

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativo federal



Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6177/2008

{T 0/2}

Zwischenverfügung vom
4. Dezember 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

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

Gegenstand

Beschaffungswesen (Beschaffung von Hörgeräten) /
Akteneinsicht.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

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. 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.

Mit Eingabe vom 25. September 2008 erhoben mehrere potenzielle Anbieterinnen und Verbände aus dem Bereich der Hörgeräteakustik (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1-11) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahrensnummer B-6177/2008). Der Antrag lautet in der Hauptsache auf Aufhebung der Ausschreibung "Beschaffung von Hörgeräten" vom 15. September 2008. Zugleich stellten die Beschwerdeführerinnen Anträge auf vorsorglichen Massnahmen und verlangten die Sistierung des Vergabeverfahrens.

C.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 fochten weitere Anbieterinnen 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. Zudem stellten die Beschwerdeführerinnen 12-18 Antrag auf Edition

des "Rechtsgutachtens BSV zur Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV". Des Weiteren verlangten sie Einsicht in die "Unterlagen zum Informationsaustausch bzw. Bericht WEKO in Sachen Ausschreibung Hörgeräte durch das BSV". Für die Prozessgeschichte bis zum Urteil vom 25. November 2008 kann auf dieses sowie auf die Verfügungen vom 20. Oktober 2008 und vom 18. November 2008 verwiesen werden. Entsprechend beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen auf die für das zu beurteilende Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen relevanten Angaben.

D.

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. Gleichentags 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.

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 am 10. Oktober 2008 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.

F.

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

G.

Ebenfalls am 14. Oktober 2008 wurde die Vereinigung der Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008 verfügt. 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.

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 zu publizieren habe, wonach die Teilnahmeanträge mit dem Vermerk "vertraulich" und unter Angabe der Verfahrensnummer "B-6177/2008" ans Bundesverwaltungsgericht zu senden sind.

I.

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

J.

Am 7. November 2008 gingen die Teilnahmeanträge wie angeordnet beim Bundesverwaltungsgericht ein. Zugleich wurden dem Gericht die mit Verfügung vom 3. November 2008 einverlangten Parteimemoranden zur Durchsicht eingereicht.

K.

Am 11. November 2008 wurde dem BSV mitgeteilt, der Instruktionsrichter beabsichtige, drei Passagen der strittigen Parteimemoranden

offen zu legen, um die in Frage stehenden Dokumente mit Blick auf deren Charakteristik als Parteimemoranden beschreiben zu können. Das BSV verzichtete darauf, innert angesetzter Frist der angekündigten auszugsweisen Offenlegung der Dokumente zu entgegenzutreten.

L.

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 drei Passagen offen, aus welchen sich prima facie ergebe, dass den Dokumenten der Charakter von Parteimemoranden zukomme. In Unkenntnis dieser Verfügung bekräftigten die Beschwerdeführerinnen 1-11 mit Eingabe vom gleichen Tage ihre Anträge betreffend Akteneinsicht in die Parteimemoranden. Schützenswerte Interessen würden durch eine Offenlegung der in Frage stehenden Dokumente nicht verletzt.

M.

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2008 verfügte der Instruktionsrichter in Bezug auf die beantragten vorsorglichen Massnahmen unter anderem, dass die eingegangenen Teilnahmeanträge einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts bleiben.

N.

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

O.

Mit Verfügung vom 25. November 2008 wurden die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf das Beschleunigungsgebot darauf hingewiesen, dass ihnen durch das Urteil vom gleichen Tage betreffend die Unterstellung der Vergabe unter das BoeB ohne vorherigen Entscheid betreffend ihr Akteneinsichtsgesuch angesichts des zu ihren Gunsten lautenden Entscheids kein Nachteil erwachse.

P.

Am 28. November 2008 stellte der von den Beschwerdeführerinnen 1-11 angegangene Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte fest, dass das Öffentlichkeitsgesetz aufgrund des vorliegenden Verfahrens bezüglich der strittigen Dokumente nicht zur Anwendung komme.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (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 vom 25. November 2008 betreffend die Unterstellung des vorliegenden Beschaffungsvorhabens, E. 1.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Dasselbe muss für den Entscheid in Bezug auf die Akteneinsicht gelten (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBI 2001 4393). 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 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

2.

Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBI 2001 4393). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird 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; Zwischenentscheid im Verfahren B-743/2007 vom 31. Juli 2007, E. 1.4.2). Selbst wenn über die aufschiebende Wirkung in Dreierbesetzung befunden wird, verbleiben separate Zwischenentscheide betreffend die Akteneinsicht in der Kompetenz des Instruktionsrichters (Zwischenverfügung im Verfahren B-3604/2007 vom 16. November 2007, E. 1.4). Im vorliegenden Verfahren sind zudem auch die Anordnungen betreffend die aufschiebende Wirkung bzw. die Anordnung vorsorglicher Massnahmen aufgrund der Ausschreibung als Anfechtungsobjekt einzelrichterlich ergangen (vgl. Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 20. Oktober 2008, E. 1.3). Damit ist für den Entscheid über die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen jedenfalls der Instruktionsrichter zuständig.

2.1 Da die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die frist- und formgerecht gestellten prozessleitenden Anträge einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen betreffend die an das BSV gerichteten Parteimemoranden der Rechtsvertreter desselben vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008.

3.

In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 297 E. 2d S. 301 f.). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im Verfahren B-3604/2007 vom 16. November 2007, E. 2.1). Die Vergabebehörde ist dabei verpflichtet, die Submissionsakten vorweg vollständig der Beschwerdeinstanz auszuhändigen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 899 mit Hinweisen). Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für

das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.24 E. 3a). So besteht für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (BVG 2007/13, nicht publizierte E. 7.1 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 899 mit Hinweisen). Da die Teilnahmeanträge im vorliegenden Fall aufgrund instruktionsrichterlicher Anordnung nicht geöffnet worden sind (vgl. dazu die Zwischenverfügung vom 18. November 2008, E. 2.3), fallen private Geheimhaltungsinteressen von vornherein ausser Betracht.

4.

4.1 Das BSV als Vergabestelle beantragt die Verweigerung der Akteneinsicht in die strittigen Parteimemoranden mit der Begründung, es handle sich um der amtsinternen Meinungsbildung dienende Antworten auf diverse Rechtsfragen. Damit sei klar, dass die in Frage stehenden Dokumente nicht den gemäss Art. 12 VwVG festzustellenden relevanten Sachverhalt betreffen. Das BSV vertritt demnach die Ansicht, dass die Stellungnahmen nicht die Qualität von Sachverständigengutachten zu Sachverhaltsfragen im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG und Art. 57 ff. des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) haben, weshalb ihnen gemäss dem Grundsatz "iura novit curia" auch kein Beweischarakter zukomme. An der Geheimhaltung von Abklärungen zu Rechtsfragen bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse, da die fachliche Qualität entsprechender Äusserungen nur aufrecht erhalten werden könne, wenn sich die Autoren zu schwierigen Fragen absolut frei äussern können. Bestünde stets die Gefahr, dass alle in entsprechenden Dokumenten diskutierten Aspekte später zulasten der Betroffenen verwendet werden können, wäre eine unbefangene und neutrale Äusserung nicht mehr gewährleistet, was dazu führen könne, dass potenziell kontroverse Rechtsfragen im Vorfeld gar nicht mehr abgeklärt würden. Ausserdem sei den Beschwerdeführerinnen der Inhalt der fraglichen Dokumente der Sache nach ohnehin bereits im Rahmen der Stellungnahme von AHV und IV zu den prozessualen Anträgen offenbart worden.

4.2 Die Beschwerdeführerinnen 12-18 sind der Ansicht, dass es sich bei den Parteimemoranden nicht um Elemente der internen Willens-

bildung handelt. Diese stellen nach deren Auffassung vielmehr für die Entscheidungsfindung der Behörde, insbesondere den Entscheid über die Zulässigkeit sowie die Vornahme der Ausschreibung und das anzuwendende Verfahren, offenkundig bedeutsame Beweisergebnisse dar (Eingabe vom 14. Oktober 2008). Die Beschwerdeführerinnen haben ausserdem befürchtet, dass ihnen ein nicht wiedergutzumachender Nachteil daraus erwachsen könne, wenn das Urteil vom 25. November 2008 erginge, ohne dass ihnen zuvor Gelegenheit zur Kenntnis- und Stellungnahme gegeben worden wäre. Sie sind der Ansicht, dass kein Grund vorliege, die Akteneinsicht zu verweigern, da keines der in Art. 27 Abs. 1 Bst. a-c VwVG genannten Interessen durch eine Offenlegung verletzt würde. Im Falle der Verweigerung sei ihnen gemäss Art. 28 VwVG der wesentliche Inhalt der Parteimemoranden zur Kenntnis zu bringen und ihnen Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern (Eingaben der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 17. November 2008 und der Beschwerdeführerinnen 12-18 vom 14. Oktober 2008).

