

LG Köln, Urteil vom 22.12.2015 - 88 O (Kart) 64/15

Tenor:

Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 24.9.2015 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Antragstellerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Antragstellerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der vollstreckbaren Forderung abzuwenden, wenn die Antragsgegnerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Verhinderung des Vertragsschlusses für einen Stromkonzessionsvertrag zwischen der Antragsgegnerin und einer Mitbewerberin.

Das einstweilige Verfügungsverfahren betrifft die neue Ausschreibung und Vergabe des Stromkonzessionsvertrages auf dem Gebiet der Antragsgegnerin. An dem Vergabeverfahren waren neben der Antragstellerin noch die Gemeindewerke T GmbH (GWR), eine im Mehrheitsbesitz der Antragsgegnerin stehende Gesellschaft, sowie der bisherige Eigentümer und Konzessionsinhaber, die S AG, die das Parallelverfahren 88 O (Kart) 65/15 betreibt, beteiligt.

Der Konzessionsvertrag läuft zum 31.12.2016 aus. An sich bestand der Konzessionsvertrag mit S seit 2012 über 20 Jahre, die Antragsgegnerin machte jedoch von einem Sonderkündigungsrecht Gebrauch. Die Neuvergabe der Konzession machte die Antragsgegnerin durch Bundesanzeiger bekannt. Im Vorfeld entschied die Antragsgegnerin, sich mittelbar über eine Gesellschaft an dem Verfahren zu beteiligen. Als Interessent sollte die im Dezember 2013 gegründete R auftreten. Diese war nach Gründung für die Wasserversorgung und den Overhead für die Straßenbeleuchtung und die Abwasserentsorgung auf dem Gemeindegebiet der Antragsgegnerin zuständig. Zur Verbesserung ihrer Chancen sowohl im bestehenden Geschäft als auch in einem künftigen Konzessionsverfahren suchte die R in einem so genannten zweistufigen Verfahren einen strategischen Partner, indem in einer ersten Stufe ein Partner gesucht und in einer zweiten Stufe die Beteiligung an dem Konzessionsverfahren erfolgt. Die R fand nach vorangegangener EU-Bekanntmachung einen strategischen Partner in der Stadtwerke D AG (Z). An der R sind zu 51 % die Antragsgegnerin und zu 49 % die Z beteiligt. Die Z gab für die ersten 10 Jahre bezogen auf die ursprünglichen Tätigkeitsbereiche der R eine Gewinngarantie ab.

Mit Schreiben vom 9.3.2015 übersandte die Antragsgegnerin die Angebotsunterlagen und den Kriterienkatalog (Anlagen A 17 und 18). Mit Schreiben vom 8.4.2015 wurde unter anderem eine bestehende Diskrepanz zwischen den Benennungen der Punktwerte in den Auswahlkriterien und den Angebotsunterlagen zu Gunsten der Angebotsunterlagen aufgelöst (Anlage A 19). Mit weiterem Schreiben vom 22.6.2015 (Anlage Ast 20) nach Abgabe der unverbindlichen Angebote teilte die Antragsgegnerin eine neue Bewertungsmethode mit, wonach bei einem einzelnen Kriterium das beste Angebot die volle Punktzahl für das Kriterium erhält und die nachrangigen Angebote eine Punktzahl, die der relativen Bewertung, jeweils in ganzen Punkten, entspricht.

Zwischenzeitlich fanden am 11.5.2015 und am 19.5.2015 Bietergespräche statt.

Die Antragstellerin übersandte der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.7.2015 ihr verbindliches Angebot (Anlagen Ast 21 und Ast 22). Die Antragsgegnerin ließ die Angebote gutachtlich durch ihre Verfahrensbevollmächtigten auswerten (Anlage AG 2 – nur für das Gericht offen gelegt). In seiner Sitzung vom 10.9.2015 beschloss der Rat der Antragsgegnerin dem Gutachten folgend den Stromkonzessionsvertrag mit der R abzuschließen. Dies teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.9.2015 unter Beifügung der Bewertungsmatrix (GWR 475 Punkte, S 458 Punkte, V 407 Punkte) mit Frist zur Unterschrift am 28.9.2015 mit.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, ihr stehe ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 33, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG zur Verhinderung der Unterschrift zu, um ihre Rechte auf Vergabe zu wahren. Sie ist der Auffassung, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens nicht nachgekommen sei. Die Antragsgegnerin habe gegen die Geheimhaltungs- und Neutralitätspflicht verstoßen und sei quasi als Richter in eigener Sache aufgetreten. Das folge insbesondere daraus, dass eine Vermischung der handelnden Personen auf Seiten der Antragsgegnerin und der R vorliege. Der Geschäftsführer der R habe – unstreitig - sein Büro im Rathaus und sei mit einer städtischen Mitarbeiterin verheiratet. Unstreitig seien von den sechs der von der Antragsgegnerin in den Aufsichtsrat der R entsandten Aufsichtsratsmitglieder fünf Ratsmitglieder und zwei Mitglieder des vorbereitenden Hauptausschusses. Diese personelle Vermischung begründe eine diskriminierungsschädliche Verbindung zwischen dem entscheidenden Rat und der GWR. Eine hinreichende organisatorische und personelle Trennung fehle.

Die Antragstellerin behauptet weiter, die Antragsgegnerin sei im Hinblick auf die Auswahl der R bereits vorfestgelegt gewesen. Hierfür spreche unter anderem die Auswahl des strategischen Partners und die von diesem abgegebene Gewinnngarantie, die offenkundig in der Erwartung der Auftragsvergabe gegeben worden sei. Auch die Antragsgegnerin sei an der Realisierung der Gewinnngarantie interessiert.

Die Antragsgegnerin habe eine fehlerhafte Gewichtung der Auswahlkriterien vorgenommen. Gemäß § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG sei die Kommune bei der Auswahl des Unternehmens vorrangig den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Diese Ziele erreichten nach den Auswahlkriterien der Antragsgegnerin nur einen Anteil von 60 %. Ungeachtet der unklaren Frage, in welchem Umfange der Zielsetzung des § 1 EnWG Rechnung getragen werden müsse, sei ein Anteil von 60 % jedenfalls zu wenig.

Ferner liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Die Antragsgegnerin habe nicht ausreichend transparente Kriterien zu Grunde gelegt. Soweit die Antragsgegnerin davon abgesehen habe, bei der Ausschreibung einen Musterkonzessionsvertrag vorzugeben, sei das zwar nicht zu beanstanden, in diesem Fall müssten aber die Auswahlkriterien konkret festgelegt sein. Das sei etwa bezogen auf die Auswahlkriterien „Stützpunkte eingesetzter Mitarbeiter“, „Qualität der Wiederherstellung von Oberflächen“ sowie „Zeitpunkt des Auskunftsanspruches“ nicht anzunehmen. Hierbei handele es sich um 6 % der Gesamtpunktzahl. Weitere Auslegungskriterien seien stark auslegungsbedürftig, wie „Modalitäten der Kommunalrabattierung“, „Fortzahlung von Konzessionsabgabe Übergangsjahr“, „Umfang der Folgepflicht“, „Tragung der Folgekosten“, „Informationsrechte“ und „Mitspracherechte“. Indem die Antragsgegnerin darauf hingewiesen habe, dass nicht gesetzeskonforme Angebote nicht berücksichtigt würden, habe sie das Risiko einer Fehleinschätzung im Graubereich auf den Anbieter übertragen.

Die Gestaltung der Auswahlkriterien begründe eine strukturelle Besserstellung der GWR. Dies betreffe insbesondere Abstimmungsrechte, Zustimmungsvorbehalte, Informations- und Auskunftsansprüche sowie Kündigungsrechte zu Gunsten der Antragsgegnerin, aber auch Gewährleistungshaftung und Vertragsstrafen. In diesem Bereich spiele die Verbindung zwischen Antragsgegnerin und R eine erhebliche Rolle. Der problematische Teil erfasse ca. 20 %.

Eine weitere Verzerrung der Angebotswertung erfolge durch die relative Punktevergabe. Die relative Punktevergabe begünstige tendenziell das bessere Angebot je Kriterium und verzerre dadurch Wertungen bis hin zu der Gesamtwertung.

