

IBRRS 2021, 0307

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Jeder hat eine zweite Chance verdient!

OLG Karlsruhe

Beschluss

vom 16.12.2020

15 Verg 4/20

GWB §§ 124, 126

1. Der öffentliche Auftraggeber hat, wenn er die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausschlussvorschrift als erfüllt ansieht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen und abzuwägen, ob der Ausschluss eine sachlich gerechtfertigte und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbarende Reaktion auf den Anlass ist.

2. Diese Ermessensentscheidung des Auftraggebers ist lediglich darauf überprüfbar, ob nicht alle für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ermittelt wurden, der Zweck der Ermächtigung verkannt oder ob bewusst aus willkürlichen, unsachlichen Motiven gehandelt wurde.

3. Der öffentliche Auftraggeber kann offen lassen, ob der Tatbestand einer Ausschlussvorschrift erfüllt ist, wenn trotz einer Tatbestandsverwirklichung kein Anlass besteht, an der Integrität und Eignung des Bieters zu zweifeln.

4. Zwar beträgt die Höchstdauer für die Möglichkeit eines Ausschlusses u. a. wegen einer schweren beruflichen Verfehlung drei Jahre, falls der Bieter keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der öffentliche Auftraggeber vor Ablauf der drei Jahre im Rahmen der Ermessensausübung dazu kommt, dass eventuelle Verstöße des Bieters der Bejahung seiner Eignung nicht entgegenstehen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2020 - 15 Verg 4/20

vorhergehend:

VK Baden-Württemberg, 26.05.2020 - 1 VK 11/20

Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 26. Mai 2020 - 1 VK 11/20 - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens über den Antrag auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu tragen sowie der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die in diesen Verfahren zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten zu erstatten.
3. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 830.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin hat europaweit im Verhandlungsverfahren mit vorgesetztem Teilnahmewettbewerb eine strategische Kooperationspartnerschaft zur Bewerbung um das Stromnetz auf ihrem Stadtgebiet ausgeschrieben.

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben Anfang 2020 endgültige Angebote ab. Im März 2020 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin darüber, dass ihrem Angebot der Zuschlag nicht erteilt werde. Die Beigeladene habe ein besseres "Konzept zur Steuerung der Ergebnisentwicklung" eingereicht. Das Konzept der Antragstellerin, das mit dem Angebot eingereicht worden sei, sei zwar auch so fundiert und plausibel und von solcher Qualität, dass es die Prognose zuließe, dass die Anforderungen und Zielvorstellungen voraussichtlich gut erfüllt würden. Allerdings fänden sich im Konzept der Beigeladenen deutliche Vorteile und sei die Qualität des Konzepts insgesamt höher zu bewerten. Die Bitte der Antragstellerin, ihr das Auswertungsgutachten auszureichen, lehnte die Antragsgegnerin ab. Daraufhin rügte die Antragstellerin eine unzureichende Vorabinformation und eine fehlerhafte Konzeptbewertung. Einen Tag später stellte sie einen Nachprüfungsantrag.

Sie hat geltend gemacht, die Vorabinformation sei unzureichend gewesen, da nicht die Gründe dafür beschrieben worden seien, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt worden sei. Ihr Konzept erfülle das vorgegebene Ziel, eine dauerhafte höchstmögliche Ergebnisentwicklung der Kooperationsgesellschaft sicherzustellen, voraussichtlich am besten. Es sei in wesentlichen Bausteinen einzigartig und biete aufgrund der Einzigartigkeit im Vergleich zum Konzept der Beigeladenen an verschiedenen Stellen Vorteile für die Kooperationsgesellschaft. Die Antragsgegnerin habe ihren Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgefüllt. Sie habe Unterkriterien gebildet, ohne diese und deren Gewichtung vorab zu veröffentlichen. Deren Ansicht, sie, die Antragstellerin, habe die Kaufpreisverwendung in ihrem Konzept dargestellt, was aber nicht bewertungsrelevant sei, sei unzutreffend. Im Gegensatz zur Beigeladenen habe sie vielmehr Maßnahmen und Instrumente zu einer Ermittlung des Kaufpreises und seiner Bedeutung für die Erzielung des höchstmöglichen Ergebnisses der Gesellschaft dargestellt. Die Antragsgegnerin habe verkannt, dass die von ihr, der Antragstellerin, vorgesehene Netzentwicklungsplanung mit Online-Stakeholder-Kommunikation etwas anderes sei als die von der Beigeladenen

vorgesehene rein interne statische Zielnetzplanung. Auch die von ihr, der Antragstellerin, vorgesehene Kontrolle durch eine Spitzenkennzahl stelle einen erheblichen Beitrag zur Sicherstellung einer höchstmöglichen Ergebnisermittlung dar, während die Beigeladene lediglich Einzelkennzahlen vorgesehen habe. Die Antragsgegnerin habe weiterhin in ihre Bewertung nicht einbeziehen dürfen, dass das Planungskonzept der Beigeladenen zusätzliche Planungszeiträume abdecke. Die Planungszeiträume seien durch den gesetzlichen Rahmen vorgegeben gewesen. Das von ihr, der Antragstellerin, benutzte Online-Tool für die Baustellenkoordination und die Wirtschafts- und Netzplanung biete zudem gegenüber dem von der Beigeladenen benutzten branchenüblichen Online-Tool Vorteile, die die Antragsgegnerin nicht beachtet habe.

Schließlich habe die Antragsgegnerin die Bewertung nicht selbst vorgenommen, sondern unzulässig ihren Beratern überlassen und keine eigene Entscheidung getroffen, die eine zutreffende und nachvollziehbare Aufklärung über die Entscheidungsgrundlagen durch die externen Berater vorausgesetzt hätte. Davon abgesehen seien die Stadtwerke öffentlicher Auftraggeber der ausgeschriebenen Leistung und für alle relevanten Entscheidungen zuständig.