5.

5.1

Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Verweigert werden darf nur die Einsicht in verwaltungsinterne Akten. Als verwaltungsintern gelten Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, weil sie ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und insofern lediglich für den behördeninternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege etc.; vgl. etwa die Zwischenverfügung im Verfahren C-4398/2008 vom 18. November 2008 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, S. 147). Dies entspricht bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Die Meinungsbildung innerhalb der Behörde soll nicht vor der Öffentlichkeit ausgebreitet werden (GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller et alii [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Rz. 28 zu Art. 20 BV mit Hinweisen auf die Judikatur). In der Literatur ist die Unterscheidung zwischen internen und anderen Akten allerdings umstritten (vgl. BVGE 2007/14, E. 6.2 mit Hinweisen; zum Stand der Diskussion im Vergaberecht vgl. etwa GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 903). Problematisch erscheint die Rechtsfigur der internen Akten namentlich dort, wo den entsprechenden Dokumenten Beweiswert zukommt (STEPHAN C. BRUNNER, in:

Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Bern 2008, Rz. 39 zu Art. 26 VwVG). Entsprechend gelten Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen nicht als interne Akten (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 230). Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Bezug auf den Bereich der Evaluation von Teilnahmeanträgen und Offerten wohl die Sphäre der Konkurrenten der Beschwerdeführerin, nicht aber diejenige der Vergabestelle schützenswert ist, deren Vorgehen ja gerade richterlicher Prüfung zugänglich gemacht werden soll (MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 417).

5.2 Im vorliegenden Fall hat die instruktionsrichterliche Durchsicht der Akten ergeben, dass die in Frage stehenden Parteimemoranden keine Sachverhaltsfeststellungen beinhalten, sondern Antworten auf Rechtsfragen (etwa "Untersteht die Invalidenversicherung dem öffentlichen Beschaffungsrecht?"). Entsprechend werden in Bezug auf den Sachverhalt - und auch das nur vereinzelt - lediglich Arbeitshypothesen formuliert. So etwa im Parteimemorandum vom 17. April 2008 (Seite 3), wo sich folgende Formulierung findet: "...Wir gehen davon aus, dass die Beschaffung von Hörgeräten derzeit so erfolgt, wie dies in Anhang 2 des Tarifvertrages vom 1. Juli 2006 zwischen den Verbänden und den Versicherern und im Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung in der Fassung vom 1. Januar 2008 (KHMI) in Rz. 1059 ff. beschrieben wird. Als beschaffende Einheit ist somit im Regelfall die IV zu betrachten, auch wenn der effektive operative Vollzug und der Erlass entsprechender Verfügungen durch die kantonalen IV-Stellen erfolgt." Dabei ist hervorzuheben, dass die Arbeitshypothese teilweise aufgrund öffentlich zugänglicher und teilweise aufgrund den Parteien vorliegender Dokumente formuliert wird. Dem Parteimemorandum selbst kommt also insoweit kein Beweiswert zu. Damit ist der Vergabestelle im Ergebnis beizupflichten, soweit sie festhält, dass vorliegend keine der Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 12 VwVG dienenden Dokumente in Frage stehen. Demnach ist auch nicht von einem Beweiswert auszugehen, der die Qualifikation der strittigen Parteimemoranden als interne Akten ausschliessen würde.

6.

