

**OLG Frankfurt a. M. (1. Kartellsenat), Urteil vom 12.08.2021 – 11 U
1/21 (Kart)**

Titel:

Anforderungen an die Vergaben einer Ausschreibung für die Vergabe einer Stromkonzession

Amtliche Leitsätze:

1. Sofern in einem Konzessionsvergabeverfahren das Nichtabhilfeschreiben der Gemeinde auf die Rüge eines Bieters versehentlich auch an einen Mitbieter gesandt worden ist, wird der Grundsatz des Geheimwettbewerbs dann nicht verletzt, wenn der Mitbieter aus dem Antwortschreiben keine konkreten Rückschlüsse auf den Inhalt des Angebots des Bieters ziehen kann.

2. Mangels gesetzlicher Vorgaben kann ein nicht relativer Maßstab bei funktionaler Ausschreibung bzw. einem Konzeptwettbewerb nicht als von vornherein ungeeignet angesehen werden. Ob der letztendlich gewählte Maßstab und seine Anwendung rechtlich zu beanstanden sind, kann erst im Zuge einer Überprüfung der Vergabeentscheidung und der dann erforderlichen vollständigen Offenlegung des Bewertungsmaßstabs geprüft werden.

3. Obwohl die Gemeinden den genauen Bewertungsmaßstab bei der nicht relativen Bewertungsmethode nicht offenlegen müssen, sind sie auch hier aufgrund des Transparenzgebots verpflichtet, die Bewertungskriterien soweit zu konkretisieren, dass sich die Bewerber ein Bild davon machen können, wofür ihr Konzept eine taugliche Lösung anbieten muss.

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Bewerber, Auswahlentscheidung, Versorgung, Bieter, Gemeinde, Auswahlverfahren, Berufung, Vergabeunterlagen, Leistungen, Vergabeeverfahren, Ausschreibung, Frist, Leistungsbeschreibung, Bewertung, berechtigtes Interesse, keinen Erfolg, gesetzlichen Form

vorgehend:

LG Wiesbaden, Urteil vom 09.12.2020 - 12 O 2003/20

Hinweis

Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

ECLI:

ECLI:DE:OLGHE:2021:0812.11U1.21KART.00

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das am 9. Dezember 2020 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wiesbaden, 12 O 2003/20, teilweise abgeändert und der Verfügungsbeklagten über die erstinstanzliche Verurteilung hinaus bei Meidung eines für jeden Fall der Zu widerhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zu widerhandlung Ordnungshaft von insgesamt bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, untersagt,

das Verfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu dem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gebiet Stadt1-Stadtteil1 gehören, auf Basis der Wettbewerbsunterlagen vom 07.09.2020 fortzusetzen, bevor die Verfügungsbeklagte nicht

- der Rüge (iv.) der Festlegung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, dass im Rahmen der absoluten Bewertungsmethode innerhalb der Erfüllungsgrade (der jeweiligen Schulnote) eine Spanne von jedenfalls 2 Punkten vorgesehen ist (Ziffer 1.5.d) aa));
- der Rüge (vii.) der Verfügungsklägerin zur Festlegung in 1.6 des Verfahrensbriefs über den Umfang der Akteneinsicht,
- der Rüge (viii.) der Verfügungsklägerin der fehlenden Festlegung in 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs,
- was Maßstab für das Vorliegen „kritischer Punkte“ in Bezug auf das Vorliegen von unzulässigen Nebenleistungen sein soll (Ziffer 1.9.aa));
- wann ein Verstoß „eindeutig“ ist (Ziffer 1.9.bb));
- wie Angebotsbestandteile, die mit Blick auf das Nebenleistungsverbot „kritisch“, aber nicht „eindeutig“ unzulässig sind, gewertet werden (Ziffer 1.9.cc));
- was daraus folgt, wenn ein kritischer Punkt zum Gegenstand der Aufklärung des Präsentationstermins gemacht wird (Ziffer 1.9.dd).
- der Rüge (xvii.) der Verfügungsklägerin der Festlegung bei den Unterkriterien A) 2 (Preisgünstigkeit) und deren Unterkriterien 2.1 bis 2.3, dass Bieter, die nicht der Altkonzessionär sind, bei der Prognose die Entflechtungskosten infolge der Netzübernahme mit einzukalkulieren haben (Ziffer II.11.b));
- der Rüge (xviii, 1. und 2. Spiegelstrich) der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A) 3.1.1 (Kundenservice),
- in welchem Verhältnis die Anlaufstelle und die Vor-Ort-Termine stehen (Ziffer II.12.a aa));
- welche Ortsnähe/räumliche Entfernung die Anlaufstelle, gerechnet von welchem Punkt haben muss bzw. darf (Ziffer II.12.a bb));
- der Rüge (xx, 1 Spiegelstrich; xxi, 1. Spiegelstrich) der nicht hinreichenden Konkretisierung der Öffnungszeiten der Vor-Ort-Anlaufstelle und der Erreichbarkeit der Telefon-Hotline;
- der Rüge (...., 2. Spiegelstrich) der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A) 5.1.3 (Reduzierung Energieverbrauch), welches Basisszenario für die Ermittlung des Umfangs der Reduktion des Energieverbrauchs herangezogen wird und ob eine absolute Reduzierung oder eine relative Reduzierung betrachtet wird (Ziffer II.24.b) bb));

- der Rüge (...iii.) der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B) 1.4 (Zugriff auf digitales Planwerk), was eine kommunalfreundliche Lösung mit Blick auf das Nebenleistungsverbot sein soll (Ziffer II.29.a)) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats abgeholfen hat.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Das Rubrum des vorbezeichneten Urteils des Landgerichts Wiesbaden wird dahingehend berichtigt, dass an die Stelle der Bezeichnung Antragstellerin die Bezeichnung Verfügungsklägerin und an die Stelle der Bezeichnung Antragsgegnerin die Bezeichnung Verfügbeklagte tritt und dass die Verfügbeklagte nicht durch den Bürgermeister, sondern durch den Magistrat vertreten wird.

Die Kosten des Rechtsstreits I. Instanz hat die Verfügungsklägerin zu 3/4, die Verfügbeklagte hat sie zu 1/4 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Verfügungsklägerin zu 2/3, die Verfügbeklagte hat sie zu 1/3 zu tragen.

Das Urteil ist rechtskräftig.

Gründe:

I.

1Die Verfügungsklägerin (nachfolgend Klägerin genannt) greift das Vergabeverfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages für den Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Stadtteil1 der verfügbeklagten Stadt an.

2Das Landgericht hat dem Eilantrag nur zu einem geringen Teil stattgegeben und der Verfügbeklagten (nachfolgend Beklagte genannt) bei Meidung gesetzlicher Ordnungsmittel untersagt, das Konzessionsverfahren fortzusetzen, bevor sie nicht der Rüge der Klägerin hinsichtlich des Kriteriums B.4.1 „Zahlung der Konzessionsabgabe bis zur Netzübernahme“ unter Beachtung der Rechtsauffassung des Landgerichts abgeholfen hat. Den weitergehenden Antrag hat das Landgericht abgewiesen.

3Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge teilweise weiter. Mit ihrem Hauptantrag wendet sie sich weiterhin gegen die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, hilfsweise begeht sie unter Abänderung des erstinstanzlichen Antrags, die Fortsetzung des Verfahrens zu untersagen, bis die Beklagte den im Hilfsantrag bezeichneten, noch aufrechterhaltenen Rügen abgeholfen hat.

4Die Verfügungsklägerin beantragt nunmehr,

unter Abänderung des Urteils des LG Wiesbaden vom 09.12.2020, Az. 12 O 2003/20,

der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft von bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, das Verfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu dem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gebiet Stadt1-Stadtteil1 gehören, auf Basis der Wettbewerbsunterlagen vom 07.09.2020 fortzusetzen;

hilfsweise der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu

6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zu widerhandlung Ordnungshaft von bis zu 2 Jahren, jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, das Verfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu dem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gebiet Stadt1-Stadtteil1 gehören, auf Basis der Wettbewerbsunterlagen vom 07.09.2020 fortzusetzen, bevor die Berufungsbeklagte nicht den folgenden Rügen

- i. der fehlenden Festlegung (= Intransparenz), was mit abstrakter Bewertungsmethode in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs gemeint ist (Ziffer 1.5a));
- ii. der Formulierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, dass ohne Blick auf das übrige Bewerberfeld ausgewertet wird (Ziffer 1.5.b);
- iii. der Formulierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, es werde anhand der abstrakten Bewertungsmethode im Sinne der absoluten Bewertungsmethode ausgewertet (Ziffer 1.5.c));
- iv. der Festlegung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, dass im Rahmen der absoluten Bewertungsmethode innerhalb der Erfüllungsgrade (der jeweiligen Schulnote) eine Spanne von jedenfalls 2 Punkten vorgesehen ist (Ziffer 1.5.d aa));
- v. der fehlenden Festlegung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs des Bewertungsmaßstabs bei den Kriterien, bei denen die Anforderungen der Beklagten an den Erfüllungsgrad nicht abschließend formuliert oder ganz offengelassen worden sind (Ziffer 5.e) („15.e“));
- vi. der fehlenden Konkretisierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, was damit gemeint ist, dass die Ausführungen des Bieters „plausibel“ sind oder „fundiert“ oder „teilweise“ auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte eingehen bzw. „deutliche Schwächen“ hinsichtlich der von der Stadt vorgegebenen Aspekte erkennen lassen oder „stellenweise“ unvollständig bzw. „sehr schwach“ oder „in weiten Teilen unvollständig“ sind bzw. „Verbindlichkeit der Ausführungen“ (Ziffer I.5.f));
- vii. der Festlegung in 1.6 des Verfahrensbriefs, dass der unterlegene Bieter keine Informationen über die Auswertung des Angebots des obsiegenden Bewerbers erhält und auch die Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG entsprechend beschränkt wird (Ziffer 1.8);
- viii. der fehlenden Festlegung in 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs,
 - was Maßstab für das Vorliegen „kritischer Punkte“ in Bezug auf das Vorliegen von unzulässigen Nebenleistungen sein soll (Ziffer 1.9.aa));
 - wann ein Verstoß „eindeutig“ ist (Ziffer 1.9.bb));
 - wie Angebotsbestandteile, die mit Blick auf das Nebenleistungsverbot „kritisch“, aber nicht „eindeutig“ unzulässig sind, gewertet werden (Ziffer 1.9.cc));
 - was daraus folgt, wenn ein kritischer Punkt zum Gegenstand der Aufklärung des Präsentationstermins gemacht wird (Ziffer 1.9.dd);
- ix. der in 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs vorgesehenen Möglichkeit, dass der Bewerber für den Fall, dass ein Angebotsbestandteil „kritisch“ gesehen wird, sein Angebot nachbessern darf (Ziffer 1.9.ee);
- x. der fehlenden Festlegung in dem Unterkriterium A)1.1.1.1,
 - was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade (Ziffer II.2.b) aa));

