Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3060/2010
{T 0/2}

Urteil vom 27. August 2010

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Bernard Maitre, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Barbara Kummer.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter A. Sträuli,
Beschwerdeführerin,

gegen

Direktion für Entwicklungshilfe und Zusammenarbeit DEZA, Abteilung Westafrika,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen (Programme d'appui au secteur de l'élevage PASEL).

Sachverhalt:

A.
Mit Publikation im SIMAP-Forum sowie im Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) schrieb die Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit DEZA (Abteilung Westafrika, nachfolgend DEZA) unter der Meldungs-Nr. 424153 am 12. November 2009 mit dem Projekttitel "Programme d'appui au secteur de l'élevage PASEL: accompagnement de la sécurité de la mobilité, de l'intensification et de l'évolution du pastoralisme" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren in französischer Sprache aus. Als Ort der Dienstleistungserbringung wurde Niger angegeben. Gegenstand dieses Dienstleistungsauftrags bildet gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung die Koordination und Leitung der Umsetzung des Programms; die Organisation, Koordination und Leitung der technischen Unterstützung der Partner in den betroffenen Regionen Nigers; die Verwaltung der Projektmittel (inklusive treuhänderische Projektmittel); die Erarbeitung von Baselines und eines Systems der Verfolgung der Hauptindikatoren betreffend die Programmresultate; die regelmässige Berichterstattung über die operationellen und finanziellen Programmresultate sowie den technischen Beitrag zur Aufarbeitung der Erfahrungen und des sektoriellen politischen Dialogs, geführt durch die lokalen Partner und die schweizerische Entwicklungszusammenarbeit auf regionaler und nationaler Ebene.

Vier Anbieter, darunter die Stiftung X._____ und die Z._____, reichten fristgerecht Offerten ein.

Am 26. März 2010 erteilte die DEZA den Zuschlag für den Dienstleistungsauftrag zum Betrag von Fr. 1'223'555.– an die Z._____ und veröffentlichte den Zuschlag auf Französisch im SIMAP-Forum vom 14. April 2010. Die Zuschlagsverfügung war in Ziff. 4.5 mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die DEZA teilte am 9. April 2010 der Stifung X._____ schriftlich mit, ihr Angebot sei nicht berücksichtigt worden. Die Schwäche ihres Angebots liege beim finanziellen Teil der Offerte. Der den Backstopping-Kosten und den Experten-Kosten zugewiesene Teil des Budgets sei in einem Missverhältnis zu den Kosten der Koordinations-Equipe. Zudem habe die Offerte die Kosten des lokalen Personals nicht berücksichtigt. Die Zuweisung dieser Personalkosten zu den operativen Kosten habe nicht den vorgegebenen Anweisungen entsprochen.

B.
Mit Eingabe vom 29. April 2010 focht die Stiftung X._____ (Beschwerdeführerin) den Vergabeentscheid vom 26. März 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die am 14. April 2010 publizierte Anordnung (Zuschlag) sei aufzuheben und es sei der Zuschlag an die Beschwerdeführerin X._____ zu erteilen;
2. Eventuell sei die angefochtene Anordnung aufzuheben und es sei neu auszuloben;
3. Es sei die vorliegende Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zu versehen;
4. Eventuell sei die beschwerdebeklagte Direktion zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Umfang ihrer Aufwendungen und des entgangenen Gewinns im Fall der Freigabe des Auftrags an die zugeschlagene Drittorganisation zu bezahlen;

   alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der beschwerdebeklagten Direktion.

Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, sie sei im Hinblick auf die Offerte ein Konsortium mit einer Partnerorganisation in Niger (Y._____) eingegangen. Am 15. April 2010 habe auf ihren Wunsch eine Besprechung des Resultats der Mandatsvergabe am Sitz der DEZA in Bern stattgefunden, an welcher ihr die DEZA mitgeteilt habe, dass das Konsortium X._____ & Y._____ den zweitbesten Rang belegt habe. Der einzige Grund für die Platzierung auf dem zweiten Rang seien Schwächen im Finanzteil der Offerte. Dabei sei nicht die absolute Höhe der eingesetzten Mittel bemängelt worden, sondern die Zuteilung auf entsprechende Teilbudgets.

Ihrem Verständnis nach seien die Kosten für die operationellen Personal- und Infrastruktur-Ressourcen im Ausschreibungsdokument den Programm-Umsetzungskosten zuzuweisen und müssten in Teil 1 "Coûts opérationnels du programme" gemäss Annexe 2 "Budget indicatif PASEL 6" erfasst werden. Die Begründung der Absage im Brief der DEZA vom 9. April 2010 zeige indessen, dass diese von einem anderen Verständnis der Kostenzuteilung ausgegangen sei. Im Gespräch zwischen der DEZA und der Beschwerdeführerin habe dies Herr W._____ von der DEZA bestätigt und in diesem Zusammenhang auf weiterführende DEZA-Budgetvorgaben, die sogenannte SOR (Service Oriented Renumeration) hingewiesen, welche die Jury für die Bewertung der finanziellen Offerte verwendet habe.

Die SOR als relevante Budgetvorgabe sei indessen weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in den Zusatzerläuterungen der DEZA erwähnt worden. Zudem sei SOR nur ein internes Dokument der DEZA. Eine Beurteilung gestützt auf die SOR entspreche nicht den Vorgaben des Ausschreibungsdokumentes, welches in Annexe 2 und 3 Budgetvorgaben nenne, die vom Ansatz des SOR abwichen.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, das "Document d'Appel d'Offre" sehe unter Ziff. 3.1 ein Verfahren zur Klärung von Unklarheiten und zur Bereinigung von Irrtümern vor. In Absatz 2 dieser Ziffer werde festgehalten, dass die offertstellende Organisation im Falle von Fehlern eingeladen werde, diese innert angemessener Frist zu korrigieren. Die DEZA hätte die Beschwerdeführerin daher nach der ersten Bewertungsrunde am 2. Februar 2010 gezielt auf diesen Mangel in der finanziellen Offerte aufmerksam machen und sie auffordern müssen, die Budgets diesbezüglich zu überarbeiten bzw. im Rahmen des errechneten Budgets die gewünschten Veränderungen in der Zuteilung auszuführen. Hätte sie die Möglichkeit gehabt, die gewünschte Zuteilung in den Budgets vorzunehmen, hätte sie mit dem Zuschlag der Ausschreibung rechnen dürfen, denn der Finanzteil der Offerte sei mit 25 % und der technische Teil mit 75 % bewertet worden.

Zur Begründung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe einen erheblichen zeitlichen Aufwand von mehreren 100 Arbeitsstunden in diese Offerte eingebracht. Sie sei eine Non-Governmental Organization und lebe von Spendengeldern, die nicht beliebig abgeschrieben werden dürften. Zudem ertrage der gesamte Ablauf des Projekts durchaus eine Aussetzung von einigen Monaten, ohne dass die hilfsbedürftige ländliche Bevölkerung im Niger zu Schaden komme.

C.
Mit Verfügung vom 30. April 2010 erteilte der Abteilungspräsident der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen, namentlich den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin.

D.
Mit Schreiben vom 5. Mai 2010 fragte das Bundesverwaltungsgericht

die Zuschlagsempfängerin Z._____ an, ob sie Parteistellung geltend machen wolle und wies sie gleichzeitig darauf hin, dass sie diesfalls ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen habe. Mit Fax-Eingabe vom 18. Mai 2010 erklärte die Zuschlagsempfängerin, dass sowohl sie als auch ihre Vertretung in Niger auf eine Parteistellung verzichteten.