Die Antragstellerin beanstandet aus ihrer Sicht willkürliche oder nicht nachvollziehbare Einzelwertungen. So habe die Antragstellerin bei dem Kriterium „vertragliche Verpflichtung zur Mitverlegung von Leerrohren“ lediglich 8 von 10 Punkten erhalten, obwohl sie ein unbeschränktes Recht zur Mitverlegung von Leerrohren eingeräumt habe. Bei dem Auswahlkriterium „vertragliche Verpflichtung zur zeitnahen Einbindung von erneuerbaren Energien“ habe die Antragstellerin 0 von 10 Punkten erhalten mit der Begründung, dass das Angebot der Antragstellerin keine entsprechende vertragliche Verpflichtung enthalte. Das verkenne, dass gemäß § 4 Abs. 5 des Vertragsentwurfes das Betriebskonzept der Antragstellerin (Anlage Ast 39) einbezogen sei, das die Verpflichtung zur zeitnahen Einbindung von erneuerbaren Energien beinhalte. Beim Auswahlkriterium „Qualität der Wiederherstellung von Oberflächen“ habe die Antragstellerin 8 von 10 Punkten erhalten, obwohl sie sich zu einer unverzüglichen Wiederherstellung von Oberflächen in einen dem früheren, vor Beginn der Arbeiten bestehenden, zumindest gleichwertigen Zustand verpflichtet habe. Eine Verpflichtung zur Herstellung eines besseren Zustandes wäre eine unzulässige Nebenleistung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV, das zur Unzulässigkeit des Angebots führen müsste. Allein die 3 fehlerhaften Einzelwertungen würden bis zu 14 % der Gesamtpunktzahl ausmachen.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2015 erhebt die Antragstellerin bezogen auf eine Vielzahl weiterer Einzelwertungen Beanstandungen. Wegen der Einzelheiten wird auf diesen Schriftsatz Bezug genommen.

Die Auswahlentscheidung sei schließlich mangelhaft begründet. Das Absageschreiben sei pauschal und oberflächlich. Die Bewertungsmatrix, die mitgeteilt worden sei, gebe keinen weiteren Aufschluss.

Die Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot seien für die Vergabe erheblich.

Die Antragstellerin beantragt Einsichtnahme in die von der Antragsgegnerin nur für das Gericht und als geheim eingestufte Unterlagen, insbesondere das Auswertegutachten (Anlage AG 2), den Garantie- und Konsortialvertrag zwischen der Antragsgegnerin, der R und der Z (Anlage AG 4), die Businesspläne der Z (Anlage AG 5) sowie das Netzbewirtschaftungskonzept der R (Anlage AG 9). Soweit im weiteren Verlauf des Verfahrens teilgeschwärzte Auszüge aus dem Auswertegutachten betreffend die beanstandeten Einzelwertungen vorgelegt worden seien, genüge dies für eine hinreichende Auseinandersetzung mit der Bewertung durch die Antragsgegnerin nicht.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin zu verurteilen, es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft von bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu unterlassen, mit der Gemeindewerke T GmbH auf Basis des Beschlusses des Rates vom 10.9.2015 einen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Antragsgegnerin („Stromkonzessionsvertrag“) für die Zeit ab dem 1.1.2017 abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe der Stromkonzession entschieden ist;

hilfsweise,

die Antragsgegnerin zu verurteilen, es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft von bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, befristet bis zur Entscheidung im Verfahren erster Instanz über den vorstehenden Hauptantrag aufzugeben, keinen Wegenutzungsvertrag über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Antragsgegnerin („Stromkonzessionsvertrag“) mit der Gemeindewerke T GmbH abzuschließen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

wie erkannt.

Die Antragsgegnerin weist darauf hin, die R sei rechtlich selbstständig und organisatorisch von der Gemeindeverwaltung der Antragsgegnerin getrennt. Insbesondere verfüge die R über eigenes Personal, das ihr auf Grundlage des Personalbeistellungsvertrages (Anlage AG 6) überlassen sei. Auch verfüge die R - unstreitig - über zwei eigene Mitarbeiter. Mit der Erstellung der Angebote der R seien keine Verwaltungsbediensteten der Antragsgegnerin befasst worden. Zuständig sei der Geschäftsführer der GWR, Herr I, der seinerzeit – unstreitig - bereits bei der R angestellt gewesen sei (Anlage AG 7). Die R sei bei der Angebotserstellung – unstreitig - durch die J GmbH, eine Tochtergesellschaft der Z, fachlich unterstützt worden.

Es habe insbesondere auch eine hinreichende personelle Trennung stattgefunden. Der Bürgermeister der Antragsgegnerin als Mitglied des Aufsichtsrats der R habe sich – unstreitig - durch seinen Stellvertreter vertreten lassen. Der Geschäftsführer der R habe seit seiner Bestellung nicht mehr an Sitzungen der Verwaltungsleitung der Antragsgegnerin teilgenommen (eidesstattliche Versicherung Anlage AG 8). Ratsmitglieder der Antragsgegnerin, die zugleich dem Aufsichtsrat angehören, hätten an Beratungen und Beschlussfassungen des Rats im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren nicht mitgewirkt (Anlagen AG 14 und AG 15, vgl. auch AG 16, AG 17).

Eine Vorfestlegung aufgrund der vorgelagerten Suche eines strategischen Partners sei nicht erfolgt. Anderenfalls sei eine Konzessionierung eines gemeindlichen Unternehmens praktisch unmöglich. Dem stehe entgegen, dass nach der Rechtsprechung des BGH auch ein Eigenbetrieb konzessioniert werden könne. Die Verträge zwischen der R und der Z würden nicht zu einer Konzessionierung zwingen. Auch ohne die Konzession sei die strategische Partnerschaft mit der R wirtschaftlich gewesen. Nach der Rechtsprechung und dem Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur bestünden gegen die Suche eines Kooperationspartners im Zusammenhang mit Konzessionsvergabeverfahren keine Bedenken.

Auch die Angriffe gegen das Konzessionsvergabeverfahren seien unbegründet. Das Verfahren sei transparent. Es sei nicht erforderlich, einen Musterkonzessionsvertrag zu verwenden. Die von der Antragsgegnerin gewählte Bewertungsmethode sei nicht zu beanstanden. Die gewählte relative Bewertungsmethode werde in der Rechtsprechung akzeptiert. Der beanstandete Spielraum bei den Kriterien sei systembedingt. Es sei kaum möglich, für jedes Kriterium im Detail zu definieren, bei welchen Anforderungen welcher Erfüllungsgrad vorliege. Es sei im Übrigen zu bedenken, dass die Antragstellerin auf Bedenken im Rahmen der Bietergespräche nicht hingewiesen habe, so dass ein Verstoß gegen eine Rügeobliegenheit zu erwägen sei.

Der Antragstellerin sei nicht darin zu folgen, dass die Auswahlkriterien von vorneherein die R begünstigen würden.

Es bestehe keine Pflicht, die Entscheidungsgründe im Einzelnen offen zu legen.

Die Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG sei ausreichend berücksichtigt. Notwendig sei lediglich eine Berücksichtigung über 50 %. Auch seien die Ziele des § 1 EnWG angemessen bewertet.

Die Beanstandung der Bewertung durch die Antragstellerin gehe fehl. Da es sich bei der Konzessionsvergabe um einen Geheimwettbewerb handele, sei eine konkrete Erwiderung der Antragsgegnerin nicht geboten. Diese habe allerdings das vorgelegte Auswertegutachten erstellt. Diesem sei zu entnehmen, dass hinsichtlich des Kriterium „vertragliche Verpflichtung zur Mitverlegung von Leerrohren“ kein Verstoß gegen § 3 KAV vorliege, die Bewertung der „vertraglichen Verpflichtung zur zeitnahen Einbindung von erneuerbaren Energien“ mit 0 Punkten ungeachtet des Vortrages der Antragstellerin nicht zu beanstanden sei, da auch in dem Bewirtschaftungskonzept keine konkreten Fristen genannt seien. Auch bei dem Kriterium „Qualität der Wiederherstellung von Oberflächen“ liege kein Verstoß gegen § 3 KAV vor. Im Übrigen würden sich mögliche Verstöße nicht auf das Ergebnis auswirken. Bezogen auf die vorstehend wiedergegebenen Beanstandungen der Antragstellerin und die weiteren, im schriftlichen Verfahren erhobenen Beanstandungen hat die Antragsgegnerin teilgeschwärzte Auszüge aus dem Auswertegutachten vorgelegt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Es besteht ein Verfügungsgrund im Hinblick auf die kurzfristige Mitteilung der Absicht, mit der R den Stromkonzessionsvertrag zum 28.9.2015 abzuschließen. Daher ist die Sache bezogen auf die Verhinderung des Vertragsabschlusses dringlich. Zwar läuft der geltende Vertrag noch bis Ende 2016, ein verfahrenswidriger Vertragsabschluss könnte zur Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags führen und daher bestünde ausreichend Zeit bis Ende 2016, diese Fragen im Hauptsacheverfahren zu klären. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin) ist indes davon auszugehen, dass im Falle einer Mitteilung des Verfahrensergebnisses mit einer Frist von 15 Tagen vor Vertragsschluss, der Mitbewerber, wenn er nicht im Wege des Eilrechtsschutzes die Unterzeichnung verhindert, den Vertragsschluss auch nicht mehr im Hauptsacheverfahren verhindern kann. Hierzu führt der BGH (Rz. 107 f. zitiert nach Juris) aus:

(1) Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme nur einem Beteiligten verboten ist, ist in der Regel gültig (vgl. etwa Jauernig, BGB, 14. Aufl., § 134 Rn. 11 mwN). Nichtigkeit nach § 134 BGB tritt nur ein, wenn einem solchen einseitigen Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert, weil er nicht anders als durch dessen Annullierung zu erreichen ist und die getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (vgl. nur BGHZ 152, 10, 11 f.; BGH, Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rn. 12 f. - Teilnehmerdaten I; jeweils mwN). Ein wirksamer Konzessionsvertrag schließt den mit § 46 Abs. 1 EnWG bezweckten und durch das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB aF abgesicherten Wettbewerb um die Wegerechte langfristig aus. Das kann grundsätzlich nicht hingenommen werden, wenn der Vertrag eine diskriminierende Auswahlentscheidung umsetzt.