- ob der generelle Bewertungsmaßstab „Verbindlichkeit“ bei diesem Kriterium von der Beklagten bewertet wird und, wenn ja, wann er angenommen wird (Ziffer II.2.b) bb));
- xi. der fehlenden Festlegung im Unterkriterium A)1.1.1.2,
- was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.3.f) aa));
- ob die Berufungsbeklagte bei diesem Kriterium die vom Bewerber darzustellende Erreichbarkeit des in Aussicht gestellten Zielwerts nur auf Plausibilität bzw. Nachvollziehbarkeit prüft oder auch mit Blick auf die Versorgungssicherheit (Ziffer II.3.f) bb);
- xii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.2.1 (Instandhaltungsstrategie), welche Methoden der anlagenklassendifferenzierten Instandhaltungsstrategie, etwa nach festen Zyklen oder einer Priorisierung, die Berufungsbeklagte als „modern“ einstuft und für welche Methoden sie die einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere die volle Punktzahl vergibt (Ziffer II.4.a));
- xiii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.2.2 (Instandhaltungsmanagement-Tools), welche Softwarelösungen und Tools die Berufungsbeklagte als „zeitgemäß“ einstuft, um ausgehend davon den Professionalisierungsgrad eines Bieters zu bestimmen (Ziffer II.5.);
- xiv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.3 (Störungsprävention), zu welchen weiteren Maßnahmen zur Störungsprävention neben den Mindestanforderungen die Berufungsbeklagte Ausführungen für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet (Ziffer II.6));
- xv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.4 (Störungsbeseitigung), welche Reaktionszeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, angegeben werden muss (Ziffer II.7a.); der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.2.2 (Ungefährlichkeit des Netzbetriebs - Betrieb), was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.9.a));
- xvi. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.2.3 (Ungefährlichkeit des Netzbetriebs - Arbeitssicherheit),
 - was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.10.a));
 - wann der Bewerber aus Sicht der Berufungsbeklagten „alle erdenklichen Vorkehrungen“ getroffen hat (Ziffer II.10.b));
- xvii. der Festlegung bei den Unterkriterien A) 2 (Preisgünstigkeit) und deren Unterkriterien 2.1 bis 2.3, dass Bieter, die nicht der Altkonzessionär sind, bei der Prognose die Entflechtungskosten infolge der Netzübernahme mit einzukalkulieren haben (Ziffer II.11.b));
- xviii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.1 (Kundenservice),
 - in welchem Verhältnis die Anlaufstelle und die Vor-Ort-Termine stehen (Ziffer II.12.a) aa));
 - welche Ortsnähe/räumliche Entfernung die Anlaufstelle, gerechnet von welchem Punkt haben muss bzw. darf für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.12.a) bb));
 - was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.12.a) cc));

- xix. der Intransparenz wegen fehlender Einzelgewichtung der Kriterien „Örtliche Entfernung der Anlaufstelle“ und „Vereinbarung von Vor-Ort-Terminen“ (Ziffer 1.12.b));
- xx. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.2 (Öffnungszeiten),
- welche Mindestöffnungszeiten für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet werden (Ziffer I.13.a aa));
 - wie sich die Punkte auf die Darstellung der Öffnungszeiten und auf die Darstellung des qualifizierten Personals auswirken (verteilen) (Ziffer II.13.a bb));
- xxi. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.3 (Kundenservice per Telefon),
- welche Hotline-Erreichbarkeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet wird (Ziffer II.14.a aa));
 - ob auch ein Rückrufservice gewertet wird, obwohl nur nach „Servicezeiten“ gefragt ist (Ziffer II.14.a bb));
 - was tatsächlich gewertet wird (Ziffer II.14.a cc));
 - welche Anforderung an das Vorliegen der Qualifikation des Ansprechpartners gestellt werden (Ziffer II.14.a dd));
- xxii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.4 (Kundenservice über das Internet),
- welche Mindestöffnungszeiten an Komfort und Unkompliziertheit die Berufungsbeklagte für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet (Ziffer II.15.a));
 - hinsichtlich des Verhältnisses von plausibler Darstellung und konkrem Konzept zur Umsetzung der vom Bewerber dargestellten Maßnahmen (Ziffer 1.15.b));
 - ob und wenn ja wie bei diesem Kriterium auch der Umfang der Themen, über die informiert wird, bewertet wird (Ziffer II.15.c));
- xxiii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.2.1 (Prozess Beschwerdemanagement), welche Kommunikationskanäle für Beschwerden für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, eröffnet werden müssen (Ziffer II.16.a));
- xxiv. der Intransparenz bei dem Unterkriterium A)3.2.2 (Max. Beantwortungszeit), was die Berufungsbeklagte mit der Aussage meint, dass die Zusagen des Bewerbers bewertet werden, innerhalb welcher maximalen Zeitspanne Kundenbeschwerden abschließend bearbeitet werden (Ziffer II.17.);
- xxv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.3 (Information bei Versorgungsunterbrechungen),
- wann Ausführungen „fundiert“ auf alle bzw. „teilweise“ auf von der Berufungsbeklagten vorgegebene Aspekte eingehen (Ziffer 1.18.a aa));
 - was mit einer „vollständigen und plausiblen“ Beschreibung der Maßnahmen zur Information bei Versorgungsunterbrechungen und Baumaßnahmen gemeint ist (Ziffer II.18.a bb));
- xxvi. der Unterteilung der einzelnen Erfüllungsgrade mit jeweils 2 Punkten bei dem Unterkriterium A)3.3, ohne dass konkretisiert ist, unter welchen Voraussetzungen 9 oder 10 Punkte vergeben werden (Ziffer II.18.a cc));
- xxvii. bei dem Unterkriterium A)3.3 (Information bei Versorgungsunterbrechungen), dass

- die Kombination „plausible Darstellung und teilweises Eingehen auf Aspekte der Stadt“ und einer Frist von mehr als 21 Tagen nicht adäquat einem Erfüllungsgrad zugewiesen ist (Ziffer II.18.b) aa));
 - der mit 0 Punkten zu bewertende Erfüllungsgrad schon dann erreicht wird, wenn der Bewerber eine Information der Anwohner nicht verbindlich im Konzessionsvertrag zusagt (Ziffer II.18.b) bb);
 - ein Angebot bereits dann mit 0 Punkten zu bewerten ist, wenn nur einer der in dem Erfüllungsgrad genannten Fälle verneint wird („oder“) (Ziffer II.18.b) cc));
- xxviii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)4.2 (Effiziente Baukoordination), welche Maßnahmen das Konzept für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, enthalten muss (Ziffer II.21.a);
- xxix. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)5.1.2 (Fuhrpark),
- wann aus Sicht der Berufungsbeklagten eine Umstellung auf alternative Antriebe technisch-wirtschaftlich sinnvoll ist und wie dies in die Bewertung einfließt (Ziffer II.23.a) aa));
 - ob der Einsatz von Erdgas-Fahrzeugen (Verbrennungsmotoren) positiv berücksichtigt wird oder nicht (Ziffer II.23.b) bb));
- der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)5.1.3 (Reduzierung Energieverbrauch),
- welchen Umfang die Reduktion des Energieverbrauchs für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, enthalten muss (Ziffer II.24.a) aa));
 - welches Basisszenario für die Ermittlung des Umfangs der Reduktion des Energieverbrauchs herangezogen wird und ob eine absolute Reduzierung oder eine relative Reduzierung betrachtet wird (Ziffer II.24.b) bb));
- ...i. bei dem Unterkriterium A)5.1.3
- eine absolute Reduzierung bewertet wird (Ziffer 1.24.b) aa));
 - ein Energieaudit zählen soll (Ziffer II.24.b) bb);
- ...ii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)1.2 (Vermeidung von Straßenaufbrüchen),
- welche Schonungsfrist von neuen Straßen und welcher Umfang an vorgezogenen Baumaßnahmen für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, eingehalten werden muss (Ziffer II.27.a));
 - was als „besser“ im Sinne des 2. Absatzes bewertet wird (Ziffer II.27.b));
 - was die Berufungsbeklagte mit der Formulierung „Die Stadt erwartet von den Bewerbern verbindliche Zusagen, neu gebaute oder grundhaft sanierte Straßen innerhalb einer mehrjährigen Frist nur zur Störungsbeseitigung in Anspruch zu nehmen.“ meint (Ziffer II.27.c));
 - was unter „neu gebaute oder grundhaft sanierte Straßen“ zu verstehen ist (Ziffer II.27.d));
- ...iii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)1.4 (Zugriff auf digitales Planwerk), was eine kommunalfreundliche Lösung mit Blick auf das Nebenleistungsverbot sein soll (Ziffer II.29.a));
- ...iv. der Forderung einer nicht marktkonformen Leistung bei dem Unterkriterium B)1.4 (Ziffer 1.29.b));

...v. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.1 (Ordentliche Kündigungsrechte), welche Anforderungen an die Anzahl und Ausübungszeitpunkte von ordentlichen Kündigungsrechten für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, gestellt werden (Ziffer II.33.a)); ...vi. der Festlegung einer Bewertung der inhaltlichen Qualität der Ausführungen („Nachvollziehbarkeit, Detailtiefe und Verbindlichkeit“) bei dem Unterkriterium B)3.1 (Ziffer II.33.b));

...vii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.2 (Umfang Datenherausgabe), wie Konzessionsgebietsschärfe und Editierbarkeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, bewertet werden und was mit „umfangreichen und verbindlichen Zusagen“ gemeint ist (Ziffer II.34.a));

...viii. der Festlegung einer Bewertung der inhaltlichen Qualität der Ausführungen („Nachvollziehbarkeit, Detailtiefe und Verbindlichkeit“) bei dem Unterkriterium B)3.2 (Ziffer 1.34.b) aa));

...ix. der Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.2, dass in einem Stromkonzessionsverfahren Aussagen zum Gasverteilernetz verlangt werden (Ziffer II.34.b) bb))

unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts abgeholfen hat.

5Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

6Von der weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird gemäß §§ 540 II, 313a I ZPO abgesehen.

II.

71. Die Berufung ist zulässig, sie ist insbesondere statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelebt und begründet worden.

8Der Zulässigkeit der Berufung steht nicht entgegen, dass die Klägerin in der Berufungsschrift das angefochtene Urteil nicht hinreichend bezeichnet hat. Zur konkreten Bezeichnung gehören neben der Angabe des Gerichts I. Instanz und den Namen der Parteien auch Aktenzeichen, Verkündungsdatum und Zustellungsdatum (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 519 Rn. 33). Die Berufungsschrift enthält lediglich ein Kurzrubrum ohne Angaben zu ladungsfähigen Anschriften der Parteien oder der Prozessbevollmächtigten, ein erstinstanzliches Aktenzeichen und die Erklärung, dass Gegenstand der Berufung ein beiliegendes Urteil sein solle. Aus dieser beiliegenden Urteilsabschrift ergibt sich jedoch eindeutig, welche Entscheidung welchen Gerichts angefochten sein soll.

92. In der Sache hat die Berufung teilweise Erfolg.

10a) Die Verfügungsklage ist zulässig. Insbesondere steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, dass die Klägerin den gesetzlichen Vertreter der Beklagten unzutreffend angegeben hat. Gemäß §§ 71 I, 9 II HGO wird die beklagte Stadt nicht durch den Bürgermeister, sondern durch den Magistrat vertreten. Allerdings kann an den Bürgermeister gem. § 170 II ZPO als „Leiter“ zugestellt werden, die beklagte Stadt hat keinen Oberbürgermeister gem. § 45 I HGO. Die fehlerhafte Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters ist im Wege der Rubrumsberichtigung, hinsichtlich der erstinstanzlichen Entscheidung gem. § 319 ZPO, von Amts wegen zu korrigieren. Zugleich sind im Rubrum des angefochtenen Urteils auch die Parteibezeichnungen von Antragstellerin und Antragsgegnerin in Verfügungsklägerin und Verfügungsbeklagte zu berichtigen.

11b) Materiellrechtlich ist die Verfügungsklage an dem Diskriminierungsverbot des § 46 I 1 EnWG sowie der §§ 33 I, 19 GWB zu messen.

12Gemeinden sind beim Abschluss energierechtlicher Konzessionsverträge Normadressaten der Verbotsvorschriften des GWB. Sie handeln hierbei als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12, „Stromnetz Heiligenhafen“, juris, Rn. 17ff.; Urteil vom 17.12.2013 - KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, juris, Rn. 18). Sie haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten eine marktbeherrschende Stellung. Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen (BGH, „Stromnetz Heiligenhafen“ aaO, Rn. 20; „Stromnetz Berkenthin“ aaO, Rn. 21). 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, „Stromnetz Heiligenhafen“ aaO Rn. 23; „Stromnetz Berkenthin“ aaO, Rn. 24).

