

Zur Auswahl eines sog. strategischen Partners für eine mehrheitlich kommunale Netzgesellschaft

- Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.01.2013 - VII-Verg 26/12 -

rechtskräftig

Tenor: -

Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster vom 8. Juni 2012 (VK 6/12) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, die der Antragsgegnerin und der Beigeladenen in diesem Verfahren entstandenen Aufwendungen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter war für die Antragsgegnerin und die Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig.

Streitwert für das Beschwerdeverfahren: bis 65.000 Euro

Gründe:

I. Acht Städte und Gemeinden im Münsterland planen, die Elektrizitäts- und Gasnetze in ihren Gebieten selbst zu betreiben. Sie gründeten kommunale Netzgesellschaften, die gemeinsam die Antragsgegnerin (eine interkommunale Netzgesellschaft) errichteten. Die Wegenutzungsverträge bei Strom und Gas laufen aus. Bisherige Konzessionsnehmer und Eigentümer der Strom- und Gasnetze sind die Antragstellerin und die Beigeladene. An demnächst stattfindenden (getrennten) Konzessionsausschreibungen nach § 46 EnWG will sich aktueller Entschlusslage gemäß auch die Antragsgegnerin beteiligen.

Um ihre Chancen bei Konzessionsvergaben zu stärken, will die Antragsgegnerin im Wege einer Minderheitsbeteiligung (49 %) einen sog. strategischen Partner aufnehmen, der beim Betrieb der Versorgungsnetze Führungsaufgaben kaufmännischer und technischer Art übernehmen soll. Das Vorhaben, und zwar ein Verhandlungsverfahren nach SektVO, machte die Antragsgegnerin im Oktober 2010 EU-weit bekannt.

Als mit den Angeboten anzustrebende Ziele gab die Antragsgegnerin an:

- Stärkung ihres fachlichen Know-hows,
- Sicherung der Refinanzierung des Netzerwerbs,
- Finanzierungsbeitrag des Partners beim Netzerwerb,
- Beschleunigung des Netzerwerbs,
- Gewährleistung der kaufmännischen und technischen Betriebsführung der Netze,
- Mithilfe bei der Entwicklung eines Netzkonzepts.

Als Zuschlagskriterien (mit zahlreichen Unterkriterien und Gewichtungen) wurden in den Vergabeunterlagen genannt:

- Sicherheit der Netzübernahmen (Risikoabdeckung) mit 60 %,
- Rendite des Gesamtprojekts (Wirtschaftlichkeit) mit 18 %,
- Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen mit 22 %.

Ferner war in den Vergabeunterlagen angegeben:

Es ist zu berücksichtigen, dass die Konzessionen für die in Rede stehenden Strom- und Gasnetze ggf. in einem den Regeln des § 46 EnWG entsprechenden Verfahren im Wettbewerb errungen werden müssen. Den beteiligten Kommunen dürfen keine Vorfestlegungen hinsichtlich der Konzessionsvergabe abverlangt werden,

sowie an anderer Stelle (Bieterinformation 12 vom 7.6.2011 zum Wertungskriterium Rendite des Gesamtprojekts):

Es werden alle Zusicherungen und Garantien berücksichtigt, die rechtlich zulässig sind. Der Bieter hat, wenn er z.B. einen Garantiezins anbieten möchte, dessen Vereinbarkeit mit § 3 KAV (Bem.: Konzessionsabgabenverordnung) zunächst selbst zu beurteilen. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass in diesem Vergabeverfahren nicht über die Konzessionsvergaben entschieden wird und eine Konzessionierung einer ... gemeinsamen Netzeigentumsgesellschaft ... keinesfalls als sicher anzusehen ist.

An den mehrstufigen Verhandlungen beteiligten sich unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene sowie weitere Bieter. Das finale Angebot der Beigeladenen wurde nach Punkten besser bewertet als das der Antragstellerin und soll den Zuschlag erhalten. Auf die Bieterinformation erhob die Antragstellerin erfolglos Rügen und stellte das Vergabeverfahren zur Nachprüfung.

Die Antragstellerin machte im Wesentlichen geltend:

Die Ausschreibung betreffe ausschließlich Bedarfsleistungen, welche nicht ausgeschrieben werden dürften. Außerdem laufe die Ausschreibung auf eine Vorfestlegung des Konzessionsnehmers bei den späteren Konzessionsvergaben hinaus. Es sei jetzt schon abzusehen, dass die Antragsgegnerin bei den Konzessionen vorgezogen werde.

Die Zuschlagskriterien, vor allem soweit sie die Rendite des Gesamtprojekts beträfen, verstießen gegen kartellrechtliche Vorschriften (§§ 19, 20 GWB), gegen die nach § 46 Abs. 3 EnWG zu beachtenden energiewirtschaftlichen Ziele (§ 1 EnWG) und gegen Beschränkungen, denen nach §§ 2 und 3 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) die Konzessionsabgaben unterlägen; diese würden durch die Ausschreibungsbedingungen umgangen.

Das Angebot der Beigeladenen sei aus mehreren Gründen vom Wettbewerb auszuschließen. Schließlich sei ihr, der Antragstellerin, finales Angebot fehlerhaft zu schlecht bewertet worden.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene wandten sich gegen das Nachprüfungsbegehren.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster gab dem Nachprüfungsantrag statt und untersagte der Antragsgegnerin die Erteilung eines Zuschlags. Sie hielt eine vollständige

Wiederholung des Vergabeverfahrens für erforderlich. Von einem Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wurde folglich abgesehen. Aus der Begründung:

Das Beschaffungsvorhaben unterliege dem Vergaberechtsregime.

Vergabeverfahren betreffend Dienstleistungen (Betriebsführungsaufgaben) und Wegenutzungsrechte (Konzessionen) könnten - wie hier - grundsätzlich zwar voneinander getrennt durchgeführt werden, dies freilich nur, wenn die Ausschreibungsbedingungen transparent sowie klar und eindeutig seien.

Bei einer getrennten Ausschreibung - so die Vergabekammer - dürfe es dann aber entweder keine Vorfestlegungen (Verknüpfungen/Überschneidungen mit Blick auf künftige Konzessionsvergaben) zwischen den Ausschreibungen geben oder es müssten die Anforderungen an die Konzessionsvergabe (m.a.W. vor allem die Ziele des § 1 EnWG und die Regeln über Konzessionsabgaben nach KAV) in die Ausschreibung der Dienstleistung komplett übernommen werden.

Die Antragsgegnerin habe die Dienstleistungsausschreibung lediglich formal von den Konzessionsvergaben getrennt. Inhaltlich habe sie hingegen Verknüpfungen (bestimmte Vorfestlegungen für spätere Konzessionsvergaben) vorgenommen. Diese seien unvollständig, unbestimmt und intransparent. Solche Verknüpfungen hat die Vergabekammer insbesondere darin gesehen, dass beim Zuschlagskriterium der Rendite des Gesamtprojekts bereits Anforderungen an die Konzessionsvergabe berücksichtigt worden seien, und zwar:

- die Angebote sollten unter Beachtung der Vorgaben für die Konzessionsabgaben in § 3 KAV kalkuliert werden,
- beim Netzbetrieb sollte eine Rendite von 7 % nicht überschritten werden.

Infolgedessen werde durch die vorliegende (erste) Ausschreibung (Auswahl eines Partners für Dienstleistungen) der Wettbewerb bei den zweiten Ausschreibungen (Wegekonzessionen) wegen ungleicher Voraussetzungen verzerrt und dessen Ausgang präjudiziert. Potentielle Konkurrenten hätten bei den Konzessionsvergaben keine reale Chance mehr auf den Zuschlag.

Dagegen beschwerten sich die Antragsgegnerin und die Beigeladene.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen im Wesentlichen übereinstimmend vor:

Gegenstand der Ausschreibung sei ausschließlich die Einbindung eines strategischen Partners in die interkommunale Netzgesellschaft. Dies sei strikt von den künftigen Konzessionsvergaben getrennt worden. Die Ausschreibungen ließen sich (anders als nach EU-Recht) wegen Besonderheiten im nationalen Recht auch gar nicht verbinden. Bei der hier zu beurteilenden Ausschreibung würden die späteren Konzessionsvergaben in keiner Hinsicht vorweggenommen. Solches habe die Antragstellerin auch nicht belegt, sondern werde von ihr zu Unrecht lediglich vermutet.

Auf der Grundlage des zuletzt favorisierten Pachtmodells ist die Beigeladene überdies der Meinung, die vorliegende Auftragsvergabe unterliege in Ermangelung eines Dienstleistungsauftrags keiner Nachprüfung nach dem GWB.