Die Antragsgegnerin hat erwidert, dass nicht der Bieter die meisten Punkte bekomme, der ein Konzept mit möglichst einzigartigen Inhalten anbiete, sondern der Bieter, dessen Konzept im Vergleich zu den anderen Angeboten die Prognose zuließe, dass die beschriebenen Anforderungen die Zielvorstellungen voraussichtlich am besten erfüllen würden. Sie habe entgegen der Rüge auch keine Unterkriterien gebildet, sondern lediglich das Konzept entsprechend den Vergabeunterlagen gegliedert und strukturiert. Die Teile seien nicht eigenständig gewertet worden. Sie habe auch die Konzepte inhaltlich und nicht lediglich anhand der verwendeten unterschiedlichen Begriffe gewertet. Sie, die Antragsgegnerin, habe eigenständig gewertet und die Entscheidung nicht unzulässig delegiert. Den Mitgliedern des Finanzausschusses habe das vollständige Auswertungsdokument vorgelegen und diese hätten in die Angebote einsehen können. Die Auswertung sei mit den Leitern der Stadtwerke abgesprochen worden. Für die Punktvergabe sei allein maßgeblich gewesen, welches der Konzepte überzeugender gewesen sei. Die Entscheidung des Finanzausschusses sei vom Gemeinderat bestätigt worden.

Die Beigeladene hat ausgeführt, bei den angeblichen Unterkriterien handele es sich um inhaltliche Anforderungen an das Konzept eines Bieters, die in den Vergabeunterlagen angegeben gewesen seien. Die angeblichen Defizite in ihrem, der Beigeladenen, Konzept seien ins Blaue hinein behauptet worden; die Antragstellerin kenne ihr Konzept gar nicht.

Durch Beschluss vom 26.5.2020, auf den verwiesen wird, hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Das Vorabinformationsschreiben der Antragsgegnerin habe keiner weitergehenden Begründung als der gegebenen bedurf. Darin sei insbesondere enthalten gewesen, dass das Konzept zur Steuerung der Ergebnisentwicklung der Beigeladenen im Vergleich zum Konzept der Antragstellerin Vorteile biete, die die Prognose zuließen, dass das Konzept der Beigeladenen das Ziel, dauerhaft eine höchstmögliche Ergebnisentwicklung der Gesellschaft sicherzustellen, voraussichtlich am besten erfüllen werde. Davon abgesehen diene die Vorabinformation der Sicherung eines effektiven Primärrechtsschutzes. Eine Rechtsverletzung scheide schon deshalb aus, weil die Antragstellerin rechtzeitig den Nachprüfungsantrag gestellt habe.

Die Bewertung des Konzepts der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin sei nicht zu beanstanden. Diese habe sich an die eigenen Vorgaben gehalten. Sie habe die Erwägungen, die ihrer Bewertungsentscheidung zugrunde lägen, und die wesentlichen wertungsrelevanten Unterschiede zwischen den Konzepten sowie die Vorteile des Konzepts der Beigeladenen gegenüber dem Konzept der Antragstellerin dargelegt. Die Bildung von Rubriken seien keine Unterkriterien. Die einzelnen Rubriken seien nicht mit Punkten bewertet worden. Die Antragsgegnerin habe auch dargelegt, dass sie ihre Bewertung nicht an Begrifflichkeiten, sondern anhand konkreter aufgezeigter Maßnahmen festgemacht habe. Sie habe die Wertung selbst vorgenommen. Dem Finanzausschuss habe der Bewertungsvorschlag als Ergebnis einer Diskussion zwischen der Leitung der Stadtwerke und den fachlichen Beratern vorgelegen. Dessen Mitglieder hätten diskutiert und zu den einzelnen Wertungskriterien abgestimmt. Unerheblich sei, dass das Auswertungsdokument keinen Aussteller erkennen lasse. Es sei von der Leitung der Stadtwerke dem Finanzausschuss zur Genehmigung vorgelegt worden, sodass es von der Leitung erkennbar gebilligt gewesen sei. Der Finanzausschuss habe es sich zu eigen gemacht.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehr einer Zurückversetzung des Verfahrens weiter. Die Antragsgegnerin habe die Angebote nicht eigenständig bewertet. Sowohl die Entwurfssfassung als auch die finale Fassung des Auswertungsvermerks seien durch die externen Berater erfolgt. Die Dokumentation sei fehlerhaft, weil der Auswertungsvermerk weder Aussteller noch Datum erkennen lasse. Dies lasse vermuten, dass erneut ein befangener Berater mitgewirkt habe. Zu entscheiden gehabt habe der Gemeinderat, da die Rechte und Beteiligungen an Unternehmen nicht auf Ausschüsse übertragen werden könnten. Die Wertungsentscheidung sei aber wohl beim Telefonat zwischen den Beratern und der Leitung der Stadtwerke getroffen worden; der tatsächliche Inhalt der Willensentscheidung sei allerdings nicht dokumentiert. Dem Protokoll der Finanzausschusssitzung sei nicht zu entnehmen, dass dieser seinen Beurteilungsspielraum ausgefüllt habe, sodass von einem schlichten Abnicken der durch die Berater vorgenommenen Auswertung und nicht von einer eigenständigen Entscheidung auszugehen sei. Im Protokoll werde auch an keiner Stelle auf den Auswertungsvermerk Bezug genommen. Aus dem Auswertungsvermerk ergebe sich weiterhin, dass die Antragsgegnerin fünf Unterkriterien gebildet habe. Bildung und Anwendung von Unterkriterien bei der Bewertung von Angeboten sei aber lediglich dann zulässig, wenn diese selbst, deren Bewertungsmatrix und die Gewichtung den Bieter vorab bekannt gegeben worden seien, was aber nicht erfolgt sei.

Deshalb sei die Angebotsauswertung intransparent. Die Angebote seien zudem rechts- und beurteilungsfehlerhaft gewertet worden. Die Antragsgegnerin habe den Sachverhalt unzureichend ermittelt und die angebotenen Maßnahmen fehlerhaft gewichtet. Erkennbare Vorteile im Angebot der Antragstellerin seien durch vermeintliche Vorteile im Angebot der Beigeladenen in nicht nachvollziehbarer Weise aufgewogen worden. Die Maßnahmen zur Ermittlung des Kaufpreises und ihr Einfluss auf die Erzielung des höchstmöglichen Ergebnisses seien unzutreffend als nicht wertungsrelevant abgetan und damit nicht in die Abwägung eingestellt worden, obwohl die Maßnahmen die Fundiertheit und Plausibilität der Steuerungsmaßnahmen steigerten und deshalb zwingend bewertet werden müssen. Widersprüchlich sei, dass bei der Netzentwicklungsplanung der Vorteil der Ermittlung eines wahrscheinlichen Entwicklungspfades innerhalb des Szenariorahmens mit der detaillierten Darstellung von Einflussfaktoren durch die Beigeladene aufgewogen worden seien, andererseits die dezidierte Darstellung von Input-Faktoren durch die Beigeladene als nicht wertungsrelevant bezeichnet worden seien. Ignoriert worden sei, dass die Verwendung einer Spitzenkennzahl mit ihren Auswirkungen auf das Kennzahlensystem die Qualität der Steuerungsmaßnahmen steigere. Im Rahmen der Wirtschaftsplanung sei in sachwidriger Weise davon ausgegangen worden, dass beliebig lange Planungszeiträume stets positiv zur höchstmöglichen Ergebnisentwicklung beitragen; damit werde aber gegen die gesetzliche Vorgabe eines Planungszeitraums von fünf Jahren verstößen. Das von ihr, der Antragstellerin, angebotene Online-Tool zur Abstimmung von Bauprozessen werde mit der Online-Planauskunft der Beigeladenen gleichgesetzt, obwohl deren Planauskunft keine Abstimmung ermögliche. Unzutreffend sei daher ihr, der Antragstellerin, Konzept nicht mit vier und das der Beigeladenen mit deutlich weniger Punkten bewertet