13Als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 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 (siehe zum Ganzen Senat, Beschluss vom 09.03.2015 - 11 W 47/14 (Kart), juris, Rn. 17 f.).

14Der diskriminierungsfreie Zugang bedeutet im Kern, dass die Einräumung eines Wegerechts nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen verweigert werden darf. Die Gemeinde muss ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bieter in den Vergabeunterlagen klar - transparent - benennen und ist bei der späteren Auswahlentscheidung an diese gebunden (vgl. Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, § 46, Rn. 21, 59 f.)

15c) Die Verfügungsklage ist hinsichtlich des aufrecht erhaltenen Hauptantrags, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, unbegründet.

16aa) Die Klägerin rügt insoweit, die Beklagte habe den Grundsatz des Geheimwettbewerbs als Voraussetzung einer diskriminierungsfreien Vergabe verletzt, weil sie unstreitig das Nichtabhilfeschreiben vom 30.09.2020 auf die (erste) Rügeschrift der Klägerin vom 21.09.2020 auch an die Mitbewerberin A AG übersandte. Die Klägerin sieht den Geheimwettbewerb als verletzt an, weil

- A nun Kenntnis davon erlangt habe, dass die Klägerin ein Angebot abgeben wolle;
- A aus früheren Ausschreibungen auf das Angebot der Klägerin schlussfolgern könne;
- die Rügen der Klägerin und die Antworten der Beklagten Rückschlüsse auf das Angebot der Klägerin zuließen, beispielhaft nimmt die Klägerin insoweit auf ihre Rüge zu Auswahlkriterium B 4.2 (höchstmöglicher Kommunalrabatt) aus dem Schreiben vom 21.09.2020 Bezug; dort rügte die Klägerin, dass es diskriminierend sei, wenn eine Rabattierung von Netzentgelten von Entnahmen durch nicht rechtlich mit der Stadt identische Rechtsträger positiv bewertet werde. Hieraus könne die A schließen, dass das Angebot der Antragstellerin nur eine

Gewährung des Kommunalrabatts für kommunale Eigenbetriebe, nicht aber für kommunale Eigengesellschaften enthalten werde.

17bb) Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Zwar hat die Gemeinde das Verfahren grundsätzlich so zu gestalten, dass die Wettbewerber voneinander und von den anderen Angeboten keine Kenntnis erlangen (Geheimwettbewerb), um ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zu gewährleisten. Im Streitfall ist jedoch eine Diskriminierung der Klägerin zu verneinen.

18Soweit die Klägerin geltend macht, aus ihrer Rüge zu Auswahlkriterium B 4.2 könne die A schließen, dass die Klägerin keinen Kommunalrabatt für Eigengesellschaften anbieten wolle, ist dies unzutreffend. Aus der Rüge kann nur geschlossen werden, dass die Klägerin, die ihr Angebot damals noch nicht vorgelegt hatte, über eine entsprechende Beschränkung nachdachte und für diesen Fall ihre Rechte wahren wollte. Allein, dass sich die Klägerin die Fragen stellt, mit denen sich jeder Bewerber befassen muss, rechtfertigt jedoch keinen Schluss auf den Inhalt des künftigen Angebots. Weitere konkrete Rügen, aus denen auf den Inhalt des künftigen Angebots rückgeschlossen werden kann, legt die Klägerin nicht dar.

19Soweit die Klägerin darauf abstellt, ein bei einem früheren Verfahren unterlegener Bewerber könne durch Akteneinsicht Kenntnisse über den damals erfolgreichen Bewerber erworben haben, die Rückschlüsse auf Angebote in späteren (wie dem vorliegenden) Verfahren ermöglichen, so der damals unterlegene Bewerber denn wisse, dass der damals erfolgreiche sich ebenfalls bewerben wolle, kann ihre Rüge schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Klägerin nicht vorgetragen hat, in einem früheren Verfahren gegenüber A obsiegt zu haben. Sie macht lediglich geltend, beide hätten schon gemeinsam an Verfahren teilgenommen. Sie trägt auch nicht vor, A habe in früheren Verfahren Einsicht in nicht siegreiche Angebote der Klägerin genommen.

20Schließlich wird die Klägerin allein dadurch, dass A um die Beteiligung der Klägerin weiß, nicht in ihrem Recht auf ein diskriminierungsfreies Verfahren verletzt. Dass konkrete Rückschlüsse allein aus dieser Kenntnis auf das noch nicht abgegebene Angebot der Klägerin möglich wären, hat diese wie ausgeführt nicht hinreichend dargetan. Im Übrigen hätte A, sofern dies für deren Angebot relevant sein sollte, eine Teilnahme der Klägerin zur Überzeugung des Senats ohnehin unterstellt. Denn bei dem Stadtteil Stadtteil1 der Beklagten handelt es sich um ein gesondert vergebenes Gebiet mit 2.259 Einwohnern, während der Rest des Stadtgebiets mit ca. 30.000 Einwohnern von der Klägerin versorgt wird. Zugleich erwägt die Beklagte für die Zukunft, die Gebiete zu vereinigen (Nr. 2.2.2.3 des Verfahrensbriebs (Schreiben der Beklagtenvertreter vom 07.09.2020), Anlage ASt2); die Teilnahme der Klägerin drängte sich daher auf.

21d) Hinsichtlich des im Berufungsrechtszug noch weiterverfolgten Hilfsantrags ist die Verfügungsklage teilweise begründet.

22aa) Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofes, die auf § 46 EnWG insoweit übertragen werden kann, bedarf es für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zwar der Mitteilung der für die Bewertung maßgeblichen Kriterien (Zuschlagskriterien), doch muss bei einer - zulässigen - Bewertung der Erfüllung der einzelnen Kriterien anhand eines Punkte- oder Notensystems in den Vergabeunterlagen nicht angegeben werden, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll. Das Bewertungssystem innerhalb der Notenstufen muss also nicht im Vorhinein mitgeteilt werden. Das Vergabeverfahren darf ganz oder teilweise im Sinne eines Wettbewerbs oder einer funktionalen Leistungsbeschreibung so erfolgen, dass es Sache der

Bewerber ist, aus eigener Kraft darzustellen, mit welchen Einzelmaßnahmen sie die Kriterien möglichst gut ausfüllen können. Die Noten bzw. Punkte müssen in den Vergabeunterlagen nicht grundsätzlich mit konkretisierenden Informationen darüber verknüpft werden, welche Erwartungen die Vergabestelle hinsichtlich der Erfüllungsqualität hegt oder gar welcher Leistungsstand welche Teilnote/Punktzahl rechtfertigt. Das gilt auch, soweit der Bewertung eine Skala zu Grunde gelegt werden soll (EuGH, Urteil v. 14.07.2016, C-6/15 „Dimarso“, juris, Rn. 23 ff.; BGH, Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17 „Postdienstleistungen“, juris, Rn. 34, 39 ff, 46, 47). Inwieweit die Bewertungsmethode vor Öffnung der Angebote festgelegt sein muss, bedarf hier keiner Entscheidung.

23Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob der Bewertung eine relative oder nichtrelative Bewertungsmethode zugrunde liegt.

24Die Bewerber sind für die Erstellung ihres Angebots nicht darauf angewiesen, über die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung hinaus die konkrete Bewertung ihres Angebots vorhersehen zu können. Es macht für sie keinen Unterschied, ob sie den genauen Bewertungsmaßstab deshalb nicht kennen, weil der anzuwendende relative Maßstab erst nach Sichtung aller Angebote aus diesen entwickelt wird, oder ob ein nichtrelativer Maßstab angewendet werden soll, der in den Vergabeunterlagen nicht oder nur teilweise offengelegt wird. Den Bewerbern - die die Angebote ihrer Mitbewerber nicht kennen - ist die Unsicherheit über den vorab feststehenden absoluten Maßstab genauso zuzumuten, wie die über einen erst aus den Angeboten zu entwickelnden relativen.

25Die Vergabestelle hat ein berechtigtes Interesse daran, die Ausschreibungen ganz oder teilweise nur funktional vorzunehmen, Konzeptentwicklungen den Bewerbern zu überlassen und deren Leistungswillen nicht vorab durch die genaue Mitteilung, ab wann eine bestimmte Punktzahl bereits erreicht ist, zu hemmen. Mangels gesetzlicher Vorgaben kann ein nichtrelativer Maßstab bei funktionaler Ausschreibung bzw. einem Konzeptwettbewerb nicht als von vornherein ungeeignet angesehen werden. Auch bei solchen Ausschreibungen kann eine Bewertung anhand unabhängig von den konkreten Angeboten festgelegter Kriterien erfolgen. Die an einem abstrakten und absoluten Maßstab ausgerichtete Einzelbewertung führt über die unterschiedliche Einstufung der Angebote letztlich ebenfalls zu der Erkenntnis, wie sich die Angebote relativ zueinander verhalten. Sowohl bei relativer, als auch bei nichtrelativer Bewertung ohne Offenlegung des Bewertungsmaßstabs können die Bieter nicht wissen, wie ihr Angebot letztlich bewertet und wie es im Vergleich zu den Angeboten der Mitbewerber abschneiden wird. In beiden Fällen müssen sie daher versuchen, ein möglichst gutes Angebot zu erstellen. Ob der letztendlich gewählte Maßstab und seine Anwendung rechtlich zu beanstanden sind, kann erst im Zuge einer Überprüfung der Vergabeentscheidung und der dann erforderlichen vollständigen Offenlegung des Bewertungsmaßstabs geprüft werden.

26Obwohl die Gemeinden den genauen Bewertungsmaßstab bei der nichtrelativen Bewertungsmethode nicht offenlegen müssen, sind sie auch hier aufgrund des Transparenzgebots verpflichtet, die Bewertungskriterien soweit zu konkretisieren, dass sich die Bewerber ein Bild davon machen können, wofür ihr Konzept eine taugliche Lösung anbieten muss (BGH aaO „Postdienstleistungen“ Rn. 44 a.E.). Hierauf sind die Einzelkriterien im Rahmen des Verfahrens nach § 47 V EnWG - soweit gerügt - zu prüfen.

27bb) Eine Präklusion gem. § 47 II 2 EnWG kommt nicht in Betracht. Die Klägerin sprach die Rügen nach Erhalt der Vergabeunterlagen mit der Mitteilung nach § 46 IV 4 EnWG durch Schreiben der Beklagtenvertreter vom 07.09.2020 mit per E-Mail übersandtem Schreiben

vom 21.09.2020, Anlage ASt3, fristgemäß aus. Die Versendung des Abhilfeschreibens mit E-Mail vom 30.09.2020 auch an A rügte die Klägerin noch mit E-Mail vom gleichen Tage.

28cc) (1) Soweit die Klägerin die Rügen

- i. der fehlenden Festlegung (= Intransparenz), was mit abstrakter Bewertungsmethode in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs gemeint ist (Ziffer 1.5a));
- ii. der Formulierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, dass ohne Blick auf das übrige Bewerberfeld ausgewertet wird (Ziffer 1.5.b);
- iii. der Formulierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, es werde anhand der abstrakten Bewertungsmethode im Sinne der absoluten Bewertungsmethode ausgewertet (Ziffer 1.5.c));

erhebt, rügt sie letztlich die Unklarheit des grundsätzlichen Bewertungsansatzes. Die Rügen sind nicht gerechtfertigt.

29Aus 1.3.1.4 des Vergabebriefs ergibt sich unzweideutig, dass die Beklagte den Bewertungsmaßstab nicht aus dem Vergleich der Angebote heraus, etwa auf Grundlage des im Teilbereich besten Angebots, entwickeln, sondern einen hiervon unabhängigen, nicht relativen, also absoluten Bewertungsmaßstab anwenden will, der losgelöst von den konkreten eingereichten Angeboten - mithin abstrakt - erstellt sein soll. Wie genau die Klägerin diesen Bewertungsansatz letztlich umsetzen will, muss sie in den Vergabeunterlagen nicht weiter darlegen, weil sie, wie ausgeführt, hier den Bewertungsmaßstab überhaupt nicht erläutern muss.

