

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Karlsruhe > 2018 > 30.10.2018 - 15 Verg 7 / 18

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 134 GWB; § 15 Abs. 5 VgV

Stichworte:

Nicht ausreichende Bieterinformation, Aufklärung

Leitsatz (redaktionell):

1. Genügt das Bieterinformationsschreiben nicht den Vorgaben des § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB, führt dies nicht zu einem Vergabeverstoß, der auf die Rechtsposition eines Antragstellers Einfluss haben könnte, sondern mindert die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge in einem nachfolgenden Nachprüfungsverfahren.
2. Ein Angebot muss nicht aufgeklärt werden, wenn es um die Nachvollziehbarkeit und rechnerische Richtigkeit einer vom Auftragnehmer gewählten Berechnungsmethode geht und nicht auf das Rechenergebnis ankommt.

Entscheidungstext:

In Sachen

pp.

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hemmerich-Dornick, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Delius und die Richterin am Oberlandesgericht Dittmar am 30.10.2018 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2018 beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 03.08.2018 - 1 VK 30/18 - wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der

notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen sowie die Kosten des Antrags auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB.

3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.850.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrags hinsichtlich der Ausschreibung einer strategischen Partnerschaft für die gemeinsame Bewerbung im Verfahren um die Vergabe von Wegenutzungsverträgen zur Verlegung und zum Betrieb von Strom- und Gasversorgungsleitungen.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 29.09.2017 schrieben die Antragsgegnerinnen die strategische Partnerschaft europaweit im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. An dem Verfahren beteiligten sich unter anderem die Antragstellerin, eine einhundertprozentige Tochter der XXX, einem regionalen Energie- und Umweltdienstleister sowie die beigeladene Bietergemeinschaft, die aus der XXX und der XXX besteht. Die Antragstellerin ist Bestandskonzessionärin für die Gaskonzession, die XXX Bestandskonzessionärin für die Stromkonzessionen auf den Gebieten der Antragsgegnerinnen. Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs wurden den Bietern weitere Vergabeunterlagen, bestehend aus einer Verfahrensbeschreibung und den Vertragsunterlagen, zur Verfügung gestellt. Die Bieter hatten unter anderem Entwürfe eines im Rahmen der Gründung des gemeinschaftsunternehmens abzuschließenden Konsortialvertrages, eines Gesellschaftsvertrages und eines Pachtvertrages zwischen der Konsortialgesellschaft und dem Bieter, die die von den Antragsgegnerinnen formulierten Zielvorstellungen bestmöglich berücksichtigen, und ein Konzept zu den wirtschaftlichen Anforderungen für den Konzessionszeitraum einzureichen. Hierzu erhielten die Bieter eine Beschreibung der Auswahlkriterien (Anlage 1), die die Antragsgegnerinnen ihrer Auswahlentscheidung zugrunde legten, die in die Hauptkriterien - I. Konzept "Ausgestaltung des Konsortial- und Pachtvertrag", II. Konzept "Ausgestaltung Gesellschaftsvertrag" und III. Konzept „Businessplan“ -, Unterkriterien sowie teilweise Unter-Unterkriterien gegliedert waren. Es konnten höchstens 715 Punkte erreicht werden. Mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragten die Antragsgegnerinnen ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten, XXX. Die Antragstellerin und die Beigeladene reichten jeweils ein finales Angebot ein. Die XXX wertete auch die Angebote aus und fasste das Ergebnis in einem sogenannten Auswertungsgutachten zusammen. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht bei allen Kriterien mit der vollen Punktzahl bewertet. Mit Vorabinformation vom 29.06.2018 teilte die XXX der Antragstellerin mit, dass nicht auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werde, da sie bezogen auf die Zuschlagskriterien nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Ihr Angebot erziele 665 Punkte, der Bestbieter erreiche 689 Punkte. In einer dem Schreiben beigefügten tabellarischen Übersicht war die von der Antragstellerin erreichte Punktzahl nach den in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Hauptkriterien aufgegliedert. Mit Schreiben vom 03.07.2018 rügte die Antragstellerin verschiedene Vergabeverstöße. Sie machte unter anderem geltend, dass das Informationsschreiben nicht die in § 134 Abs. 1 S. 1 GWB geforderten Mindestanforderungen erfülle und dass die Angebotswertung fehlerhaft sei. Zudem rügte sie einen Verstoß gegen den Geheimhaltungswettbewerb. Mit Schreiben vom 05.07.2018 teilte die XXX der Antragstellerin ihre in den Unterkriterien erreichten Punkte mit und wies die Rügen im Übrigen zurück. Eine Mitteilung, welche Punkte die Antragstellerin in den jeweiligen Unter-Unterkriterien erreichte, erfolgte nicht. Am 09.07.2018 reichte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Baden-Württemberg einen Nachprüfungsantrag ein mit dem Ziel, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, hilfsweise die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Angebotswertung zu wiederholen. Zur Begründung trug sie vor, die Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB sei unzureichend gewesen. Denn es fehle eine aussagekräftige Begründung, weshalb Punktabzüge vorgenommen worden seien und aus welchen Gründen der Bestbieter einen höheren Wert erzielt habe. Die Antragsgegnerinnen hätten die Angebote fehlerhaft gewertet. Dies ergebe sich daraus, dass die XXX in den Vergabeverfahren 15 Verg 5/18 (1 VK 18/18 - XXX -) und 15 Verg 6/18 (1 VK 19/18 - XXX), die die Ausschreibung strategischer Partnerschaften in den Gemeinden XXX und XXX betreffen und die von geringen Unterschieden abgesehen identische Auswahlkriterien aufwiesen, vorgetragen hätten, dass sie aus ihrer Sicht bei allen Auswahlkriterien die bestmöglichen Konzepte angeboten hätten, dem Konzessionsgeber extrem weit entgegengekommen seien und Zugeständnisse gemacht hätten, die sich nicht mehr überbieten ließen. Lege

