Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

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

Urteil vom 13. Februar 2009

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Maria Amgwerd, Richter David Aschmann; Gerichtsschreiber Martin Buchli.

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._____

Parteien

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,
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).

Sachverhalt:

A.
Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 178 vom 15. September 2008 wurde die Beschaffung von Hörgeräten ausgeschrieben. Als Bedarfsstelle wurden 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 die bis zum 7. November 2008 einzureichenden Anträge auf Teilnahme evaluiert werden und erst in einem zweiten Schritt die Offerten der zugelassenen Anbieterinnen eingeholt werden. 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 Eingaben vom 25. September 2008 einerseits (Verfahrensnummer B-6177/2008) und 6. Oktober 2008 andererseits (Verfahrensnummer B-6383/2008) erhoben mehrere potenzielle Anbieter und Verbände aus dem Bereich der Hörgeräteakustik (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1-11 bzw. Beschwerdeführerinnen 12-18) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen in der Hauptsache die Aufhebung der Ausschreibung "Beschaffung von Hörgeräten" vom 15. September 2008. Zugleich wurde die Sistierung des Vergabe-

verfahrens sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Zur Begründung des Hauptantrages machen die Beschwerdeführerinnen insbesondere geltend, es fehle an der Kompetenz und der gesetzlichen Grundlage für eine derartige Ausschreibung.

C.
Mit Verfügung vom 26. September 2008 wies der Instruktionsrichter im Verfahren B-6177/2008 unter anderem den Antrag auf superprovisorische Sistierung des Vergabeverfahrens ab.

D.
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 14. Oktober 2008 (Ziffer 4.5 der Ausschreibung). Die Begehren um Sistierung des Vergabeverfahrens und um Aufhebung der Offerteingabefrist wurden einstweilen ebenfalls abgewiesen.

E.
Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte der Instruktionsrichter am 14. Oktober 2008 die Vereinigung der Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008.

F.

F.a Mit Eingaben vom 6. bzw. 14. Oktober 2008 nahmen die AHV und die IV Stellung zu den noch hängigen prozessualen Anträgen. Sie beantragten, auf die entsprechenden Anträge wie auch auf die Beschwerde selbst sei nicht einzutreten, eventuell seien die prozessualen Anträge abzuweisen. In diesem Zusammenhang wurde namentlich auf die desolate Lage der IV hingewiesen und die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bestritten.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 hiess der Instruktionsrichter die Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen teilweise gut und ordnete unter anderem an, das BSV habe im SHAB ein Rektifikat der Ausschreibung vom 15. September 2008 zu publizieren, wonach die Teilnahmeanträge beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen sind. 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.

G.
Mit Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008 beantragten AHV und IV, auf die Beschwerden sei nicht einzutreten, eventuell seien diese vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung ihrer Auffassung, wonach die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu verneinen ist, führten sie aus, AHV und IV seien als Auftraggeberinnen nicht Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht unterstellt.

H.

H.a Am 7. November 2008 gingen beim Bundesverwaltungsgericht Postsendungen von elf Anbietern ein. AHV und IV begehrten mit Schreiben vom gleichen Tage die Mitteilung der Anzahl der beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten Teilnahmeanträge sowie die Bekanntgabe der interessierten Firmen. Mit Schreiben vom 14. November 2008 verzichteten die AHV und die IV auf die Bekanntgabe der Identität der anbietenden Firmen und beschränkten ihr Begehren auf die Bekanntgabe der Teilnehmeranzahl. Die Beschwerdeführerinnen beantragten in ihren Stellungnahmen vom 14. November 2008, die Teilnehmeranzahl sei nicht bekannt zu geben.

H.b Mit Verfügung vom 18. November 2008 ordnete der Instruktionsrichter an, dass die eingegangenen Teilnahmeanträge einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts bleiben. Zugleich verfügte er die Bekanntgabe der Anzahl eingegangener Postsendungen. Diese erfolgte am 24. November 2008.

I.

I.a Mit Urteil vom 25. November 2008 wurde festgestellt, dass der strittige Einkauf von Hörgeräten in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) fällt, da – soweit eine derartige Beschaffung überhaupt zulässig ist – entgegen anders lautender Auffassung von AHV, IV und BSV nicht die AHV und die IV, sondern das BSV als Beschaffungsstelle anzusehen ist. Dieses ist gemäss dem Urteil vom 25. November 2008 als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung eine dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB) wie auch dem BoeB unterstellte Auftraggeberin.

I.b Mit Schreiben vom 1. Dezember 2008 verzichteten die Vergabestelle sowie AHV und IV unwiderruflich auf die Anfechtung des Urteils vom 25. November 2008.

J.

J.a Mit Verfügung vom 2. Dezember 2008 wurde die Vergabestelle ersucht, sich zur Frage zu äussern, welche Änderungen sich ihrer Auffassung nach im Vergabeprogramm aus dem Umstand ergeben, dass die Vergabe dem BoeB untersteht.

J.b Am 5. Dezember 2008 reichte die Vergabestelle dazu ihre Stellungnahme ein. Sie vertritt die Auffassung, dass das BoeB bereits Beachtung gefunden habe und das Vergabeverfahren demnach weitergeführt werden könne.

K.

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2008 wies der Instruktionsrichter ein von den Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 respektive vom 20. November 2008 gestelltes Akteneinsichtsbegehren betreffend zwei an die Vergabestelle gerichtete interne Parteimemoranden der Rechtsvertreter der Vergabestelle vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008 ab.

L.

Am 5. Dezember 2008 verabschiedete der Bundesrat folgende Verordnungsänderung:

"I

Die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung wird wie folgt geändert:

Art. 14bis Beschaffung von Hilfsmitteln

1 Die Versicherung kann Hilfsmittel durch Ausschreibungen beschaffen. Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen sind dabei, soweit möglich, zu berücksichtigen.

2 Die Versicherung kann mit mehreren Hilfsmittelherstellern Verträge abschliessen.

3 Die Beschaffung kann über eine Logistikzentrale erfolgen.

Art. 14ter Einschränkung der Austauschbefugnis

Das Departement kann durch Verordnung bestimmen, für welche Hilfsmittel die Austauschbefugnis nicht gilt, sofern dies durch überwiegende Interessen gerechtfertigt ist.

II
Diese Änderung tritt am 1. Januar 2009 in Kraft."

Diese neuen Verordnungsbestimmungen sollen gemäss dem ebenfalls neu eingefügten Art. 66ter Abs. 2 AHVV für den Bereich der Alters- und Hinterlassenenversicherung sinngemäss gelten.

M.
Am 12. Dezember 2008 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Replik ein. Darin halten sie in der Hauptsache an ihrem Antrag, die Ausschreibung vom 15. September 2008 betreffend die Beschaffung von Hörgeräten sei aufzuheben, fest. Zudem stellen sie den Antrag, die eingereichten Teilnahmeanträge seien mit rechtskräftigem Abschluss der vorliegenden Beschwerdesache zu vernichten. Die Beschwerdeführerinnen 12-18 beantragen eventualiter zur Aufhebung der Ausschreibung, die Unterstellung der vorliegenden Beschaffung unter das BoeB sei im SHAB zu publizieren und allen Interessierten sei eine angemessene Nachfrist zur Teilnahme an der Ausschreibung zu gewähren. Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen unter Hinweis auf das Parteigutachten Prof. Paul Richli vom 10. November 2008 vor, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die vorliegende Beschaffung. Darüber hinaus leide die Ausschreibung an schwerwiegenden beschaffungsrechtlichen Mängeln, namentlich seien gewisse Eignungskriterien vergaberechtswidrig. Auch deshalb müsse die Ausschreibung aufgehoben werden.

N.
Am 16. Dezember 2008 nahm die Vergabestelle zu den am 5. Dezember 2008 verabschiedeten Verordnungsbestimmungen Stellung. Das BSV führt dazu aus, der Bundesrat habe verschiedene Änderungen der AHVV und der IVV vorgenommen und damit die bereits bestehenden gesetzlichen Grundlagen für die Beschaffung von Hilfsmitteln weiter konkretisiert. Die Verordnungsänderungen seien, soweit sie für die Beurteilung der Ausschreibung relevant seien, im vorliegenden Verfahren bereits zu berücksichtigen. Da die Beschaffung selbst erst nach Inkrafttreten der Verordnungsbestimmungen erfolge, liege keine Rückwirkung vor. Selbst wenn von einer Rückwirkung ausgegangen werde, sei diese vorliegend als zulässig anzusehen.

O.
Mit Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2008 wies der Instruktionsrichter zunächst den Antrag der Beschwerdeführerinnen vom 12. Dezember 2008, die Rechtsschriften von AHV und IV seien aufgrund fehlender Auftraggebereigenschaft aus den Akten zu weisen, ab. Auch der Antrag der Vergabestelle vom 1. Dezember 2008, die vorsorglichen Anordnungen vom 20. Oktober 2008 und 18. November 2008 seien nach Eingang ihrer Stellungnahme zu den verabschiedeten Verordnungsbestimmungen aufzuheben bzw. abzuändern und die beim Bundesverwaltungsgericht eingegangenen elf Teilnahmeanträge seien der Vergabestelle herauszugeben, wurde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Des Weiteren wies der Instruktionsrichter das Editionsbegehren der Vergabestelle vom 12. Dezember 2008 betreffend die Angaben über die von den Beschwerdeführerinnen effektiv bezahlten Wareneinstandspreise für Hörgeräte und Zubehör bzw. die daraus resultierenden Margen ab.

P.
Am 5. Januar 2009 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Stellungnahmen zur Eingabe der Vergabestelle vom 16. Dezember 2008 betreffend die neuen Verordnungsgrundlagen ein. Sie stellen sich auf den Standpunkt, die neu erlassene Verordnungsbestimmung könne, da nicht formell-gesetzlich, keine genügende gesetzliche Grundlage darstellen. Selbst wenn die gesetzliche Grundlage auf Verordnungsstufe als ausreichend angesehen würde, könne diese nicht rückwirkend auf das vorliegende Beschaffungsverfahren Anwendung finden. Als Beilage wurde ein Ergänzungsgutachten vom 22. Dezember 2008 zum Parteigutachten Prof. Paul Richli vom 10. November 2008 eingereicht, welches namentlich den Einfluss der Verordnungsänderungen vom 5. Dezember 2008 auf die Beurteilung der Gesetzmässigkeit der angefochtenen Ausschreibung zum Gegenstand hat.

Q.
Mit Duplik vom 7. Januar 2009 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie vollumfänglich abzuweisen. Für die Beschaffung bestehe eine genügende gesetzliche Grundlage. Die beschaffungsrechtlichen Vorgaben seien eingehalten worden. Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, dass das Ausschreibungsverfahren nicht zu Ende geführt werden kann, so wären für die Vergabestelle präzise Angaben über alle aus Sicht des Gerichts bei einer Neuausschreibung zu berücksichtigenden

Vorgaben wichtig. Aufgrund der Interessenlage der Beschwerdeführerinnen müsse mit der Anfechtung einer neuen Ausschreibung – wie auch immer diese ausgestaltet werde – gerechnet werden.