worden. Ihrem, der Antragstellerin, Angebot hätte der Zuschlag erteilt werden müssen.

Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen. Gegen diese bzw. ihre Muttergesellschaft habe die Landesenergielkartellbehörde ein Verfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Verträge mit Gemeinden zur Erlangung von Strom- und Gaskonzessionen geführt und das Verfahren lediglich gegen deren Verpflichtung eingestellt, die Verträge zu beenden und einen Betrag in Höhe des Vorteils an die Staatskasse zu zahlen. Damit lägen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass die Muttergesellschaft an einer den Wettbewerb beschränkenden Absprache beteiligt gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Verhandlungsverfahren zurückzuversetzen in den Stand vor der Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebots und das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts fortzusetzen, hilfsweise,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Verhandlungsverfahren zurückzuversetzen in den Stand vor Wertung der finalen Angebote und das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts fortzusetzen, dazu hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen.

Außerdem hat die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin führt aus, die Behauptung, erneut habe ein befangener Berater an der Auswertung mitgewirkt, sei verspätet, erfolge ins Blaue hinein und treffe nicht zu. Sie, die Antragsgegnerin, habe die Angebote mit den Konzepten selbst gewertet. Der Entwurf der Angebotswertung sei zwar von den Beratern erstellt worden. Endgültig gefasst worden sei der Auswertungsvermerk allerdings aufgrund einer Diskussion und Abstimmung mit der Leitung der Stadtwerke. Der Auswertungsvermerk sei den Mitgliedern des Finanzausschusses mit der Beschlussvorlage zur Einsicht zur Verfügung gestellt worden. Nach Diskussion habe der Finanzausschuss mit der Abstimmung sich den von der Leitung der Stadtwerke vorgelegten Auswertungsvermerk zu eigen gemacht. Ebenso habe der Gemeinderat in nichtöffentlicher Sitzung über die Bewertung abgestimmt. Nicht zu dokumentieren gewesen sei, wie und ob jedes einzelne Mitglied des Finanzausschusses und des Gemeinderats Einsicht in den Auswertungsvermerk und die finalen Angebote genommen habe und wie jedes Mitglied seinen Beurteilungs- und Ermessensspielraum ausgeübt habe. Bei der Wertung seien keine Unterkriterien verwendet worden. Die Auswertungsdokumentation sei lediglich untergliedert und strukturiert worden, um die Angebote der beiden Bieter gegenüberstellen und vollständig auswerten zu können. Die Auffassung der Antragstellerin, dass das Verfahren für die sachgerechte und angemessene Bildung von Unterkriterien zurückversetzt werden müsse, sei unzutreffend; mit der Rüge sei die Antragstellerin zudem präklidiert. Bei der Wertung habe sie, die Antragsgegnerin, sich strikt an die Vorgaben der Vergabeunterlagen gehalten. Sie habe sich nicht mit einer Kaufpreisverwendung auseinandergesetzt, auch wenn im Protokoll des Finanzausschusses dieser Begriff unzutreffend benutzt worden sei. In den Vergabeunterlagen sei vielmehr der Netzkaufpreis definiert gewesen und den Bieter keine Möglichkeit für Abweichungen eingeräumt worden. Die Aussagen der Antragstellerin zu den Auswirkungen eines niedrigen Erwerbspreises auf die Ergebnisentwicklung seien daher entgegen deren Ausführungen nicht wertungsrelevant. Die Differenzierung der Antragstellerin zwischen Netzwerkentwicklungsplanung, den von ihr verwendeten Begriff, und Zielnetzplanung, habe sie, die Antragsgegnerin, gesehen, sei aber irrelevant. Denn sie habe nicht die Begriffe gewertet, sondern allein den Inhalt der Konzepte. Auch die Beigeladene habe Konsultationen mit den Betroffenen und die Abstimmung von Baumaßnahmen vorgesehen, ebenso eine turnusmäßige Aktualisierung der Planung. Die Auswertung berücksichtige zudem, dass Antragstellerin und Beigeladene vergleichbare Inputfaktoren annähmen und darstellten. Allerdings sehe das Konzept der Antragstellerin keine Beschreibung der Variationen einzelner Einflussfaktoren zur Ermittlung der Entwicklungspfade vor. Auch wenn die Beigeladene nicht mit einer Spitzenkennzahl arbeite, unterscheide sich die Vorgehensweise nicht in wertungsrelevanter Form vom Angebotsinhalt der Antragstellerin. Hinsichtlich der Planungszeiträume biete das Konzept der Beigeladenen Vorteile. Die landesgesetzlichen Regelungen gäben lediglich Mindestanforderungen vor, untersagten aber keine darüberhinausgehenden Planungen. Für die Abstimmungsprozesse über Baumaßnahmen sehe das Konzept der Beigeladenen digitale Werkzeuge vor, die im Hinblick auf die Zielvorgabe denen der Antragstellerin vergleichbar und die als gleichermaßen fundiert, plausibel und von vergleichbarer Qualität gewertet worden seien. Letztlich habe sie, die Antragsgegnerin, im Rahmen der Auswertung drei Aspekte im Angebot der Beigeladenen erkannt, die im Hinblick auf die Zielvorstellungen im Vergleich zum Konzept der Antragstellerin deutliche Vorteile böten.

