

## **Zum Rechtsrahmen für zweistufigen Ausschreibungsmodelle bei strategischer Partnerschaft und Neuvergabe der Wegenutzungsrechte**

- Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4.2.2013 - VII-Verg 31/12 -

rechtskräftig

### **Tenor:**

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 19. Juli 2012 (VK VOL 17/2012) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB werden der Antragstellerin auferlegt.

Streitwert für das Beschwerdeverfahren: 1.234.000,- €

### **Gründe:**

A.

Die Antragsgegnerin plant die Kommunalisierung von Versorgungsnetzen in ihrem Gemeindegebiet. Sie beabsichtigt die Gründung einer Gemeindewerke-Gesellschaft in privater Rechtsform, in die neben der Gemeindewerke W... AöR (Anstalt des öffentlichen Rechts) ein strategischer Partner mit einer Minderheitsbeteiligung (49 %) aufgenommen werden soll. Die Gesellschaft soll die derzeit durch die Gemeindewerke W... AöR wahrgenommene Aufgabe der Wasserversorgung mit Ausnahme des Ortsteils N..., für den die Energie- und Wasserversorgung B. GmbH (EnW) Konzessionsinhaberin ist, übernehmen sowie die Straßenbeleuchtung und den Stromvertrieb durchführen. Dem strategischen Partner sollen die hierzu erforderlichen Führungsaufgaben kaufmännischer und technischer Art übertragen werden. Mittelfristig ist eine Übertragung auch der Gasversorgung im Gemeindegebiet auf die Gemeindewerke-Gesellschaft sowie die Wasserversorgung in N... und weiterer noch unbenannter Aufgaben beabsichtigt. Der Wegenutzungsvertrag für Strom lief zum 31. Dezember 2013 aus. Bisheriger Konzessionsnehmer und Eigentümer des Stromnetzes ist die RWE Deutschland AG. An der demnächst stattfindenden (getrennten) Konzessionsausschreibung nach § 46 EnWG soll sich die zu gründende Gemeindewerke-Gesellschaft beteiligen.

Im Juli 2011 machte die Antragsgegnerin ihr Vorhaben als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnehmerwettbewerb nach der SektVO EU-weit bekannt. Sie beabsichtigte zunächst, über die Auswahl des strategischen Partners und die Vergabe der Konzession für den Betrieb des Stromnetzes einheitlich zu entscheiden, entschloss sich aber Anfang November 2011, die Vergabe der Konzession für den Betrieb des Stromnetzes abzutrennen und diese nach Abschluss des Verhandlungsverfahrens über die Auswahl des strategischen Partners in einem gesonderten Verfahren durchzuführen. Hierüber unterrichtete sie die Bieter im November 2011 und übersandte ihnen überarbeitete Vergabeunterlagen.

In der Bekanntmachung gab die Antragsgegnerin als Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot an. In den Vergabeunterlagen konkretisierte sie dies anhand folgender Kriterien:

- im Vergleich zur Ausgangssituation möglichst hohe Vorteile für den allgemeinen Haushalt der Gemeinde W... (Barwertberechnung), gewichtet mit 50 %,
- möglichst hohe Sicherheit bzw. Reduzierung von Risiken im Hinblick auf eine wirtschaftliche, qualitativ hochwertige Aufgabenwahrnehmung und ggf. Aufgabenerweiterung sowie einen nachhaltig effizienten Betrieb der Gemeindewerke-Gesellschaft, gewichtet mit 20 %,
- Sicherung eines möglichst hohen Einflusses der Gemeinde auf die Aufgabenwahrnehmung durch die Gemeindewerke-Gesellschaft, insbesondere im Bereich der Wasserversorgung, gewichtet mit 10%,
- möglichst hohe Wertschöpfung vor Ort durch Zuordnung von betrieblichen Prozessen zur Gemeindewerke-Gesellschaft, gewichtet mit 10%,
- möglichst hoher Stellenwert ökologischer Aspekte (z.B. durch Engagement der Gemeindewerke-Gesellschaft in der Erzeugung erneuerbarer Energien, ökologische Vorteile), gewichtet mit 10 %.

Des Weiteren ließ die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung Varianten zu und führte in den Vergabeunterlagen aus, dass Nebenangebote als Mindestanforderungen die Anforderungen erfüllen müssten, die auch an Hauptangebote gestellt würden und es sich bei Nebenangeboten deshalb im Ergebnis um weitere Hauptangebote handele. Eine Losaufteilung war nicht vorgesehen. Die Vergabeunterlagen enthielten zudem eine Auflistung von Mindestanforderungen an die einzureichenden Angebote, die durch konkrete und nach rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten unterteilte inhaltliche Vorgaben ergänzt wurden. Zu den Mindestanforderungen gehörte u.a. ein zu erstellender Business-Plan, in dem über einen Zeitraum von 20 Jahren aufgezeigt werden sollte, dass die Ergebnisse der Gemeindewerke-Gesellschaft bei Einhaltung der gemachten Vorgaben ausreichen, negative Auswirkungen auf den Gemeindehaushalt auszuschließen.

