IV müsse als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes interpretiert werden, welche vom Richter durch Unterstellung von AHV und IV unter das BoeB zu beseitigen sei (Stellungnahme vom 28. Oktober 2008, S. 2).

3.7.7 Nach dem Gesagten lässt sich in Bezug auf die Materialien zunächst festhalten, dass sich aus der Stellungnahme des SECO vom 21. Oktober 2008 über die Feststellung des unumstrittenen Zieles, Anhang I Annex 1 auf möglichst viele zentralstaatliche Beschaffungsstellen auszuweiten, hinaus keine weiteren Erkenntnisse zur Strategie der Schweiz in Bezug auf die Unterstellung der Sozialversicherungsträger und ihrer Organe gewinnen lassen. Entsprechend verweist das SECO darauf, dass man sich der Aufzählung der Verwaltungseinheiten in Art. 58 VwOG (AS 1979 114) bedient habe, offenbar ohne in Bezug auf alle Einheiten der Bundesverwaltung im Einzelnen die Zweckmässigkeit ihrer Unterstellung zu prüfen. Eine strategische Absicht die AHV und IV bzw. allgemein die Beschaffungen der Sozialversicherungen nicht dem GATT/WTO-Übereinkommen zu unterstellen, kann daraus nicht abgeleitet werden.

3.7.8 Auch die von der AHV und IV angeführten Protokolle der Verhandlungen der Uruguay-Runde (Minutes of Trade Negotiations/Group of Negotiations on Services [MTN-GNS/25] vom 23. Oktober 1989, Rz. 94) treffen keine Aussage über eine Strategie der Schweiz im

Hinblick auf die Unterstellung der Einheiten der Sozialversicherungen unter das GATT/WTO-Übereinkommen. Bei näherer Betrachtung der zitierten Stelle zeigt sich, dass diese nicht das öffentliche Beschaffungswesen behandelt, sondern die Bestrebungen in Bezug auf die generelle Liberalisierung des Marktzugangs für diverse Dienstleistungssektoren, welche später zum Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen bzw. General Agreement on Trade in Services vom 15. April 1995 (Anhang Ib zum GATT/WTO-Übereinkommen, GATS, SR 0.632.20) führten. Die in diesem Rahmen von der Schweizer Delegation gemachten Ausführungen, namentlich zur Sonderstellung der Sozialversicherungen und diesbezüglich festgestellten Schwierigkeiten einer Liberalisierung, können aus dem Kontext des GATS nicht auf das ÜoeB übertragen werden. Die Verhandlungsstrategie im Bereich der Dienstleistungen folgt, bedingt durch die verwendeten Liberalisierungsmechanismen, nämlich gänzlich anderen Prämissen. Im Rahmen des GATS verpflichteten sich alle WTO-Mitgliedstaaten zum Zwecke der Markttöffnung multilateral nach den Regeln der Meistbegünstigung (Art. II GATS) dazu, einander Marktzugang und Inländerbehandlung (Art. XVI und XVII GATS) zu gewähren. Gegenüber diesem auf generelle Mindeststandards betreffend Markttöffnung angelegten Regime für Dienstleistungen war im Bereich der öffentlichen Beschaffungen ein ehrgeizigerer Staatenkonsens Basis des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, wobei hier und gerade deswegen anders als bei fast allen übrigen Kodizes der Tokio-Runde eine Multilateralisierung nicht erfolgen konnte (MEINHARD HILF/STEFAN OETER, WTO-Recht, Baden-Baden 2005, § 25 Rz. 10, S. 473). Deshalb lässt sich eine Strategie in Bezug auf gewisse öffentliche Auftraggeber für die Schweiz allein aus Anhang I Annex 1 und den zugehörigen Materialien ableiten (vgl. SUE ARROWSMITH, Coverage of the GPA, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 119 f., mit Hinweis auf die Möglichkeit konstitutiver abstrakter Kriterien für die Auftraggebereigenschaft). Die von der schweizerischen Delegation eingebrachte Stellungnahme im Rahmen der Verhandlungen zum Dienstleistungsabkommen ist daher so zu verstehen, dass ihrerseits Zweifel bestanden, ob die Sozialversicherungen als vom Staat monopolisierter Subsektor im Bereich der Versicherungen überhaupt mit den vorgesehenen Mitteln der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung liberalisiert werden können. Damit ist jedoch keine Aussage darüber getroffen, ob die von den Sozialversicherungen vorzunehmenden Beschaffungen dem ÜoeB unterstehen sollen. Die Beibehaltung eines Monopols im Bereich der