R.
Die Vergabestelle äusserte sich mit Stellungnahme vom 12. Januar 2009 zum Ergänzungsgutachten Prof. Paul Richli. Es gehe nicht an, in einem spezifischen Teilgebiet der Rechtsordnung viel höhere Anforderungen an das Legalitätsprinzip zu stellen, während in allen anderen Rechtsbereichen die Zulässigkeit von Ausschreibungen eine letztlich belanglose Selbstverständlichkeit darstelle. Ausserdem biete die Wirtschaftsfreiheit keinen Schutz der Marktteilnehmer vor Wettbewerb und vor Veränderungen im Markt.

S.

S.a Mit Eingaben vom 12. Januar 2009 reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen die mit Verfügung vom 8. Januar 2009 einverlangten Honorarnoten ein mit dem Antrag auf Zusprechung der ausgewiesenen Parteikosten.

S.b Bezug nehmend auf die Verfügung des Instruktionsrichters vom 22. Januar 2009, mit welcher den Beschwerdeführerinnen 12-18 Gelegenheit gegeben wurde, ihre Honorarnote zu spezifizieren, reichten die Beschwerdeführerinnen 12-18 mit Eingabe vom 27. Januar 2009 eine detaillierte Honorarnote ein und ersuchten um Zusprechung der ausgewiesenen Parteikosten.

T.

T.a Am 13. Januar 2009 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 1-11 (Verfahren B-231/2009) gegen die Verfügung des BSV vom 8. Januar 2009 ein, mit welcher das auf das Öffentlichkeitsgesetz gestützte Begehren der Beschwerdeführerinnen 1-11 auf Einsicht in die Gegenstand des Akteneinsichtsentscheids vom 4. Dezember 2008 bildenden internen Parteimemoranden abgewiesen wurde.

T.b Ebenfalls am 13. Januar 2008 reichten die Beschwerdeführerinnen 1-11 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein (Verfahren 2C_19/2009) gegen die Akteneinsichtsverfügung vom 4. Dezember 2008. Die Beschwerdeführerin-

nen 1-11 beantragen vor Bundesgericht, dieses Verfahren sei mit Rücksicht auf das gleichentags beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachte Verfahren B-231/2009 zu sistieren.

T.c Unter Hinweis auf die vor Bundesgericht erhobene Beschwerde verlangten die Beschwerdeführerinnen 1-11 mit Eingabe vom 13. Januar 2009 die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Entscheid des Bundesgerichts bzw. bis zur Gegenstandslosigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens durch eine Gutheissung ihrer Begehren im Verfahren B-231/2009. Der Sistierungsantrag diene der Vermeidung der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Ergehen des Endentscheides ohne vorherige Einsicht in die internen Parteimemoranden vom 17. April 2008 und vom 30. Mai 2008.

T.d Mit Eingabe vom 15. Januar 2009 liessen die Beschwerdeführerinnen 12-18 mitteilen, sie hätten mangels Anfechtung der Akteneinsichtsverfügung vom 4. Dezember 2008 kein Interesse an einer Sistierung des vorliegenden Verfahrens. Am 19. Januar 2009 beantragte die Vergabestelle die Abweisung des Sistierungsantrags der Beschwerdeführerinnen 1-11.

T.e Am 20. Januar 2009 wies der Instruktionsrichter den Sistierungsantrag der Beschwerdeführerinnen 1-11 insoweit ab, als er die Phase der Instruktion des vorliegenden Verfahrens zum Gegenstand hat. Zur Begründung wurde namentlich auf das qualifizierte Beschleunigungsgebot im Beschaffungsrecht verwiesen, welches bei gewährter aufschiebender Wirkung bis zum Ergehen des Endentscheids gilt.

T.f Mit Zwischenverfügung vom 30. Januar 2009 wurde das Sistierungsgesuch vom 13. Januar 2009 vollumfänglich abgewiesen. Den Beschwerdeführerinnen wurde Frist bis zum 6. Februar 2009 gesetzt, um sich mit Anträgen auf vorsorgliche Massnahmen betreffend die Sistierung ans Bundesgericht zu wenden. Diese Frist verstrich ungenutzt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss dem unangefochten gebliebenen Entscheid vom 25. November 2008 untersteht die vorliegende Ausschreibung dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1). Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) ist als Beschaffungsstelle anzusehen und als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) und dem BoeB unterstellt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB). Ob tatsächlich das BSV und nicht eine andere Beschaffungsstelle auf Bundesebene nach der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes vom 22. November 2006 (OrgVoeB, SR 172.056.15) für die Beschaffung von Hörgeräten zuständig ist, ist keine Frage des Eintretens auf die vorliegenden Beschwerden, sondern bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. dazu E. 5.2 hiernach).

1.2 Nach dem Gesagten steht ausser Streit, dass gegen die im SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 publizierte Ausschreibung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht im Grundsatz zulässig ist (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

2.

Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und ist als Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Während Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Abbruch das Vergabeverfahren beenden und deshalb zu deren Anfechtung eine formelle Beschwer im Sinne der Teilnahme am Verfahren grundsätzlich vorausgesetzt wird (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 850), kommt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG keinerlei Bedeutung zu, da die Ausschreibung das Beschaffungsver-

fahren erst initiiert (Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.3.1).

3.
Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben (sog. materielle Beschwer, Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG).

3.1 Als schutzwürdig gelten im Rahmen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche bzw. praktische Interessen (BVGE 2007/20 E. 2.4.1; vgl. zu aArt. 48 Bst. a VwVG BGE 131 II 587 E. 2.1). Indessen muss die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. zu Art. 103 OG BGE 131 II 361 E. 1.2). Gefordert ist ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse (Urteil des BVGer B-6113/2007 vom 5. März 2008 E. 3.4; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.65). Dabei ist umstritten, inwieweit der im Rahmen der Justizreform in Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG eingefügten Ergänzung, wonach die beschwerdeführende Partei durch die angefochtene Verfügung nunmehr *besonders* berührt sein muss, inhaltliche Bedeutung im Sinne einer Verschärfung zukommt (vgl. Bernhard Waldmann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 12 zu Art. 89 BGG; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.64). Allein auf öffentliche Interessen oder auf die Interessen Dritter können sich die Beschwerdeführerinnen aber jedenfalls nicht berufen (grundlegend BGE 109 Ia 252 E. 4c; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2007/20 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

3.2 Zur Anfechtung von Ausschreibungen gemäss Art. 18 bzw. 29 Bst. b BoeB sind grundsätzlich nur die potenziellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung berechtigt, da (nur) sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben (Urteil des Bundesgerichts 2P.157/2001 vom 8. September 2001 E. 1b; vgl. zur Legitimation bei Umgehung der Ausschreibungspflicht Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, Rz. 405). Neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potenziellen) Anbieterinnen kommt

die Beschwerdeberechtigung in der Regel nur jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (vgl. BGE 125 I 203 E. 3a). Anlehnend an den dem Urteil des Bundesgerichts 2P.157/2001 vom 8. September 2001 ("Thermoselect") zugrunde liegenden Sachverhalt ist darüber hinaus jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sich eine bisher weder durch Abbruch noch Widerruf ihrer Position beraubte Zuschlagsempfängerin oder die bisherige Auftragnehmerin (bzw. Konzessionärin) durch die Anfechtung der Ausschreibung gegen die Neuvergabe der in Frage stehenden Leistung zur Wehr setzen kann. Keine eigenen Interessen an der Beschwerdeführung haben in klassischen Submissionsverfahren demgegenüber Lieferanten, Geschäftspartner sowie Mutter- bzw. Tochtergesellschaften von Anbieterinnen, da sie nur als mittelbar Betroffene angesehen werden (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 13. Juni 1997, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.16 E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 861).

3.3 Eine Ausweitung der dargestellten, restriktiven Legitimation im Rahmen beschaffungsrechtlicher Beschwerdeverfahren rechtfertigt sich indes unter der Voraussetzung, dass mit einer Beschaffung über den blossen Einkauf hinaus in die Wirtschaftsordnung eingegriffen wird (vgl. zur Konkurrentenbeschwerde ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 736 ff.). In vergleichbarer Weise hat das Bundesgericht in BGE 127 II 264 E. 2c festgehalten, dass bei wirtschaftspolitischen oder sonstigen speziellen Regelungen (z.B. Kontingentierungen) den Anbietern im "Wirtschaftszweig" die Beschwerdelegitimation zukommen kann. Dies bedeutet, dass bei Beschaffungsvorhaben, die einen Markt in grundsätzlicher Weise neu ordnen – diese werden im Folgenden als *marktordnende Beschaffungen* bezeichnet –, auch die nicht als potenzielle Erbringer der Leistung im Sinne von Erwägung 3.2 hiervor anzusehenden Marktteilnehmer mehr als bloss mittelbar betroffen sind und demnach in eigenen, schutzwürdigen Interessen berührt sein können. Die Legitimation ist demnach weiter zu fassen, soweit die Marktteilnehmer im Ergebnis mit einer "wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnung" konfrontiert sind (vgl. BGE 127 II 264 E. 2d; BGE 109 Ib 198 E. 4d). Dabei ist hervorzuheben, dass die Annahme einer marktordnenden Beschaffung eine erhebliche Nachfragemacht

der öffentlichen Hand im in Frage stehenden Marktsegment voraussetzt.

4.
Bei der Prüfung der materiellen Beschwer im vorliegenden Fall sind vier Kategorien von Beschwerdeführerinnen zu unterscheiden: Die Herstellerinnen von Hörgeräten (E. 4.1), die im Handel mit Hörgeräten tätigen Unternehmungen (E. 4.2), die mit der Reparatur von Hörgeräten befasste Beschwerdeführerin 16 (E. 4.3) und die beschwerdeführenden Verbände (E. 4.4).

4.1 Die angefochtene Ausschreibung richtet sich explizit an die Hersteller von Hörgeräten (Ausschreibung im SHAB vom 15. September 2008, Ziffer 3.8, Punkt EA1). Den Hörgäteherstellerinnen kommt die Beschwerdeberechtigung nach dem in Erwägung 3.2 hiervor Gesagten ohne weiteres zu, was auch von der Vergabestelle nicht bestritten wird (Duplik vom 7. Januar 2009, N. 14). Dies unabhängig davon, ob sie einen Teilnahmeantrag im laufenden Verfahren eingereicht haben, zumal nicht auszuschliessen ist, dass einzelne Anbieter aufgrund der vorgegebenen Eignungskriterien, namentlich wegen der verlangten Zusicherung über die einzuhaltenden Verkaufspreise (Ausschreibung im SHAB vom 15. September 2008, Ziffer 3.8, Punkt EA5), auf die Einreichung eines Teilnahmeantrages verzichtet haben. Die Beschwerdeführerinnen 4, 5, 6, 8, 10, 11 und 12 sind demnach als Herstellerinnen von Hörgeräten zur Beschwerde berechtigt. Soweit die Vergabestelle vorbringt, die Beschwerdeführerin 12 habe in der Schweiz bisher erst eine sehr geringe Anzahl Hörgeräte verkauft (Stellungnahme vom 14. Oktober 2008, N. 40), ist darauf hinzuweisen, dass sich auch geeignete ausländische Anbieterinnen, welche auf dem Schweizer Markt noch überhaupt nicht aufgetreten sind, an Vergabeverfahren beteiligen können und diese daher zum Kreise der Beschwerdeberechtigten zu zählen sind (vgl. Art. III und Art. XX ÜoeB). Den Beschwerdeführerinnen 4, 5, 6, 8, 10, 11 und 12 stehen nebst den beschaffungsrechtlichen Rügen auch diejenigen betreffend die fehlende gesetzliche Grundlage bzw. die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen offen, jedenfalls soweit diese die Beschaffung von Hörgeräten regeln (vgl. Urteil in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 E. 3.9).