An den mehrstufigen Verhandlungen beteiligten sich neben der Antragstellerin die Stadtwerke A... (...) sowie weitere Bieter. Ebenso wie die Antragstellerin reichte auch die Z... mbH nach erfolgreicher Wettbewerbsteilnahme auf die Aufforderung der Antragsgegnerin am 14. Dezember 2011 ein erstes indikatives Angebot ein. Die Z... ist an der Antragstellerin mit 41,53 % beteiligt und ebenso wie diese mit der Stadtwerke B... verbunden, die an beiden Gesellschaften Geschäftsanteile hält. Mit Schreiben vom 21. November 2011 wies die Antragsgegnerin sowohl die Z... als auch die Antragstellerin auf einzuhaltende Regeln zur Wahrung des Geheimwettbewerbs hin. Die Angebote der Antragstellerin und der Z... enthielten an vielen Stellen textliche Übereinstimmungen, denen Business-Pläne beigefügt waren, die nahezu identisch waren und in wesentlichen Passagen wortgleiche Formulierungen enthielten. Sie unterschieden sich im Wesentlichen darin, dass die Z... der Antragsgegnerin im Gegensatz zur Antragstellerin eine „Überkreuzbeteiligung“, d.h. eine wechselseitige Beteiligung zwischen der Z... und der Gemeindewerke-Gesellschaft, anbot. Mit Schreiben vom 6. Januar 2012 nahm die Z... nach Einholen von Rechtsrat ihr Angebot zurück und verzichtete auf eine weitere Teilnahme am Vergabeverfahren.

Nach der ersten Verhandlungsrunde übersandte die Antragsgegnerin den Bietern mit Schreiben vom 30. Januar 2012 den Entwurf eines Garantie- und Konsortialvertrags zwischen den Beteiligten und der Gemeindewerke-Gesellschaft und mit Schreiben vom 20. März 2012 die im Garantie- und Konsortialvertrag in Bezug genommenen 14 weiteren, die zukünftigen Rechtsverhältnisse

gestaltenden Verträge im Entwurf, in denen neben den mit der Gesellschaftsgründung einhergehenden Fragen vor allem Wegenutzungsrechte im Bereich Wasser, gegenseitige Leistungspflichten und Betriebsführungsaufgaben geregelt werden.

Das finale Angebot der Stadtwerke A... wurde 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 hat im Wesentlichen geltend gemacht, eine Vergabe im Verhandlungsverfahren nach der SektVO sei unzulässig, weil das Beschaffungsvorhaben keine Sektorentätigkeit betreffe. Die Antragsgegnerin habe zudem vergaberechtswidrig von einer Losbildung abgesehen und unter Verstoß gegen das Transparenz- und Diskriminierungsverbot Zuschlagskriterien aufgestellt, die unpräzise formuliert seien und zumindest die Bildung von im Einzelnen gewichteten Unterkriterien erfordert hätten, die – sofern vorhanden – den Bietern jedenfalls nicht bekannt gemacht worden seien. Soweit insbesondere im Bereich der Wasserversorgung Renditevorteile angestrebt würden, verstießen diese gegen das Preismissbrauchsverbot in der Wasserwirtschaft und stellten eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen Preiskontrolle dar. Das Zuschlagskriterium eines möglichst hohen Stellenwerts ökologischer Aspekte sei unzulässig, weil es in keinem sachlichen Zusammenhang zum Stromvertrieb stehe. Eine Rücknahme der Zulassung von Nebenangeboten in den Vergabeunterlagen sei rechtswidrig. Die Ausschreibung betreffe darüber hinaus ungewisse zukünftige Tätigkeitsfelder der noch zu gründenden Gemeindewerke-Gesellschaft, wodurch der bisher geplante Gesellschaftszweck in unzulässiger Weise späterer Abänderung unterliege. Die beabsichtigte zeitlich unbeschränkte Auftragsvergabe stehe schließlich dem Wettbewerbsprinzip entgegen.

Die Antragsgegnerin wandte sich gegen das Nachprüfungsbegehren und hat es bereits für unzulässig gehalten. Die Antragstellerin habe gegen die Rügeobliegenheiten nach § 107 Abs. 3 GWB verstoßen, weil sich die Verfahrensgestaltung und die zugrunde gelegten Ausschreibungsbedingungen bereits aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergeben hätten. Die Antragstellerin sei außerdem nicht antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, weil sie wegen wettbewerbswidriger Absprachen vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen sei.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln hat den Nachprüfungsantrag wegen Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB zurückgewiesen. Dagegen beschwert sich die Antragstellerin.

Sie hält den Nachprüfungsantrag für zulässig, weil sie die gerügten Vergabeverstöße weder erkannt habe (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB) noch habe erkennen müssen (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB). Nach Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe nach Erhalt der Bieterinformation (§ 101 a GWB) habe sie umgehend gerügt, soweit Beanstandungen sich nicht erst aus der ihr gewährten Akteneinsicht durch den Senat ergeben hätten.