Die Antragstellerin und die Beigeladene beantragen,

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie wiederholt und ergänzt ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die Vergabeakten Bezug genommen.

II. Die Beschwerden haben Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Die Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig. Die Beigeladene ist durch die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer materiell beschwert, weil ihr dadurch die Stellung als Zuschlagsprätendent verloren zu gehen droht. Bei der Beschwerde des Beigeladenen ist, jedenfalls sofern er - wie hier - im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren keinen Antrag gestellt hat (was er auch nicht muss), lediglich auf eine materielle Beschwer abzustellen (so u.a. OLG München, Beschl. v. 10.12.2009 - Verg 16/09, VergabeR 2010, 246, 258; OLG Jena, VergabeR 2003, 600, 602; 2004, 106, 108; OLG Dresden, VergabeR 2001, 41, 42; Jaeger, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 116 GWB Rn. 34).

2. Die Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen sind begründet.

a) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings zulässig.

aa) Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeber im Sinn des § 98 Nr. 4 GWB, und zwar auf dem Gebiet der Energieversorgung (vgl. zum Begriff des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4 GWB: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.11.2012 - VII-Verg 11/12, BeckRS 2012, 23575). Die Antragsgegnerin will die entsprechenden Versorgungsnetze betreiben.

bb) Ausschreibungsgegenstand ist ein den Schwellenwert übersteigender öffentlicher Auftrag über Dienstleistungen nach Anhang 1, Teil A, Kategorie 11 der SektVO (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten). Der aufzunehmende strategische Partner soll Betriebsführungsaufgaben erfüllen. So ist auch ausgeschrieben worden. Um eine Dienstleistungskonzessionsvergabe handelt es sich nicht. Die abzuschließenden Vereinbarungen verschaffen dem Auftragnehmer nicht lediglich das Recht, eine Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko selbst zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten.

Zwar soll nach der Entschlusslage die Auftragsvergabe gemäß einem von der Beigeladenen angebotenen sog. Pachtvertragsmodell erfolgen (im Gegensatz zu einem Betriebsführungsmodell). Dies entzieht die Ausschreibung entgegen der Beschwerde der Beigeladenen jedoch nicht dem Vergaberechtsregime. Die Antragsgegnerin hat im Streitfall entschieden, im Wege der Ausschreibung einer sog. strategischen Partnerschaft (ÖPP) auch Dienstleistungen zu beschaffen, m.a.W. einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinn von § 99 Abs. 1, 4 GWB zu vergeben, nämlich in Bezug auf (so die Vergabeunterlagen):

- Stärkung ihres fachlichen Know-hows,
- Sicherung der Refinanzierung des Netzerwerbs,
- Finanzierungsbeitrag beim Netzerwerb,
- Beschleunigung des Netzerwerbs,
- Gewährleistung der kaufmännischen und technischen Betriebsführung der Netze,
- Mithilfe bei der Entwicklung eines Netzkonzepts.

Die abzuschließenden Verträge sollen den Auftragnehmer zu den genannten Dienstleistungen, m.a.W. zu operativen Tätigkeiten bei den Netzdiensten, verpflichten. Dies entspricht dem Vortrag der Antragsgegnerin.

Auf der Grundlage des Vortrags der Beigeladenen, der sich auf das Pachtvertragsmodell bezieht, ergibt sich rechtlich gesehen nichts anderes: § 99 Abs. 1 GWB stellt weder auf die zivilrechtliche Einordnung von Verträgen noch darauf ab, ob in der Übernahme einer Leistung im Sinn des § 99 Abs. 4 GWB ein wesentlicher oder der Hauptzweck des angestrebten Vertragsschlusses liegt. Der Vertrag muss lediglich Dienstleistungen zum Gegenstand haben, welche den maßgebenden Schwellenwert erreichen oder überschreiten (so BGH, Beschl. v. 1.2.2005 - X ZB 27/04, VergabeR 2005, 328, 332 f.). Dies ist, ohne dass es sich auf die Entscheidung ausgewirkt hat, von der Vergabekammer übersehen worden (VKB 16 f.).

Ob eine Ausschreibung gleichwohl ausnahmsweise dann keine Dienstleistungen betrifft, wenn die von dem Unternehmen zu erbringende Leistung wegen des rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkts des Vertrags nicht ins Gewicht fällt, braucht nicht entschieden zu werden. Mit Rücksicht darauf, dass öffentliche Beschaffungen, soweit sie nicht ausdrücklich vom Vergaberechtsregime ausgenommen sind, umfassend unter geregelten Wettbewerbsbedingungen stattzufinden haben, ist eine solche Ausnahme jedenfalls nur zu überlegen, wenn die Pflicht zur Dienstleistung völlig untergeordneter Art und deshalb auszuschließen ist, dass ihretwegen ein Vertrag eingegangen werden soll (so BGH a.a.O.). Das ist im Streitfall zu verneinen.

Entgeltlichkeit ist auch bei einem Pachtmodell nicht erst anzunehmen, wenn feststeht, dass und gegebenenfalls inwieweit beim Pachtzins die Pflicht zu Dienstleistungen preismindernd berücksichtigt worden ist. Das Pachtvertragsmodell ist lediglich das rechtliche Mittel, dessen sich der Auftraggeber bedient, um die von ihm angestrebten Dienstleistungen zu beschaffen. Selbst wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung das Pachtelement im Vordergrund stünde, ist dies unerheblich. Ist es - wie hier - Mittel zur Beschaffung der Dienstleistung, ist der pachtrechtliche Aspekt ohne Bedeutung. Diese Betrachtungsweise entspricht dem Zweck des Vergaberechts. Es soll alle Beschaffungsvorgänge erfassen, die für den öffentlichen Auftraggeber mit einem geldwerten Aufwand verbunden sind (vgl. BGH a.a.O. 333 f.).

cc) Die Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) wird der Antragstellerin von der Beschwerde der Beigeladenen zu Unrecht streitig gemacht. Die Antragstellerin hat sich mit Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt und hat dadurch ihr Interesse am Auftrag dokumentiert. Außerdem macht sie Vergaberechtsverstöße geltend, auf die noch einzugehen sein wird, und die - sofern sie gegeben sind - ihre Zuschlagschancen mindern, sie also schädigen können. Nach der Entscheidung

des BVerfG vom 29.7.2004 (NZBau 2004, 564) erfüllt das Merkmal der Antragsbefugnis lediglich die Funktion eines groben Filters, dem nur die Aufgabe zukommt, eindeutige Fälle, in denen ein Zuschlag an den Antragsteller von vorneherein aussichtslos ist, auszusondern (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.2.2012 - VII-Verg 75/11 m.w.N.). Von einem solchen Fall kann hier nicht die Rede sein. Deswegen ist auch die Behauptung der Beigeladenen, die Antragstellerin habe sich unlauter Informationen über ihr, der Beigeladenen, Angebot beschafft und diese im Prozess verwertet, sofern es darauf ankommt, erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu prüfen, nicht aber beeinträchtigt dies die Antragsbefugnis.

dd) Die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist von der Antragstellerin durch Rügen vom 19. und 23.3.2012 auf die Bieterinformation vom 14.3.2012 gewahrt worden. Der Entscheidung der Vergabekammer ist insoweit zuzustimmen (VKB 14 f.). Im Senatstermin hat sich dies ebenso wenig als ein eingehend zu erörternder Streitpunkt erwiesen. Die Rügeobliegenheit nach Nr. 1 des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB setzt - in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht - eine positive, im Streitfall jedoch in Abrede gestellte Kenntnis des Antragstellers von den geltend gemachten Rechtsverstößen voraus (BGH, Beschl. v. 26.9.2006 - X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59). Kenntniserlangung vor Rügeerhebung überhaupt sowie zu einem Zeitpunkt, in dem die Rügen nicht mehr als unverzüglich gelten können (sofern dies nach den Urteilen des EuGH vom 28.1.2010, vgl. NZBau 2010, 183; VergabeR 2010, 457, überhaupt noch ein Prüfungspunkt ist) ist von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als den insoweit beweispflichtigen Verfahrensbeteiligten nicht nachgewiesen worden.

