61

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. Hearing Systems Manufacturers Genossenschaft et alii gegen
Bundesamt für Sozialversicherungen
B-6177/2008 und B-6386/2008 vom 25. November 2008

Öffentliches Beschaffungswesen. Feststellung der Anwendbarkeit des BoeB. Bestimmung der Vergabestelle.

Art. 2 Abs. 1 BoeB. Art. 1 Abs. 1 Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: ÜoeB), Anhang I Annex 1 zum ÜoeB. Art. 27 IVG. Art. 24 Abs. 2 IVV.

1. **Die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf ein Vergabeverfahren gemäss BoeB verzichtet worden ist, unterliegt der Rechtskontrolle, da es andernfalls eine Vergabestelle in der Hand hätte, die richterliche Überprüfung durch die blosse Behauptung der Nichtanwendbarkeit des BoeB zu umgehen (E. 1.1).**
2. **Das BoeB erfasst grundsätzlich nur Beschaffungen, welche gemäss Anhang I Annex 1 dem ÜoeB unterstellt sind (E. 3.1 und 3.2).**
3. **Für in Art. 2 Abs. 1 Bst. b–d BoeB nicht genannte Auftraggeberinnen ist in der eigenen Rechtspersönlichkeit zumindest ein Indiz für die Nichtanwendbarkeit des BoeB zu sehen (E. 3.3 und 3.4).**
4. **Der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) und der Invalidenversicherung (IV) kommt lediglich partielle Rechtspersönlichkeit zu, welche sich nicht auf den Bereich der Beschaffungen erstreckt (E. 3.5.1).**
5. **Die fehlende Rechtspersönlichkeit kann nicht als Indiz für die Zugehörigkeit von AHV und IV zur Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB gesehen werden, da eine dezentrale Organisation vorliegt, welche Teileinheiten auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene umfasst. Der funktionale Auftraggeberbegriff bzw. die von AHV und IV wahrzunehmenden Aufgaben sprechen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts. Vorliegend ist indessen nicht entscheidend, ob AHV und IV als Auftraggeberinnen dem BoeB unterstehen, sondern ob dies auf**

das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) zutrifft (E. 3.5.2).

6. **Aufgrund der Zielsetzung von Art. 27 IVG i. V. m. Art. 24 Abs. 2 IVV ist das BSV nicht nur für den Abschluss von Tarifverträgen betreffend Hörgeräte für AHV und IV, sondern auch für die öffentliche Ausschreibung von Aufträgen in diesem Bereich zuständig (E. 3.6).**
7. **Das BSV untersteht nicht nur für eigene Beschaffungen (z. B. Büromaterial), sondern auch für Beschaffungen für AHV und IV dem BoeB. AHV und IV können nicht nur mangels Rechtspersönlichkeit nicht selbst beschaffen, sondern vielmehr ist das BSV das einzige mögliche Organ von AHV und IV, welches eine derartige Beschaffung durchführen kann. Demnach dürfen die ÜoeB-Vertragsstaaten davon ausgehen, dass das BSV auch für Vergaben, welche es für AHV und IV tätigt, dem ÜoeB und dem BoeB untersteht. Anders wäre es nur, wenn aus dem Text oder den Materialien zu Anhang I Annex 1 ÜoeB eine andere Absicht der Schweiz erkennbar wäre (E. 3.7.1–3.7.3).**
8. **Die Unterstellung aller Beschaffungen des BSV unter ÜoeB und BoeB entspricht sowohl der funktionalen Sichtweise als auch der Rechtsprechung des WTO-Streitbeilegungsorgans betreffend die Konstellation, dass eine unterstellte und eine nicht unterstellte Einheit als « legally unified » zu betrachten sind (E. 3.8).**
9. **Ist eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB und damit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben, kann das erkennende Gericht auch prüfen, ob eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die angefochtene öffentliche Ausschreibung gegeben ist (E. 3.9).**

Marchés publics. Constatation de l'applicabilité de la LMP. Détermination de l'adjudicateur.

Art. 2 al. 1 LMP. Art. 1 al. 1 accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après: AMP), appendice I annexe 1 de l'AMP. Art. 27 LAI. Art. 24 al. 2 RAI.

