

Gericht:	OLG Düsseldorf 2. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	27.09.2023
Aktenzeichen:	2 U 2/22 (Kart)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2023:0927.2U2.22KART.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	JURIS
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. September 2023 – 2 U 2/22 (Kart) –, juris

Tenor

Die Berufung der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin begeht, dass der Antragsgegnerin untersagt wird, im Rahmen der Vergabe eines Stromkonzessionsvertrags mit der derzeitigen erstplatzierten Bieterin einen Konzessionsvertrag abzuschließen.
- 2 Die Antragstellerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in F. und Partnerin des bisherigen Strom-Konzessionsvertrags mit der Antragsgegnerin, der am 31.01.2021 auslief.
- 3 Die Antragsgegnerin machte mit Anzeige im elektronischen Bundesanzeiger vom 24.01.2019 das Verfahren über den Neuabschluss eines Stromkonzessionsvertrags für das Stadtgebiet von C. bekannt und forderte interessierte Unternehmen auf, bis zum 03.05.2019 ihr Interesse an dem Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags zu bekunden.
- 4 Die Antragstellerin, damals firmierend unter J., gab fristgerecht eine Interessenbekundung ab, ebenso wie die T. (im Folgenden: T.). Bei der T. handelt es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen des Zweckverbands F.1, der mit 25,1% an der T. beteiligt ist, und der T.1, die mit 74,9 % beteiligt ist. Letztere ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin.
- 5 Die T. ist bisher im Unternehmensverbund mit der Stadtwerke C. als klassisches Mehrspartenunternehmen mit Aufgaben in allen Bereichen der kommunalen Ver- und Entsorgung betraut. Die Tätigkeitsbereiche umfassen den Strom- und Gasvertrieb, die Strom- und Wärmeerzeugung, den Betrieb des Gasverteilnetzes der Stadt C., den Betrieb eines örtlichen Wärmeversorgungsnetzes sowie die Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung nebst dem Betrieb der zugehörigen Netzinfrastrukturen. Über Erfahrungen betreffend den Betrieb eines Stromnetzes verfügt die T. hingegen nicht.
- 6 Die Antragsgegnerin versandte mit Schreiben vom 13.05.2019 den ersten Verfahrensbrief (Anlage Ast 1, Bl. 46 d. A.) mit der Aufforderung zur Abgabe der indikativen Ange-

bote zum Abschluss eines Konzessionsvertrags mit einer Höchstlaufzeit von 20 Jahren. Zum Nachweis der Eignung wird dort unter Punkt B Nachfolgendes gefordert:

- 7 *"Sie werden zunächst aufgefordert, die Eignung Ihres Unternehmens für den Netzbetrieb durch Einreichen entsprechender Unterlagen nachzuweisen."*
- 8 *Dieser Nachweis umfasst:*
- 9 1. Vorlage der behördlichen Genehmigung des Netzbetriebs im bisherigen Netzgebiet nach § 4 EnWG oder eines vergleichbaren Nachweises oder
- 10 2. Bei Fehlen einer solchen Genehmigung / eines solchen Nachweises eine schlüssige Darstellung dazu, dass Ihr Unternehmen zum Betrieb eines Verteilnetzes grundsätzlich in der Lage ist.
- 11 *Sofern sich Ihr Unternehmen für den Netzbetrieb Dritter bedienen wird (Pächter oder Betriebsführer), ist die Eignung für den Dritten wie vorstehend nachzuweisen."*
- 12 Dem Verfahrensbrief waren als Anlage 1 die Auswahlkriterien in Form einer Wertungsmatrix beigefügt. Die Antragsgegnerin hatte insgesamt zehn Bewertungskriterien aufgestellt, nämlich Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit, Baumaßnahmen, Endschaftsregelungen, Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 KAV, Konzessionsabgabe und Vertragslaufzeit. Diese waren wiederum in drei bis sieben Unter- und Unterkriterien mit jeweils unterschiedlicher Gewichtung aufgeteilt, wobei es eine maximal zu erreichende Punktzahl von 10.000 Punkten gab. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage 1 zum Verfahrensbrief, "Auswahlkriterien für den Abschluss des Stromkonzessionsvertrages der Stadt C." (Bl. 62 d. A.) Bezug genommen.
- 13 Ausweislich Punkt D des Verfahrensbriefs sollte eine relative Bewertung der Angebote erfolgen. Zu der Wertung heißt es dort wie folgt:
- 14 *"Der Zuschlag wird auf das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl erteilt. Jedes in der Anlage 1 aufgeführte Kriterium wird auf einer Skala von 0 – 10 Punkten bewertet und mit der im Kriterienkatalog angegebenen Gewichtungszahl multipliziert sowie anschließend mit den Ergebnissen der anderen Kriterien addiert. Insgesamt ergibt sich damit ein Maximalwert von 10.000 Punkten. Das Angebot, das von allen Angeboten insgesamt die höchste Punktzahl erreicht, wird als bestes Angebot gewertet."*
- 15 *Die Bewertung der Angebote erfolgt relativ. Das bedeutet: Die Angebote werden mit Blick auf jedes Kriterium wertend verglichen. Der Vergleich erfolgt anhand der oben genannten Punkteskala von 0 – 10 Punkten. Das in einem Kriterium im Vergleich zu den anderen Angeboten jeweils beste Angebot erhält bei diesem Kriterium 10 Punkte. Das beste Angebot zum jeweiligen Kriterium ist dasjenige, welches die in diesem Verfahrensbrief unter C.II. genannten Anforderungen und Ziele zu dem jeweiligen Kriterium im Vergleich aller Angebote am besten erfüllt. Die übrigen Angebote erhalten in Bezug auf das im jeweiligen Kriterium beste Angebot eine entsprechende niedrigere Punktzahl, die der qualitativen Abweichung des Angebots zum besten Angebot entspricht."*
- 16 Ebenfalls beigefügt war als Anlage 2 das Muster eines "Konzessionsvertrag(s) für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung der Stadt C." (Bl. 66 d. A.).

- 17 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 29.05.2019 die von der Antragsgegnerin festgelegten Wertungsgrundlagen in Bezug auf die Punkte C. II. 2. Preisgünstigkeit, C. II. 2.1. - 2.3. Netznutzungsentgelte und C. II. 3.5. Bereitstellung von Netzanschlüssen und stellte nach unterbliebener Abhilfe einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der mit Urteil des Landgerichts Dortmund vom 08.10.2019, Az. 13 O 10/19 [EnW], zurückgewiesen wurde.
- 18 Nachdem die Antragstellerin, damals noch firmierend unter J., und die T. jeweils ihre indikativen Angebote abgegeben hatten, führte die Antragsgegnerin mit beiden Bieterin separate Bietergespräche, mit der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin am 05.08.2020 (vgl. Protokoll, Bl. 610 ff. d. A.). Im Nachgang hierzu versandte die Antragsgegnerin den zweiten Verfahrensbrief vom 16.09.2020 (Anlage AG 1, Bl. 608 d. A.) und forderte die Bieter unter gleichzeitiger Übersendung des Protokolls des jeweiligen Bietergesprächs auf, bis zum 15.12.2021 ein verbindliches Angebot abzugeben. Der zweite Verfahrensbrief weist darauf hin, dass das Angebot die Darstellung des künftigen Netzbetriebs in der Stadt sowie den angebotenen Konzessionsvertrag enthalten müsse. Dabei müsse sich die Darstellung des künftigen Netzbetriebs im Aufbau an den mit dem ersten Verfahrensbrief versandten Auswahlkriterien orientieren, wobei ausschließlich die zu dem jeweiligen konkreten Kriterium dort getroffenen Aussagen bewertet würden. Weiter heißt es in dem Verfahrensbrief:
- 19 "Soweit der Bieter in seinem verbindlichen Angebot beispielsweise allgemein auf gesetzliche Vorgaben, Regelwerke, DIN-Vorschriften oder interne Richtlinien verweist, kann dies nur gewertet werden, soweit er einzelne Maßnahmen konkret benennt und darstellt."
- 20 Unter dem 14.12.2020 gab die Antragstellerin ihr verbindliches Angebot (Anlage AG 2, Bl. 616 ff. d.A.), einschließlich des Entwurfs des abzuschließenden Konzessionsvertrags (Anlage AG 3, Bl. 877 ff. d.A.) ab. Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Netzbetriebskonzept soll ihre 100%ige Tochtergesellschaft, die X., die Aufgaben als Verteilnetzbetreiberin der allgemeinen Versorgung im Sinne des EnWG im Stadtgebiet von C. übernehmen. Die X. hat auch in den vergangenen Jahrzehnten das streitgegenständliche Stromverteilnetz in eigener Verantwortung als Netzbetreiberin betrieben und ist Eigentümerin des Netzes. Dem Angebot der Antragstellerin war das Schreiben der X. vom 11.12.2020 (Anlage Ast 15, Bl. 1404 d. A..) beigefügt, mit dem diese erklärt, von der Bewerbung der X 1. um die Stromkonzession in der Stadt C. vollumfänglich in der Fassung des verbindlichen Angebots vom 11.12.2020 Kenntnis genommen zu haben, und mit dem sie bestätigt, für die in der Bewerbung beschriebenen Aktivitäten im Bereich des Netzbetriebes und der Netzdienstleistungen gegenüber der X 1. einzustehen und diese Leistungen zu erbringen.
- 21 Die T. gab ebenfalls ein Angebot ab. Sie übersandte mit Schreiben, datierend auf den 14.12.2020 (Anlage Ast 4, Bl. 212 d. A.), ihr verbindliches Angebot vom 15.12.2020 (Anlage AG 4, Bl. 915 ff. d. A.) einschließlich des Konzessionsvertragsentwurfs (Anlage AG 5, Bl. 1321 ff. d. A.). Nach dem Konzept der T. wird sie selbst Netzbetreiberin sein, wobei zur Durchführung des Stromnetzbetriebs bestimmte Aufgaben an eine Betriebsführerin, die F 1. (nachfolgend F 1.) übertragen werden sollen. Zum Nachweis der Eignung der Betriebsführerin legte die T. als Anlage 1 zu dem vorgenannten Schreiben eine Genehmigung des Landes I. vom 02.06.2010 gemäß § 4 EnWG vor, mit welcher der F 1. bestätigt wird, die technische, wirtschaftliche und personelle Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit

- sigkeit für den Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsnetzes zu besitzen. Zudem legte sie Erweiterungen der Genehmigung auf weitere Konzessionsgebiete vom 22.05.2012 und vom 20.12.2019 vor (vgl. Anlage ASt 5, Bl. 214 d. A.). Als Anlage 5 zu dem vorgenannten Scheiben wurde ferner der zwischen der F 1. und der T. geschlossene "Vertrag über die Betriebsführung des Stromverteilnetzes in dem Gebiet der Stadt C." vom 14.12.2020 (Anlage ASt 12, Bl. 454 d. A.) übersandt.
- 22 Mit der Auswertung der Angebote beauftragte die Antragsgegnerin ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten, die einen 131 Seiten umfassenden Auswertungsvermerk vom 20.08.2021 fertigten. Der Auswertungsvermerk enthält zu jedem Wertungskriterium, Unter- sowie Unter-Unterkriterium eine Begründung der Bepunktung nach folgendem Schema: Zunächst wird die Gewichtung des Kriteriums benannt, sodann werden die Anforderungen und Ziele der Stadt gemäß dem ersten Verfahrensbrief zu dem jeweiligen Kriterium - soweit vorhanden - wiedergegeben, bevor die Angebotsinhalte der Antragstellerin und der T. jeweils einzeln zu dem jeweiligen Wertungspunkt dargestellt werden und schließlich die Bepunktung der Angebote in Relation zueinander begründet wird. Hinsichtlich der Einzelheiten der Bewertung durch die Antragsgegnerin wird auf den Auswertungsvermerk vom 20.08.2021 - "Bewertung der verbindlichen Angebote" (Anlage ASt 3, Bl. 75 d. A.) verwiesen. Das Angebot der Antragstellerin erhielt im Ergebnis 8.725 Punkte und das der T. 9.825 Punkte. Der Stadtrat der Antragsgegnerin beschloss in seiner Sitzung vom 02.09.2021 der Antragsgegnerin auf der Grundlage des vorgenannten Auswertungsvermerks, der T. den Zuschlag zu erteilen.
- 23 Die Antragstellerin wurde daraufhin mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.09.2021 (Anlage ASt 2, Bl. 70 d. A.) im Wege der Vorabinformation nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG über die beabsichtigte Vergabe an die T. in Kenntnis gesetzt. Dem Schreiben war eine tabellarische Übersicht über die Wertungspunkte beigefügt, die die beiden Bieter in den einzelnen Auswahlkriterien erreicht haben.
- 24 Mit Schreiben vom 28.09.2021 (Anlage ASt 17, Bl. 1407 d. A.) stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Akteneinsicht. Die Antragsgegnerin übermittelte der Antragstellerin daraufhin unter dem 16.12.2021 den ungeschwärzten Auswertungsvermerk vom 20.08.2021 sowie weitere Kopien der Vergabeakte, darunter auch das Angebot der T. in einer um Betriebsgeheimnisse teilgeschwärzter Form. Der Betriebsführerervertrag zwischen der T. und der Betriebsführerin F 1. wurde der Antragstellerin im Rahmen der gewährten Akteneinsicht zunächst nicht vorgelegt.
- 25 Mit Schreiben vom 14.01.2022 (Anlage ASt 6, Bl. 222 d. A.) rügte die Antragstellerin die zu ihren Lasten getroffene Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin. Ihr sei keine hinreichende Akteneinsicht gewährt worden. Es fehlten Unterlagen, die für eine Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidung wesentlich gewesen wären. Verfahrensfehlerhaft sei es, dass ihr keine Akteneinsicht in den zwischen der T. und der F.1 geschlossenen Betriebsführerervertrag, in den Schriftwechsel zwischen dem Berater der Antragsgegnerin und der Antragsgegnerin sowie in den Schriftwechsel zwischen der Vergabestelle und weiteren Verwaltungsabteilungen der Antragsgegnerin beziehungsweise zwischen der Vergabestelle und Verwaltungseinheiten außerhalb der Antragsgegnerin gewährt worden sei. Zudem habe die Antragsgegnerin keine eigene Abwägungsentscheidung getroffen, soweit sie die Akteneinsicht wegen des Bestehens eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses versagt habe. Darüber hinaus läge eine diskriminierende und intransparente Bewertung der Angebote vor. Das Angebot der T. hätte wegen fehlender Eignung zum Betrieb des Stromverteilnetzes der Antragsgegnerin mangels des Vorliegens eines

Betriebsführerervertrags ausgeschlossen werden müssen. Es fehle jedenfalls eine schriftliche Erklärung der F 1., wonach diese volumnäßig in die Pflichten des Netzbetriebskonzepts und des Konzessionsvertrags der T. eintreten werde. Die Antragsgegnerin hätte eine deutliche Besserbewertung des Angebots der Antragstellerin in den Unterkriterien 1.1 - 1.4, 3.1 - 3.6, 4.2, 5.1 - 5.5 vornehmen müssen aufgrund der Tatsache, dass sie, die Antragstellerin, - anders als die T. - eine Verankerung dieser in den genannten Unterkriterien enthaltenen Zusagen wie auch aller sonstigen im Netzbetriebskonzept enthaltenen Zusagen in § 7 des Konzessionsvertragsentwurfs vorgesehen und sich nach § 12 Abs. 1 und 3 des Konzessionsvertragsentwurfs verpflichtet habe, jährlich der Antragsgegnerin über die Einhaltung all dieser Verpflichtungen Bericht zu erstatten. Schließlich rügt die Antragstellerin die Bewertungsentscheidung der Antragsgegnerin sowie die aus ihrer Sicht beurteilungsfehlerhaft unterlassene Besserbewertung ihres Angebots in Bezug auf die Kriterien Nr. 1.1 "Reaktionszeit bei Störungen" - Unter-Unterkriterium "Tagesschicht", Nr. 1.2 "Investitionen in das Netz", Nr. 1.3 "Instandhaltung des Netzes", Nr. 1.4 "Vermeidung von Gefahren" Unter-Unterkriterium "Mitarbeiter", Nr. 2.1 "Netznutzungsentgelte", Nr. 2.4 "Hausanschlusskosten", Nr. 3.1 "Serviceangebot über Fernkommunikationsmittel", Nr. 3.3 "Serviceangebot vor Ort", Nr. 3.5 "Bereitstellung von Netzanschlüssen" Unter-Unterkriterium "Bearbeitung des Antrags auf Netzanschluss", Nr. 5 "Umweltverträglichkeit", Nr. 6.2 "Sicherstellung der zustandsgerechten Oberflächenwiederherstellung", Nr. 6.3 "Gewährleistung bei der Oberflächenwiederherstellung" sowie Nr. 7.1 "Auskunftsanspruch über technische und wirtschaftliche Situationen des Netzes".

