

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00347

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00347 du 10 décembre 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00347 del 10 dicembre 2008

Regeste

Submission | Planung und Bau einer Trinkwasser-Aufbereitungsanlage (Totalunternehmerauftrag) für Neubau Seewasserwerk. Anfechtung der Ausschreibung. Möglichkeit der Beanstandung der Ausschreibungsunterlagen. Umschreibung des Vergabegegenstandes, insbesondere von technischen Spezifikationen. Im vorliegenden Fall können die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung beanstandet werden (E. 3). Die Vergabebehörde darf eine bestimmte Technologie (Ultrafiltration mittels Tauchmembran) vorschreiben, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen. Die Vergabebehörde hat hinreichend dargetan, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags eine Ultrafiltration mit Tauchmembran von Vorteil ist; es muss ihr ausserdem möglich sein, sich für eine für die Trinkwasseraufbereitung neuartige Technologie zu entscheiden, selbst wenn es noch keine wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse zu deren Effizienz für den Trinkwasserbereich gibt (E. 7). Die an die Tauchmembran gestellten Anforderungen lassen sich wiederum aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags begründen. Deshalb ist nicht entscheidend, ob nur ein Lieferant für diese in Frage kommt (E. 8). Abweisung, soweit Eintreten.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen, und zwar insoweit, als diese die Verfahrenstechnik der Ultrafiltration mit Tauchmembranen zur Vergabebedingung machen. Nach Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB kann die Ausschreibung des Auftrags selbständig angefochten werden (vgl. RB 1999 Nr. 24 = ZBl 101/2000, S. 455 = BEZ 1999 Nr. 14 E. 3; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 5 ff.,

jeweils auch zum Folgenden). Demgegenüber werden die Ausschreibungsunterlagen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts von einer gegen die Ausschreibung gerichteten Beschwerde nicht erfasst; deren Inhalt kann daher in der Regel noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (vgl. VGr, 28. Januar 2004, VB.2003.00221/373, BEZ 2004 Nr. 17; VGr, 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d, www.vgrzh.ch). Vorliegend schreibt bereits die Ausschreibung die Ultrafiltration mit Tauchmembran vor (Ziff. 2.5). Im Pflichtenheft (Ziff. 2.5) wird die in der Ausschreibung verlangte Verfahrenstechnik dahingehend präzisiert, dass die Ultrafiltration zwingend mit Tauchmembranen zu erfolgen habe. Ausserdem werden im Pflichtenheft (Ziff. 4.3) die Anforderungen an die verlangte Tauchmembran umschrieben. Erweist sich die Ausschreibung bezüglich der vorgeschriebenen Verfahrenstechnik mit Tauchmembranen als mangelhaft, hat dies notwendigerweise eine Anpassung der entsprechenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zur Folge. Nachdem auch die zeitlichen Umstände den Einbezug der Ausschreibungsunterlagen in die Beschwerde gegen die Ausschreibung zulassen, müssen im vorliegenden Fall jene mit dieser beanstandet werden können.

E. 3

Zur Anfechtung der Ausschreibung ist jede potenzielle Anbieterin legitimiert, die ein Interesse an einer konkreten Beschaffung hat und deren Rechtsstellung durch den gerügten Mangel beeinträchtigt wird (vgl. § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001; VGr FR, 13. März 2001, BR 4/2002, S. 169 Nr. S71 = RDAF 2001 I, S. 439 ff.; vgl. auch VGr, 24. November 1999, BEZ 2000 Nr. 10 E. 4c). Die Beschwerdeführerin ist ein im Bereich der Trinkwasseraufbereitung tätiges Unternehmen, welches insbesondere Membranfilter-Anlagen zur Wasseraufbereitung für die öffentliche Versorgung konzipiert, baut und vermarktet (vgl. www.membratec.ch, auch zum Folgenden). Die Beschwerdeführerin hat ein eigenes Verfahren für die so genannte Ultrafiltration entwickelt, welches auf druckbetriebenen Membranen (Druckmembranen) basiert. Damit kommt sie als potenzielle Anbieterin für die ausgeschriebene Leistung in Frage. Sie macht geltend, sie werde durch die Ausschreibung von vornherein bei der Teilnahme am Vergabeverfahren benachteiligt, wenn nicht sogar ausgeschlossen, da sie die vorgeschriebene Verfahrenstechnik mit Tauchmembranen nicht anbiete und auch keine entsprechenden Referenzen vorweisen könne. Sie hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Ausschreibung und ist zur vorliegenden Beschwerde legitimiert. Auf die im Übrigen frist- und formgerechte Beschwerde gegen die Ausschreibung ist demnach einzutreten.