Sozialversicherungen und die Anwendung des GATT/WTO-Übereinkommens auf deren Beschaffungen schliessen sich gegenseitig nicht aus. Zusammenfassend ergibt sich, dass AHV und IV aus den zitierten Materialien nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

3.7.9 Entgegen dem Vorbringen der Vergabestelle lässt sich auch aus dem Umstand, dass die ausdrücklich mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete SUVA nicht im Anhang I Annex 1 aufgeführt ist, keine Schlüsse zu einer generellen Strategie in Bezug auf die Unterstellung der Sozialversicherungen im Allgemeinen ziehen. Vielmehr kann hier das unterscheidende Element auch in der Frage gesehen werden, ob AHV und IV bzw. der SUVA Rechtspersönlichkeit zukommt, was insoweit der Konzeption von Art. 2 BoeB entsprechen würde. So hätte auch das Verhältnis der Militärversicherung zum im Anhang I Annex 1 aufgeführten Bundesamt für Militärversicherung Anlass zur Klärung im Sinne der Behauptung von AHV und IV gegeben. Zum Bundesamt für Militärversicherung findet sich zwar tatsächlich eine Fussnote. Diese stellt aber nur klar, dass das in Frage stehende Bundesamt nur für gewisse zivile Beschaffungen unterstehen soll. Demgegenüber wird keine Aussage gemacht dahingehend, dass Vergaben, welche nicht für das Bundesamt, sondern für die Militärversicherung erfolgen, ausserhalb der für die öffentlichen Beschaffungen geltenden Regeln abgewickelt werden sollen. Kommt dazu, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des ÜoeB nur das Bundesamt für Militärversicherungen im in Frage stehenden Bereich für die Militärversicherung handeln konnte. Die gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Geschäfte an die SUVA ist erst später geschaffen worden (vgl. Art. 81 Abs. 2 MVG). Diese Übertragung ist inzwischen erfolgt (Bundesgesetz über die Übertragung der Führung der Militärversicherung an die SUVA vom 18. März 2005 [AS 2005 2881]) und hat gemäss Fussnote 1 zu Art. 81 Abs. 1 MVG zur Auflösung des Bundesamtes für Militärversicherung geführt (vgl. zum Ganzen MEYER, in: Soziale Sicherheit, § 17 S. 63 Rz. 95 mit Hinweis). Damit lassen sich auch aus der Gesamtheit der unterstellten bzw. nicht unterstellten Gebilde bzw. Verwaltungseinheiten keine Schlüsse im Sinne der von AHV und IV behaupteten, für die anderen Vertragsstaaten des ÜoeB erkennbaren Verhandlungsposition der Schweiz ziehen.

3.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass alle Beschaffungen des BSV dem ÜoeB und dem BoeB unterstehen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass AHV und IV im Bereich des Beschaffungswesens das rechtliche

Schicksal des BSV teilen und nicht umgekehrt. Das ist – im Unterschied zu anderen Konstellationen (vgl. E. 3.7.3 hiervor) – richtig, da AHV und IV als möglicherweise nicht unterstehende Einheiten mit dem BSV als unterstehender Einheit im Bereich der Beschaffungen im Ergebnis "legally unified" sind (Panel-Report Korea, 7.59 und 7.72; vgl. dazu ARROWSMITH, Coverage of the GPA, a.a.O., S. 122). Dieser Schluss überzeugt umso mehr, als AHV und IV aus funktionaler Betrachtungsweise ohnehin als unterstellt betrachtet werden müssten (vgl. E. 3.5.2 hiervor). Es besteht also gerade nicht die Gefahr, dass durch dieses Ergebnis eine aus funktionaler Sicht etwa unter Annex 3 oder gar nicht unter das ÜoeB fallende Einheit unpassenderweise unter Annex 1 subsumiert würde (vgl. dazu ARROWSMITH, Coverage of the GPA, a.a.O., S. 122 mit Fn. 76). Da auch die Regelung durch Tarifvertrag bereits eine staatliche Intervention im Sinne der Regelung des Bezugs von Hörgeräten bedeutet und die Vertragsparteien des ÜoeB von der vollständigen Unterstellung des BSV ausgehen dürfen (vgl. E. 3.7.3 hiervor), machen AHV und IV trotz der Klage der Beschwerdeführerinnen über die "Verstaatlichung" im Bereich der Hörgeräte im Übrigen zu Recht nicht geltend, es handle sich um eine "neue" Vergabestelle. Damit kann offen bleiben, ob sogenannte neue Auftraggeberinnen, d.h. solche, die erst nach Inkrafttreten des ÜoeB neue Staatsaufgaben wahrnehmen, generell nicht unterstellt sind (so FETZ, a.a.O., Rz. 62).

