

# Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil vom 13.06.2018 -VI-2 U 7/16 [Kart]

## Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 01.12.2016 verkündete Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (90 O 57/16) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Antragsgegnerin wird untersagt, aufgrund des Ratsbeschlusses vom 27.10.2016 einen Konzessionsvertrag über den Netzbetrieb und die Versorgung mit Wasser (Wasserkonzessionsvertrag) auf ihrem Gebiet mit der F. GmbH oder einer von der Antragsgegnerin und der F. GmbH zu gründenden oder bereits gegründeten Gesellschaft oder einem sonstigen zumindest teilweise in privater Hand befindlichen Dritten abzuschließen, bevor sie nicht die Angebotswertung in dem mit Bekanntmachung vom 15.12.2015 eingeleiteten Verfahren zum Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrages in dem nach Rechtsauffassung des Senats gebotenen Umfang wiederholt hat und die Antragstellerin nicht über die entsprechenden Wertungsergebnisse und ihre Begründung, wozu auch die Begründung der Bewertung des Angebots des Zuschlagsprätendenten zählt, falls dies nicht die Antragstellerin sein sollte, in Kenntnis gesetzt und sodann eine mindestens zweiwöchige Wartefrist bis zur Erteilung des Zuschlags eingehalten hat.

Der Antragsgegnerin wird für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000 € angedroht, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, wobei die Ordnungshaft jeweils am gesetzlichen Vertreter der Antragsgegnerin zu vollziehen ist.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

(\*)

1

## Gründe

2

I.

3

Die Antragstellerin begehrt die vorläufige Untersagung einer Zuschlagserteilung der Antragsgegnerin an die F. GmbH (im Folgenden: F.) in dem laufenden Verfahren zur Vergabe der Wasserkonzession auf dem Stadtgebiet der Antragsgegnerin.

4

Die F. ist die auf dem Stadtgebiet der Antragsgegnerin bisher tätige Altkonzessionärin. Den mit der F. bestehenden Wasserkonzessionsvertrag hatte die Antragsgegnerin im Jahr 2014 mit Wirkung zum 30.06.2016 gekündigt. Hintergrund waren Überlegungen im Stadtrat, die Wasserversorgung zu rekommunalisieren. In nicht-öffentlicher Sitzung vom 05.02.2015 fasste der Rat insoweit folgenden Beschluss:

5

„1. Die Wasserkonzession wird mit Wirkung ab dem 01. Juli 2016 im Wege der Inhouse-Vergabe an eine neu zu gründende kommunale Gesellschaft vergeben.

6

2. An der neuen Gesellschaft kann ein kommunaler Partner mit maximal 49,9 % beteiligt werden. Vorrangig soll in diesem Zusammenhang eine Kooperation mit der Kreiswasserwerk I. GmbH angestrebt werden.

7

3. Die Verwaltung der Stadt V. wird mit den notwendigen Umsetzungsmaßnahmen beauftragt.

8

4. Eine hohe Wasserqualität bleibt erhalten (z.B. Härte, Nitrate, etc.)“

9

Als kommunalen Partner zog der Rat seinerzeit zunächst die Kreiswasserwerk I. GmbH (im Folgenden: KI.) in Betracht. In der Folgezeit legten aber nicht nur die KI., sondern auch die F. Angebote vor. Mit Beschluss vom 10.09.2015 erteilte der Rat der Verwaltung den Auftrag, eine Angebotsvariante der F. umzusetzen. Der Landrat des Kreises I. wies den Bürgermeister der Antragsgegnerin daraufhin mit Verfügung vom 16.11.2015 (Bl. 138-141 GA) an, diesen Ratsbeschluss unverzüglich zu beanstanden. Zur Begründung führte er insbesondere aus, dass mit Blick auf die F., an der die S. AG in geringem Umfang mittelbar beteiligt ist, eine Inhouse-Vergabe ausscheide. Im Übrigen verletze das von der Antragsgegnerin gewählte Verfahren die primärrechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung. Der Rat befasste sich hiermit in nicht-öffentlicher Sitzung vom 26.11.2015 und beschloss, die Verwaltung anstelle des ihr zuvor erteilten Auftrags zu beauftragen, die notwendigen Maßnahmen zur Vergabe der Wasserkonzession zum 01.07.2016 durchzuführen (Anlage AG2).

10

Am 21.12.2015 erschien im Bundesanzeiger die Bekanntmachung der Antragsgegnerin vom 15.12.2015, dass der bisherige Konzessionsvertrag über die Versorgung der Antragsgegnerin mit Trinkwasser zum 30.06.2016 endet. Interessierte Unternehmen wurden aufgefordert, ihr Interesse bis spätestens zum 31.01.2016 zu bekunden. Die Interessenbekundungen sollten schriftlich zu Händen ihres Mitarbeiters W. übersandt werden. Am 27.01.2016 machte die Antragsgegnerin im Bundesanzeiger eine Verlängerung der Interessenbekundungsfrist bis zum 30.04.2016 bekannt (Anlage AST7b).

11

Parallel zur laufenden Interessenbekundungsfrist führte die Antragsgegnerin Gespräche mit der F. über den Abschluss eines Konsortialvertrags zur Gründung einer gemeinsamen Wasserversorgungsgesellschaft. Die Gespräche mündeten am 25.04.2016 in einen Vertragsschluss. Der Vertrag enthielt auszugsweise unter anderem die folgenden Regelungen:

12

### **„Präambel**

13

Die Stadt hat sich im Jahr 2014 entschieden, sich zur Verbesserung der städtischen Finanzen wirtschaftlich im Bereich der Wasserversorgung zu betätigen. Zu diesem Zweck wurde der bisherige Wasserkonzessionsvertrag zum 30.06.2016 gekündigt. Die F. ist der bisherige Konzessionär und Wasserversorger im Stadtgebiet. Die Stadt hat sich nach eingehender Prüfung mehrerer Optionen entschieden, mit der F. als strategischem Partner eine gemeinsame Gesellschaft zur künftigen Versorgung des Stadtgebiets mit Wasser nach Maßgabe dieses Vertrages zu gründen, soweit diese sich im seitens der Stadt durchzuführenden diskriminierungsfreien Konzessionsverfahren behauptet.

14

### **§ 1 Gegenstand der Kooperation**

15

Gemeinsames Ziel der Partner ist vor allem die langfristige Zusammenarbeit im Rahmen einer Gesellschaft. [...] Die Wasserversorgung im Stadtgebiet durch die Gesellschaft soll im Wege der Betriebsführung durch die F. durchgeführt werden. [...] Weiterhin soll die Gesellschaft ihr Wasser von der F. beziehen. [...]

16

### **§ 2 Gemeinsame Gesellschaft**

17

1. Die F. wird in einem ersten Schritt die „Stadtwerke V. GmbH“ als alleinige Tochtergesellschaft gründen. [...]

18

Des Weiteren war in dem Konsortialvertrag vorgesehen, dass sich die Antragsgegnerin an der zu gründenden Stadtwerke V. GmbH durch Erwerb von Kapitalanteilen beteiligt. Neben der Beteiligung an der gemeinsamen Gesellschaft sollte sich die Antragsgegnerin im Wege einer Kapitalerhöhung auch an der F. beteiligen. Gemäß § 6 Abs. 3 a) des Vertrages wurde der Anspruch der Antragsgegnerin auf Erwerb der Geschäftsanteile an der von der F. neu zu gründenden Gesellschaft unter die aufschiebende Bedingung eines erfolgreichen Erwerbs der Wasserkonzession durch die F. gestellt.

19

Mit einem Schreiben vom 30.04.2016 (Anlage AG3) wandte sich die Antragsgegnerin an die Unternehmen, die fristgemäß ihr Interesse an der Vergabe der Wasserkonzession bekundet hatten, darunter auch die Antragstellerin, und forderte sie auf, ihre Eignung nachzuweisen. In diesem Schreiben hieß es unter anderem:

20

„Sollte ein Bewerber beabsichtigen, im wesentlichen Umfang den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes im Zusammenwirken mit Dritten zu gewährleisten, sind die vorgenannten Eignungsnachweise, sofern entsprechend anwendbar, auch für die betreffenden Dritten vorzulegen. [...]“

21

In seiner Sitzung vom 25.05.2016 entschied der Rat der Antragsgegnerin über die für die Vergabe der Wasserkonzession vorgesehenen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Anlage AG4). Mit einem Schreiben vom 01.06.2016 (Anlagen AG5 und AST14) forderte die Antragsgegnerin die zum Verfahren zugelassenen Bewerber, darunter die Antragstellerin und die F. , zur Abgabe indikativer Angebote auf. Zugleich teilte sie den Bewerbern die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung mit. Gliederungspunkt C.3. des Schreibens enthielt zudem den Hinweis an die Bewerber, die Antragsgegnerin unverzüglich und schriftlich darüber zu informieren, wenn die Verfahrensunterlagen nach Auffassung der Bewerber Verstöße gegen Verfahrensvorschriften enthalten. Verstöße sollten bis zum Ablauf der Einreichungsfrist für die indikativen Angebote gerügt werden. Die Einreichungsfrist sollte am 15.07.2016 ablaufen.

