Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

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

Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2008

Besetzung

Richter Marc Steiner; Gerichtsschreiberin Miriam Sahlfeld.

Parteien

B-6177/2008

1. A._____

2. B._____

3. C._____

4. D._____

5. E._____

6. F._____

7. G._____

8. H._____

9. I._____

10. J._____

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

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

B-6386/2008
12. L._____

13. M._____

14. N._____

15. O._____

16. P._____

17. Q._____

18. R._____

Parteien

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

gegen

Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV),
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Wolfgang Straub,
Deutsch Wyss & Partner, und Dr. Fridolin Walther,
Walther Leuch Howald, Zustelladresse Deutsch Wyss &
Partner, Effingerstrasse 17, Postfach 5960, 3001 Bern,
Vergabestelle

Gegenstand

Beschaffungswesen (Beschaffung von Hörgeräten).

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 der bis zum 7. November 2008 einzureichende Antrag zur Teilnahme evaluiert wird, und erst in einem zweiten Schritt die Offerten der zugelassenen Anbieterinnen eingeholt werden. Mit Ziffer 4.5.1 wird allen Anbieterinnen eine Frist für Fragen zur Ausschreibung bis zum 14. Oktober 2008 gesetzt. Unter Ziffer 1.4 wird der 7. November 2008, 12.00 Uhr, als Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge bezeichnet. In Ziffer 4.7 wird zur Art und Weise der Beschaffung ausgeführt: "Die Ausschreibung wird im SHAB ausgeschrieben, aber erfolgt nicht nach dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/VoeB), sondern nach schweizerischem Obligationenrecht. Rechtsmittel sind ausgeschlossen. Es besteht kein Anspruch auf Vertragsabschluss."

B.
Mit 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 wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Sistierung des Vergabeverfahrens verlangt. Die Beschwerdeführerinnen rügen insbesondere das Fehlen der Kompetenz und der gesetzlichen Grundlage für eine derartige Ausschreibung. Die Darlegungen zur Prozessgeschichte beschränken sich im Folgenden weitgehend auf die Anträge betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. vorsorgliche Massnahmen (vgl. zum Ganzen den Sachverhalt der Verfügungen vom 20. Oktober 2008 und vom 18. November 2008 sowie den Sachverhalt des Entscheides vom 25. November 2008 und der Akteneinsichtsverfügung vom 4. Dezember 2008).

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.
Mit Eingaben vom 6. bzw. 14. Oktober 2008 nahmen AHV und IV Stellung zu den in beiden Verfahren gestellten prozessualen Anträgen. Sie beantragen, auf die entsprechenden Anträge wie auch auf die Beschwerde selbst sei nicht einzutreten, eventuell seien die prozessualen Anträge abzuweisen. Sie machen insbesondere geltend, der Aufwand der Anbieter für die Einreichung von Teilnahmeanträgen halte sich in engen Grenzen. Damit überwiegen nach Ansicht von AHV und IV die öffentlichen Interessen an den Einsparungsmöglichkeiten im Bereich der Ausgaben für Hörmittel diejenigen der Beschwerdeführerinnen.

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

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

- Ziffer 1.1 der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt ergänzt: Die Frage, wer als Vergabestelle fungiert, ist derzeit Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.
- Ziffer 1.2 der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt neu gefasst: Teilnahmeanträge sind mit dem Vermerk "vertraulich" und unter Angabe der Verfahrensnummer "B-6177/2008" an folgende Adresse zu schicken: Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, z.H. Kanzleileiterin, Postfach, 3003 Bern, Fax (+41) 58 705'29'80.
- Ziffer 4.5 Ziffer der Ausschreibung gemäss SHAB Nr. 178 vom 15. September 2008 wird wie folgt neu gefasst: Die Frage, ob die vorliegende Beschaffung gemäss dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/VoeB) zu erfolgen hat, ist derzeit Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.

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

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

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

J.

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

J.b 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.

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

K.

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2008 verfügte der Instruktionsrichter in Bezug auf die beantragten vorsorglichen Anordnungen was folgt:

"1.
Die eingegangenen Teilnahmeanträge bleiben einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts.

2.
Die Namen der Absender eingegangener Postsendungen werden nicht bekannt gegeben.

3.
Die Anzahl der eingegangenen Postsendungen wird der Vergabestelle mitgeteilt.

4.
Die Vollstreckung der Anordnung gemäss Ziffer 3 hiervor wird bis zum 21. November 2008 aufgeschoben."

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

M.
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 AHV und IV, sondern das BSV als Beschaffungsstelle anzusehen ist, welches als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB) und dem BoeB unterstellt ist.

N.
Ebenfalls am 25. Dezember 2008 verfügte der Instruktionsrichter die Durchführung des Schriftenwechsels zu den materiellen Rügen der Beschwerdeführerinnen. Zugleich wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 5. Dezember 2008 zum Ergebnis der Bundesratssitzung vom 26. November 2008 und dessen Bedeutung für das vorliegende Verfahren Stellung zu nehmen.

O.