E.
Das Bundesverwaltungsgericht hielt mit Schreiben vom 20. Mai 2010 fest, dass nach der gesetzlichen Regelung von Art. 33a Abs. 2 Satz 1 VwVG (zitiert in E. 1.1) die Verfahrenssprache grundsätzlich Französisch sei. Da im Einverständnis mit den Parteien gestützt auf Art. 33a Abs. 2 Satz 2 VwVG indessen eine andere Verfahrenssprache massgeblich sein könne, die französischsprachige Zuschlagsempfängerin keine Parteistellung geltend mache und von der Vergabestelle erwartet werden dürfe, dass sie in verschiedenen Amtssprachen arbeiten könne, werde das Verfahren in deutscher Sprache geführt.

F.
Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Mai 2010 wurde die Vergabestelle aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 2. Juni 2010 die vollständigen Akten einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zum Antrag der Beschwerdeführerin betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Stellung zu nehmen.

G.
Die DEZA (Vergabestelle) stellt mit Vernehmlassung vom 1. Juni 2010, folgende Anträge:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Prozessualer Antrag:
Die im Aktenverzeichnis entsprechend gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen.

Zur Begründung macht die Vergabestelle in formeller Hinsicht geltend, der Beschwerdeführerin fehle es an der Beschwerdelegitimation, da

sie die Beschwerde nicht gemeinsam mit der Konsortialpartnerin Y._____ innert Frist eingereicht habe.

In materieller Hinsicht bringt die Vergabestelle vor, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet. Zur Rüge der Beschwerdeführerin, die Ausschreibungsunterlagen seien missverständlich formuliert, hält sie fest, aus den Ausschreibungsunterlagen gehe klar hervor, dass die Kosten der durchführenden Organisation inklusive der Kosten der lokalen Umsetzungsstrukturen gemäss Annex 3 des Ausschreibungsdokuments der Budgetposition in Annex 2 Punkt 2 "Coûts de l'unité de mise en oeuvre" und nicht den treuhänderischen Mitteln in Annex 2 Punkt 1 (coûts opérationnels du programme) zugewiesen werden sollten. Die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle mit E-Mail vom 30. November 2009 dennoch eine Frage betreffend der Einordnung der "Frais opérationnels de l'unité de mise en oeuvre" unterbreitet. Im Antwortschreiben vom 2. Dezember 2009 an alle Interessierten habe die Vergabestelle die Zuordnung der Kosten präzisiert. Damit sei sie ihren Verpflichtungen gemäss Gesetz und Ausschreibungsdokument nachgekommen.

Durch die falsche Einordnung der Kosten seien der Beschwerdeführerin indessen keine Nachteile erwachsen. Nachdem die Vergabestelle die falsche Einordnung habe erkennen können, habe sie diese Kosten anlässlich der zweiten Auswertung der Offerten der relevanten Budgetposition zugerechnet.

Was die Rüge betreffe, für die Beurteilung der Offerten seien von den Ausschreibungsunterlagen abweichende Beurteilungskriterien angewandt worden, so seien die SOR-Richtlinien für die Budgetstruktur der verrechenbaren Aufwände in konkretisierter Form in das "Format du budget" gemäss Annex 3 des Ausschreibungsdokuments eingefügt und den Interessenten bereits mit den Ausschreibungsunterlagen kommuniziert worden.

Da die Beschwerde offensichtlich unbegründet sei, sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abzuweisen. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung hätte grosse negative Konsequenzen sowohl auf die bisher erreichten Resultate des Programms als auch auf die aktuelle Situation der Nutzniesser angesichts der angespannten, kritischen Ernährungssituation in weiten Teilen des Landes. Die Viehwirtschaft gehöre im Niger zu den Schlüsselsektoren der Ernährungssicherheit.

Die Unterstützung dieses Sektors sei bedeutend, um die Ernährungssituation der ländlichen Bevölkerung zu verbessern. Durch das langjährige Engagement der Vergabestelle in diesem Sektor habe sie eine führende, thematische Kompetenz entwickelt und nehme eine leitende Position in der Themenkoordination ein. Mit einer weiteren Verzögerung des Programms werde diese Kompetenz gefährdet. Das dringende öffentliche Interesse am möglichst baldigen Umsetzungsbeginn des Programms sowie das private Interesse der Zuschlagsempfängerin überwiege gegenüber dem Interesse der Beschwerdeführerin.

H.
Mit Verfügung vom 27. Mai 2010 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass zunächst zu klären sei, ob der in Frage stehende Dienstleistungsauftrag in den Geltungsbereich des BöB (zitiert in E. 1.1) falle und mithin die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben sei. Die DEZA wurde daher aufgefordert, sich zur Klassifizierung der ausgeschriebenen Leistung gemäss der Central Product Classification (CPC) der UNO zu äussern. Der Beschwerdeführerin wurde ebenfalls die Gelegenheit gegeben, hierzu eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

I.
Mit Eingabe vom 4. Juni 2010 bringt die Beschwerdeführerin vor, die Beantwortung der Frage, unter welche CPC-Nummer die ausgeschriebene Leistung falle, habe durch die Vergabestelle zu erfolgen. Im Übrigen habe sie keinerlei Anlass gehabt, daran zu zweifeln, dass die öffentlich ausgeschriebene Dienstleistung unter das GATT/WTO-Übereinkommen falle. Seit über einem Jahrzehnt würden gleichartige Leistungsvergaben dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. Sollte wider Erwarten ein Fall von freiwilliger Ausschreibung vorliegen, so sei sie gestützt auf die Rechtsmittelbelehrung der Vergabestelle in ihrem guten Glauben zu schützen und für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren zu entschädigen.

J.
Nach einmaliger Fristerstreckung äusserte sich die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 11. Juni 2010 zur ausgeschriebenen Leistung gemäss der Central Product Classification (CPC). Sie beantragt, auf die Beschwerde sei – in Ergänzung der in der Stellungnahme der Vergabestelle vom 1. Juni 2010 enthaltenen Ausführungen betreffend

die mangelnden Eintretensvoraussetzungen – auch aus dem Grund nicht einzutreten, weil der in Frage stehende Dienstleistungsauftrag nicht in den Geltungsbereich des BöB falle, und der Zuschlag daher nicht mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden könne. Sodann sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, zumal bereits auf Grund einer prima facie-Würdigung der Prozessvoraussetzungen auf die Beschwerde voraussichtlich nicht eingetreten werden könne.

Zur Begründung hält die Vergabestelle fest, aus der Umschreibung des Auftrags gehe hervor, dass das Programm der Vergabestelle, dessen Durchführung in der sechsten Phase an einen Anbieter oder eine Anbieterin vergeben werden solle, mitunter substantielle Verbesserungen im Viehwirtschaftssektor, d.h. im Agrar- und Ernährungshilfebereich, bezwecke. Das Programm sei eingebettet in die offizielle nationale Strategie im Niger, insbesondere in die "Stratégie de développement rural" (SDR), welche verschiedene Programme definiere, die in Partnerschaft mit diversen internationalen und nationalen Akteuren umgesetzt würden. Die Vergabestelle leiste dabei einen Beitrag in der Umsetzung der Programme Nr. 12 "Aménagement Pastoral et Sécurisation des Systèmes Pastoraux" und Nr. 13 " Restauration des Terres et Reboisement" der SDR. Der nationale Landwirtschaftsplan ("Code Rural") lege dabei den juristischen und institutionellen Rahmen dieses Hilfsprogramms im Agrarbereich fest. Wie Ziff. 5 der notes générales ÜöB (zitiert in E. 1.2) nehme Art. 3 Abs. 1 Bst. b BöB Aufträge, die – wie im konkreten Fall – im Rahmen von Agrar- oder Ernährungshilfsprogrammen erteilt würden, vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus.