22

Auf Nachfrage eines Bewerbers teilte die Antragsgegnerin allen Bewerbern unter dem 21.06.2016 (Anlage AG15) mit, dass die Altkonzessionärin sich weigere, die kalkulatorischen Netzdaten herauszugeben. Hinsichtlich des Kriteriums der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte wies sie ergänzend auf Folgendes hin:

23

„Es wird als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt, dass der zukünftige Betriebsführer die gemäß Trinkwasserverordnung definierte Qualität des Trinkwassers einhält; deren Einhaltung ist kein Bewertungskriterium. Gegenstand der unter A.2.1 beschriebenen „Trinkwasserqualität“ ist vielmehr die aus Sicht des Kunden in V. erkennbare, ihm zur Verfügung stehende, chemisch/physikalische Zusammensetzung des Trinkwassers. Dabei handelt es sich in erster Linie um die Wasserhärte. Diese ist neben Trübungen sowie ggf. olfaktorisch und gustatorisch merkbaren Chlorungen, der einzige, direkt für den Kunden sichtbare und erfahrbare Qualitätsparameter des Trinkwassers. So beeinflusst oder verursacht die Härte z.B.:

24

- 25

Reduktion der Waschkraft von Waschmitteln und Seifen,

- 26

Schlierenbildung und Geschmacksbeeinträchtigung bei Tee- und Kaffeewasser,

- 27

Ablagerungen an Armaturen, Rohrleitungen Waschmaschinen und Kochgeschirr

- 28

Kalkrückstände bei Säuberungen von Bädern

29

Erhöhungen der Wasserhärte würden insofern Änderungen der aus Sicht des Kunden bisher gelieferten Wasserqualität bedeuten. Es ist daher darzulegen, ob die aktuelle Härte in V. (3,1 bis 3,9 dH) auch zukünftig mit dem vom Bewerber zur Verfügung gestellten Wasser sichergestellt wird. Falls nicht, wäre zu beschreiben, welche Maßnahmen vorgesehen sind, diese Härte zu gewährleisten.“

30

Mit Schreiben vom 04.07.2016 erhob die Antragstellerin Rügen bezüglich diverser Bewertungskriterien bzw. der hierzu von der Antragsgegnerin gegebenen Erläuterungen. Dazu zählte das Kriterium der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte, da, so die Antragstellerin, hierdurch der Wertungsgesichtspunkt „Wasserqualität“ unzulässig auf den Teilaspekt der Wasserhärte begrenzt und sicherheitsrelevante Aspekte mit Auswirkungen auf die körperliche Unversehrtheit der Bürger außer Acht blieben. Zudem werde der Altkonzessionär hierdurch unzulässig bevorzugt. Hinsichtlich der verlangten Prognose des zu erwartenden Wasserpreises seien die Bieter gegenüber der Altkonzessionärin ebenfalls benachteiligt, da sie über die kalkulatorischen Netzdaten nicht verfügten. Zudem könne der mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 22.06.2016 auf der Grundlage entsprechender Mitteilungen der Altkonzessionärin angegebene Sachzeitwert der Anlagen in Höhe von ... Millionen € zum Stichtag 31.12.2013 nicht zutreffen. Aufgrund eines Vergleichs mit den Wasserbezugspreisen der Altkonzessionärin liege auf der Hand, dass die Angabe deutlich überhöht sei und mit den in die geltende Wasserpreiskalkulation wahrscheinlich einfließenden kalkulatorischen Daten nicht kompatibel sei.

31

Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit einem 5. Bieteranschreiben vom 05.07.2016, mit dem sie Fragen der Antragstellerin beantwortete, sowie mit einem Schreiben an die Antragstellerin vom selben Tage, mit dem sie die Rügen der Antragstellerin zurückwies. In dem 5. Bieteranschreiben hieß es unter anderem:

32

[...] wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass der im 4. Bieterschreiben angegebene Sachzeitwert in Höhe von 24,5 Mio. € auf den eigenen Angaben der Altkonzessionärin beruht und die Stadt V. insoweit keinen Einfluss auf diese Angaben hat.

33

Die Stadt V. hält es nicht für ausgeschlossen, dass der Sachzeitwert des Wasserversorgungsnetzes bei neutraler Bewertung darunter liegen könnte.

34

[...]

35

Auf Nachfrage eines Bieters teilen wir mit, dass die Stadt V. im Zusammenhang mit der Wasserkonzession keine dem § 46 EnWG vergleichbare Handhabe gegenüber dem Altkonzessionär hat, die kalkulatorischen Netzdaten heraus zu verlangen.“

36

Die Weigerung der F. , die kalkulatorischen Netzdaten herauszugeben, hatte die Bezirksregierung L. zum Anlass genommen, die Antragstellerin in einem Schreiben vom 24.06.2016 auf die diesbezüglichen Bedenken der Landeskartellbehörde aufmerksam zu machen. Die Weigerung habe einen unaufholbaren Wissensvorsprung der Altkonzessionärin gegenüber anderen Bewerbern zur Folge. Darüber hinaus sei der von der Altkonzessionärin mit 24,5 Mio. € angegebene Sachzeitwert des Wassernetzes zweifelhaft.

37

Mit einem Schreiben vom 04.08.2016 (Anlage AG8) konnte die Antragsgegnerin die Bewerber informieren, dass die Altkonzessionärin nach Gesprächen mit der Landeskartellbehörde nunmehr bereit sei, weitere Daten zur Verfügung zu stellen. Zugleich teilte die Antragsgegnerin den Bewerbern mit, dass das Verfahren mit Übersendung der Daten in den Stand vor Abgabe des indikativen Angebots zurückversetzt werde.

38

Die von der Altkonzessionärin zur Verfügung gestellten weiteren Daten übersandte die Antragsgegnerin den Bewerbern mit einem Schreiben vom 12.08.2016. Teil der übersandten Unterlagen war ein Gutachten der FF. (Anlage AST32).

39

Unter dem 27.09.2016 gab die Antragstellerin ihr verbindliches Angebot ab. Am 25.10.2016 wurde vom Haupt- und Finanzausschuss der Antragsgegnerin auf der Grundlage einer Ratsvorlage vom 17.10.2016 eine Beschlussempfehlung dahingehend gegeben, die Konzession an die F. zu vergeben. Noch vor entsprechender Beschlussfassung durch den Rat am 27.10.2016 wurde dieses Ergebnis an die Presse kommuniziert. Dies und weitere Gesichtspunkte, insbesondere die den Presseberichten zu entnehmende Planung der Antragsgegnerin, die Wasserversorgung nicht von der F. als Bieterin, sondern von dem von der F. zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen durchführen zu lassen, rügte die Antragstellerin noch vor der Ratssitzung mit Schreiben vom 27.10.2016. Der Rat verabschiedete den Beschluss dennoch gemäß der Beschlussempfehlung und entschied des Weiteren, seine Zustimmung zur Beteiligung an der Stadtwerke V. GmbH (Stadtwerke) in Höhe von ... % sowie an der F. in Höhe von ... % zu erteilen.

40

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 28.10.2016 (Anlage AST23) mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der F. zu erteilen. Zugleich wies sie die Rügen der Antragstellerin aus deren Schreiben vom 27.10.2016 zurück.

41

Am 09.11.2016 hat die Antragstellerin beim Landgericht Köln, Kammer für Handelssachen, den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Antragsgegnerin beantragt und das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verfahren in verschiedener Hinsicht als intransparent und diskriminierend gerügt.