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

man diese Selbsteinschätzung der XXX zugrunde, sei es ausgeschlossen, dass diese im vorliegenden Verfahren ein noch besseres Angebot eingereicht habe. Hinsichtlich des Kriteriums „Ausgestaltung des Konsortial- und Pachtvertrag“ habe die XXX in den Verfahren XXX und XXX deutlich unter 90 Prozent gelegen, sodass sie ein erheblich verbessertes Angebot hätte einreichen müssen, was im Hinblick auf ihre Angaben ausgeschlossen sei. Daher sei davon auszugehen, dass die Angebote fehlerhaft gewertet worden seien. Bezüglich des Konzepts II „Ausgestaltung Gesellschaftsvertrag“ habe sie, die Antragstellerin, in ihren Angeboten maximale Spielräume zu Gunsten des Konzessionsgebers eingeräumt. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb sie von den erreichbaren 210 Punkten nur 196 Punkte erhalten habe. Auch hinsichtlich des Konzepts III „Businessplan“ könne nicht nachvollzogen werden, dass die XXX ihr Angebot gegenüber den in den Vergabeverfahren XXX und XXX erzielten Ergebnissen derartig steigern können. Eine solche Steigerung sei auch nicht damit erklärbar, dass die XXX derzeitige Eigentümerin der Stromverteilernetze sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Beigeladene auf unternehmerische Renditen verzichte, was einen Verstoß gegen § 3 KAV darstelle. Zudem sei das Angebot unangemessen niedrig; eine Angemessenheitsprüfung hätten die Antragsgegnerinnen nicht durchgeführt. Zudem sei nicht erklärlich, weshalb das Angebot der Antragstellerin beim Konzept III eine deutliche Verschlechterung erfahren habe. Hierbei gehe sie, die Antragstellerin, davon aus, dass die Wertung nach den bekannt gemachten absoluten Wertungsmaßstäben erfolgt sei und nicht eine relative Wertung vorgenommen worden sei. Sollte die Antragsgegnerin relativ gewertet haben, stelle dies einen Verstoß gegen Wettbewerbs- und Transparenzgrundsätze dar. Sollte sich bei nochmaliger Prüfung der Angebote herausstellen, dass die Beigeladene signifikante Änderungen in ihrem finalen Angebot vorgenommen habe, könne dies nur möglich sein, wenn sie Informationen zu ihren, der Antragstellerin, Angeboten erhalten habe, was einen Verstoß gegen den Geheimhaltungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB darstelle. Dies würde eine schwere Verfehlung im Sinne von § 124 Nr. 3 GWB bedeuten und müsse den Angebotsausschluss zur Folge haben.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 03.08.2018 ohne mündliche Verhandlung teilweise als unzulässig, im Übrigen als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen. Der Vortrag der Antragstellerin zur Punktvergabe habe nicht § 167 Abs. 2 S. 1 GWB entsprochen, der bestimme, dass die Beteiligten an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken hätten. Obwohl der Antragstellerin aufgrund des Schreibens von XXX vom 05.07.2018 bekannt gewesen sei, in welchen Unterkriterien Punktabzüge vorgenommen worden seien, sei sie hierauf nicht im Einzelnen eingegangen, sondern habe vorgetragen, es sei ausgeschlossen, dass das Angebot der XXX als Teil der beigeladenen Bietergemeinschaft ein noch besseres Angebot eingereicht habe als in den Verfahren 1 VK 18/18 und 1 VK 19/18. Hierbei verkenne die Antragstellerin, dass der Vortrag der XXX in den beiden anderen Verfahren der juristischen Argumentation gedient habe und im hier vorliegenden Verfahren schon aufgrund der anderen Bieterstruktur und der Beteiligung der XXX als Bietergemeinschaft unbeachtlich bleiben müsse. Prüfungsmaßstab sei allein das vorliegende Vergabeverfahren. Ein Vergleich mit der Wertung der anderen Vergabeverfahren verbiete sich, zumal diese nicht identisch gewesen seien. Auch die in den drei Verfahren erreichbare Höchstpunktzahl differiere. Es sei es nicht Aufgabe der Vergabekammer, einen Vergleich der drei Verfahren und der dortigen Wertung ohne hierauf bezogenen Vortrag der Antragstellerin vorzunehmen. Zudem habe die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vortrag nicht identische, sondern lediglich weitgehend identische Angebote abgegeben. Ob die Bewertung dieser ähnlichen Angebote in den drei Verfahren fehlerfrei erfolgt sei, könne die Kammer nicht beurteilen, da die Wertungskriterien jeweils verschieden gewichtet worden seien. Daher bedürfe es auch keiner Entscheidung, ob die Antragsgegnerinnen eine absolute oder eine relative Wertung der Angebote vorgenommen hätten. Nichts anderes ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 31.08.2018 hinsichtlich der Subkriterien Laufzeit der Kooperation, Sonderkündigungsrechte und Stimmgewichtung in den Gremien ergänzend vorgetragen habe. Wenn sie in diesen Punkten die volle Punktzahl erhalten hätte, wäre ihr Angebot immer noch schlechter gewesen als das der Beigeladenen. Soweit die Antragstellerin die Verletzung des Geheimhaltungsgrundsatzes rüge, stelle dies eine Behauptung ins Blaue

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

hinein dar. Vielmehr sei davon auszugehen, dass nicht unzulässige Informationen, sondern das schlechtere Abschneiden in den Verfahren 1 VK 18/18 und 1 VK 19/18 die XXX dazu veranlasst habe, ihre Angebote zu überarbeiten und verbesserte Angebote vorzulegen. Soweit die Antragstellerin das Vorabinformationsschreiben als ungenügend rüge, sei der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet. Aus dem Wortlaut des § 134 GWB ergebe sich, dass der Auftraggeber verpflichtet sei, die Gründe für die Nichtberücksichtigung, nicht aber eine Begründung im Einzelnen anzugeben.