Im Weiteren bringt die Vergabestelle vor, falls das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen sollte, dass die Ausnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Ziff. 5 der notes générales ÜöB vorliegend nicht gegeben sei, falle der ausgeschriebene Auftrag dennoch nicht in den Anwendungsbereich des ÜöB und des BöB, da er nicht eine Dienstleistung im Sinne von Anhang 1 Annex 4 ÜöB bzw. Anhang 1 VöB (zitiert in E. 3.1) zum Inhalt habe. Beim vorliegenden Auftrag handle es sich um die Übertragung der Durchführung eines staatlichen Entwicklungshilfeprogramms an eine private Organisation. Der Grundcharakter des zu vergebenden Auftrags sei nichtkommerzieller Natur. Die ausgeschriebene Dienstleistung stelle schwergewichtig eine Aufgabe im gemeinnützigen Sozial- und Für-

sorgebereich dar, welche dem von der Unterstellung ausgenommenen Abschnitt 9 CPC mit der Überschrift "Community, social and personal services" zuzuordnen sei. Innerhalb des Abschnitts 9 falle die zu vergebene Dienstleistung am ehesten in die Unterklasse 9112 "Administrative services of agencies that provide educational, health care, cultural and other social services."

Der vorliegende Zuschlagsentscheid könne somit nach Art. 39 VöB nicht mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Der Umstand, dass die Vergabestelle im Ausschreibungsdokument sowie in der Publikation des Zuschlags auf ein nicht bestehendes Rechtsmittel hingewiesen habe, ändere daran nichts.

K.
Mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Juni 2010 wurden der Beschwerdeführerin die Stellungnahmen der Vergabestelle 1. Juni 2010 sowie vom 11. Juni 2010 zur Kenntnis gebracht. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin ersucht, sich bis 5. Juli 2010 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. Juni 2010 zur Klassifizierung der ausgeschriebenen Leistung gemäss CPC vernehmen zu lassen. Zudem wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, bis zum 5. Juli 2010 die erforderliche Vollmacht der Konsortialpartnerin einzureichen, wonach sich diese am Rechtsmittelverfahren beteiligt und die Beschwerdeführerin zur Prozessführung ermächtigt, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne.

L.
Mit Eingabe vom 15. Juli 2010 liess sich die Beschwerdeführerin zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. Juni 2010 betreffend die Klassifizierung der ausgeschriebenen Leistung gemäss CPC vernehmen und reichte gleichzeitig die ihr per E-Mail zugestellte Vollmacht von Y._____ sowie weitere Dokumente ein.

Zur Klassifizierung der ausgeschriebenen Leistung gemäss CPC führt die Beschwerdeführerin aus, die von der Vergabestelle vorgebrachte Einteilung des Dienstleistungsauftrags in den Sozial- und Fürsorgebereich sei falsch. Im vorliegenden Fall liege keine Entwicklungshilfe im altgedienten Sinne vor, sondern eine "Infrastrukturhilfe im Sinne von Anschubaktivitäten". Vom Objekt der Auftragserfüllung her würden sowohl Dienstleistungen wie auch Materialien, Maschinen etc. eingesetzt. Technische Beratungen, Investitionen in Infrastrukturen vor

Ort, Bewässerung, Brunnenbau, Markierung der Durchgangswege usw. seien zweifellos Leistungen, die im Kernbereich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt seien. Daran ändere auch der Grundcharakter des Auftrags als nichtkommerzieller nichts.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, im Eventualfall müsse der Auftrag nach Teilleistungen, welche dem Beschaffungsrecht unterstehen, und sogenannten übrigen Beschaffungen des Bundes aufgegliedert werden. Möglicherweise fielen gewisse Dienstleistungen aus dem gesetzlichen Auftragskatalog weg. Verbleiben würden indessen Infrastrukturleistungen, Bauleistungen, Bauführungen, Brunnen für Bewässerungen, Stallbauten, Markierung der Durchgangswege usw. Wenn sich die Vergabestelle auf den Standpunkt stelle, die Rechtslage sei unklar und es liege ein Grenzfall vor, sei sie gehalten, diese Aufteilung vorzunehmen. Sollte sich ergeben, dass keine klare gesetzliche Antwort gegeben werden könne, so wären die mit dem zwingenden Beschaffungsrecht verbundenen übrigen Leistungen den Hauptleistungen zuzuschlagen.

Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin subeventualiter für den Fall, dass das Beschwerdeverfahren nicht zulässig wäre, "dass der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt werde, ihren Schaden zu beziffern." Sie habe sich in gutem Glauben zur Prozessführung berechtigt fühlen dürfen. Würde auf die Beschwerde nicht eingetreten, so wäre die Vergabestelle schadenersatzpflichtig. Der zu ersetzende Schaden umfasse dabei sämtliche Rechtsaufwendungen der beschwerdeführenden Stiftung. Sodann seien sämtliche für die Beschwerdeführung erforderlichen Aufwendungen durch die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin zu entschädigen.

M.
Mit Verfügung vom 15. Juli 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Möglichkeit ein, die in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2010 geltend gemachten Aufwendungen bis 27. Juli 2010 zu beziffern. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle aufgefordert, eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2010 einzureichen.

N.
Am 21. Juli 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Fristerstreckungsgesuch ein und beantragte, die Frist zur Geltendmachung

ihrer Aufwendungen sei abzunehmen, allenfalls bis zum 25. August 2010 zu erstrecken.

Das Bundesverwaltungsgericht wies das Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Juli 2010 ab.

O.
Mit Stellungnahme vom 26. Juli 2010 hält die Vergabestelle vollumfänglich an ihren Anträgen und deren Begründung in den Eingaben vom 1. Juni 2010 und 11. Juni 2010 fest. Zusätzlich stellt sie den Antrag, die Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Die eingereichte Vollmacht von Y._____ ändere nichts am Umstand, dass die Beschwerdeführerin es versäumt habe, innert Frist eine Beschwerde im Namen beider Gesellschafterinnen als Mitglieder des Konsortiums mit entsprechenden Rechtsbegehren einzureichen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Weiter bringt die Vergabestelle vor, die Beschwerdeführerin gehe in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2010 von Dienstleistungen aus (wie die Erstellung von Zäunen, Infrastrukturprojekte in der Landwirtschaft usw.), die nicht Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung seien. Dazu präzisiert die Vergabestelle, das Mandat umfasse nicht die Gesamtheit der Programmaktivitäten, sondern lediglich Leistungen im Zusammenhang mit der Förderung der Strukturen und Prozesse, der Koordination sowie der Verwaltung des Programms. Die eigentlichen Programmaktivitäten würden indessen durch den treuhänderischen Teil finanziert, welcher nicht Gegenstand der Ausschreibung sei. Die Verwendung der treuhänderischen Mittel im Umfang von 3,83 Millionen werde explizit von der Ausschreibung ausgeschlossen. Die von der Beschwerdeführerin genannten Leistungen unterstünden daher nicht der Ausschreibung, sondern würden separat durch die mandatierte Organisation vergeben, gestützt auf Art. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche Beilage 4 des Ausschreibungsdokuments bildeten. Dieser Sachverhalt sei auch im "Budget indicatif" (Annex 2 des Ausschreibungsdokuments) verdeutlicht worden.

