Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2561/2009/bum

{T 0/2}

Urteil vom 20. Juli 2009

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richter David Aschmann, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

In der Beschwerdesache

Parteien

1. A._____,
2. A._____ **Architekten AG**,

und

B._____, bestehend aus der **Beschwerdeführerin 2**
sowie
3. C._____ **AG**,
4. D._____ **AG**,
5. E._____ **AG**,
alle vertreten durch den Beschwerdeführer 1,

Zustelladresse der Beschwerdeführenden 1-5:
A._____ AG,
Beschwerdeführende,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Immobilien, Development Ost, Hohlstrasse 523, Postfach,
8021 Zürich,
Vergabestelle,

Parteien

Beschaffungswesen (Erweiterung Serviceanlage Herdern, Leistungen des Generalplaners)

Sachverhalt:

A.
Im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 15 vom 23. Januar 2009 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen, Immobilien, Development Ost (im Folgenden: Vergabestelle) unter dem Projekttitel "Zürich, Erweiterung Serviceanlage Herdern, Leistungen des Generalplaners" einen Baudienstleistungsauftrag im selektiven Verfahren öffentlich aus.

B.
Die B._____, bestehend aus der A._____ Architekten AG, der C._____ AG, der D._____ AG sowie der E._____ AG reichten am 26. Februar 2009 einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren (Formular Präqualifikation [1. Stufe]) ein. Mit Schreiben vom 31. März 2009 teilte die Vergabestelle der B._____ mit, dass sie nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens eingeladen werde. Massgebend für den Entscheid sei nebst der Bewertung der Eignungskriterien u.a. auch die Begrenzung der Bewerberzahl gewesen.

C.
Gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 31. März 2009 wandte sich A._____ (Beschwerdeführer 1), auch für die A._____ Architekten AG (Beschwerdeführerin 2) und das Konsortium B._____ mit Beschwerde vom 11. Mai 2009 (Posteingang: 13. Mai 2009) an das Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdeführenden stellen u.a. sinngemäss den Antrag, die Verfügung vom 31. März 2009 sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, die B._____ zur Angebotseingabe im Rahmen der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens einzuladen. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, die Beurteilung des nicht berücksichtigten Konsortiums im Rahmen der Präqualifikation sei willkürlich. Ausserdem verletze das Vorgehen der Vergabestelle Urheberrechte der Beschwerdeführerin 2.

D.
Mit Verfügung vom 14. Mai 2009 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführenden auf, ihre Beschwerde im Sinne von Art. 52 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zu verbessern und die erforderlichen Vollmachten beziehungsweise Erklärungen der Konsortiumsmitglieder, dass sie sich am vorliegenden Verfahren als Beschwerdeführende konstituieren, einzureichen, unter Androhung des Nichtein-

tretens im Unterlassungsfalle. Gleichzeitig wies der Instruktionsrichter die Vergabestelle superprovisorisch an, nach der Einladung zur Offertstellung eingehende Angebote einstweilen nicht zu öffnen. Ausserdem wurde der Vergabestelle die Übergabe der ihr seitens der Beschwerdeführenden im Juni 2008 ausgehändigten Planunterlagen an die anderen Anbieter einstweilen untersagt.

E.
Am 22. Mai 2009 reichten die Beschwerdeführenden eine Beschwerdeergänzung ein und beantragten gleichzeitig, die Frist zur Einreichung der erforderlichen Vollmachten beziehungsweise Erklärungen der Konsortiumsmitglieder sei bis zum 29. Mai 2009 zu erstrecken.

F.
Innert der vom Instruktionsrichter antragsgemäss erstreckten Frist reichten mit E._____ AG alle Beschwerdeführenden, soweit notwendig, Vollmachten ein. Gemäss Eingabe der Beschwerdeführenden vom 29. Mai 2009 sei die E._____ AG nicht bereit, sich als Beschwerdeführerin im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu konstituieren. Die Beschwerdeführenden beantragen, ihre Beschwerde solle dessen ungeachtet "angenommen" werden.