Da der Nachprüfungsantrag zum großen Teil unzulässig, im Übrigen offensichtlich unbegründet sei, sei auch die beantragte Akteneinsicht nicht zu gewähren gewesen.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Die Vergabekammer überspanne die Anforderungen an ihre Rüge- und Mitwirkungspflichten. Dies gelte schon deshalb, weil ihr zwar auf Rüge die Bewertung der Unterkriterien, nicht jedoch die aller Unter-Unterkriterien mitgeteilt worden sei, sodass es ihr nicht möglich gewesen sei, konkreter vorzutragen. Die Gründe für die Punktabzüge seien ihr ohnehin unbekannt. Daher sei ihr nur die Möglichkeit geblieben, die Rüge der fehlerhaften Wertung auf Indizien zu stützen. Sie habe sich auch nicht darauf zurückgezogen, lediglich zu behaupten, ein bestmögliches Angebot abgegeben zu haben, vielmehr habe sie auf schlüssige Weise dargelegt, dass sie in den Parallelverfahren nahezu identische Angebote vorgelegt habe, aber trotzdem weniger Punkte als in den anderen Verfahren erhalten habe, was bei der von den Antragsgegnerinnen vorgegebenen absoluten Bewertungsmethodik nicht der Fall hätte sein dürfen. Wenn die Vergabekammer ausführe, dass nicht erkennbar sei, ob sie, die Antragstellerin, alle Unterpunkte, bei denen sie nicht die volle Punktzahl erreicht habe, angreifen wolle, so sei festzuhalten, dass es sich von selbst verstehe, dass sie die Wertung bei sämtlichen Kriterien, bei denen ein Punktabzug erfolgt sei, angreife. Zudem sei nicht bekannt, bei welchen Unter-Unterkriterien ein Punktabzug vorgenommen worden sei. Sie habe auch nicht gegen die Verfahrensförderungspflichten nach § 167 Abs. 2 GWB verstoßen. Daher hätte ihr auch die Akteneinsicht durch die Vergabekammer nicht verwehrt werden dürfen. Zudem hätte das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen werden müssen, weil es auf unternehmerische Rendite in einem unerlaubt hohen Maß verzichte. Dies stelle einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV dar und bedeute zudem eine rechtswidrige Vergünstigung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwingend zum Ausschluss des Angebots führen müsse. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihre Ausführungen zum Verstoß gegen den Geheimhaltungswettbewerb, den sie bereits vor der Vergabekammer gehalten hat. Nachdem die Antragstellerin Akteneinsicht in das Auswertungsgutachten von XXX erhalten hatte, hat sie ergänzend zu der Wertung der Unterkriterien, bei denen ein Punktabzug erfolgt war, vorgetragen (wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage BF 23 zum Schriftsatz vom 02.10.2018 verwiesen).

Im Beschwerdeverfahren hat die Antragstellerin zudem geltend gemacht, vertrauliche Hinweise erhalten zu haben, wonach dem von den Kommunen eingerichteten Arbeitskreis ihr Angebot als erstplatziertes vorgestellt worden sei. Nach der Überarbeitung des Auswertungsgutachtens durch den fachlichen Berater der Beigeladenen, das von den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen übernommen worden sei, sei dann ein Vergabevorschlag zugunsten der Beigeladenen unterbreitet worden. Dies habe zur Folge, dass die Angebotswertung wiederholt werden müsse und die Beigeladene nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. a, b und c GWB vom Verfahren auszuschließen sei. Die Entscheidung über den Zuschlag hätte nicht in nicht öffentlicher Sitzung erfolgen dürfen. Sollte der Senat die Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18 wegen Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot aufheben bzw. zurückversetzen, weil der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen die Muttergesellschaft der hiesigen Antragstellerin (Beigeladene in den Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18) in einem Rechtsstreit mit der XXX vor dem Landgericht Mannheim beriet, hätte dies auch Auswirkung auf das vorliegende Verfahren und müsse folglich auch zur Aufhebung bzw. Zurückversetzung des hiesigen Verfahrens führen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

Sie beantragt daher, den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 03.08.2018 - 1 VK 30/18 - aufzuheben und die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen und den Zuschlag unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen; hilfsweise: Die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts fortzusetzen; hilfsweise zum Hilfsantrag, die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts zu wiederholen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Zu Recht habe die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Rüge der Wertung als unzulässig behandelt. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin seien die Unterschiede in den Vergabeverfahren keineswegs rein redaktioneller, sondern auch inhaltlicher Natur gewesen. Auch seien die Kriterien in den verschiedenen Verfahren unterschiedlich gewichtet worden. Zudem lasse die Antragstellerin unberücksichtigt, dass die Beigeladene im vorliegenden Verfahren als Bietergemeinschaft anbiete, während in den Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18 die XXX als Einzelbieterin aufgetreten sei. Die Vorabinformation und das Nichtabhilfesreiben hätten den gesetzlichen Vorgaben entsprochen. Die Wertung könne die Antragstellerin nicht angreifen. Schon die Annahme der Antragstellerin, es sei die Äußerung der XXX in den Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18, bei allen Auswahlkriterien die bestmöglichen Konzepte angeboten zu haben, zugrunde zu legen, sei falsch. Denn hierbei habe es sich um eine juristische Argumentation und nicht um eine belastbare Tatsache gehandelt. Die Antragstellerin habe zudem, anders als sie glauben mache, gerade keine weitgehend identischen Angebote eingereicht. Das Angebot der Beigeladenen müsse nicht ausgeschlossen werden. Ein unangemessen niedriges Angebot liege nicht vor. Der von der Antragstellerin behauptete Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV sei unzutreffend, weil es im Konzeptteil III nicht um die garantierte Zusage einer bestimmten Kapitalrendite, sondern um eine rechnerisch richtige und auf plausiblen Planungsprämissen basierende Einschätzung zu den künftigen Renditechancen des unternehmerischen Engagements der Kooperation gehe. Diese Erwartung sei in den Angebotsunterlagen ausführlich erläutert worden. Diese Erläuterungen seien maßgeblich für die Bewertung. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen den Geheimhaltungswettbewerb rüge, sei diese Rüge ins Blaue hinein erfolgt. Dass zwischen dem indikativen und dem finalen Angebot der Beigeladenen ein Unterschied bestehe, sei der Tatsache geschuldet, dass das vorliegende Verfahren in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren durchgeführt worden sei. Zudem habe sie keinerlei greifbaren Anhaltspunkte für ihre Behauptung angegeben. Die behauptete Manipulation der Wertung entbehre jeder Grundlage. Die Entscheidungsfindung über den Zuschlag sei durch ordnungsgemäße Beschlussfassung unter Beachtung des Kommunalrechts durch die Gemeinderäte der Antragsgegnerinnen wegen berechtigter Interessen Dritter in nicht öffentlicher Sitzung erfolgt.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt, sich aber schriftsätzlich der Argumentation der Antragsgegnerinnen angeschlossen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, jedoch nicht begründet.