Behauptete Verstöße gegen Vergabevorschriften sind im Sinn des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB ebenso wenig aufgrund der Vergabebekanntmachung oder der Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen - ungeachtet des rechtlichen Maßstabs für eine Erkennbarkeit (vgl. zum Rechtsprechungs- und Meinungsstand insoweit Byok, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 GWB Rn. 83 m.w.N.) - danach nur solche Rechtsverstöße einer Rügeobliegenheit, die auftragsbezogen sind, auf einer allgemeinen Überzeugung der Vergabepaxis beruhen und ins Auge fallen (so u.a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.8.2011 - VII-Verg 30/11, BA 4 f.).

Davon kann bei den im Streitfall erhobenen Beanstandungen nicht gesprochen werden. Die Ausschreibung sog. strategischer Partnerschaften bei kommunalen Netzgesellschaften und das Verhältnis zu Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG (insbesondere mögliche Abhängigkeiten bei Getrennt- oder Zusammenvergabe sowie bei Ausschreibungsbedingungen und Zuschlagsfaktoren) sind, genauso wie die Ausgestaltung der Vergabeverfahren, in praktischer und rechtlicher Hinsicht komplex und durch die Rechtsprechung (die zudem in verschiedenen Händen liegen kann, siehe dazu allein die Urteile des OLG Schleswig vom 22.11.2012 - 16 U (Kart) 21 und 22/12 zu Konzessionsvergaben) noch nicht abschließend geklärt. Dasselbe hat für die behaupteten Verstöße gegen Kartellrecht durch Bevorzugung eines mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmens (der Antragsgegnerin) zu gelten (§ 19 GWB: Missbrauchsverbot, § 20 GWB: Behinderungsverbot). Der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen befasst sich mit Konzessionsvergaben. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kommunen darin zugeschriebene Monopolstellung auf Auftragsvergaben der vorliegenden Art zu übertragen, ein Monopol einem Drittbeteiligten wie der Antragsgegnerin zuzurechnen und eine missbräuchliche oder behindernde Ausnutzung von Marktmacht anzunehmen ist, kann keineswegs bereits als gesichert gelten, sondern bedarf eingehender rechtlicher Untersuchung - zumal davon verschiedene sachliche und möglicherweise auch geografische Märkte betroffen sind. Zu solchen

Rechtsfragen nimmt der Leitfaden keine Stellung (vgl. dazu Leitfaden Rn. 16 ff., 26). Bei dem auf Seiten von Städten und Gemeinden erkennbaren Bestreben, Netzbetriebe zu kommunalisieren (oder bisweilen auch zu rekommunalisieren), und zwar mittels Eingehens strategischer Partnerschaften (ÖPP), durch Konzessionsvergaben und/oder durch mögliche Kombinationen der Aufträge und der Ausschreibungen wird vielmehr in mehrfacher Hinsicht rechtliches Neuland betreten. Die meisten Konzessionsverträge nach EnWG laufen erst in den kommenden Jahren aus. Erfahrungen sind in der Breite noch nicht erworben worden. Eine Kenntnis oder Erkennbarkeit von Rechtsverstößen setzt bei diesem Befund auf Antragstellerseite auch nicht gewissermaßen schlagartig mit einer Hinzuziehung von Rechtsanwälten ein. Solches anzunehmen wäre praxisfremd.

Trotzdem bleibt die Rügeobliegenheit ernst zu nehmen. Die Rechtsprechung zu den angesprochenen Problemkreisen wird sich ausweiten und festigen. Bei „etablierten“ Energieversorgern gleich welcher Stufe wird sie in der Regel auf ein fundiertes Wissen um die tatsächlichen und spezifischen rechtlichen Hintergründe treffen, was die Erkennbarkeit und Kenntnis von Verstößen gegen Vergaberechtsvorschriften fördern kann.

Bei den einer Nachprüfung nach dem GWB nicht unterliegenden (reinen) Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG ergibt sich - im Sinn einer unselbständigen Nebenpflicht - eine Verpflichtung der Bieter, den Auftraggeber insbesondere auch auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen, im Übrigen aus dem durch Anforderung der Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. dazu BGH, Urt. v. 9.6.2011 - X ZR 143/10, VergabeR 2011, 703, Rettungsdienstleistungen II; zu Hinweispflichten siehe BGH, Urt. v. 18.12.2008 - VII ZR 201/06, NZBau 2009, 232, Rn. 15, 23; BGH, NJW-RR 1987, 1306, 1307; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 23.12.2005 - 11 Verg 13/05, BeckRS 2006, 12422; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.1.2010 - I-27 U 1/09, VergabeR 2010, 531, 536 zu den auf Konzessionsvergaben übertragbaren Regeln bei Vergaben unterhalb der Auftrags-Schwellenwerte; LG Köln, Urt. v. 7.11.2012 - 90 O 59/12, Entscheidungsgründe unter 2.a); a.A. OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 22/12, UA 37 f.). Eine Verletzung der vorvertraglichen Hinweispflicht wird im Allgemeinen angemessen nur in der Weise zu sanktionieren sein, dass die betreffenden Rügen bei dem regelmäßig anzustrebenden Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO von einer Nachprüfung jedenfalls materiell-rechtlich ausgeschlossen sind (so auch LG Köln a.a.O.).

b) Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

aa) Zum Ausschreibungskonzept:

(1.) Die hinter der Antragsgegnerin stehenden Kommunen und die Antragsgegnerin haben sich im Streitfall dazu entschlossen, die aus Anlass des Auslaufens der Konzessionsverträge bei Strom- und Gasnetzen für erforderlich gehaltenen Ausschreibungen in einem zweistufigen Verfahren durchzuführen (doppelte/getrennte Ausschreibung). Auf einer ersten Stufe soll über den „Einkauf“ einer strategischen Partnerschaft - im Rechtssinn die Gründung einer institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft, die ein Dienstleistungsauftrag ist - durch die Antragsgegnerin (eine interkommunale Netzgesellschaft) entschieden werden. Darum geht es in diesem Nachprüfungsverfahren. Auf einer zweiten Stufe wollen die betreffenden Kommunen alsdann die auslaufenden Wegenutzungsverträge - rechtlich gesehen Dienstleistungskonzessionen (§ 46 EnWG) - ausschreiben und vergeben, wobei keineswegs gesichert ist, dass die Antragsgegnerin, die sich darum ebenfalls bewerben will, die Konzessionen (überhaupt oder zu einem Teil) erlangen wird. Alternativ dazu hätten sich die beteiligten Kommunen freilich ebenfalls zu einer einheitlichen

Auftragsvergabe abschließen können (so auch EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - C-196/08, Acoset, VergabeR 2010, 478, 484, Rn. 58 ff.). Davon haben sie keinen Gebrauch gemacht.

Die Entscheidung für eine Getrennt- oder Zusammenvergabe unterliegt der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, hier der beteiligten Kommunen und der Antragsgegnerin. Die Ausübung der Bestimmungsfreiheit ist dem Vergabeverfahren vorgelagert. Sie ist in Vergabenaachprüfungsverfahren nur zu überprüfen, sofern es, und zwar mindestens im Sinn einer gebotenen Inzidentprüfung, eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm, gewissermaßen eine rechtliche „Einbruchsstelle“ dafür, gibt (vgl. BGH, Beschl. v. 18.6.2012 - X ZB 9/11; OLG Düsseldorf in ständiger Rechtsprechung, vgl. zuletzt Beschl. v. 1.8.2012 - VII-Verg 105/11).

Eine doppelte und die Prozeduren zeitlich verlängernde Ausschreibung kann verfahrensökonomisch ineffektiv sein. So bleibt der Ausschreibungsgewinner im vorliegenden Verfahren bis zum Abschluss der Konzessionsvergaben an die angebotenen und vereinbarten Leistungen grundsätzlich gebunden, obwohl sich die wirtschaftlichen Gegebenheiten (zum Beispiel aufgrund neu ergangener gesetzlicher Vorschriften) inzwischen geändert haben können. Dies kann neben der Dauer der Vergabeverfahren zu Rechtsunsicherheit sowie dazu führen, dass Unternehmen und öffentliche Stellen von einer Gründung - national sowie nach Unionsrecht förderungswürdiger - institutionalisierter öffentlich-privater Partnerschaften abgehalten werden (vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - C-196/08, Acoset, Rn. 61 unter Bezugnahme auf Rn. 85 der Schlussanträge des Generalanwalts sowie auf Rn. 59, 46 bis 49 des Urteils), infolgedessen der Wettbewerb beeinträchtigt werden kann, und Bewerber um Konzessionsvergaben, und zwar allein wegen der Trennung der Vergabeverfahren, im Wettbewerb ungleich behandelt und diskriminiert werden können.

Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie geben als solche für eine vergaberechtliche Beanstandung indes nichts her. In dieser Weise hat auch der Gerichtshof der Europäischen Union nicht argumentiert (vgl. EuGH, Urteil Acoset Rn. 58 f.). Er hat insofern lediglich bemerkt, eine Verdoppelung der Auswahlverfahren könne dazu führen, dass private Einrichtungen und öffentliche Stellen von der Gründung institutionalisierter öffentlich-privater Partnerschaften abgehalten werden (EuGH, Urteil Acoset Rn. 61 m.w.N.). Solches ist im Streitfall jedoch nicht zu besorgen und wird - abgesehen davon, dass sie selbst davon nicht nachteilig betroffen ist - von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht. An der Ausschreibung der Partnerschaft haben sich neben der Antragstellerin und der Beigeladenen zwei weitere branchenangehörige Unternehmen beteiligt. Dass dritte Unternehmen aufgrund der Trennung der Ausschreibungen an einer Teilnahme behindert worden sind, diese mithin einen Abschreckungseffekt entfaltet hat, ist bei der Sachlage nicht zu erkennen.

Die beteiligten Kommunen und die Antragsgegnerin hätten die Eingehung einer öffentlich-privaten Partnerschaft und die Wegekonzessionen nach § 46 EnWG rechtlich zulässig allerdings auch zusammen ausschreiben können (so auch OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 21/12; Vorinstanz: LG Kiel, Urt. v. 3.2.2012 - 14 O (Kart) 12/11). Unüberwindliche tatsächliche oder rechtliche Hindernisse hätten dem nicht im Wege gestanden. Indes haben sich die beteiligten Kommunen und die Antragsgegnerin für getrennte Ausschreibungen entschieden. Dies ist vergaberechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden, sofern dafür sachlich gerechtfertigte Gründe vorliegen, die eine Ungleichbehandlung oder Diskriminierung von Bewerbern, und zwar allein wegen der Trennung der Verfahren, ausschließen. Solche und letztlich auch von der Antragstellerin nicht angegriffene Gründe sind im Prozess von der Antragsgegnerin mit Erfolg geltend gemacht worden, und zwar:

An einer einheitlichen Auftragsvergabe wären verschiedene öffentliche Auftraggeber beteiligt gewesen - einerseits die Antragsgegnerin (zuständig für die Vergabe der öffentlich-privaten Partnerschaft - im Folgenden: ÖPP), andererseits die beteiligten Kommunen (denen die Vergabe der Wegenutzungen bei Strom- und Gasleitungen obliegt). Dies ist für sich allein genommen allerdings noch kein tragender Grund für eine Trennung der Vergabeverfahren.

Doch weichen die Zielvorstellungen und Zuschlagskriterien bei ÖPP und Wegekonzessionen voneinander ab: ÖPP sind grundsätzlich auf das wirtschaftlichste Angebot abzuschließen (vgl. § 97 Abs. 5 GWB). Bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen sind - zusätzlich - die energiepolitischen Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG - möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas). Zwar ist nicht generell auszuschließen, dass die verschiedenen gesetzlichen Zielsetzungen zu einer einheitlichen Ausschreibung zulässig verbunden werden können.

Jedoch wäre die Ausschreibung dadurch mit noch mehr rechtlichen Unklarheiten belastet worden als solche bei einer getrennten Auftragsvergabe ohnehin schon bestehen (siehe insoweit den Fall OLG Schleswig, Urte. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 21/12). Darüber hinaus hätten sich die beteiligten Kommunen und die Antragsgegnerin für den Fall der Nachprüfung einer einheitlichen Ausschreibung auf einen gespaltenen Rechtsschutz eingelassen: Während bei ÖPP nach den §§ 102 ff. GWB ein Rechtsschutz vor den Vergabenachprüfungsinstanzen gewährleistet ist, ist ein solcher bei Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG durch zivilrechtlichen Vertrag vor den Zivilgerichten gegeben, dies jedoch nach unter Umständen sehr verschiedenen und bislang keineswegs einheitlichen Überprüfungsmaßstäben (analog dem Rechtsschutz bei Unterschwellenwertvergaben - vgl. einerseits z.B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 2.10.2008 - 12 U 91/08, VergabeR 2009, 530; Beschl. v. 13.9.2011 - 6 W 73/11, VergabeR 2012, 133; OLG Hamm, Urte. v. 12.2.2008 - 4 U 190/07, VergabeR 2008, 682 - reiner Willkürschutz; andererseits BGH, Urte. v. 9.6.2011 - X ZR 143/10, VergabeR 2011, 703, Rettungsdienstleistungen II; OLG Jena, Urte. v. 8.12.2008 - 9 U 431/08, VergabeR 2009, 524, 527; OLG Düsseldorf, Urte. v. 13.1.2010 - I-27 U 1/09, VergabeR 2010, 531; Urte. v. 10.10.2011 - I-W 1/11, ZfBR 2011, 832 - Bindung des Auftraggebers an die bekannt gegebenen Vergaberegeln). Neben teilweise verschiedenen Ausschreibungsmaßstäben können Nachprüfungen das Vergabeverfahren bei einer einheitlichen Ausschreibung demnach genauso erschweren und behindern wie dies bei getrennten Auftragsvergaben geschehen kann. Bei diesem Befund ist an der Trennung der Vergabeverfahren im Streitfall rechtlich nichts auszusetzen.

(2.) Der Vollständigkeit halber sei allerdings bemerkt, dass in Fällen der vorliegenden Art die anschließende Konzessionsvergabe nicht in der Form einer sog. In-house-Vergabe an die Antragsgegnerin, ein dann gemischtwirtschaftliches Unternehmen, erfolgen darf - was die beteiligten Kommunen bislang freilich auch nicht vorhaben. Eine private Beteiligung am Kapital der Antragsgegnerin schließt eine In-house-Vergabe an diese aus, weil ein solches Verfahren dem am Kapital beteiligten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde (EuGH, Urteil Acoset Rn. 56; Urte. v. 11.1.2005 - C-26/03, Stadt Halle, VergabeR 2005, 43 Rn. 51).

Auch sonst ist eine In-house-Vergabe bei Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG ausgeschlossen. Das ergibt sich zwar noch nicht aus dem vom OLG Schleswig (Urte. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 22/12, UA 36; Vorinstanz: LG Kiel, Urte. v. 4.1.2012 - 14 O (Kart) 83/10) herangezogenen Gesichtspunkt, wonach es bei den genannten Konzessionen am Element der „Tätigkeit im Wesentlichen für den

Auftraggeber“ fehle, weil der Konzessionsnehmer Netzdienstleistungen nicht für den kommunalen Auftraggeber, sondern - zur allgemeinen Versorgung mit Elektrizität und Gas - ganz überwiegend für die in der Gemeinde ansässigen Nachfrager (Kunden und Letztverbraucher) erbringe. Die Regeln des In-house-Geschäfts sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie des Bundesgerichtshofs auch bei der Vergabe von (Dienstleistungs-)Konzessionen anzuwenden (vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 29.11.2012 - C-182 und 183/11, Rn. 26; BGH, Beschl. v. 8.2.2011 - X ZB 4/10, S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr, VergabeR 2011, 452 Rn. 27 ff.; ebenso: Egger, europäisches Vergaberecht Rn. 586). Anderenfalls wären zum Beispiel Verträge über Personenverkehrsdienste keine Dienstleistungsaufträge oder -konzessionen, weil die Dienste nicht vom öffentlichen Auftraggeber, sondern von Bürgern genutzt werden. Davon geht auch der europäische Gesetzgeber nicht aus (vgl. Art. 5 VO Nr. 1370/2007 über Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße).