4.2

4.2.1 Zur zweiten Gruppe gehören die Beschwerdeführerinnen 7 (Zwischenhändlerin), 9 (Zwischenhändlerin), 13 (tätig im Handel mit Hörgeräten, Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 14), 14 (Hörgeräteakustik-Unternehmung, tätig im Handel mit Hörgeräten, Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 13 und Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 15), 15 (Hörgeräteakustik-Unternehmung, tätig im Handel mit Hörgeräten, Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 14), 17 (tätig im Handel mit Hörgeräten und Dienstleisterin, Muttergesellschaft der Beschwerdeführerinnen 16 und 18) sowie 18 (Hörgeräteakustik-Unternehmung, tätig im Handel mit Hörgeräten, Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 17).

4.2.2 Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdebefugnis der soeben genannten Beschwerdeführerinnen. Es handle sich nicht um Hörgeräteherstellerinnen und entsprechend seien sie weder an der Beschaffung teilnahmeberechtigt noch zur Beschwerde gegen die Ausschreibung legitimiert. Für die Zwischenhändler und Akustiker habe die Beschaffung nur "indirekte Auswirkungen", weshalb sie nur mittelbar und nicht in eigenen Interessen betroffen seien. Es verhalte sich nicht anders als bei sonstigen Personen und Stellen, die in die Umsetzung von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen einbezogen werden (Duplik vom 7. Januar 2009, N. 14 f.).

4.2.3 Die Vorbringen der Vergabestelle entsprechen der restriktiven Beschwerdeberechtigung bei klassischen Beschaffungsverfahren (vgl. E. 3.2 hiervor). Der vorliegende Fall zeichnet sich nun aber dadurch aus, dass nicht nur eine konkrete Sachleistung – Hörgeräte für die AHV und die IV – durch einen Lieferauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BoeB beschafft werden soll (vgl. zur Qualifikation der Beschaffung als Lieferung das Urteil in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 E. 2.4). Vielmehr zielt die Beschaffung darauf ab, den Markt für Hörgeräte in der Schweiz neu zu gestalten. So ist es erklärtes Ziel der Vergabestelle, mit der Beschaffung das "System der Hörgeräteversorgung" und damit die Marktordnung grundlegend zu verändern (vgl. Ausschreibung im SHAB vom 15. September 2008, Ziffer 2.5). Diesem Zweck dienen unter anderem Preisvorgaben für die verschiedenen Hörgerätekategorien (Ziffer 3.8, Punkte EA5 f. der Ausschreibung). Die Vergabestelle verspricht sich von der "Senkung der Preise vermittels eines angemessenen Mengenrabattes" (Ziffer 2.5

der Ausschreibung) Einsparungen von jährlich 30 Millionen Franken. Wenn im Pflichtenheft zur Präqualifikation im Projekt Beschaffung von Hörgeräten (Beilage 2 zur Stellungnahme von AHV und IV vom 6. Oktober 2008; im Folgenden: Pflichtenheft) ausgeführt wird, die Sachleistung der Hörgeräte solle in Zukunft direkt bei den Herstellern eingekauft werden (Pflichtenheft, Ziffer 2.1 S. 4), hat dies zur Folge, dass es "im neuen System keinen Zwischenhandel mehr gibt" (Pflichtenheft, Ziffer 3.2.1 S. 6). Dieses Konzept impliziert damit auch, dass den Akustikern der lukrative Zwischenhandel mit Hörgeräten entzogen wird.

4.2.4 Eine marktordnende Beschaffung durch Rahmenvereinbarungen, wie sie mit der angefochtenen Ausschreibung beabsichtigt wird, setzt eine erhebliche Nachfragemacht der Vergabestelle voraus, da sich die angestrebte Neuordnung ohne diese nicht mit hinreichender Aussicht auf Erfolg in Angriff nehmen liesse (vgl. E. 3.3 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen 12-18 gehen davon aus, dass rund 80 Prozent der verkauften Hörgeräte in der Schweiz zumindest teilweise von der IV oder der AHV finanziert werden. In der Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008 wird demgegenüber auf einen Anlage-Bericht der Bank Vontobel vom 16. September 2008 verwiesen, in welchem der Nachfrageanteil der Sozialversicherungen am schweizerischen Markt auf 40 Prozent geschätzt wird, wobei hier unklar bleibt, auf welcher Grundlage die Schätzung erfolgte und ob bzw. wie die teilweise durch die IV respektive durch die AHV finanzierten Geräte einbezogen worden sind. Auch die Vergabestelle bestreitet indes nicht, dass die ausgeschriebene Beschaffung erhebliche Auswirkungen auf die Marktteilnehmer haben würde. Sie selbst weist denn auch mehrfach auf die hohen Margen der Akustiker und Zwischenhändler hin (Duplik vom 7. Januar 2009, N. 33, 34, 54) und legt dar, wie das neue Versorgungssystem diese Margen zugunsten der Versicherten abschöpfen soll. Folgerichtig bestreitet die Vergabestelle auch nicht, dass die (reinen) Zwischenhändler im neuen Versorgungssystem keinen Platz mehr hätten, was wohl zur Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit führen würde, und dass den Akustikern der lukrative Handel mit Hörgeräten entzogen würde. Demnach geht die Vergabestelle selbst implizit davon aus, dass ihre Nachfragemacht auch dann, wenn diese lediglich mit 40 Prozent angenommen wird, so erheblich ist, dass eine Neugestaltung des Marktes erfolgversprechend erscheint. Somit erübrigen sich im vorliegenden Zusammenhang weitere Abklärungen zum Nachfrageanteil des öffentlichen Einkaufs am schweizerischen Hörgerätemarkt. Nach

dem Gesagten ist als erwiesen anzusehen, dass die vorgesehene Beschaffung von Hörgeräten für die IV und die AHV mit den besonderen Anforderungen an die Anbieter gemäss der angefochtenen Ausschreibung eine grundlegende Veränderung der Verhältnisse im betroffenen Marktsegment erreichen will und zur Folge hätte. Entgegen den Vorbringen der Vergabestelle unterscheidet sich die zu beurteilende Konstellation damit wesentlich von der Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste (vgl. den von der Vergabestelle angerufenen BGE 127 V 80, mit welchem das Bundesgericht den Krankenversicherern und deren Verbänden die Befugnis aberkannt hat, gegen Verfügungen des BSV Beschwerde zu erheben). Es ist zwar richtig, dass für die Krankenversicherer die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste eine abzuwälzende Kostensteigerung mit sich bringen kann, was aber keine besondere Nähe zum Gegenstand der angefochtenen Verfügung zur Folge hat (BGE 127 V 80 E. 3c/aa). Indessen hat die vorliegend zu beurteilende Beschaffung unter anderem die Ausschaltung des Zwischenhandels zum Ziel, womit nicht nur die Hersteller, sondern auch die reinen Zwischenhändler und die Akustiker von der angefochtenen Ausschreibung unmittelbar betroffen sind. Demnach sind neben den Hörgeräteherstellern als den angesprochenen Anbietern und somit klassischen Beschwerdeberechtigten vorliegend auch die durch die marktordnende Beschaffung betroffenen Marktteilnehmer zur Beschwerde gegen die Ausschreibung legitimiert (vgl. E. 3.3 hiervor).

4.2.5 Marktteilnehmer im dargestellten Sinne sind nach dem Gesagten alle auf dem Markt auftretenden Händler, unabhängig davon, ob sie nun im Zwischenhandel tätig sind oder die Hörgeräte an die Endnutzer verkaufen. Dies gilt auch für die in Deutschland ansässigen Beschwerdeführerinnen 13 und 17, welche ihre Tätigkeit auf dem Schweizer Markt hinreichend dargelegt haben (Beschwerde vom 6. Oktober 2008, N. 32 und 36 mit den dort angeführten Belegen). Entgegen der Auffassung der Vergabestelle haben die Beschwerdeführerinnen nicht nachzuweisen, dass der Schweizer Markt für sie von besonderer Bedeutung ist (vgl. HÄNER, a.a.O., Rz. 742). Im vorliegenden Fall würde dies zudem dazu führen, dass für international tätige und namentlich ausländische Unternehmungen nicht zu rechtfertigende Schranken zur Erlangung von Rechtsschutz errichtet würden.

4.3 Die Beschwerdeführerin 16 tritt nicht als Verkäuferin auf dem Schweizer Markt auf, sondern erbringt herstellerunabhängig Reparaturleistungen für Hörgeräte. Zur Beschwerdeführerin 16 bringt die Vergabestelle vor, aus dem Anhang zum geltenden Tarifvertrag ergebe sich, dass sie derzeit keine Hörgeräte unter eigenem Namen in der Schweiz vertreibe und deshalb nicht zur Beschwerde legitimiert sei (Stellungnahme vom 14. Oktober 2008, N. 40).

Die ausgeschriebene Beschaffung zielt zwar in erster Linie auf den Einkauf von Hörgeräten im Sinne eines Lieferauftrages ab (vgl. Urteil in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 E. 2.4), indessen wird durch Ziffer 3.8, Punkt EA 8, der angefochtenen Ausschreibung auch der "Reparatur-Markt" für Hörgeräte neu geordnet, indem die Hersteller verpflichtet werden, ihre defekten Hörgeräte innert bestimmter Zeit zu reparieren. Im Pflichtenheft (Beilage 2 zur Stellungnahme von AHV und IV vom 6. Oktober 2008) heisst es dazu unter Ziffer 3.2.4.5: "Von den zukünftigen Zuschlagsempfängern wird verlangt, dass sie über die gesamte Lebensdauer ihrer Hörgeräte und Zusatzgeräte und ungeachtet des zukünftigen Vertragsverhältnisses Reparaturen zu einer von ihnen angebotenen Pauschale durchführen werden." Ohne Zweifel würde sich die ausgeschriebene Beschaffung dadurch wesentlich auf den Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin 16 auswirken, da sie sich, um Reparaturen an gemäss der Ausschreibung beschafften Hörgeräte vornehmen zu können, wohl mit einer der berücksichtigten Herstellerinnen ins Benehmen setzen müsste, um ihre Position im Markt nicht zu verlieren. Auch die Beschwerdeführerin 16 ist deshalb zur Beschwerde legitimiert.

4.4

4.4.1 Die vierte Kategorie von Beschwerdeführerinnen umfasst die Branchenverbände (Beschwerdeführerinnen 1-3). Gewerbe- und Berufsorganisationen sind in Beschaffungsangelegenheiten grundsätzlich nur zur Beschwerde befugt, soweit die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde gegeben sind (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 862). Dies bedeutet, dass die in Frage stehenden Vereinigungen über Rechtspersönlichkeit verfügen und statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen befugt sein müssen. Ausserdem wird verlangt, dass die zu vertretenden Interessen zumindest einer grossen Anzahl ihrer Mitglieder gemeinsam sind und dass jedes dieser Mitglieder zur Geltendmachung dieser Interessen durch

Beschwerde berechtigt wäre (BGE 131 I 198 E. 2.1; BVGE 2007/20 E. 2.3). In der Replik der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 12. Dezember 2008 wird entsprechend ausgeführt, die beschwerdeführenden Verbände seien statutarisch zur Interessenwahrung ihrer Mitglieder berechtigt, und sämtliche Mitglieder seien durch den angestrebten Systemwechsel in ihren schützenswerten Interessen derart betroffen, dass sie ihrerseits zur Beschwerde legitimiert wären. Die Vergabestelle bringt demgegenüber vor, nur bei der Beschwerdeführerin 1 handle es sich um einen Verband von Hörgeräteherstellern, dessen Mitglieder selbst auch zur Beschwerde legitimiert wären. Bei den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 handle es sich demgegenüber um Verbände, deren Mitglieder nicht Hersteller von Hörgeräten, sondern von der Ausschreibung nicht unmittelbar betroffene Akustiker seien.