A. Die sofortige Beschwerde ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft; sie wurde auch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 172 Abs. 1 und Abs. 2 GWB formgerecht eingelegt und begründet.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

B. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist hinsichtlich der Rüge der Verletzung des Geheimhaltungsgrundsatzes und der Rüge eines mangelhaften Vorabinformationsschreibens und hinsichtlich des Begehrens der Wiederholung bzw. Zurückversetzung des Verfahrens im Hinblick auf die Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18 unzulässig. Soweit die Antragstellerin ein unangemessen niedriges Angebot, eine Manipulation der Wertungsentscheidung sowie die Wertung und eine fehlerhafte Willensbildung hinsichtlich der Vergabeentscheidung durch die Antragsgegnerinnen rügt, ist ihr Nachprüfungsantrag zulässig, jedoch unbegründet.

1. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet.

Ausschreibungsgegenstand ist ein den Schwellenwert übersteigender öffentlicher Auftrag über Dienstleistungen. Offen bleiben kann, ob dieser der Sektorenverordnung oder der Konzessionsvergabeverordnung unterliegt. Von der Festlegung hängt die Entscheidung nicht ab. Dass die Ausschreibung eventuell nicht entsprechend dem einschlägigen Vergaberechtsregime erfolgte, war bereits aus der Bekanntmachung ersichtlich, denn dort wurde eine Konzession ausgeschrieben. Ein Rüge erfolgte innerhalb der Frist von § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB nicht. Für die Entscheidung über die von der Antragstellerin erhobenen Rügen sind entweder dieselben oder inhaltsgleiche Vorschriften der SektVO oder der KonzVgV maßgeblich.

Es spricht allerdings mehr dafür, dass keine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 GWB, sondern ein Dienstleistungsauftrag nach gemäß § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB vergeben werden soll, auch wenn der Auftrag in den Ausschreibungsunterlagen als Dienstleistungskonzession bezeichnet wurde. Zwar sind Gegenstand der Ausschreibung u.a. der Betrieb und die Sicherstellung des öffentlichen Stromnetzes, die als Teil der von den Antragsgegnerinnen geschuldeten Daseinsvorsorge zur Versorgung der Bevölkerung mit Energie Beschaffungscharakter haben. Gegenstand der Ausschreibung sind aber auch operative Tätigkeiten im Falle der Konzessionsvergabe, wie die Unterstützung bei der Bereitstellung der kaufmännischen Systeme. Es spricht dagegen wenig dafür, dass unter normalen Betriebsbedingungen die Erwirtschaftung des Investitionsaufwands und der Kosten nicht erfolgen kann (§ 105 Abs. 2 GWB), weil das Marktrisiko des Betreibers aufgrund der Monopolstellung des Konzessionärs nach § 46 EnWG und der hohen Regulierungsdichte der Preise gering ist (vgl. Dicks/Kulartz in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. § 105 Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, VII-Verg 26/12 -juris; Beschluss vom 04.02.2013, VII-Verg 31/12 - juris).

2. Soweit die Antragstellerin die Vorabinformation nach § 134 GWB als unzureichend rügt, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

Vorliegend ist der Verstoß gegen die in § 134 GWB geregelten Informations- und Wartepflichten nicht geeignet, einen eventuellen Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB zu begründen. Die Information über den Ausgang des Vergabeverfahrens und die Pflicht des Auftraggebers, den Zuschlag nicht vor Ablauf der Wartepflicht zu erteilen, soll einem unterlegenen Bieter die Möglichkeit eröffnen, gegen die Auswahlentscheidung im Wege eines Nachprüfungsverfahrens vorgehen zu können. Das ihrer Ansicht nach unzureichende Bieterinformationsschreiben vom 29.06.2018 hinderte die Antragstellerin nicht, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Mit Zustellung des Nachprüfungsantrags folgt aus § 169 Abs. 1 GWB ein Zuschlagsverbot; eine Überprüfung der Vergabeentscheidung erfolgt durch die Nachprüfungsinstanzen.

Sollte das Bieterinformationsschreiben und das Antwortschreiben auf die Rüge der Antragstellerin vom 03.07.2018 nicht den Vorgaben des § 134 Abs. 1 S. 1 GWB genügt haben, führt dies nicht zu einem Vergabeverstoß, der auf die Rechtsposition der Antragstellerin Einfluss haben könnte, sondern mindert die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge in einem nachfolgenden Nachprüfungsverfahren.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

3. Der Nachprüfungsantrag ist auch unzulässig, soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb und damit einen Verstoß gemäß § 97 Abs. 1 GWB rügt.