Das ausgeschriebene Mandat bestehe zwar durchaus auch aus administrativen Dienstleistungen, der inhaltliche Schwerpunkt des ausgeschriebenen Auftrags und der gesuchten Kompetenzen liege aber in der Koordination mit Behörden, der sozialen Animation der Nutz-

niesser, dem Dialog mit Dorfgemeinschaften und Verbänden sowie deren Beratung, der Begleitung der Dorfbevölkerung bei der Durchführung der Programmaktivitäten usw. Auf Grund der schwergewichtigen Leistungen der Unterstützung der lokalen Strukturen und Gremien, der Begleitung und Moderation ihrer Verhandlungsprozesse, der Konfliktprävention und der Unterstützung hinsichtlich einer gerechten Entwicklungsstrategie betreffend das Verhältnis Mann-Frau, falle die Gesamtheit der ausgeschriebenen Dienstleistungen in den Sozialbereich. Auf Grund weiterer wichtiger Leistungen wie die technische Beratung und Unterstützung (nicht jedoch die unmittelbare Durchführung in Eigenregie) hinsichtlich der Markierung von Agrar-, Weideland und Durchgangswegen, der Wiederherstellung und Erschliessung von Weidegründen sowie der Intensivierung der Produktion des Viehwirtschaftssektors wäre der Auftrag insgesamt selbst im Falle der Unterstellung unter Abschnitt 8 der CPC am ehesten – wie schon in der Stellungnahme vom 11. Juni 2010 ausgeführt – den von der Unterstellung unter das BöB ausgenommenen Unterklassen 85104 oder 88110 bez. 88120 zuzuordnen.

Zum Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin hält die Vergabestelle fest, dieses sei grundsätzlich nach den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes zu beurteilen. Falls auf die Beschwerde nicht eingetreten werde, unterliege die Beschwerdeführerin vollumfänglich, womit sie kostenpflichtig werde und keine Entschädigung für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren erhalte. Für die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin zulasten der Vergabestelle auf Grund der falschen Rechtsmittelbelehrung fehle eine gesetzliche Grundlage. Schliesslich macht die Vergabestelle geltend, sollte das Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigungspflicht der Vergabestelle aus Billigkeitsgründen als gegeben erachten, so wäre bei dessen Beurteilung einerseits ein Mitverschulden der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin durch Unterlassung der Prüfung der Rechtsmittelbelehrung zu berücksichtigen, andererseits bestünde für eine Entschädigung der Aufwendungen der Beschwerdeführerin spätestens nach Zustellung der Verfügung vom 28. Mai 2010, wonach sie sich zur Klassifizierung der ausgeschriebenen Leistung gemäss CPC zu äussern hatte, keine Grundlage.

P.
Die Stellungnahme der Vergabestelle vom 26. Juli 2010 wurde der

Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. Juli 2010 zur Kenntnis gebracht.

Am 3. August 2010 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote ein.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) nichts anderes bestimmt (Art. 26 Abs. 1 BöB).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen. Die Begründung einer Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 VwVG). Eine Ausschreibung nach den Regeln des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) und des BöB und die allenfalls fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung kann bei fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen nicht zur Bejahung der Eintretensfrage führen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.32 E. 2 mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 786 mit Hinweisen). Selbst ein treuwidriges Verhalten der Vergabestelle im Prozess könnte nicht im Sinne einer "Einlassung" die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen. Vielmehr ist ein solches Verhalten allenfalls bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.2; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 231). Auch bei einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung kann sich lediglich die Frage stellen, ob die Tatsache der Fehlerhaftigkeit im Rahmen der Verlegung der Kosten zu berücksichtigen ist (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann,

Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1646). Demnach ist vorab festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus der allenfalls fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung und dem Verhalten der Vergabestelle im Prozess in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag.

2.
Die Vergabestelle wendet zunächst ein – unabhängig davon, ob der in Frage stehende Dienstleistungsauftrag in den Geltungsbereich des BöB falle – sei auf die Beschwerde bereits deshalb nicht einzutreten, da es der Beschwerdeführerin an der Beschwerdelegitimation fehle. Die Beschwerdeführerin habe die Offerte in einer Bietergemeinschaft (Konsortium) mit der Organisation Y._____ eingereicht. Mitglieder einer Bietergemeinschaft könnten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts nur gemeinsam Beschwerde führen. Eine gemeinsame Beschwerde der Beschwerdeführerin und der Konsortialpartnerin Y._____ sei indessen innert Frist nicht erhoben worden. Daran ändere auch die (nachträglich) eingereichte Vollmacht von Y._____ nichts.

2.1 Die Beschwerdelegitimation richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Demnach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

Mit BVGE 2008/7 E. 2.2.2 hat das Bundesverwaltungsgericht in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung und derjenigen der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) entschieden, die Mitglieder eines übergangenen Konsortiums könnten nur gemeinschaftlich gegen einen Zuschlag oder eine Präqualifikation Beschwerde führen, solange der Vertrag zwischen der Vergabestelle und dem Zuschlagsempfänger nicht abgeschlossen ist. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 131 I 153 E. 5.4 gefolgt, welche festhielt, dass die Mitglieder eines übergangenen Konsortiums nur ein unteilbares Recht der Gesellschaft geltend machen können, d.h. dasjenige, den Zuschlag zu erhalten.

Auf das Beschwerde führende Konsortium findet demnach 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 Gesellschaft – wie namentlich die Einreichung einer Beschwerde – können entsprechend nur gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.5 mit Verweis auf 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.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 6 N. 11). Soweit die erforderlichen Gesellschaftsbeschlüsse respektive Bevollmächtigungen vorliegen, ist das nicht berücksichtigte Konsortium als Streitgenossenschaft ohne weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.3 mit Verweis auf BVGE 2008/7 E. 2.2.2). Wie in BVGE 2008/7 E.2.2.3 sowie dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.6 f. festgehalten wurde, kann die entsprechende Vollmacht auch nachträglich eingereicht werden.

2.2 Im vorliegenden Fall reichten X._____ und Y._____ die Offerte als Konsortium ein. Die Beschwerde vom 29. April 2010 wurde im Namen und im Auftrag des X._____ eingereicht und nur von diesem unterzeichnet. Auf die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Juni 2010 hin reichte X._____ eine Vollmacht von Y._____ ein, mit welcher Y._____ X._____ zur Prozessführung ermächtigt.

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

3.

3.1 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem ÜöB unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR

172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich das BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 1b mit Hinweisen).

Beim angefochtenen Akt handelt es sich um eine Zuschlagsverfügung. Vor Erlass der angefochtenen Zuschlagsverfügung vom 26. März 2010, aber nach Veröffentlichung der Ausschreibung vom 12. November 2009, sind am 1. Januar 2010 einige Änderungen des BöB und der VöB in Kraft getreten. Abweichend vom Grundsatz, dass die Rechtmässigkeit einer Verfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen ist (BGE 125 II 598 E. 5e/aa mit Hinweisen), stellt eine besondere Übergangsbestimmung der VöB auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung, nicht der Zuschlagsverfügung, ab (Art. 72b Bst. a VöB). Auch auf dem BöB unterstehende Beschaffungen ist diese Übergangsbestimmung selbstredend anwendbar (Art. 2 Abs. 1 VöB, vgl. auch Art. 37 BöB). Im vorliegenden Fall wurde die Ausschreibung vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung veröffentlicht, weshalb das BöB und die darauf gestützte VöB in ihrer am 12. November 2009 geltenden, früheren Fassung anzuwenden sind (vgl. die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B- 1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.2).