3.9

Nach dem Gesagten ist somit festzustellen, dass eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB für die vorliegende Ausschreibung verantwortlich ist. Die Beschwerdeführerinnen erheben keine Rüge dahingehend, innerhalb der Bundesverwaltung müsse aufgrund von beschaffungsorganisationsspezifischen Vorgaben (gemäss der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes vom 22. November 2006) nicht durch das BSV, sondern durch eine andere Bundesstelle beschafft werden. Damit ist das BSV in Bezug auf die strittige Ausschreibung als Vergabestelle zu bezeichnen und es sind jedenfalls die beschaffungsrechtlichen Rügen der Beschwerdeführerinnen zu behandeln. Dasselbe muss aber auch für die Rüge staatlichen Handelns ohne hinreichende gesetzliche Grundlage gelten. In diesem Sinne hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau in Auslegung des aargauischen Gemeindegesetzes geprüft, ob die kommunale Schulpflege anstelle des Gemeinderats zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge befugt ist (Urteil vom 19. September 2007, veröffentlicht in Aargauische

Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2007, S. 167 ff.). Da die beschaffungsrechtliche Beschwerde strengere Eintretensvoraussetzungen kennt, welche vorliegend erfüllt sind, kann offen bleiben, ob nur eine solche oder zugleich "subsidiär" eine andere Form der "Beschwerde nach Art. 31 ff. VGG" zur Beurteilung steht (vgl. dazu die Beschwerde vom 6. Oktober 2008, S. 8 und S. 10). Entsprechend haben die Beschwerdeführerinnen 12-15 beantragt, das Verfahren B-7308/2008, welches die Anfechtung eines Nichteintretensentscheides des BSV zum Gegenstand hat, mit Blick auf das vorliegende Verfahren zu sistieren. Das BSV war auf ein Feststellungsbegehren gemäss Art. 25 VwVG unter anderem betreffend die Frage der hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Ausschreibung mit der Begründung nicht eingetreten, das vorliegende Verfahren sei bereits vor Bundesverwaltungsgericht hängig.

4.

Es wird im Endentscheid und allenfalls mit Blick auf vorsorgliche Massnahmen namentlich zu prüfen sein, ob eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die vorliegende Ausschreibung gegeben ist. Dabei wird einerseits zu beurteilen sein, inwieweit eine nachträglich geschaffene gesetzliche Grundlage allenfalls auf den Zeitpunkt der Ausschreibung zurückwirken kann (vgl. die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 4.2.2). Zugleich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die geplante Verordnungsnovelle könne nicht genügen, um eine vom formellen Gesetz (Art. 27 IVG betreffend Tarifverträge) abweichende generell-abstrakte Regelung zu treffen (Beschwerde vom 6. Oktober 2008, S. 22 ff.). Entsprechend hat die Eidgenössische Finanzkontrolle in ihrem Bericht zur "Hilfsmittelpolitik zu Gunsten der Behinderten – Evaluation der Abgabe von Hörmitteln in der IV und AHV" vom Juni 2007 (S. 82, Empfehlung 5) festgehalten, es sei noch nicht definitiv abgeklärt, ob für die Einführung dieses Systems nicht eine Änderung des IVG notwendig sein werde.

5.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen mit Eingabe vom 11. November 2008 die Verlegung der bisher angefallenen Verfahrens- und Parteikosten im Rahmen des vorliegenden Entscheides. Über die Verlegung der Kosten dieses gemäss Art. 92 BGG anfechtbaren Urteils ist indes- sen wie über die zuvor angefallenen Verfahrens- und Parteikosten mit dem Endentscheid zu befinden. In diesem Zusammenhang wird im Falle des Obsiegens der Beschwerdeführerinnen die Frage zu beant-

worten sein, ob die Vertretung der Beschwerdeführerinnen durch zwei Anwaltsteams nach Vereinigung der Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008 noch als notwendiger Aufwand im Sinne von Art. 7 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VKGE, SR 173.320.2) angesehen werden kann.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Es wird festgestellt, dass die vorliegende Ausschreibung dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht.

2.

Über die Kosten des vorliegenden Urteils wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1-11 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Beschwerdeführerinnen 12-18 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- AHV und IV (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Gerichtsurkunde)
- das Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den Schwellenwert des BoeB erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG), innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 25. November 2008