6.1

Mit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) hat die Kritik an der Rechtsfigur der internen Akten eine neue Qualität erhalten. So vertritt etwa BRUNNER (a.a.O., Rz. 40 zu Art. 26 VwVG) die Auffassung, die Ausnahme "interner" Akten sei aus systematischen Überlegungen, welche sich mit Blick auf das BGÖ anstellen lassen, nicht mehr haltbar. In diesem Zusammenhang wird anerkannt, dass sich der Anspruch auf Akteneinsicht allenfalls nicht auf das Äusserungsrecht stützen lässt, weil sich dieses auf die Grundlagen des Entscheids bezieht, namentlich den Sachverhalt und die anwendbaren Rechtsnormen. Das Äusserungsrecht umfasse nicht den Anspruch, sich zu jeder diesbezüglichen Begründung zu äussern (BRUNNER, a.a.O., Rz. 41 zu Art. 26 VwVG). In diesem Sinne ist auch im vorliegenden Fall festzuhalten, dass die in Frage stehenden Parteimemoranden nicht Gegenstand des Äusserungsrechts bilden, zumal die darin vertretenen Auffassungen (selbstverständlich ohne die Hinweise auf allfällige Schwachpunkte der eigenen Argumentation) naheliegenderweise Eingang in die Rechtsschriften von AHV und IV gefunden haben.

6.2 In der Lehre wird indessen weiter festgehalten, das Akteneinsichtsrecht habe nicht ausschliesslich den Zweck, der Partei die Möglichkeit einer wirksamen Stellungnahme zum Sachverhalt zu gewährleisten. Vielmehr habe das Akteneinsichtsrecht auch zum Ziel, behördliche Entscheide transparent und nachvollziehbar zu machen und damit zu deren Legitimierung beizutragen (BRUNNER, a.a.O., Rz. 42 zu Art. 26 VwVG). In diesem Zusammenhang wird allerdings auch auf die Möglichkeit hingewiesen, die Einsichtnahme aufzuschieben, um die freie Meinungs- und Willensbildung einer Behörde zu schützen (BRUNNER, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 26 VwVG und Rz. 22 zu Art. 27 VwVG). Diese Möglichkeit des Aufschubes findet vor allem Anwendung auf Situationen, in welchen Behördenmitglieder im Hinblick auf den Entscheid dem Druck einer Partei ausgesetzt sein könnten (BRUNNER, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 26 VwVG).

6.3 Im vorliegenden Fall behauptet die Vergabestelle, die Rechtsvertreter könnten daran gehindert sein, offen ihre Meinung zu äussern, wenn sie wüssten, dass die Aussagen gegen sie verwendet werden würden. Darin ist indessen eine vorgeschobene Begründung zu sehen.

Eigentlich geht es dem BSV darum, eine eigene Strategie in Bezug auf die vorliegende Ausschreibung bzw. die Tarifverhandlungen mit den Akteuren im Hörgerätebereich zu entwickeln, ohne sich dabei in die Karten blicken zu lassen und unter möglichst realistischer Beurteilung der Schwachpunkte der verschiedenen Argumentationslinien. Die Parteimemoranden kommen in diesem Sinne verwaltungsinternen Papieren gleich. Das wird etwa deutlich, wenn nicht nur Rechtsfragen beantwortet, sondern auch Hinweise zu Risikoabwägungen gegeben werden. So enthält etwa das Parteimemorandum vom 17. April 2008 (Seite 11, 2. Abschnitt) folgende Aussage zu den möglichen Optionen in Bezug auf das weitere Vorgehen: "Es ist letztlich eine Risikoabwägung zwischen dem zeitlichen Aufwand für einen Gesetzgebungsprozess und dem rechtlichen und wirtschaftlichen Anfechtungsrisiko vorzunehmen." In diesem Zusammenhang sind auch Äusserungen zu den politischen Rahmenbedingungen des strittigen Vorhabens zu sehen. So wird im Parteimemorandum vom 30. Mai 2008 (Seite 14, 3. Abschnitt) etwa festgehalten: "Mit Rechtsmitteln könnte immerhin politischer Druck erzeugt und möglicherweise ein Ausschreibungsverfahren verzögert werden (sofern eine aufschiebende Wirkung tatsächlich erwirkt werden könnte)." Das Interesse der Vergabestelle an der Vertraulichkeit der internen Lagebeurteilung ist nachvollziehbar und jedenfalls einstweilen schützenswert, insbesondere da die Verwaltung grossem politischem Druck der wirtschaftlichen Akteure ausgesetzt ist. Dieses Interesse ist auch nicht mit Lancierung der Ausschreibung dahingefallen, sondern besteht so lange, bis geklärt ist, ob die Ausschreibung zulässig ist bzw. welche Vorgaben in Bezug auf die angefochtene Ausschreibung rechtlicher Prüfung standhalten. Demnach ist die Akteneinsicht betreffend die in Frage stehenden Parteimemoranden jedenfalls bis zur Erledigung des vorliegenden Verfahrens aufzuschieben, soweit nicht aufgrund besonderer Umstände anders zu entscheiden ist, was im Folgenden zu prüfen sein wird.