1. **La question de savoir si, dans un cas concret, il a été renoncé à juste titre à la procédure d'adjudication de la LMP, est soumise au contrôle juridictionnel, car dans le cas contraire une simple**

affirmation de l'inapplicabilité de la LMP permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'échapper à ce contrôle (consid. 1.1).

2. **La LMP est applicable seulement aux marchés soumis à l'AMP en vertu de l'appendice I annexe I de cet accord (consid. 3.1 et 3.2).**
3. **Pour les adjudicateurs ne figurant pas à l'art. 2 al. 1 let. b–d LMP, le fait qu'ils possèdent la personnalité juridique doit être considéré tout au moins comme un indice de l'inapplicabilité de la LMP (consid. 3.3 et 3.4).**
4. **La personnalité juridique de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) est seulement partielle et ne s'étend pas au domaine des marchés publics (consid. 3.5.1).**
5. **L'absence de personnalité juridique ne peut pas servir d'indice de l'appartenance de l'AVS et de l'AI à l'administration de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, car leur organisation est décentralisée et comprend des unités tant au niveau cantonal que fédéral. Le caractère fonctionnel de la notion d'adjudicateur et les tâches qui incombent à l'AVS et à l'AI militent en faveur de l'application du droit des marchés publics. En l'espèce, il n'est pas déterminant que l'AVS et l'AI soient soumises ou non à la LMP en tant qu'adjudicateurs, mais il est déterminant de savoir si cela est le cas de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) (consid. 3.5.2).**
6. **Vu le but de l'art. 27 LAI en relation avec l'art. 24 al. 2 RAI, l'OFAS a la compétence non seulement de conclure des conventions tarifaires concernant des appareils auditifs pour l'AVS et l'AI, mais aussi d'émettre des appels d'offres dans ce domaine (consid. 3.6).**
7. **L'OFAS est soumis à la LMP non seulement pour ses propres marchés (par ex. matériel de bureau), mais aussi pour les marchés destinés à l'AVS et à l'AI. Faute de personnalité juridique l'AVS et l'AI ne peuvent pas conclure elles-mêmes des marchés, et en outre l'OFAS est leur seul organe en mesure de le faire. C'est pourquoi les Etats parties à l'AMP peuvent partir du principe que l'OFAS est soumis à l'AMP et à la LMP même lorsqu'il conclut des marchés pour l'AVS ou pour l'AI. Il n'en irait autrement que si une volonté contraire de la Suisse ressortait du libellé ou des travaux préparatoires de l'appendice I annexe I AMP (consid. 3.7.1–3.7.3).**

8. Soumettre tous les marchés conclus par l'OFAS à l'AMP et à la LMP correspond aussi bien à une approche fonctionnelle qu'à la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC concernant les cas où une unité soumise à l'AMP et une unité non soumise doivent être considérées comme « juridiquement unifiées » (consid. 3.8).

9. Lorsqu'il y a adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, et par conséquent compétence du Tribunal administratif fédéral, le tribunal saisi peut aussi examiner si le marché public contesté repose sur une base légale suffisante (consid. 3.9).

Acquisti pubblici. Constatazione dell'applicabilità della LAPub. Determinazione dell'autorità aggiudicatrice.

Art. 2 cpv. 1 LAPub. Art. 1 cpv. 1 accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (qui di seguito: AAP), appendice I allegato 1 dell'AAP. Art. 27 LAI. Art. 24 cpv. 2 OAI.

1. La questione di determinare se in un caso concreto si è rinunciato a ragione ad una procedura di aggiudicazione ai sensi della LAPub, sottostà al controllo giuridico, poiché in caso contrario un committente potrebbe eludere detto controllo giuridico argomentando semplicemente che la LAPub non è applicabile (consid. 1.1).

2. La LAPub di principio include solo gli acquisti che sono subordinati all'AAP secondo l'appendice I allegato 1 di tale accordo (consid. 3.1 e 3.2).

3. Per i committenti non menzionati all'art. 2 cpv. 1 lett. b–d LAPub, il fatto di avere una personalità giuridica propria va per lo meno considerato come un indizio per l'inapplicabilità della LAPub (consid. 3.3 e 3.4).