G.
In ihrer gemäss Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juni 2009 auf die Eintretensfrage beschränkten Stellungnahme vom 8. Juni 2009 beantragt die Vergabestelle, es sei unter anderem mangels Beschwerdelegitimation auf die Beschwerde nicht einzutreten und die einstweiligen Anordnungen vom 14. Mai 2009 seien aufzuheben.

H.
Mit Verfügung vom 9. Juni 2008 setzte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführenden eine Frist zur freigestellten Stellungnahme bis zum 12. Juni 2009.

I.
Mit Verfügung vom 11. Juni 2009 erstreckte der Instruktionsrichter die Frist zur Stellungnahme hinsichtlich des Hauptverfahrens antragsgemäss auf den 19. Juni 2009 und wies das Gesuch um Fristverlängerung für die Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen ab.

J.
Nach Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführenden zu den

prozessualen Anträgen vom 12. Juni 2009 wies der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2009 die Anträge der Beschwerdeführenden betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich ab, mit der Begründung, auf die Beschwerde könne aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden.

K.
Mit Eingabe vom 19. Juni 2009 äusserten sich die Beschwerdeführenden zur Eintretensfrage mit Blick auf das Hauptverfahren. Sie beantragen erstens, das Konsortium sei trotz der Verweigerung der Unterschrift eines ihrer Mitglieder zur Beschwerdeführung zuzulassen. Zweitens sei die Beschwerdeführerin 2 auch alleine wegen "Rechtsbenachteiligung durch Diskriminierung und Schädigung durch Annektierung ihrer Urheberrechte" als legitimiert zu betrachten. Schliesslich sei drittens der Beschwerdeführer 1 wegen Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte zur Beschwerdeführung zuzulassen.

L.
Der Schriftenwechsel zur Eintretensfrage wurde mit Verfügung vom 22. Juni 2009 geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1).

1.1 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen,

und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BoeB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB, SR 172.056.1] i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB, SR 172.056.11]; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1).

Die Serviceanlage Herdern dient primär der Wartung von Ganzzügen des Personen-Fernverkehrs (Zürich Erweiterung Serviceanlage Herdern, Submission Generalplaner, Leitfaden, Version 2.0 [Leitfaden], S. 4). Die Erweiterung der Serviceanlage steht in direktem Zusammenhang mit der von der SBB AG geplanten Rollmaterialbeschaffung für den Fernverkehr. Entstehen soll eine neue Halle in der Grösse von ca. 425 mal 35 m zwecks Service und Reparatur von Personenzügen, welche an die bestehenden Gleisanlagen anzubinden ist (Leitfaden, S. 4 f.). Es handelt sich damit um eine Beschaffung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB AG. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BoeB (Art. 2 Abs. 2 BoeB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VoeB).

1.2 Die ausgeschriebenen Generalplanerarbeiten für die Erweiterung der Serviceanlage Herdern sind nach den Kategorien der provisorischen Produkteklassifikation der Gruppe 867 "Architectural, engineering and other technical services" zuzuordnen (vgl. Leitfaden, S. 8). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB i.V.m. Anhang 1 Annex 4 ÜoeB in den Anwendungsbereich des BoeB, zumal der geschätzte Auftragswert (es ist von einem Auftragswert zwischen 5 und 10 Millionen Franken auszugehen) den massgebenden Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge in der Höhe von Fr. 248'950.- (Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 [SR 72.056.12] i.V.m. Art. 6 BoeB) um ein Vielfaches übersteigt.

2.

2.1 Gegen Verfügungen betreffend den Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. c i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Das Bundesverwaltungsgericht ist sachlich und funktional zuständig.

2.2 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).

3.

3.1 Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und ist als Sachurteilsvoraussetzung für jeden Beschwerdeführenden von Amtes wegen zu prüfen (zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 2). Erforderlich ist demnach, dass die Beschwerdeführenden durch die angefochtene Verfügung der Vergabestelle vom 31. März 2009, wonach das Konsortium nicht zur Offertstellung eingeladen werde, sowohl formell (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) wie auch materiell (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) beschwert sind und ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung haben (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; vgl. insbesondere zur Einschränkung der Teilnehmerzahl über die Eignungsprüfung hinaus den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 1999-011 vom 9. Dezember 1999, auszugsweise veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.63, E. 1).