(2) Eine andere Beurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht nutzen. In diesem Fall kann und muss die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden.

Dies wird insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in

Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt.

Da die Gemeinden nicht in dieser Weise verfahren sind, kann die diskriminierende Auswahlentscheidung im Streitfall indes nicht hingenommen werden, so dass der Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist.

Zwar könnte die Antragstellerin immer noch Schadensersatz gegen die Antragsgegnerin geltend machen, sie hat aber auch ein berechtigtes Interesse, den Vertragsschluss zu verhindern, um selbst Vertragspartner zu werden. Dieses Interesse begründet den Verfügungsgrund.

II. Auch bestehen keine Bedenken gegen die Antragsfassung. Diese würden nur dann bestehen, wenn der Bürgermeister der Antragsgegnerin den Konzessionsvertrag mit der R bereits unterzeichnet hätte, was aber nicht der Fall ist.

III. Der Antragstellerin steht indes kein Verfügungsanspruch zu.

Ein Verfügungsanspruch der Antragstellerin kommt gemäß §§ 33, 19 Abs. 1, Abs. 20 Nr. 1 GWB, 46 EnWG in Betracht, wenn die Entscheidung der Antragsgegnerin zu Gunsten der Mitbewerberin auf einem diskriminierenden oder intransparenten Verfahren einschließlich der Entscheidungsfindung beruhen würde. Bei den Konzessionsverfahren wie hier handelt es sich nicht um förmliche Vergabeverfahren, die unter die Vorschriften des GWB fallen, da die Schwellengrenzen nicht erreicht werden. Aber auch in freihändigen Vergabeverfahren - unterhalb der Schwellengrenzen - gelten gemäß § 46 Abs. 1 EnWG die vorgenannten Verfahrensbestimmungen eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens. Hierzu führt BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin – (Rn. 16 zitiert nach Juris) aus:

Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen... Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren... Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind...

1. Die Antragsgegnerin als Gemeinde ist bezogen auf das Gemeindegebiet kartellrechtlich verpflichtet. Hierzu kann auf die Ausführungen des BGH (a.a.O., Rn 19 f.) Bezug genommen werden:

Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, WuW/E BGH 2247, 2249 - Wegenutzungsrecht; Beschluss vom 11. März 1997 - KZR 2/96, RdE 1997, 197, 198 - Erdgasdurchgangsleitung).

bb) Sie haben dabei eine marktbeherrschende Stellung.

(1) Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören (sog. "qualifizierte Wegenutzungsrechte" im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG, vgl. etwa Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 53). Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Gemeinden seien nicht als Anbieter von Leitungsrechten, sondern als Nachfrager von Netzinfrastrukturdienstleistungen zu behandeln, weil sie die kommunale

Energieversorgung zu gewährleisten hätten. Auch wenn der Konzessionsvertrag eine Nachfrage nach Netzinfrastrukturdiensten deckt, ändert dies nichts daran, dass die Gemeinde damit zugleich ihre Wegerechte wirtschaftlich verwertet.

(2) Der relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt (BGH, RdE 1997, 197, 199 mwN - Erdgasdurchgangsleitung; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 54 ff.; Biedenbender, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 69 f.; Salje, EnWG, § 46 Rn. 184; aA Brucker in Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 91 ff.). Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen.

Eine Einbeziehung anderer Gemeinden in den örtlich relevanten Markt ist nicht im Hinblick auf das Bedarfsmarktkonzept geboten. Die Wegerechte der Gemeinde sind aus Sicht der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen nicht funktional gegen diejenigen einer anderen Gemeinde austauschbar, die keinen Zugang zu den örtlichen Anschlussnehmern erlauben und im Übrigen regelmäßig in einem nicht deckungsgleichen zwanzigjährigen Turnus durch andere örtliche Wegerechtsmonopolisten vergeben werden. Räumliche Zugangsschranken auf dem nachgelagerten Markt, auf dem sich der Nachfrager als Anbieter betätigen will, können den relevanten Markt begrenzen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2011 - KZR 6/09, BGHZ 189, 94 Rn. 12 - MAN-Vertragswerkstatt). So liegen die Dinge hier. Als Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung in einem bestimmten Gemeindegebiet kann sich nur ein Unternehmen betätigen, dem die Gemeinde die entsprechende Konzession übertragen hat.

2. Die in Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung steht den aus § 46 Abs. 1 EnWG folgenden Verfahrensbestimmungen und –beschränkungen bezogen auf ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren nicht entgegen, da als Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie nur die Möglichkeit der Gemeinde zur wirtschaftlichen Betätigung, nicht aber einzelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit geschützt ist (BGH, a.a.O., Rn. 32).

3. Bei der formalen Verfahrensgestaltung bezogen auf die Ausschreibung und die Gestaltung mittels Verfahrensbriefen sind der Antragsgegnerin keine Verfahrensfehler vorzuwerfen. Hier gilt auch nur die Verpflichtung zur transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrensgestaltung.

Nach BGH (a.a.O., Rn. 35 f.) muss das Auswahlverfahren zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden.

a. Die Ankündigung zur Neuvergabe verbunden mit der Aufforderung zur Interessebekundung ist im Bundesanzeiger gemäß § 46 Abs. 3 EnWG veröffentlicht. Hierdurch ist allen interessierten Unternehmen die Gelegenheit zur Teilnahme an dem Auswahlverfahren eingeräumt worden.

Die weitere Verfahrensführung mittels Verfahrensbriefen, in denen der Kriterienkatalog nebst Gewichtungen mitgeteilt worden ist, ist sowohl üblich als auch bedenkenfrei.

Die Antragsgegnerin musste auch keinen Musterkonzessionsvertrag zur Verfügung stellen. Ein solcher erhöht zwar die Transparenz bezogen auf die Erwartungshaltung der Gemeinde. Auf der

anderen Seite kann dies zu einer Verfestigung der Wettbewerbslage führen, da die Mitbewerber dazu neigen werden, sich auf den Mustervertrag zu beschränken und keine alternativen Angebote unterbreiten. Ausreichend ist daher wie hier die Kriteriengestaltung mit Erläuterung. Ein Auslegungsspielraum bei den Kriterien ist nicht zu beanstanden und kann sogar gewünscht sein. Soweit Bedenken gegen eine hinreichende Bestimmtheit erhoben werden, wird auf die Ausführungen unten zu Ziffer 7.a verwiesen.

b. Die von der Antragsgegnerin angewandte Bewertungsmethode begründet keinen Verfahrensmangel.

aa. Wenn die Antragstellerin in Zweifel zieht, dass die Antragsgegnerin erst im Verlauf des Verfahrens von einer absoluten zu einer relativen Punktwertung übergegangen ist, sind beide Bewertungsmethoden vertretbar. Während die sog. absolute Bewertungsmethode die Angebote ähnlich einer Schulnotenbewertung mit einer Punktzahl bewertet, wobei die Anforderungen an die Bestnote vorgegeben wird, wird bei der sog. relativen Bewertungsmethode – wie in dem Schreiben vom 22.6.2015 (Anlage Ast 20) mitgeteilt – das beste Angebot mit voller Punktzahl bewertet und die schlechteren Angebote mit einer dem Erfüllungsgrad bezogen auf das beste Angebot entsprechenden Bewertung.