Eine hinreichende Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB liegt insoweit nicht vor.

a) Zwar sind an den Inhalt der Rüge keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Sie hat ernsthaft, konkret und verbindlich zu erfolgen und muss dem Auftraggeber zu erkennen geben, welches Verhalten der Bieter als Vergabefehler einstuft und dass der Bieter die Beseitigung des von ihm geltend gemachten Verstoßes fordert (vgl. Gabriel/Mertens in BeckOK Vergaberecht, Stand 31.07.2018, § 160 GWB, Rn. 197). Hierbei darf der Antragsteller im Vergabenachprüfungsverfahren auch das behaupten, was er aus seiner Sicht der Dinge nur für wahrscheinlich oder für möglich hält. Unzulässig und damit unbeachtlich sind jedoch willkürliche, aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06 - juris Rn. 39; Senatsbeschluss vom 15.10.2008, 15 Verg 9/08 - juris; Beschluss vom 16.06.2010, 15 Verg 4/10 - juris Rn. 19). In Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizits muss es genügen, dass ein Bieter konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergabeverstoßes begründen (Senatsbeschluss vom 16.06.2010, a.a.O.; OLG München, Beschluss vom 11.06.2007, Verg 6/07 - juris Rn. 28).

b) Dies zugrunde gelegt fehlt der Antragstellerin hinsichtlich der Rüge des Geheimwettbewerbs die Antragsbefugnis. Zwar bestimmt § 97 Abs. 1 GWB, dass der öffentliche Auftraggeber seine Leistungen im Wettbewerb zu beschaffen hat. Wesentliches und unverzichtbares Kennzeichen einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bieter. Nur dann, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote seiner Mitbewerber um den Zuschlag anbietet, ist ein echter Bieterwettbewerb möglich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, VII Verg 31/12 – juris Rn. 46).

Den Verstoß gegen den Geheimhaltungsgrundsatz begründet die Antragstellerin damit, dass sich anders die erhebliche Besserbewertung des Angebots der Beigeladenen nicht erklären lasse. Dies reiche als Indiz dafür aus, damit der Senat im Wege der Amtsermittlung das im vorliegenden Verfahren eingereichte Angebot der Beigeladenen mit den Angeboten in den vorangegangenen Verfahren die Gemeinden XXX und XXX betreffend vergleiche. Sollte sich hierbei herausstellen, dass die Beigeladene Strukturen und Ansätze verwendet habe, die die XXX in den vorangegangenen Verfahren noch nicht verwendet habe, spreche dies dafür, dass sie Informationen zu den Angeboten der Antragstellerin erhalten habe.

Mit ihrer Rüge bewegt sich die Antragstellerin im Bereich reiner Spekulation. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Beigeladenen Informationen aus dem Angebot der Antragstellerin zugeflossen sind, zeigt sie nicht auf. Dass die Beigeladene ein überarbeitetes Angebot abgegeben hat, ist, wie die Vergabekammer zutreffend ausführte, Konsequenz der gescheiterten Bewerbungen ihres Mitgliedes, der XXX, und Ausfluss vernünftigen Wirtschaftens.

4. Einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot in den Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18, weil der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen die Muttergesellschaft der hiesigen Antragstellerin (Beigeladene in den Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18) in einem Rechtsstreit mit der XXX vor dem Landgericht Mannheim beriet, kann die Antragstellerin im laufenden Verfahren nicht mehr gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 oder 3 GWB rügen, denn die maßgeblichen Umstände waren ihr lange vor Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens bekannt, weil der energiewirtschaftliche Berater nach außen hin für die Bieter erkennbar am Vergabeverfahren beteiligt war. Zudem stehen die strategischen Partnerschaften in den Gemeinden XXX (15 Verg 5/18) und XXX (15 Verg 6/18) weder rechtlich noch tatsächlich in einem direkten Zusammenhang mit der Ausschreibung der Antragsgegnerinnen, so dass eine mögliche Aufhebung oder Zurückversetzung dieser Verfahren vergaberechtlich für das vorliegende Verfahren

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

ohne Bedeutung ist. Da der energiewirtschaftliche Berater der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen im Übrigen den Mutterkonzern der Antragstellerin beriet, ist fraglich, ob sich die Antragstellerin nunmehr auf einen Interessenkonflikt berufen könnte.

5. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

a) Die Antragstellerin hat sich mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt und dadurch ihr Interesse am Auftrag dokumentiert, § 160 Abs. 2 GWB. Außerdem macht sie Vergaberechtsverstöße geltend, die sie in ihren Rechten verletzen können.

b) Das Rügeschreiben vom 03.07.2018 enthält nicht lediglich ins Blaue hinein erhobene Vorwürfe, denen keinerlei konkrete Anhaltspunkte für einen möglichen Vergaberechtsverstoß zugrunde liegen. Die Antragstellerin hat die Rüge einer fehlerhaften Wertung plausibel dargelegt, indem sie im Wege einer Vergleichsbetrachtung mit den ähnlichen Anforderungen unterliegenden Vergabeverfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18 eine fehlerhafte Wertung ihres Angebots ableitete.

In Fällen, in denen der Bieter erst aufgrund der Einsicht in die Vergabeunterlagen nähere Angaben machen kann, weil nur dort die Erwägungen für die einzelnen Wertungen niedergelegt sind, reicht es aus, wenn das rügende Unternehmen eine konkrete Tatsache benennt, aus welcher sich der Verdacht eines Vergaberechtsverstößes ergibt (vgl. auch OLG München, Beschluss vom 11.06.2007, Verg 6/07 - juris Rn. 31). Erst im Nachprüfungsverfahren ist der Bieter aufgrund der Akteneinsicht in der Lage, den Vergaberechtsverstoß näher zu konkretisieren. Denn gerade die Wertung der Angebote betrifft den Entscheidungsprozess der Vergabestelle und spielt sich ausschließlich in deren Sphäre ab.

Eine entsprechend konkrete auf die jeweiligen Handlungen durch die Antragsgegnerinnen bezogene Stellungnahme erfolgte auch durch die Antragstellerin nach der gewährten Akteneinsicht. Zwar dient die Rüge dazu, dem öffentlichen Auftraggeber Gelegenheit zu geben, Abhilfe zu schaffen. Dies wäre den Antragsgegnerinnen auch, ohne dass ihnen vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Einzelheiten bekannt waren, aus denen die Antragstellerin die fehlerhafte Wertung ableitet, möglich gewesen, zumal sie ohne jede Einschränkung die Auffassung vertreten, die Angebote zutreffend gewertet zu haben, ohne nochmals in eine Überprüfung einzutreten.