3.2 Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

3.3 Dem BöB untersteht als Auftraggeberin die allgemeine Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Der Terminus "allgemeine Bundesverwaltung" (in der französischen Version "administration générale de la Confédération") nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB ist auslegungsbedürftig. Der Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (Gatt-Botschaft 2, in: Bundesblatt [BBl] 1994 IV 1177) zufolge unterstehen dem Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 BöB "Auftraggeberinnen des Bundes, wie sie das GATT-Übereinkommen in Anhang 1 Annex 1

definiert" (vgl. das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 5. Juni 2002, publiziert in VPB 67.4 I Ziff. 1). Auftraggeberin im vorliegenden Verfahren ist die Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit DEZA. Diese ist in Anhang 1 Annex 1 Ziff. 2 ÜöB aufgeführt. Anhang 1 Annex 1 Ziff. 2 ÜöB verweist zur Unterstellung der DEZA gleichzeitig auf die Ausführungen des Bundesrates in seiner Antwort auf eine Interpellation Strahm (03.3234), wonach Verträge im Rahmen der "gebundenen (Ausland-)Hilfe", welche die DEZA abgeschlossen hat, von den WTO-Regeln ausgenommen sind, "denn sie unterstehen der Ausnahme gemäss Art. 1 Paragraph 1" ÜöB. Von gebundener Hilfe im Zusammenhang mit der Entwicklungszusammenarbeit redet man, wenn die Lieferung von Gütern und Dienstleistungen, welche aus der öffentlichen Entwicklungshilfe finanziert werden, auf nationale Unternehmen beschränkt ist. Ungebunden ist die Hilfe dann, wenn die Güter und Dienstleistungen auf dem internationalen Markt beschafft werden können (vgl. DEZA Glossar, aus "Eine Welt", Nr. 4/01, abrufbar im Internet unter: www.sdc.admin.ch/glossary_popup.php?itemID=18828&langID=6; vgl. auch das Gabler Wirtschaftslexikon, abrufbar im Internet unter: http:// wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/entwicklungshilfe.html). Im vorliegenden Fall wurde das Beschaffungsgeschäft auf dem internationalen Markt ausgeschrieben (Publikation am 13. November 2009 im tenders electronic daily TED, Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 2009/S 219-315345) und der Zuschlag wurde einer belgischen Organisation erteilt. Es handelt sich daher um ungebundene Hilfe, weshalb die DEZA dem ÜöB und damit auch Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB untersteht.

3.4 Der für Dienstleistungen geltende Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB ist mit Offertsummen von über 1'000'000 Franken klar überschritten, weshalb im Folgenden zu prüfen ist, ob eine in den Anwendungsbereich des BöB fallende Dienstleistung vorliegt.

3.5 Auftragsinhalt ist die Umsetzung des Entwicklungshilfeprogramms zur Unterstützung des Viehwirtschaftssektors in Niger. Das "Programm d'appui au secteur de l'élevage (PASEL): accompagnement de la sécurité de la mobilité, de l'intensification et de l'évolution du pastoralisme" startete seine Aktivitäten bereits 1998 und steht nun vor Beginn der 6. Phase. Die Vergabestelle setzte die ersten fünf Phasen des PASEL in Eigenregie um, für die anstehende 6. Phase soll die Durchführung des Programms an eine private Organisation vergeben werden. Die sechste Phase des PASEL soll die aus den ersten 5

Phasen gezogenen Lehren sowie die eingetretene institutionelle und strategische Entwicklung im nigerianischen Kontext berücksichtigen (vgl. das "Document d'Appel d'Offre", Ziff. 4.2, S. 11 f.).

Die Ziele, die mit dem PASEL in der 6. Phase erreicht werden sollen, werden in Ziff. 4.4 des Ausschreibungsdokuments im Einzelnen aufgeführt. Im Wesentlichen wird bezweckt, einen gerechten und dauerhaften Beitrag zur Verbesserung des Wohlstandes der ländlichen Bevölkerung zu leisten, indem die agro-silvo-pastorale Produktion verbessert und der Zugang zu den natürlichen Ressourcen und die Mobilität von Viehzüchtern in verschiedenen Regionen gesichert wird (vgl. das "Document d'Appel d'Offre", Ziff. 4.4, S. 13, "Objectifs et résultats", "Finalité").

Für die anstehende 6. Phase werden folgende Leistungen gefordert (vgl. das "Document d'Appel d'Offre", Ziff. 5.2, S. 15 f.: "Principales responsabilités du mandataire"):

- die Koordination und Leitung der Umsetzung des Programms,

- die Organisation, Koordination und Leitung der technischen Unterstützung der Partner in den betroffenen Regionen Nigers,

- die Verwaltung der Projektmittel (inklusive treuhänderische Projektmittel),

- die Erarbeitung von Baselines und eines Systems der Verfolgung der Hauptindikatoren betreffend die Programmresultate,

- die regelmässige Berichterstattung über die operationellen und finanziellen Programmresultate und

- den technischen Beitrag zur Aufarbeitung der Erfahrungen und des sektoriellen politischen Dialogs, geführt durch die lokalen Partner und die schweizerische Entwicklungszusammenarbeit auf regionaler und nationaler Ebene.

Die Hauptverantwortlichkeiten bei den technischen Unterstützungsleistungen, welche gemäss der Vergabestelle den inhaltlichen Schwerpunkt des ausgeschriebenen Auftrags ausmachen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. Juni 2010, S. 2), umfassen

die folgenden Aspekte (vgl. das "Document d'Appel d'Offre", Ziff. 5.3, S. 16 f.: "Principales responsabilités"):

- die Unterstützung und Stärkung der lokalen Strukturen und Gremien hinsichtlich einer wirkungsvollen Umsetzung des nationalen Landwirtschaftsplans (Code Rural),

- die technische und finanzielle Unterstützung der Verhandlungsprozesse in den Gemeinden, in welche alle betroffenen Gruppierungen und Gremien einbezogen werden, um Agrar-, Weideland und Durchgangswege für die nomadisch lebenden Viehzüchter festzulegen und zu markieren,

- die Prävention von Konflikten, welche durch die unterschiedliche Nutzung (Land- und Viehwirtschaft) desselben Landes entstehen können,

- die Stärkung der betroffenen Gemeinschaften und lokalen Strukturen in der Planung und Verwaltung der Weiden sowie die technische und finanzielle Unterstützung der Wiederherstellung und Erschliessung von Weidegründen,

- die Unterstützung der Intensivierung der Produktion des Viehwirtschaftssektors,

- die Unterstützung der Umsetzung einer gerechten Entwicklungsstrategie betreffend das Verhältnis Mann-Frau.

3.6 Ein öffentliches Beschaffungsgeschäft liegt vor, wenn sich der Staat, quasi als "Konsument", für die Erfüllung seiner Aufgaben bei privaten Firmen "Produzent" unter Einsatz finanzieller staatlicher Mittel Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beschafft (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, publiziert in VPB 64.30 E. 1b/aa mit Verweis auf BGE 125 I 209 E. 6; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 107 mit Hinweisen). Die Vergabestelle verweist in ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2010 betreffend den öffentlichen Charakter des Auftrags insbesondere auf das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (SR 974.0). Nach dessen Art. 1 trifft der Bund Massnahmen der internationalen Entwicklungszusammenarbeit und humanitären Hilfe. Die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe sind Ausdruck der Solidarität, die eines der Prinzipien darstellt, nach denen

die Schweiz ihr Verhältnis zur internationalen Gemeinschaft gestaltet und entsprechen der weltweiten Verflechtung (vgl. Art. 2 Abs. 1).

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle mit der Ausschreibung des "Programm d'appui au secteur de l'élevage (PASEL)" und dem Zuschlag vom 26. März 2010 die Erfüllung einer ihr (durch das obgenannte Gesetz) auferlegten Aufgabe einer privaten Organisation gegen die Entrichtung eines Entgelts übertragen. Es liegt daher unbestrittenermassen ein öffentliches Beschaffungsgeschäft vor.

Sodann gehen die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend davon aus, dass es sich bei den nachgefragten Leistungen primär um Dienstleistungen handelt (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 11. Juni 2010, S. 4; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2010, S. 6 f.).