4. L'assicurazione vecchiaia e superstiti (AVS) e l'assicurazione per l'invalidità (AI) hanno una personalità giuridica soltanto parziale, che non si estende al campo degli acquisti (consid. 3.5.1).

5. Il fatto che l'AVS e l'AI non abbiano una personalità giuridica non può essere considerato come un indizio per la loro appartenenza all'amministrazione federale ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub, poiché sussiste un'organizzazione decentralizzata, che comprende unità sia a livello federale che cantonale. Il concetto di committente dal punto di vista funzionale, e i com-

piti che l'AVS e l'AI devono adempiere parlano in favore dell'applicabilità del diritto degli appalti pubblici. Nella fattispecie non è però determinante se l'AVS e l'AI sottostanno quali committenti alla LAPub, bensì se ciò vale per l'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS) (consid. 3.5.2).

6. **Tenuto conto della finalità dell'art. 27 LAI in combinato disposto con l'art. 24 cpv. 2 OAI, l'UFAS non è competente solo per la conclusione di convenzioni per stabilire le tariffe degli apparecchi acustici per l'AVS e l'AI, ma anche per il bando pubblico di concorso di commesse in tale ambito (consid. 3.6).**
7. **L'UFAS sottostà alla LAPub non solo per quanto attiene ai propri acquisti (p. es. materiale d'ufficio), ma anche per quanto concerne gli acquisti destinati all'AVS e all'AI. All'AVS e all'AI non è permesso fare acquisti propri non solo in quanto non hanno personalità giuridica, ma piuttosto in quanto è l'UFAS l'unico organo dell'AVS e dell'AI in grado di procedere ad un tale acquisto. Gli Stati contraenti dell'AAP possono quindi ritenere che l'UFAS sottostà all'AAP ed alla LAPub anche per gli acquisti effettuati per l'AVS e l'AI. La situazione cambierebbe solo se dal testo o dai materiali relativi all'appendice I allegato 1 dell'AAP fosse riconoscibile che la Svizzera ha un'intenzione diversa (consid. 3.7.1–3.7.3).**
8. **Il fatto di sottoporre tutti gli acquisti dell'UFAS all'AAP e alla LAPub corrisponde sia all'ottica funzionale che alla giurisprudenza dell'Organo di conciliazione dell'OMC concernente il caso in cui un'unità sottoposta ed un'unità non sottoposta all'AAP vanno considerate come « legally unified » (consid. 3.8).**
9. **Nel caso di una committente ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub, di competenza quindi del Tribunale amministrativo federale, il tribunale adito può anche esaminare se è data una base legale sufficiente per il bando di concorso impugnato (consid. 3.9).**

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 178 vom 15. September 2008 schrieben die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) und die Invalidenversicherung (IV) die Beschaffung von Hörgeräten öffentlich aus, nachdem diese bis anhin Gegenstand von Tarifverträgen mit Verbänden aus dem Bereich der Hörgerätebranche gewesen war. In einem ersten Schritt wurden interessierte Hersteller von Hörgeräten zur Einreichung von Teil-

nahmeanträgen aufgefordert. Die Rechtsmittelbelehrung lautete wie folgt: « Die Ausschreibung erfolgt nicht nach dem WTO-Übereinkommen bzw. dem öffentlichen Beschaffungsrecht (BoeB/VoeB), sondern nach schweizerischem Obligationenrecht. Rechtsmittel sind ausgeschlossen. »

Gegen die Ausschreibung erhoben mehrere Akteure aus der Hörgerätebranche Beschwerde, worunter namentlich Verbände, Hersteller und Zwischenhändler bzw. Akustiker. Zur Begründung führten die Beschwerdeführerinnen aus, die vorliegende Vergabe falle in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts des Bundes, womit entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Ausschreibung zugleich die Zuständigkeit des BVGer gegeben sei. In der Sache fehle es namentlich an der gesetzlichen Grundlage für eine derartige Ausschreibung, womit diese aufzuheben sei.

Nachdem der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 20. Oktober 2008 angeordnet hatte, dass die Teilnahmeanträge nicht der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle, sondern dem Gericht einzureichen sind, gingen am 7. November 2008 elf Postsendungen ein, welche ungeöffnet beim BVGer verwahrt wurden. Mit Verfügung vom 18. November 2008 wurde AHV und IV die Anzahl eingegangener Postsendungen ohne Angabe der Absender mitgeteilt.