42

Sie hat die Ansicht vertreten, dass davon auszugehen sei, dass die Antragsgegnerin bereits auf die F. festgelegt gewesen sei und die Ausschreibung nach lediglich pro forma durchgeführt habe. Insbesondere habe sie das Konzessionierungsverfahren in unzulässiger Weise – auch ohne konsequente personelle Trennung der Sachbearbeitung – mit einer parallel verhandelten Beteiligungsoption verknüpft, ohne allen Bewerbern die Möglichkeit einzuräumen, diesbezüglich ebenfalls Angebote vorzulegen oder entsprechende Konstellationen im Rahmen der durchgeführten Konzessionsausschreibung zu offerieren. Mit Rücksicht auf das von der Antragsgegnerin vorgesehene Kooperations- und Beteiligungsmodell, welches die Beauftragung der F. mit Betriebsführungsleistungen für die mehrheitlich von der Antragsgegnerin gehaltenen Stadtwerke zum Gegenstand habe, sei ebenfalls eine (vorherige) Ausschreibung erforderlich gewesen.

43

Durch das von der Antragsgegnerin aus Gründen der Rekommunalisierung und Haushaltskonsolidierung von Anfang an präferierte und auch während des Auswahlverfahrens weiterverfolgte Kombinationsmodell, wonach die Wasserverteilungsanlagen nebst Endkundenverträgen sowie die Wasserversorgung vom Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke übernommen werden sollte, sei die Konzession de facto an ein Unternehmen vergeben worden, das sich an der Ausschreibung gar nicht beteiligt habe. Insbesondere seien die mit Schreiben vom 30.04.2016 geforderten Eignungsnachweise nicht von den Stadtwerken vorgelegt worden und hätten, da das Unternehmen noch in der Gründung befindlich gewesen sei, auch gar nicht vorgelegt werden können.

44

Entsprechend ihrer Vorfestlegung habe die Antragsgegnerin zudem die Auswahlkriterien teilweise derart festgelegt, dass die Altkonzessionärin hierdurch ohne sachliche Rechtfertigung begünstigt worden sei. Dies gelte insbesondere für das unter der Überschrift „Wasserqualität“ festgelegte Kriterium der gleichbleibenden Wasserhärte, durch welches die Antragsgegnerin die Bewertung der Wasserqualität auf lediglich eine, von der Altkonzessionärin naturgemäß einfach zu erfüllende Komponente zugespitzt habe, ohne weiteren Gesichtspunkten der Wasserqualität Raum zu geben. Diese Verengung der Bewertung auf einen Teilaspekt, der allein dem Komfort der Wasserkunden diene, ohne auch nur die Möglichkeit einzuräumen, Nachteile in diesem Bereich mit einer besseren Wasserqualität in anderer – auch gesundheitlicher – Hinsicht zu kompensieren, stelle eine Benachteiligung von Bewerbern dar,

die andere Wasserbezugsquellen nutzen als die Altkonzessionärin. Andere Bewerber könnten eine gleichbleibende Wasserhärte nicht oder nur mit erheblichem Aufwand erzielen, andererseits aber Vorteile in Bezug auf weitere Komponenten der Wasserqualität bieten. Da die Altkonzessionärin zudem gerade in Bezug auf diese weiteren Qualitätsaspekte vergleichsweise schlecht dastehe, liege in deren Aussparung bei der Bewertung der Wasserqualität erkennbar eine gezielte Bevorzugung der F.

45

Die Antragsgegnerin habe den Bietern zudem trotz besserer Kenntnis einen Anlagewert mitgeteilt, der erheblich von den – der F. naturgemäß bekannten – kalkulatorischen Netzwerten abweiche und auf einem Bewertungsgutachten beruhe, das sich allein an synthetischen Werten und Berechnungen orientiere.

46

Nicht zuletzt sei die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung des Angebots der Antragstellerin in mehrfacher Hinsicht intransparent und diskriminierend. Mangelnde Transparenz ergebe sich bereits aus der mit Schreiben vom 28.11.2016 übermittelten Begründung für die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung, die schon für sich genommen teilweise nicht nachvollziehbar sei, so wenn trotz Vergabe derselben Punktzahl ausgeführt werde, dass das Angebot der F. gegenüber demjenigen der Antragstellerin überzeugt habe.

47

Nicht nachzuvollziehen sei auch die Differenz von 15 zu 20 Punkten für die F. bei der Bewertung der künftigen Zertifizierungen unter dem Oberbegriff „Sichere Wasserversorgung“. Die Antragstellerin habe nicht nur zu sämtlichen verlangten Zertifizierungen Nachweise des eigenen und der verbundenen Unternehmen erbracht sowie deren Beibehaltung zugesagt, sondern darüber hinaus im Rahmen der Zusage angeboten, auf Verlangen durch die Antragsgegnerin etwaige weitere Zertifizierungen zu erwerben.

48

Hinsichtlich der „Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung“ habe die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin mit insgesamt 41 Punkten schlechter als dasjenige der F. bewertet, obgleich die Antragstellerin die Errichtung eines neuen, ausschließlich der Versorgung der Antragsgegnerin dienenden Wasserwerks angeboten habe, dessen Funktionen vollumfänglich redundant aufgebaut werden sollten. Mit dem ursprünglich im Rahmen des indikativen Angebots alternativ vorgeschlagenen Konzept einer Wasserversorgung auf Basis einer Einspeisung aus den Wasserversorgungsanlagen der F. hätte sie zudem dieselben Leistungen bieten können wie diese. Allerdings habe die Antragsgegnerin im Bietergespräch angeregt, nur ein Konzept zu verfolgen, wobei die Vertreter der Antragstellerin die Aussagen so verstanden hätten, dass sie dem Konzept der Versorgung durch ein eigenes Wasserwerk den Vorzug geben sollten.

49

Auch die Bewertung des personellen Konzepts vor Ort sei nicht nachvollziehbar, da die Antragstellerin sämtliche Anforderungen der Antragsgegnerin erfüllt, gleichwohl 4 Punkte

weniger als die F. erhalten habe. Nicht erkennbar sei, was die Antragsgegnerin darüber hinaus gefordert habe.

50

Gleiches gelte für die Punktedifferenz von 24 : 30 zu Gunsten der F. im Bereich „Netzbetrieb“, da die Antragstellerin in Teilaspekten der entsprechenden Hauptkategorie „Netzbewirtschaftung“ sogar besser als die F. abgeschnitten habe. Eine Erläuterung hierfür habe die Antragsgegnerin nicht gegeben.

51

Beim Kriterium „Wasserqualität“ sei die Bewertung schon deswegen zu beanstanden, weil wesentliche Teilaspekte zu Gunsten des einzigen Aspekts der Wasserhärte ausgeblendet worden seien. Hinzu komme, dass die Antragstellerin eine Reduktion der für den Komfort allein maßgeblichen Carbonathärte auf einen der bestehenden Situation vergleichbaren Wert angeboten und zugesichert habe. Selbst wenn man bei der Bewertung auf die in den Erläuterungen als maßgeblich mitgeteilte Klassifikation nach °dH abstelle, sei der erhebliche Unterschied von 30 Punkten zum Angebot der F. nicht nachzuvollziehen, wenn man berücksichtige, dass die Skala der möglichen Härte bis 40 °dH gehe und die Antragstellerin eine Reduktion auf durchschnittlich nur 9,5 °dH angeboten habe, der Unterschied zum bestehenden Härtegrad von 3,9 °dH also relativ gering sei. Jedenfalls sei intransparent, wie die verhältnismäßige Abstufung von der Vorgabe vorgenommen worden sei.

52

Schließlich ergäben sich Inkonsistenzen im Verhältnis der Bepunktung der Konzepte einerseits zur Bepunktung der Zusagen andererseits. Aus den Einzelheiten der Bewertung könne entnommen werden, dass die Antragsgegnerin offenbar die bei den Konzepten vorgenommene Abstufung in die Bewertung der Zusagen übernommen habe, wenn diese mit den Konzepten übereinstimmten. Im Gegensatz dazu sei allerdings beim Kriterium „Netzanschlusskosten“ der F. eine höhere Punktzahl bei der Zusage als beim Konzept gegeben worden. Auch dies lasse erkennen, dass die Antragsgegnerin durch kreative Gestaltung der Kriterien für die F. Möglichkeiten geschaffen habe, potentiell schlecht zu bewertende Bereiche zu kompensieren.

53

Die Antragstellerin hat beantragt,

54

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, aufgrund des Ratsbeschlusses vom 27.10.2016 einen Konzessionsvertrag über den Netzbetrieb und die Versorgung mit Wasser (im Folgenden: Wasserkonzessionsvertrag) für das Gebiet der Antragsgegnerin mit der F. GmbH oder einer von der Antragsgegnerin und der F. GmbH zu gründenden oder bereits gegründeten Gesellschaft oder einem sonstigen Dritten abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei über die Erteilung der Wasserkonzession entschieden ist,

55

2. der Antragsgegnerin wird für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von € 250.000,00 angedroht und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft des gesetzlichen Vertreters der Antragsgegnerin, oder Ordnungshaft, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, bis zu sechs Monaten angedroht.