- 26 Die Antragsgegnerin half den Rügen mit Schreiben vom 21.03.2022 (Anlage ASt 7, Bl. 256 d. A.) nicht ab. Sie stellte jedoch die erste und letzte Seite des Betriebsführungsvertrags zwischen der T. und F. 1 der Antragstellerin sowie den Schriftwechsel zwischen der verfahrensleitenden Stelle und sonstigen Verwaltungsabteilungen der Stadt C. vollständig zur Verfügung und teilte mit, dass es Schriftverkehr mit anderen Verwaltungseinheiten außerhalb der Stadt C. zur Konzessionsvergabe nicht gegeben habe.
- 27 Am 08.04.2022 hat die Antragstellerin den vorliegend streitgegenständlichen Verfugungsantrag gestellt. Damit hat sie geltend gemacht, dass ihr gegen die Antragsgegnerin ein Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG zustehe. Die Antragsgegnerin habe gegen das Transparenzgebot verstoßen und sie dadurch im Sinne des § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB unbillig behindert, indem sie ihr entgegen § 47 Abs. 3 EnWG keine hinreichende Akteneinsicht in den zwischen der T. und der F. 1 geschlossenen Betriebsführerervertrag, in das ungeschwärzte Angebot der T. sowie in den Schriftwechsel zwischen dem Berater der Antragsgegnerin und der Antragsgegnerin gewährt habe. Im Übrigen sei die T aus den in dem Rügeschreiben vom 14.01.2022 genannten Gründen mangels Eignung aus dem Verfahren auszuschließen. Schließlich sei die Wertungsentscheidung in den im Rügeschreiben genannten Wertungspunkten Nr. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 2.1, 2.4, 3.1, 3.3, 3.5, 5, 6.2, 6.3 und 7.1 verfahrensfehlerhaft erfolgt.
- 28 Mit außergerichtlichem Schreiben vom 21.04.2022 (Anlage ASt 11, Bl. 441 d. A.) hat die Antragstellerin nach Einreichung des Nachprüfungsantrags wiederholt die aus ihrer Sicht unzureichende Akteneinsicht sowie die mangelnde Eignung der T. gerügt. Hierauf hat die Antragsgegnerin mit außergerichtlichem Schreiben vom 23.06.2022 (Anlage ASt 12, Bl. 446 d. A.) der Antragstellerin den zwischen der T. und der F. 1. bestehenden Betriebsführerervertrag vollständig übersandt und im Übrigen den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen.

- 29 Mit weiterem außergerichtlichem Schreiben vom 08.07.2022 (Anlage ASt 13, Bl. 495 d. A.) hat die Antragstellerin unter Aufrechterhaltung ihrer mit Schreiben vom 14.01. und 21.04.2022 erhobenen und nicht abgeholfenen Rügen die aus ihrer Sicht bestehende Ungeeignetheit der T. nach Einsicht in den Betriebsführervertrag weiter begründet. Die Antragsgegnerin habe nach ihrer Ansicht bei der Entscheidung über die Eignung der T. nicht hinreichend berücksichtigt, dass die F 1. durch den Betriebsführervertrag nur unzureichend verpflichtet werde. So enthalte der Betriebsführungsvertrag aufgrund der in § 13 Abs. 3 vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit nach 10 Jahren keine Verpflichtung der T. für die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags. Auch während der Laufzeit der ersten zehn Jahre des Konzessionsvertrags sei aufgrund der in § 3 Abs. 7 des Betriebsführungsvertrags vorgesehenen Option zur Übertragung einzelner oder aller Aufgaben der Betriebsführung auf Dritte nicht sichergestellt, dass die F 1. die Betriebsführung für die T. übernehme. Zudem könnten "optionale Betriebsführungsleistungen" der F 1. nach § 2 Abs. 4 des Betriebsführungsvertrags nur mit großem zeitlichen Vorlauf von 12 Monaten durch die T. von der F 1. abgerufen werden, was insbesondere in Bezug auf den Kabelmesswagen, der zu den optionalen Leistungen gehört, nicht praktikabel und nachvollziehbar sei, der bei einer Störung nach dem Angebot der T. unmittelbar zur Verfügung stehen müsse. Schließlich blieben die in dem Betriebsführungsvertrag zwischen der T. und der F 1. vereinbarten Leistungen insgesamt hinter den in dem Angebot der T. im Konzessionsverfahren gegenüber der Antragsgegnerin zugesicherten Leistungen zurück. Nach alledem sei die T: aufgrund unzureichender Verpflichtung der F 1. mangels Eignung auszuschließen. Jedenfalls sei insoweit ein Bewertungsabschlag bei dem Angebot der T. vorzunehmen. Auch diesen Rügen half die Antragsgegnerin nicht ab, was sie der Antragstellerin mit außergerichtlichem Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage ASt 14, Bl. 1390 d. A.) mitteilte.
- 30 Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 12.07.2022 und 12.08.2022 die Begründung ihres Verfügungsantrags auch auf die mit außergerichtlichen weiteren Rügeschreiben erhobenen Rügen vom 21.04. und 08.07.2022 gestützt.
- 31 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 32 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, einen Konzessionsvertrag für den Betrieb eines Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet der Stadt C. mit der T. abzuschließen;
- 33 2. der Antragsgegnerin für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung gemäß dem vorstehenden Antrag als Vollstreckungsmaßnahme Ordnungsgeld bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, bis zu sechs Monaten anzudrohen.
- 34 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 35 den Antrag der Antragstellerin vom 08.04.2022 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 36 Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung sei in der gestellten Form bereits unzulässig. Der Antrag nehme die Hauptsache vorweg und sei auf ein Rechtsschutzziel gerichtet, das nicht Gegenstand eines Verfügungsverfahrens im Sinne des § 47 Abs. 5 EnWG sein könne. Der Antrag ziele auf eine zeitlich und inhaltlich unbeschränkte Untersagung ab, den Konzessionsver-

trag mit der einzigen Mitbewerberin der Klägerin abzuschließen. Zudem sei der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auch insoweit unzulässig, als er sich auf Rügen stütze, die nicht Gegenstand des Rügeschreibens der Klägerin vom 14.01.2022 und der Nichtabhilfeentscheidung der Beklagten vom 21.03.2022 gewesen seien. Rügen, die erstmals mit den weiteren Rügeschreiben vom 21.04.2022 und 08.07.2022 erhoben worden seien, seien Gegenstand eigenständiger Teilabhilfen beziehungsweise Nichtabhilfeentscheidungen und könnten nicht in das vorliegende laufende Gerichtsverfahren eingebbracht werden. Die Antragstellerin müsse hierzu jeweils ein eigenes Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG einleiten. Im Übrigen ist die Antragsgegnerin der Ansicht ein rechtskonformes Konzessionsverfahren durchgeführt zu haben. Ein über die bereits gewährte Akteneinsicht hinausgehender Akteneinsichtsanspruch stehe der Antragstellerin nicht zu. Sie, die Antragsgegnerin, habe beurteilungsfehlerfrei die Eignung der T. festgestellt. Soweit die Antragstellerin erstmals im Rahmen der Antragsschrift geltend mache, dass es an einer ausreichenden Verpflichtung der T. durch den Betriebsführungsvertrag aufgrund der bestehenden Kündigungsmöglichkeit des Vertrages nach 10 Jahren fehle, so sei sie mit dieser Rüge präkludiert, weil sich die Erstlaufzeit des Betriebsführungsvertrags von zehn Jahren bereits aus dem ihr mit der ersten Akteneinsicht zur Verfügung gestellten Angebot der T. ergeben habe. Schließlich verteidigt die Antragsgegnerin ihre Auswahlentscheidung und hält sämtliche Beanstandungen betreffend die Bewertung der Angebote für rechtlich nicht erheblich.

- 37 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Zwar bestünden keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Verfügungsantrags. Weder führe die beantragte einstweilige Verfügung zu einer Vorwegnahme der Hauptsache, noch sei die Erweiterung des Verfahrensgegenstands um die mit Schriftsatz vom 12.07.2022 unter Bezugnahme auf die Nichtabhilfeentscheidung vom 23.06.2022 und die mit Schriftsatz vom 12.08.2022 unter Bezugnahme auf die Nichtabhilfeentscheidung vom 26.07.2022 geltend gemachten Rügen unzulässig, da es sich um eine zulässige Klagehäufung nach § 263 ZPO analog handle. Der Antrag sei jedoch nicht begründet. Ein Verfügungsanspruch bestehe nicht. Die Antragsgegnerin habe den Konzessionär in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren entsprechend § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 EnWG ausgewählt. Ein über das gewährte Akteneinsichtsgesuch hinausgehendes Akteneinsichtsrecht zugunsten der Antragstellerin bestehe unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe nicht. Die Antragsgegnerin habe zudem verfahrensfehlerfrei die Eignung der T. festgestellt. Insbesondere die Bewertung der Angebote sei verfahrensfehlerfrei erfolgt.
- 38 Wegen der Feststellungen des Landgerichts sowie seiner rechtlichen Erwägungen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils (Bl. 1852 ff. d. A.) Bezug genommen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.
- 39 Gegen das ihr am 03.11.2022 zugestellte Urteil hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.11.2022, eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 02.01.2023, eingegangen am selben Tag, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens begründet, wobei sie sich gegen die nicht gewährte Akteneinsicht nicht mehr wendet.
- 40 Die Antragstellerin beantragt,
- 41 1. unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dortmund vom 03.11.2022 - 13 O 7/22 [EnW] der Antragsgegnerin, Verfügungsbeklagten und Berufungsbeklagten zu untersa-

- gen, einen Konzessionsvertrag für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet der Stadt C. mit der T, abzuschließen;
- 42 2. der Antragsgegnerin, Verfügungsbeklagten und Berufungsbeklagten für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung gemäß dem vorstehenden Antrag als Vollstreckungsmaßnahme Ordnungsgeld bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, bis zu sechs Monaten anzudrohen.
- 43 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 44 die Berufung zurückzuweisen.
- 45 Sie ist der Ansicht, der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung sei aus den bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragenen Gründen in der gestellten Form bereits unzulässig. Im Übrigen verteidigt die Antragsgegnerin unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die Entscheidung des Landgerichts Köln.
- 46 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- II.**
- 47 Die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung ist zulässig (§ 520 Abs. 3 S. 2 ZPO). Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf ergibt sich aus §§ 93, 92 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Kartellsachen-KonzentrationsVO. Die Berufung hat in der Sache aber keinen Erfolg.
- 48 1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist insgesamt zulässig und innerhalb der Frist des § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG geltend gemacht worden.
- 49 a. Der Antrag ist insbesondere nicht bereits deshalb unzulässig, weil er die Hauptsache vorwegnimmt und auf eine zeitlich und inhaltlich unbeschränkte Untersagung abzielt, den Konzessionsvertrag mit der einzigen Mitbewerberin abzuschließen. Auf eine solche Vorwegnahme der Hauptsache ist der Antrag nicht gerichtet. Dies erschließt sich zwar nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Antrags, wohl aber in Verbindung mit dem Sachvortrag der Antragstellerin, der nach ständiger Rechtsprechung zur streitigenstandsbestimmenden Auslegung des Antrags heranzuziehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 04.10.2000 - VIII ZR 289/99, NJW 2001, 445; BGH, Urt. v. 24.06.1987 - I ZR 74/85, NJW 1987, 3003). Auch im Prozessrecht darf nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks gehaftet werden, vielmehr ist der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen (BGH, Urt. v. 26.06.1001 - VIII ZR 231/90, NJW 191, 2630; BGH, Versäumnisurt. v. 30.01.1979 - VI ZR 45/78, VersR 1979, 373). Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze und Auslegung des Verfügungsantrags (§ 133 BGB) begeht die Antragstellerin die Untersagung des Abschlusses eines Stromkonzessionsvertrags mit der T. auf Grundlage des Ratsbeschlusses vom 02.09.2021 wegen der von ihr vorgetragenen Vergabeverstöße. Sie wendet sich mithin nicht gegen eine Vergabe an die T. per se, sondern nur auf Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens und der gerügten Verstöße.
- 50 b. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch nicht insoweit unzulässig, als er sich auf Rügen aus den Schreiben der Klägerin vom 21.04. und 08.07.2022 stützt, die nicht Gegenstand des ersten Rügeschreibens der Klägerin vom 14.01.2022 und der

Nichtabhilfeentscheidung der Beklagten vom 21.02.2022 waren. Auch wenn die weiteren Rügen in den Rügeschreiben vom 21.04. und 08.07.2022 jeweils Gegenstand eigenständiger Teilabhilfeverfahren waren, können sie in das laufende streitgegenständliche Verfahren eingebracht werden unabhängig davon, ob es sich dabei jeweils um selbständige Streitgegenstände handelt. Eine Antragsergänzung ist jedenfalls sachdienlich (§ 263 ZPO).

- 51 2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nicht begründet. Die Antragstellerin hat einen gemäß §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO notwendigen Verfügungsanspruch für die beantragte zu erlassende einstweilige Verfügung nicht glaubhaft gemacht.
- 52 Die Antragstellerin hat aus den §§ 33 Abs. 1 S. 1, 19 Abs.1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 EnWG keinen Anspruch auf Unterlassen der Fortsetzung des Stromkonzessionsvergabeverfahrens und Untersagung des Abschlusses eines Konzessionsvertrags zwischen der Antragsgegnerin und der T..
- 53
 - a. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert.
- 54 b. Die Antragsgegnerin erfüllt die Voraussetzungen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Marktbeherrschend im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Städte und Gemeinden handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt sind sie ohne Wettbewerber. Der für die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sachlich relevante Markt ist der des Angebots von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Stromversorgungsnetz gehören. Auf diesem Markt stehen sich die Städte und Gemeinden als ausschließliche Anbieter des Wegerechts und Stromversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Kommune beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Stromleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeinde- und Stadtgebiet eignen (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013 - KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 21 bzw. Tz. 22). Der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin steht nicht entgegen, dass eine Stromnetzkonzession nicht nur die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, sondern weitergehend auch die Stromversorgung umfasst. Dass der nachgelagerte Markt der Stromversorgung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt sein muss, ändert nichts daran, dass Städte und Gemeinden auf dem vorgelagerten Markt der Wegenutzungsrechte auf ihrem Gebiet jeweils Monopolisten sind (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.11.2020 - 27 U 3/20, BeckRS 2 020, 32415).
- 55 c. Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich; der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist bereits dadurch eröffnet, dass die Gemeinden aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern haben, sich am Wettbewerb um die Konzession zu beteiligen (BGH, Urt. v.

17.12.2013 - KZR 65/12 Stromnetz Heiligenhaften Rn 23; Urt. v. 17.12.2013 - KZR 66/12 Stromnetz Berkenthin Rn 24, jeweils zitiert nach juris).