Ein Ermessensfehler liegt in der Auswahl der relativen Bewertungsmethode nicht. Der Beurteilung des LG Leipzig (Urteil vom 17.6.2015 – 05 O 1339/15), wonach die Auswahl der Bewertungsmethode grundsätzlich im Ermessen der Gemeinde liegt, wird beigetreten. Während die absolute Bewertungsmethode die Anforderungen an eine Bestbewertung vorgibt, soll die relative Bewertungsmethode durch Vermeidung einer solchen Vorgabe die Bewerber motivieren, möglichst gute Angebote im Sinne eines Ideenwettbewerbs abzugeben. Weder diese Zielsetzung noch die Umsetzung durch die relative Bewertungsmethode ist ermessensfehlerhaft, ungeachtet der Frage, ob eine Befürwortung dieser Methode zumindest indirekt dem Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur (Anlage AG 20, dort Rn. 33) zu entnehmen ist.

bb. Die von der Antragstellerin in Bezug genommene Entscheidung des OLG Stuttgart – 2 U 60/15 – betrifft eine besondere Formulierung der relativen Bewertungsmethode und ist hier nicht einschlägig. Dort wurden nämlich feste Abschläge für die Bewertungen („geringfügig schlechtere Erfüllung“, „schlechtere Erfüllung“ und „wesentlich schlechtere Erfüllung“) vorgegeben. Das OLG Stuttgart beanstandete daher, dass ein besonders gutes Angebot im Verhältnis zu einem mäßigen Angebot nicht angemessen bewertet werden könnte. So liegt der Fall hier nicht. Zwar wird auch hier das beste Angebot voll bepunktet und das schlechtere Angebot mit Punktabzug versehen. Indem allerdings als Maßstab für die Bewertung des schlechteren Angebots das am besten bewertete Angebot genommen wird, kommt es nicht zu den starren Abzügen wie im Fall des OLG Stuttgart, die die verhältnismäßige Einordnung gegenüber dem besten Angebot außer Acht lässt.

cc. Die Antragstellerin kann auch den späteren Methodenwechsel nicht mit Erfolg beanstanden. Ungeachtet der Frage, ob sich ein Bewerber auf die unterschiedlichen Methoden einrichten kann – in jedem Fall empfiehlt es sich, für jedes Kriterium das beste Angebot zu unterbreiten –, bestünden wegen möglicher Ergebnisabweichungen nur dann Bedenken, wenn der Methodenwechsel nach Abgabe der verbindlichen Angebote vorgenommen worden wäre, da dann eine Manipulation vorstellbar wäre. So war es hier nicht. Der Methodenwechsel wurde vor Abgabe der verbindlichen Angebote mit Schreiben vom 22.6.2015 (Anlage Ast 20) angekündigt. Dass zu diesem Zeitpunkt schon erste Angebote vorlagen, spricht nicht für eine Manipulation. Maßgebend sind vielmehr die verbindlichen Angebote. Das verbindliche Angebot der Antragstellerin datiert vom 10.7.2015 (Schreiben Anlage Ast 21) und es wird auf „umfangreiche Ergänzungen und Klarstellungen“ hingewiesen.

Es wird daher nicht deutlich, dass und auf welche Weise der Methodenwechsel zu einer Begünstigung der R geführt haben soll. Das wäre etwa dann anzunehmen, wenn bei der Bewertung nach der relativen Methode der Punkteabstand zwischen den Angeboten vergrößert worden wäre. Nach der Matrix ist bezogen auf die Antragstellerin nur bei 11 Unterkriterien faktorbereinigt ein Abstand von mehr als einem Punkt gegeben. Bei einem Abstand von nur einem Punkt kann der Punkteabstand auch bei der absoluten Bewertungsmethode nicht geringer sein kann.

dd. Die Angabe der Antragsgegnerin, stets auf- bzw. abgerundete Punkte für den bzw. die Nächstplatzierten zu verteilen, ist ebenfalls beanstandungsfrei. Darin kann zwar ebenfalls eine gewisse Verzerrung liegen. Aber auch die Zuteilung von ganzen Punkten nach der absoluten Methode ist nicht frei von Verzerrungen, da auch hier Auf- und Abrundungen nötig sind. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Methode einseitig zu Lasten der Antragstellerin ging, auch wenn der jeweilige Wertungssieger eher profitieren mag.

Auch kann hier dahinstehen, ob die Antragstellerin eine Rügepflicht bezüglich erkannter Verfahrensfehler während des Verfahrens traf, wie verschiedentlich vertreten wird.

4. Der von der Antragstellerin gerügte Neutralitätsverstoß kann der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden.

a. Ein Neutralitätsverstoß liegt nicht schon darin begründet, dass sich die Antragsgegnerin mittels der R an der Ausschreibung beteiligte, was auch von der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt wird. Vielmehr können auch Eigenbetrieben, Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften teilnehmen (BGH a.a.O., Rn. 33). Sie dürfen indes nicht ohne sachlichen Grund bevorzugt werden und sind wie jeder Bewerber zu behandeln.

b. Ein Verstoß gegen die Neutralität ist auch nicht wegen personeller Verflechtungen gegeben.

aa. Die von der Antragstellerin dargelegten ehelichen Verbindungen zwischen Entscheidungsträgern auf Seiten der R einerseits und Mitarbeiter(innen) auf Seiten der Antragsgegnerin andererseits begründen für sich genommen noch kein durchgreifendes Bedenken. Die persönliche Bekanntheit der handelnden Personen ist für kleine Gemeinden typisch. Betriebsleiter von Eigenbetrieben oder Geschäftsführer von Eigengesellschaften werden oftmals wie auch hier aus der Gemeindeverwaltung entsandt. Die persönliche Bekanntheit der handelnden Personen begründet ohne konkrete anderweitige Anhaltspunkte begründet für sich noch nicht die Vermutung, es würden Informationen aus dem Auswahlverfahren an die mitbewerbende Eigengesellschaft weiter gegeben. Eine weitergehende Vermutung, auf jeweils unterschiedlicher Seite tätige Eheleute würden sich über geheim zu haltende Informationen austauschen, ist nicht anzunehmen. Im Rahmen des Verfahrens müssen die handelnden Personen darauf hingewiesen werden, keine Informationen weiter zu geben. Ferner muss durch Verfahrensgestaltungen sichergestellt werden, dass die für einen Mitbewerber handelnden Personen nicht in dem Auswahlverfahren auf Seiten der Antragsgegnerin mitbeteiligt werden. Diesen Anforderungen hat die Antragsgegnerin hinreichend Rechnung getragen.

Zunächst hat der Kämmerer Y anstelle des Bürgermeisters, der Aufsichtsrat der R ist, das Konzessionsverfahren auf Seiten der Antragsgegnerin geführt. Durch eidesstattliche Versicherungen von ihm (Anlage AG 52) und seiner bei der Antragsgegnerin beschäftigten Ehefrau (Anlage AG 53) ist glaubhaft gemacht worden, dass keine Informationen an die GWR, auch nicht über die ebenfalls bei der Antragsgegnerin beschäftigte Ehefrau des Geschäftsführers der R weitergegeben worden sind.

Soweit die Person des Geschäftsführers der R I in Rede steht, hat die Antragsgegnerin dargelegt und glaubhaft gemacht, dass an ihn keine Informationen von der Antragsgegnerin betreffend das Konzessionsverfahren – auch nicht über seine Ehefrau – geflossen sind (Anlagen AG 54 und 56). Der

Geschäftsführer I hat nach seiner eidesstattlichen Versicherung seit seiner Bestellung als Geschäftsführer nicht mehr an Sitzungen der Verwaltung teilgenommen. Diese von der Antragsgegnerin vorgenommene Maßnahme ist geeignet und ausreichend, die Weitergabe von Informationen zu vermeiden. Dass der Geschäftsführer der R mit einer Verwaltungsmitarbeiterin der Antragsgegnerin verheiratet ist und die allgemeine Besorgnis eines informellen Austausches besteht, genügt wie dargelegt nicht und ist insbesondere kein institutionalisiertes Problem, das der Antragsgegnerin entgegenzuhalten ist.

bb. Auch der teilweisen Personenidentität von Aufsichtsratsmitgliedern der R mit Ratsmitgliedern ist die Antragsgegnerin im Vorfeld begegnet. Diese Aufsichtsratsmitglieder nahmen nicht mehr an die R oder das Vergabeverfahren betreffenden Sitzungen teil, der Bürgermeister ließ sich durch seinen Stellvertreter vertreten. Das genügte zur Vermeidung von Interessenkonflikten.

cc. Auch eine problematische Vorfestlegung durch die Auswahl des strategischen Partners Z und dessen Gesellschafterstellung in der R ist nicht anzunehmen.