Die Gründe, aus denen nach Ansicht der Antragstellerin die Beigeladene auszuschließen ist und in welcher Weise der Beschluss über die Vergabeentscheidung in den Gremien der Antragsgegnerinnen gefasst wurde, sind der Antragstellerin erst im laufenden Nachprüfungsverfahren bekannt geworden.

6. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

a) Gründe, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, bestehen nicht.

aa) Ein Ausschluss wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots kommt nicht in Betracht.

Allein der Umstand, dass die Beigeladene in den vorangegangenen Verfahren 15 Verg 5/18 und 15 Verg 6/18 Erklärungen dazu abgegeben hat, dass sie mit ihren Angeboten den dortigen Auftraggeberinnen weitestgehend entgegen gekommen ist, stellt keine wirtschaftlich belastbare Tatsache für die Frage dar, ob das Angebot unangemessen niedrig ist. Zudem ist die XXX anders als in den anderen beiden Verfahren nicht alleinige Bieterin, sondern Teil einer Bietergemeinschaft, was Einfluss auf die wirtschaftliche und kalkulatorische Ausgangssituation haben kann.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

Der Vortrag, die Beigeladene habe bei ihrem Angebot preislich-rechtliche Bestimmungen der KAV missachtet sowie eine höhere als die für höchstzulässig zu erachtende Rendite versprochen, beruht lediglich auf Vermutungen. Lediglich vermuteten Vergaberechtsverstößen ist im Nachprüfungsverfahren nicht nachzugehen (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06 - juris Randnr. 39). Im Übrigen sind zugesagte Renditen nach § 3 Abs. 2 KAV nur dann unzulässige Finanzleistungen, wenn sie als eine spezifische Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten vereinbart oder gewährt werden (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2009, ENZR 15/06 - juris Rn. 30; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, VII Verg 31/12 - juris Rn. 65). Es fehlt vorliegend bereits an einer derartigen Verknüpfung, denn die Antragsgegnerinnen haben sich für eine getrennte Vergabe der Wegenutzungsrechte entschieden. Vertragliche Verknüpfungen zwischen den im jetzigen Vergabeverfahren gemachten Renditezusagen und dem noch ausstehenden Verfahren zur Vergabe der Strom- und Gaskonzessionen sieht der ausgeschriebene Konsortialvertrag nicht vor. Mit Konzeptteil III wird nicht die garantierte Zusage einer bestimmten Kapitalrendite durch den Bieter abgefragt, sondern eine rechnerisch richtige und auf plausiblen Planungsprämissen basierende Einschätzung zu den künftigen Renditechancen des unternehmerischen Engagements der Kooperation.

bb) Zwar kann eine schwere Verfehlung des Bieters zum Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB führen. Voraussetzung wäre, dass die Beigeladene im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die ihre Integrität in Frage gestellt wird. Angeblich unzutreffende Äußerungen der Beigeladenen im Zusammenhang mit der Abwerbung des Mitarbeiters durch die Antragstellerin erfüllen diese Voraussetzungen nicht.

cc) Auch ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB kommt nicht in Betracht. Denn dass sich die Beigeladene durch unlautere Mittel einen Vorteil im Vergabeverfahren verschafft hat, ist nicht nachgewiesen.

Die Behauptung der Antragstellerin, dem fachliche Berater der Beigeladenen sei das Auswertungsgutachten übergeben worden, damit er es so modifiziere, dass die zunächst zweitplatzierte Beigeladene an die erste Stelle rücke, hat sich nicht bestätigt. Für ihre Behauptung hat sich die Antragstellerin auf Äußerungen der Bürgermeister der Gemeinden XXX und XXX bezogen, die diese gegenüber dem Technikvorstand und dem Leiter Kommunalmanagement der XXX gemacht haben sollen. Der Bürgermeister der Gemeinde XXX, XXX, hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat entschieden verneint, bei Gesprächen mit dem Bürgermeister der Gemeinde XXX, Herrn XXX, über Details des hiesigen Verfahrens gesprochen zu haben oder eine Manipulation durch den fachlichen Berater der Beigeladenen behauptet zu haben. Bestätigt wird dies durch den von den Antragsgegnerinnen vorgelegten Screenshot der WhatsApp Nachrichten des Herrn XXX (BG 4). Aus diesen ergibt sich auch, dass sich XXX gegenüber der XXX nicht dahingehend geäußert hat, dass das Auswertungsgutachten durch XXX verändert worden sei. Zudem hat der fachliche Berater der Beigeladenen an Eides statt versichert, dass er nicht an der Auswertung der Angebote mitgewirkt habe. Vor diesem Hintergrund bedurfte es der Vernehmung des Technikvorstandes sowie des Leiters Kommunalmanagement der ... nicht mehr.

b) Die Wertung des Angebots der Antragstellerin ist nicht zu beanstanden.

Nach den vergaberechtlichen Vorschriften berücksichtigt der Auftraggeber bei der Wertung der Angebote die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannten Kriterien und gewichtet sie entsprechend der Bekanntmachung. Die Nachprüfungsinstanzen können die Ausübung des Beurteilungsspielraums nur eingeschränkt überprüfen. Die Überprüfung beschränkt sich darauf, ob vom öffentlichen Auftraggeber das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, ob er von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und ob sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemeinen gültigen Beurteilungsmaßstäbe

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

hält (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 12.01.2012, 13 Verg 8/11 - juris Rn. 41; 51; Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 58 VgV Rn. 7).

aa) I. Konzept "Ausgestaltung des Konsortial- und Pachtvertrag" (1) Nicht zu beanstanden ist, dass bei dem Unterkriterium Nr. 4 lit. b „Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten des Pachtvertrages“ (Gewichtungsfaktor 2 - maximale Punktzahl 10) ein Abzug von vier Punkten erfolgte. Insoweit hat die Antragstellerin in den Unterlagen zur Bewertung und Gewichtung folgendes vorgegeben:

Fünf Punkte = erzielt ein Angebot, das die in diesem Verfahrensbrief sowie den Vertragsunterlagen genannten Anforderungen voll erfüllt.