Jedoch ist eine In-house-Vergabe bei Wegenutzungsverträgen durch § 46 Abs. 4 EnWG ausgeschlossen, wonach die Absätze 2 und 3 dieser Vorschrift (die Ausschreibungspflicht betreffend) „für Eigenbetriebe der Gemeinden“ entsprechend anzuwenden sind (ebenso: Schwensfeier, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, S. 223 ff., 233 ff.; OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 21/12, UA 20; a.A. VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012 - 1 B 3594/12, BeckRS 2012, 53875 = IR 2012, 233; Haupt/Slawinski, IR 2012, 122; Byok/Graef/Faasch, NZBau 2012, 556, 559). Der nationale (genauso der europäische) Gesetzgeber kann die bei Beschaffungen an sich gegebenen Freiheiten des öffentlichen Auftraggebers sowie die vom Vergaberechtsregime bestehenden Ausnahmen - als solche haben die Regeln über das In-house-Geschäft zu gelten - beschränken. Für die Mitgliedstaaten gilt dies nur insoweit, als dadurch der vom EU-Recht intendierte Wettbewerb auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens nicht eingeschränkt werden darf. Indes wird durch die erwähnte Bestimmung des § 46 Abs. 4 EnWG der Wettbewerb um Netzkonzessionen nicht begrenzt, sondern erweitert, indem er durch einen Ausschluss der In-house-Ausnahme strengeren institutionellen Anforderungen unterworfen wird. Dies wird durch die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt. Eine mit § 46 Abs. 4 des jetzigen EnWG 2005 übereinstimmende Vorschrift fand sich bereits in § 13 Abs. 4 EnWG 1998. Die Begründung des insoweit Gesetz gewordenen Regierungsentwurfs sagte dazu aus (BT-Drucks. 13/7274, S. 21 rechts):

Absatz 4 erstreckt die Regelungen der Absätze 2 und 3 (Bem.: regelten die Ausschreibungspflicht) auch auf die Fälle, in denen die Nutzung der gemeindlichen Wege zur Durchführung der allgemeinen Versorgung ... durch gemeindliche Satzung und nicht durch Vertrag geregelt ist. Dies ist notwendig, damit die Wegenutzung in allen Gemeinden von den Bestimmungen der Absätze 2 und 3 erfasst wird. Damit soll verhindert werden, dass der Zweck dieser Vorschriften, „Ewigkeitsrechten“ bei der Versorgung entgegenzuwirken, unterlaufen werden kann.

Der früheren Gesetzesbegründung und der vom Gesetzgeber über alle Änderungen des EnWG und die Entwicklung der Rechtsprechung (vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.1999 - C-107/98, Teckal - insoweit erstmals zur In-house-Vergabe) hinweg aufrecht erhaltenen Bestimmung des § 46 Abs. 4 EnWG (2005) - und des darin aufgenommenen Verweises auf die Absätze 2 und 3 - ist darum ein Verbot der In-house-Vergabe zu entnehmen. § 46 Abs. 4 EnWG bezieht sich nicht lediglich auf eine Vergabe von Wegekonzessionen durch Eigenbetriebe der Kommunen. Für eine so zu verstehende Regelung hat zu keiner Zeit ein Bedürfnis bestanden. Eigenbetriebe sind nicht rechtsfähig. Ihr Handeln ist im Rechtssinn ein solches der Gemeinde. Demgegenüber hat die Vergabe von Wegenutzungsverträgen an Eigenbetriebe geregelt werden müssen, weil diese nicht durch Vertrag, sondern öffentlich-rechtlich durch Satzung erfolgt. § 46 Abs. 4 EnWG umfasst seinem Zweck nach selbstverständlich

auch den Abschluss von Wegenutzungsverträgen mit kommunalen Unternehmen, die anstelle von (oder neben) Eigenbetrieben geschaffen worden sind und auf dem einschlägigen Markt agieren. Anderenfalls würden Umgehungen zugelassen und würde der Vorschrift ihre praktische Wirkung genommen.

§ 46 Abs. 4 EnWG läuft dem in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz garantierten kommunalen Selbstverwaltungsrecht nicht zuwider. Das Recht der Selbstverwaltung verschafft den Gemeinden keine rechtliche Sonderstellung. Es besteht nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Bestimmungen des EnWG zählen (vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.2006 - KVR 28/05, Rn. 20; Beschl. v. 28.6.2005 - KVR 27/04, BA 10 f.; a.A. VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012 - 1 B 3594/12, BeckRS 2012, 53875 = IR 2012, 233).

Die Vergabe von Wegenutzungsrechten wird darum - bei Vorliegen einer eindeutigen Binnenmarktrelevanz - so die ständige Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urte. v. 15.10.2009 - C- 196/08, Acoset, Rn. 46 ff.) - nach unionsrechtlichen Prinzipien die Gebote der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, (Ex-ante-) Transparenz und der Herstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit zu beachten haben, wobei darauf hinzuweisen bleibt, dass die Schwelle der Binnenmarktrelevanz in Fällen der vorliegenden Art tendenziell eher niedrig anzusetzen sein sollte (vgl. EuGH, Urte. v. 13.10.2005 - C-458/03, Parking Brixen, NZBau 2005, 644 - Binnenmarktrelevanz beim Betrieb eines Parkplatzes mit 200 Stellplätzen bejaht).

bb) Zu den Ausschreibungsbedingungen, insbesondere zu Zuschlagskriterien und Leistungsbeschreibung:

(1.) Die Beanstandung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe unzulässigerweise zu „100 % Bedarfspositionen“ ausgeschrieben, ist unbegründet. Denn erstens ist eine Ausschreibung von Bedarfsleistungen, m.a.W. von nur eventuell benötigten (unter der aufschiebenden Bedingung eines Abrufs durch den Auftraggeber stehenden) Leistungen nicht per se unstatthaft (vgl. im Einzelnen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.2.2010 - VII-Verg 36/09, BeckRS 2010, 18762 m.w.N.). Und zweitens hat die Antragsgegnerin keinen lediglich eventuellen Bedarf, sondern die unbedingte Beschaffung von Dienstleistungen im Wege einer ÖPP ausgeschrieben (siehe zu einem vergleichbaren Fall auch: EuGH, Urte. v. 18.11.2004 - C-126/03, NZBau 2005, 49, Heizkraftwerk München). Dass - wie die Antragsgegnerin es ausgedrückt hat - die ausgeschriebene strategische Partnerschaft letztlich nur dann „mit Leben erfüllt“ werden kann, wenn ihr in den entsprechenden Vergabeverfahren die Netzkonzessionen erteilt werden und sie die Netze erwirbt, lässt die Ausschreibung zu keiner bedingten werden. Scheitert dieses Vorhaben, sind die abgeschlossenen Verträge gegebenenfalls rückgängig zu machen.

(2.) Die Antragstellerin (und mit ihr die Vergabekammer) kritisiert weiter, durch die Ausschreibung der ÖPP würden die späteren Konzessionsvergaben gewissermaßen „vorprogrammiert“ und die Antragsgegnerin als Konzessionsnehmerin vorweg bestimmt. Es erfolge insoweit eine vergaberechtlich unstatthafte Vorfestlegung auf einen Konzessionsnehmer. Infolgedessen werde der Wettbewerb um die Netzbetriebe beeinträchtigt und verzerrt. Faire Konzessionsvergaben seien so nicht mehr möglich (so die Vergabekammer).

Es fällt schwer, dies nachzuvollziehen. Der Dienstleistungsauftrag (Eingehung einer strategischen Partnerschaft in der Form einer ÖPP) ist von der Antragsgegnerin als einer interkommunalen Netzgesellschaft ausgeschrieben worden. Sie entscheidet über den Zuschlag. Die Netzkonzessionen

sollen demnächst von den an der Antragsgegnerin beteiligten Kommunen ausgeschrieben werden. Insoweit obliegt die Vergabeentscheidung allein ihnen. Die getrennte Ausschreibung ist eine der den Gemeinden beim Vorhaben einer Kommunalisierung des Netzbetriebs zu Gebote stehenden Handlungsmöglichkeiten, die nicht ohne einen sachlichen Grund zu beschränken sind.

In tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besteht zunächst einmal keine Verbindung zwischen den Vergabeverfahren. Darauf hat die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen hingewiesen. Demgemäß liegen der Kritik der Antragstellerin (und der Vergabekammer) überprüfbare und feststellbare Fakten nicht zugrunde. Die Antragstellerin vermutet lediglich Voreingenommenheiten der beteiligten Kommunen bei den künftigen Konzessionsvergaben. Soweit sie diese durch eine Stellungnahme der Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg bestätigt sieht (Musterkriterienkatalog, Anl. Bgeg. 2; in dieselbe Richtung gehend: Mitteilung der Landeskartellbehörde Niedersachsen v. 31.1.2011 - 24.1-32560/5110), hat dafür nichts anderes zu gelten; auch darin werden Angriffspunkte gegen die Ausschreibung einer ÖPP lediglich vermutet („könnte“). Eine bloße Aneinanderreihung von Mutmaßungen kann die erforderlichen Tatsachenfeststellungen indes weder ersetzen noch die Beschwerdeentscheidung tragen. Unvoreingenommene und diskriminierungsfreie Konzessionsvergaben sind auch bei vorangehender Ausschreibung einer ÖPP nicht von vorneherein auszuschließen (so auch Byok/Graef/Faasch, NZBau 2912, 556, 558).