30Soweit die Klägerin darauf abstellt, die Beklagte werde letztlich doch zumindest teilweise relativ bewerten, kann sie nicht durchdringen. Ob die Beklagte die Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsumunterlagen geprüft hat, kann erst nach der Bewertung der Angebote beurteilt werden.

31(2) Die Rügen iv. der Festlegung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, dass im Rahmen der absoluten Bewertungsmethode innerhalb der Erfüllungsgrade (der jeweiligen Schulnote) eine Spanne von jedenfalls 2 Punkten vorgesehen ist (Ziffer 1.5.d aa));

v. der fehlenden Festlegung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs des Bewertungsmaßstabs bei den Kriterien, bei denen die Anforderungen der Beklagten an den Erfüllungsgrad nicht abschließend formuliert oder ganz offengelassen worden sind (Ziffer 5.e) („15.e“));

vi. der fehlenden Konkretisierung in 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs, was damit gemeint ist, dass die Ausführungen des Bieters „plausibel“ sind oder „fundiert“ oder „teilweise“ auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte eingehen bzw. „deutliche Schwächen“ hinsichtlich der von der Stadt vorgegebenen Aspekte erkennen lassen oder „stellenweise“ unvollständig bzw. „sehr schwach“ oder „in weiten Teilen unvollständig“ sind bzw. „Verbindlichkeit der Ausführungen“ (Ziffer I.5.f));

haben teilweise Erfolg.

(a) Die Beklagte hat in Nr. 1.3.1.4 des Verfahrensbriefs folgende allgemeinen Notenstufen festgelegt:

Erfüllungsgrad	Wertung
Die Ausführungen des Bieters sind plausibel und gehen fundiert auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein.	sehr gut (9-10)
Die Ausführungen des Bieters sind plausibel und gehen auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein.	gut (7-8)
Die Ausführungen des Bieters sind plausibel und gehen teilweise auf die von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein.	befriedigend (5-6)
Die Ausführungen des Bieters sind plausibel, lassen aber deutliche Schwächen hinsichtlich der von der Stadt vorgegebenen Aspekte erkennen oder sind stellenweise unvollständig.	ausreichend (3-4)
Die Ausführungen des Bieters sind plausibel, aber hinsichtlich der von der Stadt vorgegebenen Aspekte sehr schwach oder in weiten Teilen unvollständig.	mangelhaft (1-2)
Die Ausführungen des Bieters sind unplausibel oder erfüllen nicht die Erwartungen der Stadt.	ungenügend (0)

32(b) Dies ist zwar nicht im Ansatz, aber doch hinsichtlich der konkreten Umsetzung teilweise intransparent.

33 Die Beklagte ist in der Wahl des Bewertungsmaßstabes frei. Es ist ihr unbenommen, ein „Schulnotensystem“ zu wählen, das innerhalb der einzelnen Schulnoten Abstufungen vorsieht, wie es sowohl aus der gymnasialen Oberstufe, als auch aus den juristischen Prüfungen bekannt ist. Auch in der Zahl der gebildeten Notenstufen und der noteninternen Abstufungen ist sie frei. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich entgegen dem Vorbringen der Klägerin nichts dafür, dass auch halbe Punkte - oder sonstige Bruchteile von Punkten - vergeben werden sollen. Dies folgt insbesondere nicht daraus, dass die einzelnen Notenstufen (außer ungenügend) mit einer zwei Punkte umfassenden Punktspanne angegeben sind; die Vergabe von Bruchteilen von Punkten bei den Einzelkriterien hätte ausdrücklicher Erwähnung bedurft. Der diesbezügliche Einwand der Klägerin erscheint offensichtlich konstruiert. Dass sich die höhere oder niedrigere Punktzahl innerhalb einer Notenstufe danach richtet, wie gut die Notenkriterien erfüllt wurden, ist selbstverständlich. Eine nähere Offenlegung des Bewertungsmaßstabs (Rüge v.) kann die Klägerin nach der bereits dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verlangen. Durch die Voranstellung des allgemeinen Bewertungsmaßstabs ist die Klägerin nicht gehindert, bei einzelnen Unterkriterien einen speziellen Maßstab vorzusehen.

34 Gleichwohl begegnet das bereits in den Vergabeunterlagen offengelegte allgemeine Bewertungssystem durchgreifenden Bedenken und bedarf einer Überarbeitung. Während die Notenstufen „mangelhaft“, „ausreichend“ und „befriedigend“ bei dem Kriterium des nur schwachen oder unvollständigen (mangelhaft), des Schwächen aufweisenden oder unvollständigen (ausreichend) und des teilweisen (befriedigend) Eingehens auf die vorgegebene Aspekte Raum für eine weitere, im Bewertungsschema zu konkretisierende Abstufung lassen, ist dies bei den Notenstufen „gut“ und „sehr gut“ nicht der Fall.

35 Die Klägerin hat den Erfüllungsgrad für die Notenstufe „gut“ (7-8 Punkte) mit „Die Ausführungen des Bieters sind plausibel und gehen auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein“ beschrieben. Dabei ist Plausibilität eine Anforderung aller Notenstufen außer der Note „ungenügend“ (0 Punkte), d.h. unplausible Ausführungen sind stets mit 0 Punkten zu bewerten. Daraus, dass die Beklagte bei dem weiteren Bewertungskriterium des Eingehens auf die von der Stadt vorgegebenen Aspekte im Unterschied zur Plausibilität nach der Qualität der Angaben differenziert, folgt, dass das Merkmal der Plausibilität entgegen den Ausführungen der Beklagten im Termin entweder erfüllt ist oder nicht, ohne dass es verschiedene Grade der Erfüllung gäbe, die eine

Differenzierung zwischen den Notenstufen oder zwischen den beiden Punktewerten einer Notenstufe erlauben. Da das zweite Kriterium bei Notenstufe „gut“ ein Eingehen auf „sämtliche“ Aspekte verlangt und von der Note „befriedigend“ durch ein dort nur verlangtes teilweises Eingehen und von der Note „sehr gut“ durch ein dort erforderliches fundiertes Eingehen unterschieden wird, kann auch das zweite Kriterium bei der Notenstufe „gut“ nur erfüllt sein oder nicht. Dadurch ist die in die Vergabeunterlagen aufgenommene allgemeine Notenskala intransparent, weil offenbleibt, wie eine Bewertung von 7 Punkten von einer Bewertung mit 8 Punkten abgegrenzt werden kann.

36 Entsprechendes gilt für die Notenstufe „sehr gut“, die ein fundiertes Eingehen auf sämtliche aufgeworfenen Aspekte verlangt, so dass auch dieses Kriterium nur erfüllt sein kann oder nicht, ohne Raum für weitere Differenzierungen zu lassen.

37 Hinsichtlich der besonderen Notenschemata in 1.1.1.2, 3.2.2, 3.3 und 3.4 der Erläuterungen zu den Wertungskriterien rügt die Klägerin die Spanne von zwei Punkten pro Notenstufe nicht generell; der Klageantrag bezieht sich insoweit ausdrücklich auf Punkt 1.3.1.4 des Vergabebriefs. Die Rüge zu xxvi. bezüglich des besonderen Notenschemas zu 3.3 der Erläuterungen ist auf die Abgrenzung zwischen 9 und 10 Punkten begrenzt. Sie ist insoweit nicht gerechtfertigt, weil dort ebenso wie bei den übrigen Notenstufen eine weitere Differenzierung innerhalb der Notenstufe möglich ist. Sie kann über die Informationsfrist (Zahl der Kalendertage) erfolgen, wobei das Notenschema für „sehr gut“ nur die Mindestfrist für 9 Punkte vorgibt und Raum für die bessere Bewertung insoweit besserer Angebote lässt.

38 Nur ergänzend ist auszuführen, dass die besonderen Notenschemata zu 3.2.2 und 3.4 der Erläuterungen für sich genommen nicht zu beanstanden sind, da eine weitere Differenzierung bei Punkt 3.2.2. der Erläuterungen über die Prozentzahl der Fälle und bei Punkt 3.4 über die Zahl der Werkstage möglich ist. Lediglich das besondere Notenschema zu 1.1.1.2 der Erläuterungen erscheint, worauf es für die Entscheidung des Senats mangels entsprechender Rüge aber nicht ankommt, intransparent, soweit die Note „sehr gut“ (9-10 Punkte) ab einem Restwertfaktor (RWF) von 0,4 erreicht wird, in den dem Notenschema vorangestellten Anmerkungen aber ausgeführt wird, dass keine zusätzlichen Wertungspunkte für einen über 0,4 hinausgehenden Restwertfaktor vergeben werden.

39 Ob und inwieweit eine Änderung des allgemeinen Notenschemas in 1.3.1.4 des Vergabebriefs Auswirkungen auf die besonderen Notenschemata haben muss, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

40 Soweit die Klägerin im Übrigen mit der Rüge zu vi. die Unbestimmtheit der zur Abgrenzung der Notenstufen herangezogenen Kriterien rügt, hat sie jedoch keinen Erfolg. Insoweit setzt sich zunächst der Grundsatz durch, dass die Beklagte das Bewertungsschema in den Vergabeunterlagen überhaupt nicht offenlegen musste und bei gleichwohl erfolgter Offenlegung schon zu diesem Zeitpunkt frei bestimmen kann, wie tief diese reichen soll.

41(3) Die Rüge vii. der Festlegung in 1.6 des Verfahrensbriebs, dass der unterlegene Bieter keine Informationen über die Auswertung des Angebots des obsiegenden Bewerbers erhält und auch die Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG entsprechend beschränkt wird (Ziffer 1.8), hat Erfolg.

42(a) Nr. 1.6 des Verfahrensbriebs lautet:

„1.6 Information der Bewerber, Akteneinsicht und Geheimnisschutz Es ist ein Gebot der Höflichkeit, dass alle Bewerber über ihr Ergebnis informiert werden und nicht nur diejenigen, deren Angebot nicht angenommen werden soll und die einen Rechtsanspruch auf

Benachrichtigung nach § 46 Abs. 5 EnWG haben. Die Information nach § 46 Abs. 5 EnWG wird eine ausführliche Begründung enthalten, die um die Bewertungsmatrix mit den erreichten Punkten ergänzt wird. Außerdem erhält jeder Bewerber Auskunft über die eigene Platzierung im Bewerberfeld. Diese Information ist wichtig, um die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens abschätzen zu können.

Die Wahl der absoluten Bewertungsmethode (näher dazu unter Nr. 2.2.1) ermöglicht, dass jeder Bewerber einen ungeschwärzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens erhält, soweit es ihn betrifft, ohne dass Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenten offenbart werden müssten. Dies gilt auch für die Bewertungsmatrix, die ausschließlich die eigenen Ergebnisse ausweist. Die Stadt bringt damit die widerstreitenden Interessen zwischen Verfahrenstransparenz und effektivem Rechtsschutz einerseits und dem Geheimhaltungsinteresse andererseits zu einem gerechten Ausgleich.“

43(b) Die Verfügungsklage ist insoweit zunächst entgegen der Auffassung der Beklagten nicht schon mangels Prozessführungsbefugnis unzulässig, weil die Klägerin jedenfalls bislang keine unterlegene Bewerberin ist. Das Rügesowie das Akteneinsichtsrecht stehen im Grundsatz jedem beteiligten Unternehmen, nicht nur unterlegenen Bewerbern zu, auch wenn der siegreiche Bewerber an einer Einsicht kein berechtigtes Interesse mehr haben mag. Darüber hinaus haben alle Bewerber ein Recht auf eine von Anfang an diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Verfahrens. Die Klägerin kann das Einsichtsrecht daher als eigenes Recht geltend machen, so dass die Prozessführungsbefugnis zu bejahen ist.