E. 4

Der Beschwerdegegner plant den Neubau des Seewasserwerks Hirsacker in Horgen. Die Erstellung des Neubaus wurde in mehrere Lose aufgeteilt. Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden (offenen) Submissionsverfahrens ist das Los "Aufbereitung". Für die Realisierung dieses Loses sucht der Auftraggeber einen Totalunternehmer für Planung, Projektierung, Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der Trinkwasser-Aufbereitungsanlage inklusive Steuerung, ohne Bauwerk (vgl. Anleitung zur Submission, Ziff. 1). Der Kurzbeschreibung der zu beschaffenden Leistung lautet gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung wie folgt: "Planung und Realisierung der Seewasseraufbereitungsanlage, bestehend aus Ultrafiltration (mit Tauchmembran),

Ozonierung und Aktivkohlefiltration, als Totalunternehmer (ohne Bauwerk)." Das Pflichtenheft sieht unter den "Vorgaben zur Verfahrenstechnik" (Ziff. 2.5) vor, die Ultrafiltration habe vorgängig zu Ozonierung und Aktivkohlefiltration zu erfolgen. Die Ultrafiltration müsse zwingend mit Tauchmembranen ausgeführt werden und Druckmembranen seien nicht zugelassen. Unter "Betriebliche Vorgaben" (Ziff. 2.6) und dort unter dem Titel "Betriebssicherheit" wird darauf hingewiesen, dass insbesondere beim Auftreten von Burgunderblutalgen die Aufbereitungsanlage einwandfrei funktionieren müsse. Im Angebot sei deshalb glaubhaft darzulegen, dass die Aufbereitungsanlage insbesondere die Ultrafiltration durch das mehrmonatige Auftreten der Burgunderblutalge nicht beeinträchtigt werde. Sodann bestimmt der im Pflichtenheft enthaltene "Leistungskatalog" (Ziff. 4) in Bezug auf die "Ultra-Membranfiltration" (Ziff. 4.3), für diese dürfe nur eine Tauchmembran mit Referenzen im Trinkwasser eingesetzt werden. An die Membran werden folgende Anforderungen gestellt: Porengrösse ca. 20 nm (Nanometer); Zulassung für Trinkwasser; chemische Beständigkeit für Seewasser und die eingesetzten Mittel zur Rückspülung sowie dass die Reinigung der Membran sowohl im basischen wie auch mit sauren Mitteln möglich sein muss (Beständigkeit der Membranen).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, Tauchmembransysteme seien in der Schweiz im Trinkwasserbereich nur wenig verbreitet. Bei einem Grossteil der Wasserwerke würden druckbetriebene Membransysteme verwendet. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Verfahren mit Druckmembranen, mit welchem in den letzten Jahren einige durchwegs positive Erfahrungen gewonnen werden konnten, zugunsten eines wenig bekannten Verfahrens vollständig von der Beschaffung ausgeschlossen werden solle. Tauchmembran-Systeme würden auch heute noch vorwiegend in der Abwasser- und nicht der Trinkwasseraufbereitung eingesetzt, zumal das Verfahren mit Druckmembranen einige gewichtige Vorteile aufweise. Entscheidend sei hier aber, dass es für das verlangte Tauchmembran-System überhaupt nur einen einzigen Lieferanten mit Referenzen für den Trinkwasserbereich gebe. Demnach müssten alle Anbietenden für die Aufbereitungstechnik mit den in der Vergabe verlangten Membranspezifikationen auf diesen Lieferanten zurückgreifen. Demgegenüber gebe es für die Druckmembran-Systeme mindestens vier Lieferanten mit Referenzen im Trinkwasserbereich. Mit der Vorgabe, die Ultrafiltration habe zwingend mit Tauchmembranen zu erfolgen, würden Anbietende von Druckmembran-Systemen vom Vergabeverfahren faktisch ausgeschlossen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestünde. Damit werde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden bzw. das Diskriminierungsverbot verletzt und ein wirksamer Wettbewerb unter den Anbietenden verhindert, weshalb die Ausschreibung aufzuheben und neu vorzunehmen sei.