Sofern dem Vortrag der Antragstellerin ebenfalls der Angriff zu entnehmen sein kann, die Antragsgegnerin erhalte durch die vorliegende Ausschreibung für spätere Konzessionsvergaben gegenüber potentiellen Wettbewerbern (zu denen auch die Antragstellerin zu rechnen ist) einen Wissensvorsprung, womit eine Gleichbehandlung der Bewerber um die Konzessionen in Frage stünde, ist da-rauf zu entgegnen: Nicht statthaft wäre, wenn die Antragsgegnerin als künftige Bewerberin um Konzessionen im Verfahren der Ausschreibung einer ÖPP (mithin im vorliegenden Vergabeverfahren) erfährt, zu welchen Konditionen ihre potentiellen Konkurrenten bereit und in der Lage sind, in den Konzessionsverfahren anzubieten. Dahingehende Erkenntnisse eröffnet die vorliegende Ausschreibung indes nicht. Wegekonzessionen werden auch nach anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Maßstäben vergeben als ÖPP. Bei Wegekonzessionen ist die Wertung der Angebote durch den grundsätzlich erforderlichen Zusammenhang mit dem Netzbetrieb (vgl. § 1 EnWG) sowie durch die preisrechtlichen Vorschriften der §§ 2 und 3 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) begrenzt (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 88). Der Eingehung privater Beteiligungen an einer kommunalen Netzgesellschaft können indes darüber hinausgehende Gesichtspunkte und Zuschlagsfaktoren zugrunde gelegt werden (dazu später).

Damit soll nicht in Abrede gestellt sein, dass sich die für die Konzessionsvergaben zuständigen Kommunen gewissen Anreizen ausgesetzt sehen können, die Konzessionen aus sachwidrigen Überlegungen ihrer kommunalen Netzgesellschaft (der Antragsgegnerin) zu übertragen (vgl. auch Byok/Graef/Faasch a.a.O.; die Antragstellerin benutzt in diesem Zusammenhang den Ausdruck des „bösen Scheins“). Der Senat enthält sich freilich einer Aussage zu der Frage, ob Kommunen eigene, auch gemischtwirtschaftliche, Netzgesellschaften bei der Konzessionsvergabe (ungeachtet der Unzulässigkeit eines In-house-Geschäfts) aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere um gemeindlicher, gegebenenfalls auch nicht netzbezogener und zu Wertungskriterien erklärter Ziele willen, auf deren Erreichen die Kommune einen Einfluss ausüben möchte, nicht auch bevorzugen dürfen (in diesem Sinn VG Oldenburg a.a.O.). Dies ist hier nicht entscheidungserheblich und bedarf

zudem einer vorherigen eingehenden Prüfung, die nicht in einem Nachprüfungsverfahren wie dem vorliegenden anzustellen ist.

Eine Voreingenommenheit des Konzessions-Auftraggebers und eine etwaige, nicht diskriminierungsfreie Auswahl des Konzessionsnehmers sind im Übrigen Vergaberechtsverstöße im Verfahren der Konzessionsausschreibung, nicht bei der hier in Rede stehenden Dienstleistungsvergabe. Sie sind in dem für die Kontrolle von Konzessionsvergaben vorgesehenen Verfahren, in der Regel also in einem Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO vor den ordentlichen Gerichten, zur Überprüfung zu stellen (analog dem Rechtsschutz bei Unterschwellenwertvergaben; vgl. dazu u.a. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.1.2010 - I-27 U 1/09, VergabeR 2010, 531; Urt. v. 10.10.2011 - I-W 1/11, ZfBR 2011, 832). Dagegen sucht die Antragstellerin um einen vorbeugenden Rechtsschutz nach, soweit sie wegen möglicher Rechtsverletzungen in den noch nicht begonnenen Konzessionsvergabeverfahren bereits einen Zuschlag in dem der Eingehung einer ÖPP geltenden Vergabeverfahren untersagt sehen will. Ein vorbeugender Rechtsschutz ist in keinem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, gleichviel, ob dies Auftragsvergaben oberhalb oder unterhalb der EU-Schwellenwerte oder Dienstleistungskonzessionen betrifft, zulässig zu erlangen (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 5.6.2012 - X ZR 161/11, VergabeR 2012, 842, 844 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.10.2008 - VII-Verg 35/08, BA 8).

(3.) Die Antragstellerin ist weiter der Ansicht, die preisrechtlichen Bestimmungen der §§ 2 und 3 KAV seien bei der Ausschreibung der ÖPP angemessen zu berücksichtigen, dies jedenfalls insoweit, als sie im Zusammenhang mit dem Betreiben der Versorgungsnetze und den späteren Konzessionsvergaben stünden. Insofern bemängelt die Antragstellerin insbesondere das Zuschlagskriterium der Rendite des Gesamtprojekts, worunter nach den Vergabeunterlagen vor allem garantierte Gewinnausschüttungen an die beteiligten Gemeinden (oder deren Netzgesellschaften) verstanden werden sollen. Die Antragstellerin bewertet dies als einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV. Das Zuschlagskriterium stehe im Zusammenhang mit den Konzessionsvergaben und sei hier in die ÖPP-Ausschreibung vorverlagert worden. Dadurch würden die Preisvorschriften der KAV umgangen. Leistungen, welche sich die beteiligten Gemeinden im Rahmen von Beteiligungsmodellen (ÖPP) versprechen ließen, seien anhand der KAV zu überprüfen.

Die Beanstandung der Antragstellerin ist unbegründet. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.9.2009 - EnZR 15/08 (Rn. 30) - unterfallen nur solche Finanz- oder Sachleistungen des Konzessionsnehmers dem Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV, die als Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten vereinbart werden. Die Antragstellerin ist zu Unrecht der Meinung, das Urteil sage über die Streitfrage nichts aus. Es verhält sich in dem genannten Punkt darüber, ob die beteiligte Gemeinde sich für die Erteilung eines Wegenutzungsrechts neben der Konzessionsabgabe eine nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verbotene Sachleistung dadurch hat gewähren lassen, dass ihr ohne eine angemessene Gegenleistung ein Kommanditanteil am Unternehmen des Konzessionsnehmers eingeräumt worden ist. Dies hat der Bundesgerichtshof verneint, weil dem Konzessionsvertrag, dessen Vollständigkeit und Richtigkeit vermutet werde, dafür nichts zu entnehmen sei. Der Kommanditanteil sei nicht ausschließbar dafür gewährt worden, dass die Gemeinde ihre Wasserversorgung in das Unternehmen des Konzessionsnehmers eingebracht habe (BGH a.a.O. Rn. 29, 31).

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs lassen sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin allgemein geltende und auf den vorliegenden Fall übertragbare Rechtssätze entnehmen. So sind

zugesagte Renditen als nach § 3 Abs. 2 KAV unzulässige Finanzleistungen nur zu berücksichtigen, wenn sie als eine spezifische Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten vereinbart oder gewährt werden und dies im Prozess auch festgestellt werden kann. Dies ist im Streitfall zu verneinen. Konzessionsverträge sind noch nicht abgeschlossen worden. Sie geben für eine solche Feststellung demnach nichts her. Renditeversprechen bei der Ausschreibung der ÖPP sind mit einem Abschluss von Konzessionsverträgen ebenso wenig feststellbar in der Weise verknüpft, dass sie nur wegen einer späteren Konzessionserteilung abgegeben werden sollen. Vielmehr hat die Antragsgegnerin die tatsächliche und rechtliche Trennung der Geschäftsabschlüsse im Vergabeverfahren mit den Worten deutlich angegeben:

Dabei ist insbesondere ... zu berücksichtigen, dass in diesem Vergabeverfahren nicht über die Konzessionsvergaben entschieden wird und eine Konzessionierung einer ... gemeinsamen Netzeigentums-gesellschaft ... keinesfalls als sicher anzusehen ist.

Von daher ist nicht ausgeschlossen, dass Renditezusagen allein um der Beteiligung eines privaten Gesellschafters an der Antragsgegnerin, der Verpachtung der Netze und der Veräußerung von Betriebsführungsrechten willen vereinbart werden sollen. Entsprechende Renditezusagen stehen im Einklang mit den Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts. So sollen privatwirtschaftliche Unternehmen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen (§ 109 Abs. 1 GO NRW). Der Jahresgewinn der Unternehmen soll zudem so hoch sein, dass außer den notwendigen Rücklagen mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet wird (§ 109 Abs. 2 GO NRW). Dass Leistungen (Erträge, Renditen sowie Eigenkapitalverzinsung) und Gegenleistungen dabei in einem auffälligen, groben und einen Zusammenhang mit der Beteiligung ausschließenden Missverhältnis stehen, macht die Antragstellerin nicht geltend. Dafür ist auch nach Aktenlage nichts zu erkennen.