44 Die Klägerin hat auch bereits ein Rechtsschutzinteresse. Dies folgt, nachdem die Beklagte die entsprechenden Regelungen in die Vergabeunterlagen aufgenommen hat, aus der Gefahr einer Präklusion der Einwendung nach § 47 I EnWG, ohne dass es hier der abschließenden Prüfung bedarf, ob eine solche hinsichtlich der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts in den Vergabeunterlagen tatsächlich eingriffe (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 07. Oktober 2020 - U 1/20 Kart, juris, Rn. 33).

45 Die Rüge ist auch begründet.

46 Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich nach § 47 III EnWG grundsätzlich auf alle Akten des Vergabeverfahrens. Entgegen der in den Vergabeunterlagen zum Ausdruck kommenden Vorstellung ist eine Einsicht in die Angebote der Mitbewerber nicht entbehrlich. Vielmehr besteht ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in alle Angebote. Ein unterlegener Bewerber muss auch die Bewertung des siegreichen Angebots sowie durch Einsicht in alle Angebote und ihre Bewertungen die diskriminierungsfreie - einheitliche - tatsächliche Anwendung des nach der Auswahlentscheidung vollständig offenzulegenden Bewertungsmaßstabs auf alle Angebote prüfen können. So könnte eine Diskriminierung auch darin liegen, dass ein Umstand bzgl. eines unterlegenen Angebots vertretbar negativ bewertet und damit die Punktzahl des obsiegenden Angebots unterschritten wurde, der bei anderen, ebenfalls unterlegenen Angeboten nicht negativ berücksichtigt worden ist. Darauf, ob dieser Einsicht der Schutz von Geschäftsgeheimnissen entgegensteht und daher konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden Fehler zu verlangen sind (vgl. Senat, NVwZ-RR 2018, 485 Rn. 101), kommt es vorliegend nicht an; der Vergabebrief, dem eine Einschränkung dahingehend, dass die Regelungen der Nr. 1.6 ein weitergehendes gesetzliche Einsichtsrecht nicht ausschließen, fehlt, beschränkt das Einsichtsrecht auch für den Fall solcher Anhaltspunkte.

47(4) Die Rügen viii. der fehlenden Festlegung in 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs,

- was Maßstab für das Vorliegen „kritischer Punkte“ in Bezug auf das Vorliegen von unzulässigen Nebenleistungen sein soll (Ziffer 1.9.aa));
 - wann ein Verstoß „eindeutig“ ist (Ziffer 1.9.bb));
 - wie Angebotsbestandteile, die mit Blick auf das Nebenleistungsverbot „kritisch“, aber nicht „eindeutig“ unzulässig sind, gewertet werden (Ziffer 1.9.cc));
 - was daraus folgt, wenn ein kritischer Punkt zum Gegenstand der Aufklärung des Präsentationstermins gemacht wird (Ziffer 1.9.dd);
- ix. der in 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs vorgesehenen Möglichkeit, dass der Bewerber für den Fall, dass ein Angebotsbestandteil „kritisch“ gesehen wird, sein Angebot nachbessern darf (Ziffer 1.9.ee);

haben hinsichtlich der Rügen zu viii. Erfolg.

48Die von Anfang an so erhobenen Rügen sind unabhängig von der Frage, um wie viele Streitgegenstände es sich handelt, zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind sie auch bei unterschiedlichen Streitgegenständen und einheitlicher Rügebegründung zulässig; die Beklagte, der Senat und jeder Dritte können erkennen, welche Entscheidung die Klägerin aufgrund welchen Lebenssachverhalts begehrts.

49Die Beklagte differenziert in Nr. 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs hinsichtlich Verstößen gegen § 3 KAV zwischen „eindeutigen Verstößen“ und „kritischen Punkten“, bei denen nicht zweifelsfrei auszumachen sei, ob ein Verstoß gegen § 3 KAV vorliege. Die Klägerin macht insoweit zu Recht geltend, dass der Vergabebrief die Behandlung dieser kritischen Punkte offenlässt. Eine Bewertung mit null Punkten wird ausdrücklich nur für die „eindeutigen Verstöße“ vorgesehen. Kritische Punkte sollen im Präsentationstermin „aufgeklärt“ werden, ohne dass verständlich würde, inwieweit insoweit eine „Aufklärung“ möglich sein soll und welche Auswirkungen die kritischen Punkte, die einerseits die Wirksamkeit der Regelung in Frage stellen, andererseits aber die Chance auf weitere Vorteile der Gemeinde begründen, auf die Bewertung haben sollen. Dies führt zu einer intransparenten Verfahrensgestaltung. Letztlich können die Bewerber nicht einmal erkennen, ob ein Angebot, das Nebenleistungen nur mit kritischen Punkten anbietet, besser oder schlechter bewertet wird als ein Angebot ohne Zusagen zu Nebenleistungen.

50Erfolglos rügt die Klägerin indessen weiter (ix.), dass ein Bewerber kritische Punkte nachbessern dürfe. Ein solches Nachbesserungsrecht wird nicht eingeräumt. Wie die Klägerin zu Recht gerügt hat, schweigen die Vergabeunterlagen dazu, welche Funktion der Präsentationstermin angesichts der unmittelbar einzureichenden, nicht nachbesserungsfähigen bindenden Angebote haben soll.

51Die Klägerin rügt jedoch ebenfalls zu Recht, dass die Abgrenzung der „eindeutigen Verstöße“ von den „kritischen Punkten“ nicht hinreichend klar und die Regelung daher auch insoweit intransparent ist. Von ihrem Ansatz her setzt die Differenzierung eine Beurteilung der für und gegen die Vereinbarkeit einer Regelung mit § 3 KAV anführbaren Argumente voraus, die immer mit Unsicherheiten verbunden ist. Einen näheren Beurteilungsmaßstab in Form von Fallgruppen oder in der Rechtsprechung bestimmter Gerichte als unvereinbar angesehener Regelungen benennen die Vergabeunterlagen nicht. Die Bewerber können daher nicht hinreichend voraussehen, ob die Beklagte eine angebotene Regelung als nur kritisch oder eindeutig rechtswidrig einstufen wird.

52(5) Die Rügen

- x. der fehlenden Festlegung in dem Unterkriterium A)1.1.1.1,

- was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade (Ziffer II.2.b) aa));
- ob der generelle Bewertungsmaßstab „Verbindlichkeit“ bei diesem Kriterium von der Beklagten bewertet wird und, wenn ja, wann er angenommen wird (Ziffer II.2.b) bb));
 - xi. der fehlenden Festlegung im Unterkriterium A)1.1.1.2,
- was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.3.f) aa));
- ob die Berufungsbeklagte bei diesem Kriterium die vom Bewerber darzustellende Erreichbarkeit des in Aussicht gestellten Zielwerts nur auf Plausibilität bzw. Nachvollziehbarkeit prüft oder auch mit Blick auf die Versorgungssicherheit (Ziffer II.3.f) bb);
sind nicht gerechtfertigt.

53Wie bereits eingangs ausgeführt, kann die Klägerin eine Mitteilung des Beurteilungsmaßstabs nicht verlangen, es ist die freie Entscheidung der Vergabestelle, ob und inwieweit sie diesen bereits in die Vergabeunterlagen aufnimmt. Das Kriterium der Verbindlichkeit ist nach 1.3.1.4 des Vergabebriefs Bewertungsmaßstab „innerhalb eines jeden Kriteriums“. Dabei ist entgegen der Auffassung der Klägerin (Antragsschrift S. 55) klar, dass die Beklagte die darzulegende Methodik der Zielnetzplanung und der Optimierung der Netztopologie nicht nur auf Plausibilität prüfen will, sondern auch auf Effektivität im Sinne einer „hohen“ Versorgungssicherheit. Denn nach der textlichen Erläuterung zu 1.1.1.1 ist die Investitionsstrategie „mit Blick auf die Versorgungssicherheit“ darzulegen. Demgegenüber ergibt sich zu Unterkriterium 1.1.1.2 aus den textlichen Erläuterungen hinsichtlich des Mindest-Restwertfaktors als Zielwert, dass die Beklagte einen Wert von 0,4 als idealerweise anzustreben ansieht und höhere Werte nicht mit höheren Punkten honoriert werden. Mit diesem Restwertfaktor misst die Beklagte bei diesem Kriterium zugleich die Versorgungssicherheit, so dass es bei diesem Unterkriterium keiner weiteren Prüfung des Angebots unter diesem Gesichtspunkt bedarf.

54(6) Die Rügen xii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.2.1 (Instandhaltungsstrategie), welche Methoden der anlagenklassendifferenzierten Instandhaltungsstrategie, etwa nach festen Zyklen oder einer Priorisierung, die Berufungsbeklagte als „modern“ einstuft und für welche Methoden sie die einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere die volle Punktzahl vergibt (Ziffer II.4.a));

xiii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.2.2 (Instandhaltungsmanagement-Tools), welche Softwarelösungen und Tools die Berufungsbeklagte als „zeitgemäß“ einstuft, um ausgehend davon den Professionalisierungsgrad eines Bieters zu bestimmen (Ziffer II.5.);
sind nicht gerechtfertigt.

55Eine weitergehende Mitteilung des Bewertungsmaßstabs bereits in den Vergabeunterlagen kann die Klägerin nicht verlangen.

56Der Transparenzgrundsatz bedeutet für den Auftraggeber in erster Linie, dass er die Vergabeunterlagen klar und eindeutig aufsetzen muss. Allein aus dem Umstand, dass Vergabeunterlagen auslegungsbedürftig sind, folgt jedoch keine Intransparenz, wenn das Ergebnis der Auslegung eindeutig ist (Lux in Müller-Wrede, GWR VergabeR. § 97, Rn. 24 m.w.N.). Maßgeblich ist, wie ein durchschnittlich fachkundiger Bieter die Vergabeunterlagen bei Anwendung der üblichen Sorgfalt versteht. Ein solcher Bieter kann aus den weiteren

Erläuterungen der Beklagten erkennen, dass mit der Vorgabe „modern“ bzw. „zeitgemäß“ eine dem heutigen Stand der Technik entsprechende Strategie erwartet wird.

57Dabei ist es Sache der Bewerber, darzustellen, welche Methoden sie ihrem Angebot zugrunde legen und inwiefern diese aufgrund welcher Vorzüge modern bzw. zeitgemäß sein sollen.

58(7) Die Rügen xiv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.3 (Störungsprävention), zu welchen weiteren Maßnahmen zur Störungsprävention neben den Mindestanforderungen die Berufungsbeklagte Ausführungen für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet (Ziffer II.6));

xv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.1.4 (Störungsbeseitigung), welche Reaktionszeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, angegeben werden muss (Ziffer II.7a.); der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.2.2 (Ungefährlichkeit des Netzbetriebs - Betrieb), was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.9.a));

sind ebenfalls nicht gerechtfertigt, weil die Klägerin, wie ausgeführt, keine Mitteilung des Bewertungsmaßstabs bereits in den Verfahrensunterlagen verlangen kann. Es ist klar, dass Störungen möglichst vermieden und gleichwohl auftretende Störungen möglichst schnell behoben, die Reaktionszeit also möglichst kurz sein soll.

59(8) Auch die Rüge xvi. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)1.2.3 (Ungefährlichkeit des Netzbetriebs - Arbeitssicherheit),

- was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.10.a));
- wann der Bewerber aus Sicht der Berufungsbeklagten „alle erdenklichen Vorkehrungen“ getroffen hat (Ziffer II.10.b));

ist nicht gerechtfertigt.

60Zunächst kann die Mitteilung des Bewertungsmaßstabs nicht verlangt werden. Das Kriterium ist auch nicht deshalb unbestimmt und damit intransparent, weil auf „alle erdenklichen Vorkehrungen“ abgestellt wird. Damit wird deutlich, dass die Beklagte keine Lücken in der Arbeitssicherheit hinnehmen will und so viel Arbeitsschutz wie möglich erstrebt. Über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausgehende Schutzmaßnahmen sollen positiv bewertet werden. Ein Bewerber hat also darzustellen, welche Risiken bestehen und dass und warum seine Schutzmaßnahmen sie weitest möglich kompensieren.