- 56 d. Als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, im Auswahlverfahren zur Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte keinen Bewerber unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ungerechtfertigt zu beeinträchtigen und ihn weder unbillig zu behindern noch zu diskriminieren. Die Missachtung der kartellrechtlichen Verbotsnormen führt zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB (BGH, Urt. v. 17.12.2013 - KZR 66/12 "Stromnetz Berkenthin" Rn. 101ff., zitiert nach juris). Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 17.12.2013 - KZR 65/12 "Stromnetz Heiligenhafen" und KZR 66/12 "Stromnetz Berkenthin", jeweils zitiert nach juris, Rn 51 bzw. 55; BGH, Urt. v. 24.10.2011 - KZR 7/10, WuW/E DE-R 3446 Rn. 37 - Grossistenkündigung; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.08.2017 - 6 U 1/17 Kart, zitiert nach juris, Rn 157). Eine unbillige Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor, wenn die Chancen eines oder mehrerer Bewerber auf den Abschluss des Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 - KZR 65/12 "Stromnetz Heiligenhafen" und KZR 66/12 "Stromnetz Berkenthin", jeweils zitiert nach juris, Tz. 50 bzw. 54). Grundlage für die an die Auswahlentscheidung zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen sind außer dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Form des Willkürverbots (vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03, Rn 64, juris) und jedenfalls die verfahrensbezogenen Vorschriften der §§ 46 und 47 EnWG, welche die vorgenannten Grundsätze für den Teilbereich der Konzessionsvergabe im Energieversorgungsbereich konkretisieren.
- 57 e. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe liegt eine unbillige Behinderung der Antragstellerin im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB nicht vor. Weder hat die Antragsgegnerin die Eignung der T. zu Unrecht bejaht, noch ist die Wertung der Angebote zu beanstanden.
- 58 aa. Die Antragsgegnerin hat die Eignung der T. für den Netzbetrieb diskriminierungsfrei bejaht, indem sie die Voraussetzungen der Eignungsleihe und die Eignung der F 1. für den Netzbetrieb in vertretbarer Weise bejaht hat.
- 59 (1) Eine Pflicht zur Eignungsprüfung besteht auch für Gemeinden bei der Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte. Die Gemeinde darf keine Konzessionsvergabe an ein Unternehmen befürworten, das aufgrund gesicherter Erkenntnisse nicht fachkundig und/oder nicht leistungsfähig oder aus rechtlichen Gründen gehindert ist, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (vgl. OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016 - 13 U 141/15, Beck- RS 2016, 12413 Rn 126; Senat, Beschl. v. 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), Rn. 62 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2006, VII-Verg 25/06, Rn 22). Mit der Pflicht zur Eig-

nungsprüfung korrespondiert das Recht, die Vorlage von Eignungsnachweisen eigenverantwortlich festzulegen. Dieses Recht beinhaltet zugleich, auf die Vorlage von Nachweisen verzichten zu dürfen (Senat, Beschl v. 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), Rn 62 ff).

- 60 Dabei ist es den Bewerbern grundsätzlich zuzugestehen, Leistungen des Netzbetriebs durch ein Tochter- oder Drittunternehmen erbringen zu lassen und insofern auch eine Eignungsleihe vorzunehmen (vgl. *Dr. Sauer*, Anmerkung zu KG Berlin, Urt. v. 04.07.2019, 2 U 5/15 Kart, EWeRK 2019, 143, 159). In Anlehnung an die Grundsätze des § 47 VgV darf sich ein Bieter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten eines anderen Unternehmens bedienen, und zwar ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen (OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016, 13 U 141/15, BeckRS 2016, 12413 Rn. 126). Es besteht keine Veranlassung, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge jedem Wirtschaftsteilnehmer zuerkannte Recht, sich für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, sofern gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen wird, dass dem Bieter die Mittel dieser Unternehmen, die für die Ausführung dieses Auftrags erforderlich sind, tatsächlich zur Verfügung stehen und das nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eingeschränkt werden kann (EuGH, Urteil vom 7. April 2016, C-324/14, NZBau 2016, 373 Rn. 33, 39 - Apelski Dariusz), nicht auch im Bereich der nicht Teil 4 des GWB unterfallenden Konzessionsvergaben anzuwenden. Das gilt vorliegend umso mehr, da die Antragsgegnerin unter Ziff. B des ersten Verfahrensbriebs ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen hatte, dass, wenn sich die Bieter für den Netzbetrieb Dritter bedienen, die Eignung für den Dritten nachzuweisen ist.
- 61 (2) Zu Recht hat die Antragsgegnerin die formelle Eignung der T. bejaht, die sich im Wege der Eignungsleihe auf die Eignung der F 1. für den Netzbetrieb berufen hat.
- 62 Entsprechend den unter Ziff. B des ersten Verfahrensbriebs aufgestellten Eignungsanforderungen an den Netzbetrieb hat die T. zum Nachweis der Eignung der F 1. eine behördliche Genehmigung des Landes I. gemäß § 4 EnWG vorgelegt, die der F 1. bestätigt, die technische, wirtschaftliche und personelle Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für den Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsnetzes zu besitzen.
- 63 (3) Auch die materielle Eignung hat die Antragsgegnerin beurteilungsfehlerfrei bejaht. Sie ist zutreffend davon ausgegangen, dass die T. durch Vorlage des mit der F 1. geschlossenen "Vertrag über die Betriebsführung des Stromverteilnetzes in dem Gebiet der Stadt C." vom 14.12.2020 (Anlage ASt 12, Bl. 454 d. A.) nachgewiesen hat, dass ihr die für den Netzbetrieb erforderlichen Kapazitäten der F 1. tatsächlich zur Verfügung stehen werden.
- 64 (a) Bei der durchzuführenden materiellen Eignungsprüfung steht dem Auftraggeber darüber hinaus eine Einschätzungsprärogative zu, weil die Entscheidung, ob das Unternehmen für die Vertragsausführung geeignet ist oder nicht, prognostische Elemente aufweist. Der der Gemeinde bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Unternehmens zustehende Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob sie die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößen hat (OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016 - 13 U 141/15, BeckRS 2016, 12413 Rn 126; Senat, Beschl v. 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), Rn. 62 ff., juris).

- 65 Seine Eignungsprognose darf der öffentliche Auftraggeber in der Regel auf Eigenerklärungen stützen. Er ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Richtigkeit der Eigenerklärungen zu überprüfen. Für die Entscheidung, ob ein Bewerber oder Bieter auf Grund seiner Eigenerklärungen als geeignet bzw. ungeeignet zu beurteilen ist, ist demnach nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausschöpft, um die gemachten Angaben zu verifizieren (Senat, Beschl. v. 12.08.2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 35). Er darf seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergeben (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschl. v. 02.12.2009 - VII-Verg 39/09, NZBau 2010, 393, 398). Nur wenn sich objektiv begründete und konkrete Zweifel an der Richtigkeit von Eigenerklärungen ergeben, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen und in eine erneute Eignungsprüfung einzutreten (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschl. v. 12.08.2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021 56263 Rn. 35; OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschl. v. 02.12.2009, VII-Verg 39/09, NZBau 2010, 393, 398). Ansonsten ist die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bewerbers (oder Bieters) bereits dann hinzunehmen, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose auf Grund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheint (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschl. v. 02.12.2009, VII-Verg 39/09, NZBau 2010, 393, 398; Scharen, GRUR 2009, 345, 348). Bedient sich der Bieter oder Bewerber - so wie hier - eines Eignungsleihgebers, hat er den Nachweis führen, dass er im Falle der Zuschlagserteilung über die Leistungen des benannten Drittunternehmens tatsächlich verfügt. Dies kann durch eine Verpflichtungserklärung geschehen oder durch Vorlage eines bereits abgeschlossenen Dienstleistungsvertrags (EuGH, Urt. v. 14.01.2016 - C-234/14, BeckRS 2016, 80094 Rn 28).
- 66 (b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Eignungsprüfung der Antragsgegnerin nicht deshalb zu beanstanden, weil der zum Nachweis der Eignungsleihe vorgelegte Betriebsführungsvertrag mit der F 1. folgende Regelung in § 13 Abs. 3 (ASt 12, Bl. 464 d. A.) enthält:
- 67 *"(3) Dieser Vertrag endet am 31.12.2030 (bzw. 10 Jahre nach Beginn gemäß Abs. 1) um 24:00 Uhr. Er verlängert sich um jeweils zwei Jahre, sofern er nicht von einem der Partner mit einer Frist von sechs Monaten vor Ablauf in Schriftform gekündigt wird."*
- 68 Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob die Antragstellerin mit ihrer diesbezüglichen Rüge präkludiert ist, weil aus dem ihr zur Verfügung gestellten Netzbetriebskonzepts der T. (dort Seite 86) erkennbar war, dass der Betriebsführungsvertrag zunächst nur für 10 Jahre geschlossen war, während der Konzessionsvertrag eine Laufzeit von 20 Jahren haben sollte. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin die Voraussetzungen der Eignungsleihe in nicht zu beanstandender Weise bejaht. Sie hat ihre Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage gestützt und keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößen.
- 69 (aa) Nachdem die Antragstellerin nach Erhalt des vollständigen Betriebsführungsvertrags unter Bezugnahme auf die nach § 13 Abs. 3 des Betriebsführungsvertrags bestehende Kündigungsmöglichkeit eine fehlende Verpflichtung der F 1. für die Gesamtauflzeit des Konzessionsvertrags mit Schreiben vom 08.07.2022 (Anlage AST 13, Bl. 495 d.

- A.) gerügt hat, hat die Antragsgegnerin hierzu im Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage AG 7, Bl. 1361 d. A.) wie folgt ausgeführt:
- 70 " ... *Der Betriebsführungsvertrag hat eine (außergewöhnlich lange unkündbare) Erstlaufzeit von 10 Jahren und verlängert sich um jeweils zwei Jahre, wenn er nicht von einem der Vertragspartner gekündigt wird. Kündigt keiner der Vertragspartner, so endet der Betriebsführungsvertrag in dem Zeitpunkt, in dem der Stromkonzessionsvertrag zwischen der Stadt und der T. endet. Das reguläre Vertragsende des Betriebsführungsvertrags entspricht damit im Ergebnis dem regulären Vertragsende des Konzessionsvertrags.*
- 71 *Dass die Vertragspartner erstmals nach 10 Jahren die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung haben, ändert nichts an der Tatsache, dass die F 1. als Betriebsführerin einzzuordnen ist und die T. daher die insoweit vorgeschriebenen Eignungsnachweise (behördliche Genehmigung nach § 4 EnWG der F 1.) vorgelegt hat....."*
- 72 Weiter hat die Antragsgegnerin ihre Erwägungen im Schriftsatz vom 04.08. und 12.08.2022 sowie mit der Berufungserwiderung vom 24.03.2023 ergänzt und ausgeführt, dass es zwar theoretisch möglich aber ausgesprochen unwahrscheinlich sei, dass die F 1. den Vertrag nach 10 Jahren kündigen werde, wenn man berücksichtige, dass die T. ein Gemeinschaftsunternehmen der T 1. und des Zweckverbands A. und die F 1. zugleich ein Tochterunternehmen desselben Zweckverbands seien. Außerdem hat sie ergänzend dargelegt und im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung berücksichtigt, dass die T. eine sukzessive Übernahme der Betriebsführungsaufgaben betreffend das Stromverteilnetz plane und eigene Qualifizierungsmaßnahmen sowie den Aufbau entsprechender Kapazitäten hierzu vorgesehen habe, so dass die T. nach zehn Jahren notfalls selbst zur Übernahme der Verantwortung des Stromnetzbetriebs im Konzessionsgebiet in der Lage wäre, wozu sich im Betriebsführungsvertrag und im Angebot nähere Ausführungen fänden. Hierzu bezieht sich die Antragsgegnerin auf § 2 Abs. 5 des Betriebsführungsvertrags, der eine sukzessive Übernahme von Netzbetriebstätigkeiten durch die T. regelt, sowie auf Seite 86 des Netzbewirtschaftungskonzepts (Anlage AG 4, Bl. 915 d. A.), wo es heißt:
- 73 "*Mit der Betriebsführerin wurde der Betriebsführungsvertrag für 10 Jahre geschlossen. Die Verantwortung des Netzbetriebes wird dann vollständig auf die technische Führungs-kraft und die Fachkräfte des T. übertragen. Die Betriebsführerin wird ab diesem Zeitpunkt zum Dienstleister. Als Dienstleister wird die F 1. dann die im Betriebsführungsvertrag beschriebenen dauernden Dienstleistungen, wie z. B. den Betrieb der Netzeleitstelle und Meldestelle (...), übernehmen.*"
- 74 Weiter verweist sie auf Seite 77, Teil 2 "Netzbewirtschaftung gemäß § 1 EnWG" wo es heißt, dass die T. die F 1. als Betriebsführerin bis zum sukzessiven Aufbau entsprechenden eigenen Know-hows und Personals für die genau im definierten und im Betriebsführungsvertrag beschriebenen Netzbetriebsleistungen beauftrage. Des Weiteren habe die T. auf S. 79 dargetan, dass sie selbst weitere Mitarbeiter für den Betrieb des Stromnetzes einstellen werde, und dass die Betriebsführerin, die F 1., verpflichtet werde, die gewonnenen neuen Mitarbeiter, die per Werkvertrag an die F 1. überlassen werden, zu schulen beziehungsweise auszubilden, so dass mittelfristig die operativen Netzarbeiten durch die T. selbst durchgeführt werden können. Aufgrund der Tätigkeiten der T. in den Bereichen Gas-, Wasser- und Wärmeverteilung verfüge diese bereits über Erfahrungen im Betrieb von Versorgungsnetzen, die sie auf den Betrieb eines Stromnetzes übertra-

- gen könne (S. 80). Damit verfüge die T. bereits zum Zeitpunkt der Netzübernahme über Mitarbeiter zum Betrieb des Stromverteilnetzes sowie über die konkrete erforderliche Sachausstattung. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände sei daher eine Eignung der T. selbst nach Ablauf der festen Erstlaufzeit des Betriebsführungsvertrags zu bejahen.
- 75 (bb) Die Ausführungen der Antragsgegnerin halten einer gerichtlichen Überprüfung stand. Die Tatsache, dass der Betriebsführungsvertrag nicht für eine feste Laufzeit von 20 Jahren geschlossen worden ist, sondern ein Recht zur ordentlichen Kündigung des Vertrags bereits nach 10 Jahren vorsieht, bedeutet nicht, dass der erforderliche Nachweis einer Eignungsleihe nicht als erbracht angesehen werden muss.
- 76 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des Senats (Beschl. v. 28.03.2018 - Verg 42/17 Cannabislieferung I, NZBau 2018, 491 Rn 25 ff.), nach der aus einer Verpflichtungserklärung eindeutig hervorgehen muss, dass ein ungehindertes Zugriffsrecht auf fremde Ressourcen tatsächlich besteht, also die notwendige Unterstützung sichergestellt ist, wenn sie benötigt wird. Anders als in dem der zitierten Entscheidung zugrundeliegenden Fall des Senats hat die T. vorliegend einen über eine Laufzeit von 10 Jahren geschlossenen Betriebsführungsvertrag mit detaillierten Regelungen vorgelegt und nicht lediglich eine unverbindliche Absichtserklärung oder ein "gentlemen agreement", von dem sich das Drittunternehmen ohne weiteres lösen kann.
- 77 Allein die rechtliche Möglichkeit zur Beendigung des Vertrags bedeutet nicht, dass er nach 10 Jahren auch beendet werden wird. Zutreffend hat sich die Antragsgegnerin daher damit beschäftigt, wie wahrscheinlich eine einseitige Kündigung des Vertrags durch T. oder F 1. nach 10 Jahren sein wird. Sie hat diese Wahrscheinlichkeit in nicht zu kritisierender Weise als gering eingestuft. Zudem hat sie in ihre Erwägungen die im Netzbelebungs- und Wirtschaftskonzept der T. dargestellte sukzessive Übertragung der Aufgaben der Betriebsführung auf die T. einbezogen. Aus alledem konnte die Antragsgegnerin die Überzeugung gewinnen, dass die F 1. aller Voraussicht nach während der gesamten Laufzeit des Konzessionsvertrags die Betriebsführung übernehmen wird und sollte der eher unwahrscheinliche Fall eintreten, dass der Betriebsführungsvertrag vor Ablauf der 20 Jahre gekündigt wird, die T. selbst über die erforderliche technische und berufliche Leistungsfähigkeit zum Betrieb des Netzes verfügen wird.
- 78 (cc) Dass die Antragsgegnerin nicht sämtliche der oben genannten Erwägungen in ihrem Vergabevermerk vom 20.08.2021 (Anlage ASt 3, Bl. 75 d. A.) dokumentiert hat, ist unschädlich. Der Antragsgegnerin ist es nicht verwehrt, später noch Umstände und Gesichtspunkte vorzubringen, mit denen die sachliche Richtigkeit der Auswahlentscheidung nachträglich verteidigt werden kann (vgl. BGH, Beschl. v. 08.02.2011, X ZB 4/10, - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I - Rn 73; OLG Schleswig, Urt. v. 18.05.2020 - 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418 Rn 125). Zwar müssen die wesentlichen und tragenden Erwägungen für die Bewertung und Entscheidung im Auswertungsvermerk selbst dokumentiert sein, weil andernfalls nicht erkennbar wäre, ob dies die Gründe der Gemeindevertretung sind, die letztlich maßgeblich sind, oder ob es Erwägungen der Auswerter oder gar erst solche sind, die aus der Auseinandersetzung im Prozess entwickelt worden sind (OLG Schleswig, Urt. v. 18.05.2020 - 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418, Rn 125). Demgegenüber ist es zulässig, dass - wie vorliegend - im Rahmen der Auseinandersetzung über die Bewertung im Einzelnen spezifische weitere, bislang nicht dokumentierte Erwägungen