(4.) Die bekannt gegebenen Wertungsfaktoren sind nicht zu beanstanden. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden (§ 97 Abs. 5 GWB). Die benannten Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (vgl. § 29 Abs. 2 Satz 1 SektVO; Art. 55 Abs. 1 Buchst. a Richtlinie 2004/17/EG). Auftragsgegenstand sind der Betrieb und die Entwicklung der Elektrizitäts- und Gasnetze sowie Unterstützungsleistungen beim vorgelagerten Erwerb der Netzanlagen. Als Zuschlagskriterien sind aufgestellt worden:

- Sicherheit der Netzübernahme (Risikoabdeckung) mit 60 %,
- Rendite des Gesamtprojekts (Wirtschaftlichkeit) mit 18 %,
- Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen mit 22 %.

Diese Kriterien - eingeschlossen die festgelegten und hier keiner Darstellung im Einzelnen bedürftigen Unterkriterien - hängen mit dem Auftragsgegenstand zusammen. Dies wird von der Antragstellerin auch nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Sie greift die Zuschlagskriterien hauptsächlich deswegen an, weil diese vor allem auf eine Verbesserung der kommunalen Einnahmesituation abzielten, m.a.W. bei Anwendung der zugrunde gelegten Gewichtungen denjenigen Bieter bevorzugten, welcher die meisten unternehmerischen Risiken übernehme, auf der anderen Seite aber die höchsten Renditen und Ausschüttungen sowie eine größtmögliche Einflussnahme der Kommunen auf den Netzbetrieb und die Entwicklung einräume.

Diese Kritik ist unberechtigt. Es ist darauf zu verweisen, dass die nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG und §§ 2 und 3 KAV bei Konzessionsvergaben maßgebenden Wertungsfaktoren - vor allem die Ziele des § 1 EnWG und die auftragsbezogene Beschränkung auf Gesichtspunkte des Netzbetriebs - bei der Ausschreibung einer öffentlich-privaten Partnerschaft weder unmittelbar noch ausschließlich anzuwenden sind. Bei der Ausschreibung einer solchen Partnerschaft ist Zuschlagskriterium grundsätzlich das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB). Dabei dürfen auch wirtschaftliche Ziele, welche die finanzielle Situation der Kommune und eine Begrenzung ihrer unternehmerischen Risiken im Blick haben, berücksichtigt werden. Ebenso wenig ist zu tadeln, wenn sich die Kommune bei Eingehen einer ÖPP Einflussmöglichkeiten, auch entscheidende, auf die Geschäftsführung des Unternehmens sichert. Solche Zuschlagsfaktoren rechtfertigen sich nicht nur aus § 97 Abs. 5 GWB, sondern unmittelbar auch aus den die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen betreffenden Bestimmungen der Gemeindeordnung. So dürfen Kommunen an privaten Unternehmen nur beteiligt sein, wenn ihre Haftung und eine Verlustübernahme der Höhe nach begrenzt sind (§ 108 Abs. 1 Nr. 3, 5 GO NRW). Der Kommune muss daneben ein angemessener Einfluss auf die Betriebsführung des Unternehmens, d.h. auch auf Investitionsentscheidungen, gesichert werden (§ 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW). Darauf, dass die Beteiligung einen wirtschaftlichen Ertrag, d.h. Renditen und Gewinnausschüttungen, für den Haushalt der Gemeinde einbringen soll (§ 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW), ist oben bereits hingewiesen worden. Darüber hinaus soll eine mindestens marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals stattfinden (§ 109 Abs. 2 GO NRW).

Mit einem Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot ist keineswegs zwingend eine Aufgabe der Ziele des § 1 EnWG verbunden. Es versteht sich aber von selbst, dass eine an den genannten Zielen der Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Effektivität orientierte Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas in der Regel am besten von einem nach kaufmännischen Grundsätzen geführten und nachhaltig ertragssicheren Netzunternehmen gewährleistet werden kann. Die preisrechtlichen Bestimmungen der §§ 2 und 3 KAV mussten nicht zu einem Wertungskriterium erklärt werden. Den branchenangehörigen Bietern darf unterstellt werden, dass sie jene Bestimmungen und deren betriebswirtschaftliche Bedeutung für einen inzident einzukalkulierenden Mittelabfluss beim Netzbetreiber gekannt haben. Die Annahme der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe Bietern freigestellt, sich an die Preisvorschriften der KAV zu halten oder nicht, ist - auch vor dem Hintergrund des Inhalts der im tatbestandlichen Teil des Beschlusses (oben unter I.) wiedergegebenen Bieterinformation 12 vom 7.6.2011 - nicht realistisch. Eine von der Vergabekammer festgestellte Doppeldeutigkeit und Intransparenz der Vergabeunterlagen ist darum in Wahrheit nicht vorhanden.

Die Anforderungen in Bezug auf Geschäfts- und Betriebsrisiken, Renditen, Garantien und Einflussnahmemöglichkeiten der beteiligten Kommunen oder ihrer Netzgesellschaften auf die Geschäftsführung in den Erläuterungen zu den Zuschlagskriterien (Ausschreibungsunterlage unter E) sind nach alledem am rechtlichen Befund gemessen weder sachwidrig noch nach Art und Umfang übersteigert zu nennen. Eine Verbesserung der kommunalen Einnahme- oder Vermögenssituation oder eine höchstmögliche Rendite sind (anders als im einem vom OLG Schleswig entschiedenen Fall, dazu sogleich) kein allein oder vorrangig entscheidendes Ausschreibungsmotiv oder -kriterium gewesen. Die Antragsgegnerin hat bei den Zuschlagskriterien auch an keiner Stelle Mindestforderungen erhoben, sondern den Bietern die Entscheidung offengelassen, in welchem Umfang sie Risiken und Gewinnausschüttungen zu übernehmen oder den Kommunen Einflussmöglichkeiten zu konzedieren bereit waren.

Gegen das von der Antragstellerin gesondert kritisierte Unterkriterium der Leistungserbringung vor Ort ist nichts einzuwenden. Wie aus den Erläuterungen in der Ausschreibungsunterlage hervorgeht, sollten damit nicht ortsansässige Bieter bevorzugt werden. Vielmehr sollte bewertet werden, inwieweit Bieter einen (oder mehrere) regionale Ansprechpartner bereitstellten. Dabei handelt es sich um ein vergaberechtlich zulässiges qualitatives Kriterium, welches auf die Angebotswertung im Übrigen keinen Einfluss gehabt hat, weil - wie die Antragsgegnerin unbestritten vorgetragen hat - alle Angebote insoweit mit Null Punkten bewertet worden sind, und die Antragstellerin nicht geltend macht, hier eine bessere Bewertung verdient zu haben, die sie auf die erste Rangstelle der Angebotswertung befördern könnte.

In der Gestaltung der Wertungskriterien unterscheidet sich der Streitfall von dem der Entscheidung des OLG Schleswig vom 22.11.2012 - 16 U 21/12 - zugrunde liegenden Sachverhalt. Das OLG Schleswig (UA 23 bis 30) hat im Fall einer „einheitlichen Auswahlentscheidung“ (Wegenutzung und Netzgesellschaft) die vorab getroffene politische Entscheidung zur Rekommunalisierung von Stromversorgungsnetzen beanstandet, weil mit ihr durch die Aufnahme einer privaten Beteiligung am Netzbetrieb - vergaberechtlich zu bemängeln - in erster Linie eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der beteiligten Kommunen verfolgt worden sei, netzbezogene Kriterien hingegen völlig im Hintergrund gestanden hätten. Von einer derartigen, vom OLG Schleswig als überzogen bewerteten Durchsetzung kommunalwirtschaftlicher Interessen kann aus den dargestellten Gründen im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Deswegen erfordert die Sache keine Vorlage an den Bundesgerichtshof (§ 124 Abs. 2 GWB), wozu die Verfahrensbeteiligten nach Schluss der mündlichen Verhandlung angehört worden sind.