O.a Mit Eingaben vom 28. November bzw. 1. Dezember 2008 stellten die Beschwerdeführerinnen 1-11 und 12-18 jeweils den Antrag, die Anordnungen der Zwischenverfügungen vom 20. Oktober 2008 und vom 18. November 2008 unverändert zu belassen. Es bestehe Grund zu der Annahme, dass eine Beschaffung wegen fehlender gesetzlicher Grundlage gar nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Unter diesen Umständen sei eine Fortführung des Beschaffungsverfahrens nicht zulässig. Die Teilnahmeanträge müssten ungeöffnet beim Bundesverwaltungsgericht verbleiben.

O.b Die Vergabestelle beantragte mit Eingabe vom vom 1. Dezember 2008 die umgehende Aufhebung bzw. Abänderung der Zwischenver-

fügungen vom 20. Oktober 2008 und 18. November 2008 dahingehend, dass die beim Bundesverwaltungsgericht eingegangenen elf Teilnahmeanträge der Vergabestelle herauszugeben seien. Sie macht geltend, die Ausgangslage habe sich unter anderem durch die Einreichung von Teilnahmeanträgen, durch das Urteil vom 25. November 2008, namentlich die darin vorgenommene Bestimmung der Vergabestelle, sowie durch die Schaffung einer verordnungsrechtlichen Grundlage für die Ausschreibung wesentlich geändert. Die finanzielle Situation insbesondere der IV sei nach wie vor schwierig und verschlimmere sich bei weiterer Verzögerung täglich, weswegen die bereits eingetretene Verzögerung bei der Interessenabwägung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen sei. Im Übrigen verzichte sie auf die Anfechtung des Urteils vom 25. November 2008.

O.c Der Rechtsvertreter der Vergabestelle erklärte am 2. Dezember 2008 auf Nachfrage des Instruktionsrichters hin, dass erst nach Eingang der seitens der Vergabestelle am 5. Dezember 2008 zu erstattenden Stellungnahme betreffend die allfällige Verabschiedung neuer gesetzlicher Grundlagen über den Abänderungsantrag vom 1. Dezember 2008 zu entscheiden sei.

P.
Mit Verfügung ebenfalls vom 2. Dezember 2008 wurde die Vergabestelle ersucht, sich im Rahmen ihrer Stellungnahme zur allfälligen Verabschiedung neuer gesetzlicher Grundlagen auch zur Frage zu äussern, welche Änderungen sich ihrer Auffassung nach im Vergabeprogramm aus dem Umstand ergeben, dass die Vergabe dem BoeB untersteht.

Q.
Die mit Verfügung vom 25. November 2008 auf den 5. Dezember 2008 angesetzte Frist zur Stellungnahme wurde der Vergabestelle mit Verfügung vom 3. Dezember 2008 antragsgemäss bis zum 16. Dezember 2008 erstreckt, soweit die Stellungnahme zur allfälligen Verabschiedung neuer gesetzlicher Grundlagen in Frage steht.

R.
Am 5. Dezember 2008 teilte die Vergabestelle mit, der Bundesrat habe in seiner Sitzung vom gleichen Tage Änderungen der Verordnungen über die Invaliden- und die Alters- und Hinterlassenenversicherung bereffend die Beschaffung von Hörgeräten beschlossen.

S.
Ebenfalls am 5. Dezember 2008 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme betreffend allfällige Änderungen im Vergabeprogramm aufgrund der Unterstellung der Vergabe unter das BoeB ein. Sie vertritt die Auffassung, dass das BoeB bereits Beachtung gefunden habe und die Ausschreibung weitergeführt werden könne. Die Tatsache, dass nunmehr das BSV als Vergabestelle anzusehen ist, sowie allfällige weitere Rektifikationen seien nach Öffnung der Teilnahmeanträge ausschliesslich den Teilnehmern mitzuteilen. Sollte ihr Abänderungsgesuch vom 1. Dezember 2008 nicht gutgeheissen werden, sei ein entsprechendes Öffnungsprotokoll durch das Gericht zu erstellen, wobei die darin enthaltenen Adressen der Vergabestelle mitzuteilen seien.

T.
Auf Nachfrage hin teilte die Vergabestelle mit Schreiben vom 8. Dezember 2008 mit, dass über das Abänderungsgesuch erst unter Berücksichtigung der bis am 16. Dezember 2008 einzureichenden Stellungnahme zum Ergebnis der Bundesratssitzung vom 5. Dezember 2008 entschieden werden solle.

U.
Im Rahmen der Replikschriften im Hauptverfahren vom 12. Dezember 2008 beantragen die Beschwerdeführerinnen zugleich die Abweisung des Antrags der Vergabestelle auf Abänderung der mit Verfügung vom 18. November 2008 getroffenen vorsorglichen Massnahmen. Ausserdem seien sämtliche Rechtsschriften von AHV und IV aus dem Recht zu weisen, nachdem nur dem BSV als Beschafferin Parteistellung zukomme.

V.
Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 12. Dezember 2008 unter Bezugnahme auf eine entsprechende Eingabe von AHV und IV vom 14. Oktober 2008 die Edition der Angaben zu den effektiv bezahlten Wareneinstandspreisen bzw. zu den daraus resultierenden Margen. Dieser prozessuale Antrag beziehe sich nur auf das Abänderungsgesuch, nicht jedoch auf das Hauptverfahren.