- gen ergänzend angeführt werden (BGH, Beschl. v.08.02.2011, X ZB 4/10, - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I - Rn 73).
- 79 (c) Zu keinem anderen Ergebnis führt die Regelung in § 3 Abs. 7 des Betriebsführungsvertrags, der wie folgt lautet:
- 80 *"(7) Die Auftragnehmerin ist mit Zustimmung der Auftraggeberin berechtigt, sich bei der Durchführung der Aufgaben der Betriebsführung dritter Unternehmen zu bedienen, so weit diese die Gewähr dafür bieten, dass die Betriebsführung im Sinne und unter Einhaltung aller Standards dieses Vertrages sowie des zwischen der Auftraggeberin und der Stadt C. abgeschlossenen Stromkonzessionsvertrages und des Netzbetriebskonzepts erfolgt. Die Auftragnehmerin weist dies der Auftraggeberin durch geeignete Verpflichtungserklärungen der Dritten Unternehmen nach."*
- 81 Gestützt auf diese vertragliche Regelung macht die Antragstellerin zwar geltend, während der festen 10-jährigen Laufzeit des Betriebsführungsvertrags sei nicht sichergestellt, dass die F 1. die Betriebsführung für die T. übernehme. Dieses Vorbringen verfängt jedoch nicht, wie die Antragsgegnerin zutreffend in ihrem Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage AG 7) und ihrer Antragserwiderung vom 04.08.2022 ausgeführt hat. Nach § 3 Abs. 7 des Betriebsführungsvertrags ist ein Wechsel in der Betriebsführung nicht vorgesehen. F 1. bleibt aus dem Betriebsführungsvertrag mit der T. berechtigt und verpflichtet. Die genannte Regelung räumt F 1. lediglich unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, sich dritter Unternehmen bei der Erfüllung seiner Betriebsführungsaufgaben zu bedienen. Zweifel an der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Eignungsleihgebers F 1. werden hierdurch nicht begründet, zumal die dritten Unternehmen, die nur mit Zustimmung der T. beauftragt werden dürfen, Gewähr dafür bieten müssen, dass die Betriebsführung im Sinne und unter Einhaltung aller Standards des Betriebsführungsvertrags sowie des zwischen der T. als Auftraggeberin und der Beklagten abgeschlossenen Stromkonzessionsvertrags und des Netzbetriebskonzepts zu erfolgen hat.
- 82 bb. Ein Anspruch der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin aus § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB ist nicht aufgrund konkreter Wertungsfehler begründet.
- 83 Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl materielle als auch verfahrensbezogene Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Die Gemeinde muss ihre Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien treffen. Die Entscheidungskriterien und ihre Gewichtung müssen für die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen transparent sein und die Bieter darüber unterrichten, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, um sie in die Lage zu versetzen, ihr Angebot bestmöglich an den von der Gemeinde gestellten Anforderungen auszurichten (BGH, Urt. v. 07.09.2021, EnZR 29/20, NVwZ-RR 2022, 26 Rn. 10). Nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12, juris Rnrr. 44-46 - Stromnetz Heiligenhafen).
- 84 Nach allgemeiner Auffassung hat die Gemeinde - wie bei letztlich wertenden Verwaltungsentscheidungen stets - auch bei der Bewertung der Angebote im Rahmen der Konzessionsvergabe von Wegerechten einen gewissen Beurteilungsspielraum. Die Auswahlentscheidung kann gerichtlich "nur" daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten

Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und allgemeingültiger Beurteilungsmaßstäbe hält (OLG Schleswig, Urt. v. 18.05.2020 - 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418, Rn 105; OLG Frankfurt, Urt. v. 10.10.2017 - 11 U 51/17 Kart, Rn. 95; OLG Celle, Urt. v. 19.10.2017 - 13 U 38/17 (Kart), Rn. 51; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.08. 2017 - 6 U 1/17 Kart, Rn. 125; OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016 - 13 U 141/15 (Kart), Rn. 137; Senat, Beschl. v. 17.04. 2014 - VI-2 Kart 2/13 (V), Rn. 59). Gegen diese Grundsätze hat die Antragsgegnerin nicht in entscheidungserheblicher Weise verstoßen.

- 85 (1) Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, das Angebot der T. pauschal in jedem Wertungskriterium allein deshalb abzuwerten, weil der Betriebsführungsvertrag in § 13 Abs. 3 eine Kündigungsmöglichkeit nach 10 Jahren einräume (dazu unter (a)) und nach § 3 Abs. 7 und § 2 Abs. 4 Aufgaben der Betriebsführung auf Dritte übertragen werden könnten (dazu unter (b)). Gleicher gilt soweit die Antragstellerin pauschal eine deutliche Besserbewertung ihres Angebots in den Unterkriterien 1.1 - 1.4, 3.1 - 3.6, 4.2, 5.1 - 5.5 für sich reklamiert, weil sie sich anders als die T. - in § 7 des Konzessionsvertragsentwurfs vertraglich zur Einhaltung sämtlicher in den genannten Unterkriterien enthaltenen Zusagen und auch aller sonstigen im Netzbetriebskonzept enthaltenen Zusagen verpflichtet habe zuzüglich der in § 12 Abs. 1 und 3 des Konzessionsvertragsentwurfs enthaltenen Verpflichtung, der Antragsgegnerin jährlich über die Einhaltung all dieser Verpflichtungen Bericht zu erstatten (dazu unter (c)).
- 86 (a) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin das Angebot der T. nicht deshalb in jedem einzelnen Wertungskriterium pauschal mit einem Punktabzug versehen hat, weil der Betriebsführungsvertrag mit F 1. in § 13 Abs. 3 die genannte Kündigungsmöglichkeit nach 10 Jahren enthält.
- 87 (aa) Es ist bereits in höchstem Maße zweifelhaft, ob der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin hinreichend substantiiert ist und damit den Anforderungen des § 138 ZPO genügt.
- 88 Mit Rügeschreiben vom 08.07.2022 (Anlage ASt 13) macht sie für den Fall geltend, dass die Kündigungsregelung des § 13 Abs. 3 Betriebsführungsvertrag nicht zu einem Ausschluss des Angebots der T. mangels Eignung führt, jedenfalls ein Abschlag (Punktabzug) bei der Angebotswertung "in allen Kriterien und Unterkriterien" hätte erfolgen müssen, bei denen es auf eine verbindlich zugesicherte Qualität der Betriebsführung des Stromnetzes ankomme, also insbesondere in den Hauptkriterien "1. Versorgungssicherheit", "3. Verbraucherfreundlichkeit", "4. Effizienz", "5. Umweltfreundlichkeit" und "6. Baumaßnahmen". Mit Schriftsatz vom 12.08.2022 (Bl. 1384 d. A.) führt sie darüber hinaus aus, die Antragsgegnerin hätte bei der Bewertung sämtlicher Auswahlkriterien berücksichtigen müssen, dass eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht sichergestellt sei. Im Rahmen der Berufungsgrundung ergänzt sie die Begründung des von ihr geforderten notwendigen Punktabzug in allen Wertungskriterien wegen des § 13 Abs. 3 dahingehend, dass Zweifel an der Plausibilität des Netzbetriebskonzepts und damit des Angebots insgesamt bestünden.
- 89 Ob und inwieweit sich die in § 13 Abs. 3 des Betriebsführungsvertrags vorgesehene Kündigungsregelung auf die zu wertenden Anforderungen in den einzelnen Kriterien, Unterkriterien und Unter-Unterkriterien nachteilig ausgewirkt hat, ist dem Vorbringen indes nicht zu entnehmen. Ein solcher Vortrag wäre nach Ansicht des Senats aber notwendig gewesen.

sen, da der pauschale Hinweis auf eine - sich aus der Kündigungsmöglichkeit des § 13 Abs. 3 Betriebsführungsvertrag ergebende - mögliche geringere Qualität, mangelnde Sicherstellung der Vertragserfüllung oder Plausibilität des Netzbetriebskonzepts einen solchen notwendigen Vortrag zu den Auswirkungen auf die einzelnen Kriterien nicht ersetzen kann, zumal sich die Antragstellerin nicht einmal festgelegt hat, ob sie eine sich aus der Kündigungsmöglichkeit ergebende geringere Qualität, mangelnde Sicherstellung der Vertragserfüllung oder mangelnde Plausibilität des Netzbetriebskonzepts geltend macht. Es ist keinesfalls offensichtlich, ob überhaupt und, wenn ja, inwieweit sich die in Rede stehende Kündigungsmöglichkeit auf die einzelnen Wertungskriterien ausgewirkt haben kann. Das gilt nicht nur in Bezug auf die Kriterien Ziff. 2 Preisgünstigkeit, Ziff. 7 Endschäftsregelungen, Ziff. 8 Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 KAV, Ziff. 9 Konzessionsabgabe und Ziff. 10 Vertragslaufzeit, bei denen dem Senat eine Auswirkung mehr als zweifelhaft erscheint, sondern auch in Bezug auf die Kriterien "1. Versorgungssicherheit", "3. Verbraucherfreundlichkeit", "4. Effizienz", "5. Umweltfreundlichkeit" und "6. Baumaßnahmen".

- 90 (bb) Dessen ungeachtet hat die Antragsgegnerin in nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass sich aus der Kündbarkeit des Betriebsführungsvertrags nach 10 Jahren keine eingeschränkte Qualität des Angebots, Plausibilität des Netzbetriebskonzepts oder der Vertragserfüllungssicherheit ergibt. Sie hat darauf abgestellt, dass die Verfahrensvorgaben den Betrieb des Verteilnetzes durch einen Betriebsführer ausdrücklich zulassen und die Vorlage eines Betriebsführungsvertrags zwischen dem Bieter und dem Dritten ausdrücklich nicht gefordert worden war. Die Antragsgegnerin hat aus den oben im Rahmen der Eignungsprüfung dargelegten Gründen beurteilungsfreier im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung berücksichtigt und dies im Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage AG 7) sowie in der Antragserwiderung vom 04.08.2022, Schriftsatz vom 12.08.2022 sowie in der Berufungserwiderung vom 24.03.2023 niedergelegt, dass einerseits eine einseitige Kündigung nicht sehr wahrscheinlich ist und andererseits, dass die T. hinreichend überzeugend dargetan hat, selbst in der Lage zu sein, nach Ablauf von zehn Jahren den Netzbetrieb vollständig zu übernehmen, so dass § 13 Abs. 3 des Betriebsführungsvertrags keine Auswirkungen auf die Qualität des Angebots, Plausibilität des Netzbetriebs oder die Vertragserfüllungssicherheit haben könne.
- 91 (b) Eine pauschale Abwertung des Angebots der T. war auch nicht wegen der in § 3 Abs. 7 und § 2 Abs. 4 Betriebsführungsvertrag vorgesehenen Regelung geboten.
- 92 (aa) Es ist auch in Bezug auf diesen Vortrag der Antragstellerin bereits im höchsten Maße zweifelhaft, ob dieser den Anforderungen des § 138 ZPO an einen substantiierten Sachvortrag genügt.
- 93 Die Antragstellerin macht geltend, bei der Bewertung des Angebots der T. hätte in allen Kriterien und Unterkriterien pauschal ein Abschlag (Punktabzug) erfolgen müssen, bei denen es auf eine verbindlich zugesicherte Qualität der Betriebsführung des Stromnetzes ankomme, also insbesondere in den Hauptkriterien "1. Versorgungssicherheit", "3. Verbraucherfreundlichkeit", "4. Effizienz", "5. Umweltfreundlichkeit" und "6. Baumaßnahmen". Weiter hat sie in Bezug auf § 2 Abs. 4 Betriebsführungsvertrag und die dort geregelten optionalen Betriebsführungsleistungen vorgetragen, dass dadurch eine Erfüllung der konzessionsvertraglichen Zusagen aus dem Netzbetriebskonzept nicht sichergestellt sei und die fehlende Sicherstellung zugesagter Betriebsführungsleistungen der F 1. für das Stromnetz zu einer Minderbewertung des Angebots der T. in allen Kriterien und Un-

terkriterien hätte führen müssen, bei denen es auf die Qualität der Betriebsführung des Stromnetzes ankomme. Ob und inwieweit die genannten vertraglichen Regelungen des Betriebsführungsvertrags Einfluss auf das jeweilige Wertungskriterium haben, hat die Antragstellerin jedoch nicht im Einzelnen dargetan. Ein solcher Vortrag wäre aber an dieser Stelle erforderlich gewesen, da der pauschale Hinweis auf eine vermeintliche geringere Plausibilität und Verbindlichkeit des Netzbetriebskonzepts einen solchen notwendigen Vortrag zu den konkreten Auswirkungen der in § 3 Abs. 7 Betriebsführungsvertrag vorgesehenen Möglichkeit der Einbeziehung Dritter in den Betriebsführungsvertrag und der in § 2 Abs. 4 vorgesehenen optionalen Betriebsführungsaufgaben bei den einzelnen Wertungskriterien nicht ersetzen kann.

- 95 (bb) Ungeachtet des unzureichenden Vortrags der Antragstellerin hätte ihre Rüge aber auch in der Sache keinen Erfolg gehabt.
- 96 Wie die Antragsgegnerin zutreffend ausgeführt hat, sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass sich die in Rede stehenden Regelungen in § 3 Abs. 7 und § 2 Abs. 4 Betriebsführungsvertrag nachteilig auf die Plausibilität des Angebots der T. auswirken. Die Antragsgegnerin ist bei ihrer Wertungsentscheidung - wie sich aus dem Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage AG 7) und der Antragserwiderung vom 02.08.2022 ergibt - weder von einem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen, noch hat sie sachwidrige Erwägungen angestellt. Die Wertungsentscheidung hält sich im Rahmen der Gesetze und allgemeingültiger Beurteilungsmaßstäbe. Zutreffend durfte die Antragsgegnerin darauf abstellen, dass die T. unabhängig von der Einbeziehung Dritter nach § 11 Abs. 2 c des Konzessionsvertrags gegenüber der Antragsgegnerin für die Erfüllung ihres Angebots verantwortlich bleibt, so dass sie die Leistungen entweder selbst erbringen oder über den Betriebsführungsvertrag bei der F 1. beauftragen muss. Der Einwand der Antragstellerin, es sei aufgrund der vertraglichen Regelungen ungewiss, ob diese Leistungen überhaupt erbracht werden und ob eine Leistungsbereitstellung zum Zeitpunkt der Netzübernahme erfolge, ist abwegig und durch nichts belegt.
- 97 Auch mit der Regelung in § 2 Abs. 4 Betriebsführungsvertrag hat sich die Antragsgegnerin umfassend beschäftigt wie sich aus ihren Erwägungen im Schreiben vom 26.07.2022 (Anlage AG 7), der Antragserwiderung vom 04.08.2022 und der Berufungserwiderung vom 24.03.2023 ergibt. Sie hat gewürdigt, dass die F 1. durch den Betriebsführungsvertrag selbst vertraglich zur Erfüllung der optionalen Leistungen verpflichtet ist, wenn die T. sie nicht selbst erbringt und bei ihr abruft. Sie stellt dabei auf die Systematik von § 2 Betriebsführungsvertrag ab, der zwischen Eigenleistungen, also solchen Leistungen, die die T. von Beginn an selbst erbringen wird, und Leistungen der Auftragnehmerin, also solchen Leistungen, die zunächst die F 1. als Betriebsführerin erbringen wird, differenziert. Sie verweist darauf, dass sodann in § 2 des Vertrags die Leistungen der Auftragnehmerin noch einmal unterteilt werden, und zwar in solche, die von der F 1. ohne gesonderte Beauftragung erbracht werden ("pauschal") und solche, die von der T. bei Bedarf gesondert beauftragt werden ("optional"). Anlage 5 zum Betriebsführungsvertrag enthalte dementsprechend im Anschluss an die umfassende "Tätigkeitsbeschreibung" eine Aufteilung in Form einer sechsseitigen "Aufstellung pauschaler Leistungen", einer zweiseitigen "Aufstellung optionaler Leistungen" und einer fünfseitigen Aufstellung "Eigenleistung". Bei den optionalen Leistungen könne die T. jeweils selbst entscheiden, ob sie diese selbst erbringe oder durch die F 1. als Betriebsführerin erbringen lasse. Entscheide sie sich für die Erbringung durch die F 1. als Betriebsführerin, sei der Abruf der einzelnen Leistungen gemäß § 2 Abs. 4 Betriebsführungsvertrag spätestens 12 Monate