Die Abgabe im Kern gleichlautender, sich im Wesentlichen durch eine vorgeschlagene Überkreuzbeteiligung der beteiligten Gesellschaften unterscheidenden Angebote der Antragstellerin und der Z... führe nicht zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vom Vergabeverfahren, weil hierin keine schwere Verfehlung im Sinne der Art. 54 Abs. 4 RL 2004/17/EG, 45 Abs. 2 d) RL 2004/18/EG liege. Die bloße gegenseitige Kenntnis zweier Bewerber über den Inhalt des Angebots des anderen stelle schon deshalb keine Beeinflussung des Wettbewerbs dar, weil beide Angebote als

zwei Hauptangebote nur eines Bieters zulässig und zu berücksichtigen gewesen wären. Dies gelte erst Recht in einem Verhandlungsverfahren, in dem der Grundsatz des Geheimwettbewerbs im Rahmen der zu führenden Verhandlungsgespräche durch Offenlegung von Informationen über Angebote der Mitbewerber ohnehin Durchbrechungen erfahre. Zudem habe infolge der Angebotsrücknahme der Z... zu keinem Zeitpunkt die konkrete Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung bestanden. Hierdurch sei ein etwaiger Wettbewerbsverstoß geheilt worden. Die Antragstellerin regt an, die Frage, ob die Einreichung paralleler Angebote wie im Streitfall eine schwere Verfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 d) RL 2004/18/EG i.V.m. Art. 54 Abs. 4 RL 2004/17/EG darstellt, dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens zur Beantwortung vorzulegen.

In Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens und nach gewährter Akteneinsicht macht die Antragstellerin des Weiteren geltend:

Die Zuschlagskriterien, vor allem soweit sie die Renditen im Bereich der Wasserversorgung und Energieversorgung betreffen, 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. Die Antragsgegnerin lasse sich durch die geforderten Renditezusagen Vorteile versprechen, die sie sich weder im späteren Verfahren der Vergabe der Stromkonzession noch bei getrennter Vergabe der der Gemeindewerke-Gesellschaft übertragenen Aufgaben einräumen lassen dürfe.

Dies laufe darüber hinaus auf eine Vorfestlegung des Konzessionsnehmers bei den späteren Konzessionsvergaben hinaus. Es sei jetzt schon abzusehen, dass die Antragsgegnerin bei den Konzessionen vorgezogen werde.

Die Mindestanforderungen an Nebenangebote seien in unzulässiger Weise in den Vergabeunterlagen abgeändert und mit den Anforderungen an Hauptangebote gleichgesetzt worden. Soweit ihr, der Antragstellerin, Nebenangebot eins, mit dem sie die Einbringung der Wasserversorgung im Ortsteil N... in das Konzept der Wasserversorgung im Gemeindegebiet und die Gemeindewerke-Gesellschaft vorgeschlagen habe, in Ermangelung einer Verpflichtungserklärung der EnW ausgeschlossen worden sei, verfolge die Antragsgegnerin eine Ausschreibungsbedingung, die sie zuvor nicht gefordert und bekannt gemacht habe. Zudem sei eine Verpflichtungserklärung entbehrlich, weil die Antragstellerin gegenüber der EnW, an der sie einen Gesellschaftsanteil von knapp 88 % halte, weisungsberechtigt sei. Auch habe es der Vorlage von Zustimmungserklärungen der im Nebenangebot zwei eingebrachten Stromkunden sowie der R... AG nicht bedurft, weil rechtliche Gründe der mit dem Nebenangebot zwei unterbreiteten Einbringung von Stromkunden nicht entgegen stünden.

Schließlich sei ihr, der Antragstellerin, finales Angebot fehlerhaft zu schlecht bewertet worden. Die Bewertung sei zudem in unzulässiger Weise unter Mitwirkung ihres, der Antragstellerin, früheren Geschäftsführers, Prof. Z., getroffen worden, der mit der in die Kalkulation der Antragstellerin eingestellten Betriebsführung der Wasserversorgung der Antragsgegnerin befasst gewesen sei und über wirtschaftliche Ergebnisse der Antragstellerin unterrichtet gewesen sei. Dies verstoße gegen § 16 Abs. 1 Nr. 3 a) VgV. Prof. Z. sei nach wie Geschäftsführer einer mittelbaren Tochtergesellschaft und zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln vom 19. Juli 2012 (VK VOL 17/2012) aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Angebotsunterlagen zurückzusetzen,

hilfsweise, das Verfahren aufzuheben,

hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde 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.

B.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg, weil der Nachprüfungsantrag unbegründet ist.

I. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings zulässig.

1. Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeber im Sinn des § 98 Nr. 4 GWB, und zwar auf dem Gebiet der Wasser- und 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 zu gründende Gemeindewerke-Gesellschaft soll die entsprechenden Versorgungsnetze betreiben.

2. 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 nach der Ausschreibung Betriebsführungsaufgaben erfüllen. 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. 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, Beschl. v. 01.02.2005 – X ZB 27/04 – juris Tz. 28; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 9). Das ist hier zu verneinen.

3. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Sie hat sich mit Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt und dadurch ihr Interesse am Auftrag dokumentiert. Außerdem macht sie Vergaberechtsverstöße geltend, die - sofern sie gegeben sind - ihre Zuschlagschancen mindern und sie dadurch 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. 01.10.2012 – VII-Verg 34/12 – juris Tz. 4; Beschl. v. 29.2.2012 - VII-Verg 75/11 m.w.N.). Von einem solchen Fall kann hier nicht die Rede sein. Folgerichtig ist die Frage, ob die Antragstellerin wegen eines Wettbewerbsverstößes vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu prüfen. Die Antragsbefugnis beeinträchtigt dies nicht.

4. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer ist auch die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB von der Antragstellerin durch Rügen vom 6., 8. und 15. Juni 2012 auf die Bieterinformation vom 1. Juni 2012 gewahrt worden.

Soweit die Antragsgegnerin die Rügefrist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB in Ziffer VI. 4.2) der EU-Bekanntmachung auf drei Tage, nachdem der Bieter den Vergabeverstoß erkannt hat, verkürzt hat, ist dies unzulässig (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.2010 - VII-Verg 32/07 - juris Tz. 45). Die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 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 als der 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 wie 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.) - 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. 09.01.2013 - VII-Verg 26/12, BA 10 f.; 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. In seinem Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 26/12, dem ein insoweit vergleichbar gelagerter Fall zugrunde lag, hat der Senat ausgeführt (dort Seite 11 f.):

„Die Ausschreibung sog. strategischer Partnerschaften bei kommunalen Netzgesellschaften und das Verhältnis zu Konzessionsvergaben insbesondere nach § 46 EnWG (vor allem 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 Gemeindewerke-Gesellschaft) 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 anzustrengenden Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO von einer Nachprüfung jedenfalls materiell-rechtlich ausgeschlossen sind (so auch LG Köln a.a.O.).“

Nichts anderes gilt hier.

II. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

1. Die Antragstellerin ist mit ihren Angeboten wegen Verstoßes gegen den das Vergaberecht beherrschenden Grundsatz der Vertraulichkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen.

a) §§ 97 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A bestimmen, dass der öffentliche Auftraggeber seine Leistungen im Wettbewerb zu beschaffen hat. Die Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen und Bauleistungen ordnen ergänzend an, dass die Angebote derjenigen Bieter, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, ausgeschlossen werden (§§ 19 Abs. 3 lit. f EG VOL/A, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d VOB/A). Den genannten Normen ist, als dem Wettbewerbsprinzip immanent, das vergaberechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs zu entnehmen, dessen Kehrseite die nur von der Bieteröffentlichkeit der Submission (§ 14 Abs. 1 Satz 1 VOB/A) durchbrochene und noch nach Beendigung des Vergabeverfahrens zu wahrende Vertraulichkeit der Angebote ist (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 8 VOB/A, § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 EG VOL/A). Wesentliches und unverzichtbares Kennzeichen einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Nur dann, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote, Angebotsgrundlagen und Angebotskalkulation seiner Mitbewerber um den Zuschlag anbietet, ist ein echter Bieterwettbewerb möglich (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 – VII-Verg 52/03 – juris Tz. 9). Dies gilt für alle Vergabeverfahren, auch für Verhandlungsverfahren nach der SektVO.

Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweise eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11 – juris Tz. 26; Beschl. v. 16.9.2003 - VII-Verg 52/03 – juris Tz. 7; Beschl. v. 27.Juli 2006 - VII-Verg 23/06 – juris Tz. 41, 42; OLG München, Beschl. v. 11.8.2008 - Verg 16/08). Das Zustandekommen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache erfordert keine ausdrückliche Verständigung zwischen zwei Unternehmen darüber, wer welche Leistung zu welchem Preis anbietet. Sie ist vielmehr in aller Regel schon dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots zumindest aber wesentlicher Angebotsgrundlagen, erstellt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juli 2006 - VII-Verg 23/06 – juris Tz. 42; Thüringer OLG, Beschl. v. 19.04.2004 - 6 Verg 3/04).

Die strenge Ausprägung, die der Vertraulichkeitsgrundsatz in den geltenden Vergaberechtsbestimmungen erfahren hat, gewährleistet zum einen, dass der öffentliche Auftraggeber seiner gesetzlichen Pflicht zur wirtschaftlichen Beschaffung nachkommen und die Ausschreibung ihrer Funktion als Auswahlverfahren zur Ermittlung des annehmbarsten Angebots gerecht werden kann (so auch Glahs in Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 3. Aufl., § 2 Rn. 46). Gerade weil der einzelne Bieter nicht weiß, welche Konditionen der Konkurrent seiner Offerte zu Grunde legt, wird er, um seine Aussicht auf den Erhalt des Zuschlags zu steigern, bis an die Rentabilitätsgrenze seiner individuell berechneten Gewinnzone kalkulieren. Kennt ein Bieter Leistungsumfang und Preise seines Konkurrenten, muss er nicht mehr potentiell preisgünstigere Angebote unterbieten, sondern braucht sein Angebot nur noch an den ihm bekannten Bedingungen auszurichten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11 – juris Tz. 29; Beschl. v. 27. Juli 2006 - VII-Verg 23/06 – a.a.O.).