56

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

57

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

58

Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchgeführt zu haben.

59

Insbesondere habe die erfolgreiche Bieterin F. in zulässiger Weise am Verfahren teilgenommen, da sie infolge der Übernahme der Betriebsführung für die Stadtwerke im Ergebnis die Wasserversorgung durchführen werde. Im Übrigen sei es jedem Bieter überlassen gewesen, die Wasserversorgung auf unterschiedliche Art und Weise, auch unter Eingehung einer Kooperation, zu organisieren. Gemäß § 18 Abs. 1 bzw. § 19 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs sei die Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag sowie des Eigentums an den Wasserversorgungsanlagen mit Zustimmung der Antragsgegnerin zulässig.

60

Eine Vorfestlegung auf die F. habe nicht stattgefunden, vielmehr habe die Antragsgegnerin im Vorfeld der Vergabe lediglich verschiedene Optionen hierzu ausgelotet. Die Antragsgegnerin habe mit mehreren Unternehmen parallel verschiedene Modelle diskutiert und sich letztendlich zunächst unverbindlich für ein Kooperationsmodell mit der F. entschieden. Keineswegs sei der Ratsbeschluss vom 26.11.2015 eine Konsequenz der Beanstandung des Ratsbeschlusses vom 10.09.2015 durch den Landrat gewesen; vielmehr sei bereits zuvor ins Auge gefasst worden, eine Ausschreibung durchzuführen.

61

Keine Vorfestlegung liege insbesondere in der Verbriefung einer Option gemäß dem mit der F. verhandelten Konsortialvertrag, zumal die Verbriefung schon vor der Anforderung der Eignungsnachweise mit Schreiben vom 30.04.2016 stattgefunden habe; eine Überschneidung mit dem Auswahlverfahren habe es demzufolge nicht gegeben. Durch eine personelle Trennung der Sachbearbeitung habe die Antragsgegnerin auch dafür Sorge getragen, dass eine unabhängige Vorgehensweise gewährleistet gewesen sei. Zudem habe sie bei der Auswahl der Wertungskriterien sichergestellt, dass eine etwaige wirtschaftliche Teilhabe der Antragsgegnerin am Ergebnis der Wasserversorgung nicht berücksichtigt werden können.

62

Auch im Übrigen beinhalteten die Auswahlkriterien keine unzulässige Bevorzugung der Altkonzessionärin. Soweit die Antragstellerin eine sachwidrige Einengung des Kriteriums der Wasserqualität auf den komfortbezogenen Teilaspekt der Wasserhärte rüge, sei das Vorgehen der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden, sondern durch die Rechtsprechung gedeckt, wonach die Wasserqualität im Allgemeinen und die Wasserhärte im Besonderen ein zulässiges Bewertungskriterium darstelle. Zudem handele es sich bei der Wasserhärte um den aus Sicht des Kunden erkennbaren und maßgeblichen Aspekt der Wasserqualität. Im Übrigen habe es allen Bietern freigestanden, darzustellen, wie sie eine möglichst gleichbleibende Wasserhärte gewährleisten wollten, wobei auch vorvertragliche Vereinbarungen mit dem Altkonzessionär über die Wasserlieferung unter der aufschiebenden Bedingung, dass der entsprechende Bewerber als Sieger aus dem Konzessionsverfahren hervorgeht, im Betracht gekommen seien. Keineswegs habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Bietergespräch signalisiert, sie solle lediglich das Konzept der Errichtung eines eigenen Wasserwerks anbieten. Vielmehr habe man darauf hingewiesen, dass die Bewertung auf der Grundlage zweier unterschiedlicher Konzepte faktisch kaum möglich sei.

63

Zu Unrecht rüge die Antragstellerin auch das Vorgehen der Antragsgegnerin in Bezug auf die Herausgabe der kalkulatorischen Netzdaten. Die Antragstellerin habe die mit der Landeskartellbehörde abgestimmten Daten erhalten.

64

Auch die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung sei nicht zu beanstanden. Die Differenz zum Kriterium der künftigen Zertifizierungen unter dem Oberbegriff „Sichere Wasserversorgung“ resultiere daraus, dass F.sämtliche in den Erläuterungen geforderten Zertifizierungen im Rahmen eines bis zum Jahr 2019 aufzubauenden Managementsystems anbiere und zusage. Die Antragsgegnerin habe demgegenüber nicht für alle gewünschten Bereiche (z.B. nicht für das Risikomanagement) Zertifizierungen angeführt und weitere Zertifizierungen für die Zukunft lediglich auf erneute Anforderung durch die Antragsgegnerin zugesagt.

65

Auch hinsichtlich der „Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung“ sei das Angebot der Antragsgegnerin hinter demjenigen von F. zurückgeblieben, da ein Komplettausfall des geplanten Wasserwerks nicht abgesichert sei, sondern nur ein Notvolumen von 3 Tm<sup>3</sup> zur Verfügung stehe. Das Notvolumen der F. betrage demgegenüber 2.000 Tm<sup>3</sup>, da dieses durch zwei voneinander unabhängige Wasserwerke gewährleistet werde, die wiederum aus unterschiedlichen Talsperren mit Rohwasser gespeist würden. Auch bei den Einspeisepunkten habe die F. das bessere Angebot vorgelegt, da sie das Stadtgebiet über drei Punkte versorge, während die Antragstellerin nur einen einzigen Einspeisepunkt plane.

66

Das personelle Konzept vor Ort sei von der F. detaillierter und schlüssiger dargestellt worden als von der Antragstellerin. Gleiches gelte für das Kriterium „Netzbetrieb“.

67

Beim Kriterium „Wasserqualität“ sei die verhältnismäßige Abstufung von der Vorgabe entsprechend der Skala für die in der Bundesrepublik Deutschland gültigen Wasserhärtegrade vorgenommen worden. Hiernach bewege sich das Angebot der Antragstellerin im Bereich mittlerer Härte, während dasjenige von F. weiches Wasser gewährleiste.

68

Schließlich gebe es auch keine Inkonsistenzen im Verhältnis der Konzepte zu den Zusagen. Vielmehr sei beim Kriterium „Netzanschlusskosten“ die geforderte Zusage nicht auf die Höhe der Kosten, sondern auf den Zeitraum zu beziehen gewesen, in welchem diese unverändert bleiben würden. Somit habe auch ein Bewerber mit höheren Netzanschlusskosten die volle Punktzahl erhalten können, wenn er deren Gleichbleiben über den gesamten Prognosezeitraum von 5 Jahren zusage.

69

Selbst wenn die Bewertung der Antragsgegnerin in einzelnen Punkten einer Überprüfung nicht standhielte, sei dies im Ergebnis ohne Relevanz, da in der Gesamtheit jedenfalls eine höhere Bewertung des Angebots der F. bestehen bleibe.

70

Ohnehin fehle es am Verfügungsgrund, weil die Antragstellerin schon während des laufenden Auswahlverfahrens hätte einstweiligen Rechtsschutz nachsuchen müssen, soweit die Antragsgegnerin ihren Rügen nicht abgeholfen habe. Das gelte auch für die von der Antragstellerin erhobene Rüge der Vorfestlegung, soweit diese auf den mit Schreiben vom 16.06.2016 mitgeteilten Umstand des Abschlusses eines Konsortialvertrages mit der F. gründe. Schließlich sei im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin ein schutzwürdiges Interesse an Planungssicherheit habe.