61(9) Die Rüge xvii. der Festlegung bei den Unterkriterien A) 2 (Preisgünstigkeit) und deren Unterkriterien 2.1 bis 2.3, dass Bieter, die nicht der Altkonzessionär sind, bei der Prognose die Entflechtungskosten infolge der Netzübernahme mit einzukalkulieren haben (Ziffer II.11.b)); hat Erfolg.

62Hinsichtlich des Begriffs der Entflechtungskosten haben die Parteien im Termin übereinstimmend vorgetragen, üblicherweise würden unter Entflechtungskosten (im weiteren Sinne) sowohl die Entflechtungskosten im eigentlichen, engeren Sinne (Kosten der Trennung des Netzes im Versorgungsgebiet vom sonstigen Netz des Altkonzessionärs), als auch die Einbindungskosten als die Kosten der Einbindung des vom Netz des Altkonzessionärs getrennten Netzes des Versorgungsgebiets in das Netz des Neukonzessionärs verstanden (anders das Begriffsverständnis bei Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9.

Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen Rn. 171 ff. im Anschluss an BGH, Urteil vom 07. Juli 1992 - KZR 2/91 „Freistellungsende“, juris, Rn. 26).

63Grundsätzlich fallen indessen die Entflechtungskosten i.e.S. als Kosten der Übergabe nach dem Rechtsgedanken des § 448 BGB dem Altkonzessionär zur Last (BGH „Freistellungsende“ aaO, Rn. 26, 29; KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 - 2 U 93/19, EnWG, juris, Rn. 179), sofern nicht der auslaufende Konzessionsvertrag eine andere Regelung vorsieht (vgl. Kment, aaO, § 46, Rn. 51). Demgegenüber hat die Einbindungskosten der Neukonzessionär zu tragen.

64Unabhängig davon, ob man unter den Entflechtungskosten im Sinne des Unterkriteriums A 2 die Entflechtungskosten im weiteren oder im engeren Sinne versteht, sind letztere von der Regelung erfasst. Eine Auslegung dahingehend, es seien nur die Einbindungskosten gemeint, ist fernliegend und auch im Termin von der Beklagten nicht geltend gemacht worden.

65Die Beklagten verpflichten alle Bieter außer dem Altkonzessionär, die Entflechtungskosten i.e.S. bei ihrer Netzentgeltprognose zu berücksichtigen. Damit werden die übrigen Bieter gegenüber dem Aktkonzessionär benachteiligt.

66Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der Altkonzessionär die Entflechtungskosten i.e.S. nicht zu tragen hat (vgl. S. 23 des Nichtabhilfeschreibens), ohne die rechtlichen Grundlagen dieser Annahme in für den Senat überprüfbarer Form darzutun. Unterstellt man diese Annahme als falsch, wäre die Berücksichtigung der Entflechtungskosten i.e.S. sachwidrig, weil sie nicht beim Neukonzessionär anfallen. Unterstellt man sie als richtig, liegt eine sachwidrige Bevorteilung des Altkonzessionärs bei der Neuvergabe vor, wenn (nur) die anderen Bewerber die Entflechtungskosten einkalkulieren müssen und das Kalkulationsergebnis aller Bewerber Grundlage der Beurteilung wird. Die Diskriminierung entfällt nicht dadurch, dass die Kommune einen Teil ihrer Voraussetzungen bereits im Altvertrag begründet hat. Denn die Gemeinde hat gezielt Strukturen geschaffen, die den Eintritt anderer Bewerber behindern.

67Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner Aufklärung, ob und inwieweit, die Entflechtungskosten i.e.S. im Hinblick auf Erlösobergrenzen überhaupt in die Netzentgelte einfließen können oder - weil nicht - den Ertragswert des Netzes und damit den Übernahmepreis mindern (vgl. Kment, aaO, § 46, Rn. 51; Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9. Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen Rn. 178).

68Auch unabhängig von alldem ist das Kriterium in der gewählten Form jedoch sachwidrig und daher diskriminierend, weil es die Vergleichbarkeit der Angebote nicht fördert, sondern behindert. Da die - von den Kosten der Einbindung in das eigene Netz des Neukonzessionärs zu unterscheidenden - Entflechtungskosten i.e.S. unabhängig davon anfallen, wer außer dem Altkonzessionär neuer Konzessionär wird, wäre es zur Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens jedenfalls geboten, den Betrag, der insoweit hinsichtlich der Netzentgeltkosten einzukalkulieren sei, durch die Vergabestelle zu beziffern. Denn andernfalls würden allein unterschiedliche Ansätze bei der Kalkulation alle gleich treffender Kosten über die Bewertung entscheiden, ohne dass ein siegreicher Bewerber an seine zu niedrige Kostenkalkulation gebunden würde.

69Entgegen der Darstellung im Nichtabhilfeschreiben ist es den Bewerbern auch nicht freigestellt, ob sie den Entflechtungsaufwand einkalkulieren. Vielmehr ist das Unterkriterium,

da die Vergleichbarkeit der Angebote sonst nicht gewährleistet wäre, so zu verstehen, dass grundsätzlich alle Bewerber die Kosten in gleicher Weise - voll - einzukalkulieren haben; nur der Altkonzessionär wird hiervon ausgenommen.

70(10) Die Rügen xviii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.1 (Kundenservice),

- in welchem Verhältnis die Anlaufstelle und die Vor-Ort-Termine stehen (Ziffer II.12.a aa));
- welche Ortsnähe/räumliche Entfernung die Anlaufstelle, gerechnet von welchem Punkt haben muss bzw. darf für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.12.a bb));

- was die Darstellung der Bieter umfassen muss für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl (Ziffer II.12.a cc));

xix. der Intransparenz wegen fehlender Einzelgewichtung der Kriterien „Örtliche Entfernung der Anlaufstelle“ und „Vereinbarung von Vor-Ort-Terminen“ (Ziffer 1.12.b));

xx. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.2 (Öffnungszeiten),

- welche Mindestöffnungszeiten für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet werden (Ziffer I.13.a aa));;

- wie sich die Punkte auf die Darstellung der Öffnungszeiten und auf die Darstellung des qualifizierten Personals auswirken (verteilen) (Ziffer II.13.a bb));

xxi. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.3 (Kundenservice per Telefon),

- welche Hotline-Erreichbarkeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet wird (Ziffer II.14.a aa));

- ob auch ein Rückrufservice gewertet wird, obwohl nur nach „Servicezeiten“ gefragt ist (Ziffer II.14.a bb));

- was tatsächlich gewertet wird (Ziffer II.14.a cc));

- welche Anforderung an das Vorliegen der Qualifikation des Ansprechpartners gestellt werden (Ziffer II.14.a dd));

xxii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.1.4 (Kundenservice über das Internet),

- welche Mindestöffnungszeiten an Komfort und Unkompliziertheit die Berufungsbeklagte für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, erwartet (Ziffer II.15.a));

- hinsichtlich des Verhältnisses von plausibler Darstellung und konkrem Konzept zur Umsetzung der vom Bewerber dargestellten Maßnahmen (Ziffer 1.15.b));

- ob und wenn ja wie bei diesem Kriterium auch der Umfang der Themen, über die informiert wird, bewertet wird (Ziffer II.15.c));

haben hinsichtlich der Rügen xviii., 1. und 2. Spiegelstrich; xx., 1. Spiegelstrich und xxi., 1. Spiegelstrich teilweise Erfolg.

71Der Zulässigkeit der Rügen xviii. bis xxii. steht entgegen der Auffassung der Beklagten (Berufungserwiderung S. 24) nicht entgegen, dass sie sich teilweise überlappen. Sie sind insofern als einheitliche, die angenommenen Verstöße nur einmalig geltend machende Rügen auszulegen.

72Soweit die Rügen auf das Verhältnis von „Anlaufstelle“ und „Vor-Ort-Terminen“ und auf eine fehlende Einzelgewichtung dieser Punkte abstehen, ist die Ausübung des Verfahrensermessens durch die Beklagte, beides einer zusammenfassenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen, aus der sich die Qualität des Kundenservices vor Ort ergibt, nicht zu beanstanden. Die Beklagte ist in der Gestaltung des Anforderungsprofils an den Service grundsätzlich frei.

73Nicht hinreichend transparent ist die Ausschreibung der Klägerin allerdings, soweit sie die räumliche Entfernung der Anlaufstelle zum Kriterium erhebt. Es fehlt an der Festlegung des neben dem Ort der Anlaufstelle zweiten Bezugspunkts der Entfernungsmessung. So bleibt unklar, ob auf den geographischen Mittelpunkt des Netzgebiets oder auf die Strecke zwischen der Anlaufstelle und der am weitesten entfernten Verbrauchsstelle oder auf einen anderen Bezugspunkt abzustellen ist und ob Anlaufstellen innerhalb des Versorgungsgebiets stets mit einer Entfernung von null oder mit der Entfernung zu einem der vorgenannten Punkte zu berücksichtigen sind. Soweit auf die geographische Mitte abzustellen sein sollte, ist im Übrigen von einer transparenten Ausschreibung zu verlangen, dass die Gemeinde den von ihr angenommen Ort konkret benennt und die Ausschreibung insoweit nicht mit unnötigen Unsicherheiten belastet. Das Entfernungskriterium ist auch insoweit intransparent, als dass nicht klargestellt wird, ob als Entfernung die kürzeste Entfernung zwischen den Punkten (Luftlinie) oder die Länge der zwischen ihnen bestehenden Verkehrswege (für näher anzugebende Verkehrsmittel) maßgeblich sein soll.

74Soweit die Klägerin im Übrigen abermals die weitergehende Offenlegung des Bewertungsmaßstabs bereits in den Vergabeunterlagen verlangt, kann sie aus den bereits dargelegten Gründen keinen Erfolg haben. In der diesbezüglichen Rüge und der Rüge des unklaren Verhältnisses von Anlaufstelle und Vor-Ort-Termin liegt jedoch auch die Rüge, es sei insgesamt nicht hinreichend klar, welche Art von Kundenservice die Beklagte wünsche. Damit hat die Klägerin hinsichtlich der Öffnungszeiten der örtlichen Anlaufstellen, dem Verhältnis zum Vor-Ort-Termin und seiner Vorlaufzeit sowie der Erreichbarkeitszeiten der Telefon-Hotline Erfolg. Die Ausschreibung der Beklagten läuft letztlich darauf hinaus, dass die Bewerber irgendeinen Kundenservice anbieten sollen, der dann später bewertet werde, wobei von einer nur stundenweisen Verfügbarkeit an einzelnen Tagen innerhalb eines beliebigen Zeitraums (Wochen, Monate) bis zu einem täglichen, auch an Wochenenden und Feiertagen zu erbringenden 24-Stunden-Service alles denkbar ist. Den Bewerbern wird keinerlei Hinweis an die Hand gegeben, was für einen Kundenservice die Klägerin für das etwa 2.259 Einwohner umfassende Versorgungsgebiet erwartet. Die Klägerin wird ihre Anforderungen daher zu konkretisieren haben, wobei sie in der Art der Konkretisierung frei ist. Denkbar wäre, soweit sich daraus entsprechende Rückschlüsse ziehen lassen sollten, die konkreten Anforderungen an eine Notenstufe besser als ungenügend offenzulegen.

75(11) Die Rügen xxiii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.2.1 (Prozess Beschwerdemanagement), welche Kommunikationskanäle für Beschwerden für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, eröffnet werden müssen (Ziffer II.16.a));

xxiv. der Intransparenz bei dem Unterkriterium A)3.2.2 (Max. Beantwortungszeit), was die Berufungsbeklagte mit der Aussage meint, dass die Zusagen des Bewerbers bewertet werden, innerhalb welcher maximalen Zeitspanne Kundenbeschwerden abschließend bearbeitet werden (Ziffer II.17.);

sind nicht gerechtfertigt, weil die weitergehende Mitteilung des Bewertungsmaßstabs bereits in den Vergabeunterlagen nicht verlangt werden kann.