E. 5.2

Der Beschwerdegegner bringt demgegenüber vor, die Ausschreibung sei nicht diskriminierend. Es treffe zwar zu, dass der Markt für Anbietende von Tauchmembranen kleiner sei als jener für Druckmembranen. Es gebe aber mindestens zwei Anbietende für die verlangten Tauchmembranen. Aus den Beilagen zum Pflichtenheft ergebe sich, dass in den höheren Wasserschichten, aus denen das Wasser im Zürichsee entnommen werden müsse, erschwerte Verhältnisse herrschten, weil insbesondere in den Wintermonaten ein hohes Vorkommen der so genannten Burgunderblutalge festzustellen sei. Das Algenvorkommen führe zu einem relativ hohen Verschmutzungsgrad des Wassers und verstopfe die

Membranen. Erfahrungen mit dem mit Druckmembranen ausgerüsteten Seewasserwerk Männedorf hätten gezeigt, dass die Burgunderblutalgen dessen Betrieb negativ beeinflussten. Folge sei das Auftreten von Geruchsproblemen und die Beeinträchtigung der Durchlässigkeit bzw. die Gefahr der Verblockung der Membranen. Letztere Gefahr sei bei Tauchmembranen aufgrund der Membranbeweglichkeit und der Möglichkeit der Luftpülung als deutlich geringer zu betrachten. Deshalb sei der Einsatz von Tauchmembranen vor der Aufbereitungsstufe Ozonierung gewählt worden. Es handle sich um diejenige technische Lösung, die sicherstelle, dass die im Rohwasser vorhandenen Algen vor der Ozonierung entfernt würden und damit das Geruchsstoffpotenzial deutlich reduziert werde. Das gewählte Verfahren definiere demnach qualitativ jene Anforderungen, die den besonderen Verhältnissen für ein Seewasserwerk am Zürichsee Rechnung trügen und dem modernen Stand der Technik entsprächen. Die Vergabebehörde habe sich dabei umfassend sowohl von den massgeblichen Fachstellen des Kantons (Amt für Abfall, Energie, Wasser und Luft [AWEL] und Kantonales Labor) beraten lassen als auch von im Bereich Trinkwasseraufbereitung kompetenten Ingenieurbüros. Vorliegend sei § 10 Abs. 1 lit. c SubmV sinngemäss anzuwenden. Die Beschwerdeführerin übersehe sodann, dass es sich um eine Totalunternehmerausschreibung und nicht um die Ausschreibung einer Filterlieferung handle. Deshalb sei der Wettbewerb gewährleistet. Die Ausschreibung richte sich in erster Linie an die Anlagenbauer als Totalunternehmer, welche die erforderlichen Subunternehmer und Lieferanten beizögen. Diesen sei es ohne weiteres möglich, das verlangte Membran-Produkt in ihr Angebot zu integrieren.