4.4.2 Nach dem in Erwägung 4.2 hiervor Gesagten sind auch Akustiker und Hörgerätehändler als Marktteilnehmer von der Neuordnung der Hörgeräteversorgung unmittelbar betroffen und entsprechend zur Beschwerde legitimiert. Daraus ist zu schliessen, dass neben der Beschwerdeführerin 1, deren Legitimation unbestritten ist, auch die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 zur Beschwerde berechtigt sind, sind sie doch statutarisch zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder berechtigt (§ 3 der Statuten der Beschwerdeführerin 2; Art. 3 der Statuten der Beschwerdeführerin 3). Darüber hinaus ist zu beachten, dass den Berufsverbänden im Rahmen des heutigen Systems der Hörgeräteversorgung die Aufgabe zukommt, Tarifvereinbarungen auszuhandeln (Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]) und dabei die Interessen der Branche zu vertreten. So besteht derzeit namentlich ein Tarifvertrag, bei welchen die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 als Vertragsparteien auftreten (Beilage 26 zur Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 12-18 vom 6. Oktober 2008). Im Falle des angestrebten Systemwechsels in der Hörgeräteversorgung würde diese zentrale Aufgabe der Branchenverbände wegfallen. Es scheint deshalb durchaus denkbar, dass die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 sogar in eigenem Namen zur Beschwerdeführung berechtigt sind (vgl. den Entscheid des Bundesrates vom 26. April 1993, publiziert in VPB 58.49 E. 1c, sowie HÄNER, a.a.O., S. 368). Wie es sich damit genau verhält, kann indes offen bleiben, da ihnen die Beschwerdeberechtigung ohnehin im Rahmen der egoistischen Verbandsbeschwerde zukommt.

4.5 Alle beschwerdeberechtigten Marktteilnehmerinnen und Verbände sind befugt, die Rüge der fehlenden gesetzlichen Grundlage bzw. diejenige der Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen zu erheben, jedenfalls soweit diese die Beschaffung von Hörgeräten zum Gegenstand haben. Ob dies – wie bei den mit der Ausschreibung angesprochenen Herstellern – auch für beschaffungsrechtliche Rügen gilt (vgl. E. 4.1 hiervor), kann mit Blick auf die folgenden Ausführungen offen bleiben.

4.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Legitimation sämtlicher Beschwerdeführerinnen gegeben ist. Damit ist auf die frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden einzutreten.

5.
Die Beschwerdeführerinnen rügen vorab, die Vergabestelle sei sowohl mit Blick auf die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung als auch aufgrund der organisationsrechtlichen Vorgaben der OrgVoeB nicht zur Beschaffung von Hilfsmitteln für die AHV und die IV berechtigt.

5.1 Hinsichtlich des Vorbringens, die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung sei missachtet worden, ist darauf hinzuweisen, dass Art. 112 BV dem Bund eine konkurrierende, nicht auf den Erlass von Grundsätzen beschränkte, umfassende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge zuweist (Ueli Kieser, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 5 zu Art. 112 BV). Es ist damit nicht zu sehen, wie die vorliegende Beschaffung zu Lasten der Kantone in die verfassungsmässige Kompetenzordnung eingreifen soll. Art. 27 IVG geht von der bundesrechtlichen Zuständigkeit für die Beschaffung von Hörgeräten aus; der Bundesrat (bzw. das BSV) wird insoweit als Durchführungsorgan bestellt (vgl. dazu das Urteil vom 25. November 2008 E. 3.6). Auf die Vorgaben bezüglich der Art des Zusammenwirkens zwischen BSV und den Akteuren im Hörgerätemarkt und namentlich zur Bedeutung von Art. 27 IVG in diesem Zusammenhang ist in Erwägung 7 hiernach näher einzugehen. Damit ist das Tätigwerden des BSV aus der Sicht der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung nicht zu beanstanden.

5.2 Mit Urteil vom 25. November 2008 (E. 3.9) hat das Gericht festgehalten, mangels entsprechender Rüge werde nicht geprüft, ob inner-

halb der Bundesverwaltung aufgrund von beschaffungsorganisationsspezifischen Vorgaben nicht das BSV, sondern eine andere Bundesstelle für die Beschaffung von Hörgeräten zuständig sei. Dies konnte umso mehr offen bleiben, als davon die mit Urteil vom 25. November 2008 festgestellte Zuständigkeit des Gerichts nicht abhängt (vgl. E. 1.1 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen 12-18 bringen mit Replik vom 12. Dezember 2008 (N. 73 ff.) neuerdings vor, nach der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens sei nicht das BSV, sondern die armasuisse als zentrale Beschaffungsstelle im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. b OrgVoeB für die vorliegende Vergabe zuständig. Gemäss Art. 7 Abs. 1 OrgVoeB kann die Abwicklung einer grundsätzlich zentral durchzuführenden Beschaffung an eine dezentrale Beschaffungsstelle wie das BSV delegiert werden, wenn es sich um eine Beschaffung handelt, für die nicht potenziell mehrere Verwaltungseinheiten den gleichen Bedarf haben (Art. 7 Abs. 1 Bst. a OrgVoeB) und die dezentrale Beschaffungsstelle, an welche die Beschaffungskompetenz delegiert wird, über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügt (Art. 7 Abs. 1 Bst. b OrgVoeB). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Zudem hat die armasuisse mit Schreiben vom 6. Januar 2009 die Zuständigkeit des BSV anerkannt. Angesichts der Tatsache, dass das BSV zunächst davon ausgegangen ist, AHV und IV seien für die Beschaffung verantwortlich, kann den beteiligten Dienststellen auch kein Vorwurf daraus erwachsen, dass die bundesverwaltungsinterne Koordination erst nach der Ausschreibung bzw. dem Urteil in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 erfolgt ist. Angesichts dieser Ausgangslage kann offen bleiben, ob die OrgVoeB im Rahmen der materiellen Beurteilung einer Beschwerde insoweit von Amtes wegen anzuwenden ist.

6.

Die Beschwerdeführerinnen rügen namentlich das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für das am 15. September 2008 eingeleitete Vergabeverfahren. In diesem Zusammenhang stellt sich einerseits die Frage, ob die Ausschreibung einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Andererseits wird zu erörtern sein, inwieweit die angefochtene Ausschreibung auf die am 5. Dezember 2008 erlassenen Verordnungsbestimmungen betreffend die Beschaffung von Hörgeräten gestützt werden kann. Vorab ist indessen zu prüfen, ob die Rüge der fehlenden gesetzlichen Grundlage vor Bundesverwaltungsgericht auch ausserhalb des Schutzbereichs von Grundrechten erhoben werden kann.

6.1 Die Vergabestelle macht einleitend geltend, dass das Legalitätsprinzip – ausser im Abgaberecht und im Strafrecht – kein selbstständiges verfassungsmässiges Recht sei. Deswegen könne dessen Verletzung nur gerügt werden, soweit die Beschwerdeführerinnen in ihrer Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigt seien. Dieser Einwand missachtet indessen die Unterscheidung von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Rahmen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann generell die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 49 Bst. a VwVG). Bundesrecht im Sinne dieser Bestimmung umfasst auch die Grundprinzipien (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 363 ff.) respektive Verfassungsgrundsätze (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 119 ff.) des Verwaltungsrechts, womit die Verletzung des Legalitätsprinzips selbständig geltend gemacht werden kann (Art. 49 Bst. a VwVG, BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Rz. 25 zu Art. 49 VwVG).

6.2

6.2.1 Die Vergabestelle bringt weiter vor, da es sich vorliegend um einen Akt der Bedarfsverwaltung handle, sei keine explizite gesetzliche Grundlage für die Beschaffung von Hörgeräten durch Ausschreibung erforderlich (Stellungnahme vom 16. Dezember 2008, N. 6). Es reiche vielmehr aus, wenn sich aus den Rechtsgrundlagen hinreichend ergebe, dass die AHV und die IV Hörgeräte zu beschaffen haben. Zugleich geht aber das Eidgenössische Departement des Innern gemäss der Medienmitteilung vom 5. Dezember 2008 davon aus, dass "mit der Anpassung der IV- und AHV-Verordnung die Basis dafür geschaffen" wird, "dass das neue Versorgungssystem angewendet werden kann".

6.2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Art. 5 Abs. 1 BV verwirklicht für Bund und Kantone den Rechtsstaat im formellen Sinne: Staatliches Handen muss sich auf eine Rechtsgrundlage stützen und darf rechtliche Schranken nicht überschreiten (YVO HANGARTNER, in: Ehrenzeller et alii [Hrsg.], a.a.O., Rz. 5 zu Art. 5 BV). Grundsätzlich bedarf demnach jede Verwaltungstätigkeit, insbesondere im Bereich

der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, einer Rechtsgrundlage, wobei Art. 5 Abs. 1 BV noch keine Aussage zur erforderlichen Normstufe macht. Beschaffungen werden aber der Bedarfsverwaltung zugerechnet, für welche teilweise davon ausgegangen wird, dass dieses Erfordernis nicht gilt. Eine explizite Rechtsgrundlage sei selbst auf Verordnungsstufe entbehrlich, da die Normen, welche eine Staatsaufgabe regeln, als hinreichende Rechtsgrundlage für die zur Wahrnehmung der Aufgabe erforderliche administrative Hilfstätigkeit dienen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 425 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid vom 20. Oktober 2008 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

6.2.3 Mit Zwischenentscheid vom 20. Oktober 2008 ist offen gelassen worden, ob reine administrative Hilfstätigkeiten im engeren Sinne (z.B. die Beschaffung von Büromaterial), unmittelbar dem Publikum zugute kommende Beschaffungen (z.B. Autobahnbau) und marktordnende Beschaffungen hinsichtlich der Anforderungen an die Stufe und Dichte der gesetzlichen Grundlage differenziert zu behandeln sind (E. 4.2.2 mit Hinweisen). Da vorliegend keine administrative Hilfstätigkeit im engeren Sinne zu beurteilen ist, kann sich die Frage nach den Vorgaben des Legalitätsprinzips von vornherein nur in Bezug auf dem Publikum zugute kommende Beschaffungen sowie namentlich marktordnende Beschaffungen stellen. Mit Blick auf die damit verbundenen, einschneidenden Eingriffe in die Rechtsstellung der Markteilnehmer, scheint eine differenzierte Betrachtung mit Bezug auf die marktordnenden Beschaffungen möglicherweise angezeigt (siehe dazu ausführlich E. 8 hiernach). Welche Anforderungen diesbezüglich zu stellen sind, kann vorliegend indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben (vgl. E. 7 hiernach).