(1) Die Vorgehensweise in dem sog. zweistufigen Verfahren ist für sich genommen unbedenklich. Gemeinden bzw. gemeindlich kontrollierte Gesellschaften, denen das für den Netzbetrieb maßgebliche Know-how fehlt, sind auf einen strategischen Partner angewiesen. Gelegentlich verbinden Gemeinden die Auswahlverfahren auch dergestalt, dass alternativ Angebote für einen eigenständigen Netzbetrieb und für die Beteiligung an einer Eigengesellschaft angefordert werden.

(2) Bedenken bestehen dann, wenn in der Auswahl des strategischen Partners in der ersten Stufe schon eine Vorentscheidung zugunsten der Gemeindegesellschaft läge. Soweit die Antragstellerin hiervon ausgeht, kann das der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin dargelegt hat, die Auswahl des strategischen Partners sei auf Grundlage der damaligen wirtschaftlichen Betätigung der R erfolgt, fehlen hinreichende Anhaltspunkte für eine Vorfestlegung bezogen auf das Konzessionsverfahren.

Die von der Z abgegebene Gewinngarantie bezieht sich nach der eidesstattlichen Versicherung der Vorstände der Z (Anlage AG 50) auf das bisherige wirtschaftliche Betätigungsfeld der R – Wasserversorgung, Betriebsführung Abwasser und Straßenbeleuchtung - und nicht auf den Betrieb des Gasnetzes bzw. des Stromnetzes. Die Annahme der Antragstellerin, dieser Geschäftsbereich sei nicht wirtschaftlich zu betreiben, so dass die Gewinngarantie letztlich eine versteckte Zugabe sei, die gegen § 3 KAV verstoße, kann der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, wobei dahin stehen kann, ob eine gegen § 3 KAV verstoßende Zuwendung im Rahmen der ersten Stufe eines zweistufigen Verfahrens auch das Angebot im Rahmen der zweiten Stufe unwirksam macht. Der Vortrag bezogen auf die Erwartung, der Geschäftsbetrieb auch ohne die Konzessionsgeschäfte sei wirtschaftlich möglich, ist durch eidesstattliche Versicherung der Vorstände Dr. B2 und Dr. C der Z glaubhaft gemacht (Anlage AG 50). Zwar ist davon auszugehen, dass das Engagement durch die Konzessionsverfahren motiviert war. In diesem Bereich dürfte der zu erwartende wirtschaftliche Ertrag deutlich höher gewesen sein. Es erscheint auch naheliegend, dass dieser Gesichtspunkt bei der Entscheidung der Z eine wichtige Rolle gespielt haben dürfte. Das ist indes als solches nicht zu beanstanden, da das zweistufige Verfahren gerade eine solche strategische Partnerschaft bezweckt. Maßgeblich ist nur, ob in der Gewinngarantie eine verdeckte Zuwendung liegt, die gemäß § 3 KAV unstatthaft wäre und die zugleich belegt, dass aus wirtschaftlicher Sicht hierdurch der Zwang zu einer Zusammenarbeit begründet worden ist. Eine unentgeltliche Zuwendung kann nach dem glaubhaft gemachten Vortrag der Antragsgegnerin nicht angenommen werden. Hierzu hat zwar die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, in den zunächst von der R betriebenen Sparten lasse sich kein Gewinn erwirtschaften. Im Wasserbereich sei eine Preiserhöhung erforderlich, die indes wegen des Einflusses der Politik nicht darstellbar sei. Das widerlegt noch nicht die in der eidesstattlichen Versicherung ausgeführte Annahme, der bisherige Betrieb könne auch als solcher

wirtschaftlich darstellbar sein. Insoweit kommt beispielsweise eine – von der Antragstellerin als lediglich unwahrscheinlich dargestellte – Preiserhöhung in Betracht. Insoweit mag auch kalkulatorisch die Erwartung eines Erfolges im Rahmen der Konzessionsverfahren eine Rolle gespielt haben. Das wäre aber nur dann bedenklich, wenn indirekt Einfluss auf die Antragsgegnerin genommen worden wäre, etwa dadurch, dass die Gewinngarantie durch eine vorzeitige Kündigung bei einem Misserfolg in den Konzessionsverfahren beendet werden könnte. Dieser Mutmaßung der Antragstellerin ist die Antragsgegnerin entgegen getreten. Sie ergibt sich auch nicht aus den vorgelegten Unterlagen. Damit ist davon auszugehen, dass die Gewinngarantie auch im Falle eines Misserfolgs bis zur ordentlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Z bestehen würde.

Daher besteht auch ein Zwang im Sinne einer unabdingbaren Vorfestlegung nicht.

(3) Letztlich dürfte die Suche eines strategischen Partners für die Beteiligung an dem Verfahren unabdingbar sein. Die Vereinbarungen zwischen Z und R mögen für die Antragsgegnerin attraktiv sein, wenn die R den Zuschlag erhält. Das bewirkt zunächst aber nur, dass die R als Mitbewerber ihre Attraktivität und damit auch ihre Chancen steigert. Es steht der Antragstellerin im Bieterwettbewerb frei, die gestiegene Potenz des Mitbewerbers bei Erstellung ihres Angebots zu berücksichtigen. Auch wenn der politische Wille bei der Antragsgegnerin bestehen mag, das Stromnetz in eigener Verantwortung zu übernehmen, folgt daraus nicht zwingend, dass sie den Angeboten von Mitbewerbern nicht mehr aufgeschlossen gegenübersteht und quasi manipulativ die Beteiligungsgesellschaft auswählt.

(4) Dementsprechend überzeugt die Kritik der Antragstellerin an der Kriteriengestaltung nicht, diese führe zu einer tendenziellen oder gar notwendigen Bevorteilung der GWR, insbesondere bezogen auf die Einflussnahmemöglichkeit oder Informationsrechte. Die Möglichkeit einer Gemeinde, auf den Netzbetreiber Einfluss ausüben zu können, ist ein legitimes Interesse und kann auch zum Vorteil der sonstigen Ziele, insbesondere aus § 1 EnWG, genutzt werden. Soweit in diesem Bereich eine Beteiligungsgesellschaft Vorteile bietet, ist das zwar nicht von der Hand zu weisen. Daraus folgt aber noch keine Vorfestlegung oder Diskriminierung, es handelt sich um einen strukturellen Vorteil einer Eigengesellschaft. Diesem konnte die Antragstellerin im Übrigen auch begegnen, entweder durch Einräumung vertraglicher Rechte zugunsten der Antragsgegnerin oder aber durch ausgleichende Verbesserung bei den sonstigen Kriterien

5. Eine fehlerhafte Gewichtung der Auswahlkriterien bezogen auf die Ziele des § 1 EnWG ist nicht gegeben.

Die Frage, ob die hier vorgenommene Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG mit 60 % zu beanstanden ist, ist bislang nicht sicher entschieden (hierzu BGH a.a.O., Rn. 41). Sicher dürfte nur eine überwiegende, also 50 % übersteigende, Gewichtung erforderlich sein. Wie von den Beteiligten jeweils ausgeführt, werden zur prozentualen Gewichtung im Übrigen unterschiedliche Auffassungen vertreten. Auch Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur legen sich in dem von ihnen herausgegebenen Leitfaden nicht fest, halten aber eine Gewichtung von 70 % für jedenfalls ausreichend.

Vorliegend weist die Antragsgegnerin mit Recht darauf hin, dass auch die Kriterien, die nach ihrer Formulierung nicht unmittelbar Ziele des § 1 EnWG wiedergeben, mittelbar geeignet sein können, den Zielen des § 1 EnWG zu dienen. Ob die Berechnung der Antragsgegnerin von bis zu 83 % Gewichtung (Seite 33 Antragsrüge) zugrunde gelegt werden kann, mag dahin stehen. Berücksichtigt man die mittelbaren Effekte für die Ziele des § 1 EnWG aus den weiteren Kriterien ergibt sich jedenfalls eine oberhalb von 60% liegende Gewichtung, die im Sinne einer vorrangigen Berücksichtigung ausreichend ist.

6. Der Einwand mangelnder Begründung ist unberechtigt.

Soweit die Antragstellerin auf geplante Auskunfts- und damit auch Begründungspflichten hinweist, wie sie in § 46 Abs. 5 EnWG-Entwurf (Referententwurf) vorgesehen sind, handelt es sich derzeit nur um ein Planungsstadium. Derzeit gilt § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG. Die Mitteilung der Gemeinde muss erkennen lassen, aus welchen maßgeblichen Gründen die Auswahlentscheidung zugunsten des Mitbewerbers ausgefallen ist, da anderenfalls die Entscheidung für die Antragstellerin intransparent bliebe. Die Mitteilung vom 1.9.15 (Anlage Ast 23) enthält eine hinreichende Erläuterung der Punktevergabe und die vollständige Bewertungsmatrix, so dass die Antragstellerin für jedes Kriterium nachvollziehen kann, wie die Punkte verteilt wurden.