- vor Ende eines Kalenderjahres anzukündigen. Die Übernahme erfolge dann zum 01.01. um 0:00 Uhr. Vor diesem Hintergrund gebe es keinen Grund anzunehmen, dass nicht sichergestellt sei, dass die optionalen Leistungen von der T. oder der F 1. erbracht würden. Umstände - wie die Antragsgegnerin bei ihrer Wertung weiter zu Recht ausführt -, aus denen sich ergeben könnte, warum es der T. nicht gelingen sollte, die Option gegenüber der F 1. ordnungsgemäß auszuüben, sind weder dargetan noch erkennbar. Berücksichtigt man, dass auch nach dem Netzbetriebskonzept der Antragstellerin nicht bis ins Detail feststeht, wer die jeweils anfallenden Aufgaben letztlich tatsächlich durchführen und auf welcher vertraglicher Grundlage dies geschehen wird, so erscheint unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten eine Besserbewertung des Angebots der Antragstellerin gerechtfertigt und die unterbliebene Besserbewertung ist keinesfalls bewertungsfehlerhaft.
- 98 (c) Soweit die Antragstellerin eine deutliche Besserbewertung ihres Angebots in den Unterkriterien 1.1 - 1.4, 3.1 - 3.6, 4.2, 5.1 - 5.5 für geboten hält, weil sie - anders als die T. - eine vertragliche Verankerung der hiervon erfassten Zusagen und auch aller sonstigen im Netzbetriebskonzept enthaltenen Zusagen in § 7 des Konzessionsvertragsentwurfs vorsehen, hat die Antragsgegnerin in nicht zu beanstandender Weise von einer Besserbewertung abgesehen. Die in § 7 des Konzessionsvertragsentwurfs vorgesehenen verbindlichen Zusagen rechtfertigen eine Besserbewertung ihres Angebots nicht. Eine solche Besserbewertung würde im Gegenteil sogar einen Verfahrensfehler begründen.
- 99 (aa) Die konzessionsvergebende Kommune verfügt schon bei der Festlegung der Auswahlkriterien über einen Beurteilungsspielraum, vertragliche Zusagen der Konzessionsbewerber zu den Zielen des § 1 EnWG bei der Bewertung der Konzessionsangebote zu berücksichtigen oder nicht (KG Berlin, Urt. v. 25.10.2018 - 2 U 18/18 EnWG, juris Rn 59). Dieses Ermessen hat die Antragsgegnerin dahingehend ausgeübt, dass vertragliche Zusagen nur für bestimmte Kriterienpunkte (Nr. 6 bis 10 sowie zu den Unterkriterien Nr. 5.2 bis 5.4) als Mindestanforderung im ersten Verfahrensbrief vom 13.05.2019 (vgl. S. 9-12, Anlage ASt 1, Bl. 54 ff. d. A.) gefordert waren. Darüber hinausgehende Regelungen hat sie nicht getroffen.
- 100 (bb) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergibt eine Auslegung der Verfahrensunterlagen nicht, dass vertragliche Zusicherungen im Netzbetriebskonzept, die über die im Konzessionsvertragsentwurf enthaltenen hinausgehen, bewertungsrelevant sein sollen.
- 101 Weder die dem ersten Verfahrensbrief beigefügten "Auswahlkriterien für den Abschluss des Stromkonzessionsvertrages der Stadt C." (Anlage ASt 1, Bl. 62 d. A.) noch die sonstigen Verfahrensunterlagen enthalten eine ausdrückliche Ankündigung der Antragsgegnerin, "vertragliche Zusagen", die über die im Konzessionsvertrag vorgesehenen Zusagen hinausgehen, besser zu bewerten, als solche, die die Vorgaben lediglich erfüllen. Zu keinem anderen Ergebnis führt eine Auslegung der Vergabeunterlagen. Verfahrensunterlagen sind nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) auszulegen (BGH, Beschl. v. 07.01. 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, 11 Verg 7/17, BeckRS 2017, 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters und dessen verständiger Würdigung der Kriterien abzustellen (BGH, Urt. v. 28.01.2020 - EnZR 116/18, zitiert nach juris, Rn 9 und 17).
- 102 Nach dem ersten Verfahrensbrief der Antragsgegnerin vom 13.05.2019 (vgl. dort S. 13, Anlage ASt 1, Bl. 46 ff. d. A.) setzt sich das vorzulegende Angebot aus der Darstellung

des künftigen Netzbetriebs der Stadt und dem angebotenen Konzessionsvertrag zusammen. Die Darstellung soll sich im Aufbau an den vorgegebenen Auswahlkriterien orientieren; bewertet werden ausschließlich die zu dem jeweiligen Unterkriterium getroffenen Aussagen. Aus der Sicht eines verständigen Bewerbers hat die Antragsgegnerin somit klar zwischen der "Darstellung des künftigen Netzbetriebs" und dem "angebotenen Konzessionsvertrag" unterschieden. Deutlich wird diese Trennung weiter auf Seite 2 des Verfahrensbriefs. Dort wird zwischen den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG einerseits und den konzessionsvertraglichen Regelungen zum Schutze kommunaler Belange andererseits wie folgt unterschieden:

- 103 *"Das wesentliche Ziel der Stadt ist die Sicherstellung der Ziele des § 1 EnWG durch den künftigen Netzbetrieb des Bewerbers. Es muss also eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit erfolgen, die zunehmen auf erneuerbaren Energien beruht."*
- 104 *Die Stadt berücksichtigt neben den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG auch konzessionsvertragliche Regelungen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die kommunalen Belange im Lichte des Artikels 28 Abs. 2 des Grundgesetzes - dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung - durch den normierten "Wettbewerb um das Netz" nicht ins Hintertreffen geraten. Insoweit weist die Stadt daraufhin, dass diese berücksichtigungsfähigen kommunalen Belange nach den beschlossenen Auswahlkriterien nicht im Widerspruch zu den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten netzwirtschaftlichen Anforderungen und insbesondere zu den zentralen Zielen der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz stehen."*
- 105 Stellt die Kommune aber eindeutig klar, dass die konzessionsvertraglichen Regelungen der Wahrung kommunaler Belange dienen sollen und unterscheidet sie in ihren Verfahrensanforderungen klar zwischen der Sicherstellung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG einerseits und den konzessionsvertraglichen Regelung zum Schutz kommunaler Belange andererseits, kann im Rahmen der Auslegung der Vergabeunterlagen aus Sicht eines verständigen Bieters nicht angenommen werden, dass eine nicht geforderten vertraglichen Verankerungen anderer Kriterien und Unter- oder Unter-Unterkriterien zu einer Besserbewertung führen (vgl. so im Ergebnis auch OLG Celle, Beschl. v. 05.08.2022 - 13 U 81/21, juris Rn 19; i. E. ebenso OLG Celle, Urt. v. 19.10.2017 - 13 U 38/17 (Kart), Rn 64 juris). Die Bewertung soll aus Sicht eines verständigen Bieters grundsätzlich auf der Grundlage der Darstellung erfolgen. Es handelt sich insoweit um einen reinen Konzeptwettbewerb. Vertragliche Regelungen sind - zur Wahrung der kommunalen Belange - nur maßgeblich, als sie ausdrücklich abgefragt wurden. Ansonsten bestehen aus Sicht des durchschnittlichen Bewerbers keine Anhaltspunkte dafür, dass auch die vertragliche Umsetzung der Konzepte in die Bewertung einfließen würde.
- 106 (cc) Nichts anderes folgt aus der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Urt. v. 27.01.2021 - 6 U 95/20). Zutreffend weist die Antragstellerin darauf hin, dass nach dieser Entscheidung eine Kommune nicht gehalten ist, sämtliche materiellen Aspekte, die sie bei der vorzunehmenden Wertung der Angebote berücksichtigen will, im Vorhinein bis ins letzte Detail wertungsmäßig aufzuschlüsseln, und dass dies insbesondere dann zu gelten habe, wenn die zur Erläuterung der Unterkriterien aufgeführten Aspekte keine abschließende Auflistung, sondern vielmehr die aus Sicht der Kommune zentralen Gesichtspunkte darstellen. Denn es ist notwendige Folge einer inhaltlichen Offenheit des Bieterwettbewerbs, den Bewerbern Spielraum dafür zu lassen, auch eigene Gesichtspunkte einzubringen. Das Transparenzgebot fordert nämlich nicht - bei zulässiger Offenheit der Ausschreibung für eigene Gestaltungen des

Bieters -, dass er bei Abgabe seines Gebots weiß, welche Leistungen er bieten muss, um das am höchsten zu bewertende Gebot zu machen oder einen bestimmten Grad in der relativen Bewertungsskala zu erreichen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.01.2021 - 6 U 95/20, juris Rn 349).

- 107 Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat mit der vorzitierten Entscheidung insoweit zutreffend erkannt, dass nicht sämtliche Umstände in den Wertungskriterien genannt sein müssen, die zu einer besseren Bewertung des Angebots führen und diese rechtfertigen können. Gegenstand der Entscheidung war jedoch nicht - wie vorliegend - eine Angebotswertung, sondern die Ausgestaltung des Verfahrens und der bekannt gemachten Verfahrens- und Wertungsbedingungen, die als nicht hinreichend klar, präzise und eindeutig gerügt wurden.
- 108 Dass im Umkehrschluss - wie die Antragstellerin meint -, jegliche, nicht in den Wertungskriterien ausdrücklich genannten Umstände - wie etwa die ihrerseits gewährten vertraglichen Zusicherungen betreffend die Kriterienpunkte 1.1 - 1.4, 3.1 - 3.6, 4.2, 5.1 - 5.5 - zwingend zu einer Besserbewertung führen müssen und eine unterlassene Besserbewertung beurteilungsfehlerhaft wäre, lässt sich der vorzitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe hingegen nicht entnehmen.
- 109 (dd) Die Antragsgegnerin hat ihren Beurteilungsspielraum nicht deshalb überschritten, weil sie das Angebot der T. in den Unterkriterien 1.1 - 1.4, 3.1 - 3.6, 4.2, 5.1 - 5.5 nicht deshalb abgewertet hat, weil es - so der Vortrag der Antragstellerin - mangels entsprechender vertraglicher Zusagen eine geringere Plausibilität als das der Antragstellerin aufweist.
- 110 Einer besonderen Plausibilitätsprüfung bedarf es nur dann, wenn sich Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten oder Zweifel daran ergeben (OLG Celle, Urt. v. 16.06.2022 - 13 U 67/21, juris Rn 42 m.w.N.). Auch wenn es sachgerecht ist, eine erhöhte Plausibilitätsgewähr sicherzustellen, wenn nach den Wettbewerbsunterlagen keine durchsetzbaren oder sanktionsfähigen Zusagen anzubieten sind, sondern Prognosen abzugeben (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.08.2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn 188), bestimmt letztlich die Gemeinde im Rahmen des ihr zustehenden Spielraums die Bewertung und den Grad der hierzu erforderlichen Sachermittlung und Plausibilisierung (OLG Celle, Urt. v. 16.06.2022 - 13 U 67/21, Rn 41).
- 111 Ausgehend von diesen Grundsätzen bedurfte es einer besonderen Plausibilitätsprüfung vorliegend nicht. Belastbare Anhaltspunkte für eine mangelnde Plausibilität der im Angebotskonzept der T. enthaltenen Angaben sind weder erkennbar noch sind sonstige Umstände, die darauf hindeuten könnten, dargetan. Das Fehlen von nicht geforderten vertraglichen Zusagen reicht hierfür schon deshalb nicht aus, weil das Netzbetriebskonzept Teil des verbindlichen Angebots der T. ist und § 11 Abs. 2 lit. c des Konzessionsvertragsentwurfs für grob fahrlässige oder vorsätzliche Verstöße gegen verbindliche Zusagen aus dem Netzbetriebskonzept, die nicht binnen sechs Wochen abgestellt werden, eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht.
- 112 (ee) Der von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage, ob die konkreten Vorgaben im ersten Verfahrensbrief den Zielen des § 1 EnWG hinreichend Rechnung tragen, weil nicht für alle im Netzkonzept darzustellenden Kriterien die Übernahme vertraglicher Verpflichtungen verlangt worden sind, ist nicht nachzugehen. Die Antragstellerin ist mit einer solchen Rüge gemäß § 47 EnWG präkludiert, da sie nicht innerhalb der Frist des § 47 Abs. 2

S. 2 GWB erhoben worden ist. Sie hat vielmehr im Bietergespräch am 05.08.2020 gegenüber der Antragsgegnerin ausgeführt, dass keine Fragen oder Unklarheiten zu den Auswahlkriterien, deren Erläuterungen und der bisherigen Verfahrensgestaltung bestünden (vgl. S. 6 Protokoll, Anlage AG 1, Bl. 615 d. A.).

- 113 (d) Eine Besserbewertung des Angebots der Antragstellerin war nicht deshalb geboten, weil sie sich nach § 12 Abs. 1 und 3 des Konzessionsvertragsentwurfs verpflichtet hat, der Antragsgegnerin jährlich über die Einhaltung der vertraglich übernommenen Verpflichtungen Bericht zu erstatten. Eine solche Berichterstattung war nicht Gegenstand eines Wertungskriteriums. Da die Bewertung ausweislich der Vorgaben des ersten Verfahrensbriefs jedoch ausschließlich anhand der zu den jeweiligen konkreten Kriterien getroffenen Aussagen zu erfolgen hat, war eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Berichterstattung im Rahmen des Konzessionsvertrags bei der Bewertung nicht zwingend - aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null - positiv zu berücksichtigen.
- 114 (2) Die Wertung der Antragsgegnerin weist bei den einzelnen von der Antragstellerin gerügten Wertungskriterien (Nr. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 2.1, 2.4, 3.1, 3.3, 3.5, 5, 6.2, 6.3 und 7.1) einen Verfahrensfehler nicht auf. Im Einzelnen gilt folgendes:
- 115 (a) Nr. 1.1 "Reaktionszeit bei Störungen" - Unter-Unterkriterium "Tagesschicht" -
- 116 Das Angebot der Antragstellerin ist im Wertungskriterium Nr. 1.1 "Reaktionszeit bei Störungen" - Unter-Unterkriterium "Tagesschicht" - in nicht zu beanstandender Weise mit 7 Punkten ($7 \times 45 = 315$) und das der T. mit 10 Punkten ($10 \times 45 = 450$) bewertet worden.
- 117 Entscheidend hierfür war, dass sich den Angeboten bewertbare Unterschiede hinsichtlich des angegebenen Zeitraums zwischen dem Eingang der Störungsmeldung bis zum Eintreffen eines qualifizierten Mitarbeiters des Entstörungsdienstes am konkret abgefragten Ort der Störung ergeben haben. Während der Tagesschicht habe die X.1 diese Reaktionszeit mit maximal 12 Minuten und die T. mit maximal 8 Minuten angegeben. Die angegebene Reaktionszeit der T. war schneller und auch nachvollziehbar. Hingegen lasse sich die Reaktionszeit der Antragstellerin nicht vollständig nachvollziehen. Die Antragstellerin verweise auf das Workforcemanagement ("Start aus der Fläche") und unterstelle, dass der Mitarbeiter in C. starte. Es fehle jedoch ein nachvollziehbares und belegtes Konzept, aus dem sich ergebe, wie die vier für den Bereitschaftsdienst grundsätzlich zur Verfügung stehenden Monteure eingesetzt werden, um eine entsprechende Fahrtzeit zu garantieren. Zudem seien dem Angebot konkrete Angaben zum Startpunkt und zum Bereitschaftskonzept mit Blick auf die Berechnung der maximalen Reaktionszeit nicht zu entnehmen.
- 118 Ein Wertungsfehler liegt insoweit nicht vor. Das Störungsbeseitigungskonzept der Antragstellerin weist gegenüber dem Konzept der T. wertungsrelevante Nachteile auf. Dies gilt auch dann, wenn bei Wertung des Störungsbeseitigungskonzepts der Antragstellerin deutlicher eingeflossen wäre, dass eine Behebung der Störung auch unmittelbar von der Betriebsstelle aus hätte erfolgen können, weil die dort eingesetzten beiden Netzplaner oder der Netzbetriebssteuerer, die jeweils die Qualifikation zur Entsicherung und die entsprechenden Schaltberechtigungen haben, die erforderlichen Arbeiten durchführen könnten. Zwar hat die Antragsgegnerin diese Möglichkeit im Rahmen ihrer Wertung nicht explizit berücksichtigt. Ein Beurteilungsfehler liegt darin aber nicht, denn die Netzplaner und Netzbetriebssteuerer sind - unabhängig von ihrer Qualifikation zur Störungsbeseitigung - nach dem Konzept der Antragstellerin (vgl. dort S. 14 f., Anlage AG 2, Bl. 631 d.