6.3

6.3.1 Die Vergabestelle bringt weiter vor, die Rüge, es fehle an einer rechtlichen Grundlage, sei schon deshalb unbegründet, weil der Bundesrat – nach erfolgter Ausschreibung – eine Grundlage im Verordnungsrecht geschaffen habe. Der am 5. Dezember 2008 erlassene Art. 14bis Abs. 1 Satz 1 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201), der gemäss dem ebenfalls neu eingefügten Art. 66ter Abs. 2 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) auch für den Bereich der AHV gilt, sieht in der Tat vor, dass die

Versicherung Hilfsmittel durch Ausschreibungen beschaffen kann. Die am 5. Dezember 2008 erlassenen Normen können auf den vorliegenden Fall indessen nur dann Anwendung finden, wenn sie auch in zeitlicher Hinsicht Geltung beanspruchen können, also namentlich nicht mit dem Makel unzulässiger Rückwirkung behaftet sind. Dies ist im Folgenden zu prüfen. Ob die Ausschreibung und das Verordnungsrecht allenfalls im Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen, ist demgegenüber Gegenstand der Erwägung 7 hiernach.

6.3.2 Die Vergabestelle ist der Ansicht, es stelle sich gar kein Problem hinsichtlich der zeitlichen Geltung der in Frage stehenden Normen, da die Beschaffung – gemeint ist der Zuschlag an die berücksichtigten Hörgeräteherstellerinnen – erst zu einem Zeitpunkt erfolge, in dem die Verordnungsänderungen bereits in Kraft getreten sind (Stellungnahme vom 16. Dezember 2008, N. 19). Weiter geht sie davon aus, dass selbst für den Fall, dass die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage im Zeitpunkt der Ausschreibung bejaht würde, das Inkrafttreten der Verordnung auf den 1. Januar 2009 ausreiche, da eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot zu machen sei, sofern es sich wie hier um eine zeitlich mässige Rückwirkung handle, triftige Gründe dafür bestünden, keine Rechtsungleichheiten geschaffen würden und nicht in wohlerworbene Rechte eingegriffen werde (Stellungnahme vom 16. Dezember 2008, N. 20).

6.3.3 Die Beschwerdeführerinnen 1-11 verweisen diesbezüglich zunächst auf die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, mit welcher festgehalten worden ist, dass prima facie bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung eine hinreichende gesetzliche Grundlage gegeben sein muss. Sie führen aus, die Vergabestelle gehe zwar von einer zulässigen Rückwirkung aus, der Bundesrat habe es aber versäumt, diese im Erlass vorzusehen. Demnach sei eine Rückwirkung der am 5. Dezember 2008 verabschiedeten Verordnungsbestimmungen auf den Zeitpunkt der Ausschreibung bereits mangels Anordnung dieser Rechtsfolge ausgeschlossen. Eine ohnehin unzulässige Vorwirkung werde ebenfalls nicht angeordnet (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 5. Januar 2009, N. 26; Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 12-18 vom 5. Januar 2009, N. 69 ff.). Die Verordnungsänderung zeichne zudem ein sehr bedenkliches Bild über die Haltung des BSV bzw. des die Verordnungen verabschiedenden Bundesrates zur Rechtsstaatlichkeit; im gewählten Vorgehen sei letztlich eine rechtsmissbräuchliche versuchte Einflussnahme auf ein

hängiges Beschwerdeverfahren zu sehen (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen 12-18 vom 5. Januar 2009, N. 2 und N. 73).

6.3.4 Die angefochtene Ausschreibung ist am 15. September 2008 im SHAB veröffentlicht worden. Soweit die Vergabestelle ausführt, es genüge, wenn zum Zeitpunkt des Zuschlags eine hinreichende gesetzliche Grundlage gegeben sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Eine derartige Annahme stünde generell im Widerspruch zum teleologischen Verständnis der Anfechtbarkeit der Ausschreibung gemäss Art. 29 Bst. b BoeB und zur Rechtsprechung, wonach Mängel einer in der Ausschreibung getroffenen Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr gerügt werden können (Urteil vom 25. November 2008 E. 2.2). Die Behauptung des BSV, es komme durch die angefochtene Ausschreibung vorläufig noch zu keinen Änderungen auf dem Hörgerätemarkt, ist – wie ebenfalls bereits mit Urteil vom 25. November 2008 E. 2.2, festgestellt wurde – zudem unrichtig. Tatsache ist vielmehr, dass bereits die (zuletzt mit vorsorglicher Anordnung vom 17. Dezember 2008 verhinderte) Kenntnis der Identität derjenigen Anbieter, welche am 7. November 2008 einen Teilnahmeantrag eingereicht haben, massgeblich zu einer Neugestaltung des Marktes selbst im Rahmen des bisherigen, auf Tarifverträgen basierenden Systems führen kann, wenn genügend Anbieter ihre Bereitschaft signalisieren, zu den neuen Bedingungen zu offerieren. Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der gewählten Art von Ausschreibung zu. Da die Vergabestelle unter Ziffer 3.8, Punkt EA5, Preisvorgaben für verschiedene Kategorien von Hörgeräten macht, kann vorliegend erst recht nicht gesagt werden, lediglich zum Zeitpunkt des Zuschlages müsse eine hinreichende Grundlage gegeben sein. Massgebend für die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Beschwerden ist vielmehr die Rechtslage zum Zeitpunkt der Ausschreibung (vgl. Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2008 E. 5.3).

6.3.5 Da nach dem Gesagten feststeht, dass die Verordnungsnovelle vom 5. Dezember 2008 nicht ohne weiteres auf das strittige Beschaffungsvorhaben angewendet werden kann, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob eine Vor- oder eine Rückwirkung vorliegt und ob das gewählte Vorgehen als unzulässig erscheint.

6.3.5.1 Eine positive Vorwirkung kommt in Abgrenzung zur Rückwirkung in Betracht, wenn ein Erlass unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens angewendet wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 346 ff.). Dasselbe gilt nach BGE 100 Ia 147 E. 2 etwa für Bebauungspläne nach dem damals geltenden Tessiner Baugesetz, welche zwar erst mit der regierungsrätlichen Genehmigung in Kraft traten, aber unter Vorbehalt des Genehmigungsentscheids bereits nach der öffentlichen Auflage Rechtswirkungen entfalten sollten. Die Frage nach der Vorwirkung wäre demnach näher zu prüfen, wenn die Ausschreibung zwischen der Verabschiedung am 5. Dezember 2008 und dem Inkrafttreten der Verordnungsnovelle per 1. Januar 2009 publiziert worden wäre (Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2008 E. 5.3; vgl. etwa zur Vorwirkung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV den Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 4). Vorliegend soll indessen nicht die Grundlage für eine neue Ausschreibung geschaffen, sondern die Ausschreibung vom 15. September 2008 rechtsbeständig gemacht werden. Darin ist eher eine Rückwirkung als eine Vorwirkung zu sehen, wobei das Bundesgericht auf die Nähe zwischen positiver Vorwirkung und Rückwirkung hinweist (BGE 100 Ia 147 E. 3a). Soweit die Vergabestelle darüber hinaus geltend macht, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung in Entwurfform bereits existierenden Verordnungsbestimmungen seien als Vorarbeiten zu Erlassen, die noch nicht in Kraft getreten sind, mitzuberücksichtigen, kann diesen Entwürfen jedenfalls keine Vorwirkung zuerkannt werden. Die Bedeutung dieser Dokumente beschränkt sich vielmehr darauf, dass sie als Auslegungshilfen im Rahmen der geltungszeitlichen Auslegung bereits anwendbarer Normen mitzuberücksichtigen sind (BGE 128 I 63 E. 4.4, 124 II 193 E. 5d).

6.3.5.2 Voraussetzung für die zulässige echte Rückwirkung einer Norm ist unter anderem, dass die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet oder dem Sinne des Erlasses nach klar gewollt sein muss (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 331 mit Hinweisen). Im Fall der zu beurteilenden IVV-Änderung ist ausdrücklich und ohne Einschränkung oder intertemporale Regelung das Inkrafttreten auf den 1. Januar 2009 vorgesehen. Damit fehlt eine Anordnung betreffend die Rückwirkung, obwohl eine solche angesichts des Festhaltens des BSV an der angefochtenen Ausschreibung vom 15. September 2008 naheliegend gewesen wäre. Nachvollziehbar wird das Fehlen der ausdrücklichen Anordnung nur vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber der irrigen Ansicht war, es genüge, wenn die neuen Verordnungsbestimmungen

vor Erteilung des Zuschlags in Kraft treten (vgl. E. 6.3.4 hiervor). Es stellt sich indessen die Frage, ob die Rückwirkung nicht eventualiter, also für den Fall, dass eine gesetzliche Grundlage schon zum Zeitpunkt der Ausschreibung verlangt wird, "dem Sinne des Erlasses nach gewollt" war. Im Ergänzungsgutachten von Prof. Paul Richli vom 22. Dezember 2008 (Rz. 8) wird dazu ausgeführt, ein allfälliger Versuch, den bundesrätlichen Verordnungsänderungen den Willen auf eine auf den Zeitpunkt der Ausschreibung zurückreichende Inkraftsetzung zuzuschreiben, könne nicht erfolgreich sein. Entscheidend sei der gewählte Zeitpunkt der Inkraftsetzung. Tatsächlich spricht vieles dafür anzunehmen, dass nicht schon der aufgrund der Faktenlage erschliessbare subjektiv-historische Wille des Verordnungsgebers genügt um festzustellen, dass die Rückwirkung "dem Sinne des Erlasses nach gewollt" war. Vielmehr müsste dieser Wille, wenn nicht im Sinne einer ausdrücklichen Anordnung, so doch im Text (oder zumindest in den Erläuterungen) erkennbar sein, um die echte Rückwirkung als in der dargestellten Weise gewollt erscheinen zu lassen. Ob diese und die weiteren Voraussetzungen für eine zulässige Rückwirkung gegeben sind, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben. Ebenso ist nicht weiter zu erörtern, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Normen nicht an einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, sondern an die Ausschreibung als einen Verwaltungsakt des Bundes anknüpfen sollen (vgl. Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2008 E. 5.3). Wollte man allerdings mit einem Teil der Lehre davon ausgehen, dass eine Rückwirkung in einem Gesetz im formellen Sinne angeordnet werden muss (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., S. 178), wären die neuen Verordnungsbestimmungen schon aus diesem Grund auf die Ausschreibung vom 15. September 2008 nicht anwendbar.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, mit der Ausschreibung würden "verschiedene Rechtsnormen" des Sozialversicherungsrechts respektive "sozialversicherungsrechtliche Grundsätze" verletzt. Namentlich bringen die Beschwerdeführerinnen 1-11 vor, die Beschaffung von Hörgeräten für die IV und die AHV durch öffentliche Ausschreibung lasse sich nicht mit Art. 27 IVG vereinbaren, da dieser zwingend ein Tarifvertragssystem vorgebe (Beschwerde vom 26. September 2008, N. 49-52). Die Beschwerdeführerinnen 12-18 sehen demgegenüber insbesondere Art. 21 Abs. 3 IVG verletzt (Beschwerde

vom 6. Oktober 2008, N. 76-78; Replik vom 12. Dezember 2008, N. 52). Es ist im Folgenden, vor allem durch Auslegung von Art. 21 und 27 IVG zu prüfen, ob das vorbestehenden Regelungsgefüge betreffend die Abgabe von Hilfsmitteln für AHV und IV Vorgaben für deren Beschaffung enthält und gegebenenfalls, ob diese durch die angefochtene Ausschreibung verletzt werden.