71

Das Landgericht hat der Antragsgegnerin nach mündlicher Verhandlung durch Urteil vom 01.12.2016 untersagt, in dem Wasserkonzessionsverfahren den Zuschlag zu erteilen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei über die Erteilung der Wasserkonzession entschieden ist. Es hat einen Verfügungsgrund und einen Verfügungsanspruch bejaht. Der Verfügungsanspruch ergebe sich aus §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 31b Abs. 6 GWB, da die Antragsgegnerin kein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchgeführt habe. Dieses leide an wesentlichen Verfahrensfehlern, die jeweils für sich genommen eine für das Auswahlverfahren schädliche Diskriminierung der Antragstellerin begründeten. So sei die F. bereits wegen der für das Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke nicht vorgelegten Eignungsnachweise vom Verfahren auszuschließen gewesen. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien habe die Antragsgegnerin das Kriterium der Wasserqualität sachwidrig auf das Unterkriterium gleichbleibender Wasserhärte eingeengt. Die Festlegung der Bewertungsmethode bei den Kriterien, die eine Unterteilung in „Konzept“ und „Zusage“ enthielten, sei intransparent. Ein wesentlicher Verfahrensmangel liege schließlich darin, dass die Antragsgegnerin den Bewerbern keine zutreffenden Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten erteilt habe. Zudem sei die von der Antragsgegnerin

vorgenommene Bewertung intransparent und diskriminierend. Nicht nachvollziehbar seien die Bewertungen beim Kriterium „Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung“, „Personelles Konzept vor Ort“ und „Netzbetrieb“. Bei der Bewertung des Kriteriums der Wasserhärte sei die verhältnismäßige Abstufung nicht nachvollziehbar und nicht sachgerecht. Schließlich sprächen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin bei der Durchführung des Vergabeverfahrens auf die F. vorfestgelegt gewesen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe (Bl. 222-239 GA) Bezug genommen.

72

Gegen das ihr am 06.12.2016 zugestellte Urteil hat die Antragsgegnerin am 22.12.2016 Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die sie mit einem am 03.02.2017 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

73

Die Antragsgegnerin rügt das landgerichtliche Urteil als fehlerhaft. Für den Erlass einer einstweiligen Verfügung fehle es bereits an einem Verfügungsgrund. Auch ein Verfügungsanspruch der Antragstellerin bestehe nicht. Sie, die Antragsgegnerin, sei mit der Eignungsprüfung nicht fehlerhaft umgegangen. Das Landgericht überschreite insoweit den richterlichen Überprüfungsmaßstab. Das Wasserversorgungsnetz werde von der F. im Übrigen nicht im wesentlichen Umfang im Zusammenwirken mit Dritten betrieben, so dass von einem Dritten keine Eignungsnachweise anzufordern gewesen seien. Zu Unrecht beanstande das Landgericht, dass das Zuschlagskriterium der „Wasserqualität“ allein durch das Unterkriterium der „gleichbleibenden Wasserhärte“ ausgefüllt werde. Bei der Vergabe von Wasserkonzessionen sei der öffentliche Auftraggeber bei der Aufstellung und Gewichtung der Zuschlagskriterien im Wesentlichen frei. Die unterschiedliche Bewertung von Konzept und Zusage bei den Wertungskriterien „Wasserpreise“ und „Hausanschlusskosten“ sei nicht intransparent. Für die Bieter sei erkennbar gewesen, dass es insoweit auf den zeitlichen Parameter ankommen sollte. Mit der Annahme, die diesbezügliche Angebotswertung habe anders vorgenommen werden müssen, als sie von der Antragsgegnerin durchgeführt worden sei, greife das Landgericht in unzulässiger Weise in den Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin ein. Soweit das Landgericht eine unterbliebene Mitteilung kalkulatorischer Netzdaten als verfahrensfehlerhaft beanstande, gehe dies fehl. Es sei kein Bieter dadurch diskriminiert worden, dass von der F. zur Verfügung gestellte Daten ungeprüft weitergeleitet worden seien. Die den Bietern mit Schreiben vom 08.08.2016 zur Verfügung gestellten Netzdaten hätten im Übrigen eine taugliche Grundlage für eine Wasserpreiskalkulation dargestellt. Soweit das Landgericht Bewertungen der Antragsgegnerin als nicht nachvollziehbar beurteile, sei dies nicht richtig und stelle im Übrigen einen Eingriff in ihren, der Antragsgegnerin, Beurteilungsspielraum dar. Entgegen der Annahme des Landgerichts seien die Angebote beim Kriterium der Wasserhärte linear abgestuft bewertet worden. Schließlich habe es auch keine diskriminierende Vorfestlegung auf die F. als zukünftige Konzessionärin gegeben. Die im Rahmen des Konsortialvertrages vorgesehene Kooperation mit der F. sei von dem Konzessionsvergabeverfahren zu trennen. Die Verfahren seien fachlich und personell getrennt worden und nicht miteinander verknüpft gewesen.

74

Die Antragsgegnerin beantragt,

75

das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

76

Die Antragstellerin beantragt,

77

die Berufung zurückzuweisen.

78

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Nach erstmaliger Vorlage der detaillierten Bewertung des Angebots der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin (Anlage AG28) im Berufungsrechtszug rügt sie weitergehend individuelle Bewertungsfehler der Antragsgegnerin. So habe ihr Angebot bei 19 Wertungskriterien die Anforderungen im Vergleich zu den anderen Angeboten am besten erfüllt. Gleichwohl habe sowohl ihr Angebot als auch das Angebot von F. die volle Punktzahl für diese Wertungskriterien erhalten. Damit sei entweder die Darstellung der Antragsgegnerin in der Spalte „Bewertung“ falsch oder das Angebot von F. sei zu Lasten der Antragstellerin zu hoch bewertet worden. Die Antragsgegnerin habe die relative Bewertungsmethode ausweislich der Wertungsübersicht in einer Reihe von Fällen durchbrochen. Nach den Vorgaben der Antragsgegnerin habe das Angebot die volle Punktzahl erhalten sollen, welches das jeweilige Kriterium am besten erfüllt. In 12 Fällen seien die Angebote jedoch danach bewertet worden, ob sie die Anforderungen voll erfüllt hätten. Die Erfüllung von Anforderungen sei jedoch vorher nicht als Wertungskriterium mitgeteilt worden. So habe das schlechtere Angebot von F. gleich gut bewertet werden können wie ihres. Schließlich sei ihr Angebot von der Antragsgegnerin unvollständig erfasst worden, u.a. sei nicht berücksichtigt worden, dass in ihrem Angebot das Zahlungsziel für die Konzessionsabgabe kürzer gewesen sei als im Konzessionsvertrag vorgesehen. Ihre Zusage, Zertifizierungen beizubringen, sei nicht bewertet worden. Ihr Versorgungskonzept sei fälschlich so bewertet worden, als ob ein Komplettausfall des Dargebots nicht abgesichert sei. Zudem sei die Bewertung ihres Angebots insofern falsch, als nicht positiv gewertet worden sei, dass sie das Stadtgebiet wegen der unterschiedlichen Topographie mit zwei voneinander getrennten Druckzonen versorgen wolle, wohingegen F. keine differenzierten Druckzonen anbiete. Damit könne F. aus technischen und physikalischen Gründen die Ausschreibungsanforderungen der Antragsgegnerin nicht erfüllen. Der Einsatz von umweltfreundlichen Bauverfahren sei nicht ausreichend berücksichtigt worden. Ihr Energieaufwand für die Wasserversorgung sei unzutreffend höher bewertet worden als derjenige von F. Ihre Abwertung im Bereich umweltfreundlicher Fuhrpark sei nicht ausreichend begründet. Die Bewertung bei dem Kriterium Dauer der Anschlussbereitstellung in den Kategorien „Konzept“ und „Zusage“ sei inkonsistent. Ihr Angebot sei bei den Kriterien Koordination und Abstimmung von Baumaßnahmen mit der Stadt, Wiederherstellung von Oberflächen, Gewährleistungsmanagement, Anliegerinformationen, Mitverlegung von Leerrohren, Folgekostenregelung und Kündigungsrecht bei Vertragsverstößen nicht vollständig bewertet worden.

79

Dem tritt die Antragsgegnerin im Einzelnen entgegen. Insbesondere könne die Bewertung eines Angebots als „am besten“ nach der relativen Bewertungsmethode auch dann stattfinden, wenn ein anderes Angebot gleich gut sei. Die Beschreibung „am besten“ sei dann so zu verstehen, dass das Angebot das jeweilige Kriterium (mit) am besten erfüllt habe.

80

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstand wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

81

II.

82

Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig, aber nur zum Teil begründet. Erfolg hat die Berufung, soweit der Antragsgegnerin vom Landgericht im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt worden ist, einen Wasserkonzessionsvertrag abzuschließen, bevor in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei über die Erteilung der Wasserkonzession entschieden worden ist. Entgegen der Annahme des Landgerichts ist die Antragsgegnerin auf nicht verpflichtet, das durchgeführte Verfahren zur Vergabe der Wasserkonzession vollständig zu wiederholen. Die Antragstellerin hat nur Rechtsverstöße glaubhaft gemacht, die sich auf die von der Antragsgegnerin durchgeführte Angebotsbewertung, mithin den letzten Teil des Vergabeverfahrens, beziehen.