W.
Mit Eingabe vom 16. Dezember 2008 äusserte sich die Vergabestelle zu den neuen Verordnungsgrundlagen für das strittige Beschaffungsvorhaben.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB; vgl. zum Ganzen den Entscheid betreffend die Unterstellung der vorliegenden Vergabe vom 25. November 2008, E. 1.1). Durch den Verzicht der Vergabestelle, das Urteil vom 25. November 2008 anzufechten, ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sowie das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen insoweit ausser Streit gestellt.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG). Zuständig für vorsorgliche Anordnungen im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung ist auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Vergaberechts gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG der Instruktionsrichter (vgl. die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 1.3).

2.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit Replik vom 12. Dezember 2008, es seien sämtliche Rechtsschriften von AHV und IV aus den Akten zu weisen. Da im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen allenfalls auf die in Frage stehenden Eingaben einzugehen ist, ist diese formelle Rüge vorab zu behandeln. Zur Begründung wird ausgeführt, es sei aufgrund des Urteils vom 25. November 2008 erstellt, dass AHV und IV weder rechts- noch parteifähig seien, weshalb sie nicht befugt seien, sich am Verfahren zu beteiligen. Dem aus dieser Tatsache gezogenen Schluss kann indessen nicht beigepflichtet werden. Solange Rechtspersönlichkeit und Parteieigenschaft, soweit davon bei verfügenden Behörden gesprochen werden kann, strittig waren, kam AHV und IV auch Parteistellung zu (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 180). Erst mit Ergehen des Urteils vom 25. November 2008 oder gar erst mit dem Rechts-

mittelverzicht von BSV, AHV und IV vom 1. Dezember 2008 ist klar, dass das BSV als Vergabestelle anzusehen ist, soweit diese wiederum zur Beschaffung befugt ist, was die Beschwerdeführerinnen bestreiten. Demnach können alle früher erhaltenen Eingaben von AHV und IV jedenfalls nicht aus dem Recht gewiesen werden. Es gilt also vergleichbar der Situation bei Parteiwechsel, dass das BSV, welches vorher bestritten hat, Vergabestelle zu sein, den Prozess so übernimmt, wie er jetzt liegt. Damit braucht die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 12 VwVG (vgl. dazu etwa Art. 32 Abs. 2 VwVG betreffend verspätete Eingaben) im vorliegenden Zusammenhang nicht näher erörtert zu werden.

3.

3.1 Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Auch vorsorgliche Massnahmen können Gegenstand des Zwischenentscheides betreffend die aufschiebende Wirkung sein (vgl. dazu etwa die Zwischenverfügung im Verfahren A-4471/2007 vom 3. August 2007). Dies gilt auch für das Vergaberecht (vgl. nur André Moser/ Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 121, Rz. 3.31 ff. mit Hinweisen).

3.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen). Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Dieselbe Interessenabwägung ist auch im Rahmen der Beurteilung von Anträgen auf vorsorgliche Anordnungen zu treffen (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 2.1 f. mit Hinweisen).

3.3 Mit Zwischenverfügung angeordnete vorsorgliche Massnahmen können im Verlauf eines Verfahrens von Amtes wegen oder auf Antrag hin abgeändert werden, wenn die Voraussetzungen zu ihrem Erlass

dahingefallen sind (REGINA KIENER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Bern 2008, Rz. 13 zu Art. 56 VwVG mit Hinweisen u.a. auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 26. März 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.77 E. 2c). Die getroffenen Anordnungen sollen allfälligen neuen Verhältnissen angepasst werden können (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.18 in fine mit Hinweisen).

4.

4.1 Die Vergabestelle verlangt in Abänderung von Ziffer 1 der Verfügung vom 18. November 2008 die Herausgabe der eingegangenen Teilnahmeanträge zur Evaluation. Das BSV vertritt die Auffassung, die Ausgangslage habe sich seit Ergehen der Zwischenverfügungen vom 20. Oktober 2008 und vom 18. November 2008 wesentlich verändert. Inbesondere führt die Vergabestelle an, dass die zu Beginn des Verfahrens einzig prima facie vorgenommene Beurteilung aufgrund des mittlerweile fortgeschrittenen Stands des Beschwerdeverfahrens und insbesondere aufgrund des Urteils vom 25. November 2008 nunmehr auf erheblich sicherer tatsächlicher und rechtlicher Basis erfolgen könne. Das Urteil habe zudem geklärt, dass das BSV Vergabestelle sei, weswegen diesem die Teilnahmeanträge zur Weiterbehandlung ausgehändigt werden könnten. Auch habe sich inzwischen gezeigt, dass zahlreiche Eingaben eingegangen seien, deren Geeignetheit als Teilnahmeanträge allerdings von der Vergabestelle überprüft werden müsse. Eine weitere Zurückbehaltung der Eingaben durch das Gericht würde dazu führen, dass diese nicht mehr aktuell seien oder im Falle nicht ernst gemeinter Anträge den Prozess unnötig verlängerten. Die Verabschiedung der Verordnungsänderungen erfordere eine erneute Beurteilung, ob die Ausschreibung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe. Einige der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen könnten in den nachfolgenden Schritten des Ausschreibungsverfahrens noch korrigiert werden; dies stehe der Herausgabe der Teilnahmeanträge nicht im Wege. Zur Interessenabwägung wird weiter ausgeführt, die finanzielle Lage insbesondere der IV sei weiterhin sehr schwierig. Es sei davon auszugehen, dass im Falle einer weiteren Verzögerung etwa 2.5 Millionen Franken pro Monat verloren gehen. Des Weiteren sei die bereits eingetretene Verzögerung zu berücksichtigen.