E. 6.1

Die Vergabebehörde ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung grundsätzlich frei (RB 2001 Nr. 47 = BEZ 2001 Nr. 25 E. 2, auch zum Folgenden). Die Anforderungen an eine Beschaffung erhalten jedoch eine vergaberechtliche Bedeutung, soweit sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbietenden zeitigen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Umschreibung des Vergabeobjekts dazu führt, dass für die betreffende Beschaffung nur noch eine einzige oder sehr wenige Anbietende bzw. ein bestimmtes Fabrikat in Frage kommen. Bei dieser Sachlage ist zu prüfen, ob der Zweck der Beschaffung eine derartige Einschränkung der Wahlfreiheit rechtfertigt. Der Vergabebehörde erwächst somit hinsichtlich der Anforderungen an das Beschaffungsobjekt eine Begründungspflicht in dem Mass, als ihre Leistungsanforderungen den Kreis der möglichen Anbietenden einschränken. Kommt aufgrund der Anforderungen nur noch ein bestimmtes Produkt oder eine einzelne Anbietende in Frage, so ist auf die – in diesem Fall sinnlose – Ausschreibung zu verzichten und die Vergabe freihändig durchzuführen. Das ist jedoch nur zulässig, wenn einer der Ausnahmetatbestände von § 10 Abs. 1 SubmV erfüllt ist; die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände liefern daher auch den Massstab für die Festlegung einschränkender Produkteanforderungen (vgl. VGr, 13. September 2006, VB.2006.00175, E. 3.1, www.vgrzh.ch).

E. 6.2

Diesen Grundsätzen entspricht die Bestimmung von § 16 Abs. 1 SubmV, welche vorsieht, dass technische Spezifikationen eher in Bezug auf die Leistung als in Bezug auf die Konstruktion umschrieben werden (lit. a) und ihre Definition wenn möglich auf der Grundlage von internationalen oder, wo solche fehlen, in der Schweiz verwendeten technischen Normen erfolgt (lit. b; vgl. Art. VI Ziff. 2 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Government Procurement

Agreement; GPA]; Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB]). Anforderungen oder Hinweise, die auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten Bezug nehmen, sind grundsätzlich nicht zulässig; sie dürfen nur verwendet werden, wenn eine hinreichend genaue und verständliche Beschreibung des Beschaffungsbedarfs ohne sie nicht möglich ist und in den Vergabeunterlagen überdies mit dem Hinweis "oder gleichwertig" zum Ausdruck kommt, dass auch andere Produkte zugelassen sind (§ 16 Abs. 2 SubmV; vgl. Art. VI Ziff. 3 GPA). Die Vergabebehörde darf sodann nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einem Unternehmen, das ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können (§ 16 Abs. 3 SubmV).

E. 6.3

In die der Vergabebehörde zustehende Entscheidungsfreiheit darf das Verwaltungsgericht nicht eingreifen, soweit diese nicht rechtsverletzend ausgeübt wurde (VGr, 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.1, www.vgrzh.ch; Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 7.1

Auch wenn die vorgeschriebenen technischen Spezifikationen nur einen kleinen Teil des Gesamtauftrags (Totalunternehmerauftrag) ausmachen, sind sie für die zu beurteilende Vergabe von nicht unerheblicher Bedeutung. Das trifft insbesondere für Anbietende zu, welche wie die Beschwerdeführerin in erster Linie Wasseraufbereitungsanlagen mit Druckmembran-Systemen bauen und vertreiben. Die Vergabebehörde räumt selber ein, dass die Wahl von Tauchmembranen den Lieferantenkreis für anbietende Totalunternehmer im Vergleich zu Druckmembranen einschränke. Auch sei mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung diskutiert worden, die Verfahren mit Tauch- und Druckmembranen zuzulassen, um den Preisdruck im Submissionsverfahren zu erhöhen (vgl. Protokoll Baukommission vom 3. Juli 2008; Protokoll technischer Ausschuss vom 1. Juli 2008). Damit ging offenbar auch die Vergabebehörde davon aus, dass die gewählte Technologie nicht nur den Kreis der Anbietenden von Tauchmembranen, sondern auch denjenigen der potenziellen Anbietenden für den Totalunternehmerauftrag einschränken würde. Die Wahl der Technologie ist bei der hier zu beurteilenden Vergabe demnach grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb unter potenziellen Anbietenden zu beeinträchtigen und diese zu diskriminieren, sofern sie sich nicht besonders begründen und rechtfertigen lässt.