Die Beigeladene führt aus, dass die Verfahrensweise der Antragsgegnerin bei der Auswertung der Konzepte nicht zu beanstanden sei. Es entspreche üblichem und rechtmäßigem Vorgehen. Die Antragsgegnerin habe auch eigene Wertungsentscheidung getroffen. Die Wertungsentscheidung sei im Auswertungsvermerk dokumentiert, vom Finanzausschuss nach Prüfung und inhaltlicher Auseinandersetzung verabschiedet und dem Gemeinderat zur abschließenden Entscheidung vorgelegt worden. Das Ergebnis der Gremien sei dokumentiert, was ausreichend sei. Nicht erforderlich sei, dass dargelegt sei, wie eine Entscheidung innerlich zustande gekommen sei. Die Antragsgegnerin habe auch nicht fehlerhaft Unterkriterien gebildet und gewichtet, sondern inhaltliche Gesichtspunkte eines Konzepts konkretisiert. Die angebliche Einzigartigkeit von Angebotsinhalten könne nicht berücksichtigt werden, da nach den Vorgaben der Antragsgegnerin die Qualität des Konzepts im Vergleich zu den anderen Angeboten entscheidend sei. Im Übrigen legt die Beigeladene dar, dass die Ausführung der Antragstellerin zu den Beanstandungen einzelner Konzeptbestandteile unzutreffend sei.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Parteivortrags vor dem Vergabesenat wird auf die vorbereitenden Schriftsätze verwiesen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat aber keinen Erfolg. Zurecht hat die Vergabekammer entschieden, dass die Wertung der Angebote durch die Antragsgegnerin nicht zu beanstanden ist.

1. Die Antragsgegnerin hat die Angebote eigenständig gewertet.

Die Wertung der Angebote und die Entscheidung über eine Zuschlagserteilung hatte der Gemeinderat vorzunehmen. Im Vordergrund stand die Beteiligung der Stadtwerke an einer Gesellschaft. Die Stadtwerke sind ein Eigenbetrieb der Antragsgegnerin. Die Beteiligung der Stadtwerke an einer Gesellschaft fällt daher, wie die Parteien übereinstimmend angegeben haben, nicht in den Kompetenzbereich der Stadtwerke oder dessen Betriebsausschuss, der mit dem Finanzausschuss der Antragsgegnerin identisch ist. Der Gemeinderat hat die maßgeblichen Entscheidungen getroffen. In nichtöffentlicher Sitzung vom 17.3.2020 hat er über die Wertung der Angebote und die abschließende Vergabeentscheidung abgestimmt. Die Abstimmung erfolgte, nachdem die gemeinsame Erarbeitung des Auswertungsvorschlags durch die Leiter der Stadtwerke und die externen Berater sowie die Vorbefassung des Finanzausschusses dargelegt und die Ergebnisse der einzelnen Kriterien für die Bewertung erläutert worden waren. Über die einzelnen Zuschlagskriterien wurde jeweils abgestimmt. Mit dieser Abstimmung hat der Gemeinderat eine eigenständige Wertung vorgenommen.

Nicht ersichtlich ist, dass der Gemeinderat nicht erkannte, dass ihm ein Beurteilungsspielraum zustand, oder er den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht ausübt. Wie die Antragsgegnerin dargelegt hat und in der Beschlussvorlage für den Finanzausschuss und den Gemeinderat wiedergegeben worden ist, war die Auswertung der Angebote beigefügt. Außerdem wurde darin darauf hingewiesen, dass die Mitglieder die vollständigen Angebote der Bieter in den Räumlichkeiten der Verwaltung einsehen konnten. Der Gemeinderat diskutierte und stimmte ab.

Es ist der Entscheidung zugrunde zu legen, dass die abstimmenden Gemeinderatsmitglieder den Auswertungsvermerk zur Kenntnis nahmen, bevor sie abstimmten. Dass der Auswertungsvermerk nicht von den externen Beratern, von denen er verfasst wurde, unterzeichnet und mit einem Datum versehen war, ist unerheblich. Maßgeblich ist, dass die Leitung der Stadtwerke den Auswertungsvermerk den Beschlussvorlagen beifügte und sie sich damit den Inhalt des Auswertungsvermerks zu eigen machte. Aus der fehlenden Unterschrift kann nicht geschlossen werden, am Vergabeverfahren sei ein Mitarbeiter der Berater beteiligt gewesen, der in einem Interessenkonflikt gestanden habe. Diese Vermutung entbehrt jeglicher Grundlage. In den Vergabeunterlagen sind namentlich die Berater aufgeführt, die das Vergabeverfahren begleitet haben. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein weiterer oder anderer Berater beteiligt war. Der Vorwurf erfolgt daher vollständig ins Blaue hinein und ist unbeachtlich.

Die Wertungsentscheidung des Gemeinderats brauchte auch nicht weitergehend dokumentiert zu werden. Durch die Abstimmung im Gemeinderat über die Angebote anhand des vorgelegten Auswertungsvermerks und die Erteilung der Zustimmung machten sich wiederum die Mitglieder des Gemeinderats den Auswertungsvermerk zu eigen und zur Grundlage ihrer Entscheidung. Den Vermerk im Einzelnen im Protokoll zu wiederholen, wäre mehr als überflüssige Förmel. Mit der Abstimmung über die einzelnen Zuschlagskriterien entsprechend den Vorgaben in den Vergabeunterlagen machten die Gemeinderatsmitglieder deutlich, dass sie mit dem Auswertungsvermerk nicht nur im Ergebnis, sondern auch mit dessen Ausführungen einverstanden waren. Die Gemeinderatsmitglieder mussten nicht nochmal die gleiche Gedankenführung für sich zu Papier bringen, damit Dritte die Möglichkeit haben nachzuprüfen, auf welcher Grundlage sie ihre Entscheidung trafen.

