LANDESRECHT — DROIT NATIONAL — DIRITTO NAZIONALE

1 Staat – Volk – Behörden
Etat – Peuple – Autorités
Stato – Popolo – Autorità

17

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 13. Februar 2009

Öffentliches Beschaffungswesen. Beschwerdelegitimation. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für marktordnende Beschaffungen. Ausschreibung verstösst gegen eine abschliessende gesetzliche Regelung betreffend die Versorgung mit Hilfsmitteln.

Art. 164 Abs. 1 BV. Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG. Art. 21 und Art. 27 IVG.

1. **Legitimation zur Anfechtung einer Ausschreibung (E. 3.2). Die Ausweitung der restriktiven Legitimation im Rahmen beschaffungsrechtlicher Beschwerdeverfahren rechtfertigt sich unter der Voraussetzung, dass die Marktteilnehmer durch eine öffentliche Beschaffung im Ergebnis mit einer « wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnung » konfrontiert sind (E. 3.3).**
2. **Im vorliegenden Fall ist aufgrund der besonderen Nachfragemacht der Vergabestelle, welche Voraussetzung für eine marktordnende Beschaffung ist, namentlich auch die Legitimation der Zwischenhändler und der Akustiker zu bejahen (E. 4.2.4 f.).**
3. **Gelten für den Einkauf der Ämter für Eigenbedarf, unmittelbar dem Publikum zugute kommende Beschaffungen (Autobahnbau) und marktordnende Beschaffungen (Neuordnung des schweizerischen Hörgerätemarktes) jeweils spezifische Anforderungen an die gesetzliche Grundlage? Offen gelassen (E. 6.2).**

4. **Art. 21 und Art. 27 IVG regeln das System der Hilfsmittelversorgung für den Bereich der Invalidenversicherung mittels Tarifverträgen und hilfsweiser Preisfestsetzung durch den Bundesrat (Art. 27 Abs. 3 IVG) abschliessend. Die Beschaffung von Hörgeräten durch öffentliche Ausschreibung und Vergabe an eine eng begrenzte Anzahl Hörgäteherstellerinnen steht demnach im Widerspruch zu Art. 27 IVG (E. 7).**
5. **Da der beabsichtigte Systemwechsel zu einem nicht unbedeutenden Eingriff in die Rechtsstellung der Marktteilnehmer und bei Beschränkung der Austauschbefugnis auch in diejenige der Versicherten führt, würde wohl auch der materielle Gesetzesbegriff gemäss Art. 164 Abs. 1 BV für eine Regelung auf formell-gesetzlicher Stufe sprechen (E. 8.2).**

Marchés publics. Qualité pour recourir. Nécessité d'une base légale pour les acquisitions conduisant à une organisation du marché. L'appel d'offres en cause viole une réglementation légale exhaustive relative à la fourniture de moyens auxiliaires.

Art. 164 al. 1 Cst. Art. 48 al. 1 let. b et c PA. Art. 21 et art. 27 LAI.

1. **Qualité pour recourir contre un appel d'offres (consid. 3.2). Un assouplissement des exigences relatives à la qualité pour recourir peut être justifié dans le cadre de la procédure de recours en matière de marchés publics, à condition que la procédure d'adjudication en cause place de fait les acteurs du marché face à une « réglementation de droit administratif économique » organisant le marché (consid. 3.3).**
2. **Dans le cas d'espèce, la qualité pour recourir doit notamment être reconnue aux intermédiaires commerciaux et aux acousticiens, en raison de la puissance d'achat particulière du pouvoir adjudicateur, ce qui est une condition pour que l'acquisition organise le marché (consid. 4.2.4 s.).**
3. **Question laissée indécise de savoir si les achats des administrations pour leurs propres besoins, les acquisitions qui sont directement utiles au public (construction d'autoroutes) et les acquisitions ayant pour effet d'organiser le marché (réaménagement du marché suisse des appareils acoustiques) sont soumis chacun à des exigences spécifiques quant à leur base légale (consid. 6.2).**

4. L'art. 21 et l'art. 27 LAI règlent de manière exhaustive le système de fourniture de moyens auxiliaires dans le cadre de l'assurance-invalidité et prescrivent l'utilisation de conventions tarifaires ou, à défaut, la fixation de prix maximums par le Conseil fédéral (art. 27 al. 3 LAI). L'acquisition d'appareils acoustiques au moyen d'un appel d'offres public et d'une adjudication en faveur d'un nombre restreint de fabricants est par conséquent contraire à l'art. 27 LAI (consid. 7).