E. 7.2

Mit der Ultrafiltration mittels Tauchmembranen wird eine bestimmte Technologie und damit eine technische Spezifikation bezüglich Konzeption definiert. Gemäss § 16 Abs. 1 lit. a SubmV und Art. VI Ziff. 2 lit. a GPA sollen technisch vorgeschriebene Spezifikationen, "soweit angebracht", eher bezüglich Leistung bzw. den Nutzen der Leistung umschrieben werden; dadurch wird eine leistungsorientierte Spezifikation zwar favorisiert, ist aber nicht zwingend (vgl. BGr, 2P.292/1999, E. 3a, www.bger.ch, sowie Anmerkungen dazu von Hubert Stöckli, in BR 2001, S9, S. 65; vgl. auch VGr, 21. April 2004, VB.2003.00268, E. 3.2.3, www.vgrzh.ch). Demnach ist eine Ausschreibung, wie sie hier gewählt wurde, nicht von vornherein auszuschliessen; sie ist vielmehr zulässig, sofern

sachliche Gründe für die von der Vergabebehörde gewählte Technologie vorliegen.

E. 7.3

Bei der Ultrafiltration mit Membranen handelt es sich um eine neue, aufstrebende Technologie in der Trinkwasseraufbereitung (vgl. Eidgenössische Anstalt für Wasserversorgung, Abwasserreinigung und Gewässerschutz [EAWAG], Arbeitspaket Membrantechnologie, www.wave21.eawag.ch/arbeitspakete, auch zum Folgenden). Die Leistungsfähigkeit von Ultrafiltration wird häufig limitiert durch das Auftreten von Membranverstopfungen durch natürliches organisches Material, wie z.B. Algen, und anorganische Partikel. Üblicherweise ist die Konzentration von vorhandenem natürlichem organischem Material im Wasser, welches zur Trinkwassergewinnung benutzt wird, offenbar niedrig (EAWAG, Arbeitspaket Oxidationsprozesse und Regeneration von Biomasse, www.wave21.eawag.ch/arbeitspakete). Im Zürichsee wird die Rohwasserqualität indessen durch das insbesondere in den Wintermonaten hohe Auftreten der so genannten Burgunderblutalge stark beeinträchtigt. Das Algenvorkommen führt zu einer Rohwasserqualität, die sich durch einen relativ hohen Verschmutzungsgrad auszeichnet. Dies geht aus den dem Pflichtenheft beiliegenden Messwerten von Seewasseruntersuchungen hervor und wurde von der Vergabebehörde hinreichend dargelegt. Auch aus den Vorgaben zur Betriebssicherheit (vorne Erw. 4) geht hervor, dass die Vergabebehörde hohen Wert auf das einwandfreie Funktionieren der Aufbereitungsanlage beim mehrmonatigen Auftreten der Burgunderblutalgen legt.

E. 7.4

Die Vergabebehörde ist aufgrund des aktuellen Forschungsstandes zur Membrantechnologie, der erwiesenen Problematik der Burgunderblutalge, der bisherigen Erfahrungen mit dem Seewasserwerk Männedorf bezüglich Verstopfung der Membranen und der Geruchsbildung sowie der fachtechnischen Projektbegleitung durch das Kantonale Labor, das AWEL und im Trinkwasserbereich kompetente Ingenieurbüros nachvollziehbar zum Schluss gekommen, das gewählte Aufbereitungsverfahren mit nachgeschalteter Ozonierung und Aktivkohlefiltration sowie der Einsatz einer Tauchmembranen sei die angemessene technische Lösung für die Erneuerung des Seewasserwerks Hirsacker. Ob es sich um die einzige sinnvolle technische Lösung handelt, kann hier offen gelassen werden und ist nicht entscheidend. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob das vorgeschriebene Aufbereitungsverfahren zwangsläufig den Einsatz von Tauchmembran nach sich ziehe. Es muss im Lichte der oben angeführten Rechtsprechung, nach welcher die Vergabebehörde bei der Bedarfsanalyse weitgehend frei ist (vorne Erw. 6.1) genügen, wenn sie sachliche und nachvollziehbare Gründe für die Wahl der Tauchmembranen und den Ausschluss der Druckmembranen geltend machen kann.