2. Die Antragsgegnerin hat bei der Wertung der Angebote auch die vorgegebenen Zuschlagskriterien eingehalten. Sie hat alle fünf vorgegebenen Kriterien mit Punkten bewertet. Sie hat keine Unterkriterien gebildet, die sie für die Bewertung verwendet hat. Soweit die Antragsgegnerin bei der Bewertung des Konzepts Überschriften bildete, sind dies keine Unterkriterien der Wertung gewesen. Die Überschriften haben lediglich die in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Inhalte der vorzulegenden Konzepte wiedergegeben. Unter 2.4 der in der Verfahrensbeschreibung enthaltenen Zuschlagskriterien ist nämlich aufgeführt:

"Der Bieter hat in Form eines schriftlich ausformulierten Konzepts darzulegen und zu plausibilisieren, welche Maßnahmen und Instrumente er einsetzt, um dauerhaft die höchstmögliche Ergebnisentwicklung in der Gesellschaft sicherzustellen. Es ist darzulegen,

- (1) *welche Informationen bei der Analyse der Netzentwicklung herangezogen werden.*
- (2) *Anschließend ist die Vorgehensweise bei der Analyse der zukünftigen Pachtentwicklung sowie*
- (3) *bei der Erstellung der Wirtschaftsplanung (Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz, Kapitalflussrechnung) darzulegen.*
- (4) *Weiterhin sind die verwendeten Kennzahlen zur Ableitung von möglichen Maßnahmen sowie*
- (5) *die wesentlichen Steuerungsinstrumente im Einzelnen darzulegen."*

Wenn die Antragsgegnerin im Auswertungsvermerk diese vorgegebenen Themen im Einzelnen betrachtet hat, ist sie ihrer Obliegenheit nachgekommen, den Inhalt der von den Bieter vorgelegten Konzepte umfassend zur Kenntnis zu nehmen und auch, soweit sie die Vorgaben einhalten, der Wertung der Angebote zugrunde zu legen.

Für die Bewertung der Konzepte zur Steuerung der Ergebnisentwicklung hatte die Antragsgegnerin vorgegeben, dass nicht die Ergebnisentwicklung selbst, sondern die Qualität, Fundiertheit und Plausibilität der im Konzept aufgezeigten Maßnahmen, Analysen, Kennzahlen, Vorgehensweisen und Instrumente zur Steuerung der Ergebnisentwicklung, die das Ziel einer dauerhaften höchstmöglichen Ergebnisentwicklung der Gesellschaft sicherstellen (Zielvorstellungen), maßgeblich sind, wobei die Wertung aufgrund eines Vergleichs der Angebote zu erfolgen hatte. Dass die Antragsgegnerin diese Vorgaben nicht umsetzte, ist nicht ersichtlich. Sie hat das Konzept insgesamt gewertet und nicht einzeln unterschiedliche inhaltliche Darstellungen. Dadurch war es ihr möglich zu beachten, dass die Nachteile eines Konzepts bei einem der Inhalte durch Vorteile bei einem oder mehreren der anderen Themen aufgewogen werden konnten, somit die Plausibilität und die Qualität des Gesamtkonzepts zu bewerten und die

Konzepte entsprechend ihren Vorgaben in den Vergabeunterlagen ordnungsgemäß zu werten (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 20.9.2018 - **13 U 166/17** (Kart)). Ergebnis ist, dass die Antragsgegnerin - allein - dem gesamten Konzept der Beigeladenen bescheinigt, dass es fundiert und plausibel und von solcher Qualität ist, dass es im Vergleich zu den anderen Angeboten die Prognose zulässt, dass die Anforderungen am besten erfüllt werden, und hat deswegen vier Punkte erteilt.

3. Die Wertung der Antragsgegnerin verstößt nicht gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens. Es kann nicht festgestellt werden, dass sie die in den Konzepten dargelegten Sachverhalte unvollständig oder unzutreffend erfasste, die selbst aufgestellten Beurteilungsvorgaben nicht beachtete, sachwidrige oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößende Erwägungen anstelle und dass dadurch ihre Wertung fehlerhaft wurde. Allein darauf kann ihre Wertung überprüft werden, da ihr für diesen Verfahrensabschnitt ein Beurteilungsspielraum zustand (vgl. OLG München, Beschluss vom 9.2011 - **Verg 5/11 - ZfBR 2011, 585/592**; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 127 GWB Rn. 48 mwN; Opitz in Beck'scher Vegaberechtskommentar, 3. Aufl., § 127 GWB Rn. 88).

a. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin die Darstellung der "Kaufpreisverwendung" im Konzept der Antragstellerin als nicht bewertungsrelevant behandelt hat.

Davon, dass die Antragsgegnerin ihrer Wertungsentscheidung zugrunde legte, dass die Antragstellerin in ihrem Konzept die Kaufpreisverwendung darstellte und nicht Maßnahmen zur Ermittlung des Kaufpreises und deren Einfluss auf die Entwicklung des Ergebnisses der Gesellschaft, kann nicht ausgegangen werden. Die Antragsgegnerin hat dagelegt, dass der Protokollführer in der Sitzung des Finanzausschusses einen nicht verwendeten unzutreffenden Begriff niederschrieb. Es gibt keinen (weiteren) Anhaltspunkt, dass in der Sitzung des Finanzausschusses, in der die Auswertung der Angebote dargelegt wurde, inhaltlich etwas Anderes erörtert worden sein könnte als das, was inhaltlich auch Gegenstand der Auswertung ist. Dort wurde aber nur festgehalten, dass nachvollziehbar und aus Sicht eines Netzerwerbers selbstverständlich sei, beim Netzerwerb ein Wertgutachten zu erhalten, das einen möglichst niedrigen Erwerbspreis ausweist.

Dass die Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Konzept darüber, dass und wie ein möglichst niedriger Kaufpreis zu erreichen sei, nicht zu ihren Gunsten in die Wertung eingeflossen sind, stellt keinen Fehler dar. In den Vergabeunterlagen war nach dem Einfluss des Kaufpreises auf die Ergebnisentwicklung nicht gefragt. Gefragt war nach einem Konzept, das Maßnahmen, Analysen, Kennzahlen, Vorgehensweisen, Instrumente zur Steuerung der Ergebnisentwicklung der Gesellschaft aufzeigen und dessen Qualität, Fundiertheit und Plausibilität für die Wertung maßgeblich werden sollte. Dafür war von der Antragsgegnerin vorgegeben, dass der Netzkaufpreis dem Ertragswert entspricht.

b. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin keinen Vorteil des Konzepts der Antragstellerin darin gesehen hat, dass sie eine "Netzentwicklungsplanung" dargelegt, während die Beigeladene eine "Zielnetzplanung" konzipiert hat. Im Auswertungsvermerk ist festgehalten, dass die Antragsgegnerin sich allein mit dem Inhalt des Konzepts auseinandergesetzt hat und sich nicht lediglich auf eine Auseinandersetzung mit dem Begriff und einer allgemeinen oder speziellen Begriffsverwendung beschränkt hat. Inhaltlich hat sie keine Vorteile eines der Konzepte gesehen. Deswegen ist es unerheblich, welche Begriffe die Beigeladene und die Antragstellerin benutzt haben. Bei Ihrer Auswertung hat die Antragsgegnerin berücksichtigt, dass beide Bieter interessierte Betroffene in ihre Planungen einbeziehen und ihre Planungen regelmäßig überprüfen und überarbeiten. Soweit die Antragstellerin einen Vorteil ihres Konzepts darin sieht, dass durch ein Online-Tool Transparenz der Entwicklungsplanung hergestellt würde, ist dies nicht maßgeblich. Entscheidend ist, dass die Antragsgegnerin die Verwendung des Tools als nicht plausibleres und wertvollereres Instrument angesehen hat als die im Konzept der Beigeladenen angegebenen Maßnahmen.