7.2 Betreffend die IV ergeben sich zunächst aus Art. 21 IVG die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Hilfsmittel (Abs. 1 und 2). Abs. 3 regelt, dass Hilfsmittel zu Eigentum oder leihweise abgegeben oder pauschal vergütet werden. Wer im einzelnen die Hilfsmittel an die Versicherten abgibt und wie bzw. bei wem diese beschafft werden, ist nicht Gegenstand der Vorschrift, wie sich die Bestimmung auch nicht zum System der Beschaffung der Hilfsmittel äussert. Art. 21 Abs. 4 IVG enthält eine spezielle Verordnungsermächtigung des Bundesrates für den Bereich der Hilfsmittel. Die gestützt darauf erlassene IVV enthält – abgesehen von den am 5. Dezember 2008 verabschiedeten Bestimmungen (vgl. E. 6.3 hiervor) – ebenfalls keine Regelung der Beschaffung von Hilfsmitteln. In Art. 14 IVV wird das EDI ermächtigt, eine Departementsverordnung zu den Hilfsmitteln zu erlassen, welche einerseits die Liste der im Rahmen von Artikel 21 IVG abzugebenden Hilfsmittel und andererseits Bestimmungen zur deren Abgabe oder Vergütung sowie zu den Beiträgen an die Anspruchsberechtigten enthält.

Die vom EDI gestützt auf Art. 14 IVV erlassene Verordnung vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI, SR 831.232.51) äussert sich zwar nicht explizit zur Hilfsmittelbeschaffung, hält aber in Art. 8 Abs. 1 HVI das Folgende fest: "Schafft ein Versicherter ein Hilfsmittel nach der im Anhang aufgeführten Liste selber an oder kommt er für die Kosten einer invaliditätsbedingten Anpassung selber auf, so hat er Anspruch auf Ersatz der Kosten, die der Versicherung bei eigener Anschaffung oder Kostenübernahme entstanden wären." Die Vergabestelle möchte aus dem letzten Teilsatz abgeleitet wissen, dass ohne weiteres von der Hilfsmittelbeschaffung durch die Versicherung ohne spezielle Rechtsgrundlage auszugehen sei (Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2008, N. 110). Dem Vorbringen der Vergabestelle ist insoweit zu folgen, als die Bestimmung in der Tat davon ausgeht, dass die Versicherung selbst Hilfsmittel beschafft. Eine Aussage zur Frage, ob die Hilfsmittel mit einem Tarifvertragssystem oder mittels öffentlicher Aus-

schreibung beschafft werden sollen, enthält die Bestimmung indessen nicht; sie ist insoweit systemneutral.

7.3

7.3.1 Ausserhalb der Bestimmungen zu den Hilfsmitteln enthält das IVG in Art. 27 Abs. 1 IVG eine Regelung über die Hilfsmittelbeschaffung, welche bestimmt, dass der Bundesrat (bzw. gemäss Art. 24 Abs. 2 IVV das BSV) befugt ist,

> "mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und den medizinischen Hilfspersonen, den Anstalten und Werkstätten, die Eingliederungsmassnahmen durchführen, sowie den Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge zu schliessen, um die Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung zu regeln und die Tarife festzulegen".

7.3.2 Die Vergabestelle vertritt die Auffassung, Art. 27 Abs. 1 IVG beziehe sich nicht auf die Hilfsmittelbeschaffung und auch nicht auf die hier interessierende Beschaffung von Hörgeräten von deren Herstellern. Hinsichtlich der Hilfsmittel werde nur die Beziehung zu den Abgabestellen geregelt (Stellungnahme vom 16. Dezember 2008, N. 14; Duplik vom 7. Januar 2009, N. 85; Stellungnahme vom 12. Januar 2009, N. 19). In diesem Sinne wird auch im Kurzgutachten PD Dr. Ueli Kieser betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung (S. 14) festgehalten, dem IVG selbst sei nicht eine Einschränkung insoweit zu entnehmen, dass der Bund die von ihm abzugebenden Hilfsmittel auf eine bestimmte Art und Weise zu erwerben hätte. Die Vergabestelle nimmt im vorliegenden Verfahren damit eine andere Haltung ein, als sie der Antwort des Bundesrates vom 22. September 2008 auf die Frage 08.5244 "Hörgeräte. Staatswirtschaft statt Wettbewerb?" von Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz (Amtl. Bull. NR 2008 Beilagen Herbstsession S. 708) zugrunde liegt. Dort hat der Bundesrat ausgeführt, die gesetzliche Grundlage für die Ausschreibung vom 15. September 2008 finde sich gerade in Art. 27 IVG, gestützt auf welchen die AHV und die IV seit Jahren Hilfsmittel einkaufe. Entsprechend ist auch mit Schreiben des Bundespräsidenten und Vorstehers des Departements des Innern (EDI) vom 1. Oktober 2008 (Beilage 14 zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 14. Oktober 2008) die Kompetenz des BSV zur Lancierung der vorliegenden Ausschreibung aus Art. 27 Abs. 1 IVG abgeleitet worden. Der Gesetzgeber habe den Bundesrat in Art. 27 Abs. 1 IVG befugt, für die IV Verträge abzuschliessen, um beispielsweise die Zusammenarbeit mit der Ärzteschaft oder den Abgabestellen für Hilfsmittel mit den

Organen der IV (sprich kantonale IV-Stellen) zu regeln. In Art. 53 Abs. 2 IVG sei diesbezüglich vorgesehen, dass der Bundesrat dem BSV auch Aufgaben der Durchführung, beispielsweise gerade im Bereich der Zusammenarbeit und Tarife nach Art. 27 IVG, übertragen könne, was er mit Art. 24 Abs. 2 IVV auch getan habe. Somit 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 (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 E. 3.6.5, sowie das Urteil vom 25. November 2008 E. 3.6).

7.3.3 Der Normgehalt von Art. 27 IVG ist durch Auslegung zu ermitteln. Für die Auslegungen von öffentlichrechtlichen Normen gelten die allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung. Danach muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (BGE 134 II 308 E. 5.2 mit Hinweisen). Anzuknüpfen ist dabei an den Wortlaut der Bestimmung als gewichtiges Indiz für den Normsinn (Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005, S. 51; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., S. 181 f. mit Hinweisen).

7.3.4 Für den vorliegenden Fall entscheidend ist nach dem Gesagten die Frage, ob Art. 27 IVG insofern systemneutral ist, als er als gesetzliche Grundlage sowohl für die Beschaffung mittels Ausschreibung als auch für den Abschluss von Tarifverträgen betreffend Hilfsmittel dienen kann. Nach dem Wortlaut ist Art. 27 Abs. 1 IVG auf den Abschluss von Tarif- und Zusammenarbeitsverträgen ausgerichtet, indem dort festgehalten wird, dass die Verträge dazu dienen, die Zusammenarbeit mit den Organen der Versicherung zu regeln und die Tarife festzulegen. Demnach ist unstrittig, dass die Beschaffung von Hilfsmitteln durch öffentliche Ausschreibung und Zuschlag an eine eng begrenzte Anzahl von Herstellerinnen nicht expizit vorgesehen ist. Vielmehr deutet der Wortlaut eher auf eine abschliessende Regelung hin, welche die Beschaffung mittels öffentlicher Ausschreibung nicht deckt. Der Norm ist indessen auch kein explizites Verbot der Beschaffung von Hilfsmitteln durch öffentliche Ausschreibung zu entnehmen. Demnach ist die Frage, ob Art. 27 IVG nur *ein mögliches* oder aber das *zwingend einzige* System vorgibt, wie die Hilfsmittel zu den anspruchsberechtigten Personen gelangen, auch mit Hilfe der systematischen, teleologischen und historischen Auslegung von Art. 27 IVG zu beantworten.

7.3.5 Im Rahmen der systematischen Auslegung ist in Bezug auf das Gesamtsystem der Regelung zu berücksichtigen, dass Art. 27 IVG am Ende des Unterabschnitts "C. Eingliederungsmassnahmen und Taggelder" steht, in welchem auch die Hilfsmittel geregelt sind (Art. 21 IVG). Er ist Teil des Kapitels "Wahlrecht der Versicherten, Zusammenarbeit und Tarife, Schiedsgericht" und bezieht sich auf die Umsetzung der vorangegangenen, anspruchsbegründenden Bestimmungen. Hinsichtlich der Hilfsmittel erweisen sich die Art. 21 und Art. 27 IVG sowie die gestützt auf Art. 21 IVG erlassenen Verordnungsbestimmungen somit als zusammengehöriges System (siehe zum Konzept der Hörgeräteversorgung auch BGE 130 V 163 E. 3.1.2). Die Beschaffung von Hilfsmitteln durch öffentliche Ausschreibung könnte demnach nur dann auf Art. 21 IVG mit dem Titel "Anspruch [auf Hilfsmittel]" gestützt werden, wenn eine Norm mit dem Gehalt von Art. 27 IVG mit dem Titel "Zusammenarbeit und Tarife" fehlen würde. Demnach kann entgegen den Vorbringen der Vergabestelle die Frage, ob die Beschaffung von Hörgeräten durch öffentliche Ausschreibung zulässig ist, nur durch die Auslegung von Art. 27 IVG ermittelt werden, welcher insoweit als sedes materiae anzusehen ist.

7.3.6 Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist zu beachten, dass Art. 27 IVG namentlich als Norm zur Kostendämmung zu verstehen ist. So sollen nach Art. 27 Abs. 1 IVG Tarife festgesetzt werden, um damit eine Überzahlung der Leistungen zu Lasten der Versicherung (und damit der Versicherten) zu verhindern (vgl. JEAN-LOUIS DUC, L'assurance-invalidité, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Basel/ Genf/München, 2007, S. 1458; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Oktober 1958 [Botschaft IVG], BBl 1958 II 1137, S. 1175 f.). Diesem Zweck würde auch die öffentliche Ausschreibung dienen, womit aus diesem Auslegungselement keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden können in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit Art. 27 IVG betreffend Tarifverträge als abschliessendes System zu verstehen ist.

7.3.7 Entscheidend ist, dass Art. 27 IVG nicht nur in Abs. 1 eine Regelung betreffend den Abschluss von Tarifverträgen enthält. Vielmehr ist in Art. 27 Abs. 3 IVG vorgesehen, dass für den Fall, dass kein solcher Vertrag zustande kommt, der Bundesrat auch einseitig Höchst-

beträge festsetzen kann, um dem Normzweck Geltung zu verschaffen. Ausserdem ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 IVG, auch wenn nach der Formulierung nicht von einem eigentlichen Kontrahierungszwang zwischen Versicherung und Leistungserbringern auszugehen ist, dass die vorgesehenen Zusammenarbeits- und Tarifverträge nicht nur abgeschlossen werden *dürfen*, sondern auch abgeschlossen werden *sollen* (ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Basel 2009, S. 455 i.V.m. S. 176). Das Bundesgericht hat dem Tarifvertrag nach Art. 27 IVG in BGE 130 V 163 E. 4.3.4 entsprechend eine Konkretisierungsfunktion für die gesetzlichen und verordnungsmässigen Bestimmungen zugesprochen:

> "Sowohl das im Tarifvertrag vorgesehene Indikationsstufensystem selber als auch die Tarifierung der Indikationsstufen sind das Resultat einer jahrelangen interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen den audiologischen Fachexperten, den Hörgeräteherstellern und -verkäufern sowie dem BSV als Aufsichtsbehörde. [...] Aus rechtlicher Sicht sind keine Gründe auszumachen, die gegen eine überzeugende Konkretisierung der normativen Leistungsvoraussetzungen der Hörgeräteversorgung durch das vom BSV erarbeitete Vertragswerk sprechen. Es besteht deshalb kein Anlass, aus grundsätzlichen Überlegungen in den Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien einzugreifen. Vielmehr ist, im Sinne einer Vermutung, davon auszugehen, dass in der Regel eine diesen tarifvertraglichen Ansätzen entsprechende Leistungszuerkennung den invaliditätsbedingten Eingliederungsbedürfnissen im Einzelfall Rechnung trägt und in einfacher wie zweckmässiger Weise zum Eingliederungserfolg im Sinne einer adäquaten Verständigung führt."