83

Wegen der von der Antragstellerin glaubhaft gemachten Fehler bei der Angebotsbewertung bleibt die Berufung erfolglos, soweit sie auf die vollständige Aufhebung der einstweiligen Verfügung gerichtet ist. Da die Antragstellerin einen Anspruch darauf hat, dass ein Wasserkonzessionsvertrag auf der Grundlage des Ergebnisses einer fehlerfreien Angebotsbewertung abgeschlossen wird, muss die einstweilige Verfügung im tenorierten Umfang aufrechterhalten bleiben.

84

1.

85

Die Antragstellerin hat – wenn auch nicht in dem vom Landgericht angenommenen Umfang – gemäß §§ 935, 940 ZPO einen Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht. Der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung des beabsichtigten Vertragsschlusses ergibt sich aus §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. Nach § 33 Abs. 1 GWB besteht bereits bei drohender Zuwiderhandlung ein Unterlassungsanspruch eines Marktbeteiligten gegen denjenigen, der gegen eine Vorschrift des GWB verstößt. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass die mit Beschluss des Rates der Antragsgegnerin vom 27.10.2016 getroffene Entscheidung, die Wasserkonzession an die F. zu vergeben, eine unbillige Behinderung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. und damit einen Verstoß gegen das Verbot der

missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB a.F. darstellt.

86

a)

87

Für die Frage, ob die Antragstellerin im Konzessionsvergabeverfahren unbillig behindert worden ist, kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin im Oktober 2016 an. Ein zur Zeit seiner Durchführung rechtmäßiges oder rechtswidriges Auswahlverfahren kann grundsätzlich durch spätere Rechtsänderungen nicht rechtswidrig oder rechtmäßig werden (BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, zitiert nach juris, Tz. 67 bzw. Tz. 70). Das für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung maßgebliche Recht ist demzufolge das GWB in der bis zum 08.06.2017 geltenden Fassung der 8. GWB-Novelle.

88

b)

89

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert.

90

aa)

91

Die Antragsgegnerin erfüllt die Voraussetzungen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. Marktbeherrschend im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

92

Städte und Gemeinden handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt sind sie ohne Wettbewerber.

93

Der für die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sachlich relevante Markt ist der des Angebots von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Rohrleitungen,

die zum Wasserversorgungsnetz gehören. Auf diesem Markt stehen sich die Städte und Gemeinden als ausschließliche Anbieter des Wegerechts und Wasserversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Kommune beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Wasserrohrleitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeinde- und Stadtgebiet eignen (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 21 bzw. Tz. 22).

94

Der aus dem Vorstehenden folgenden marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin steht nicht entgegen, dass eine Wasserkonzession nicht nur die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, sondern weitergehend auch die Wasserversorgung umfasst. Dass der nachgelagerte Markt der Wasserversorgung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt sein muss, ändert nichts daran, dass Städte und Gemeinden auf dem vorgelagerten Markt der Wegenutzungsrechte auf ihrem Gebiet jeweils Monopolisten sind.

95

bb)

96

Eine Ausnahme vom damit eröffneten Anwendungsbereich des Behinderungsverbots des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. ergibt sich weder aus § 31 noch aus § 31b GWB, die besondere Regeln für wettbewerbsbeschränkende Verträge der Wasserwirtschaft enthalten. Das folgt nicht zuletzt aus § 31b Abs. 6 GWB, wonach selbst zulässige wettbewerbsbeschränkende Verträge noch der Missbrauchsaufsicht unterliegen.

97

cc)

98

Schließlich sind von der Antragstellerin auch die Voraussetzungen einer unbilligen Behinderung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. glaubhaft gemacht, wenn auch nicht in dem vom Landgericht angenommenen Umfang.

99

(1)

100

Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession unbillig behindert im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 51 bzw. 55; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart, zitiert nach

juris, Tz. 157). Bei der Vergabe von Wasserkonzessionen gilt insoweit nichts anderes als bei der Vergabe von Stromkonzessionen, für welche diese Grundsätze schon lange anerkannt sind. Eine unbillige Behinderung von Bewerbern um eine Konzession liegt vor, wenn deren Chancen auf den Abschluss des Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, jeweils zitiert nach juris, Tz. 50 bzw. 54).

101

Grundlage für die an die Auswahlentscheidung zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen, sind hier – sich in Teilen überschneidend – das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot, der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Form des Willkürverbots (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, zitiert nach juris, Tz. 64) und die primärrechtlichen Grundsätze des AEUV, insbesondere Art. 49 AEUV („Niederlassungsfreiheit“) und Art. 56 AEUV („Dienstleistungsfreiheit“), sowie die sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit (EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – C-196/08, zitiert nach juris, Tz. 49; Brüning, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 149 GWB Rn. 40). Dass die primärrechtlichen Grundsätze des AEUV heranzuziehen sind, ist Folge der hier zu bejahenden Binnenmarktrelevanz der Wasserkonzessionsvergabe. Die Gemeinde V. liegt nicht nur in Grenznähe zu O. und C., sondern die zu vergebende Konzession hat wegen ihrer Laufzeit von 30 Jahren auch erhebliches wirtschaftliches Gewicht.

102

(2)

103

Die Voraussetzungen einer anhand dieser Anforderungen zu prüfenden unbilligen Behinderung hat die Antragstellerin bezüglich einer Vielzahl von ihr gerügter Aspekte nicht glaubhaft gemacht.

104

(a)

105

Dass die Antragsgegnerin die Vergabe der Wasserkonzession nicht grenzüberschreitend, sondern nur national bekannt gemacht hat, obwohl eine Binnenmarktrelevanz zu bejahen ist, verletzt zwar den Transparenzgrundsatz des europäischen Primärrechts, der Städte und Gemeinden dazu verpflichtet, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten. Die unterlassene europaweite Bekanntmachung hat die Rechtsstellung der Antragstellerin aber nicht beeinträchtigt. Das Konzessionsvergabeverfahren ist ihr nicht verborgen geblieben. Sie hat sich daran beteiligt und wünscht, dass ihr auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt wird.

106

(b)

107

Die Antragstellerin kann sich im Verfahren um die Vergabe der Wasserkonzession auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Antragsgegnerin den Konsortialvertrag mit der F. ohne vorausgegangenes Wettbewerbsverfahren geschlossen hat und beabsichtigt, einen Dienstleistungsvertrag zum Betrieb des Wasserversorgungsnetzes durch die Stadtwerke V. GmbH als Auftraggeberin unter Umgehung des Kartellvergaberechts im Wege einer De-facto-Vergabe an die F. zu vergeben. Der Hinweis hierauf genügt nicht, um Rechtsverletzungen in dem die Wasserkonzession betreffenden Vergabeverfahren glaubhaft zu machen. Es trifft insbesondere nicht zu, wie die Antragstellerin meint, dass die mangelnde Transparenz und eine etwaige Diskriminierung in jenen Verfahren auf das Verfahren zur Vergabe der Wasserkonzession „durchschlagen“ (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, zitiert nach juris, Tz. 86 ff.).

108

Sowohl bei dem Verfahren der Suche nach einem strategischen Partner für eine Übernahme der Wasserversorgung in einem Kooperationsmodell als auch bei dem Verfahren der Vergabe eines Dienstleistungs- oder Betriebsführungsvertrages an die F. handelt es sich um gesonderte Verfahren, die von dem Verfahren zur Vergabe der Wasserkonzession zu trennen sind und in denen die Antragstellerin ihre Rechte jeweils gesondert verfolgen kann und gegebenenfalls muss. Die rechtliche Trennung kommt in dem von der Antragsgegnerin und der F. am 25.04.2016 geschlossenen Konsortialvertrag selbst zum Ausdruck, wo es heißt, dass eine gemeinsame Gesellschaft gegründet werden soll, soweit sich die F. im diskriminierungsfrei durchzuführenden Konzessionsvergabeverfahren behauptet.

109

(c)

110

Die Antragsgegnerin kann sich nicht mit Erfolg auf eine unzureichende organisatorische und personelle Trennung des Verfahrens der Vergabe der Wasserkonzession und des auf Abschluss des Konsortialvertrages gerichteten Verfahrens berufen. Eine diesbezügliche Verletzung verfahrensbezogener Rechte hat sie nicht glaubhaft gemacht. Wenn Städte und Gemeinden im Konzessionsvergabeverfahren nicht nur Vergabestelle sind, sondern zugleich ihr eigenes Interesse an der Übernahme des Netzbetriebes verfolgen, befinden sie sich allerdings in einem Interessenkonflikt. Daraus folgt ein Gebot der ausreichenden organisatorischen und personellen Trennung der Vergabestelle von einer mit ihr verbundenen Einheit, die als Bieter auftritt (BGH, NZBau 2017, 236, 239; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart, zitiert nach juris, Tz. 77).