3.2 Die Beschwerdeführerinnen 2-5, in deren Namen der Beschwerdeführer 1 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht hat, haben als Konsortium einen Antrag auf Teilnahme im selektiven Verfahren eingegeben. Für das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht haben indessen nur die Beschwerdeführerinnen 2-4, nicht aber die E._____ AG eine Erklärung eingereicht, wonach sie sich am Rechtsmittelverfahren beteiligen und den Beschwerdeführer 1 mit der Prozessführung bevollmächtigen. Gemäss Eingabe der Beschwerdeführenden vom 29. Mai 2009 habe die E._____ AG die Unterschrift zur Vollmachtserteilung an den Beschwerdeführer 1 ver-

weigert, weil sie aufgrund mehrerer Grossaufträge in einem engen vertraglichen Planerverhältnis mit der Vergabestelle stehe.

3.3 Unstrittig ist zunächst, dass das nicht zur Angebotseinreichung zugelassene Konsortium als Streitgenossenschaft ohne weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert ist, soweit die erforderlichen Gesellschaftsbeschlüsse respektive Bevollmächtigungen vorliegen (BVGE 2008/7 E. 2.2.2; siehe dazu E. 3.5 hiernach). Fraglich ist demgegenüber, ob – entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführenden in den Eingaben vom 29. Mai und vom 19. Juni 2009 – auch die einzelnen Mitglieder des Konsortiums mit dem Begehren, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und das Konsortium sei zur Offerteingabe zuzulassen, an das Bundesverwaltungsgericht gelangen können. Diesbezüglich hat das Bundesgericht entschieden, dass die Mitglieder eines Konsortiums nur gemeinsam Beschwerde erheben können, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist (BGE 131 I 153 E. 5.4 und 5.8). Nach der Rechtsprechung der BRK konnte demgegenüber auch ein einzelner Gesellschafter eines Konsortiums Beschwerde führen, um allfällige Nachteile für das Konsortium abzuwenden (Entscheide der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in VPB 64.29 E. 1b und vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in VPB 68.66 E. 1e; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 858). An der Legitimation eines Konsortiumsmitglieds fehlte es nach der Rechtsprechung der BRK nur, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus dem Konsortium ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert waren (Entscheid der BRK 2005-005 vom 23. Januar 2006 E. 1b). Dazu führt das Bundesgericht aus, in der Nichterteilung des Zuschlags sei kein Nachteil für das Konsortium bzw. keine belastende Anordnung zu sehen, welche eine Ausnahme von der Vertretung durch sämtliche Mitglieder als notwendige Streitgenossenschaft rechtfertige (BGE 131 I 153 E. 5.6; vgl. zum Ganzen Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 6 Rz. 11).

3.4 Mit BVGE 2007/13 E. 1.4 ist die Rechtsprechung der BRK vom Bundesverwaltungsgericht zunächst übernommen worden. Mit BVGE 2008/7 E. 2.2.2 hat das Bundesverwaltungsgericht in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung und derjenigen der BRK entschieden, die Mitglieder eines übergangenen Konsortiums könnten nur gemeinschaftlich gegen einen Zuschlag oder eine Präqualifikation Beschwer-

de führen, solange der Vertrag zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger nicht abgeschlossen ist. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit der bundesgerichtlichen Praxis gemäss BGE 131 I 153 E. 5.4 gefolgt. Entscheidend für das Einschwenken des Bundesverwaltungsgerichts auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts war insbesondere das Bestreben, die Praxis zur Beschwerdeberechtigung in Vergabesachen zu vereinheitlichen ("application uniforme du droit"; BVGE 2008/7 E. 2.2.2). Es besteht vorliegend keine Veranlassung, auf diese Praxisänderung zurückzukommen. Es kann diesbezüglich auch nicht nach der Art und Schwere der seitens der Mitglieder des Konsortiums in dieser Eigenschaft erhobenen Rügen differenziert werden, wie dies die Beschwerdeführenden beantragen (Eingabe vom 19. Juni 2009, S. 4).