Das BVGer stellt in einem Teilentscheid fest, dass die vorliegende Ausschreibung dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das BVGer zulässig (Art. 29 Bst. b i. V. m. Art. 27 Abs. 1 BoeB; vgl. das Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.2 mit Hinweisen). Aber auch die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf eine dem BoeB unterstehendes Vergabeverfahren verzichtet worden ist, kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die blosse Behauptung der Nichtanwendbarkeit des BoeB zu umgehen. Dies würde dem Zweck sowohl des Gesetzes als auch der staatsvertraglichen Regelung (vgl. dazu Art. XX Ziff. 2 des [GATT/WTO-] Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [nachfolgend: ÜoeB, SR 0.632.231.422]) widersprechen (vgl. den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das

öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1999-005 vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.8 E. 1b/bb mit Hinweisen). Somit stösst das Vorbringen von AHV und IV, es fehle vorliegend an einem Anfechtungsobjekt, ins Leere (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008, E. 1.1).

1.2 – 2.4 (...)

3.

3.1 Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem ÜoeB unterstellt sind. Die übrigen Beschaffungen des Bundes sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11; Art. 1 Bst. b) geregelt, wobei in Bezug auf den Geltungsbereich des 3. Kapitels der VoeB Unklarheiten bestehen (Martin Beyeler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, etwa S. 76 in Bezug auf dem Gesetz nicht unterstehende Dienstleistungen). Marco Fetz führt dazu aus, dass der VoeB grundsätzlich dieselben Beschaffungsstellen unterstellt sind wie dem BoeB (Marco Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 461 ff, Rz. 64).

3.2 Im Sinne des in E. 3.1 hiervor Ausgeführten ist das BoeB nur anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht. Dies trifft auf die allgemeine Bundesverwaltung, die Eidgenössische Alkoholverwaltung und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen sowie ihre Forschungsanstalten zu (Art. 2 Abs. 1 Bst. a–c BoeB). Gemäss der Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen vom 19. September 1994 (GATT-Botschaft 2) sollen dem Gesetz Auftraggeberinnen des Bundes unterstehen, wie sie das ÜoeB in Anhang I Annex 1 definiert (BBl 1994 IV 950, insbes. S. 1177). In diesem Sinne wird auch in Art. I Abs. 1 ÜoeB festgehalten, dass dieses Anwendung findet auf alle (...) öffentlichen Beschaffungen durch Stellen, die, wie in Anhang I ausgeführt, diesem Abkommen unterliegen. Dabei wird offensichtlich sowohl in der Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19. September 1994 (GATT-Botschaft 1, BBl 1994 IV 1, insbes. S. 362) als auch im durch das Bundesamt für Justiz (BJ) erstellten Gutachten zur Frage der Unterstellung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) vom 5. Juni 2002, veröffentlicht in VPB 67.4, davon ausgegangen, dass die unterstehenden Verwaltungseinheiten in Anhang I Annex 1 abschliessend aufgezählt werden (vgl. zum Ganzen Hubert Stöckli, Der subjektive

Geltungsbereich des Vergaberechts in: Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., insbes. S. 46; im Sinne eines funktionellen Auftraggeberbegriffs kritisch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Freiburg 2002, S. 75). Indessen kann jedenfalls die Antwort auf die Frage nach der eigentlichen Absicht der Mitgliedstaaten dazu führen, dass eine im Annex 1 nicht explizit aufgeführte Einheit unterstellt ist (Panel-Report im Fall Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, angenommen mit WT/DSB/M/84 am 15. Juni 2000 [im Folgenden: Panel-Report Korea], 7.58; vgl. den entsprechenden Hinweis bei HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Aufl., Freiburg 2008, S. 69). Die « Positivliste » gemäss Annex 1 basiert auf dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Verwaltungsorganisationsgesetz (VwOG, AS 1983 170; FETZ, a. a. O., Rz. 61). (...)