Wegen seiner Wettbewerbsbezogenheit kommt dem Vertraulichkeitsgrundsatz darüber hinaus bieterschützende Funktion zu, wobei das Recht der Bieter, in einem fairen und uneingeschränkten Leistungswettbewerb um die Zuschlagschance zu konkurrieren, nicht nur dann beeinträchtigt wird, wenn ein in Kenntnis der Inhalte anderer Angebote kalkuliertes Angebot in Verdrängungsabsicht eingereicht wird, sondern unabhängig davon bereits durch den einen echten Leistungswettbewerb

ausschließenden Verstoß gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011 – VII-Verg 4/11 – juris Tz. 30; Beschl. v. 11.05.2011 – VII-Verg 8/11 – juris Tz. 42 ff.; Beschl. v. 11.05.2011 – VII-Verg 1/11 – juris Tz. 36; Beschl. v. 27. Juli 2006 - VII-Verg 23/06 – a.a.O.).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen, hat die Antragstellerin den Vertraulichkeitsgrundsatz bereits nach dem unstreitigen Sachverhalt verletzt, was zwingend ihren Ausschluss von der Vergabe zur Folge hat. Denn sie hat ein Angebot eingereicht, das nach wechselseitiger Kenntnislage in wesentlichen Teilen mit dem gleichzeitig eingereichten Angebot der Mitbewerberin Z... nahezu identisch war. Im Senatstermin hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hierzu ausgeführt, beide Angebote hätten sich im Wesentlichen nur durch eine von der Z... im Gegensatz zur Antragstellerin angebotenen Überkreuzbeteiligung, d.h. wechselseitige Gesellschaftsbeteiligungen zwischen Z... und der Gemeindewerke-Gesellschaft, unterschieden, wodurch man vor dem Hintergrund einer gemeinsamen Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe die Angebotsbreite habe erweitern wollen. Hiervon habe man nach erfolgter rechtlicher Beratung allerdings Abstand genommen; die Z... habe ihr Angebot wenige Wochen später zurückgezogen. Die Angebote der Antragstellerin und der Z... enthielten aber praktisch dieselben Business-Pläne und auch sonst zahlreiche textliche und inhaltliche Übereinstimmungen, was ausreicht, festzustellen, dass sie abgesprochen waren. Dies stellt einen Verstoß gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs dar. Von der Wertung sind infolgedessen alle betroffenen Angebote auszuschließen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 – Verg 52/03 – juris Tz. 10; Beschl. v. 27.07.2006 – VII-Verg 23/06 – juris Tz. 48), auch das der Antragstellerin.

Eine Milderung der Rechtsfolge scheidet auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots aus. Der Verstoß gegen den Geheimwettbewerb steht zweifelsfrei fest und ist nicht lediglich zu vermuten. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich lediglich gegen eine automatisch eintretende Ausschlussfolge ausgesprochen, bei der die näheren Tatumstände ungeprüft bleiben (vgl. EuGH, Urt. v. 19.05.2009 – C-538/07 „Assitur“ – juris Rn 24 ff.; Urt. v. 23.12.2009 – C-376/08 „Serrantoni“ – juris Rn. 38 ff.). Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Die Antragstellerin hat den Verstoß gegen den Geheimwettbewerb eingeräumt. Was danach geschehen ist, ist unumkehrbar und unwiderlegbar. Eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH nach Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV bedarf es deshalb nicht.

Der Wettbewerbsverstoß ist durch Angebotsrücknahme der Z... nicht geheilt worden. Bereits wegen seiner bieterschützenden Funktion ist der Grundsatz des Geheimwettbewerbs der Disposition des öffentlichen Auftraggebers entzogen. Nach § 97 Abs. 7 GWB haben konkurrierende Bieter Anspruch auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren, das nach § 19 Abs. 3 lit. f EG VOL/A einen Ausschluss im Fall wettbewerbswidriger Absprachen oder eines Verstoßes gegen den Geheimwettbewerb zwingend vorschreibt. Die Antragstellerin kann sich für ihren gegenteiligen Standpunkt nicht mit Erfolg auf den Senatsbeschluss vom 09.04.2008 (VII-Verg 2/08) berufen. Im damals entschiedenen Fall war ein Verstoß gegen Grundsätze des Geheimwettbewerbs nicht festgestellt worden. Nur das eröffnete dem Antragsteller einen Verbleib im Vergabeverfahren.

Das Argument der Antragstellerin, ein Wettbewerbsverstoß liege nicht vor, weil sie – die Antragstellerin – das Angebot der Z... als zweites Hauptangebot zulässiger Weise hätte einreichen können, trifft im Übrigen nicht den Kern. Richtig ist zwar, dass grundsätzlich mehrere Hauptangebote von einem Bieter eingereicht werden können (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.2012 – VII-Verg 34/12 – juris Tz. 6; Beschl. v. 09.03.2011 – VII-Verg 52/10 – juris Tz. 44 ff.; Beschl. v. 23.03.2010 – VII-Verg

61/09 – juris Tz. 15 ff.). Der Unterschied zum Streitfall liegt jedoch darin, dass sich bei Abgabe mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter wahrheitsgemäß lediglich ein Unternehmen in eine Konkurrenz zu Wettbewerbern begibt. Eine wettbewerbsverfälschende Wirkung ist davon nicht zu erwarten. Bei Parallelangeboten verbundener Unternehmen oder Absprachen geben die Bieter unabhängige Angebote jedoch nur vor. Tatsächlich sind sie es nicht. Im darin zu sehenden Scheinwettbewerb liegt die zu beanstandende Wettbewerbsverfälschung.