Eine weitergehende, insbesondere vollständig detaillierte Erläuterung ist nicht geschuldet. Diese würde zu einer Offenlegung der Konkurrenzangebote führen. Die Antragsgegnerin hat durch ihre Erläuterung jedenfalls eine hinreichende Transparenz geschaffen, die die Antragstellerin veranlasste, bestimmte Punkte kritisch aufzugreifen, wie nachstehend (zu 7.) angesprochen.

Ohne Erfolg begehrt die Antragstellerin Akteneinsicht in die nur für das Gericht vorgelegten

- Auswertegutachten,
- Garantie- und Konsortialvertrag GWR/Z
- Businesspläne Z
- Netzbewirtschaftungskonzept GWR.

Hier gilt indes, dass das Konzessionsverfahren als Geheimwettbewerb gestaltet ist, der gerade nicht die Offenlegung von Unterlagen von Mitbewerbern gegenüber Mitbewerbern vorsieht. Die Z und R betreffenden Unterlagen sind daher für die Antragsgegnerin nicht disponibel, ungeachtet des Umstands, dass sie als Mehrheitsgesellschafterin auf die R einwirken könnte, da die R eine eigenständige Rechtspersönlichkeit ist.

Bei dem Auswertegutachten würde die uneingeschränkte Einsicht dazu führen, dass auf die Angebote der Mitbewerber zurückgeschlossen werden kann. Auch das entspricht nicht der Gestaltung als Geheimwettbewerb. Zudem hat die Antragsgegnerin zwischenzeitlich betreffend alle von der Antragstellerin beanstandeten Einzelkriterien teilgeschwärzte Auszüge des Auswertegutachtens vorgelegt. Damit ist sie ihrer Darlegungspflicht zur Erwidern auf die Beanstandungen nachgekommen.

7. Im Ergebnis führen die Beanstandungen der Kriterien durch die Antragstellerin nicht zum Erfolg.

a. unklare oder auslegungsbedürftige Kriterien

Vorrangig bestehen Bedenken gegen die Beanstandungen der Antragstellerin wegen unterbliebener Rügen. Gemäß Ziffer D 3 des Verfahrensbriefs der Antragsgegnerin betreffend die Angebotsbedingungen (Anlage Ast 17) sollten Verfahrensrügen betreffend Unklarheiten, Lücken, Widersprüche oder Rechtsverstöße unverzüglich und schriftlich erhoben werden. Diese Rügepflicht ist für das förmliche Vergabeverfahren in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB geregelt. Zwar wird eine Anwendung von § 107 GWB in Konzessionsverfahren abgelehnt (BGH a.a.O., Rn. 112). Allerdings wird hierin eine unzulässige Rechtsausübung wegen Verletzung vorvertraglicher Rügepflichten gesehen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3804, 3809; LG Köln ZNER 2013, 64 f.) BGH a.a.O., Rn. 117 hält jedenfalls in Verfahren wie diesen eine § 107 GWB vergleichbare Konstellation für gegeben. Gerade

wenn die Bewerber ausdrücklich auf die Erhebung von Rügen hingewiesen werden, ist eine Verletzung von Rügepflichten anzunehmen.

Eine Rügepflichtverletzung ist nur dann zu verneinen, wenn entweder offenkundig ist, dass der rügepflichtige Verstoß für den Bewerber nicht erkennbar war oder wenn er glaubhaft gemacht hat, dass er den Verstoß trotz ordnungsgemäßer Prüfung nicht erkannt hat.

Daran mangelt es dem Vortrag der Antragstellerin, so dass die nachstehenden Rügen ausgeschlossen sind. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Antragstellerin um ein in Konzessionsverfahren und Angebotsgestaltungen erfahrenes Unternehmen mit erhöhter Sachkunde handelt. Dementsprechend sind die Anforderungen an die Prüfungspflicht auszurichten.

Lediglich ergänzend wird ausgeführt:

Soweit die nachfolgenden Kriterien für die Bewertung nicht eindeutig vorhersehbar sind, also Auslegungsspielräume und Bewertungsermessen verbleibt, ist das bei komplexen Vertragswerken kaum vermeidbar, zumal eine zu große Einengung bei den Kriterien kreative Angebote verhindert.

Bezogen auf die einzelnen Beanstandungen, die sich an der Gliederung des Kriterienkatalogs orientiert, gilt Folgendes:

aa. I.1a.cc. Stützpunkt eingesetzter Mitarbeiter

Erläutert ist die Bewertung nach Entfernungsangabe der eingesetzten Mitarbeiter zum Ortskern. Das ist hinreichend klar.

bb. II.2c.aa. Qualität der Wiederherstellung der Oberflächen

Erläutert nach Qualität der Oberflächen nach Durchführung von Baumaßnahmen. Auch das ist hinreichend klar.

cc. II.3b.bb Zeitpunkt des Auskunftsanspruchs

Hier geht es um den Zeitpunkt der Auskunftserteilung bei Auslaufen des Konzessionsvertrags. Das ist für ein Stromversorgungsunternehmen klar, zumal dieser Punkt in der Rechtsprechung schon wiederholt eine Rolle gespielt hat, weil der Altkonzessionär sich oftmals weigert, Auskünfte zu erteilen.

dd. II.1.b.bb Modalitäten der Kommunalrabattierung

Es wird bewertet, in welchem Umfang die Bieter den Kommunalrabatt im Rahmen des rechtlich Zulässigen für Lieferstellen (Eigenverbrauch) der Gemeinde gewähren. Das ist aus sich heraus verständlich und klar.

ee. II.1.d Fortzahlung von Konzessionsabgabe Übergangsjahr

Es geht um die Fortzahlung der Konzession über den Zeitraum des Übergangsjahres nach Ablauf der Konzession bis zur Übernahme durch den Neukonzessionär. Es handelt sich um ein verständliches und naheliegendes Anliegen, da § 48 Abs. 4 EnWG nur ein Jahr Übergangsfrist regelt.

ff. II.2.e.aa Umfang der Folgepflicht

Hier geht es, so auch erläutert, um Sicherungs- und Umbaumaßnahmen aus Anlass des Straßenbau, Verkehrssicherheit o.ä. und die Pflicht des Konzessionärs, seine Einrichtungen im Wege der Folgepflicht den Gegebenheiten anzupassen. Gewünscht war eine möglichst umfassende Folgepflicht.

gg. II.2.e.bb Tragung der Folgekosten

Hier geht es um die Folgekosten für das vorstehende Kriterium, wobei eine möglichst umfassende Übernahme der Folgekosten gewünscht ist.

hh. II.4.b.aa Informationsrechte

Es geht nach der Erläuterung um Informationsrechte zur Einhaltung von Zusagen und Beförderung der Ziele des § 1 EnWG, wünschenswert als regelmäßige Berichtspflicht

ii. II.4.b.bb Mitspracherecht

Es geht um Einflussmöglichkeiten der Gemeinde bezogen auf die mit § 1 EnWG konforme Durchführung des Netzbetriebes.

jj. Betrachtet man diese von der Antragstellerin benannten Kriterien, sind die dort verfolgten Ziele sachgerecht und hinreichend klar formuliert. Soweit eine gewisse Offenheit besteht, ist der Spielraum noch hinnehmbar und führt nicht zu einer Intransparenz der Kriterien.

Wie schon dargelegt, liegt aber vorrangig eine Rügepflichtverletzung der Antragstellerin vor.

b. Bis zur mündlichen Verhandlung beanstandete Einzelkriterien

Zu den konkret bis zur mündlichen Verhandlung erhobenen Bedenken der Antragstellerin gilt Folgendes:

- aa. I.4.b.aa – Mitverlegung von Leerrohren

Der Punktsieg der R ist nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 40) damit begründet, dass diese von sich aus zusätzlich Leerrohre verlegt und diese bei Bedarf verwertet und in diesem Zuge auch der Gemeinde zur Verfügung stellt. Hierin liegt keine Zusatzleistung, die von dem Kriterium so nicht mehr erfasst wird und daher gemäß § 3 KAV (Vorschrift a.E.), wonach keine unentgeltlichen Nebenleistungen angeboten werden dürfen, unzulässig wäre. Die vorgeschlagene Verlegung von Leerrohren fällt noch unter den eingeräumten Spielraum der Angebotsgestaltung.