5. Eu égard à la notion de loi au sens de l'art. 164 al. 1 Cst., il serait souhaitable que le changement de système escompté, qui – en permettant l'acquisition de moyens auxiliaires par un appel d'offres – affecterait de façon non négligeable la situation juridique des acteurs du marché, ainsi que celle des assurés en cas de limitation du droit à la substitution des prestations, soit adopté par une loi formelle (consid. 8.2).

Acquisti pubblici. Legittimazione a ricorrere. Esigenza di una base legale per acquisti che regolano il mercato. Bando di concorso che viola una regolamentazione legale esaustiva concernente la fornitura di mezzi ausiliari.

Art. 164 cpv. 1 Cost. Art. 48 cpv. 1 lett. b e c PA. Art. 21 e art. 27 LAI.

1. Legittimazione ad impugnare un bando di concorso (consid. 3.2). L'estensione della legittimazione restrittiva prevista nell'ambito della procedura di ricorso in materia di acquisti pubblici si giustifica nel caso in cui gli attori del mercato si trovino confrontati, mediante un acquisto pubblico, ad una « regolamentazione di diritto amministrativo economico » (consid. 3.3).

2. Nella fattispecie, va riconosciuta in particolare anche la legittimazione degli intermediari commerciali e degli audioprotesisti, sulla scorta della posizione particolarmente dominante del committente dal lato della domanda, ciò che costituisce una delle condizioni di un acquisto che regola il mercato (consid. 4.2.4 seg.).

3. In materia di acquisti delle autorità per un bisogno proprio, di acquisti che tornano direttamente utili al pubblico (costruzione di un'autostrada) e di acquisti che regolano il mercato (riorganizzazione del mercato svizzero degli apparecchi acustici) val-

gono di volta in volta delle esigenze specifiche quanto alla base legale? Questione lasciata aperta (consid. 6.2).

4. **L'art. 21 e l'art. 27 LAI regolano in maniera esaustiva il sistema della fornitura di mezzi ausiliari per il campo dell'assicurazione invalidità, contemplando la stipulazione di convenzioni tariffali e, sussidiariamente, la fissazione di prezzi da parte del Consiglio federale (art. 27 cpv. 3 LAI). L'acquisto di apparecchi acustici tramite un bando di concorso pubblico e l'aggiudicazione ad un numero strettamente limitato di fabbricanti è quindi contrario all'art. 27 LAI (consid. 7).**

5. **Poiché il cambiamento di sistema previsto conduce ad un'ingerenza non irrilevante nella posizione giuridica degli attori del mercato ed in caso di restrizione della facoltà alla sostituzione delle prestazioni anche in quella degli assicurati, giusta la definizione materiale di legge sancita all'art. 164 cpv. 1 Cost. sarebbe auspicabile un disciplinamento sotto forma di legge formale (consid. 8.2).**

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) 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 Teilnahmeanträgen aufgefordert, wobei sich die anbietenden Hersteller verpflichten mussten, die von ihnen produzierten Hörgeräte zu vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) vorgegebenen Höchstpreisen (definiert nach Produktekategorien) anzubieten. Weiter wurde in Aussicht gestellt, in einem zweiten Schritt die Offerten der zugelassenen Anbieterinnen einzuholen, um anschliessend mit einer eng begrenzten Anzahl von Herstellern Verträge abzuschliessen.

Gegen die Ausschreibung vom 15. September 2008 erhoben mehrere Akteure aus der Hörgerätebranche Beschwerde, worunter namentlich Verbände, Hersteller und Zwischenhändler bzw. Akustiker. Sie bringen im Wesentlichen vor, für eine derartige Beschaffung fehle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, weshalb die Ausschreibung aufzuheben sei.

Am 20. Oktober 2008 ordnete der Instruktionsrichter an, dass die Teilnahmeanträge nicht der in der Ausschreibung bezeichneten Stelle, sondern dem Gericht einzureichen sind (vgl. Zwischenverfügung des Bundesver-

waltungsgerichts [BVGer] B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008). Nach Ablauf der Eingabefrist entschied das BVGer, dass die eingegangenen Teilnahmeanträge einstweilen ungeöffnet in der Obhut des Gerichts verbleiben (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 18. November 2008).

Mit Entscheid vom 25. November 2008 stellte das BVGer fest, dass die Ausschreibung dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht und das BSV als Vergabestelle anzusehen ist (vgl. BVGE 2008/61).

Am 5. Dezember 2008 ergänzte der Bundesrat (BR) die Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201) durch neue Bestimmungen betreffend die Beschaffung von Hilfsmitteln durch öffentliche Ausschreibung. Diese Bestimmungen wurden in der ebenfalls geänderten Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) für den Bereich der AHV als analog anwendbar erklärt. Die Verordnungsänderungen traten auf den 1. Januar 2009 in Kraft.