E. 7.5

Im Projektbericht des Ingenieurbüros E vom 16. Juni 2005 wird erläutert, dass bei den Tauchmodulen die Beaufschlagung mit Rohwasser von aussen erfolgt und zugleich festgehalten, dass dadurch die Gefahr von Verblockungen geringer sei. In der "Bewertung Aufbereitungsverfahren" vom 24. September 2004 und den Sitzungsprotokollen der Bau- bzw. Betriebskommission vom 3. Juli 2008 und 11. Januar 2007 werden die Vorteile von Tauchmembranen gegenüber Druckmembranen dargelegt, insbesondere die Vermeidung von Verstopfungen. Die Vergabebehörde hat sodann dargetan, dass im Seewasserwerk Männedorf für die Rückspülung, bei welcher das Wasser durch die vorher extrahierten

Rückstände besonders verschmutzt ist, Tauchmembranen verwendet werden. Es habe sich gezeigt, dass diese dem konzentriert verschmutzten Wasser inklusive der Burgunderblutalgen bei der Rückspülung standhielten, währenddem die Druckmembranen schon durch das weniger verschmutzte Rohwasser verstopft würden. Insbesondere diese Erkenntnis habe das Kantonale Labor dazu bewogen, für das Projekt Seewasserwerk Hirsacker ein anderes Vorgehen vorzuschlagen. Dem vermag die Beschwerdeführerin nichts entgegenzuhalten, was die Begründung der Vergabebehörde als geradezu rechtsverletzend erscheinen lässt. Die pauschale Behauptung, das Auftreten von Algen im Seewasser vor allem in den Wintermonaten sei keineswegs ein taugliches Argument für den zwingenden Einsatz von Tauchmembranen bzw. für den Ausschluss von Druckmembranen, ist dazu ebenso wenig geeignet wie der Hinweis darauf, dass Druckmembranen auch zur Aufbereitung von Rückspülwasser aus konventionellen oder Membranfilter-Anlagen eingesetzt werden. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Verzapfungsgefahr bei Tauchmembranen ist, wie aus den Beilageakten ersichtlich und von der Vergabebehörde dargelegt, ein bei der Abwasseraufbereitung auftretendes Problem. Dieses lässt den Entscheid für den Einsatz der Tauchmembranen bei der Trinkwasseraufbereitung ebenfalls nicht als sachlich ungerechtfertigt erscheinen.

E. 7.6

Die Beschwerdeführerin bestreitet sodann, dass aus den beim Seewasserwerk Männedorf aufgetretenen Geruchs- bzw. Geschmacksproblematik der "zwingende Einsatz" einer Tauchmembran abgeleitet werden könne. Mit den bisherigen Erkenntnissen zu den Geschmacks- und Geruchsveränderungen begründet die Vergabebehörde in erste Linie die gewählte Reihenfolge der Aufbereitungsstufen und nur indirekt den Einsatz von Tauchmembranen. Letzteren begründet sie, wie bereits dargelegt, vor allem mit der Verstopfungsproblematik durch Burgunderblutalgen. Demnach stossen die Ausführungen der Beschwerdeführerin über den fehlenden (indirekten) Zusammenhang der Geruchsproblematik mit der eingesetzten Membran weitgehend ins Leere.