Es ist damit festzustellen, dass Art. 27 IVG nicht nur die Tarifverträge als Weg zur Beschaffung von Hilfsmitteln bezeichnet, sondern auch Aussagen darüber macht, welche Regelung greifen soll für den Fall, dass die Tarifverträge nicht zustande kommen. Das spricht im Sinne der systematischen Auslegung dafür, dass Art. 27 Abs. 3 IVG das Vorgehen für den Fall, dass das Tarifvertragssystem nicht funktioniert, abschliessend regelt, womit die Beschaffung durch öffentliche Ausschreibung als Alternative zur Festsetzung von Höchstbeträgen durch den Bundesrat ausser Betracht fällt.

7.3.8 Abs. 1 und Abs. 3 von Art. 27 IVG sind seit dem Erlass des IVG im Jahre 1959 unverändert geblieben (AS 1959 827). Die Änderung des Ingresses und die Aufhebung von Abs. 2 der Bestimmung im Jahr 2003 (AS 2003 3837) in Zusammenhang mit der Einführung von Art. 27bis IVG über die kantonalen Schiedsgerichte sind für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Indessen lassen sich der Botschaft zum IVG einschlägige Aussagen zur Zielsetzung von Art. 27 Abs. 3 IVG entnehmen. Dort heisst es: "Um nun eine allfällige Ausnützung des

vertragslosen Zustandes seitens der Durchführungsstellen und damit eine für die Versicherung untragbare finanzielle Belastung zu vermeiden, muss der Bundesrat ermächtigt werden, Höchstansätze zu bestimmen, bis zu welchem die Versicherung dem Versicherten die Kosten für die einzelnen Eingliederungsmassnahmen vergütet." (BBl 1958 II 1137, S. 1176). Dies wiederum spricht übereinstimmend mit der systematischen Auslegung von Art. 27 IVG dafür, dass Art. 27 Abs. 3 IVG abschliessend den Fall regelt, dass das Tarifvertragssystem wegen vertragslosen Zustandes nicht greift oder nicht die gewünschten Ergebnisse bringt, was die öffentliche Hand dazu veranlassen könnte, die Tarifverträge zu kündigen und dann von den Handlungsmöglichkeiten gemäss Art. 27 Abs. 3 IVG Gebrauch zu machen.

7.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich bei Art. 21 und 27 IVG sowie der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung um einen abschliessenden, detaillierten politischen Kompromiss mit der dazu erforderlichen Ermächtigung des Bundesamtes für Sozialversicherungen zum Abschluss von Tarifverträgen für die Hilfsmittelversorgung handelt. Damit ist auf Gesetzesstufe vorgegeben, dass Hörgeräte im Rahmen von Tarifverträgen oder, falls ein solcher Tarifvertrag nicht besteht, mittels Festsetzung von Höchstbeträgen gemäss Art. 27 Abs. 3 IVG und nicht durch öffentliche Ausschreibung und Vergabe an eine eng begrenzte Anzahl Hörgäteherstellerinnen zu beschaffen sind. Es ist folglich unbehelflich, wenn die Vergabestelle vorbringt, der Modus der Hilfsmittelbeschaffung sei eine nachrangige Frage, deren Regelung auf Stufe einer Departementsverordnung erfolgen könne (Stellungnahme vom 12. Januar 2009, N. 21). Dies selbst dann, wenn die marktordnende Beschaffung insoweit wie ein Akt der Bedarfsverwaltung zu beurteilen wäre und entsprechend den im Sozialversicherungsrecht oft weit reichenden Regelungen auf Ebene einer Bundesrats- oder Departementsverordnung geregelt werden könnte, was die Beschwerdeführerinnen gestützt auf das Privatgutachten Prof. Paul Richli bestreiten (vgl. dazu E. 8.1 hiernach). Wenn wie vorliegend auf Stufe des formellen Gesetzes das Beschaffungssystem mittels Tarifverträgen vorgegeben ist, kann eine Systemänderung im Sinne der öffentlichen Ausschreibung nicht ohne Änderung der Regelung gemäss Art. 27 IVG erfolgen. Demnach stehen sowohl die angefochtene Ausschreibung als auch die am 5. Dezember 2008 erlassenen Verordnungsbestimmungen, soweit mit diesen die gesetzliche Grundlage für die öffentliche Ausschreibung geschaffen werden soll, in Widerspruch zu Art. 27 IVG.

7.5

7.5.1 Eine Parallelnorm zu Art. 27 IVG fehlt für den Bereich der AHV. Art. 43ter des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) zu den Hilfsmitteln der AHV beschränkt sich weitgehend auf eine Delegationsnorm. Der Bundesrat hat nach Art. 43ter Abs. 3 AHVG namentlich die Hilfsmittel zu bezeichnen, welche die Versicherung abgibt oder an welche sie einen Kostenbeitrag gewährt und die Abgabe der Hilfsmittel sowie das Verfahren zu regeln. Vorgaben, wie die Hilfsmittel zu den Anspruchsberechtigten gelangen, enthält weder Art. 43ter noch eine andere Bestimmung des AHVG.

7.5.2 In der gestützt auf die umfassende Delegationsnorm in Art. 154 Abs. 2 AHVG erlassenen AHVV werden die in Art. 43ter AHVG dem Bundesrat übertragenen Aufgaben an das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) delegiert (Art. 66ter AHVV). Von dieser Verordnungskompetenz hat das EDI Gebrauch gemacht und die Verordnung vom 28. August 1978 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (HVA, SR 831.135.1) erlassen. In Art. 5 HVA heisst es:

"Das Bundesamt für Sozialversicherungen kann mit Institutionen der Altershilfe oder mit Abgabestellen für Hilfsmittel Verträge über die Abgabe von Hilfsmitteln abschliessen."

Art. 5 HVA gibt anders als Art. 27 IVG nicht explizit die Festlegung von Tarifen vor. Eine systematische Vorgabe, wie und zu welchen Bedingungen die Hilfsmittel erworben werden, ist weder Art. 5 HVA noch einer anderen Bestimmung der HVA zu entnehmen.

7.5.3 Enthält die Gesetzgebung über die AHV keine Bestimmung über die Beschaffung der Hilfsmittel, stellt sich die Frage, ob nicht die Vorgaben des IVG auch für die AHV analog zur Anwendung kommen müssen. Dafür spricht zum einen die starke Interdependenz zwischen AHV und IV (vgl. dazu MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, a.a.O., S. 66, S. 91 f. und S. 146), wie sie auch in der vorliegenden Beschaffung, die für beide Sozialversicherungen erfolgt, zum Ausdruck kommt. In diesem Sinne bezeichnend ist etwa BGE 131 V 107 E. 3.4.6, wonach das Konzept der Austauschbefugnis im Bereich von AHV und IV in gleicher Weise umzusetzen ist. Zum andern wird das System der Tarifvereinbarungen auch in anderen vergleichbaren Sozialversicherungszweigen vorgegeben (vgl. insbesondere Art. 26 des Bundesgesetzes

über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 [MVG, SR 833.1]). Entsprechend wird in Art. 26 Abs. 2 MVG festgehalten, dass der Bundesrat durch Verordnung die Koordination mit den Tarifordnungen anderer Sozialversicherungen regelt, die er für anwendbar erklären kann. Auch dies legt den Schluss nahe, dass für die Hilfsmittel der AHV genau gleich wie für jene der IV ein Tarifvertragssystem gelten soll. Entsprechend hat der Bundespräsident und Vorsteher des EDI mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 die Kompetenz des BSV zur Lancierung der vorliegenden Beschaffung ausschliesslich mit Art. 27 IVG begründet, ohne sich veranlasst zu sehen, auf eine gesetzliche Grundlage aus dem AHV-Bereich zu verweisen. In dieses Bild fügt sich wiederum die Tatsache nahtlos ein, dass im Rahmen der Verordnungsnovelle vom 5. Dezember 2008 die AHVV in Art. 66ter Abs. 2 lediglich dahingehend ergänzt worden ist, dass die einschlägigen Bestimmungen der IVV sinngemäss gelten, wozu es im Kommentar heisst, dass für beide Versicherungen eine gemeinsame Ausschreibung durchgeführt wird. Über die Frage, ob Art. 27 IVG auch für die AHV analog zur Anwendung gelangt, muss indessen nicht abschliessend befunden werden, da jedenfalls die Beschaffung von Hörgeräten für die IV nach geltender Gesetzeslage nicht durch öffentliche Ausschreibung und Zuschlag an einige wenige Anbieter erfolgen darf und sich die angefochtene Ausschreibung bereits deshalb unabhängig von der Rechtslage für den Bereich der AHV als rechtswidrig erweist und aufzuheben ist.

8.

8.1 Die Vergabestelle hat angekündigt, dass sie die Beschaffung von Hörgeräten auch im Falle des Unterliegens im vorliegenden Verfahren mittels Ausschreibung gemäss den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts durchführen will (Duplik vom 9. Januar 2009, N. 9). Diesfalls hat sie sich den Regeln des Beschaffungsrechts vollumfänglich zu unterziehen. Nach Ergehen des Urteils in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 ist eine Norm, wonach die Bestimmungen des BoeB lediglich "soweit möglich" zu berücksichtigen sind, nicht mehr denkbar (vgl. Art. 14bis Abs. 1 Satz 2 der IVV in der Fassung vom 5. Dezember 2008). Zudem ist nach dem Gesagten ein formelles Gesetzgebungsverfahren anzustrengen (vgl. E. 7.4 hiervor). Entsprechend hat die Eidgenössische Finanzkontrolle bereits 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 des auf öffentlichen Ausschreibungen basierenden Systems nicht eine Änderung des IVG notwendig sein werde (vgl. dazu bereits das Urteil in der vorliegenden Beschwerdesache vom 25. November 2008 E. 4).