2. Da die Antragstellerin von der Vergabe bereits wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs auszuschließen ist, kommt es auf das Vorliegen von Vergaberechtsverstößen der Antragsgegnerin nicht (mehr) an. Dies betrifft auch eine Beteiligung des früheren Geschäftsführers der Antragstellerin, Prof. Z., am Vergabeverfahren.

Auf die erhobenen Rügen, die der Senat ausnahmslos für unbegründet hält, soll gleichwohl wegen der Bedeutung des hier anlässlich des Auslaufens der Konzessionsverträge bei Strom- und Gasnetzen zugrunde liegenden zweistufigen Ausschreibungsmodells – Gründung einer institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP) einerseits und Neuvergabe der Wegenutzungsrechte andererseits – für kommunale Auftraggeber, die Versorgungsnetze (re-) kommunalisieren wollen, in der gebotenen Kürze eingegangen werden, soweit sie für das weitere Verfahren sowie Vergaben vergleichbarer Art von Bedeutung sind:

a) Gegen das Konzept einer getrennten Ausschreibung von Dienstleistungen und strategischer Partnerschaft einerseits sowie andererseits Wegekonzessionen ist rechtlich genauso wenig etwas einzuwenden, wie gegen eine Zusammenvergabe (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 13 ff.).

Eine Konzessionsvergabe in der Form eines sogenannten In-house-Geschäfts ist jedoch sowohl an eine gemischtwirtschaftliche als auch an eine rein kommunale Netzgesellschaft ausgeschlossen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 16 ff.).

b) Der Bildung von Fachlosen bedurfte es nicht. Das Gebot der Losvergabe nach § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB ist nicht zwingend. Dem Auftraggeber ist vielmehr eine - gerichtlich nur beschränkt kontrollierbare - Einschätzungsprorogative zuzubilligen, ob und welche Teil- oder Fachlose er bildet. Von dem im § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB enthaltenen Gebot der Fachlosvergabe kann abgesehen werden, wenn die Art, insbesondere die Komplexität, des Beschaffungsvorhabens dies rechtfertigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 – VII-Verg 27/09, Lärmschutzwandarbeiten). So liegt der Fall hier. Ausschreibungsgegenstand ist die Aufnahme eines strategischen Partners in die Gemeindewerke-Gesellschaft, dem vielfältige Aufgaben kaufmännischer oder technischer Art übertragen werden sollen. Ausgehend von den verschiedenen Tätigkeitsfeldern der zu gründenden Gemeindewerke-Gesellschaft kommt zwar grundsätzlich auch eine in Lose aufgeteilte Vergabe an verschiedene Auftragsnehmer in Betracht, sei es getrennt nach Straßenbeleuchtung, Wasserversorgung, Stromvertrieb oder kaufmännischer und operativer Dienstleistungen. Dem Konzept des Beschaffungsvorhabens, nämlich der Aufnahme eines strategischen Partners in eine kommunale Gesellschaft des Privatrechts läuft eine solche Aufspaltung jedoch zuwider. Dadurch gingen nahezu alle mit der Gesamtvergabe angestrebten und tatsächlich auch erreichbaren Synergieeffekte verloren. Das Projekt droht dadurch unwirtschaftlich zu werden, dies zudem mit der Folge, dass der Kreis der am Auftrag interessierten Bieter stark eingeschränkt worden wäre. Wenn die Antragsgegnerin bei einem derartigen Befund von einer Losbildung abgesehen hat, ist dies vertretbar und hinzunehmen.

c) Die Zuschlagskriterien „im Vergleich zur Ausgangssituation möglichst hohe Vorteile für den allgemeinen Haushalt der Gemeinde...“, „möglichst hoher Stellenwert ökologischer Aspekte ...“ oder „möglichst hohe Wertschöpfung vor Ort durch Zuordnung von betrieblichen Prozessen zur Gemeindewerke-Gesellschaft ...“ sind vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

(1) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die Zuschlagskriterien hinreichend bestimmt; auch mussten Unterkriterien nicht festgelegt werden.

Weist ein Beschaffungsvorhaben – wie hier – auch funktionale Elemente in der Leistungsbeschreibung auf, sind an die Bestimmtheit der Zuschlagskriterien geringere Anforderungen zu stellen, als bei Beschaffungsvorhaben mit einem konkret umrissenen Leistungsprofil, bei dem die zu erbringende Leistung in jeder Hinsicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Die vorliegende Ausschreibung ist in Bezug auf die genannten Zuschlagskriterien im Wesentlichen funktionaler Natur (§ 7 Abs. 3 Nr. 2, 3 SektVO). Dies bringt mit sich, dass die Zuschlagskriterien offen formuliert werden konnten und Bieter im Gegenzug eine größere Freiheit beim Leistungsangebot und der kaufmännischen Kalkulation haben (vgl. Senat, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12).