4.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind die vorsorglichen Anordnungen aufrechtzuerhalten (Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 28. November 2008 bzw. der Beschwerdeführerinnen 12-18 vom 1. Dezember 2008). Die Entscheidung darüber, ob eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Ausschreibung vorliege, stehe noch aus, weswegen bis zum Entscheid über diese Frage die Teilnahmeanträge ungeöffnet beim Bundesverwaltungsgericht verbleiben müssten.

5.

5.1 Zur Begründung der mit Verfügung vom 20. Oktober 2008 getroffenen vorsorglichen Massnahme, wonach die Teilnahmeanträge ausnahmsweise nicht der Vergabestelle, sondern dem Gericht einzureichen waren, hat der Instruktionsrichter Folgendes ausgeführt (E. 5.2):

"Nicht zuzumuten ist den Anbietern allerdings im vorliegenden Fall, dass AHV und IV ohne entsprechende Anordnung des Gerichts aufgrund des Verfahrensstandes nach dem 7. November 2008 bereits wissen, wer einen Teilnahmeantrag einreicht. Aufgrund namentlich der preislichen Rahmenvorgaben gemäss Ziffer 3.8, Punkte EA5 und EA6, gibt bereits der Absender der Anträge wichtigen Aufschluss darüber, wer die Bedingungen gemäss der Ausschreibung allenfalls akzeptiert."

Absicht des Gerichts war es mithin, das Interesse der Vergabestelle an der Fortführung des Beschaffungsvorganges zu wahren, ohne hierdurch die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Geheimhaltung ihrer strategischen Positionierung namentlich durch die Öffnung der Teilnahmeanträge zu kompromittieren, bevor nicht feststeht, ob die Ausschreibung als solche zulässig ist und auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage gestützt werden kann. Dieser Zielsetzung diente auch die Anordnung vom 18. November 2008, wonach die Teilnahmeanträge einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts verbleiben sollten. Ob sich diese Ausgangslage durch den weiteren Prozessverlauf in einer Weise verändert hat, dass eine Aufhebung der vorsorglichen Massnahme gerechtfertigt erscheint, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

5.2 Wie die Vergabestelle zutreffend ausführt, wurde mit Urteil vom 25. November 2008 durch das Gericht festgestellt, dass das BSV als für die vorliegende Ausschreibung verantwortliche Vergabestelle anzusehen ist. Wesentlich verändert hätte sich die Ausgangslage insoweit indessen nur im umgekehrten Fall. Hätte des Gericht seine Zuständig-

keit verneint, wären die vorsorglichen Massnahmen ebenso wie ein Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig (VPB 61.77 E. 2c mit Hinweis). Damit kann – jedenfalls in diesem Zusammenhang – offen bleiben, ob nicht vielmehr die Prozesschancen der Beschwerdeführerinnen mit dem Urteil vom 25. November 2008 gestiegen sind, wie diese behaupten (Replik der Beschwerdeführerinnen 1-11 vom 12. Dezember 2008, S. 5). Die Gewissheit, wer Vergabestelle ist, ändert an der Ausgangslage ebenfalls nichts. Wäre nur die Frage, wer für die Ausschreibung verantwortlich ist, strittig, wäre das BSV längst im Besitze der Teilnahmeanträge. Die Ausgangslage wäre nur so, wie es die Vergabestelle darstellt, wenn die Teilnahmeanträge mit der Begründung, sie würden "zuhanden wes Rechtes" zurückbehalten, nicht ausgehändigt worden wären. Auch der Umstand, dass inzwischen bekannt ist, dass von elf Absendern Postsendungen beim Gericht eingegangen sind, verändert die Ausgangslage nicht. Nur wenn aufgrund der Bekanntgabe der (zu geringen) Anzahl erhaltener Postsendungen davon auszugehen gewesen wäre, dass das mit der Ausschreibung verfolgte Ziel zum vornherein nicht erreichbar wäre, wäre dies zu prüfen. Dann aber hätte die Vergabestelle das Verfahren längst abgebrochen (vgl. dazu die Eingabe von AHV und IV vom 7. November 2008). Auch in der Verabschiedung einer neuen Verordnungsgrundlage für die Beschaffung von Hörgeräten am 5. Dezember 2008 wäre wohl nur dann eine wesentliche Änderung zu sehen, wenn sich etwa die Frage nach der Rückwirkung derselben auf den Zeitpunkt der Ausschreibung nicht nach wie vor stellen würde (vgl. dazu das Urteil vom 25. November 2008, E. 4). Demnach erscheint fraglich, ob die Vergabestelle ohne wesentliche Änderung im Sachverhalt auf den ihre zuzurechnenden Verzicht auf über die Bekanntgabe der Anzahl eingegangener Teilnahmeanträge hinausgehende Anträge vor Ergehen der Verfügung vom 18. November 2008 (vgl. dazu die Eingabe AHV/IV vom 14. November 2008) zurückkommen kann. Dies wie auch die Frage, inwieweit – straffe Prozessleitung vorausgesetzt – im blossen Zeitablauf ein Abänderungsgrund zu sehen ist, kann jedoch aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