A.) nicht ständig, sondern nur "zumeist" in der Betriebsstelle, worauf die Antragsgegnerin im Rahmen der Berufungserwiderung hinweist. Ist aber nicht sichergestellt, dass die in Rede stehenden Personen im Fall einer Störung überhaupt in der Betriebsstelle sind und für einen Einsatz zur Verfügung stehen und ergibt sich aus dem Konzept nicht, wie die Antragstellerin vorzugehen gedenkt, wenn dies nicht der Fall ist, fehlt es an einer plausiblen Darlegung, die eine Einhaltung der angegebenen Reaktionszeiten garantiert.

- 119 Ohne Erfolg macht die Antragstellerin ferner geltend, die Angaben der T. zur Reaktions- und Fahrtzeit seien unrealistisch. Die angegebene Zeit von vier Minuten von der Betriebsstelle zum angegebenen Störungsort könne nicht eingehalten werden, weil selbst kleinste Verzögerungen im Betriebsablauf oder im Straßenverkehr zu einer Überschreitung dieser Zeit führen würden, da die T. keinen nennenswerten Puffer eingebaut habe, sondern lediglich die durchschnittliche Fahrzeit von 3,10 Minuten auf 4 Minuten aufgerundet habe. Dies hätten stichprobenartige Kontrollen der Antragstellerin ergeben. Mit diesem pauschalen, durch keinerlei konkreten Tatsachenvortrag belegten Vorbringen dringt die Antragstellerin nicht durch. Die T. hat die von ihr angegebene Fahrzeit von vier Minuten nachvollziehbar durch Google Maps sowie Testfahrten plausibilisiert. Konkrete Umstände, warum diese Zeiten nicht realistisch oder einzuhalten sein sollten, hat die Antragstellerin über ihr pauschales Vorbringen hinaus nicht dargetan.
- 120 (b) Nr. 1.2 "Investitionen in das Netz"
- 121 Die Antragsgegnerin hat in diesem Unterkriterium das Angebot der Antragstellerin mit 8 Punkten ($8 \times 55 = 440$) und das der T. mit 10 Punkten ($10 \times 55 = 550$) bewertet.
- 122 Hierbei hat sie unter anderem positiv zugunsten der T. bewertet, dass ihr Angebot mit Blick auf den alterungsbedingten Austausch der Mittel- und Niederspannungsleitungen sowohl in der Anzahl der konkret geplanten Investitionen als auch in der Höhe der genannten Investitionen über das Angebot der Antragstellerin deutlich hinausgehe. Ferner hat sie das unterschiedliche Investitionsvolumen gewürdigt. Während die Antragstellerin für anlagenspezifische Erneuerungsmaßnahmen insgesamt am C. Stromnetz eine Investitionshöhe von [...] Mio. EUR plane, habe die T. mit der Erneuerungsstrategie eine Gesamtinvestitionssumme von circa [...] Mio. EUR nachvollziehbar gemacht. In Bezug auf die Umsetzung der Investitionsstrategie führt die Antragsgegnerin im Auswertungsvermerk aus:
- 123 *"Beide Bieter verweisen vergleichbar auf Planung und Durchführung der Baumaßnahmen unter Einbeziehung von Dienstleistern ebenso wie auf die von ihnen auf Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen ausgerichtete personelle und sachliche Ausstattung."*
- 124 Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin liegt ein Wertungsfehler nicht vor. Zwar wendet die Antragstellerin gegen die Plausibilität des Investitionskonzepts der T. ein, T. verfüge nicht über ausreichend Personal, um die geplanten Investitionen zu planen und durchzuführen; die Zusagen im Netzbetriebskonzept seien lediglich unverbindlich und die monatlich ermittelten durchschnittlich zu erbringenden Investitionsmaßnahmen ständen in keinem Verhältnis zu der operativen Leistungsfähigkeit der T.. Die hierbei von der Antragstellerin zugrunde gelegte Annahme, T. stünden lediglich sechs Meister und Monteure für die Investitionstätigkeiten zur Verfügung und Zusagen externer Dienstleister seien lediglich vage, entspricht jedoch nicht den Tatsachen und ist nicht richtig.

- 125 Ausgehend von den Angaben im Netzkonzept der T. hat die Antragsgegnerin die Frage der Umsetzbarkeit der Investitionsmaßnahmen mit Blick auf die personelle Ausstattung der Antragstellerin beurteilungsfehlerfrei in ihrem Auswertungsvermerk gewürdigt (vgl. S. 25 ff. Auswertungsvermerk, Anlage ASt 3). Sie hat dort ausgeführt, dass der T. neben den eigenen Mitarbeitern, zu denen unter anderem ein Ingenieur gehört, der die Planung der Investitionen übernimmt, auch die F 1. und damit deren Mitarbeiter zur Verfügung stehen und in den Planungsprozess eingebunden werden. Bei der operativen Umsetzung der Investitionsmaßnahmen im Tiefbau und in der Montage hat die T. in ihrem Konzept ebenfalls auf die F 1. und deren Mitarbeiterkapazitäten abgestellt. Mit Rügeantwortschreiben vom 21.03.2022 (Anlage ASt 7) führt sie aus, dass sich die Ausführungen der T. zu den heranzuziehenden externen Dienstleistern nicht allein in vagen Angaben erschöpften, denn sie habe berücksichtigen können, dass die T. in der T.-Gruppe mit der T 1. ausweislich der Ausführungen auf Seite 19 ihres Angebots (Anlage AG 4) über einen eigenen Tiefbauer verfüge und dass ausweislich der Ausführungen auf Seite 195 sowie unter A.II.1.e. auf S. 208 ff. ihres Angebots Dienstleister im Tiefbau bereits durch Rahmenverträge mit der T. gebunden seien. Zudem habe die T. ihrem Angebot als Anlage 2.8 eine Zusage eines Systemdienstleisters, der über etwa 100 Mitarbeiter verfüge, beigefügt. Schließlich habe die T. weiter dargestellt, wie sie weitere Dienstleister binden wolle, und dies durch umfangreiche Aussagen zu Art und Weise der Ausschreibung sowie Präqualifikation nachvollziehbar gemacht.
- 126 Nicht zu beanstanden ist überdies, dass zu Gunsten der Antragstellerin nicht berücksichtigt worden ist, dass sie anders als die T. über eine Zertifizierung nach DIN EN ISO 55001 und DIN EN ISO 9001 verfügt.
- 127 Zwar ist die Rüge - soweit sie auf die fehlende Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 bezieht - entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung nicht schon nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG präkludiert, da die Antragstellerin bereits mit Rügeschreiben vom 14.01.2022 die unterlassene Schlecherbewertung mit Blick auf beide Zertifizierungen, DIN EN ISO 55001 und DIN EN ISO 9001 gerügt hat.
- 128 Dass diese Zertifizierungen der Antragstellerin nicht positiv in die Bewertung eingeflossen sind, stellt indes keinen Beurteilungsfehler dar. Zertifizierungen sind nach den Verfahrensunterlagen nur unter besonderen Voraussetzungen wertungsrelevant, die hier nicht erfüllt sind.
- 129 Zu Ziff. 1.2 "Investition in das Netz" hat die Antragsgegnerin im ersten Verfahrensbrief (Anlage ASt 1) aufgeführt:
- 130 "*Der Bewerber soll ausgehend von den übermittelten Netzdaten und der unternehmenseigenen Instandhaltungsstrategie plausibel erläutern, mit welchen konkreten Maßnahmen sowie konkreten finanziellen Mitteln einschließlich der personellen und technischen Ausstattung er mit seinen jeweils beabsichtigten Investitionen in das Netz Versorgungsunterbrechungen im Konzessionsgebiet möglichst weitgehend vermeiden wird, um im Konzessionsgebiet eine bestmögliche Netzverfügbarkeit zu gewährleisten.*"
- 131 Weiter heißt es unter Gliederungspunkt E. "Abfrage indikativer Angebote" auf S. 14 des ersten Verfahrensbriefs (Anlage ASt 1):
- 132 "*Soweit der Bewerber in seinem verbindlichen Angebot beispielsweise allgemein auf gesetzliche Vorgaben, Regelwerke, DIN-Vorschriften oder interne Richtlinien verweist, kann*

„dies nur gewertet werden, soweit er einzelne Maßnahmen konkret benennt und darstellt.“

- 133 Dies wiederholte die Antragsgegnerin in ihrem zweiten Verfahrensbrief (vgl. dort S. 2, Anlage AG 1). Demnach durfte und konnte ein Verweis auf DIN-Vorschriften nur gewertet werden, wenn der Bieter einzelne Maßnahmen konkret benennt und darstellt. Daran fehlt es vorliegend. Die Antragstellerin hat lediglich pauschal ausgeführt, dass sie über einen zertifizierten Anlagenbewirtschaftungsprozess beziehungsweise einen - aufgrund der unabhängigen Beurteilung eines Dritten - besonderen Qualitätsnachweis zur Vorbeugung gegen Versorgungsunterbrechungen und für eine effiziente Bewirtschaftung des Stromverteilnetzes verfügt. Die Antragstellerin hat indes nicht erläutern und darlegt, inwieweit sich die Zertifizierungen nach DIN EN ISO 55001 und DIN EN ISO 9001 auf einzelne Investitionsmaßnahmen konkret auswirken. Die Ausführungen zum Unterkriterium 1.3 "Instandhaltung des Netzes", auf die im Angebot verwiesen wird, enthalten derartige Erläuterungen nicht.
- 134 (c) Nr. 1.3 "Instandhaltung des Netzes"
- 135 Das Angebot der Antragstellerin ist in dem Unterkriterium Nr. 1.3 "Instandhaltung des Netzes" ebenso wie das der T. mit 10 Punkten (10 x 50 = 500) bewertet worden.
- 136 Zur Begründung dieser Wertung hat die Antragsgegnerin darauf abgestellt, dass beide Bieter sowohl die langfristige Planung als auch die Ausführung der Instandhaltungsmaßnahmen detailliert und ausführlich darstellen, womit beide Bieter eine auf Versorgungssicherheit ausgerichtete Instandhaltungsstrategie belegen. In beiden Angeboten würden die technischen und die rechtlichen Rahmenbedingungen der einzelnen Instandhaltungsmaßnahmen dargestellt. Diese Ausführungen seien bei beiden Bietern vergleichbar, ein bewertbarer qualitativer Unterschied sei nicht erkennbar. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin zur Begründung ausgeführt:
- 137 *"Die von beiden Bietern vergleichbare Durchführung der Instandhaltung wird auch durch den von beiden Bietern dargestellten TSM-konformen Netzbetrieb sowie die Einhaltung der Regelwerke einschließlich Instandhaltungszyklen belegt, wobei aufgrund der bestehenden konzeptionellen Ausführungen der T. sowie der vorhandenen und geplanten Personal- und Sachausstattung wie auch der bestehenden TSM-Zertifizierung im Gasbereich einschließlich der aufgezeigten Vorprüfung keine Zweifel daran bestehen, dass auch für den Strombereich eine entsprechende Zertifizierung seitens der T. erlangt werden kann. Auch die von beiden Bietern dargestellten Instandhaltungsintervalle belegen die zustandsorientierte Ausrichtung der Instandhaltung in vergleichbarer Weise."*
- 138 Der Antragstellerin kann nicht darin gefolgt werden, dass positiv hätte bewerten müssen, dass sie, die Antragstellerin, über eine Zertifizierung nach DIN EN ISO 55001 und DIN EN ISO 9001 verfügt und die T. nicht. Wie bereits ausgeführt, können ausweislich Gliederungspunkt E. "Abfrage indikativer Angebote" (vgl. S. 14 erster Verfahrensbrief, Anlage ASt 1) sowie den Angaben im zweiten Verfahrensbrief (vgl. dort S. 2, Anlage AG 1) Verweise auf DIN-Vorschriften nur dann durch die Antragsgegnerin gewertet werden, wenn einzelne Maßnahmen konkret benannt und dargestellt werden. Allein die Vorlage und Bezugnahme auf eine Zertifizierung beinhaltet für sich genommen nicht die Darstellung einer konkreten Maßnahme oder finanzieller Mittel im Rahmen der beabsichtigten Investitionen in das Netz, wie sie auf Seite 14 des ersten Verfahrensbriefs gefordert ist. Die Antragstellerin hätte insoweit näher erläutern und darlegen müssen, inwieweit sich

der Umstand, dass sie diese Zertifizierungsprozesse erfolgreich durchlaufen hat, konkret auf einzelne Instandhaltungsmaßnahmen auswirkt (vgl. oben unter Ziff. II.2.e.bb. (2)(b) der Gründe). Daran fehlt es vorliegend, denn ihr Vorbringen auf den Seiten 122 ff. des Netzkonzepts (ungeschwärzte Anlage Ast 22, GA Bl. 1744) erschöpft sich in einer allgemeinen Benennung von Vorteilen einer Zertifizierung und lässt den Bezug zu einzelnen Maßnahmen vermissen. Bezogen auf die Zertifizierung nach DIN EN ISO 14001 ist die Antragstellerin mit ihrer Rüge präkludiert. Obwohl der Antragstellerin die Erhebung der Rüge nach Vorlage des ungeschwärzten Auswertungsvermerks bereits mit Schreiben vom 14.01.2022 möglich gewesen wäre, hat sie die Rüge erstmals mit dem streitgegenständlichen Verfügungsantrag am 08.04.2022 geltend gemacht. Für die Erhebung der Rüge und den Beginn der Rügefrist kommt es auf die Erkennbarkeit der Rechtsverletzung aus dem Auswertungsvermerk an (vgl. § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG), nicht darauf, ob Akteneinsicht ausreichend in alle Aktenbestandteile gewährt worden ist. Dass sich die Erkennbarkeit dieser gerügten Rechtsverletzung erst aus anderen Aktenbestandteilen ergeben hat, in die die Antragstellerin zeitlich nachfolgend Akteneinsicht erhalten hat, ist weder erkennbar noch dargetan.