3.5 Auf das Beschwerde führende Konsortium findet das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung (Art. 530 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]; vgl. dazu auch BGE 131 I 153 E. 5.3 f.). Nach Art. 535 Abs. 3 OR ist zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich, sofern nicht Gefahr im Verzuge liegt. Prozesshandlungen einer einfachen Gesellschafft – wie namentlich die Einreichung einer Beschwerde – können entsprechend nur gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden (BGE 116 II 49 E. 4a; Lukas Handschin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 534 N. 2; vgl. auch Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 6 N. 11).

3.6 Entgegen der in der Beschwerde vom 11. Mai 2009 und in der Eingabe vom 19. Juni 2009 vertretenen Auffassung reicht es zur Erfüllung des Erfordernisses gemeinsamen Handels bzw. entsprechender Bevollmächtigung nicht aus, dass die E._____ AG mit Vollmachtserklärung vom 26. Februar 2009 die "federführende Firma A._____ Architekten AG" zur "rechtskräftigen Unterzeichnung und Eingabe der Präqualifikations-Offerte" für das strittige Vergabeverfahren ermächtigt hat, da die Beschwerdeführung gegen den negativen Präqualifikationsentscheid von dieser Vollmacht nicht umfasst wird. Ausserdem wäre eine solche inzwischen durch die Erklärung der E._____ AG,

sie wolle sich nicht am vorliegenden Verfahren beteiligen, ausdrücklich widerrufen.

3.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass für die Beschwerdeführung im Namen des Konsortiums die erforderliche Bevollmächtigung beziehungsweise Zustimmung aller Gesellschafter fehlt. Auf die Beschwerde kann demnach von vornherein nicht eingetreten werden, soweit Mitglieder des Konsortiums nur in dieser Eigenschaft Beschwerde erheben, was auf die Beschwerdeführenden 3 und 4 zutrifft.

4.
Zu prüfen ist die Beschwerdelegitimation der dem Konsortium angehörenden Beschwerdeführerin 2 in eigenem Namen. Die Beschwerdeführenden machen dazu geltend, das Beschaffungsverfahren verletze Urheberrechte der Beschwerdeführerin 2. Offenbar soll daraus eine besondere Beschwerdelegitimation (allenfalls auch des Beschwerdeführers 1) aus Urheberrecht abgeleitet werden.

4.1 Hätte die Beschwerdeführerin 2 mit dem Begehren, der Auftrag sei gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VoeB freihändig zu vergeben, die Ausschreibung des strittigen Auftrags angefochten, würde sich tatsächlich die Frage stellen, ob die geltend gemachte Verletzung von Urheberrechten durch das Beschaffungsverfahren zur Bejahung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 ausreichen könnte (vgl. zur Beschwerdelegitimation gegen die Ausschreibung von öffentlichen Aufträgen das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.1). Mit Rechtskraft der Ausschreibung vom 23. Januar 2009 ist diese (beschaffungsrechtliche) Rüge indessen jedenfalls verwirkt. Einen Anspruch darauf, aus urheberrechtlichen Gründen nicht im Rahmen der Präqualifikation ausgeschlossen zu werden, den ohnehin das Konsortium geltend machen müsste, gibt es wohl nicht. Da im Übrigen selbst die Aufhebung des Präqualifikationsentscheides vom 31. März 2009 nichts an der Verwendung der strittigen Plangrundlagen im Rahmen des nun laufenden Beschaffungsverfahrens ändern würde, kann die Beschwerdeführerin 2 aus den daran geltend gemachten Urheberrechten schon deshalb keine Beschwerdeberechtigung ableiten (so schon der Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Verfahren vom 15. Juni 2009 E. 2.4). Dies gilt namentlich für das Begehren, der Vergabestelle sei die Verwendung dieser Pläne zu verbieten. Sollte die Beschwerdeführerin 2 der Auffassung sein, das Beschaffungsverfah-

ren verletze insoweit ihre Urheberrechte, so hat sie sich an den Zivilrichter zu wenden.

4.2 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin 2 auch nicht in eigenem Namen zur Beschwerde gegen den angefochtenen Präqualifikationsentscheid legitimiert ist. Dies würde ebenso für den Beschwerdeführer 1 gelten, soweit er die Verletzung von ihm zustehenden Urheberrechten geltend macht.