3.3 Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, AHV und IV sei es mit keiner einzigen klaren und eindeutigen Gesetzesstelle gelungen zu belegen, dass ihnen hinsichtlich des strittigen Beschaffungsvorhabens eine entsprechende, notwendige Rechtspersönlichkeit zukomme (...). Entsprechend sei davon auszugehen, dass nicht der AHV und der IV, sondern dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) die Rolle der Auftraggeberin zukommt. (...)

3.4 Zunächst steht fest, dass das BSV dem ÜoeB und dem BoeB untersteht, während die Tatsache, dass die Schweizer Unfallversicherungsanstalt (SUVA) mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, als Indiz für die Nichtunterstellung der SUVA gelten kann. Das BJ hat im Rahmen seines Gutachtens vom 5. Juni 2002, veröffentlicht in VPB 67.4, in Bezug auf das IGE festgehalten, dieses sei als öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGEG, SR 172.010.31]) der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, den Eidgenössischen Technischen Hochschulen und der Post vergleichbar. Dies lege den Schluss nahe, dass auch das IGE nicht der « allgemeinen Bundesverwaltung » im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB zuzurechnen sei (VPB 67.4 Punkt I/2). Die BRK hat ausserdem in Bezug auf die Swisscontrol/Skyguide festgestellt, dass deren Konstituierung als juristische Person des Privatrechts dafür spreche, dass sie auch nicht zu den dezentralisierten Verwaltungseinheiten gehört, welche e contrario ebenfalls unter die Definition der allgemeinen Bundesverwaltung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB fallen könnten (vgl. Entscheid BRK 2001-007 vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 3b/aa). Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass für in Art. 2 Abs. 1 Bst. b–d BoeB nicht genannte Auftraggeberinnen in der eigenen Rechts-

persönlichkeit zumindest ein Indiz für die Nichtanwendbarkeit des BoeB zu sehen ist.

3.5

3.5.1 (...) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass AHV und IV selbst keine bzw. lediglich partielle Rechtspersönlichkeit zukommt. Entsprechend findet sich für die Konstituierung als juristische Person im Unterschied zu den oben aufgeführten Organen keine gesetzliche Grundlage. Aus der dargestellten Organisationsstruktur ergibt sich denn auch, dass entgegen den Vorbringen von AHV und IV (...) nicht von der Existenz der Durchführungsorgane auf die Rechtspersönlichkeit von AHV und IV selbst geschlossen werden kann. Auch erstreckt sich die AHV und IV zuerkannte Teilrechtsfähigkeit aufgrund ihrer thematischen Abgrenzung gerade nicht auf den Bereich der Beschaffung, was aber vorausgesetzt werden müsste, um im vorliegenden Zusammenhang die Teilrechtsfähigkeit der vollen Rechtspersönlichkeit gleichsetzen zu können (vgl. dazu rechtsvergleichend Alexander Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, S. 137, Rz. 491).

3.5.2 In der fehlenden Rechtspersönlichkeit kann einerseits ein Indiz für die Zugehörigkeit zur allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB gesehen werden. Dagegen spricht indessen die bereits dargestellte dezentrale Organisation, welche Teileinheiten auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene umfasst. In diesem Sinne hält denn auch Ulrich Meyer fest, dass die Form der Sozialversicherung als Teil der staatlichen Leistungsverwaltung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht nicht mehr anzutreffen ist, nachdem die SUVA mit dem Vollzug der Militärversicherung betraut worden ist (vgl. Ulrich Meyer in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, § 17 S. 63 Rz. 95). Insofern greift die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen, welche in AHV und IV eine gewöhnliche « organisatorische Einheit des Bundes » sieht (...), wohl etwas zu kurz. Andererseits sind dem ÜoeB gemäss Anhang I Annex 2 auch kantonale « autorités publiques cantonales » und « organismes de droit public établis au niveau cantonal » unterstellt, was dafür spricht, dass mit der Kreation von Hybridformen im Sinne möglicherweise zwischen Bund und Kantonen liegender organisatorischer Einheiten der Anwendungsbereich des ÜoeB nicht verlassen werden soll. Richtig ist auch, dass die funktionale Sichtweise, insbesondere mit Blick auf die von AHV und IV wahrzunehmenden Aufgaben, für deren Unterstellung spricht (so in Bezug auf das IGE etwa das BJ, in VPB 67.4 Punkt I/4). Für das europäische Vergaberecht ist in diesem Sinne von einem funktionellen Auftraggeberbegriff auszugehen (vgl. dazu etwa