5.3 Die Vergabestelle bringt zur Begründung ihres Abänderungsantrags namentlich vor, nach der Verabschiedung der Änderungen der AHV- und IV-Verordnungen sei neu zu überprüfen, ob die Ausschreibung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe. Die entsprechenden Bestimmungen, durch welche die Verordnung vom

17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) ergänzt werden soll, lauten wie folgt:

" I

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

Art. 14bis Beschaffungen von Hilfsmitteln
1 Die Versicherung kann Hilfsmittel durch Ausschreibung beschaffen. Die Bestimmungen des Bundesgesetzes 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."

Soweit mit den diesbezüglichen Vorbringen der Vergabestelle gemeint ist, die Beschwerde erweise sich in Bezug auf die Rüge der fehlenden gesetzlichen Grundlage im Unterschied zur Beurteilung im Rahmen der Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 als offensichtlich unbegründet, kann der Darstellung des BSV nicht gefolgt werden. Dies wäre nur dann richtig, wenn das am 5. Dezember 2008 verabschiedete Verordnungsrecht vor Publikation der Ausschreibung vom 15. September 2008 ergangen wäre. Indessen ist bereits mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 (E. 4.2.3) darauf hingewiesen worden, dass der Systemwechsel bei der Hörgerätebeschaffung zumindest auf Verordnungsstufe, d.h. möglicherweise auch in einem formellen Gesetz, normiert sein muss und eine gesetzliche Grundlage derzeit prima facie nicht auszumachen ist. Noch deutlicher werden die diesbezüglichen Bedenken mit Urteil vom 25. November 2008 zum Ausdruck gebracht (E. 4). Im Parteigutachten Prof. Paul Richli vom 10. November 2008 (S. 14) wird dazu Folgendes ausgeführt:

"Das geplante Vorgehen des Bundesrates beruht auf der Annahme, die Verordnungsänderungen vermöchten eine Vorwirkung zu entfalten und die Ausschreibung zu legitimieren. Künftiges Verordnungsrecht vermag unter den hier massgeblichen gesetzlichen Grundlagen indessen keine Vorwirkung zu entfalten."

Eine positive Vorwirkung liegt vor, wenn ein noch nicht in Kraft gesetzter Erlass unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens angewendet wird (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 347). Entsprechend hat die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen mit Entscheid BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001 festgehalten, die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV sei zwar am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen worden, aber deren Inkraftsetzung sei bislang noch nicht erfolgt, weshalb diese Verfassungsbestimmung keine Rechtswirkungen zu entfalten vermöge (VPB 66.4, E. 4; vgl. dazu neuerdings das zur Publikation bestimmte Urteil B-1773/2006 vom 25. September 2008, E. 5). Im vorliegenden Fall stellt sich indessen die Frage, ob nicht eine Rückwirkung vorliegt. Eine positive Vorwirkung wäre wohl nur dann anzunehmen, wenn die Ausschreibung zwischen der Verabschiedung am 5. Dezember 2008 und dem Inkrafttreten der Verordnungsnovelle per 1. Januar 2009 publiziert würde. Der insoweit massgebende Zeitpunkt ist prima facie entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht erst der Zuschlag, sondern die Ausschreibung. Demnach ist im gewählten Vorgehen eher entweder eine (weder in der Verordnung selbst noch in den Erläuterungen dazu thematisierte) rückwirkende Anwendung von Verordnungsrecht oder ein versuchtes Nachschieben einer gesetzlichen Grundlage zu sehen. Dieses Nachschieben unterscheidet sich möglicherweise selbst von der Rückwirkung, weil Letztere gewöhnlich an ein von Dritten gesetztes Sachverhaltselement und nicht an den einschlägigen Rechtsanwendungsakt der öffentlichen Hand selbst anknüpft. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass die echte Rückwirkung – unter Vorbehalt der Rechtfertigung durch triftige Gründe – grundsätzlich unzulässig ist (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 330 f.). Dies muss aufgrund summarischer Würdigung mindestens ebenso sehr gelten für das Nachschieben einer gesetzlichen Grundlage, soweit insofern von einer separaten dogmatischen Kategorie auszugehen ist. Damit kann von einer offensichtlich unbegründeten Beschwerde nach wie vor keine Rede sein. Dies insbesondere aufgrund des Hinweises der Eidgenössischen Verwaltungskontrolle im Bericht zur "Hilfsmittelpolitik zu Gunsten der Behinderten – Evaluation der Abgabe von Hörmitteln in der IV und AHV" vom Juni 2007, wonach "nicht nicht definitiv abgeklärt" sei, "ob für die Einführung dieses Systems nicht eine Änderung des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) notwendig" sein werde (vgl. zum Ganzen das Urteil vom 25. November 2008, E. 4). Die Vergabestelle hätte es denn auch in der Hand gehabt,