Drei Punkte = erzielt ein Angebot, das die genannten Anforderungen und Ziele. Ob eine derartige vertragliche Gestaltung im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG selbst zulässig wäre, spielt hierfür keine Rolle. § 97 Abs. 6 GWB verleiht überwiegend voll erfüllt.

Ein Punkt = erzielt ein Angebot, das die genannten Anforderungen und Ziele überwiegend nicht voll erfüllt.

Null Punkte = erzielt ein Angebot, das unzureichende Angaben enthält.

Die Antragstellerin bot ein Kündigungsrecht des Pachtvertrags nach fünf Jahren mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ablauf eines Kalenderjahres an. Die Beigeladene bot ein jederzeitiges Kündigungsrecht an und erhielt dafür die volle Punktzahl. Den in dem Verfahrensbrief genannten Zielvorstellungen entsprach das Angebot der Antragstellerin damit nicht voll.

Ob eine derartige vertragliche Gestaltung im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG selbst zulässig wäre, spielt hierfür keine Rolle. § 97 Abs. 6 GWB verleiht einen Anspruch allein auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergaberecht (vgl. Schneevogel in: Heiermann/Zeiss/Summa, a.a.O., § 97 GWB Rn. 174). Dieser Grundsatz muss auch im Rahmen der Überprüfung der Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden. Die Prüfung der Vorschriften des EnWG unter Berücksichtigung der Auffassung der Kartellbehörden kommt auch nicht im Rahmen einer Inzidentprüfung in Betracht (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 18.06.2012, X ZB 9/11 - juris Rn. 14). Eine getrennte Ausschreibung der strategischen Partnerschaft und eines daran anschließenden Konzessionsvergabeverfahrens ist grundsätzlich vom Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gedeckt (vgl. OLG Düsseldorf, VII-Verg 26/12 - juris Rn. 68). Dass die doppelte Ausschreibung unter Umständen zu einer Verlängerung des Verfahrens und höherem Aufwand für die Bieter führen kann, ändert daran nichts; denn Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie sind vergaberechtlich grundsätzlich ohne Belang (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O. - juris Rn. 70). Dass das jederzeitige Kündigungsrecht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, behauptet die Antragstellerin selbst nicht.

(2) Auch der Abzug von 8 Punkten bei dem Unterkriterium Nr. 6 lit. a „Laufzeit der Kooperation“ (Gewichtungsfaktor 4 - maximale Punktzahl 20) ist nicht zu beanstanden. Denn vorgesehen war ein Gleichlauf der Kündigungsmöglichkeiten vom Pacht- und Konsortialvertrag. Zur Laufzeit des Pachtvertrages kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden. Nicht mehr gerügt werden kann, dass aufgrund des Gleichlaufs der Kündigungsmöglichkeit beide Unterkriterien denselben Zielvorstellungen genügen müssen. Die Vorgabe der aufeinander abgestimmten Kündigungsmöglichkeiten ergab sich bereits aus den Vergabeunterlagen und hätte von der Antragstellerin innerhalb der Frist von § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB gerügt werden müssen.

bb) II. Konzept "Ausgestaltung Gesellschaftsvertrag"

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

(1) Ebenso wenig fehlerhaft war der Abzug von sechs Punkten beim Unterkriterium Nr. 4 lit. b - „Kündigungsmöglichkeiten“ der KG“ (Gewichtungsfaktor 3 - maximale Punktzahl 15), denn die Antragstellerin bot eine Kündigungsfrist für den Gesellschaftsvertrag mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende und kein jederzeitiges Kündigungsrecht an. Es blieb damit hinter den Zielvorstellungen der Antragsgegnerinnen zurück. Aus den Vergabeunterlagen ergab sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass es den Antragsgegnerinnen auf eine möglichst frühe Kündigungsmöglichkeit ankam. Nichts anderes ergibt sich aus der Beschreibung im Verfahrensbrief vom 22.01.2018 (S. 24), worin ausgeführt wird, dass eine vor diesem Zeitpunkt liegende frühere Kündigungsmöglichkeit positiv bewertet wird. Ob eine Kündigung zum Ende des Geschäftsjahres gebräuchlich und zweckmäßig ist, spielt hierfür keine Rolle. Bewertet wurden die Konzepte und deren Flexibilität.

Gremien“ (Gewichtungsfaktor 4 - maximale Punktzahl 20) ist nicht zu beanstanden, da die Antragstellerin mit ihrem Angebot den Vorgaben der Antragsgegnerinnen nicht voll entsprach. Im Verfahrensbrief vom 22.01.2018 (S. 25) formulierten sie die Anforderungen dahin, dass es Ziel sei, eine Stimmgewichtung, die dem Verhältnis der Gesellschaftsbeteiligungen der Konzessionsgeber und des Bieters entspricht und gleichzeitig eine disquotale Ausgestaltung zwischen den Konzessionsgebern ermöglicht, zu erreichen. Dass die Antragsgegnerinnen zum Ergebnis kamen, der Vorschlag der Antragstellerin setze diese Vorgaben nur teilweise um, ist zutreffend. Denn der Vorschlag der Antragstellerin sah mit der Regelung, wonach den Kommunen je 1,0 € drei Stimmen gewährt werden, während die Antragstellerin je 1,0 € nur eine Stimme erhalten sollte, eine von der Gesellschaftsbeteiligung abweichende und damit disquotale Stimmgewichtung zwischen den Kommunen und dem Bieter vor. Damit bot die Antragstellerin jedoch nicht mehr, sondern etwas anders an, als die Unterlagen der Antragsgegnerinnen vorgaben. Zudem kann das von der Antragstellerin angebotene Vetorecht zwar im Ergebnis zu einer disquotalen Stimmgewichtung zwischen den Konzessionsgebern führen. Ein Vetorecht eröffnet jedoch nur die Möglichkeit, Einspruch einzulegen und Entscheidungen zu verhindern, verändert aber die Stimmgewichtung nicht.