Im Übrigen spekuliert die Antragstellerin lediglich, dass das Konzept der Beigeladenen einige vorteilhafte Punkte nicht berücksichtigt habe, die aber ihr eigenes Konzept vorsehe. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin insofern ihre Wertungsvorgaben nicht eingehalten haben könnte, sind nicht ersichtlich.

c. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin in der Verwendung einer Spitzenkennzahl zur Kenntlichmachung von Abweichungen zwischen dem höchstmöglichen Ergebnis und dem tatsächlichen Ergebnis keinen wesentlichen Vorteil des Konzepts der Antragstellerin gegenüber dem der Beigeladenen gesehen hat. Die Antragstellerin trägt selbst vor, dass durch die Verwendung einer Spitzenkennzahl lediglich sichtbar wird, inwieweit sich ihre Erfolgsfaktoren realisiert haben, dass aber für die Darstellung der Situation des Unternehmens ein Kennzahlensystem erforderlich ist; für die Analyse der Gründe, warum ein höchstmögliches Ergebnis nicht erreicht worden sei, dienten die weiteren Kennzahlen auf der "zweiten Kennzahlenebene". Dann kann aber nichts daran auszusetzen sein, dass die Verwendung einer Spitzenkennzahl, die auf einen Blick eine noch näher zu untersuchende Abweichung von Zielvorgaben erkennen lässt, und die unmittelbare Verwendung einer Mehrzahl von Kennzahlen, auf die die Antragstellerin in einem zweiten Schritt sowieso zurückgreifen müsste, nicht unterschiedlich gewichtet worden sind. Insbesondere ist im Auswertungsvermerk positiv angemerkt, dass die Beigeladene zusätzliche Kennzahlen verwendet hat. Daher ist es nicht fehlerhaft, dass die Antragsgegnerin bei der Darlegung von Kennzahlen zur Ableitung von Maßnahmen keines der beiden Konzepte als qualitativ besser, fundierter oder plausibler angesehen hat.

d. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin einen Vorteil des Konzepts der Beigeladenen darin sieht, dass sie nicht lediglich eine kurzfristige und eine mittelfristige Wirtschaftsplanung vorsieht wie das Konzept der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin beurteilt dies als Möglichkeit eines effizienten Planungsprozesses, da auch die Investitionen eine längere als eine mittelfristige Nutzungsdauer haben. Dies sind keine sachwidrigen Erwägungen, die die Antragsgegnerin beim Vergleich der Konzepte im Rahmen ihrer Wertungsvorgaben nicht anstellen durfte. Die Anforderungen einer fünfjährigen Finanzplanung in § 103 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a GemO bzw. § 4 EigenbetriebsVO verbieten nicht, dass eine Kommune bezüglich ihrer Investitionen und Beteiligungen auch längerfristig planen darf als lediglich fünf Jahre. Die Vergabeunterlagen beschränkten den Planungszeitraum nicht.

Der Umstand, dass die Antragstellerin für die Zinsentwicklung und ihre Auswirkungen auf die Investitionen und den Gewinn der Gesellschaft und damit die Ergebnisentwicklung auf einen zwanzigjährigen Zeitraum abgestellt hat, ist etwas anderes als ein längerfristiger Planungszeitraum und brauchte daher von der Antragsgegnerin nicht gleich gewichtet zu werden.

e. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin dem Online-Tool der Antragstellerin keinen wesentlichen Vorzug vor dem von der Beigeladenen dargelegten Online-Tool einräumt. Die Antragsgegnerin hat ausgeführt, dass die digitalen Werkzeuge, die die Beigeladene verwendet, im Hinblick auf

ihre, der Antragsgegnerin, Zielvorgaben denen der Antragstellerin vergleichbar seien und gleichermaßen fundiert, plausibel und qualitativ gleichwertig bewertet würden. Anhaltspunkte dafür, dass diese Wertung fehlerhaft sein könnte, sind nicht ersichtlich. Die Antragstellerin spekuliert lediglich, welche Instrumente der Beigeladenen zur Verfügung stehen, kennt diese aber nicht und unterstellt lediglich, dass das Konzept der Beigeladenen keine den eigenen vergleichbaren Funktionen aufweist.

f. Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin einen Grund für die Bevorzugung des Angebots der Beigeladenen darin gesehen hat, dass deren Konzept auch Erläuterungen zur Ergebnisentwicklung für den Fall eines Wechsels des Netzbewirtschaftungsmodells enthält. Die Vorgaben der Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen haben sich nicht auf die Konstellation beschränkt, dass das Leitungsnetz verpachtet wird und Pachteinnahmen erzielt werden. Es ist danach gefragt worden, wie der Bieter eine dauerhafte, höchstmögliche Ergebnisentwicklung der Gesellschaft sicherstellen will. Räumt ein Bieter, wie auch die Antragstellerin, die Möglichkeit ein, dass schon nach sechs Jahren das Netzbewirtschaftungsmodell sich ändert und die Gesellschaft den Netzbetrieb übernimmt, wird ein Konzept zur Entwicklung des Ergebnisses der Gesellschaft vollständiger und plausibler, wenn es nicht lediglich Ausführungen zu einer zukünftigen Pachtgeldentwicklung, sondern auch Ausführungen zu einem möglichen eigenen Netzbetrieb enthält. Dies war für einen durchschnittlichen Bewerber bei sorgfältiger Lektüre der Zuschlagskriterien nicht nur erkennbar; es drängte sich auf. Die Vergabeunterlagen schränkten das vorzulegende Konzept nicht auf ein Modell ein. Ausdrücklich wird zwar nicht vorgegeben, dass auf alle Netzbetreibungsmodelle einzugehen ist, die Gegenstand des Angebots sind. Anders konnte ein verständiger Bieter aber die Anforderungen nicht verstehen. Gefragt war nicht nach allgemeinen Darlegungen zu Ergebnissesteuerungsinstrumenten. Das einzureichende Konzept ist vielmehr Teil des Angebots. Sieht das Angebot die Möglichkeit vor, dass das Netzbetreibungsmodell sich ändert, ist in einem vollständigen Konzept, das sich auf das Angebot bezieht, auch auf eventuell geänderte Verhältnisse einzugehen. Denn mit der Änderung des Netzbetreibungsmodells ändern sich die Ertragsgrundlagen. Der Umstand, dass, wie die Antragstellerin vorträgt, sich mit der Übernahme der Netzbetreibertätigkeit durch die Gesellschaft im Vergleich zum Pachtmodell kein höheres Ergebnis innerhalb der Gesellschaft realisieren lasse, bedeutet nicht, dass sich nicht die Voraussetzungen für die Ergebnisentwicklung der Gesellschaft ändern und dazu Ausführungen gemacht werden können, seien es auch lediglich Darlegungen, dass und warum die gleichen Instrumente etc. zur Ertragslagenoptimierung verwendet werden. Diesbezügliche Ausführungen müssen daher auch gewertet werden können.