dem Bundesrat vor Publikation der Ausschreibung am 15. September 2008 zumindest die anlässlich der Bundesratssitzungen vom 26. November 2008 und vom 5. Dezember 2008 behandelten Verordnungsgrundlagen zur Verabschiedung vorzulegen. Damit erscheint das Nachschieben der gesetzlichen Grundlage nicht schon durch den blossen Hinweis auf die Verwirklichung des gesetzgeberischen Zieles der einfachen und zweckmässigen Hilfsmittelversorgung als offensichtlich im Sinne eines triftigen Grundes gerechtfertigt (vgl. dazu die Eingabe der Vergabestelle vom 16. Dezember 2008, S. 10). Dieser Umstand könnte allenfalls im Rahmen der nachfolgenden Interessenabwägung Berücksichtigung finden.

6.

6.1 Im Rahmen der Interessenabwägung bringt die Vergabestelle vor, es müsse jede Massnahme ergriffen werden, um der desolaten Finanzlage der IV abzuhelfen. Solange der bisherige Tarifvertrag weiter gelte, bezahlten AHV und IV nach der Untersuchung der Eidgenössischen Finanzkontrolle jährlich einen zweistelligen Millionenbetrag zu viel. Daher bestehe ein gewichtiges Interesse an einer raschen Umsetzung der Ausschreibung. In diesem Sinne wird auch im Rahmen der Erläuterungen zur am 5. Dezember 2008 verabschiedeten IVV-Novelle hervorgehoben, durch die Beschaffung könne ein Minimum an Einsparungen von 10-20 Millionen Franken für die AHV und IV realisiert werden. In der Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Innern vom 5. Dezember 2008 wird sogar von einer Kostensenkung um weit über 20 Millionen Franken pro Jahr für Versicherungen und Versicherte zusammen erwartet. Im Rahmen etwa der Antwort des Bundesrates auf die Frage NR Ernst Schibli vom 22. September 2008 (08.5271) wird dazu ergänzend festgehalten, Vergleiche zeigten, dass Hörgeräte im nahen Ausland massiv günstiger seien. Zudem befreien sich nach der Medienmitteilung die Sozialversicherungen mit dem neuen System aus der heutigen Situation, in der die Hörgerätebranche die AHV/IV-Gerätetarife indirekt weitestgehend bestimmt, weil AHV und IV in Tarifverhandlungen über kein wirksames Druckmittel verfügen. In diesem Sinne wird denn auch im seitens der Beschwerdeführerinnen eingereichten Gutachten Prof. Paul Richli (S. 16) festgehalten, es liege im öffentlichen Interesse, die Kosten für Hörgeräte zulasten von AHV und IV möglichst tief zu halten. Dies hat der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 20. Oktober 2008 denn auch berücksichtigt, indem er den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf

Aufhebung der Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge abgewiesen hat. Blockiert ist das Verfahren aus Sicht der Vergabestelle demnach nicht seit Ergehen der ersten vorsorglichen Anordnung vom 26. September 2008, sondern seit dem 7. November 2008, was im Folgenden zu berücksichtigen ist.

6.2 Die Vergabestelle begründet den Antrag auf Herausgabe der Teilnahmeanträge damit, es sei ohne weiteres möglich, aufgrund einiger der Rügen der Beschwerdeführerinnen – meint natürlich, soweit sich diese als begründet erweisen – noch Korrekturen in den nachfolgenden Schritten des Vergabeverfahrens anzubringen (Eingabe vom 1. Dezember 2008, S. 6). Davon gehen die Beschwerdeführerinnen demgegenüber nicht aus, wenn sie mit Eingabe vom 12. Dezember 2008 beantragen, die Teilnahmeanträge seien mit Eintritt der Rechtskraft des Endurteils in der vorliegenden Streitsache zu vernichten. Tatsächlich verkennt das BSV die besondere Natur des zu beurteilenden Beschaffungsvorhabens. Während ein derartiges Vorgehen im Rahmen gewöhnlicher Vergabeverfahren allenfalls denkbar wäre, ist die vorliegende Ausschreibung durch mehrere besondere Umstände geprägt. Zwar spricht die gerügte Verletzung der Austauschbefugnis durch die verabschiedeten Verordnungsbestimmungen allein nicht gegen die Deblockierung des Vergabeverfahrens, zumal die Einschränkung der Austauschbefugnis und die öffentliche Ausschreibung von Standardmodellen prima facie nicht begriffsnotwendig miteinander verbunden sind. Indessen wird in Punkt 3.8 der Ausschreibung vom 15. September 2008 als Eignungskriterium "mit Ausschlusscharakter" EA2 definiert, dass der Anbieter bestätigen muss, dass im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung nur Hörgeräte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung angeboten werden. Gemäss dem Eignungskriterium EA4 muss sich der Anbieter bereit erklären, sein gesamtes in Deutschland und Dänemark angebotenes Sortiment an Hörgeräten und Zusatzgeräten anzubieten. Gemäss der Anforderung EA6 wird vom Anbieter verlangt, dass er Hörgeräte für die Stufen 1, 2 und 3 zum Preis von 260, 375 bzw. 510 Euro anbietet. Ausserdem haben Anbieter die Zusicherung abzugeben, dass sie Hörgeräte der Stufe 4 zu EU-Marktpreisen anbieten werden. Das Eignungskriterium EA7 beinhaltet die Bereitschaft des Anbieters, den Auftraggeber periodisch über die EU-Marktpreise zu informieren und Preissenkungen auf seinem gesamten Sortiment an Hörgeräten und Zusatzgeräten unverzüglich weiterzugeben. In derartigen Vorgaben sind prima facie keine klassischen Eignungskriterien im Sinne des Vergaberechts zu sehen. Die-