5.
Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer 1 mit nicht urheberrechtlich begründeten Begehren und Rügen zur Beschwerde berechtigt ist. In den Eingaben vom 11. und 22. Mai 2009 sowie vom 19. Juni 2009 wird diesbezüglich geltend gemacht, der Beschwerdeführer 1 sei durch die Vergabestelle gezielt ehrverletzend und diskriminierend behandelt worden, wobei die Ehrverletzung insbesondere darin gesehen wird, dass die Vergabestelle die fachlichen Fähigkeiten des Beschwerdeführers 1 – als für die Beschwerdeführerin 2 tätigen Architekten – in Frage stelle.

5.1 Organwalter, Arbeitnehmer oder Unterbeauftragte eines nicht berücksichtigten, respektive eines im selektiven Verfahren nicht zur Angebotseingabe eingeladenen Anbieters sind von einem Vergabeentscheid nicht unmittelbar in ihrer Rechtsstellung betroffen und deshalb nicht zur Beschwerde berechtigt (Urteil des Bundesgerichts 2P.42/2001 vom 8. Juni 2001 E. 2e/bb; zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O, Rz. 861). Dies muss auch gelten, wenn die Eignung eines Anbieters aufgrund der von der Vergabestelle als ungenügend eingestuften Fachkompetenz von Schlüsselpersonen abgesprochen wird. Wohl haben solche Personen ein Interesse daran, dass ihre Fachkompetenz nicht als ungenügend angesehen wird, sie können aber nicht Rechte geltend machen, die nur dem Anbieter zustehen. Auch auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist damit nicht einzutreten. Daran könnte auch die seitens des Beschwerdeführers 1 behauptete Zusicherung der Vergabestelle, wonach er im vorliegenden Verfahren niemals benachteiligt bzw. diskriminiert werde (Eingabe vom 19. Juni 2009, S. 5), nichts ändern.

6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde mangels Le-

gitimation der Beschwerdeführenden nicht einzutreten ist. Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerde nach Art. 50 Abs. 1 VwVG fristgerecht eingereicht worden ist, was die Vergabestelle bestreitet. Immerhin sei angemerkt, dass die Vergabestelle fehl geht in ihrer Annahme, die Beschwerdeführenden hätten zu beweisen, dass ihnen die Verfügung vom 31. März 2009 erst am 6. April 2009 zugegangen sei. Vielmehr ist der Zugang einer Verfügung grundsätzlich durch die verfügende Behörde zu beweisen (BGE 124 V 400 E. 2a, vgl. zu den Möglichkeiten der Ermittlung des relevanten Sachverhalts BGE 134 V 49 E. 3). Das gilt selbstverständlich auch im Rahmen der Anfechtung von Verfügungen vor Bundesverwaltungsgericht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-6066/2007 vom 12. Februar 2008 E. 1.1.2 mit Hinweisen; vgl. auch André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rn. 2.112).

7.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, gelten die Beschwerdeführenden als unterliegend. Angesichts des Vergabevolumens wären in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) grundsätzlich Verfahrenskosten in der Höhe von ca. Fr. 8'000.- zu erheben. Indessen rechtfertigt es sich, diese mit Blick auf die Verfahrenserledigung durch Nichteintreten und dem damit verbundenen reduzierten Aufwand des Bundesverwaltungsgerichts unter Anwendung von Art. 6 Bst. b VGKE auf Fr. 3'000.- festzusetzen. In dieser Kostenfestsetzung sind auch die Kosten des Zwischenentscheides vom 15. Juni 2009 enthalten. Indessen dürfen der im Rubrum als Beschwerdeführerin 5 geführten E._____ AG keine Kosten auferlegt werden, nachdem diese sich nicht als Beschwerdeführerin konstituiert hat (vgl. E. 3.2 hiervor).

7.2 Angesichts des Verfahrensausgangs fällt ein Parteikostenersatz zugunsten der Beschwerdeführenden ausser Betracht. Aber auch die Schweizerische Bundesbahnen AG hat als dem BoeB unterstellte Vergabestelle – trotz ihres Obsiegens – keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Abschreibungsverfügung des Bun-

desverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 2.6).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.- werden den Beschwerdeführenden 1-4 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 5'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Marc Steiner	Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Dieses Urteil kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tage seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 23. Juli 2009