HANS-JOACHIM PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., Köln 2005, S. 147 ff.). Die europäische Begrifflichkeit hat die Formulierung von Anhang I Annex 2 und Anhang I Annex 3 zum ÜoeB beeinflusst (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, a. a. O., S. 76). In diesem Sinne führen denn AHV und IV auch aus, dass selbst wenn man den Zustand der Nichtunterstellung als falsch oder unbefriedigend empfinden sollte, dies nichts daran ändere, dass er dem geltenden Recht entspreche; allfälligen Bedenken hinsichtlich der bestehenden Lückenhaftigkeit des Bundesbeschaffungsrechts könne allenfalls im Rahmen der laufenden Revision des Beschaffungsrechts Rechnung getragen werden (...). Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob AHV und IV auch dann unterstehen würden, wenn das BSV nicht in den Anhang I Annex 1 zum ÜoeB aufgenommen worden wäre. Es wird sich aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass mit der Frage nach der Unterstellung des BSV zugleich über die Eintretensfrage entschieden wird. In diesem Zusammenhang wird unter anderem zu prüfen sein, was die fehlende Rechtspersönlichkeit von AHV und IV für die Frage bedeutet, ob vorliegend der AHV und der IV oder dem BSV Auftraggeberqualität zukommt.

3.6 Gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) ist der Bundesrat befugt, mit der Ärzteschaft, den Berufsverbänden der Medizinalpersonen und 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. Diese Befugnis ist dem BSV übertragen worden (Art. 24 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201]; vgl. dazu nur die Stellungnahme des BSV vom 11. November 2008). (...) Demnach entspricht es der Logik der Organisation des AHV- und IV-Bereichs, dass das BSV nicht nur Tarif- und Werkverträge abschliesst, sondern auch Beschaffungsvorhaben öffentlich ausschreibt, soweit in diesem Bereich überhaupt mittels Ausschreibungen beschafft werden darf, was die Beschwerdeführerinnen bestreiten.

3.7

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

einzig massgebend, ob der Vertretene, also AHV und IV, dem BoeB unterstehen. Andernfalls könne man sich umgekehrt durch die Bestellung einer nicht unterstellten Vertreterin dem Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts entziehen, was offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers sein könne (...).

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

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

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

3.7.4 AHV und IV machen geltend, es lasse sich nachweisen, dass das Fehlen von AHV und IV in der Liste gemäss Anhang I Annex 1 kein Unterlassen, sondern Absicht gewesen ist. (...)

3.7.5 – 3.7.8 (...)

3.7.9 Entgegen dem Vorbringen der Vergabestelle lässt sich auch aus dem Umstand, dass die ausdrücklich mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete SUVA nicht im Anhang I Annex 1 aufgeführt ist, keine Schlüsse zu einer generellen Strategie in Bezug auf die Unterstellung der Sozialversicherungen im Allgemeinen ziehen. Vielmehr kann hier das unterscheidende Element auch in der Frage gesehen werden, ob AHV und IV bzw. der SUVA Rechtspersönlichkeit zukommt, was insoweit der Konzeption von Art. 2 BoeB entsprechen würde. So hätte auch das Verhältnis der Militärversicherung zum im Anhang I Annex 1 aufgeführten Bundesamt für Militärversicherung Anlass zur Klärung im Sinne der Behauptung von AHV und IV gegeben. Zum Bundesamt für Militärversicherung findet sich zwar tatsächlich eine Fussnote. Diese stellt aber nur klar, dass das in Frage stehende Bundesamt nur für gewisse zivile Beschaffungen unterstehen soll. Demgegenüber wird keine Aussage gemacht dahingehend, dass Vergaben, welche nicht für das Bundesamt, sondern für die Militärversicherung erfolgen, ausserhalb der für die öffentlichen Beschaffungen geltenden Regeln abgewickelt werden sollen. Kommt dazu, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des ÜoeB nur das Bundesamt für Militärversicherungen im in Frage stehenden Bereich für die Militärversicherung handeln konnte. Die gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Geschäfte an die SUVA ist erst später geschaffen worden (vgl. Art. 81 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung [MVG, SR 833.1]). Diese Übertragung ist inzwischen erfolgt (Bundesgesetz über die Übertragung der Führung der Militärversicherung an die SUVA vom 18. März 2005 [AS 2005 2881]) und hat gemäss Fussnote 1 zu Art. 81 Abs. 1 MVG zur Auflösung des Bundesamtes für Militärversicherung geführt (vgl. zum Ganzen Meyer, a. a. O., § 17 S. 63 Rz. 95 mit Hinweis). Damit lassen sich auch aus der Gesamtheit der unterstellten bzw. nicht unterstellten Gebilde bzw. Verwaltungseinheiten keine Schlüsse im Sinne der von AHV und IV behaupteten, für die anderen Vertragsstaaten des ÜoeB erkennbaren Verhandlungsposition der Schweiz ziehen.