3.7 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 ÜöB. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. GATT-Botschaft 2, a.a.O., BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 VöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1 zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 ÜoB, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die VöB unverändert übernommen werden. Nach ständiger Rechtsprechung der BRK fallen in den Geltungsbereich des BöB ausschliesslich die in der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 4 ÜöB abschliessend genannten Dienstleistungskategorien d.h. das BöB erfasst nicht sämtliche Dienstleistungen. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsmittelweg offen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/aa; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 132). Diese Rechtsprechung entspricht derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.1.2).

3.8 Es ist daher zu prüfen, ob der streitige Auftrag eine Dienstleistung im Sinne von Anhang 1 Annex 4 ÜöB bzw. Anhang 1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB zum Inhalt hat. Sowohl Anhang 1 Annex 4 ÜöB als auch Anhang

1 zu Art. 3 Abs. 1 VöB enthalten eine zum Teil vom Wortlaut her leicht unterschiedlich formulierte Kurzbeschreibung der einzelnen angesprochenen Dienstleistungen. Im Übrigen wird auf die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produkteklassifikation (Central Product Classification; CPC) der UNO (Ausgabe 1991) verwiesen, die, obwohl im Jahre 1998 die Version 1.0 der CPC verabschiedet worden ist, für die Auslegung des ÜöB sowie der VöB (entgegen dem Redaktionsversehen im Rahmen der Publikation des Entscheides der BRK vom 3. September 1999, publiziert in VPB 64.30 Fn. 173 zu E. 1d) massgebend ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 3.3 und E. 3.4; vgl. auch den Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/bb, Entscheid der BRK vom 28. September 2001, publiziert in VPB 66.5 E. 2c/aa). Die nähere Prüfung, ob eine Dienstleistung dem BöB untersteht, ist demnach im Lichte der entsprechenden CPC-Referenz-Nummer vorzunehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, a.a.O., E. 3.3 f.; Entscheid der BRK vom 3. November 2000, publiziert in VPB 65.41 E. 3a). Das hindert den Rechtsanwender selbstverständlich nicht daran, gegebenenfalls auch andere Versionen der CPC oder andere UN-Klassifikationen wie die CITI (Classification internationale type, par industrie, de toutes les branches d'activité économique)/ISIC (International Standard Industrial Classification of All Activities) als Auslegungshilfe heranzuziehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, a.a.O, E. 3.4 mit Verweis auf Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 79).

4.

Die Vergabestelle ist der Auffassung, dass der in Frage stehende Dienstleistungsauftrag nicht in den Geltungsbereich des BöB falle. Dies deshalb, weil das Programm der Vergabestelle substantielle Verbesserungen im Viehwirtschaftssektor d.h. im Agrar- und Ernährungshilfebereich bezwecke und solche Aufträge vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen seien (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b BöB). Der ausgeschriebene Auftrag falle aber auch aus nachfolgenden Gründen nicht in den Anwendungsbereich des ÜöB bzw. des BöB: Der Grundcharakter des zu vergebenden öffentlichen Auftrags sei nichtkommerzieller Natur. Die vorliegende Dienstleistung stelle schwergewichtig eine Aufgabe im gemeinnützigen Sozial- und

Fürsorgebereich dar, welche der von der Unterstellung ausgenommenen Section 9 CPC mit der Überschrift "Community, social and personal services" zuzuordnen sei. Innerhalb der Section 9 falle die zu vergebene Dienstleistung am ehesten in die Unterklasse 9112 "Administrative services of agencies that provide educational, health care, cultural and other social services". Falls das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen sollte, dass eine schwergewichtige Dienstleistung gemäss Section 8 CPC mit dem Titel "Business services; agricultural, mining and manufacturing services" vorliege, wäre sie nach Ansicht der Vergabestelle aufgrund der primär unterstützenden Tätigkeit zur Verbesserung des Viehwirtschaftssektors folgenden von der Unterstellung ausgenommenen Unterklassen zuzuordnen: 85104 "Research and experimental development services on agricultural services" oder den Unterklassen 88110 "Services incidental to agriculture" bzw. 88120 "Services incidental to animal husbandry".

4.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Einteilung der Dienstleistung in den Sozial- und Fürsorgebereich falsch. Es sei richtig, dass das "Kerngeschäft" eines Vergabeauftrags den Ausschlag geben solle. Im vorliegenden Fall sei das Kerngeschäft zutreffenderweise als Agrar- oder Ernährungshilfsprogramm zu qualifizieren. Im Wesentlichen werde angestrebt, den Konflikt zwischen nomadisierenden Viehzüchtern und Bauern mittels der Errichtung von mehreren 1000 km langen Viehkorridoren zu lösen. Es gehe darum, einige 10'000 km2 Fruchtfläche vor der Verwüstung durch Viehherden zu schützen und Konflikte zwischen Viehzüchtern und Weidebauern zu vermeiden. Mit örtlichen Organisationen müsse eine umfangreiche Informationskampagne durchgeführt werden, teilweise gestützt durch bereits angelaufene staatliche Programme. Die den Korridor bildenden und zuzuschlagenden Gebiete müssten definiert und es müsse bei den betroffenen Bauern Überzeugungsarbeit geleistet werden. Sodann sei davon auszugehen, dass bauliche Massnahmen durchzuführen seien. So müssten Zäune etc. gezogen werden. Bau- und Landwirtschaftsmaschinen müssten ebenfalls zum Einsatz gelangen; alles durch die örtliche Bevölkerung unter Anweisung von Personal von Y._____ und anderen. Daraus gehe hervor, dass keine Entwicklungshilfe im altgedienten Sinne vorliege, sondern eine Infrastrukturhilfe im Sinne von Anschubaktivitäten. Vom Objekt der Auftragserfüllung her würden sowohl Dienstleistungen wie auch Materialien, Maschinen etc. eingesetzt. Dienstleistungen dürften sich

vor allem in den Bereichen Planung, Bauführung, Schulung, Schlichtung und übriges Know-how manifestieren. Eine Einteilung der Dienstleistung in den Sozial- und Fürsorgebereich widerspräche den modernen Richtlinien einer Entwicklungszusammenarbeit. Technische Beratungen, Investitionen in Infrastrukturen vor Ort, Bewässerung, Brunnenbau, Markierung der Durchgangswege usw. seien zweifellos Leistungen, die im Kernbereich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt seien. Daran ändere auch der Grundcharakter des Auftrags als nichtkommerzieller nichts. Im Übrigen treffe die Qualifikation der Dienstleistungen gemäss den Unterklassen 85104 "Research and experimental development services on agricultural services" oder den Unterklassen 88110 "Services incidental to agriculture" bzw. 88120 "Services incidental to animal husbandry" nicht zu.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, im Eventualfall müsse der Auftrag nach Teilleistungen, welche dem Beschaffungsrecht unterstehen und sogenannten übrigen Beschaffungen des Bundes, aufgegliedert werden. Möglicherweise fielen gewisse Dienstleistungen aus dem gesetzlichen Auftragskatalog weg. Verbleiben würden indessen Infrastrukturleistungen, Bauleistungen, Bauführungen, Brunnen für Bewässerungen, Stallbauten etc. (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2010).