cc) III. Konzept „Businessplan“

(1) Beim Unterkriterium Nr. 1 lit. a „Simulation der kalkulatorischen Restwerte des Strom- und Gasverteilernetzes“ (Gewichtungsfaktor 3 - maximale Punktzahl 15 Punkte) erfolgte der Punktabzug bei der Antragstellerin, weil die rechnerische Richtigkeit und Nachvollziehbarkeit nicht in vollem Umfang gegeben war. Insoweit verletzte die Antragstellerin ihren Beurteilungsspielraum nicht. Soweit auch das Angebot der Beigeladenen Mängel bei der rechnerischen Richtigkeit und Nachvollziehbarkeit aufwies, erfolgte auch dort in gleicher Weise ein Punktabzug. Die Antragsgegnerinnen verletzten auch nicht dadurch ihren Beurteilungsspielraum, dass sie der Antragstellerin nicht im Wege der Aufklärung Gelegenheit zur Korrektur gaben oder den offensichtlichen Rechen- und Übertragungsfehler selbst korrigierten. Aus den Vergabeunterlagen ergab sich, dass es den Antragsgegnerinnen auf die Nachvollziehbarkeit und rechnerische Richtigkeit ankam. Damit schied eine Korrektur aus, weil die folgerichtigen Berechnungen und nicht das Rechenergebnis bewertet wurde.

Soweit die Antragstellerin eine mangelhafte Datengrundlage für die in ihrem Angebot festgestellte Unrichtigkeit mitverantwortlich macht, kann sie ihre Rüge schon deshalb nicht darauf stützen, weil für die Bieter nach Ziffer 5 der Verfahrensbeschreibung - Teil 1 - eine umgehende Erkundigungspflicht bestand. Dass die Antragstellerin die Antragsgegnerinnen auf diesen Umstand aufmerksam gemacht hat, hat sie nicht vorgetragen.

(2) Auch der Punktabzug beim Unterkriterium Nr. 1 lit. b „Prognose der Netzentwicklung in den Photojahren und Ableitung kostenbasierter Pachterlöse“ (Gewichtungsfaktor 4 - maximale Punktzahl 20) erfolgte im Rahmen des den Antragsgegnerinnen zustehenden Beurteilungsspielraums. Wie beim Unterkriterium Nr. 1 lit. a kam es

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

auf Nachvollziehbarkeit und Richtigkeit an; aus dem Grund schied eine Aufklärung aus. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

(3) Zu Recht vergaben die Antragsgegnerinnen auch beim Unterkriterium Nr. 1 lit. e „PlanCashflow-Rechnung“ (Gewichtungsfaktor 2 - maximale Punktzahl 10) nicht die volle Punktzahl, weil auch hier auf die Nachvollziehbarkeit und Richtigkeit der gewählten Berechnungsmethode ankam. Aus dem Grund schied eine Aufklärung aus. Insoweit kann ebenfalls auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

(4) Ob beim Unterkriterium Nr. 2 lit. c „Ableitung der abgeschätzten Netzkauftpreise bzw. der Anteilspreise“ der vorgenommene Punktabzug sachlich gerechtfertigt war, kann offen bleiben. Denn auch wenn die Antragstellerin bei diesem Kriterium die volle Punktzahl erhalten müsste, würde dies am Endergebnis der Wertung nichts ändern. Dann hätte das Angebot der Antragstellerin statt 665 Punkte 671 Punkte erreicht. Es lag damit immer noch hinter dem an erster Stelle liegenden Angebot der Beigeladenen, das 689 Punkte erzielte. Damit wäre selbst bei Vorliegen eines Wertungsfehlers zu diesem Kriterium die Zuschlagschance der Antragstellerin nicht feststellbar geschmälert worden. In einem solchen Fall besteht aber keine Veranlassung, in das Vergabeverfahren einzugreifen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, VII-Verg 39/16 – juris Rn. 78; Beschluss vom 15.06.2010, VII-Verg 10/10 – juris Rn. 20/21).

c) Der öffentlichen Auftraggeber hat die Entscheidung, wem der Zuschlag zu erteilen ist, in eigener Verantwortung zu treffen. Hiergegen haben die Antragsgegnerinnen nicht verstoßen.

Einen Verstoß stellt es nicht dar, dass die Antragsgegnerinnen die Durchführung der Ausschreibung der XXX und damit Dienstleistern mit entsprechend qualifiziertem Sachverstand übertragen. Nicht zulässig ist es allerdings, die Verantwortung für die Vergabe auf den Berater zu übertragen (vgl. (OLG München, Beschluss vom 29.09.2009, Verg 12/09 - juris Rn. 77; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.02.2004, 1 Verg 17/03 - juris). Allerdings genügt für eine eigene Entscheidung die Genehmigung der durch den fachlichen Berater vorgeschlagenen Wertung. Das abschließende, von XXX erstellte Auswertungsgutachten lag am 19.06.2018 vor. Danach hatte das Angebot der Beigeladenen die höchste Punktzahl erreicht. Die Entscheidung, dass der Zuschlag auf

das Angebot der Beigeladenen erteilt werden solle, erfolgte dann jeweils in nicht öffentlichen Gemeinderatssitzungen der Antragsgegnerinnen am 28.06.2018, wie der Bürgermeister der Gemeinde XXX in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mitteilte. Unabhängig davon, dass die Beschlussfassung über den Zuschlag unter Beachtung des Kommunalrechts (hier: § 35 und § 39 GemO BW) erfolgte, ist nicht dies, sondern eine (hier vorliegende) eigenverantwortliche Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers maßgeblich.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 120 Abs. 2 i. V. mit 78 S. 1 und 2 GWB. Da die Antragstellerin in der Hauptsache unterlegen ist, sind ihr auch die Kosten im Verfahren nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt gemäß § 50 Abs. 2 GKG aufgrund des von den Antragsgegnerinnen mitgeteilten Vertragswertes.

Dr. Hemmerich-Dornick

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht

Dr. Delius

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018, 15 Verg 7 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 8.3.2019

Richter am Oberlandesgericht

Dittmar

Richterin am Oberlandesgericht