selben sind gemäss der Ausschreibung sogar weniger wichtig, wenn unter Punkt 3.8. lediglich im Rahmen des "bewerteten" Eignungskriteriums EB2 (1000 von 2000 erreichbaren Punkten) berücksichtigt wird, ob der Anbieter über ein breites Sortiment an Hörgeräten verfügt, welches die Mindestanforderung aller wesentlichen Bedürfnisgruppen abdecken kann.

6.3 Dass mit den genannten Vorgaben auch angesichts der beträchtlichen Nachfragemacht der Sozialversicherungen im Bereich der Hörgeräte weit über ein übliches Beschaffungsvorhaben hinaus – fast schon im Sinne einer indirekten Vorgabe administrierter Preise – in den Markt eingegriffen wird, namentlich wenn man die Auswirkungen auf die Zwischenhändler bedenkt, ist offensichtlich. Damit kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, ob durch das Eignungskriterium mit Ausschlusscharakter EA1 (durchschnittlicher Jahresumsatz von 80 Millionen Franken während der letzten drei Geschäftsjahre) in unzulässiger Weise ein Oligopol geschaffen wird; nach den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen 12-18 erfüllen nur drei bis vier Anbieter diese Voraussetzung (Replik, S. 38). Zwar ist dem Bundesrat zuzustimmen, wenn er festhält, dass die Einführung von Wettbewerb grundsätzlich keinen antiliberalen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt (Antwort des Bundesrates auf die Frage NR Ernst Schibli vom 22. September 2008 [08.5271]) und der Margen- und Strukturerhalt im in Frage stehenden Marktsegment prima facie nicht wünschbar erscheint. Auch die Trennung von Lieferung und Dienstleistung im Hörgerätebereich ist prima facie nicht zweckwidrig. Indessen ist in dieser Situation die nicht offensichtlich unbegründete Rüge, es fehle der Ausschreibung an einer gesetzlichen Grundlage, von ganz anderer Bedeutung als im Rahmen eines gewöhnlichen Beschaffungsvorhabens, mit welchem die Anbieter im selektiven Verfahren vor allem aufgrund ihrer Eignung ausgewählt werden (vgl. zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für ein Beschaffungsvorhaben allgemein die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 4.2.2 mit Hinweisen). Dies zumal sich im Zusammenhang mit der Verabschiedung der Verordnungsgrundlage für die Hörgerätebeschaffung am 5. Dezember 2008 nicht nur die Frage stellt, ob diese die Ausschreibung vom 15. September 2008 nachträglich zu legitimieren vermag (vgl. E. 5.3 hiervor). Vielmehr wird im – unvorhergesehene Ereignisse immer vorbehalten (Fristablauf für die Duplik: 5. Januar 2009) – innert weniger Wochen zu erwartenden Endentscheid unter anderem zu klären sein, ob die Verordnungsnovelle nicht Art. 27 IVG wider-