Es ist auch nicht fehlerhaft gewesen, dass die Antragsgegnerin im Bietergespräch mit der Antragstellerin nicht darauf hinwies, dass sie im Rahmen des Steuerungskonzepts auf die Darstellung verschiedener Geschäftsmodelle auf Grundlage von unterschiedlichen Szenarien der Optionsausübung Wert lege. Die Antragsgegnerin hatte die Wertungskriterien festgelegt und konnte diese ohne Änderung der Vergabeunterlagen nicht mehr ändern. Es war Aufgabe allein des Bieters, ein Konzept für das Angebot mit eventuell mehreren Modellen zu entwickeln.

Für die Wertung ist zudem nicht maßgeblich, dass das Konzept eines Bieters vorher festgelegte Anforderungen erfüllt. Für die Wertung maßgeblich ist nach den Vorgaben allein, welches der vorgelegten Konzepte nach Auffassung der Antragsgegnerin qualitativ bessere, fundiertere und plausiblere Maßnahmen, Analysen, Kennzahlen, Vorgehensweisen und Instrumente zur Steuerung der Ergebnisentwicklung aufzeigt.

h. Kein Kriterium für die Beurteilung der Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin kann sein, dass die Antragstellerin "wesentliche" Bausteine des von ihr vorgelegten Konzepts zur Steuerung der höchstmöglichen Ergebnisentwicklung als einzigartig und als aufgrund der Einzigartigkeit im Vergleich zum - ihr unbekannten - Konzept der Beigeladenen an verschiedenen Stellen zweifelslos für die Kooperationsgesellschaft vorteilhaft bezeichnet. Entscheidend ist, welches Konzept die Antragsgegnerin anhand der von ihr festgelegten Kriterien für plausibel hält.

4. Ein Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabegesetzes liegt auch nicht darin, dass die Antragsgegnerin es durch Gemeinderatsbeschluss vom 29.9.2020 abgelehnt hat, die Beigeladene gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3, § 124 Abs. 1 Nr. 4 oder § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen. Durch die Ablehnung hat die Antragsgegnerin nicht gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens verstößen.

a. Die genannten Vorschriften verlangen, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausschlussvorschrift als erfüllt ansieht, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles prüft und abwägt, ob der Ausschluss eine sachlich gerechtfertigte und mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbarende Reaktion auf den Anlass wäre. Diese Ermessensentscheidung des Auftraggebers ist grundsätzlich lediglich darauf überprüfbar, ob nicht alle für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ermittelt wurden, der Zweck der Ermächtigung verkannt, oder ob bewusst aus willkürlichen, unsachlichen Motiven gehandelt wurde (Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergabegesetz, 5. Aufl., § 124 GWB Rn. 15)

b. Bei der Entscheidung, die Beigeladene nicht wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB bzw. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen, hat die Antragsgegnerin nicht ihre Ermessen fehlerhaft ausgeübt oder die Grenzen ihres Ermessens überschritten.

Sie durfte offenlassen und hat offengelassen, ob der Tatbestand der Vorschriften erfüllt ist. Sie hatte zwar aufgrund des von ihr eingeholten Rechtsrats ihrer Verfahrensbevollmächtigten erhebliche Zweifel, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der genannten Bestimmungen erfüllt waren, hat dies aber entgegen den Vorwürfen der Antragstellerin unterstellt. Protokolliert worden sind die Ausführungen des Bürgermeisters in der Gemeinderatssitzung vom 29.9.2020, dass sehr streitig sei, ob die Tatbestände der beiden Vorschriften verwirklicht seien oder nicht. Doch selbst wenn die Tatbestände verwirklicht seien, sei kein Anlass zu sehen, an der Integrität und Eignung der Beigeladenen zu zweifeln.

Der Antragsgegnerin war für ihre Entscheidungsfindung kein eventuell relevanter Sachverhalt zugunsten der Beigeladenen vorenthalten worden. Den Gemeinderäten war in der Beschlussvorlage der vollständige relevante Sachverhalt unterbreitet worden. Ihnen lagen der Schriftsatz der Antragstellerin vom 13.8.2020 mit deren rechtlicher Beurteilung, Auszug des Schriftsatzes vom 18.8.2020 und eine Stellungnahme der Beigeladenen zu dem Verfahren der Landesenergielkartellbehörde vor, außerdem auszugsweise die Einstellungsverfügung der Landesenergielkartellbehörde vom 30.6.2020. In der Beschlussvorlage war erklärt, dass die Landeskartellbehörde das Verfahren eingeleitet hatte, weil mehreren Gemeinden in den Jahren 2009 bis 2013 das Angebot der Muttergesellschaft der Beigeladenen angenommen hatten, sich zu günstigen Bedingungen, allerdings mit einer Rückwerksklausel an ihr zu beteiligen. In der Beschlussvorlage wurde auch auf die Verpflichtung der Muttergesellschaft der Beigeladenen, die Beteiligungen aufzulösen und 4 Mio. Euro als Vorteilsabschöpfung zu zahlen eingegangen, was allgemein bekannt gegeben worden war, und zwar als zukünftige Maßnahme dargestellt und nicht als abgeschlossene.