111

Hiermit ist der vorliegende Fall jedoch nicht ohne Weiteres vergleichbar. Die Antragsgegnerin ist am Konzessionsvergabeverfahren nicht selbst beziehungsweise mit einer Untergliederung oder Eigengesellschaft als Bieterin beteiligt gewesen. Der von ihr und der F. am 25.04.2016 geschlossene Konsortialvertrag sah die Gründung einer gemeinsamen, die Wasserversorgung übernehmenden Gesellschaft erst für die Zeit nach Abschluss des Konzessionsvergabeverfahrens vor. Die Gesellschaftsgründung war für den Fall vorgesehen,

dass sich die F. in dem durchzuführenden Konzessionsvergabeverfahren behauptet und die Wasserkonzession in die gemeinsame Gesellschaft einbringen kann.

112

Es bedarf hier keiner weiteren Klärung, welche organisatorischen und personellen Anforderungen sich für die Antragsgegnerin in der Konstellation, wie sie hier vorliegt, aus der sie als Vergabestelle gegenüber allen Bewerbern treffenden Neutralitätspflicht ergeben (siehe zur Neutralitätspflicht OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart, zitiert nach juris, Tz. 77). Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass es an einer hinreichenden organisatorischen und personellen Trennung beider Verfahren, des Verfahrens der Vergabe der Wasserkonzession sowie des auf Abschluss des Konsortialvertrages gerichteten Verfahrens, fehlte.

113

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, das Konzessionsvergabeverfahren sei von ihrem Leiter des Fachbereichs IV, dem Zeugen W., geführt worden. Lediglich während einer Urlaubsabwesenheit sei dieser vom Leiter des Fachbereichs I, dem Zeugen T., vertreten worden. Letzterer sei wie der Zeuge W. an den Verhandlungen mit der F. aber nicht beteiligt gewesen. Die Antragstellerin hat nichts vorgetragen, was gegen dieses Vorbringen spricht. Die von den Parteien zur Akte gereichten Unterlagen sprechen dafür, dass das Konzessionsvergabeverfahren im Wesentlichen vom Zeugen W. geführt worden ist und dieser mit dem Konsortialvertrag mit der F. nichts zu tun hatte. Beispielhaft sei auf die Anlage AG11, eine Sitzungsvorlage für den Stadtrat, verwiesen. Dort heißt es, dass das Konzessionsvergabeverfahren in die Hände von B. W. gegeben wurde, weil andere Teile der Verwaltung mit dem Thema der Kooperation im Bereich der Wasserversorgung vorbefasst gewesen seien.

114

(d)

115

Entgegen der Annahme des Landgerichts hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin in Bezug auf die Mitteilung eines Sachzeitwerts für das Wasserversorgungsnetz auf ihrem Gebiet verfahrensbezogene Rechte der Antragstellerin verletzt hat. Eine Verletzung wäre bei einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Antragstellerin und der F. anzunehmen. Die Antragstellerin behauptet eine solche, so sei ihr der der Antragsgegnerin bekannte tatsächliche Sachzeitwert des Wasserversorgungsnetzes vorenthalten worden. Sie spricht insoweit von einer „diskriminierenden Kommunikation eines falschen Sachzeitwerts“. Zur Glaubhaftmachung einer entsprechenden Verletzung reicht der Sachvortrag der Antragstellerin jedoch nicht aus.

116

Die Antragsgegnerin hat den Bietern im 4. Bieteranschreiben vom 22.06.2016 (Anlage AG16) einen ihr von der F. zum Stichtag 31.12.2013 mitgeteilten Sachzeitwert von 24,5 Mio. € abzüglich 1 Mio. € nicht aufgelöster Baukostenzuschüsse weitergegeben, berechnet nach den Bestimmungen des gekündigten Konzessionsvertrags. Diese Angabe des Sachzeitwerts

beanstandete die Bezirksregierung Köln in einem Schreiben an die Antragsgegnerin vom 24.06.2016 (Anlage AG7), in dem darauf Bezug genommen wurde, dass in Ratsprotokollen aus dem Jahr 2015 von einem Netzkaufpreis von 12 Mio. € die Rede sei. Von 12 Mio. € gehe auch eine betriebswirtschaftliche Begutachtung von Q. vom 09.09.2015 aus. Die Antragsgegnerin reagierte hierauf mit einem 5. Bieteranschreiben vom 05.07.2016 (Anlage AG13), mit welchem sie darauf hinwies, dass der angegebene Sachzeitwert von 24,5 Mio. € auf den eigenen Angaben der Altkonzessionärin beruhe und sie nicht ausschließen könne, dass der Sachzeitwert bei neutraler Bewertung auch darunter liege. Mit einem Schreiben vom 04.08.2016 (Anlage AG8) teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass die Altkonzessionärin (F.) sich bereit erklärt habe, im Umfang abgestimmt mit der Landeskartellbehörde, weitere Informationen zu den kalkulatorischen Netzdaten zur Verfügung zu stellen. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.08.2016 (Anlage AG9) stellte die Antragsgegnerin den Bietern das Gutachten der F. F. (Anlage AST32) zur Verfügung, an dessen Ende ein Sachzeitwert des Wasserversorgungsnetzes von ... Mio. € zum 31.12.2015 angegeben ist.

117

Die Antragsgegnerin wendet vor diesem Hintergrund gegen den Vorwurf der Antragstellerin stimmig ein, dass sie nur die kalkulatorischen Netzdaten von der Altkonzessionärin (F.) mitgeteilt bekommen habe, die sie allen Bietern weitergegeben habe. Weitere Informationen habe sie von der Altkonzessionärin nicht erlangen können und darauf auch keinen Anspruch aus dem gekündigten Konzessionsvertrag gehabt. Bei den im Jahr 2015 im Rat der Stadt erörterten 12 Mio. € habe es sich nicht um den Betrag eines Sachzeitwerts auf Gutachterbasis, sondern um einen möglichen Kaufpreis im Rahmen eines Kooperationsmodells gehandelt. Ein Kaufpreis werde wegen der angestrebten Kooperation und damit verbundenen Gegenleistung aber auch von anderen Faktoren als nur dem Sachzeitwert beeinflusst. Und schließlich gebe es kein Gutachten von Q. aus dem Jahr 2015, in dem der Sachzeitwert des Wasserversorgungsnetzes ermittelt worden sei.

118

Die Antragstellerin hat im Verfügungsverfahren keine Beweismittel vorgelegt, die ihre hiervon abweichende Darstellung im Vergleich plausibler machten. Auf die zur Akte gereichten Dokumente kann sich die Antragsgegnerin in mindestens gleicher Weise stützen. So ist aus dem Protokoll der Ratssitzung vom 10.09.2015 (Bl. 133 - 137 GA) zu ersehen, dass der Betrag von 12 Mio. € als Kaufpreis genannt wurde. Von einem Sachzeitwert ist dort nirgends die Rede. Und aus dem Bescheid des Landrates des Kreises I. vom 16.11.2015 (Bl. 138 - 141 GA) ergibt sich lediglich ein Hinweis auf ein Gutachten der Rechtsanwälte von Q. vom 07./09.09.2015, das die Prüfung eines Angebots zum Gegenstand hatte. Gegen die von der Antragstellerin vertretene Interpretation der Abläufe spricht auch, dass die Landeskartellbehörde es am Ende für ausreichend hielt, dass die Antragsgegnerin allen Bietern das Gutachten der F. F. zur Verfügung stellte.

119

Der Senat vermag sich der abweichenden Sachverhaltswürdigung des Landgerichts vor diesem Hintergrund nicht anzuschließen. Das Landgericht hat schon die Verteilung der Darlegungslast verkannt. Es hat negative Schlussfolgerungen daraus gezogen, dass die Antragsgegnerin bestimmte Umstände „nicht plausibel dargetan“ habe. Dazu war diese jedoch gar nicht verpflichtet. Die Darlegungs- und Beweislast für etwaige anspruchsbegründende Rechtsverletzungen lag hier allein bei der Antragstellerin. Dass die Schlussfolgerungen des

Landgerichts nicht zwingend erscheinen, mag auch daran liegen, dass wichtige Inhalte der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 18.11.2016, dazu zählen auch die Angaben des Zeugen L., vom Landgericht entgegen § 160 Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 4 ZPO nicht protokolliert worden sind. Hierauf hat der Senat durch Verfügung des Vorsitzenden vom indes hingewiesen. Die Antragstellerin hat sich daraufhin gleichwohl nicht veranlasst gesehen, den Zeugen zur erneuten Vernehmung anzubieten.