spricht (vgl. dazu das Urteil vom 25. November 2008, E. 4). In diesem Zusammenhang wird auch zu prüfen sein, ob sich die in Art. 27 IVG geregelten Zusammenarbeits- und Tarifverträge nicht auf die hier interessierende Beschaffung der Hilfsmittel beziehen, wie das BSV – allenfalls wohl in Widerspruch zum Schreiben des Bundespräsidenten und Vorstehers des Departements des Innern vom 1. Oktober 2008 – behauptet (Eingabe vom 16. Dezember 2008, S. 7; vgl. dazu die Verfügung vom 20. Oktober 2008, E. 3.6.5). Ausserdem stellt sich namentlich angesichts der Nachfragemacht der Vergabestelle im Gegenstand der Ausschreibung bildenden Produktesegment die Frage, ob eine öffentliche Ausschreibung ohne ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage mit den Prinzipien der Wirtschaftsordnung vereinbar ist. Dies trifft vor allem dann zu, wenn man mit den Beschwerdeführerinnen 12-18 (Replik vom 12. Dezember 2008, S. 2) prima facie davon ausgeht, dass die von AHV und IV abgegebenen Hilfsmittel im Hörgerätebereich einem Marktanteil von etwa 80 Prozent entsprechen. Damit gehen die (nicht offensichtlich unbegründeten) Rügen der Beschwerdeführerinnen weit über die blosse Frage nach dem Nachschieben der Verordnungsgrundlage hinaus (vgl. zur Bedeutung der erhobenen Rügen im Rahmen der Interessenabwägung etwa Beat Denzler/Heinrich Hempel, Die aufschiebende Wirkung: Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insb. S. 326). Soweit die Vergabestelle hier einen Vergleich zum auf Verordnungsebene geregelten Erwerb bzw. der Erstellung von Betriebsräumen für die Durchführungsorgane ziehen will (Eingabe vom 16. Dezember 2008, S. 9), ist dieser mit dem vorliegend zu beurteilenden Streitgegenstand von der Intensität der Auswirkungen auf den relevanten Markt in keiner Weise vergleichbar. Angesichts dieser Ausgangslage überwiegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung elementarer rechtsstaatlicher Vorgaben und die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechthaltung ihrer Verhandlungsposition im Rahmen der laufenden Tarifverhandlungen, welche bereits durch die Bekanntgabe der Namen derjenigen Anbieter, welche Teilnahmeanträge eingereicht haben, empfindlich geschwächt würde (vgl. dazu die Verfügung vom 18. November 2008, E. 2.3), die gegenläufigen Interessen an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Dies obwohl das öffentliche Interesse der Vergabestelle an der möglichst schnellen Neuordnung des Hörgerätemarktes (namentlich zulasten der Zwischenhändler) und der Vermeidung der Kosten, welche sich durch die Verzögerung der Neuordnung ergeben (zwischen 1 und 2.5 Millionen pro Monat) als

gewichtig zu bezeichnen ist. Dabei kommt es auf eine präzise Schätzung dieser Kosten nicht an. Somit ist der Antrag der Vergabestelle abzuweisen, wonach die Angaben über die von den Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006-2008 effektiv bezahlten Wareneinstandspreise für Hörgeräte und Zubehör ohne Beschaffungsnebenkosten, aber unter Berücksichtigung der Abzüge (Rabatte, Skonti, Kickbacks etc.), zu edieren sind. Demnach erübrigen sich auch weitere Erörterungen zu Geheimhaltungsinteressen der Anbieter, welche der Erhebung und Herausgabe dieser Daten allenfalls entgegenstehen. Angesichts dieses Ergebnisses der Interessenabwägung braucht auch nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ob durch (auch nur im Sinne einer Übergangslösung mögliche) Tarifverträge mit der Hörgerätebranche, welche ihre Verhandlungsbereitschaft signalisiert hat, Lösungen möglich sind, die den Verzögerungsschaden weit geringer halten, was die Beschwerdeführerinnen behaupten. Dasselbe gilt auch für die Möglichkeit der Verordnung von Höchstpreisen gestützt auf Art. 27 Abs. 3 IVG. Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, ob bei einem länger bestehenden und hingenommenen Missstand dessen Beseitigung – etwa aufgrund entsprechender politischer Vorgaben – generell als so dringlich erscheinen kann, dass diese Dringlichkeit gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. die Aufrechterhaltung vorsorglicher Anordnungen spricht. Jedenfalls kann die Vergabestelle die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen nicht gestützt auf die Tatsache verlangen, dass ein zu ihren Gunsten lautender Endentscheid allenfalls beim Bundesgericht angefochten werden könnte (vgl. dazu die Eingabe vom 1. Dezember 2008, S. 5 Rz. 11). Es ist vielmehr gegebenenfalls Sache des Bundesgerichts, diese Interessenabwägung vorzunehmen, welcher ein ganz anderer Charakter zukommt als derjenigen vor erster Instanz, nachdem ein Gericht den Sachverhalt bereits erhoben und die Beschwerdesache mit der ihm zustehenden Kognition beurteilt hat. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die mit Verfügung vom 18. November 2008 (Ziffern 1 und 2) getroffenen Anordnungen in Abweisung der Abänderungsanträge der Vergabestelle vollumfänglich zu bestätigen sind.

7.

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

Demnach wird verfügt:

1.
Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, wonach sämtliche von AHV und IV eingereichten Rechtsschriften aus den Akten zu weisen sind, wird abgewiesen.

2.
Das Editionsbegehren der Vergabestelle betreffend die Angaben über die von den Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006-2008 effektiv bezahlten Wareneinstandspreise für Hörgeräte und Zubehör ohne Beschaffungsnebenkosten, aber unter Berücksichtigung der Abzüge (Rabatte, Skonti, Kickbacks etc.), wird abgewiesen.

3.
Der Antrag der Vergabestelle auf Aufhebung bzw. Abänderung der vorsorglichen Anordnungen vom 18. November 2008 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden darf.

4.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1-11 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Beschwerdeführerinnen 12-18 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Miriam Sahlfeld

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 17. Dezember 2008