Der Umstand, dass dem Gemeinderat die Einstellungsverfügung nicht insgesamt, sondern nur in Auszügen vorlag, ist für die Frage der Einhaltung der

Grenzen für die Ermessensausübung unerheblich. Auf den fehlenden Seiten beschreibt die Behörde im Wesentlichen den Verfahrensgang. Verwertbare Einzelheiten zu den der Beigeladenen vorgeworfenen Rechtsverstößen, aus denen zusätzliche Erkenntnisse über die Schwere des Verstoßes hätten gezogen werden können, enthält die Verfügung nicht.

Unerheblich ist auch, dass seit der Einstellungsverfügung keine drei Jahre vergangen sind. Gemäß § 126 Nr. 2 GWB beträgt die Höchstdauer für die Möglichkeit eines Ausschlusses nach § 124 GWB drei Jahre "ab dem betreffenden Ereignis", falls das Unternehmen keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der öffentliche Auftraggeber vor Ablauf der drei Jahre im Rahmen der Ermessensausübung dazu kommt, dass eventuelle Verstöße des Unternehmens der Bejahung einer Eignung nicht im Wege stehen. Die Ermessensausübung der Antragsgegnerin ist somit nicht deshalb fehlerhaft, weil sie berücksichtigt hat, dass die Muttergesellschaft der Beigeladenen sich zu den erwähnten Maßnahmen verpflichtet hat. Darauf, ob die Muttergesellschaft der Beigeladenen rechtzeitig ausreichende Maßnahmen für eine Selbstreinigung getroffen hatte, kommt es nach alledem nicht an. Abgesehen davon kann nicht berücksichtigt werden, dass diese nicht an der Aufklärung mitwirkte. Denn der Sachverhalt war unstreitig, er wurde lediglich rechtlich unterschiedlich bewertet. Mit der Eingehung ihrer Verpflichtung gegenüber der Landesenergielkartellbehörde hat sie keine Schuld eingeräumt. Zu Lasten der Beigeladenen hat die Antragsgegnerin auch keine mangelnde Kooperationsbereitschaft der Beigeladenen mit der Landesenergielkartellbehörde im Rahmen des Ermessens beachten müssen. Kooperationsbereitschaft verlangt nicht die Aufgabe der eigenen rechtlichen Bewertung.

Das Ermessen der Antragsgegnerin war angesichts der Einstellung des kartellrechtlichen Verfahrens der Landesenergielkartellbehörde nicht auf null reduziert.

Die angeblichen wettbewerbseinschränkenden Absprachen wurden nicht im laufenden Vergabeverfahren getroffen, sondern Jahre zuvor (vgl. Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 Rn. 31). Gegen eine Ermessensreduzierung auf null sprach, was die Antragsgegnerin beachtet durfte, das Schreiben der Landesenergielkartellbehörde vom 18.8.2020, dass sie aufgrund des eingestellten Verfahrens keinen Grund gesehen hat, die Beigeladene vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen, sie die von ihr erhobenen Vorwürfe also zumindest aufgrund der Verpflichtungserklärung nicht als besonders gravierend eingeschätzt haben kann. Nicht zu Lasten der Beigeladenen brauchte die Antragsgegnerin zu berücksichtigen, dass die Beteiligungen, die die Beigeladene einzelnen Gemeinden zwischen 2009 und 2013 gewährte und zumindest bis 2020 bestanden haben, längerfristig noch Wirkung entfalten könnten. Denn die Beigeladene verpflichtete sich gegenüber der Landeskartellbehörde, diese Beteiligungen zu beenden und einen Betrag in Höhe des Vorteils, den sie aus den mit den Beteiligungen verbundenen Rechten gezogen hatte, an die Staatskasse abzuführen.

Insbesondere war nicht Zweck der Ermessensausübung im Hinblick auf einen eventuellen Ausschluss, ein etwaiges Fehlverhalten der Beigeladenen in der Vergangenheit zu sanktionieren, sondern zu prognostizieren, ob die Beigeladene trotz eines - unterstellten - Verstoßes eine geeignete und zuverlässige Partnerin des Kooperationsvertrags sein kann.

Die Antragsgegnerin hat für die Ausschlusentscheidung einen Verstoß der Muttergesellschaft angenommen und das Problem, ob der Beigeladenen das Verhalten zugerechnet werden kann, ausgeklammert. Offenbleiben kann daher, ob der Tatbestand des § 124 Abs. 4 GWB erfüllt war bzw. hinreichende Anhaltspunkte dafür vorlagen.

c. Die Grenzen der Ermessensausübung hat die Antragsgegnerin auch nicht dadurch überschritten, dass sie die Beigeladene nicht wegen der Übermittlung irreführender Informationen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c GWB ausschloss. Auch diesbezüglich hat die Antragsgegnerin die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands unterstellt, einen Ausschluss aber als unverhältnismäßig angesehen, weil die Äußerungen in einem hochstreitigen Vergabenachprüfungsverfahren zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen gedient hätten. Dies ist nicht zu beanstanden.

Abgesehen davon hat die Antragstellerin den Vorwurf erhoben, bevor sich die Antragsgegnerin damit beschäftigte, und ist sie nach der Entscheidung der Antragsgegnerin nicht mehr darauf zurückgekommen. Zum Zeitpunkt des Vorwurfs konnte die Antragsgegnerin somit noch nicht gegen Vergabevorschriften verstößen haben. Der Vorwurf kann nicht als Rüge eines Verstoßes ausgelegt werden.

5. Zurecht beanstandet die Antragstellerin allerdings, dass die Vergabekammer keine mündliche Verhandlung durchführte. Durch die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung entgegen § 166 Abs. 1 S. 1 GWB beging die Vergabekammer einen Verfahrensfehler. Es bestand kein Grund, von der mündlichen Verhandlung abzusehen. Bis Mitte/Ende Mai hatte die Vergabekammer ausreichend Möglichkeit, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass sich die Verhandlungsteilnehmer nicht der Gefahr aussetzen, mit dem COVID-19-Virus infiziert zu werden.

Allerdings führt dies nicht dazu, dass die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und zur erneuten Entscheidung nach mündlicher Verhandlung an die Vergabekammer zurückzugeben ist. Denn die Gewährung rechtlichen Gehörs ist durch die - erforderliche - mündliche Verhandlung vor dem Vergabesrat gewährleistet worden. Die Antragstellerin hat ausreichend Gelegenheit gehabt, mündlich Stellung zu nehmen.

6. Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hat sich durch die Entscheidung über die Beschwerde erledigt.

III.

Da die sofortige Beschwerde keinen Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Antragstellerin gemäß §§ 175 Abs. 2, 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens über den Antrag, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu verlängern, sowie die der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für die Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten trägt.