4.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht davon ausgeht, dass es zur Begründung der Anwendbarkeit des BöB genügt, wenn im Rahmen eines mehrere Teildienstleistungen umfassenden Auftrags Teile desselben in den Anwendungsbereich des BöB fallen. In diesem Sinne hat die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen mit Entscheid BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001 festgehalten, dass der damals in Frage stehende Auftrag schwergewichtig dem Gesundheits- und Sozialbereich, also dem grundsätzlich nicht unterstellten Abschnitt 9 der Zentralen Produkteklassifikation, zugeordnet werden müsse (VPB 66.4 E. 2c/cc), und demnach die Zuständigkeit verneint. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BöB darf ein (den Schwellenwert überschreitender) Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen. Aus der Zwecksetzung dieser Bestimmung ergibt sich, dass es grundsätzlich vergaberechtlich als ebenso verpönt gelten muss, wenn ein den Schwellenwert überschreitender und dem BöB unterstehender Dienstleistungsauftrag mit einer nicht unterstellten Dienstleistung kombiniert wird, um den ganzen Auftrag aufgrund der Tat-

sache, dass ein Teil des Gesamtauftrages nicht unterstellt ist, dem Anwendungsbereich des BöB zu entziehen. Die Ausschreibung einer Kombination mehrerer Dienstleistungen ist indessen auch vor diesem Hintergrund dann nicht zu beanstanden, wenn die nicht unterstehende Dienstleistung den Gesamtauftrag entscheidend prägt und die Kombination verschiedener Dienstleistungen in einem Auftrag sachlich geboten erscheint (BVGE 2008/48 E. 4.3).

4.3 Im vorliegenden Fall wird die zu erbringende Dienstleistung wie folgt umschrieben: die Koordination und Leitung der Umsetzung des Programms, die Organisation, Koordination und Leitung der technischen Unterstützung der Partner in den betroffenen Regionen Nigers, die Verwaltung der Projektmittel (inklusive treuhänderische Projektmittel), die Erarbeitung von Baselines und eines Systems der Verfolgung der Hauptindikatoren betreffend die Programmresultate, die regelmässige Berichterstattung über die operationellen und finanziellen Programmresultate und den technischen Beitrag zur Aufarbeitung der Erfahrungen und des sektoriellen politischen Dialogs, geführt durch die lokalen Partner und die schweizerische Entwicklungszusammenarbeit auf regionaler und nationaler Ebene (SIMAP sowie Feuille officielle suisse du commerce [FOSC] mit der Meldungs-Nr. 424153 vom 12. November 2009). Dabei machen die technischen Unterstützungsleistungen den Schwerpunkt des ausgeschriebenen Auftrags aus, was auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird (vgl. Ausschreibungsdokument, Ziff. 5.3, S. 16: "Principales responsabilités"; vgl. auch vorangehende E. 3.5). Letztlich geht es beim vorliegenden Auftrag darum, einen gerechten und dauerhaften Beitrag zur Verbesserung des Wohlstandes der ländlichen Bevölkerung zu leisten, indem die agro-silvo-pastorale Produktion verbessert und der Zugang zu den natürlichen Ressourcen sowie die Mobilität von Viehzüchtern in verschiedenen Regionen gesichert wird (vgl. das "Document d'Appel d'Offre", Ziff. 4.4, S. 13, "Objectifs et résultats", "Finalité"). Wie den Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2010 entnommen werden kann, hat diese den Leistungsgegenstand auch in diesem Sinne verstanden (vgl. vorangehende E. 4.1).

4.4 Der Abschnitt 8 CPC umfasst generell die Dienstleistungen in den Gebieten "Business services; agricultural, mining and manufacturing services". Darunter fallen u. a. Dienstleistungen im Finanz-, Banken- und Versicherungsbereich, Immobilienbereich, Informatik, Miete oder

Leasing von Maschinen und Ausrüstung, Forschung und Entwicklung, Rechts- und Steuerberatungen, Buchhaltung, Markt- und Meinungsforschung, Architektur- und Ingenieurwesen, technischer Bereich, Sicherheitsbereich, Gebäudereinigungen. Es handelt sich hier durchwegs um Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit geschäftlichen, gewerblichen, industriellen oder landwirtschaftlichen Tätigkeitsgebieten stehen. Nicht Gegenstand des Abschnitts 8 sind demgegenüber Dienstleistungen aus den Bereichen Bildung und Erziehung, Gesundheit, Wohlfahrt und Fürsorge. Diese werden vielmehr gesondert im mit "Community, social and personal services" überschriebenen Abschnitt 9 der Produkteklassifikation aufgeführt. Mit Ausnahme der Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie sanitären und ähnlichen Dienstleistungen gemäss CPC-Referenz-Nr. 94 erwähnen die Anhänge zum ÜöB und zur VöB keine Dienstleistungen aus dem Abschnitt 9. Dienstleistungen im Erziehungs-, Sozial- und Gesundheitsbereich unterstehen demzufolge weder den Vorschriften des ÜöB noch denjenigen des BöB (Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, publiziert in VPB 66.4 E. 2c/cc).

4.5 Gemäss der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist eines der fünf Ziele der schweizerischen Aussenpolitik, Not und Armut in der Welt zu lindern (Art. 54 Abs. 2 BV). Das in E. 3.6 zitierte Bundesgesetz über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe stützt sich denn auch auf Art. 54 BV und bildet die rechtliche Grundlage der Entwicklungszusammenarbeit und setzt die Schwerpunkte.

Nach Art. 5 des obgenannten Gesetzes hat die Entwicklungszusammenarbeit folgende Ziele:

"[1] Die Entwicklungszusammenarbeit unterstützt die Entwicklungsländer im Bestreben, die Lebensbedingungen ihrer Bevölkerung zu verbessern. Sie soll dazu beitragen, dass diese Länder ihre Entwicklung aus eigener Kraft vorantreiben. Langfristig erstrebt sie besser ausgewogene Verhältnisse in der Völkergemeinschaft.
[2] Sie unterstützt in erster Linie die ärmeren Entwicklungsländer, Regionen und Bevölkerungsgruppen. Sie fördert namentlich
a. die Entwicklung ländlicher Gebiete;
b. die Verbesserung der Ernährungslage, insbesondere durch die landwirtschaftliche Produktion zur Selbstversorgung;
(...)"
Die Vergabestelle ist zur Ausführung dieser Ziele beauftragt.

Die Entwicklungszusammenarbeit kann nach Art. 6 Abs. 1 folgende Formen annehmen:

"a. technische Zusammenarbeit, die im besonderen bezweckt, durch Vermittlung von Wissen und Erfahrung die Entfaltung der Menschen zu fördern und sie zu befähigen, ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung, innerhalb ihrer eigenen Gesellschaft, mitzugestalten;
b. Finanzhilfe, die im Besonderen zum Ausbau der wirtschaftlichen und sozialen Infrastruktur der Bestimmungsländer beiträgt;
(...)"

Entwicklungszusammenarbeit, auch Entwicklungshilfe genannt, wird im Gabler Wirtschaftslexikon folgendermassen definiert:

"Alle Leistungen materieller und nicht materieller Art von Industrieländern an Entwicklungsländer zu Vorzugskonditionen mit dem Ziel der Förderung der sozio-ökonomischen Entwicklung bzw. Verbesserung der Lebensbedingungen über Know-how-, Technologie- und Ressourcentransfer." Nach der Definition des Development Assistance Committee (DAC; Ausschuss für Entwicklungshilfe, seit 1961 ein Sonderorgan der OECD) ist ein Zuschusselement von einem bestimmten Prozentsatz bei dem betreffenden Transfer im Vergleich zu kommerziellen Transaktionen notwendig, um in voller Höhe als Entwicklungshilfe zu gelten. Nicht zur Entwicklungshilfe im engeren Sinne zählen private und öffentliche Leistungen zu marktüblichen Bedingungen, Direktinvestitionen, Kapitalanlagen in Entwicklungsländern, internationale Bankkredite oder staatliche Exportkredite.

Im neueren Sprachgebrauch werden die Begriffe "finanzielle Zusammenarbeit" und "technische Zusammenarbeit" verwendet. Bei technischer Zusammenarbeit handelt es sich um technische Hilfe; Know-how-Transfer im Rahmen der Entwicklungshilfe, der in der Regel im Wege der unentgeltlichen Entsendung von Fachkräften und der für bestimmte Projekte und Programme benötigten Materialien erfolgt. Bei finanzieller Zusammenarbeit geht es um bilateral gewährte Kapitalhilfe, durch die Entwicklungsländern Finanzierungsmittel zu günstigen Bedingungen zur Förderung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung zur Verfügung gestellt werden (vgl. zum Ganzen das Gabler Wirtschaftslexikon, zitiert in E. 3.3).