3.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass alle Beschaffungen des BSV dem ÜoeB und dem BoeB unterstehen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass AHV und IV im Bereich des Beschaffungswesens das rechtliche Schicksal des BSV teilen und nicht umgekehrt. Das ist – im Unterschied zu anderen Konstellationen (vgl. E. 3.7.3) – richtig, da AHV und IV als möglicher-

weise nicht unterstehende Einheiten mit dem BSV als unterstehender Einheit im Bereich der Beschaffungen im Ergebnis « legally unified » sind (Panel-Report Korea, 7.59 und 7.72; vgl. dazu SUE ARROWSMITH, Coverage of the GPA, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 122). Dieser Schluss überzeugt umso mehr, als AHV und IV aus funktionaler Betrachtungsweise ohnehin als unterstellt betrachtet werden müssten (vgl. E. 3.5.2). Es besteht also gerade nicht die Gefahr, dass durch dieses Ergebnis eine aus funktionaler Sicht etwa unter Annex 3 oder gar nicht unter das ÜoeB fallende Einheit unpassenderweise unter Annex 1 subsumiert würde (vgl. dazu ARROWSMITH, a. a. O., S. 122 mit Fn. 76). Da auch die Regelung durch Tarifvertrag bereits eine staatliche Intervention im Sinne der Regelung des Bezugs von Hörgeräten bedeutet und die Vertragsparteien des ÜoeB von der vollständigen Unterstellung des BSV ausgehen dürfen (vgl. E. 3.7.3), machen AHV und IV trotz der Klage der Beschwerdeführerinnen über die « Verstaatlichung » im Bereich der Hörgeräte im Übrigen zu Recht nicht geltend, es handle sich um eine « neue » Vergabestelle. Damit kann offen bleiben, ob sogenannte neue Auftraggeberinnen, d. h. solche, die erst nach Inkrafttreten des ÜoeB neue Staatsaufgaben wahrnehmen, generell nicht unterstellt sind (so FETZ, a. a. O., Rz. 62).

3.9 Nach dem Gesagten ist somit festzustellen, dass eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB für die vorliegende Ausschreibung verantwortlich ist. Die Beschwerdeführerinnen erheben keine Rüge dahingehend, innerhalb der Bundesverwaltung müsse aufgrund von beschaffungsorganisationsspezifischen Vorgaben (gemäss der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes vom 22. November 2006) nicht durch das BSV, sondern durch eine andere Bundesstelle beschafft werden. Damit ist das BSV in Bezug auf die strittige Ausschreibung als Vergabestelle zu bezeichnen und es sind jedenfalls die beschaffungsrechtlichen Rügen der Beschwerdeführerinnen zu behandeln. Dasselbe muss aber auch für die Rüge staatlichen Handelns ohne hinreichende gesetzliche Grundlage gelten. In diesem Sinne hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau in Auslegung des aargauischen Gemeindegesetzes geprüft, ob die kommunale Schulpflege anstelle des Gemeinderats zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge befugt ist (Urteil vom 19. September 2007, veröffentlicht in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2007, S. 167 ff.). Da die beschaffungsrechtliche Beschwerde strengere Eintretensvoraussetzungen kennt, welche vorliegend erfüllt sind, kann offen bleiben, ob nur eine solche oder zugleich « subsidiär » eine andere Form der « Beschwerde nach Art. 31 ff. VGG » zur Beurteilung steht (...). (...)