- ab. I.5.b – Vertragliche Verpflichtung zur zeitnahen Einbindung von Anlagen der Erneuerbaren Energien

Nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 34) ist die Bezugnahme der Antragstellerin auf ihr Betriebskonzept, das nicht unmittelbar Angebotsgegenstand, sondern indirekt eingebunden war, berücksichtigt worden. In dem Auswertegutachten ist das Netzbewirtschaftungskonzept genannt und die Bewertung mit 0 Punkten für die Antragstellerin in der fehlenden Fristangabe begründet. Zwar hat die Antragstellerin die Einhaltung gesetzlicher Fristen zugesagt. Die Antragsgegnerin hat indes die unklar und nicht justiziable Formulierung „sondern deutlich unterschreiten“ als unzureichend gewertet. Das ist im Rahmen des der Antragsgegnerin zukommenden Entscheidungsermessens vertretbar. S ist mit 3 Punkten bewertet worden, während R wegen günstigerer Fristen die volle Punktzahl erhalten hat.

- ac. II. 2 c. aa. – Qualität der Wiederherstellung der Oberflächen

Das Auswertegutachten (Anlage AG 41) macht den Unterschied daran fest, dass R und S im Vergleich zu der Antragstellerin auch Entschädigung anstelle der Wiederherstellung anbietet. Zwar ist eine Entschädigung nicht unmittelbar der Qualität der Wiederherstellung zuzuordnen, allerdings handelt sich um eine alternative, dem Kriterium zuzuordnende Ausgleichsmaßnahme.

c) Nachträglich beanstandete Einzelkriterien

Soweit die nachstehenden Rügen der Antragstellerin vorrangig dadurch bestimmt sind, eine umfangreichere Offenlegung zu erwirken im Hinblick auf die Erörterung in der mündlichen Verhandlung, wonach zunächst eine konkrete Beanstandung des unterlegenen Bewerbers betreffend die Auswahlentscheidung zu treffen ist, bestehen Bedenken, diese zu berücksichtigen. Anderenfalls würde durch formale Beanstandung möglichst vieler Kriterien oder jedenfalls derjenigen, bei denen der Anspruchsteller schlechter bewertet worden ist, die Gemeinde gezwungen, ihre Auswerteentscheidung zu konkretisieren. Das käme indes einem nicht bestehenden Auskunftsanspruch nahe. Eine Berücksichtigung der Beanstandung erfordert einen nachvollziehbaren Vortrag, warum aus Sicht des Antragstellers die Bewertung zu beanstanden ist. Von einem entsprechenden Vortrag wird allerdings für die erhobenen Rügen ausgegangen.

(1) I.1.a.bb Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter

Die mit einem Punktabzug von 3 gegenüber S und 2 gegenüber R (ohne Multiplikator) erfolgte Bewertung des Angebots der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin unter auszugsweiser Vorlage des Auswertegutachtens (Anlage AG 28) dahin erläutert, dass hierfür – anders als bei R - die unklare Angabe zur Qualifikation der Mitarbeiter der Antragstellerin (bestens geschult) und zudem Angaben zur Know-how-Bildung der R maßgeblich waren. S ist am besten bewertet worden, weil die Qualifikationen zum einen erläutert und zum anderen schon vorhanden waren. Soweit die Antragstellerin die Beurteilungskompetenz der Antragsgegnerin in Zweifel zieht, weist die Antragsgegnerin nachvollziehbar darauf hin, dass es zunächst nur um die Bewertung der jeweiligen Angaben in den Angeboten geht und deren Prüffähigkeit. Die Qualifikation der Mitarbeiter ist auch ein für die Auswahl sachgerechtes Kriterium zur Gewährleistung einer möglichst hohen Versorgungssicherheit. Die Beanstandung ist nicht begründet.

(2) I.1.b.bb Investitionskonzept

Es handelt sich um ein für die Auswahlentscheidung sachgerechtes Kriterium. Die Antragsgegnerin hat durch teilgeschwärzte Vorlage des Auswertegutachtens (Anlage AG 29) dargelegt, dass ein Punktabzug für die Antragstellerin deshalb vorgenommen worden ist, weil nur R und S eine Zusage zur Höhe der jährlichen Investition abgegeben hat und ferner wegen der Anzahl der zukünftigen Maßnahmenbündel. Dabei wurde S insoweit noch höher bepunktet als GWR. Diese Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Aus der Entscheidung folgt auch nicht, wie die Antragstellerin meint, dass lediglich umfangreichere Unterlagen besser bewertet worden wären.

(3) I.1.b.cc Instandhaltungskonzept

Es handelt sich um ein für die Auswahlentscheidung sachgerechtes Kriterium. Die Antragsgegnerin hat durch teilgeschwärzte Vorlage des Auswertegutachtens (Anlage AG 30) dargelegt, dass zwei Punktabzüge deshalb vorgenommen worden ist, weil die R konkrete Maßnahmen zur Instandhaltung angegeben und die Wartungszyklen angegeben hat. Dem entspricht auch der Vortrag der Antragstellerin, die allein auf ereignisorientierte Instandhaltung abstellt. Dem widerspricht der Verweis der Antragstellerin auf die Wartungsfristen in dem DVGW-Arbeitsblatt, das in dem Angebot

in Bezug genommen worden ist, nicht. Die Antragstellerin hält es selbst für denkbar, dass kürzere Wartungsfristen angeboten worden sein könnten. Warum diese „nicht pauschal positiv zu bewerten“ sein sollen, erschließt sich trotz des vorgetragenen jungen Alters der Anlage nicht. Im Verhältnis von R zu S wurde S wegen der detaillierten Angabe zu Wartungszyklen besser bepunktet.

Diese Entscheidung ist nicht zu beanstanden.

(4) I.1.b.dd Konzept zur Störungsbeseitigung

Auch hier wird die Geeignetheit des Kriteriums nicht angezweifelt. Die Antragstellerin hat im Auswertegutachten (Anlage AG 31) als Grund für die bessere Bewertung von R gegenüber S und der Antragstellerin (1 Punkt Abzug) die Zusage der Einhaltung eines überdurchschnittlichen Werts zur Vermeidung der Anlagennichtverfügbarkeit zugesagt. Dies ist ein sachgerechter Gesichtspunkt. Auch der weitere Grund, die Zusage der zeitnahen Ausstattung mit Fernwirktechnik ist in diesem Zusammenhang nicht zu beanstanden. Eine solche Technik ermöglicht die Abfrage von Informationen bei Störmeldungen und ermöglicht im Einzelfall eine effizientere Reaktion.

(5) I.3.b.aa Konzept des Beschwerdemanagements

Die bessere Bewertung von R und S gegenüber der Antragstellerin (1 Punkt Abzug) beruht ausweislich des auszugsweise vorgelegten Auswertegutachtens (Anlage AG 32) auf einer detaillierteren Erläuterung der internen Abläufe. Die Mutmaßung der Antragstellerin, R habe lediglich mehr geschrieben, kann hierbei nicht berücksichtigt werden.

(6) I.4.b.aa Vertragliche Verpflichtung zur Mitverlegung von Leerrohren

s.o. b)aa)

(7) I.5.b Vertragliche Verpflichtung zur zeitnahen Einbindung von Anlagen der Erneuerbaren Energien

s.o. b)bb)

(8) II.1.a.bb.aaa Unterjährige Abschlagszahlungen

Die Beteiligten weisen zutreffend darauf hin, dass feste Abschlagszahlungen sowohl bei einem festen monatlichen als auch bei einem festen quartalsweisen Turnus Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Vorauszahlungsverbot gemäß § 5 KAV unterliegen können. Indem die R der Antragsgegnerin ein einseitiges Bestimmungsrecht auf Änderung des Abschlagsturnus einräumt, erscheint es vertretbar, das Angebot in die Bewertung einzubeziehen und so verstanden besser als das Angebot der Antragstellerin zu bewerten, das im Übrigen mangels Bestimmungsrecht durchgreifenden Bedenken gemäß § 5 KAV unterliegt.

(9) II.1.a.bb.ccc Möglichkeiten der Überprüfung der Abrechnung der Konzessionsabgabe

Hier weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass nach dem Auswertegutachten an sich eine gleiche Bewertung erfolgt ist. Die Besserwertung der R beruht auf einem Gesichtspunkt, Konzessionsabgabencontrolling, der mit der Prüfung der Schlussrechnung – so die Erläuterung der Kriterien – nicht im Zusammenhang steht. Das Kriterium hätte daher für die Bewerber gleich gewertet werden müssen. Die Differenz beträgt 1 Punkt. Das gilt auch für RWE.