Der Antrag der Vergabestelle, angesichts der verabschiedeten Verordnungsbestimmungen seien die vorsorglichen Massnahmen aufzuheben, wurde mit Verfügung vom 17. Dezember 2008 abgewiesen (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 17. Dezember 2008).

Das BVGer heisst die Beschwerden gut und hebt die angefochtene Ausschreibung wegen Unvereinbarkeit mit Art. 27 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) auf.

Die gegen dieses Urteil beim Bundesgericht (BGer) erhobene Beschwerde wurde zurückgezogen, so dass das BGer das Verfahren am 2. Juli 2009 als gegenstandslos geworden abgeschrieben hat.

Aus den Erwägungen:

2. Die Legitimation zur Beschwerde ans BVGer richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) 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. Aufl., 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 Beschaffungsverfahren erst initiiert (BVGE 2008/60 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 BVGer 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG, AS 1992 288] 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: Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 12 zu Art. 89 BGG; Moser/Beusch/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. Art. 29 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) sind grundsätzlich nur die potenziellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung berechtigt, da (nur) sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben (Urteil des BGer 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 BGer 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 vom 13. Juni 1997, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 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 BGer 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 E. 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 (...)

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 (...).

4.2.3 Die Vorbringen der Vergabestelle entsprechen der restriktiven Beschwerdeberechtigung bei klassischen Beschaffungsverfahren (vgl. E. 3.2). 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, Urteil des BVGer B-6177/2008 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). Die Beschwerdeführerinnen 12–18 gehen davon aus, dass rund 80 % 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 % 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 (...) 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 % 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 BGer 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).

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 (...). 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 – 6.1 (...)

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 (...). 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 (EDI) gemäss der Medienmitteilung vom 5. Dezember 2008 davon aus, dass « mit der Anpassung der IV- und AHV-Verordnung die Basis dafür ge-

schaffen » 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 Handeln muss sich auf eine Rechtsgrundlage stützen und darf rechtliche Schranken nicht überschreiten (YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, 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 (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 425 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren des BVGer B-6177/2008 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 (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 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 Marktteilnehmer, scheint eine differenzierte Betrachtung mit Bezug auf die marktordnenden Beschaffungen möglicherweise angezeigt (siehe dazu ausführlich E. 8). Welche Anforderungen diesbezüglich zu stellen sind, kann vorliegend indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben (vgl. E. 7).

6.3 (...)

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 (...). Die Beschwerdeführerinnen 12–18 sehen demgegenüber insbesondere Art. 21 Abs. 3 IVG verletzt (...). Es ist im Folgenden, vor allem durch Auslegung von Art. 21 und 27 IVG zu prüfen, ob das vorbestehende 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 BR für den Bereich der Hilfsmittel. Die gestützt darauf erlassene IVV enthält – abgesehen von den am 5. Dezember 2008 verabschiedeten Bestimmungen (...) – 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 Art. 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 (...). 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 Ausschreibung 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 BR (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 (...). In diesem Sinne wird auch im Kurzgutachten PD Dr. Ueli Kieser betreffend Neuordnung der Hilfsmittelversorgung (...) 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 BR vom 22. September 2008 auf die Frage 08.5244 « Hörgeräte. Staatswirtschaft statt Wettbewerb? » von Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung N 2008, Beilagen Herbstsession S. 708) zugrunde liegt. Dort hat der BR 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 EDI vom 1. Oktober 2008 (...) die Kompetenz des BSV zur Lancierung der vorliegenden Ausschreibung aus Art. 27 Abs. 1 IVG abgeleitet worden. Der Gesetzgeber habe den BR 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 BR 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 B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.6.5, BVGE 2008/61 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; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 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 explizit 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, BBl 1958 II 1137, S. 1175 f.; nachfolgend: Botschaft zum IVG). 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 BR auch einseitig Höchstbeträge 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. Aufl., Basel 2009, S. 455 i. V. m. S. 176). Das BGer 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 BR 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 (Bundesgesetz über der Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, 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. » (Botschaft zum IVG, 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 BSV 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 Hörgeräteherstellerinnen 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 (...). 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). 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 (...)

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 (...). 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 Ge-

sagten ein formelles Gesetzgebungsverfahren anzustrengen (vgl. E. 7.4). 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, Urteil des BVGer B-6177/2008 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. Aufl., 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) 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; Müller, a. a. O., 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., insbes. S. 31 und S. 33 f.; Pierre Tschannen, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, 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 (Botschaft zum IVG, BBl 1958 II 1137, S. 1176).