Soweit der in die Gemeindewerke-Gesellschaft aufzunehmende strategische Partner Dienstleistungen wie kaufmännische, operative oder technische Betriebsführungsaufgaben ausführen soll, handelt es sich um weitgehend beschreibbare Leistungen, die in konkret ausformulierten Kriterien ihren Niederschlag finden können und müssen. Dies ist im Streitfall geschehen. Durch das mit einem Anteil von 20 % gewichtete Zuschlagskriterium „möglichst hohe Sicherheit bzw. Reduzierung von Risiken im Hinblick auf eine wirtschaftliche, qualitativ hochwertige Aufgabenwahrnehmung ...“, das durch die in den Vergabeunterlagen konkret ausformulierten Anforderungen an die Angebote und die den Bietern im Januar und März 2012 übersandten Vertragsentwürfe Konkretisierungen erfahren haben, hat die Antragsgegnerin die Bieter in transparenter und diskriminierungsfreier Weise über das von ihr gewünschte Anforderungsprofil rechtzeitig unterrichtet und zu erkennen gegeben, welches Gewicht sie ihnen im Rahmen ihrer Wertung beimessen wollte.

Soweit die Antragsgegnerin über kaufmännische und technische Dienstleistungen hinaus aber unternehmerischen Erfolg für die Gemeindewerke-Gesellschaft nachgesucht hat und hierfür im Rahmen des Verhandlungsverfahrens von den Bietern nicht nur Renditezusagen, sondern auch Strategie- und Entwicklungsvorschläge abgefragt hat, bedurfte es kreativer und innovativer Anregungen seitens der Bieter, die im Vorhinein nicht erschöpfend beschreibbar und durch eine Festlegung detaillierter Zuschlagskriterien erfasst werden konnten, weil sie funktionale Leistungselemente enthalten. Dieser Aufgabenstellung wurden die Zuschlagskriterien „im Vergleich zur Ausgangssituation möglichst hohe Vorteile für den allgemeinen Haushalt der Gemeinde ...“, „möglichst hohe Wertschöpfung vor Ort durch Zuordnung von betrieblichen Prozessen zur Gemeindewerke-Gesellschaft ...“ in ausreichendem Maß gerecht; die Antragsgegnerin hätte anderenfalls den Spielraum in der Angebotsgestaltung der Bieter ohne Not eingeschränkt. Wollte sie im Sinne einer Haushaltsbelebung den Ideenreichtum der Bieter abschöpfen - was der Sinn einer Vergabe im Verhandlungsverfahren ist - war sie berechtigt, die Zuschlagskriterien offen zu formulieren. Auch der von der Antragstellerin kritisierte Zuschlagsfaktor „möglichst hoher Stellenwert ökologischer Aspekte“ ist vergaberechtlich unbedenklich. Abgesehen davon, dass dieses Kriterium durch den Zusatz „z.B. durch Engagement der Gemeindewerke-Gesellschaft in der Erzeugung erneuerbarer Energien, ökologische Vorteile ...“, konkretisiert wird, war die

Antragsgegnerin auch hier wegen des funktionalen Charakters des Leistungsmerkmals nicht veranlasst, die Vielfalt möglicher Konzepte für eine Beteiligung der Gemeindewerke-Gesellschaft an der Erzeugung regenerativer Energien von vornherein durch bestimmte Vorgaben einzuengen und möglicherweise andere attraktive und innovative Ideen der Bieter zu verhindern.

(2) Die Zuschlagskriterien der Dienstleistungsvergabe sind vergaberechtlich ebenso wenig zu beanstanden, soweit sie auf die Erzielung einer möglichst hohen Rendite und die Gewinnung eines möglichst hohen Einflusses der Antragsgegnerin auf die Aufgabenwahrnehmung der Gemeindewerke-Gesellschaft abzielen. Wie der Senat in seinem Beschluss vom 9. Januar 2013 (VII-Verg 26/12, BA 25 f.) ausgeführt hat, ist bei der Ausschreibung einer strategischen Partnerschaft - wie hier - 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. Es ist auch nicht zu beanstanden, 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.

Zugesagte Renditen sind als nach § 3 Abs. 2 KAV unzulässige Finanzleistungen (Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot) nur zu bewerten, wenn sie als eine spezifische Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten vereinbart oder gewährt werden (BGH, Urt. v. 29.09.2009 – EnZR 15/08 – juris Tz. 30; Senat, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 23). Eine derartige Verknüpfung liegt hier nicht vor. Die Antragsgegnerin hat sich für eine getrennte Vergabe der Wegenutzungsrechte für Strom entschieden; vertragliche Verknüpfungen zwischen den im jetzigen Vergabeverfahren gemachten Renditezusagen und dem noch ausstehenden Verfahren zur Vergabe der Stromkonzession sieht der ausgeschriebene Garantie- und Konsortialvertrag zwischen der Antragsgegnerin, der zu gründenden Gemeindewerke-Gesellschaft und der Antragstellerin nicht vor.