- 139 Ein Wertungsfehler liegt auch nicht deshalb vor, weil die T. anders als die Antragstellerin nicht über eine TSM-Zertifizierung verfügt, dieser Umstand jedoch nicht zu einer niedrigeren Bepunktung bei der T. geführt hat. Zunächst liegt kein Wertungswiderspruch vor, weil die Antragsgegnerin eine TSM-Zertifizierung wertend berücksichtigt hat, die Zertifizierungen nach DIN EN ISO 55001 und DIN EN ISO 9001 hingegen nicht. Die Antragsgegnerin hat die TSM-Zertifizierung zum Beleg einer vergleichbaren Instandhaltung durch beide Bieter und der Einhaltung der Instandhaltungszyklen sowie des Regelwerks herangezogen und damit bezogen auf konkrete Maßnahmen. Darüber hinaus hat die T. im Rahmen ihres Angebots (dort Seite 80) plausibel dargelegt, warum sichergestellt ist, dass sie die entsprechende Zertifizierung erhalten wird und die technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der einzelnen Instandhaltungsmaßnahmen dargestellt. Nach ihren Darstellungen verfügt sie bereits über einen entsprechenden technischen Bereich, der um die Tätigkeit des Stromnetzbetriebs erweitert werden kann. Zudem verfügt sie über eine TSM-Zertifizierung Gas, so dass wesentlich Organisationsstrukturen für eine solche Zertifizierung bereits gegeben seien. Eine Anfrage auf Vorprüfung der TSM-Konformität für Strom sei bereits schriftlich bestätigt worden.
- 140 (d) Nr. 1.4 "Vermeidung von Gefahren" Unter-Unterkriterium "Mitarbeiter"
- 141 Die Wertung des Kriteriums Nr. 1.4 "Vermeidung von Gefahren" Unter-Unterkriterium "Mitarbeiter" ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die Antragsgegnerin hat die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts nicht mit der Berufung angegriffen.
- 142 (e) Nr. 2.1 bis 2.3 "Netznutzungsentgelte"
- 143 Das Angebot der Antragstellerin ist im Kriterium Nr. 2.1 "Netznutzungsentgelte Haushaltskunden" mit 8 Punkten ($8 \times 80 = 640$), im Kriterium Nr. 2.2 "Netznutzungsentgelte Gewerbekunden" mit 7 Punkten ($7 \times 50 = 350$) und im Kriterium Nr. 2.3 "Netznutzungsentgelte Industriekunden" mit 9 Punkten ($9 \times 40 = 360$) bewertet worden. Hingegen ist das Angebot der T. in den genannten Kriterien jeweils mit 10 Punkten bewertet worden.
- 144 Die von der Antragstellerin hiergegen vorgebrachten Kritikpunkt bleiben im Ergebnis allesamt ohne Erfolg.

- 145 (aa) Soweit die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerin hätte harmonisierte Prämissen zur Ermittlung der Netzentgeltprognosen den Bieter vorgeben müssen, hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt, dass die Antragstellerin mit diesem Einwand präkludiert ist, da die entsprechende Rüge bereits innerhalb der Frist des § 47 Abs. 2 S. 2 EnWG zu erheben gewesen wäre.
- 146 (bb) Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, die von der T. angesetzten Quoten zur Verlustenergie seien unplausibel, weil sie niedriger seien als die von der F 1. veröffentlichten Quoten (vgl. Rügeschreiben, Rüge 2. zum Unterkriterium "2. Preisgünstigkeit" - "2.1 Netznutzungsentgelte"). Allein die Tatsache, dass die F 1. für ein anderes, derzeit von ihr betriebenes Netz abweichende Verlustquoten veröffentlicht hat, lässt nicht den Schluss zu, dass die von T. in ihrem Angebot als branchenüblich bezeichneten Verlustquoten (vgl. S. 291, Anlage AG 4) unplausibel sind. Dies gilt allein schon deshalb, weil dem Vortrag der Antragstellerin nicht zu entnehmen ist, dass das derzeit von F 1. betriebene Netz mit dem Stromnetz der Antragsgegnerin überhaupt vergleichbar ist. Zudem wäre es der Antragstellerin als derzeitige Betreiberin des Stromnetzes im Stadtgebiet der Antragsgegnerin ohne weiteres möglich, zu den tatsächlichen Verlustwerten im Vergleich zu den von der T. zu Grunde gelegten Werten vorzutragen.
- 147 (cc) Zutreffend macht die Antragstellerin zwar geltend, dass ein Vergleich der prognostizierten Netzentgelte der Bieter nur dann gewährleistet ist, wenn von allen Bieter die gleichen (von ihnen nicht beeinflussbaren) regulatorischen Parameter verwendet werden, vorliegend die T. jedoch nicht die von der BNetzA festgesetzten Eigenkapitalzinssätze zur Grundlage ihrer Kalkulation gemacht hat. Gleiches gilt für die Kosten der Verlustenergie (vgl. Rügeschreiben, Rüge 3. zum Unterkriterium "2. Preisgünstigkeit" - "2.1 Netznutzungsentgelte") und die Kosten des vorgelagerten Netzes (vgl. Rügeschreiben, Rüge 4. zum Unterkriterium "2. Preisgünstigkeit" - "2.1 Netznutzungsentgelte"), weil sie dort von veralteten Kostenblättern ausgegangen ist. Gleichwohl wirkt sich dieser Umstand auf das gefundene Wertungsergebnis nicht aus. Es kann nicht festgestellt werden, dass die von T. kalkulierten Netznutzungsentgelte anders bewertet worden wären, wenn sie bei ihrer Kalkulation dieselben regulatorisch vorgegebenen Parameter verwendet hätte wie die Antragstellerin. Die Antragsgegnerin hat eine Vergleichsrechnung vorgenommen und der Antragstellerin das Ergebnis mit Rügeantwortschreiben vom 21.03.2022 mitgeteilt (vgl. dort S. 45, Anlage ASt 7, Bl. 300 d. A.). Danach bleibt das Wertungsergebnis gleich. Zwar bestreitet die Antragstellerin die Richtigkeit dieser Vergleichsrechnung. Einbloßes Bestreiten reicht bei dieser Sachlage aber nicht aus. Zwar hat die Antragstellerin nur Einsicht in das teilgeschwärzte Angebot der T. erhalten. Hierdurch wird aber keine sekundäre Darlegungslast der Antragsgegnerin begründet. Die Antragsgegnerin muss ihre Wertungsentscheidung nicht rechtfertigen, vielmehr muss die Antragstellerin in einem ersten Schritt auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen darlegen, dass sich die Wertungsentscheidung außerhalb der vorgenannten allgemeingültigen Bewertungsmaßstäbe und der gesetzlichen Grenzen hält (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.03.2019 - 6 U 113/18 Kart, juris Rn 82). Dies hat die Antragstellerin nicht getan, obwohl ihr dies auf der Grundlage der bisher gewährten Akteneinsicht möglich und zumutbar ist. Insbesondere fehlen Ausführungen dazu, inwieweit die im Netzbetriebskonzept der T. ungeschwärzt offengelegten Ausführungen zur kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung (vgl. dort S. 283 ff., Anlage AG 4), zur Verlustenergiemenge und zum Verlustenergiebeschaffungspreis (vgl. dort S. 281 Anlage AG 4) sowie zur konkreten Berechnung der Anpassung vorgelagerter Netzkosten (vgl. dort S. 275 f., 282 und 290,

Anlage AG 4) nicht dazu geeignet sind, die angepasste Berechnung der Antragsgegnerin zu überprüfen.

- 148 (f) Nr. 2.4 "Hausanschlusskosten"
- 149 Das Angebot der Antragstellerin ist bezüglich des Kriteriums Nr. 2.4 "Hausanschlusskosten" mit 5 Punkten ($5 \times 5 = 25$) und das der T. mit 10 Punkten ($10 \times 5 = 50$) bewertet worden. Ausschlaggebend hierfür war, dass die T. mit ... EUR die denkbar günstigsten Hausanschlusskosten angegeben hat, während die Anschlusskosten der Antragstellerin bei ... EUR (netto) und nur bei Zustimmung zur netzdienlichen Steuerung seiner e-mobility-Ladeeinrichtung bei ... EUR liegen.
- 150 Soweit die Antragstellerin rügt, dass die von der T. angegebenen Hausanschlusskosten von ... EUR nicht plausibel seien und ihr Angebot daher abgewertet werden müssen, hat die Rüge keinen Erfolg. Ein Bewertungsfehler liegt nicht vor. Die Antragsgegnerin hat mit Rügeerwiderung vom 21.03.2022 (Anlage ASt 7), im Rahmen der Antragserwiderung sowie der Berufungserwiderung ausgeführt, dass an der Plausibilität der Angaben der T. in Bezug auf die angebotenen Hausanschlusskosten keine Zweifel bestünden. Es sei nicht per se unplausibel oder zu beanstanden, wenn Bewerber im Rahmen des Wettbewerbs um Konzessionen auf die Kosten für die Erstellung von Hausanschlüssen verzichten. Berechtigte Zweifel ergäben sich - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - auch nicht aus den Preisblättern der T. für Gas und der F 1. für Strom, die jeweils Hausanschlusskosten zwischen ... EUR und ... EUR vorsähen, was auch gelte, wenn man berücksichtige, dass die T. diese zum 01.01.2023 auf ... EUR erhöht habe. Hieraus könnten für die Plausibilität des Angebots der T. keine Rückschlüsse gezogen werden. Es handle sich um unterschiedliche Netze mit unterschiedlichen Anforderungen und demzufolge unterschiedlichen Hausanschlusskosten. Zudem sei die Entwicklung des Gasmarktes mit größeren Unsicherheiten belastet als der Strommarkt, was sich auch auf die Hausanschlusskosten auswirken könne. Auch könnten aus dem Umstand der von der F 1. erhöhten Hausanschlusskosten keine Rückschlüsse auf die Plausibilität des Angebots der T. gezogen werden. Netzbetreiber solle nach dem verbindlichen Angebot, nicht die F 1. werden, sondern die T., die frei sei, ihre Hausanschlusskosten zu wählen. Die F 1. sei in dem streitgegenständlichen Netzgebiet für die Erhebung der Hausanschlusskosten nicht zuständig.
- 151 Bewertungsfehler lassen diese Plausibilitätserwägungen nicht erkennen. Dass die seitens der T. kalkulierten Netzentgelte bei Hausanschlusskosten von ... EUR nicht auskömmlich wären, hat auch die Antragstellerin nicht aufgezeigt.
- 152 (g) Nr. 3.1 "Serviceangebot über Fernkommunikationsmittel"
- 153 Das Angebot der Antragstellerin hat bei dem Wertungskriterium Nr. 3.1 "Serviceangebot über Fernkommunikationsmittel" 9 Punkte ($9 \times 15 = 135$) und das der T. 10 Punkte ($10 \times 15 = 150$) erhalten.
- 154 Ausschlaggebend für die Besserbewertung der T. war die angebotene telefonische Beratung von jeweils 67,5 h/Woche im Vergleich zu 52,5 h/Woche im Angebot der Antragstellerin. Die Antragstellerin stellt nach ihrem Angebot eine Servicenummer montags bis freitags von 7:30 bis 18:00 Uhr zur Verfügung. Außerhalb der Geschäftszeiten können Anfragen auf einem Anrufbeantworter hinterlegt werden. Dabei sichert die Antragstellerin den Rückruf eines Mitarbeiters bis spätestens 14:00 Uhr am nächsten Werktag zu.

Die T. bietet eine Servicenummer werktags von 7:45 bis 17:00 Uhr. Zudem können Bürger jederzeit per Email einen Rückruf anfragen, der innerhalb einer maximalen Dauer von 24 Stunden sichergestellt wird. Außerhalb der Servicezeiten sind Terminvereinbarungen möglich in der Zeit von 6:30 bis 20:30 Uhr.

- 155 Zwar ist die Antragstellerin danach innerhalb der üblichen Geschäftsstunden 6,25 h/Woche länger erreichbar als die T.. Gleichwohl hat die Antragsgegnerin ihren Wertungsspielraum nicht überschritten, soweit sie die von der T. angebotene Möglichkeit, Termine außerhalb der Servicezeiten von 6:30 bis 20:30 Uhr zu vereinbaren, ein höheres Gewicht beimisst. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist eine "dauerhafte telefonische Erreichbarkeit", die eine Berücksichtigung dieser Zeiten unter Umständen ausschließen würde, nicht gefordert. Nach den Bewertungsvorgaben im ersten Verfahrensbrief ist "eine zeitlich möglichst lange Verfügbarkeit von kompetenten Ansprechpartnern des Bewerbers zur Inanspruchnahme des Serviceangebots für Verbraucher" gefordert. Vor diesem Hintergrund ist die Berücksichtigung der "erweiterten Servicezeiten" von 6:30 bis 20:30 Uhr jedenfalls nicht verfahrensfehlerhaft. Ebenfalls ist es nicht beurteilungsfehlerhaft, dass das Vorhandensein eines Anrufbeantworters bei der Antragstellerin verbunden mit einem garantierten Rückruf am nächsten Tag bis 14:00 Uhr nicht zu einer Beserbewertung geführt hat. Das Vorhandensein eines solchen hat ausweislich des Auswertungsvermerks jedenfalls Eingang in die Bewertung gefunden. Schließlich ist die Antragsgegnerin beurteilungsfehlerfrei davon ausgegangen, dass auch die Tatsache, dass auf der Homepage der T. eine Hotline "derzeit" freitags aktuell nur bis 13:00 Uhr vorgesehen ist, nicht zu Zweifeln an der Plausibilität des Angebots führt. Zum einen muss ein Bieter die Ressourcen nicht bereits vor dem Zuschlag vorhalten, zum anderen kommt es für die Bewertung nicht auf das Vorhalten einer allgemeinen Servicehotline an, sondern auf die Erreichbarkeit der konkret für den Telefonservice vorgesehenen Mitarbeiter, die die T. auf Seiten 312 bis 315 ihres Angebots (vgl. Anlage AG 4) dargestellt hat.
- 156 (h) Nr. 3.3 "Serviceangebot vor Ort"
- 157 Das Angebot der Antragstellerin ist in diesem Kriterium mit 7 Punkten ($7 \times 40 = 280$) und das der T. mit 10 Punkten ($10 \times 40 = 400$) bewertet worden.
- 158 Die Antragsgegnerin begründet ihre Bewertung wie folgt:
- 159 *"T. ist zur persönlichen Beratung ihrer Kunden mit dem bestehenden Kundencenter in C. ebenso wie die X.1 mit der Betriebsstelle in C. erreichbar. Hierbei ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, dass die Betriebsstelle der X. kein Kundencenter, sondern einen Netzbetriebsstandort darstellt und daher nicht ohne Weiteres mit einem Kundencenter gleichgestellt werden kann. Es ist auch nicht ersichtlich und auch nicht im Angebot dargestan, dass sich Kunden persönlich konkret an die Netzbetriebsstelle der X. wenden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Betriebsstelle tatsächlich als Kundencenter genutzt wird. Dies zeigt auch die personelle Ausstattung der Betriebsstelle, in der keine Kundenberater tätig sind, sondern auf netztechnische Mitarbeiter verwiesen wird. Eine vollumfängliche Beratung bei der X.1 wie in dem Kundencenter der T. durch die dort angegebene personelle Ausstattung ist in der Betriebsstelle der X. daher nicht nachvollziehbar gemacht, was zu Lasten der X.1 zu werten ist. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sich die Öffnungszeiten beider Bieter an den bestehenden Anlaufpunkten unterscheiden (37 h/Woche bei X.1 zu 42,25 h/Woche bei T.), was zugunsten der T. gewertet wird. Die Kun-*

den Anlaufstelle der F.2 kann nicht positiv gewertet werden, da diese keine netzbezogene Beratung und Informationen der X. zur Verfügung stellt. ..."