(10) II.b.bb Modalitäten der Kommunalrabattierung

Ausweislich des vorgelegten Auszugs des Auswertegutachtens (Anlage AG 37) haben die Antragstellerin und V einen Punktabzug erhalten, weil nur R die Rabattierung nicht davon abhängig gemacht hat, ob die Kosten im Rahmen der Netzentgeltgenehmigung von der zuständigen Behörde anerkannt werden. Die Beanstandung der Antragstellerin, hierin liege ein Verstoß gegen § 3 KAV ist von der Antragsgegnerin nicht ausgeräumt. Eine Rabattierung, die außerhalb der Anerkennung der Netzentgeltgenehmigung liegt, dürfte als anlasslose Zuwendung anzusehen sein, die gerade durch § 3 KAV ausgeschlossen sein soll. Die Berechtigung dieser Zuwendung ist daher zu verneinen. Der Abzug von einem Punkt ist daher nicht berechtigt.

(11) II.1.d Angebot und Bedingungen einer Regelung zur Gewährleistung der Konzessionsabgabenzahlung nach Auslaufen der Konzessionsabgabenzahlung bis zur Übernahme des Netzbetriebs durch einen Neukonzessionär

Die Besserwertung von R (einen Punkt) gegenüber der Antragstellerin und S beruht ausweislich des Auswertegutachtens (Anlage AG 38) auf der Einschätzung, die von R gewählte Klausel sei im Hinblick auf eine die Klausel bestätigende Entscheidung des LG Köln (Urteil vom 22.3.2013- 90 O 51/13) jedenfalls weniger risikoträchtig als die von der Antragstellerin verwendete und bislang nicht gerichtlich überprüfte Formulierung. Man mag mit der Antragstellerin in Zweifel ziehen, ob dieser Risikovorteil gewichtig ist, allerdings ist die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung jedenfalls vertretbar, da gerade die rechtliche Zulässigkeit für eine Fortzahlungspflicht entscheidend ist.

(12) II.1.e Regelungen zu Energiekonzepten

Zutreffend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass nach dem Kriterienkatalog keine unentgeltlichen und damit im Hinblick auf § 3 KAV problematischen Energiekonzepte eingefordert worden sind, sondern die Entgeltlichkeitsklausel gerade einen Verstoß gegen § 3 KAV vermeiden helfen soll.

Allerdings weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 46) offenbar ein Teilangebot von R (§ 11 Abs. 5) nicht von der Entgeltlichkeitsklausel erfasst war. Hier ist ein Verstoß gegen § 3 KAV nicht auszuschließen. Gegenteilige Darlegungen finden sich im Vortrag der Antragsgegnerin nicht. Das spricht für die Schlussfolgerung der Antragstellerin, es liege ein Verstoß gegen § 3 KAV vor. In diesem Fall ist das jeweilige Kriterium einheitlich gemäß §§ 3 KAV, 134 BGB außer Ansatz zu lassen. Für R sind 5 Punkte abzuziehen. Es bleibt dann aber bei der Bewertung von S mit 5 Punkten und der Bewertung der Antragstellerin mit nur einem Punkt.

(13) II.2.a Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gemeinde im Vorfeld von Baumaßnahmen

Die Entscheidung, das Angebot der R im Verhältnis zur Antragstellerin mit einem Punkt besser zu bewerten, ist vor dem Hintergrund der zeitlich weitergehenden Abstimmungsvorbehalte der R nicht zu beanstanden, obwohl das Angebot der Antragstellerin nach den Schwellenwerten günstiger war. Zudem ist das Angebot von S als bestes mit der vollen Punktzahl bewertet worden.

(14) II.2.c.aa Qualität der Wiederherstellung von Baumaßnahmen

Auf die Ausführungen oben zu 7.b.cc wird Bezug genommen.

(15) II.2.c.bb Abnahme von Baumaßnahmen

Die bessere Bewertung des Angebots gegenüber V und S ist von der Antragsgegnerin anhand des Auswertegutachtens (Anlage AG 42) plausibel mit der Kombination einer kürzeren Abnahmefrist von

V und S sowie einer ausdrücklichen Abnahmefiktion erläutert worden. Soweit die Antragstellerin beanstandet, die längere Abnahmefrist von R sei trotz des Wunsches nach einer möglichst zeitnahen gemeinsamen Abnahme besser bewertet worden, muss zwischen einer – hier angesprochenen - Abnahmefrist unterschieden werden, die die Gemeinde einzuhalten hat und der Bereitschaft des Bewerbers zeitnah die Abnahme durchzuführen. Eine ausdrückliche Abnahmefiktion für die Gemeinde kann sich rechtlich nachteilig auswirken. Soweit die Antragstellerin andeutet, eine implizite Abnahmefiktion in dem Angebot der R käme zu demselben Ergebnis, bleibt dieser nicht näher ausgeführte Vortrag spekulativ.

(16) II.2.e.bb Tragung der Folgekosten

Der Punktabzug für die Antragstellerin und S wird nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 43) damit begründet, dass über die Folgekostentragung hinaus bereits Kosten für die Rücksichtnahme auf vorhandene Anlagen übernommen wird. Dem ist die Antragstellerin nicht mehr entgegen getreten.

(17) II.3.a.aa Regelungen zur Ermittlung des Netzkaufpreises

Die Begründung der Antragsgegnerin, die Berechnungsmethode der R – Ertragswert – als die direktere Berechnungsmethode als besser zu bewerten, wird von der Antragstellerin nachvollziehbar beanstandet. Die Berechnungsmethode der Antragstellerin – Sachwert, gedeckelt durch Ertragswert – führt auch nach Auffassung der Antragsgegnerin (Anlage AG 44) auf den Ertragswert hinaus. Damit sind die Berechnungsmethoden im Ergebnis gleichwertig. Die direktere Berechnung des Ertragswerts durch R stellt für die Antragsgegnerin keinen Vorteil dar, wenn die Kosten für die Berechnung bei dem Bewerber liegen. Daher ist eine gleiche Bewertung angezeigt. Die Differenz beträgt 2 Punkte, die der Antragstellerin zuzuschlagen sind.

(18) II.3.a.bb Modalitäten der Übertragung des Netzes nach Auslaufen der Konzession an einen neuen Netzbetreiber

Es ist nicht zu beanstanden, dass bei sonst gleich zu bewertenden Angeboten die von R und S zusätzlich angebotene technische Einweisung zur Vorbereitung der Netzübernahme den Ausschlag für eine bessere Bewertung des Angebots von R gab. Es handelt sich im Sinne des Kriterienkatalogs um eine Regelung zur Förderung einer möglichst zügigen Netzübertragung.

(19) II.3.a.dd Umfang des Übereignungsanspruchs nach Ende des Konzessionsvertrags

Die in dem Auswertegutachten (Anlage AG 46) begründete Besserstellung von R gegenüber V und S ist nachvollziehbar mit der Klarstellung der Einbeziehung der gemischt genutzten Anlagen begründet worden. Dem ist die Antragstellerin nicht mehr entgegen getreten.

(20) II.3.b.bb Zeitpunkt des Auskunftsanspruchs

Nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 47) ist die Besserstellung von R nachvollziehbar mit einer Auskunftspflicht für den Fall vorzeitiger Vertragsbeendigung begründet worden. Die Annahme eines Verstoßes gegen § 3 KAV besteht entgegen der Vermutung der Antragstellerin nicht, da hierin kein mehrfacher – unentgeltlicher – Auskunftsanspruch liegt.

(21) II.4.b.aa Informationsrechte

Soweit die Besserbewertung der Angebote von R und S ausweislich des Auswertegutachtens (Anlage AG 48) u.a. mit der digitalen Verarbeitung in dem GIS-System der Antragsgegnerin begründet wird, ist das nicht zu beanstanden.

Die zusätzlich bessere Bewertung im Verhältnis zu S ist ebenfalls nachvollziehbar mit dem umfangreicheren Informationsanspruch begründet worden.

(22) II.4.b.dd Vertragsstrafen

Die Besserbewertung um einen Punkt von R gegenüber V und S nach dem Auswertegutachten (Anlage AG 49) im Hinblick auf weitergehende Sanktionen von Informationsrechten mit Vertragsstrafen ist nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen § 3 KAV ist von der Antragstellerin nicht hinreichend dargelegt.

8. Soweit oben zu 7 bei einzelnen Kriterien Beanstandungen der Bewertung erfolgt sind, fehlt es im Ergebnis an der Erheblichkeit.

Bezogen auf die Ausführungen zu 7 c. (9) – 1 Punkt -, (10) – 1 Punkt -, (12) – 5 Punkte – und (17) – 2 Punkte – ergibt sich im Verhältnis zu R eine Korrektur von 9 Punkten. Der Punkteabstand von 68 (407 gegenüber 475 Punkten) ist durch diese Korrektur nicht aufzuholen. Dies gilt auch, wenn man zusätzlich angenommene Korrekturen in der Parallelsache 88 O 65/15 (dort insgesamt 12 Punkte) berücksichtigt.

IV. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 6, 711 ZPO.

Streitwert: 50.000 €