Das Zuschlagskriterium „möglichst hohe Vorteile für den gemeindlichen Haushalt ...“ ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das Preismissbrauchsverbot oder wegen einer unzulässigen Umgehung der gesetzlichen Preiskontrolle bei Wasserpreisen zu beanstanden. In § 2 Nr. 3 des Garantie- und Konsortialvertrages stellen die Vertragsbeteiligten zum einen ihr Einverständnis darüber fest, dass die Wasserpreise nicht neuordnungsbedingt, insbesondere nicht durch die Gründung der Gemeindewerke-Gesellschaft steigen werden. Zum anderen ergibt sich weder aus den Vergabeunterlagen noch aus den Vertragsentwürfen, dass eine Renditesteigerung aus dem Tätigkeitsfeld der Wasserversorgung generiert werden soll und damit voraussichtlich mit einer Anhebung der Wasserpreise einhergeht. Eine solche Verengung ist schon aus betriebswirtschaftlicher Sicht lebensfremd und unberechtigt. Neben der Wasserversorgung soll der strategische Partner im Streitfall zudem eine Vielzahl weiterer Aufgaben aus anderen Tätigkeitsfeldern erfüllen, die unabhängig von der Wasserversorgung renditeorientiert ausgeführt werden können, wie z.B. Personalkostenkalkulationen oder die Organisation von Betriebsabläufen. Eine Koppelung an die kommunalen Wasserpreise ist keineswegs zwingend. Die Kritik der Antragstellerin zielt deshalb auch mehr auf einen bereits jetzt befürchteten zukünftigen Kartellrechtsverstoß der Antragsgegnerin (§§ 19, 20 GWB) und damit auf einen vorbeugenden Rechtsschutz ab, der in Vergabenaachprüfungsverfahren nicht zu erlangen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 22).

(3) Auch rechtfertigt die von der Antragstellerin befürchtete oder vermutete Voreingenommenheit der Kommune bei der späteren Vergabe der Stromkonzession keinen Eingriff in die Ausschreibung der strategischen Partnerschaft. Abgesehen davon, dass dieses Bedenken schon deshalb nicht durchgreift, weil es auf einen unzulässigen vorbeugenden Rechtsschutz abzielt (siehe oben), sind unvoreingenommene und diskriminierungsfreie Konzessionsvergaben auch bei vorangehender Ausschreibung einer ÖPP nicht von vorneherein auszuschließen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, BA 20 f.). Die Kritik der Antragstellerin beruht auf bloßen Vermutungen, welche die erforderliche Tatsachenentscheidung nicht tragen können.

d) Dass die Antragsgegnerin in der EU-Bekanntmachung Varianten, d.h. Nebenangebote zugelassen hat, an diese in ihren Vergabeunterlagen aber dieselben Anforderungen gestellt hat, die sie für Hauptangebote fordert, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Ausschreibungsbedingungen können vom Auftraggeber in jedem Stadium des Vergabeverfahrens geändert werden. Eine solche Änderung muss lediglich transparent und diskriminierungsfrei sein (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06 – juris Tz. 52 u. 55; Urt. v. 01.08.2006 – X ZR 115/04 – juris Tz. 14; OLG Düsseldorf, zuletzt Beschl. v. 17.01.2013 – VII-Verg 35/12, BA 7). Das ist hier der Fall, da die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass es sich bei den von ihr zugelassenen Nebenangeboten im Ergebnis um mehrere Hauptangebote handelt (Ziffer 2.7 der Vergabeunterlagen). Die Einreichung mehrerer Hauptangebote ist zugelassen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.2012 – VII-Verg 34/12 – juris Tz. 6; Beschl. v. 09.03.2011 – VII-Verg 52/10 – juris Tz. 44 ff.; Beschl. v. 23.03.2010 – VII-Verg 61/09 – juris Tz. 15 ff.).

e) Schließlich ist auch nicht zu beanstanden, dass der Dienstleistungsauftrag im Streitfall auf unbestimmte Dauer vergeben werden soll. Der EuGH hat dazu im Urteil vom 19. Juni 2008 (C-454/08 „Presstext“) ausgeführt, die Praxis der Vergabe eines unbefristeten Dienstleistungsauftrags sei an und für sich der Systematik und den Zielen des Gemeinschaftsrechts wegen der Gefahr langfristiger Wettbewerbsbeschränkung fremd. Jedoch ist der Abschluss von Dienstleistungsverträgen auf unbestimmte Dauer durch das Gemeinschaftsrecht nicht verboten (vgl. auch EuGH, Urt. v. 19.06.2008 – C-454/08 – juris Rn. 73 f.). Dies hat namentlich dann zu gelten, wenn – wie hier – Gegenstand der Vergabe die Beteiligung an einer Gesellschaft ist, die auf eine Erfüllung langfristig angelegter Unternehmensaufgaben angelegt ist, wofür auf lange Sicht konzipierte und dann auch erst wirksam werdende Investitions- und Managementleistungen erbracht werden sollen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 78, 120 Abs. 2 GWB.

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

Dicks

Brackmann

Barbian