7.

Die Beschwerdeführerinnen 1-11 machen geltend, durch die Tatsache, dass der Instruktionsrichter die Parteimemoranden zur Durchsicht einverlangt habe, seien diese bereits zu den Akten genommen und demnach auch den Beschwerdeführerinnen zuzustellen. Dieser Schluss ist indessen unzutreffend. Vielmehr zieht auch das Bundesgericht bisweilen Akten bei, um etwa über behauptete Geheimhaltungsinteressen zu befinden, ohne dass dadurch das Ergebnis dieser Beurteilung präjudiziert würde (BGE 122 I 153 E. 3 mit Hinweisen).

Selbstverständlich würden die Beschwerdeführerinnen dem Instruktionsrichter umgekehrt ebenfalls einen Vorwurf daraus machen, wenn er die Dokumente trotz entsprechenden Angebots der Vergabestelle nicht einverlangt hätte. Diesfalls würden sie nämlich rügen, die Akten auf blosser Behauptung der Vergabestelle hin, es handle sich um interne Dokumente, von der Akteneinsicht ausgenommen zu haben und dadurch in Willkür verfallen zu sein. Zudem ist im vorliegenden Fall bereits festgestellt, dass den strittigen Parteimemoranden keinerlei Beweiswert zukommt (vgl. E. 5.2 hiervor), womit diese nicht zu den Akten zu nehmen sind. Damit wird die Kohärenz der zu treffenden Anordnungen ohne weiteres hergestellt.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen abzuweisen sind. Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob und inwieweit die dargestellte Kritik der Lehre an der Rechtsfigur der internen Akten über das in Erwägung 5.1 hiervor Festgehaltene hinaus generell als berechtigt erscheint. Es ist auch nicht Sache des Richters zu beurteilen, ob es im Lichte der Zielsetzungen des Öffentlichkeitsgesetzes nachvollziehbar erscheint, dass die Vergabestelle angesichts des zu erwartenden politischen Widerstands nicht frühzeitig ein öffentlich zugängliches Argumentarium namentlich betreffend die Frage, ob die vorliegende Vergabe dem Beschaffungsrecht des Bundes untersteht, erstellt hat.

9.

In Bezug auf die Frage der Vollstreckung der vorliegenden Verfügung wird der Zielkonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und der Wahrung des Rechtsschutzes bzw. der gesetzlichen Rechtsmittelfrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG offensichtlich. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die auch für die Anfechtung von Zwischenentscheiden geltende 30-tägige Frist merkwürdigerweise länger ist als die in Art. 30 BoeB statuierte 20-tägige Beschwerdefrist für die Anfechtung einer Verfügung gemäss Art. 29 BoeB vor Bundesverwaltungsgericht (vgl. dazu die Zwischenverfügung im Verfahren B-3604/2007 vom 16. November 2007, E. 3, sowie die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 18. November 2008, E. 3.5 mit Hinweis). Da durch die vorliegende Anordnung keine Fakten geschaffen werden bzw. das Bundesgericht die in Frage stehenden Parteimemoranden auf entsprechendes Begehren hin allenfalls selbst einverlangen kann, ohne dass den Beschwerdeführerinnen dadurch Nachteile entstünden,

rechtfertigt es sich, auf Anordnungen zur Vollstreckung der vorliegenden Verfügung zu verzichten und der Vergabestelle die strittigen Parteimemoranden mit dem vorliegenden Entscheid zu retournieren.

10.

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

Demnach wird verfügt:

1.

Die an die Vergabestelle gerichteten Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008 werden nicht zu den Akten genommen und demnach der Vergabestelle retourniert.

2.

Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen betreffend die an die Vergabestelle gerichteten Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008 wird abgewiesen.

3.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Verfügung 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; Beilagen gemäss Ziffer 1)

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 BGG) 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: 4. Dezember 2008