Aus diesen Begriffsdefinitionen sowie dem Bundesgesetz über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe ergibt sich, dass es sich bei den – vom vorliegenden Auftrag erfassten – Dienstleistungen, wie der Koordination, Leitung und Verwaltung des Programms sowie der technischen Unterstützung, ganz klar um Leistungen der Entwicklungszusammenarbeit, insbesondere der technischen Zusammenarbeit, handelt. Die von der Beschwerde-

führerin genannten Dienstleistungen wie Infrastrukturleistungen, Bauleistungen, Bauführungen, Brunnen für Bewässerungen, Stallbauten, Markierung der Durchgangswege usw., welche ihrer Ansicht nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sind und von ihr als "Infrastrukturhilfe im Sinne von Anschubaktivitäten" genannt werden, gehören indessen nicht zum Auftragsgegenstand. Wie die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 26. Juli 2010 zu Recht festhält, umfasst der Auftrag nicht die unmittelbare Durchführung der (von der Beschwerdeführerin genannten) Programmaktivitäten in Eigenregie (vgl. E. 3.5 und E. 4.3).

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Einteilung der nachgefragten Dienstleistung in den Sozial- und Fürsorgebereich sei falsch, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen, hat die Entwicklungszusammenarbeit doch zum Ziel, die Armut in der Welt zu lindern, indem namentlich wirtschaftliche und politische Eigenständigkeit gefördert sowie Lebens- und Produktionsbedingungen verbessert werden sollen. Es geht daher – im Unterschied zum Abschnitt 8, welcher "Business services" zum Gegenstand hat, – um nichtkommerzielle Belange. Der nichtkommerzielle Grundcharakter des Dienstleistungsauftrags wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen nicht bestritten. Damit fällt der vorliegende Dienstleistungsauftrag aber nicht in den Abschnitt 8 der Zentralen Produkteklassifikation und damit auch nicht unter die Referenznummern aus diesem Abschnitt, auf die in den Anhängen zum ÜöB und zur VöB verwiesen wird. Es kann daher der Vergabestelle beigepflichtet werden, wonach sich die in Frage stehende Dienstleistung in Abschnitt 9 einteilen und am ehesten unter die Gruppe 911 "Administrative services of the government" und dort unter die Klasse 9112 "Administrative services of agencies that provide educational, health care, cultural and other social services excluding social security services" subsumieren lässt.

Die Vergabestelle weist zudem zu Recht darauf hin, dass die CPC Version 2 der UNO, welche zur Auslegung der provisorischen CPC herangezogen werden kann (vgl. E. 3.8), die auf den vorliegenden Dienstleistungsauftrag zutreffende Unterklasse 91220 "Services related to foreign economic aid" aufweist, welche gemäss der Explanatory Note folgende Dienstleistungen beinhaltet: "public administrative services related to economic aid to developing countries, whether or not routed through international organizations; administrative services provided by government offices, bureaux and

programme units for non-military aid programmes to developing countries; provision of or support for technical assistance and training; international assistance such as refugee or hunger relief programmes; economic aid missions accredited to foreign governments." Daraus geht klar hervor, dass der vorliegende Dienstleistungsauftrag unter Abschnitt 9 CPC fällt und damit weder den Vorschriften des ÜöB noch denjenigen des BöB untersteht.

4.6 Zusammenfassend steht demnach fest, dass der in Frage stehende Auftrag nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Zudem lässt sich der Auftrag im Wesentlichen nicht einer in Anhang 1 zur VöB genannten Dienstleistung, die dem Gesetz untersteht, zuordnen. Es liegt nach dem Gesagten somit weder ein "Dienstleistungsvertrag" i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB noch eine "Dienstleistung" i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VöB vor. Vielmehr steht eine so genannte "übrige Beschaffung" gemäss Art. 1 Bst. b VöB bzw. ein Auftrag nach Art. 32 Bst. a Ziff. 2 VöB in Frage, der "aus anderen Gründen" nicht unter das Gesetz fällt (vgl. PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 128 und 131 f.). Für solche Beschaffungen stand und steht der Rechtsmittelweg an das Bundesverwaltungsgericht nicht offen (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, publiziert in VPB 69.32 E. 1c/ee mit Hinweisen; vgl. hierzu de lege ferenda kritisch EVELYNE CLERC, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Rz. 40 zu Art. 9 BGBM). Steht dieses Rechtsmittel nicht zur Verfügung, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die am 30. April 2010 vom Abteilungspräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts angeordnete superprovisorische Massnahme fällt dahin.

5.

Die Beschwerdeführerin beantragt, sie sei – sofern ein Fall von freiwilliger Ausschreibung vorliege – gestützt auf die Rechtsmittelbelehrung der Vergabestelle in ihrem guten Glauben zu schützen und für ihre Aufwendungen zu entschädigen.

Ob und inwieweit der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BöB allgemeine Schadenersatzansprüche aus dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) zustehen, ist nicht im

vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen (vgl. den Entscheid der BRK vom 26. Januar 2001, publiziert in VPB 65.77 E. 4a). Nach Art. 1 der Verordnung vom 30. Dezember 1958 zum Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.321) sind die Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung, die auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes gegenüber dem Bund erhoben werden, dem Eidgenössischen Finanzdepartement einzureichen.

Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz des Vertrauensschadens kann daher nicht eingetreten werden.

6.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim vorliegenden Dienstleistungsauftrag nicht um eine in den Geltungsbereich des BöB fallende Beschaffung handelt und somit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben ist. Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

7.
Auf Grund des Nichteintretens auf die Beschwerde gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb sie grundsätzlich kostenpflichtig wird (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Weil die angefochtene Verfügung mit einer nicht ohne weiteres als unrichtig erkennbaren Rechtsmittelbelehrung versehen war und die Vergabestelle erst auf Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Mai 2010 hin die Zuständigkeit desselben bestritten hat, ist auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 5; MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 63 N. 19). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'600.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

Soweit die Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung beantragt, ist dieser Antrag abzuweisen. Nach Art. 64 VwVG kann nur eine Partei Anspruch auf Entschädigung erheben, die mit ihren Beschwerdeanträgen ganz oder zum Teil durchzudringen vermochte. Bei der Pflicht zur Errichtung einer Parteientschädigung handelt es sich nicht um einen allgemeinen prozessualen Grundsatz; sie bedarf einer gesetzlichen Grundlage (BGE 132 II 47 E. 5). Das Verwaltungsverfahrens-

gesetz enthält – im Gegensatz zum Verfahren vor dem Bundesgericht (vgl. Art. 68 Abs. 2 und 4 i.V. mit Art. 66 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BBG, SR 173.110] und dem bis 31. Dezember 2006 geltenden Bundesrechtspflegegesetz, OG [vgl. Art. 131 Abs. 1 BGG, mit Verweisen auf BS und AS], vgl. Art. 159 Abs. 2 und 5 i.V. mit Art. 156 Abs. 6 OG), welches vorsieht, dass unnötige Kosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht – keine entsprechende gesetzliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die unterliegende Partei (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2143/2006 vom 2. Juni 2008 E. 5.3).

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'600.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular „Zahladresse“)
- der Vergabestelle (Ref-Nr. Nr. 479275; Gerichtsurkunde)

und mitgeteilt:

- der Zuschlagsempfängerin

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Maria Amgwerd	Barbara Kummer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 27. August 2010