8.2 Die Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage erschiene im Übrigen wohl auch unabhängig von der abschliessenden Regelung gemäss Art. 27 IVG im Lichte von Art. 164 Abs. 1 BV angezeigt. Nach dem Konzept des der neuen Bundesverfassung zugrunde liegenden "materiellen Gesetzesbegriffs" (vgl. dazu GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 124 f. mit Hinweisen; differenzierend ROLAND FEUZ, Materielle Gesetzesbegriffe, Bern 2002, S. 209 ff.) sind die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Angewendet auf den vorliegenden Fall ist einmal aus rechtsstaatlicher Sicht zu beachten, dass es sich um eine marktordnende Beschaffung handelt, welche zu einem nicht unbedeutenden Eingriff in die Rechtsstellung der Marktteilnehmer (dazu ausführlich E. 3.2 hiervor) und bei Beschränkung der Austauschbefugnis auch der Versicherten führt (vgl. dazu die Vorgaben gemäss Art. 164 Abs. 2 und 3 BV). Unter Berücksichtigung der erheblichen wirtschaftspolitischen Bedeutung, die dem Systemwechsel zukommt ("Verstaatlichung der Hörgeräteversorgung") und des Umstandes, dass mit Widerstand von Seiten der Betroffenen und im Parlament gerechnet werden musste, scheint es zudem auch aus demokratischer Sicht angezeigt, einen derartigen Systemwechsel nicht ohne einen hohen Grad an politischer Legitimation vorzunehmen (vgl. zu den Normanforderungen aufgrund der wirtschaftspolitischen Bedeutung und der Akzeptanz einer Regelung BGE 131 II 13 E. 6.4.2; GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 132 f. mit Hinweisen; GEORG MÜLLER, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, in: LeGes – Gesetzgebung und Evaluation, 2000/3, S. 29 ff., insb. S. 31 und S. 33 f.; PIERRE TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et alii [Hrsg.], a.a.O., Rz. 7 f. zu Art. 164 BV).

Im Übrigen spricht auch vieles dafür, dass eine Abweichung von der Austauschbefugnis auf formell-gesetzlicher Stufe zu regeln ist. In der Botschaft zum IVG wurde in diesem Sinne besonderer Wert auf das Wahlrecht der Versicherten gelegt. So wurde insbesondere festgehalten, dass durch den Abschluss von Verträgen (nach Art. 27 IVG) nicht

das Wahlrecht der Versicherten hinsichtlich der medizinischen Leistungen (einschliesslich der Hilfsmittel) eingeschränkt werden dürfe (BBl 1958 II 1137, S. 1176).

9.

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob und inwieweit auch die Rügen der Beschwerdeführerinnen betreffend die beschaffungsrechtlichen Mängel der angefochtenen Ausschreibung begründet sind. Es kann auch nicht Sache des Gerichts sein, der Vergabestelle, wie sie dies verlangt (Duplik vom 9. Januar 2009, N. 9), über das Entscheidnotwendige hinaus detaillierte Vorgaben zu machen im Hinblick auf eine allfällige Neuausschreibung nach Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage. Indessen sei immerhin darauf hingewiesen, dass nicht anzunehmen ist, dass ein Systemwechsel, mag er auch zu einer grundlegenden Veränderung der gegenwärtigen Marktverhältnisse führen, zwangsläufig einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerinnen darstellt, wie dies die Beschwerdeführerinnen geltend machen. Indessen wird sich die Vergabestelle im Rahmen einer allfälligen Neuausschreibung die Frage stellen müssen, ob die Vorgabe von Preisen im Rahmen der Eignungskriterien zulässig ist. Sollte die Vergabestelle damit verhindern wollen, dass sich die Anbieterinnen vor Offerteingabe absprechen, sei darauf hingewiesen, dass Submissionsabsprachen durch Ausschluss der an der Absprache beteiligten Anbieter (Art. 11 Bst. e BoeB) oder durch Abbruch des Verfahrens (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VoeB) und wohl nicht durch präventive Preisvorgaben zu bekämpfen sind. Schliesslich ist nicht ausser Acht zu lassen, dass das Wettbewerbsrecht, namentlich der Gedanke des richtigen Umganges mit der Nachfragemacht, auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens Geltung beansprucht.

10.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen für den Fall der Aufhebung der Ausschreibung die Vernichtung der Teilnahmeanträge nach Rechtskraft des Urteils. Indessen besteht keine vollständige Identität zwischen dem Kreis der interessierten Anbieter und demjenigen der Beschwerdeführerinnen. Demnach können die Beschwerdeführerinnen nicht über Bestand oder Vernichtung der Teilnahmeanträge verfügen. Vielmehr erscheint es sachgerecht, die eingegangenen Postsendungen den interessierten Anbietern nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu retournieren.

11.

11.1 Die Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da nach der Darstellung im Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle vom Juni 2007 (S. 56) von direkten Ausgaben von AHV und IV für die Hörmittelversorgung in der Schweiz von jährlich 114 Mio. Franken auszugehen ist, rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr für das aufwendige, durch mehrere aufgrund der Begehren der Verfahrensbeteiligten notwendigen Zwischenverfügungen, deren Kosten mit dem vorliegenden Entscheid zu verlegen sind, geprägte Verfahren gemäss Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 4 VGKE auf Fr. 50'000.- festzusetzen.

11.2 Die Verfahrenskosten sind anteilmässig im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.39). Vorliegend obsiegen die Beschwerdeführerinnen in der Hauptsache. Indessen sind sie in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 18. November 2008 betreffend die Bekanntgabe der Anzahl eingegangener Postsendungen sowie auf den Zwischenentscheid vom 4. Dezember 2008 betreffend die Akteneinsicht in die Parteimemoranden als unterliegend anzusehen. Die Beschwerdeführerinnen 1-11 sind darüber hinaus mit ihrem Antrag auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens, erledigt mit den Zwischenverfügungen vom 20. und vom 30. Januar 2009, nicht durchgedrungen. Angesichts des nicht zu vernachlässigenden gerichtlichen Aufwands für diese Zwischenentscheidungen sind die Beschwerdeführerinnen 1-11 trotz Obsiegens im Hauptpunkt als zu einem Fünftel, die Beschwerdeführerinnen 12-18 als zu einem Sechstel unterliegend anzusehen. Da zwei Verfahren vereinigt worden sind, ist für die Verlegung der Verfahrenskosten davon auszugehen, dass die Gesamtkosten je zur Hälfte für das Verfahren B-6177/2008 und das Verfahren B-6386/2008 anfallen. Die Beschwerdeführerinnen 1-11 haben demnach einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 5'000.-, die Beschwerdeführerinnen 12-18 einen Verfahrenskostenanteil von Fr. 4'160.- zu tragen. Diese Beträge sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von je Fr. 10'000.- zu verrechnen. Verfahrensbeteiligten Bundesbehörden können gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt

werden (Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 4; Entscheid der BRK vom 9. Oktober 2002, publiziert in VPB 67.6 E. 4c/cc).

11.3 Die Beschwerdeführerinnen haben im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen 1-11 weisen in ihrer Honorarnote einen Aufwand von 339 Stunden, die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen 12-18 einen solchen von 315 Stunden aus. Zu ersetzen ist der notwendige Aufwand (Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 VGKE). Parteiaufwand ist dann als notwendig zu betrachten, wenn er zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung unerlässlich erscheint. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Aufwandes kommt dem Gericht ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 64 VwVG). Was die Festsetzung des angemessenen Aufwandes betrifft, erscheint es zunächst angezeigt, den Aufwand der Beschwerdeführerinnen 1-11 um 70, jenjenigen der Beschwerdeführerinnen 12-18 um 53 Stunden zu kürzen. Das Gericht hat die Beschwerdeführerinnen zudem mit Urteil vom 25. November 2008 (E. 5) darauf hingewiesen, dass es prüfen werde, ob und inwieweit die Beschäftigung von zwei Anwaltsteams nach Vereinigung der Verfahren B-6177/2008 und B-6386/2008 noch als notwendig erscheine. Dabei ist insofern Vorsicht am Platz, als sich die Interessen der Hörgerätehersteller nur bis zu einem gewissen Grade mit denjenigen der Zwischenhändler decken (vgl. dazu RES NYFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Rz. 7 und 9 zu Art. 11a VwVG). Nach der Verfahrensvereinigung und dem Ergehen des Teilurteils vom 25. November 2008 war mit Blick auf die identischen Hauptbegeheren indessen klar, dass die unterschiedliche Interessenlage im vorliegenden Verfahren keine Rolle spielen würde. Demnach wäre ab diesem Zeitpunkt eine engere Koordination der beiden Anwaltsteams angezeigt gewesen. Es erscheint deshalb angezeigt, die Kostennoten der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf den Aufwand für die Replik und die Stellungnahme zu den Verordnungsänderungen berechnet nach bereits berücksichtigtem Abzug zusätzlich um jeweils einen Drittel (ausmachend bei den Beschwerdeführerinnen 1-11 23 Stunden und bei den Beschwerdeführerinnen 12-18 24 Stunden) zu kürzen. Damit ergibt sich insgesamt ein anerkannter Aufwand für die Beschwerdeführerinnen 1-11 von 246 Stunden und für die Beschwerdeführerinnen 12-18 von 238 Stunden.

11.4 Der geltend gemachte Höchstansatz für Anwaltshonorare gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE in der Höhe von Fr. 400.- pro Stunde erscheint angesichts der zu erörternden verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Fragen wie auch mit Blick auf den Streitwert angemessen. Nicht einzugehen ist indessen auf den von den Beschwerdeführerinnen 1-11 eventualiter für den Fall der Nichtanerkennung der Anzahl Stunden geltend gemachten Stundenansatz von Fr. 500.-. Zusammenfassend ergibt sich demnach für die Beschwerdeführerinnen 1-11 ein anerkanntes Honorar von Fr. 98'400.- bzw. von Fr. 105'878.40 inkl. MWSt und mit den in der Höhe von Fr. 1'260.- bzw. Fr. 1'355.75 inkl. MWSt zu berücksichtigenden Auslagen ein Parteiaufwand von insgesamt Fr. 107'234.15. Für die Beschwerdeführerinnen 12-18 ist von einem Honorar von Fr. 95'200.- bzw. von Fr. 102'435.20 inkl. MWSt und mit den zuzuerkennenden Auslagen ebenfalls in Höhe von Fr. 1'355.75 inkl. MWSt von einem Parteiaufwand von Fr. 103'790.95 auszugehen.

11.5 Entsprechend der Verlegung der Verfahrenskosten sind den teilweise obsiegenden Beschwerdeführerinnen 1-11 die Parteikosten zu vier Fünfteln zu ersetzen. Demnach ist ihnen eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 85'787.30 inkl. MWSt zuzusprechen. Die zu fünf Sechsteln obsiegenden Beschwerdeführerinnen 12-18 haben Anspruch auf eine Parteientschädigung von Fr. 86'492.45 inkl. MWSt. Die teilweise obsiegende Vergabestelle hat demgegenüber auch insoweit keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 7 in fine mit Hinweis).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerden werden gutgeheissen und die Ausschreibung "Beschaffung Hörgeräte" vom 15. September 2008 wird aufgehoben.

2.
Die Teilnahmeanträge der interessierten Anbieter werden diesen nach Rechtskraft des Urteils zurückgesandt.

3.

3.1 Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 5'000.- den Beschwerdeführerinnen 1-11 und im Umfang von Fr. 4'160.- den Beschwerdeführerinnen 12-18 auferlegt. Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.2 Die den Beschwerdeführerinnen auferlegten Verfahrenskosten werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 10'000.- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 5'000.- (Beschwerdeführerinnen 1-11) respektive von Fr. 5'840.- (Beschwerdeführerinnen 12-18) wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.

4.

4.1 Den Beschwerdeführerinnen 1-11 wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 85'615.15 inkl. MWSt zugesprochen.

4.2 Den Beschwerdeführerinnen 12-18 wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 86'492.45 inkl. MWSt zugesprochen.

4.3 Der Vergabestelle wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
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 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG. SR 173.110]), 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: 13. Februar 2009