E. 7.7

Die Vergabebehörde hat somit hinreichend dargetan, dass aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags für die Beschaffung eine Ultrafiltration mit Tauchmembranen von Vorteil ist; ausserdem muss es der Beschaffungsstelle möglich sein, sich für eine für die Trinkwasseraufbereitung neuartige Technologie zu entscheiden, selbst wenn es noch keine wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse zu deren Effizienz für den Trinkwasserbereich gibt (vgl. sinngemäss § 10 Abs. 1 lit. c und h SubmV). Die Vergabebehörde hat damit sachliche Gründe für ihren Entscheid angeführt. Indem sie von vornherein nur diese Technologie ausgeschrieben hat, hat sie auch die Transparenz des Vergabeverfahrens sichergestellt (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB). Demnach erweist sich die Rüge der Unzulässigkeit der in der Ausschreibung vorgeschriebenen Ultrafiltration mittels Tauchmembranen als unbegründet.

E. 8

Die Beschwerdeführerin erachtet ausserdem die an die Tauchmembranen gestellten Anforderungen, insbesondere eine Porengrösse von ca. 20 nm, für eine diskriminierende technische Spezifikation. Aufgrund der sehr restriktiv formulierten Anforderungen des Pflichtenhefts an die Membranen gebe es nur eine Anbieterin für diese, die Firma F, was eine ungerechtfertigte Wettbewerbseinschränkung unter den potenziellen Anbietenden

bewirke. Die Vergabebehörde hat im Rahmen der Beantwortung der Fragen den Interessenten für die Beschaffung mitgeteilt, dass die maximale Porengrösse zwingend unter 100 nm (Ultrafiltration) liegen müsse, ansonsten die Vorgaben des Pflichtenheftes nicht erfüllt seien. Eine mittlere Porengrösse grösser als 20 nm werde beim Zuschlagskriterium "Qualität" berücksichtigt. Damit hat sie die ursprünglichen Anforderungen an die Porengrösse von ca. 20 nm im Pflichtenheft geöffnet. Dies ist zulässig, sofern alle Interessenten der Beschaffung noch vor dem Einreichen ihrer Offerten hierüber informiert wurden, was hier offenbar geschehen ist (vgl. Fragebeantwortung der Holinger AG Ingenieurunternehmen vom 2. September 2008 an die "Interessenten der Submission"). Die technischen Spezifikationen bezüglich der Membranen, insbesondere die Porengrösse, lassen sich wiederum aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags begründen (vgl. § 10 Abs. 1 lit. c SubmV). Deshalb ist auch nicht entscheidend, ob nur eine Lieferantin für die verlangten Membranen in Frage kommt. Im Übrigen hat die Vergabebehörde darauf hingewiesen, dass noch weitere in der Wasseraufbereitung tätige Unternehmen die (letztlich) verlangte Tauchmembran mit Porengrösse unter 100 nm anbieten. Neben den Produkten der Firma F (ca. 20 nm) und Firma G (nominal 40 nm, maximal 100 nm) nannte sie solche der Firma H (100 nm), Firma I und Firma J (jeweils 80 nm).

E. 9

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin noch eine Vorbefassung im Sinn von § 16 Abs. 4 SubmV. Nach dieser Bestimmung darf die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einem Unternehmen, das ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Weder in der Beschwerde noch in der Replik wird indessen die Rüge der Vorbefassung ausreichend substantiiert, weshalb auf sie nicht einzutreten ist.

E. 10

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgegenüber hat sie dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen; als angemessen erweist sich ein solche von Fr. 2'000.-.

E. 11

Der Gesamtwert der für die Realisierung der Erneuerung des Seewasserwerks Hirsacker zu vergebenden Bauaufträge wird von der Vergabestelle auf rund 22 Mio. Fr. geschätzt und erreicht damit die im Staatsvertragsbereich massgebenden Schwellenwerte bei weitem (vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB und Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008 vom 26. November 2007, SR 172.056.12). Demnach kann gegen diesen Entscheid, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden, andernfalls nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zulässig ist (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 113 BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.