- 160 Dem ist nichts hinzuzufügen, zumal die Antragstellerin nicht dargetan hat, dass und warum die von ihr genannten Anlaufstellen einem Kundencenter gleichzustellen sind.
- 161 Aber selbst wenn - so wie das Landgericht angenommen hat - ein Bewertungsfehler vorliegen sollte, würde sich dieser im Ergebnis nicht auf das Auswertungsergebnis auswirken, da die Antragstellerin hierdurch maximal eine Besserbewertung von 120 Punkten (3 x 40) hätte erlangen können.
- 162 Die Rüge, dass die von der Antragstellerin angebotenen Wunschtermine vor Ort nicht berücksichtigt worden seien, hat die Antragstellerin nicht mehr aufrecht erhalten.
- 163 (i) Nr. 3.5 "Bereitstellung von Hausanschlüssen" Unter-Unterkriterium "Bearbeitung des Antrags auf Netzanschluss"
- 164 Nicht zu beanstanden ist, dass das Angebot der Antragstellerin bei dem Wertungskriterium Nr. 3.5 "Bereitstellung von Hausanschlüssen" Unter-Unterkriterium "Bearbeitung des Antrags auf Netzanschluss" mit 8 Punkten (8 x 10 = 80) und das der T. mit 10 Punkten (10 x 10 = 100) bewertet worden ist. Hierzu hat sie ausgeführt:
- 165 *"...Im Ergebnis erfolgt die Bearbeitung des Antrags auf Netzanschluss von T. zügiger, da die Bearbeitungsdauer nach den Angaben der verbindlichen Angebote bei T. mit maximal einem Arbeitstag und bei X.1 mit maximal zwei Arbeitstagen angegeben wird, was positiv zu Gunsten der T. zu werten ist. Der Prozessablauf wird von beiden Bietern nachvollziehbar unter Angabe der jeweiligen Schritte dargestellt, so dass die Prozessschritte und deren Dauer plausibel sind....."*
- 166 Nicht gefolgt werden kann der Antragstellerin darin, dass ihr Angebot im Vergleich zum Angebot der T. einen deutlich schlankeren und schnelleren Prozess zur Beantragung von Netzanschlüssen vorsehe und daher besser hätte bewertet werden müssen. Dies entspricht nicht den Tatsachen. Die Antragsgegnerin ist bei ihrer Wertung von dem richtigen Sachverhalt ausgegangen.
- 167 Das Netzbetriebskonzept der T. sieht vor, dass der Kunde nach Eingang seines Antrags auf Netzanschluss innerhalb eines Arbeitstages das verbindliche Angebot erhält. Die Antragstellerin, die mit Bestellbestätigungen arbeitet und bei der der Kunde die Möglichkeit der Bestellung im Beratungsbüro, online oder durch Herunterladen aus dem Portal hat, erstellt die Bestellbestätigung innerhalb von maximal zwei Tagen nach Eingang des Antrags und versendet sie per Email an den Kunden. Der Umstand, dass der Kunde bei der von der T. gewählten Abschlussmethode das ausgedruckte Angebot unterschrieben zurückzusenden hat, bei der Antragstellerin hingegen bereits durch die Bestellbestätigung ein Vertrag zustande kommt, rechtfertigt keine bessere Bewertung des Angebots der Antragstellerin, denn ausweislich der Vorgaben im ersten Verfahrensbrief kommt es auf den Zeitraum "von der Antragstellung bis zum verbindlichen Angebot" an, nicht auf den Vertragsabschluss. Auch ist eine schlechtere Bewertung des Angebots der T. nicht deshalb gerechtfertigt, weil bei ihr noch Postlaufzeiten zu berücksichtigen sind, während die Antragstellerin ihre Bestellbestätigung nach der maximalen Bearbeitungszeit von zwei Arbeitstagen per Email übersendet. Auch bei der Antragstellerin ist zu berücksichtigen, dass nicht alle Kunden über diese Kommunikationsform verfügen und gegebenenfalls eine Versendung per Post erforderlich sein wird oder eine Übergabe im Beratungsbüro.

Dass die Antragsgegnerin vor diesem Hintergrund das Angebot der T. mit Blick auf die vollständige Bearbeitung innerhalb eines Tages mit zwei Punkten besser bewertet hat, stellt keinen Beurteilungsfehler dar, zumal aus den Vorgaben im Verfahrensbrief, der auf die "vollständige(n) Bearbeitung des Antrags" abstellt, schon nicht erkennbar ist, dass Postlaufzeiten eine Berücksichtigung finden sollten, sondern auf die reine Bearbeitungszeit abgestellt wird.

- 168 (j) Nr. 5 "Umweltverträglichkeit"
- 169 Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin mit insgesamt 820 Punkten bewertet, während das der T. insgesamt 1.000 Punkten erhalten hat. Sie hat dieses Ergebnis im Auswertungsvermerk vom 20.08.2021 (dort Seite 87-98) begründet. So heißt es dort etwa zum Unterkriterium "5.1 Schonung des Baumbestands bei Leitungsverlegung":
- 170 *"Beide Bieter nehmen zur Schonung des Baumbestandes bei Leitungsverlegung bei den Planungen auf vorhandene Bäume Rücksicht und halten bei der Bauausführung Regelwerke und Satzungen ein. ..."*
- 171 *Soweit Bieter in ihren verbindlichen Angeboten allgemein auf die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben, Regelwerke, DIN-Vorschriften oder interner Richtlinien verweisen, kann dies nur gewertet werden, soweit einzelne Maßnahmen konkret benannt und dargestellt werden. ..."*
- 172 *Darüber hinaus kann jedoch T. konkretere Maßnahmen zum Wurzelschutz, zu den Handschachtungen, zum Abstimmungsprozess, zur Vermeidung des Einsatzes schwerer Baumaschinen, zu Wundverschlussmittel, zu Baustelleneinrichtung- und -kontrollen, zum Schutz der Baumstämme, zum Umgang mit beauftragten Fremdunternehmen sowie zum Einsatz von Leerrohren verweisen. All diese konkret gemachten Maßnahmen gewährleisten im Vergleich einen deutlich besseren Baumschutz bei der Verlegung von Leitungen."*
- 173 Soweit die Antragstellerin kritisiert, die Antragsgegnerin habe bei der Bewertung aller Unterkriterien des Kriteriums Nr. 5 "Umweltverträglichkeit" verfahrensfehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass sie, die Antragstellerin, über ein zertifiziertes Umweltmanagementsystem nach DIN EN ISO 14001 verfüge und der Antragsgegnerin in § 11 Abs. 2 lit. g) des Konzessionsvertragsentwurfs das Recht eingeräumt habe, ohne Einhaltung einer Frist zum Ende eines Kalenderjahres zu kündigen, sollte die Antragstellerin eine solche Zertifizierung nicht mehr nachweisen können, begründet dieses Vorbringen einen Wertungsfehler nicht.
- 174 Zutreffend geht die Antragsgegnerin davon aus, dass sich die genannte Zertifizierung nur dann positiv auf die Bewertung des Angebots der Antragstellerin auswirken kann, wenn die konkreten Auswirkungen der Zertifizierung auf bestimmte Maßnahmen dargestellt werden. Allein die Vorlage und Bezugnahme auf eine Zertifizierung beinhaltet für sich genommen nicht die Darstellung einer konkreten Maßnahme der Umweltverträglichkeit, wie sie auf Seite 14 des ersten Verfahrensbriefs (Anlage ASt 1) gefordert ist. Die Antragstellerin hätte insoweit näher erläutern und darlegen müssen, inwieweit sich der Umstand, dass sie diese Zertifizierungsprozesse erfolgreich durchlaufen hat, konkret auf einzelne Maßnahmen zur Umweltverträglichkeit auswirkt (vgl. oben unter Ziff. II.2.e.bb. (2)(b) und (c) der Gründe zu den Kriterien Nr. 1.2 "Investition in das Netz" und Nr. 1.3 "Instandhaltung des Netzes"). Dies fehlt jedoch. Insbesondere liegen keine Angaben dazu vor, wie durch das Umweltmanagementsystem der "Baumbestand bei Leitungsverle-

- gungen" geschont, der "Netzanschluss von EEG-Anlagen" verbessert und wie es sich auf die "Erdverkabelung", die "Entfernung stillgelegter Anlagen" oder bei der "Vermeidung von Straßenaufbrüchen" auswirkt.
- 175 Ist aber - wie ausgeführt - schon das zertifizierte Umweltmanagementsystem nicht positiv zu Gunsten der Antragstellerin zu werten, ist nicht zu beanstanden, dass die angebotene Kündigungsmöglichkeit für den Fall des Wegfalls der Zertifizierung nach § 11 Abs. 2 lit. g des Konzessionsvertragsentwurfs zu keiner Besserbewertung des Angebots geführt hat.
- 176 (k) Nr. 6.2 "Sicherstellung der zustandsgerechten Oberflächenwiederherstellung"
- 177 In dem Kriterium Nr. 6.2 "Sicherstellung der zustandsgerechten Oberflächenwiederherstellung" haben sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das der T. 10 Punkte (10 x 20 = 200) erzielt, wobei für die Antragsgegnerin folgende Erwägungen maßgeblich waren:
- 178 *"Nach beiden Angeboten ist eine Wiederherstellung der Oberflächen in den vorherigen Stand vertraglich geregelt. ..."*
- 179 *In beiden Angeboten ist eine Anzeige der Fertigstellung gegenüber der Stadt und die Durchführung einer Abnahme geregelt. Festgestellte Mängel sind nach beiden Angeboten in angemessener Frist zu beheben und der Stadt die Beseitigung der Mängel mitzuteilen. Als angemessene Frist gelten im Angebot der X.1 zwei und im Angebot der T. vier Wochen, allerdings sieht nur das Angebot der T. im Fall einer nicht rechtzeitigen Mängelbeseitigung ein Recht zur Selbstvornahme vor. Nur geringen Mehrwert hat die Aussage der X.1, dass die Stadt im Falle nicht auszuräumender Meinungsverschiedenheiten berechtigt ist, einen unabhängigen Gutachter hinzuzuziehen; es bleibt unklar, wie und auf wessen Kosten dieser zu bestellen ist und ob er verbindliche Entscheidungen treffen soll."*
- 180 Ohne Erfolg beanstandet die Antragstellerin, dass die von der T. angebotene um zwei Wochen längere Frist zur Mängelbeseitigung nicht zu einer Abwertung ihres Angebots geführt habe. Gleiches gilt für ihre weitere Rüge, die Antragsgegnerin habe nicht im Sinne einer Besserbewertung hinreichend berücksichtigt, dass sie, die Antragstellerin, die Möglichkeit vorgesehen habe, bei Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen sowie Art und Umfang von Mängeln bei der Bauabnahme einen unabhängigen Gutachter hinzuzuziehen (vgl. § 8 Abs. 5 lit. f Konzessionsvertragsentwurf).
- 181 Nach Ansicht der Antragsgegnerin ist der zugunsten der Antragstellerin sprechenden Umstand einer um 2 Wochen kürzeren Gewährleistungsfrist dadurch ausgeglichen, dass die T. der Stadt im Falle einer nicht rechtzeitigen Mängelbeseitigung ein Recht zur Selbstvornahme eingeräumt hat. Damit bewegt sie sich im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums, zumal § 637 BGB ein solches Selbstvornahmerecht nicht ohnehin einräumt, so wie die Antragstellerin meint. Denn § 637 BGB, der das Bestehen eines Werkvertrags voraussetzt, ist auf das Verhältnis zwischen der Stadt und dem Bieter in Bezug auf die von ihm im Eigeninteresse durchgeführten Baumaßnahmen am Netz nicht anwendbar. Die Stadt ist nicht Besteller einer Werkleistung und der Bieter nicht Werkunternehmer. Vielmehr beeinträchtigt der Bieter die Wegeoberflächen durch seine im eigenen Interesse durchgeführten Baumaßnahmen, er ist entsprechend dem Rechtsgedanken der Folgenbeseitigung (ggf. konkretisiert durch die konzessionsvertraglichen Regeln) zur Wie-

derherstellung verpflichtet (vgl. auch Senat, Beschl. v. 17.04.2014 - VI-2 Kart 2/13 (V), juris Rn 166).

- 182 Dass die Antragsgegnerin der Zusage in § 8 Abs. 5 lit. h) ihres Konzessionsvertragsentwurfs der Antragstellerin keinen erheblichen Mehrwert beimisst, ist ebenfalls von ihrem Beurteilungsspielraum gedeckt. Zwar räumt die Antragstellerin der Antragsgegnerin im Falle nicht auszuräumender Meinungsverschiedenheiten die Möglichkeit ein, einen unabhängigen Gutachter hinzuzuziehen. Angesichts des Umstandes, dass jedoch unklar bleibt, wie und auf wessen Kosten dieser zu bestellen ist und ob dieser verbindliche Entscheidungen treffen darf, ist es beurteilungsfehlerfrei diesem Umstand nur einen geringen Mehrwert beizumessen.
- 183 (l) Nr. 6.3 "Gewährleistung für die Oberflächenwiederherstellung"
- 184 Das Kriterium Nr. 6.3 "Gewährleistung für die Oberflächenwiederherstellung" hat die Antragsgegnerin mit 6 Punkten ($6 \times 25 = 150$) für die Antragstellerin und mit 10 Punkten ($10 \times 25 = 250$) für die T. gewertet. Entscheidend für die Besserbewertung des Angebots der T. war im Wesentlichen die deutlich längere Gewährleistungsfrist im Angebot der T..
- 185 Die in § 12 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs angebotene Gewährleistungsfrist von 10 Jahren bei der Oberflächenwiederherstellung konnte positiv bewertet werden. Es handelt sich dabei nicht um eine unzulässige Nebenleistung gemäß § 3 KAV, so wie die Antragstellerin geltend macht. Die Ausdehnung von Gewährleistungsfristen begründet keinen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 KAV (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.03.2019 - 6 U 113/18 Kart, BeckRS 2019, 26308; Senat, Urteile v. 18.05.2022 - VI 2 U 2/21 und VI 2 U 6/21 - unveröffentlicht).
- 186 (m) Nr. 7.1 "Auskunftsanspruch über technische und wirtschaftliche Situationen des Netzes".
- 187 Das Angebot der Antragstellerin ist mit 9 Punkten ($9 \times 30 = 270$) und das der T. mit 10 Punkten ($10 \times 30 = 300$) bewertet worden. Entscheidend für die leicht vorteilhaftere Bewertung des Angebots der T. waren folgende Erwägungen:
- 188 *"Die Aufzählung der zu übergebenden Daten im Angebot der X.1 ist zwar umfangreich, jedoch kann die Stadt nach dem Angebot der T. alle Daten verlangen, die für die Durchführung des Konzessionsverfahrens erforderlich sind, so dass das Angebot der T. hierzu leicht vorteilhaft ist. Beide Angebote sehen eine Übermittlung der Daten binnen 4 Wochen vor. Die X.1 macht hiervon für den Fall einer Sonderkündigung des Vertrags eine Ausnahme, in diesem Fall beträgt die Frist zur Übermittlung der Daten 8 Wochen. ..."*
- 189 Diese Erwägungen lassen einen Bewertungsfehler nicht erkennen, da sie einen zutreffenden Sachverhalt zu Grund legen. Das Angebot der Antragstellerin sieht zwar in § 12 Abs. 4 des Konzessionsvertrags ebenfalls vor, dass der Antragsgegnerin Daten entsprechend dem gesetzlichen Auskunftsanspruch nach § 46a EnWG sowie zusätzliche weitere dort zugesagte Daten übermittelt werden. Darüber hinaus hat die Stadt nach § 12 Abs. 2 des Konzessionsvertragsentwurfs die Möglichkeit, frei über Umfang der Daten und Zeitpunkt der Bereitstellung bestimmen, indem es dort heißt:

- 190 " [...] Auf Wunsch der Stadt und in Abstimmung mit dem Stromnetzbetreiber kann der Umfang der Daten erweitert und der Zeitpunkt der Bereitstellung und das Format geändert werden."
- 191 Obwohl danach die Antragstellerin zwar ebenfalls zusichert, sämtliche Daten zur Verfügung zu stellen, handelt es sich hierbei aber nur um die Daten, die die laufende Berichtspflicht betreffen und nur "in Abstimmung mit dem Stromnetzbetreiber" bereit gestellt werden. Das Angebot der T. enthält diese Einschränkung nicht. Hinzu kommt ein weiterer Unterschied bei der Frist zur Übermittlung der Daten, der sich zum Vorteil der T. auswirkt. Zwar sehen beide Angebote für die Übermittlung der Daten eine Frist von vier Wochen vor, die Antragstellerin macht jedoch hiervon eine Ausnahme für den Fall einer Sonderkündigung des Vertrags, in dem die Frist für die Übermittlung der Daten 8 Wochen beträgt.
- 192 cc. Im Berufungsverfahren hat die Antragstellerin die erstinstanzlich noch geltend gemachte Rüge einer unzureichenden Akteneinsicht nicht weiter verfolgt und die ablehnende Entscheidung des Landgerichts nicht angegriffen.

III.

- 193 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht. Die Sache ist kraft Gesetzes nicht revisibel, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.
- 194 Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren in Übereinstimmung mit der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Festsetzung auf 30.000,00 EUR festgesetzt.