76(12) Die Rügen xxv. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)3.3 (Information bei Versorgungsunterbrechungen),

- wann Ausführungen „fundiert“ auf alle bzw. „teilweise“ auf von der Berufungsbeklagten vorgegebene Aspekte eingehen (Ziffer 1.18.a) aa));

- was mit einer „vollständigen und plausiblen“ Beschreibung der Maßnahmen zur Information bei Versorgungsunterbrechungen und Baumaßnahmen gemeint ist (Ziffer II.18.a) bb));

xxvi. der Unterteilung der einzelnen Erfüllungsgrade mit jeweils 2 Punkten bei dem Unterkriterium A)3.3, ohne dass konkretisiert ist, unter welchen Voraussetzungen 9 oder 10 Punkte vergeben werden (Ziffer II.18.a) cc));

xxvii. bei dem Unterkriterium A)3.3 (Information bei Versorgungsunterbrechungen), dass

- die Kombination „plausible Darstellung und teilweises Eingehen auf Aspekte der Stadt“ und einer Frist von mehr als 21 Tagen nicht adäquat einem Erfüllungsgrad zugewiesen ist (Ziffer II.18.b) aa));

- der mit 0 Punkten zu bewertende Erfüllungsgrad schon dann erreicht wird, wenn der Bewerber eine Information der Anwohner nicht verbindlich im Konzessionsvertrag zusagt (Ziffer II.18.b) bb);

- ein Angebot bereits dann mit 0 Punkten zu bewerten ist, wenn nur einer der in dem Erfüllungsgrad genannten Fälle verneint wird („oder“) (Ziffer II.18.b) cc));

sind nicht gerechtfertigt.

77(a) Das insoweit speziellere Notenschema der Vergabeunterlagen lautet wie folgt:

Erfüllungsgrad	Wertung(spunkte)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind plausibel und gehen fundiert auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein. Die Informationen erfolgen mindestens 21 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme.</p>	sehr gut (9-10)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind plausibel und gehen fundiert auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein. Die Informationen erfolgen mindestens 14 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme.</p>	gut (7-8)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind plausibel und gehen fundiert auf sämtliche von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein. Die Informationen erfolgen mindestens 7 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme.</p>	befriedigend (5-6)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind plausibel und gehen teilweise auf die von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein. Die Informationen erfolgen mindestens 7 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme.</p>	ausreichend (3-4)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind plausibel und gehen nur teilweise auf die von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein oder die Informationen erfolgen kurzfristiger als 7 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme.</p>	mangelhaft (1-2)
<p>Die Ausführungen des Bewerbers sind nicht plausibel oder gehen nicht zufriedenstellend auf die von der Stadt vorgegebenen Aspekte ein oder der Bewerber sagt eine Information der Anwohner entweder nicht verbindlich im Konzessionsvertrag oder innerhalb einer kürzeren Frist als 5 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme oder nicht über alle in den vorstehenden Wertungsstufen jeweils angegebenen Kommunikationsmittel zu.</p>	ungenügend (0)

78(b) Soweit die Klägerin eine nicht hinreichende Definition der Merkmale „fundiert“ bzw. „teilweise auf von der Beklagten vorgegebene Aspekte eingehen“ rügt, wird auf die

Ausführungen zu den Rügen iv. ff. Bezug genommen. Entgegen den Ausführungen in der Antragsschrift (S. 73) ist nicht unklar, ob es insoweit erforderlich ist, die von der Stadt verlangten verbindlichen Zusagen abzugeben. Vielmehr werden Angebote ohne verbindliche Zusagen als ungenügend (0 Punkte) bewertet. Soweit die Klägerin rügt, aufgrund der verlangten „vollständigen und plausiblen“ Beschreibung sei unklar, ob bei anderen Punkten, in denen nur eine plausible Beschreibung verlangt werde, die Ausführungen auch vollständig sein müssten (aaO), begründet dies zunächst keine Unklarheit hinsichtlich des hier zu prüfenden Unterkriteriums und ist außerdem offensichtlich unzutreffend. Denn es ist offensichtlich, dass wegen Unvollständigkeit nicht dargestellte Leistungen in die Bewertung nicht eingehen können und daher als nicht angeboten bewertet werden müssen.

79Hinsichtlich Rüge xxvi. wird zunächst auf die Ausführungen zu Rüge iv. ff. Bezug genommen. Eine weitergehende Offenlegung des Bewertungsschemas kann die Klägerin nicht verlangen.

80Die Kombination „plausible Darstellung und teilweises Eingehen auf Aspekte der Stadt“ und eine Frist von mehr als 21 Tagen (Rüge xxvii) ist eindeutig der Note ausreichend zugewiesen. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Beklagte Angebote, die in diesem Bereich nur teilweise auf die von ihr aufgeworfenen Aspekte eingehen, so niedrig einstuft.

81Ebenso ist nicht zu beanstanden, Angebote ohne verbindliche Zusage der Anliegerinformation, wegen anderer fehlender Zusagen, mangels Plausibilität oder wegen hinter einem wenigstens teilweisen Eingehen auf die vorgegebenen Aspekte zurückbleibendem Inhalt (Abgrenzung zur Notenstufe mangelhaft) mit ungenügend (0 Punkte) zu bewerten. Soweit die Klägerin rügt (S. 74 der Antragsschrift), nach 2.2.2 des Verfahrensbriefs solle entgegen den Ausführungen im Einzelkriterium eine Zusage im Netzbetriebskonzept genügen, die Abweichung führe zu einer Diskriminierung, überzeugt dies nicht. Die Ausführungen unter 2.2.2 des Verfahrensbriefs sind für einen verständigen Bieter ohne weiteres dahin aufzufassen, dass sich die den Konzessionsvertrag bildenden Absprachen aus den Inhalten der Dokumente mit den Bezeichnungen „Konzessionsvertrag“ und „Netzbetriebskonzept“ ergeben sollen. Es gibt also den Konzessionsvertrag im engeren Sinne als das so benannte Dokument und den Konzessionsvertrag im weiteren Sinne als die Summe der vertraglichen Abreden. Aus Nr. 2.2.2 des Vergabebriefs folgt, dass diesbezüglich bei der Bewertung nicht unterschieden werden soll, mithin der Begriff „Konzessionsvertrag“ bei Unterkriterium A) 3.3 im weiteren Sinne zu verstehen ist. Daran ändert sich entgegen der Auffassung der Beklagten in der Berufungserwiderung (S. 30) auch nicht deshalb etwas, weil unter 2.2.2.2 des Verfahrensbriefs auf Platzhalter im Vertragsdokument abgestellt wird und diese das Dokument „Konzessionsvertrag“ meinen. Hieraus ergibt sich nicht, dass eine aus Sicht der Vergabestelle an „falscher“ Stelle gemachte Zusage nicht oder geringer gewertet werden könnte.

82(13) Die Rüge xxviii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)4.2 (Effiziente Baukoordination), welche Maßnahmen das Konzept für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, enthalten muss (Ziffer II.21.a)); ist nicht gerechtfertigt.

83Die Rüge ist entgegen der Auffassung der Beklagten (Berufungserwiderung S. 30) zulässig. Sie fußt auf der (unzutreffenden, aber näher dargelegten) Rechtsmeinung der Klägerin, wegen der von der Klägerin gewählten Bewertungsmethode sei der Bewertungsmaßstab in den Vergabeunterlagen mitzuteilen. Ohnehin setzt allerdings die

Zulässigkeit der Rüge weder die schlüssige, noch überhaupt eine Darlegung ihrer Voraussetzungen voraus; deren Fehlen führt zur Abweisung als unbegründet.

84Die Mitteilung des Bewertungsmaßstabs kann nicht verlangt werden. Soweit die Klägerin geltend macht (Antragsschrift S. 76 f.), an der Einführung neuer Maßnahmen gehindert zu werden, ist hervorzuheben, dass das Kriterium keine Beispiele aus der eigenen Praxis verlangt, vielmehr kann auch auf zugängliche Berichte über die Erfahrungen Dritter und damit auf allgemeine methodische Erkenntnisse der Praxis abgestellt werden. Eine geringere Bewertung völlig oder nahezu unerprobter Methoden ist rechtlich nicht zu beanstanden.

85(14) Die Rügen xxix. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)5.1.2 (Fuhrpark),
- wann aus Sicht der Berufungsbeklagten eine Umstellung auf alternative Antriebe technisch-wirtschaftlich sinnvoll ist und wie dies in die Bewertung einfließt (Ziffer II.23.a aa));
- ob der Einsatz von Erdgas-Fahrzeugen (Verbrennungsmotoren) positiv berücksichtigt wird oder nicht (Ziffer II.23.b bb));
sind nicht gerechtfertigt.

86Die Beklagte fragt bei dem Kriterium nach Ist-Stand und Erneuerungskonzept der Bewerber hinsichtlich der Umstellung des Fahrzeugparks. Es gehört zu dieser Konzeptentwicklung, die Grenze zu bestimmen, ab der die Umstellung technisch-wirtschaftlich sinnvoll ist und in welchem Zeitraum sie wie weit vorangetrieben werden soll. Die Bewerber können die Mitteilung des Bewertungsschemas der Beklagten bereits in den Vergabeunterlagen, die je nach Inhalt möglicherweise weitergehenden Erneuerungswillen der Bewerber hemmen würde und daher dem Umstellungsziel abträglich wäre, nicht verlangen.

87Hinsichtlich der zweiten Rüge ergibt sich aus dem Kriterium eindeutig, dass es um im Vergleich zu Verbrennungsmotoren alternative Antriebe geht und damit Erdgas-Fahrzeuge, deren Antrieb die Klägerin im Antrag selbst den Verbrennungsmotoren zuordnet, weder hinsichtlich des Fahrzeugbestands, noch der Zukunftsperspektive positiv zu bewerten sind.

88(15) Die Rügen

.... der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium A)5.1.3 (Reduzierung Energieverbrauch),

- welchen Umfang die Reduktion des Energieverbrauchs für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, enthalten muss (Ziffer II.24.a aa));
- welches Basisszenario für die Ermittlung des Umfangs der Reduktion des Energieverbrauchs herangezogen wird und ob eine absolute Reduzierung oder eine relative Reduzierung betrachtet wird (Ziffer II.24.b bb));

...i. bei dem Unterkriterium A)5.1.3

- eine absolute Reduzierung bewertet wird (Ziffer 1.24.b aa));
- ein Energieaudit zählen soll (Ziffer II.24.b bb);

haben nur hinsichtlich Rüge, 2. Spiegelstrich Erfolg.

89Das Unterkriterium betrifft, wie die Einbeziehung des Energieaudits belegt, jedenfalls nicht nur die durch die Übernahme unmittelbar eintretende Verbrauchsreduzierung, sondern ist auf weitere, laufende Reduzierungen ausgelegt. Letzteres ist sachgerecht und rechtlich nicht zu beanstanden, wobei die Aufzählung erkennbar beispielhaft zu verstehen ist und andere Maßnahmen, auch den Beispielen überlegene und diese entbehrliech machende, nicht

ausschließen kann. Die Mitteilung des konkreten Bewertungsmaßstabs kann nicht verlangt werden.

90Das Kriterium ist intransparent, weil der Bezugspunkt der Energiereduzierung nicht festgelegt wird. So wird schon nicht dargestellt, ob der Eigenverbrauch des Altkonzessionärs oder der zu Beginn des Vertragsverhältnisses bestehende Eigenverbrauch des Neukonzessionärs maßgeblich sein soll. Da der Verbrauch auch von einer Einbindung in das sonstige Netz des Neukonzessionärs abhängen kann, sind beide nicht zwingend identisch. Je nach Anknüpfungspunkt wäre für eine transparente Regelung der zu Grunde zu legende Eigenverbrauch des Altkonzessionärs zu beziffern oder mitzuteilen gewesen, ob es für die Bewertung der Reduzierung des Eigenverbrauchs des Neukonzessionärs auf die absolute oder relative Reduzierung ankommt, es für den Neukonzessionär also günstiger ist, mit einem niedrigen oder hohen Anfangsverbrauch zu beginnen. Letzteres wäre allerdings sachwidrig und daher diskriminierend.