(5.) Die Projektbeschreibung (unter B der Ausschreibungsunterlage) und die Vorgaben zur finalen Angebotsrunde (Ausschreibungsunterlage unter D), die zusammen die Leistungsbeschreibung darstellen, werden hinsichtlich ihrer Bestimmtheit zu Unrecht von der Antragstellerin bemängelt. Die Anforderungen der Leistungsbeschreibung sind im Wesentlichen funktionaler Natur (§ 7 Abs. 3 Nr. 2, 3 SektVO). Dies bringt mit sich, dass sie offen haben formuliert werden können und Bieter im Gegenzug eine größere Freiheit beim Leistungsangebot und der kaufmännischen Kalkulation haben. Die Antragsgegnerin hat den Bietern entgegen der Auffassung der Vergabekammer und der Antragstellerin keine Kalkulationsvorgaben hinsichtlich Wirtschaftlichkeit, Renditen, Risikoübernahmen oder Konzessionsabgaben an die Hand geben müssen. Kalkulationsvorgaben des öffentlichen Auftraggebers sind vergaberechtlich zwar zugelassen. Sie beschränken aber die Kalkulationsfreiheit der Bieter und schmälern in gewissem Umfang den Angebotswettbewerb; sie beruhen letztlich jedoch auf der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Regularien des Vergabeverfahrens (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.11.2012 - VII-Verg 42/12). Eine generelle Verpflichtung, Kalkulationsvorgaben vorzunehmen, besteht für den Auftraggeber nicht, es sei denn, es können - um die Chancengleichheit der Bieter zu sichern - nur mittels solcher Vorgaben die Bestimmtheit der Leistungsanforderungen und die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden. So verstanden sind Kalkulationsvorgaben nicht erforderlich gewesen. Die für die Vorbereitung der Angebote notwendigen Rahmenbedingungen finden sich in den vorgenannten Bestandteilen der Ausschreibungsunterlage beschrieben. Die Regelungen der KAV waren ohnehin zu beachten (siehe oben unter (4.)). Dabei hatten Bieter für die Angebotskalkulation zu unterstellen, dass die Antragsgegnerin die erforderlichen Netzkonzessionen erlangen werde. Aufgrund der den Bietern vorher mitgeteilten Wertungsfaktoren, von Unterkriterien, deren Gewichtung und der auf die einzelnen Faktoren jeweils entfallenden Wertungspunkte waren die Angebote miteinander vergleichbar. Welche für eine ordnungsgemäße Kalkulation, Angebotsabgabe und/oder

Vergleichbarkeit der Angebote ansonsten vorauszusetzenden Parameter in den Vergabeunterlagen fehlten, zeigt der Vortrag der Antragstellerin nicht auf.

Ungewöhnliche Wagnisse oder unzumutbare Regelungen enthalten die Vergabeunterlagen danach nicht. Ungeachtet dessen weist die SektVO insoweit keine dem § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A entsprechende Regelung auf (vgl. insoweit u.a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.11.2011 - VII-Verg 90/11). Darauf, ob - wie die Antragstellerin behauptet - das Angebot der Beigeladenen ungewöhnliche Wagnisse enthält, kommt es nicht an.

cc) Zur Angebotswertung

Die Antragstellerin greift ebenfalls ohne Erfolg die Angebotswertung der Antragsgegnerin an.

(1.) Der Vortrag, die Beigeladene habe bei ihrem Angebot preisrechtliche Bestimmungen der KAV missachtet sowie eine höhere als die für höchstzulässig zu erachtende Rendite (7 %) versprochen und dürfe deshalb von der Antragsgegnerin nicht bezuschlagt werden, ist rechtlich unerheblich und beruht darüber hinaus auf bloßen Vermutungen, nämlich auf ihrer eigenen Ertragskalkulation, die auf das Angebot der Beigeladenen nicht übertragen werden kann. Lediglich vermuteten Vergaberechtsverstößen ist im Nachprüfungsverfahren nicht nachzugehen (vgl. BGH, Beschl. v. 26.9.2006 - X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59, Rn. 39 m.w.N.).

Genauso wenig kann festgestellt werden, das Angebot der Beigeladenen sei ungewöhnlich niedrig (§ 27 SektVO), so dass eine ordnungsgemäße Vertragsausführung nicht gewährleistet sei. Der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin gründet sich gleichfalls ausschließlich auf Mutmaßungen.

(2.) Auch ist die Wertung des Angebots der Antragstellerin nicht zu beanstanden. Die Behauptung der Antragstellerin, ihr Angebot verdiene allein deswegen den Vorrang vor dem der Beigeladenen, weil sie, sie Antragstellerin, bislang alle Elektrizitätsversorgungsnetze sowie drei Gasnetze innehat, die Beigeladene hingegen lediglich fünf Gasnetze, ist un schlüssig. Die Antragstellerin hat dabei unberücksichtigt gelassen, dass das Zuschlagskriterium Sicherung der Netzübernahme nur zu einem geringeren Teil auf solche Gesichtspunkte abstellt (u.a. beim Kaufpreisisiko), andere Wertungsfaktoren jedoch überwiegen.

Ebenso liegt die Wertung der Antragsgegnerin beim Zuschlagskriterium Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen, und zwar beim Unterkriterium Möglichkeit der Einflussnahme auf Investitionsentscheidungen, innerhalb der hinzunehmenden Wertungsbandbreite. Die Antragstellerin hat nach eigenem Vortrag insoweit Einschränkungen an der Einflussmöglichkeit der Kommunen oder ihrer Netzgesellschaften angebracht, welche die Einschaltung eines konzerneigenen Unternehmens bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Investitionen betreffen. Mit Rücksicht auf die an ihr bestehende gemeindliche Mehrheitsbeteiligung hat die Antragsgegnerin dies im Verhältnis zum Angebot der Beigeladenen als eine Beschränkung des kommunalen Einflusses bewerten dürfen.

Unabhängig davon können die vorgenannten Beanstandungen die Antragstellerin ohnehin in keine bessere Angebotsposition versetzen. Der Bewertungsabstand zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin (ca. 91 zu ca. 57 von 100 erreichbaren Wertungspunkten) ist derart weit, dass die Antragstellerin diesen auch im Wege einer besseren Beurteilung ihres Angebots bei den vorgenannten Zuschlagskriterien keinesfalls aufholen kann.

Ob das Angebot der Antragstellerin - wie die Beigeladene geltend macht - wegen einer unlauteren Informationsbeschaffung vom Wettbewerb auszuschließen ist, kann nach alledem dahingestellt bleiben.

dd) Ergänzend ist zu einem von der Antragstellerin behaupteten und von der Vergabekammer angenommenen Verstoß der Antragsgegnerin gegen kartellrechtliche Normen, und zwar gegen das Missbrauchsverbot des § 19 GWB sowie gegen das Behinderungsverbot nach § 20 GWB, zu bemerken:

Die Antragsgegnerin (diese bei der Vergabe einer ÖPP) und die an ihr beteiligten Kommunen (jene bei der Ausschreibung von Wegenutzungsverträgen) betätigen sich auf verschiedenen Märkten. Während die Antragsgegnerin auf einem sachlich und geografisch eher weit abzugrenzenden Markt um Dienstleistungen beim Betrieb von Strom- und Gasnetzen nachsucht, auf dem sie nach den Umständen nicht marktbeherrschend oder marktstark zu sein scheint, kommt den Kommunen bei der Vergabe von Wegekonzessionen möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung zu - dies jedenfalls dann, wenn darauf die Rechtssätze der Schilderprägerentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.9.2002 - KZR 4/01, Kommunaler Schilderprägebetrieb - angewendet werden (so der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Rn. 26 und bislang mehrere Entscheidungen des Bundeskartellamts) - was freilich noch einer näheren rechtlichen und hier nicht anzustellenden Prüfung bedarf. Die Marktstellung der Kommunen bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten ist der Antragsgegnerin bei der Ausschreibung anders garteter und auf einem anderen sachlichen Markt erbrachter Dienstleistungen nicht zuzurechnen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 128 Abs. 3 und 4 GWB sowie aus §§ 78, 120 Abs. 2 GWB. Die Beigeladene hat sich in beiden Instanzen am Nachprüfungsverfahren schriftsätzlich beteiligt. Die Antragstellerin hat sich zu ihr in einen Interessengegensatz gestellt und einen Ausschluss ihres Angebots verfolgt. Eine Hinzuziehung anwaltlichen Beistands ist mit Rücksicht auf die Schwierigkeit und Komplexität der Rechtslage für die Antragsgegnerin und die Beigeladene erforderlich gewesen.

Der Beschwerdewert ist nach § 50 Abs. 2 GKG sowie unter entsprechender Berücksichtigung der Grundsätze des § 3 Abs. 4 VgV festgesetzt worden.

Dicks

Brackmann

Barbian