91Zu einer weitergehenden Offenlegung bereits in den Vergabeunterlagen, wie die zu bewertenden Verbrauchsreduzierungen konkret bewertet werden, ist die Beklagte nicht verpflichtet. Abgesehen von den fehlenden Konkretisierungen der Bemessungsgrundlage ist klar, dass eine möglichst weitgehende Reduzierung angestrebt wird.

92(16) Die Rügen

...ii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)1.2 (Vermeidung von Straßenaufbrüchen),

- welche Schonungsfrist von neuen Straßen und welcher Umfang an vorgezogenen Baumaßnahmen für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, eingehalten werden muss (Ziffer II.27.a));
 - was als „besser“ im Sinne des 2. Absatzes bewertet wird (Ziffer II.27.b));
 - was die Berufungsbeklagte mit der Formulierung „Die Stadt erwartet von den Bewerbern verbindliche Zusagen, neu gebaute oder grundhaft sanierte Straßen innerhalb einer mehrjährigen Frist nur zur Störungsbeseitigung in Anspruch zu nehmen.“ meint (Ziffer II.27.c));
 - was unter „neu gebaute oder grundhaft sanierte Straßen“ zu verstehen ist (Ziffer II.27.d));
- sind nicht gerechtfertigt.

93Die Mitteilung des Bewertungsmaßstabs bereits in den Vergabeunterlagen kann die Klägerin nicht verlangen (erste Rüge). Die Baumaßnahmen sind desto „besser koordiniert“ im Sinne des Unterkriteriums, je mehr getrennte Baumaßnahmen des Bewerbers einerseits und der Stadt andererseits vermieden und durch ein gemeinsames Vorgehen ersetzt werden können, wie sich aus dem Sachzusammenhang des Unterkriteriums zwangslässig erschließt (zweite Rüge). Der Satz „Die Stadt erwartet von den Bewerbern verbindliche Zusagen, neu gebaute oder grundhaft sanierte Straßen innerhalb einer mehrjährigen Frist nur zur Störungsbeseitigung in Anspruch zu nehmen“, ist unmittelbar verständlich. Die Bewerber sollen in das Vertragsdokument an der dafür vorgesehenen Stelle eine entsprechende Zusage mit einer konkreten mehrjährigen Frist einfügen. Insoweit besteht keine Unklarheit in Abgrenzung zu Nr. 2.2.2 des Verfahrensbriefs und ist nicht unklar, ob ein „Mehr“ verlangt wird, wie die Klägerin meint (Antragsschrift S. 81). Danach setzt sich der Konzessionsvertrag aus verbindlichen Vorgaben und auszufüllenden Passagen zusammen. Um letzteres geht es vorliegend (dritte Rüge).

94Mit der vierten Rüge stellt die Klägerin nicht darauf ab, dass die Begriffe „neu“ oder „grundhaft saniert“ unklar seien, sondern darauf, ab wann bei einer nur teilweisen Sanierung oder Anlage eines Abschnitts von einer neu gebauten Straße oder grundhaft sanierten Straße auszugehen sei. Insoweit bleibt den Bewerbern indessen Gestaltungsraum bei der von ihnen anzubietenden Zusage, wobei die Klägerin ihren Bewertungsmaßstab noch nicht mitteilen muss. Dabei ist allerdings aus dem Kriterium erkennbar, dass die Beklagte jeglichen Neubau und jegliche grundhafte Sanierung von Straßen geschützt sehen will, weshalb bei eingeschränkten Zusagen schlechtere Bewertungen nicht auszuschließen sind. Dies ist indessen nicht intransparent oder diskriminierend.

95Die Rügen haben auch nicht aufgrund der Stellungnahmen der Beklagten im Nichtabhilfeschreiben und während des vorliegenden Verfahrens Erfolg.

96Die Beklagte hat im Nichtabhilfeschreiben (S. 29) ausgeführt, worauf auch das Landgericht abgestellt hat, eine Straße sei neubaugleich grundhaft saniert, wenn sie zwischen zwei Einmündungen zumindest in einer Fahrtrichtung eine durchgehend neue Oberfläche erhalten habe. Dies hat die Beklagte in der Berufungserwiderung verteidigt (S. 34 f., s.a. S. 33). Sie hat es im Termin bekräftigt. Tatsächlich bezeichnet eine grundhafte Sanierung einer Straße im kommunalrechtlichen Sprachgebrauch indessen in Abgrenzung zu laufender Unterhaltung/Instandsetzung einen Um-/Ausbau der Straße, für den die Gemeinde bei entsprechender ortsrechtlicher Regelung gem. § 11 I 1 des hessischen Kommunalabgabengesetzes berechtigt ist, Beiträge zu erheben (so auch die Terminologie in HessVGH, Urteil vom 06. Mai 2009 - 5 A 2017/08, juris, Rn. 21). Sie beschränkt sich nicht auf die Fahrbahnoberfläche, sondern gilt immer auch dem Unterbau.

97Das von der Beklagten im Zuge des Verfahrens geltend gemachte abweichende Begriffsverständnis ist der Prüfung des Senats nicht zugrunde zu legen, weil es weder auf das individuelle Verständnis der Beklagten, noch beider Parteien dieses Verfahrens, sondern darauf ankommt, wie die Vergabeunterlagen bei verständiger Würdigung durch einen durchschnittlichen, mit der Materie vertrauten Bewerber zu verstehen sind. Mit abweichendem Vortrag im Prozess, der den übrigen Bewerbern nicht mitgeteilt worden ist, geht keine Änderung der zu prüfenden Verfahrensunterlagen einher. Das unzutreffende Begriffsverständnis der Beklagten kann daher auch keine fehlerhaften Vergabeunterlagen, sondern allenfalls, sollte es der Bewertung zugrunde gelegt werden, einen Bewertungsfehler rechtfertigen, der derzeit noch nicht zu prüfen ist.

98(17) Die Rügen

...iii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)1.4 (Zugriff auf digitales Planwerk), was eine kommunalfreundliche Lösung mit Blick auf das Nebenleistungsverbot sein soll (Ziffer II.29.a));

...iv. der Forderung einer nicht marktkonformen Leistung bei dem Unterkriterium B)1.4 (Ziffer 1.29.b));

haben hinsichtlich Rüge

... iii. Erfolg.

99Die Klägerin rügt zu Recht, dass unklar bleibt, was in den Vergabeunterlagen damit gemeint ist, dass mit Blick auf das Nebenleistungsverbot aus § 3 KAV eine „kommunalfreundliche Lösung“ gefunden werden solle. Es wird mehr intendiert als nur eine rechtskonforme Lösung oder nur ein noch marktkonformer, aber günstiger Preis. Wäre nur dies anzustreben, so hätte sich eine klare Benennung geradezu aufgedrängt. Wendungen,

die wie die vorliegende darauf abzielen, den Bewerber zu besonderer juristischer Kreativität im Umgang mit dem Nebenleistungsverbot zu motivieren, sind regelmäßig intransparent, weil sie, schon um den Vorwurf offensichtlich rechtswidriger Anforderungen zu entgehen, im Unbestimmten verharren müssen.

100Soweit die Beklagte im Termin darauf abgestellt hat, die Versorgungsunternehmen würden Auskünfte zu ihren Leitungen in der Regel kostenfrei erteilen, einige fügten dabei die Daten in dem von der Beklagten gewünschten, in das eigene Planwerk übernehmbare Format an, andere stellten nur PDFs bereit, wie die Bewerber dies handhabten, wisse man nicht, weshalb man eine „kommunalfreundliche“ Lösung erbeten habe; dies könne „alles“ sein, z.B. ein Pauschalpreis oder ein Rabatt von 10%, sind diese Angaben nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen und können deren Intransparenz daher auch nicht entfallen lassen. Dabei ist im Übrigen keine der erwähnten Gestaltungen nach § 3 I, II Nr. 1 KAV unproblematisch.

101Der diesbezügliche Sachvortrag der Beklagten hinsichtlich einer vom Bewerber anzubietenden „Revisionsklausel“ im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 19.07.2021 ist im Termin nicht gehalten worden und nach § 296a ZPO unbeachtlich. Ein solches Verständnis ist aus Sicht des maßgeblichen durchschnittlichen fachkundigen Bieters im Übrigen fernliegend.

102Aufgrund der Unbestimmtheit des Unterkriteriums kann der Beklagten entgegen Rüge ...iv. nicht vorgeworfen werden, eine nicht marktkonforme Leistung zu erwarten.

103(18) Die Rügen

...v. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.1 (Ordentliche Kündigungsrechte), welche Anforderungen an die Anzahl und Ausübungszeitpunkte von ordentlichen Kündigungsrechten für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, gestellt werden (Ziffer II.33.a));

...vi. der Festlegung einer Bewertung der inhaltlichen Qualität der Ausführungen („Nachvollziehbarkeit, Detailtiefe und Verbindlichkeit“) bei dem Unterkriterium B)3.1 (Ziffer II.33.b));

sind nicht gerechtfertigt, da die Klägerin die Offenlegung des Bewertungsmaßstabs in den Vergabeunterlagen nicht verlangen kann. Die Bewerber können erkennen, dass die Beklagte hinsichtlich der Vertragsbeendigung eine möglichst weitgehende Flexibilität anstrebt.

104(19) Schließlich sind auch die Rügen

...vii. der fehlenden Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.2 (Umfang Datenherausgabe), wie Konzessionsgebietsschärfe und Editierbarkeit für das Erreichen der einzelnen Erfüllungsgrade, insbesondere der vollen Punktzahl, bewertet werden und was mit „umfangreichen und verbindlichen Zusagen“ gemeint ist (Ziffer II.34.a));

...viii. der Festlegung einer Bewertung der inhaltlichen Qualität der Ausführungen („Nachvollziehbarkeit, Detailtiefe und Verbindlichkeit“) bei dem Unterkriterium B)3.2 (Ziffer 1.34.b) aa));

...ix. der Festlegung bei dem Unterkriterium B)3.2, dass in einem Stromkonzessionsverfahren Aussagen zum Gasverteilernetz verlangt werden (Ziffer II.34.b) bb));

nicht gerechtfertigt.

105Soweit die Klägerin darauf abstellt, dass in dem Bewertungskriterium vom Gasverteilernetz die Rede ist, kann sie nicht durchdringen, weil es sich um eine offensichtliche Falschbezeichnung handelt und allen Bewerbern klar sein muss, dass das

kommende Vergabeverfahren für Wegenutzungsrechte hinsichtlich Stromleitungen gemeint ist. Im Übrigen gilt hinsichtlich der Rügen, dass die Mitteilung des Bewertungsschemas bereits in den Vergabeunterlagen auch hier nicht verlangt werden kann.

106dd) Den nicht nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 19.07.2021 hat der Senat zur Kenntnis genommen und die Rechtsausführungen der Beklagten bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Soweit der Schriftsatz darüber hinaus neue Angriffs- und Verteidigungsmittel enthält, ist dieses neue Vorbringen gem. § 296a ZPO unbeachtlich. Der prozessordnungswidrig verspätete Vortrag rechtfertigt nicht die Wiedereröffnung der verfahrensfehlerfrei geschlossenen mündlichen Verhandlung gem. § 156 ZPO.

107ee) Die Androhung der Ordnungsmittel beruht auf § 890 I, II ZPO.

1083. Die insgesamt neu zu fassende Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 I, 97 I ZPO.

Zitiervorschlag:

OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 12.8.2021 – 11 U 1/21 (Kart), BeckRS 2021, 40077