120

Nach alledem braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob die Antragstellerin mit ihrer Rüge der angeblichen Vorenthaltung des tatsächlichen Sachzeitwerts des Wasserversorgungsnetzes noch aus weiteren Gründen keinen Erfolg haben kann, etwa weil es ihr als sach- und fachkundiger Bieterin leicht möglich war, den zutreffenden Sachzeitwert anhand der im Gutachten der F. F. enthaltenen Netzdaten selbst zu berechnen. Insoweit fällt auf, dass die Antragstellerin in ihrem Rügeschreiben vom 04.07.2016 (Anlage AST15) gerügt hat, dass es auf der Hand liege, dass der von der Altkonzessionärin behauptete Sachzeitwert deutlich überhöht sei, sie diese Rüge nach Erhalt des Gutachtens der F. F. aber nicht wiederholt hat.

121

(e)

122

Entgegen der Annahme des Landgerichts ist der Antragsgegnerin kein Fehler bei der Festlegung der Bewertungskriterien vorzuwerfen. Die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, bei der Festlegung der Kriterien für die Angebotswertung dasjenige der Wasserqualität weiter auszudifferenzieren anstatt es, wie geschehen, auf das Merkmal der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte zu beschränken. Anders als im Bereich der Stromnetzkonzessionen, wo § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG von den Kommunen bei der Auswahl des Stromnetzkonzessionärs eine Beachtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG verlangt, besteht eine vergleichbare gesetzliche Bindung im Bereich der Wasserkonzessionen nicht. Dies eröffnet den Kommunen bei der Wahl der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung einen großen Ermessensspielraum (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.2016 – VII-Verg 15/16, zitiert nach juris, Tz. 32), der dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfällt. Begrenzt wird er lediglich durch das Willkür- und Diskriminierungsverbot.

123

Dass die Antragsgegnerin durch die Festlegung des Kriteriums der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte als einziges Wertungskriterium im Zusammenhang mit der Wasserqualität sowie seiner konkreten Gewichtung gegen das Willkür- und Diskriminierungsverbot verstoßen hat, hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht.

124

Soweit das Landgericht anderes angenommen und die Antragsgegnerin für verpflichtet gehalten hat, weitere Komponenten der Wasserqualität bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen, liegt darin ein unzulässiger Eingriff in die Bestimmungsfreiheit der Antragsgegnerin. Das Landgericht hat, ohne hierzu befugt zu sein, seine eigenen Vorstellungen an die Stelle derjenigen der Antragsgegnerin gesetzt. Es unterfiel der Bestimmungsfreiheit der

Antragsgegnerin, in Bezug auf die Wasserqualität allein die Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen.

125

Die Entscheidung der Antragsgegnerin war nicht willkürlich. Sie verstieß nicht gegen das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 und KZR 66/12, zitiert nach juris, Tz. 49 bzw. 36), eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Für eine gleichbleibende Wasserhärte lassen sich die von der Antragsgegnerin genannten Gründe, insbesondere die Vorteile „weichen“ Wassers, anführen. Begründen kann die Antragsgegnerin auch, warum daneben keine weiteren Kriterien im Zusammenhang mit der Wasserqualität bewertet werden sollen. Hinzuweisen ist insoweit insbesondere darauf, dass die qualitativen Vorgaben der Trinkwasserverordnung von allen Bewerbern um die Konzession einzuhalten sind.

126

Die Bestimmung der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte als einziges Bewertungskriterium im Zusammenhang mit der Wasserqualität war gegenüber der Antragstellerin auch nicht diskriminierend. Eine Diskriminierung könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn es für die Antragstellerin wegen der Festlegung des von der Antragsgegnerin gewählten Wertungskriteriums von vornherein aussichtslos war, sich um die Konzession zu bewerben. Das hat sie weder dargelegt noch glaubhaft gemacht. Zwar lag es auf der Hand, dass es der Antragstellerin schwer fallen würde, eine dem Wasser der F. vergleichbare Wasserhärte anzubieten. F. bezieht ihr Wasser aus G.-Talsperren, während die Antragstellerin Grundwasserbrunnen nutzt. Es ist jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich, dass eine etwaige verhältnismäßig schlechtere Bewertung bei diesem Wertungskriterium nicht an anderer Stelle ausgeglichen werden konnte. In der Summe floss das Kriterium der Sicherung vergleichbarer Wasserhärte nur mit dem Wertungsfaktor 6,0 in die Wertung des Wasserversorgungskonzepts ein.

127

(f)

128

Soweit das Landgericht die Festlegung der Bewertungsmethode im Zusammenhang mit den Wertungskriterien „Konzept“ und „Zusage“ bei dem Wertungskriterium A.3 „Preisgünstige Wasserversorgung“ beanstandet (S. 23-24 des landgerichtlichen Urteils), ist dem nicht zu folgen. Eine Rechtsverletzung liegt insoweit nicht vor.

129

Das Landgericht verkennt bereits, dass dem öffentlichen Konzessionsgeber bei der Festlegung der Bewertungsmethode ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Die Methode darf nicht zu einer Veränderung der zuvor bekannt gemachten Gewichtung der Zuschlagskriterien führen (EuGH, Urteil vom 14.07.2016 – C-6/15 [Dimarso], zitiert nach juris, Tz. 37). Im Übrigen ist sie jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn sie – wie hier – nachvollziehbar und vertretbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2015 – VII-Verg 2/15, zitiert nach juris, Tz. 39). Da Maßstab insoweit das Willkür- und Diskriminierungsverbot ist, kommt es entgegen

der Ansicht und Vorgehensweise des Landgerichts nicht darauf an, wie „sachgerecht“ die gewählte Bewertungsmethode aus Sicht des nachprüfenden Gerichts ist.

130

Entgegen der Annahme des Landgerichts muss die Bewertungsmethode auch nicht bereits im Laufe des Konzessionsvergabeverfahrens bekannt gegeben werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2016 – C-6/15 [Dimarso], zitiert nach juris, Tz. 27 und 37). Es ist lediglich zu verlangen, dass eine bekannt gemachte Bewertungsmethode nicht irreführend ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – VII-Verg 39/16, zitiert nach juris, Tz. 47). Das ist hier mit Blick auf das Wertungskriteriums „A.3 Preisgünstige Wasserversorgung“ aber nicht der Fall gewesen. Ihre auch insoweit maßgebliche Bewertungsmethode hatte die Antragsgegnerin in ihren Bewertungshinweisen im Schreiben vom 01.06.2016 dargelegt. Daraus ergab sich, dass das beste Angebot dasjenige ist, welches nach einem relativen Maßstab im Vergleich zu den anderen Angeboten das jeweilige Kriterium/Unterkriterium am besten erfüllt. Dieses sollte mit der Höchstpunktzahl von 10 Punkten bewertet werden, während die anderen Angebote abgestuft niedriger bewertet werden sollten. Für die Unterkriterien des Wertungskriteriums A.3 galt nichts anderes. Die vom Landgericht angenommene „Durchbrechung der Bewertungsmethode“ (S. 32 des landgerichtlichen Urteils) gab es nicht. Vielmehr lag eine Besonderheit des Wertungskriteriums A.3 darin, dass hier – anders als bei vertraglichen Zusagen, die auf andere Konzeptbestandteile bezogen waren – die vertragliche Zusage auf zwei unterschiedlich zu bewertende Aspekte (Preis bzw. Kosten einerseits und Preis- bzw. Kostenstabilität andererseits) bezogen sein konnte und deswegen hier eine Bewertung anhand der bekannt gemachten Bewertungsmethode möglich war, die nicht gänzlich mit der Bewertung angebotener Preise bzw. Kosten im Rahmen des zugehörigen Unterkriteriums „Konzept“ deckungsgleich sein musste.

131

Diese Möglichkeit der Abweichung vom sonst festzustellenden Gleichlauf der Bewertung von Konzept und vertraglicher Zusage ist indes kein Problem der bekannt gemachten Bewertungsmethode. Sie ist auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Dem durchschnittliche Bieter des angesprochenen Bieterkreises, auf den abzustellen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – VII-Verg 19/17, zitiert nach juris, Tz. 63), musste aufgrund der Ausführungen in der „Erläuterung der Kriterien der Gruppe A“ klar sein, dass es bei dem Unterkriterium „Zusage“ des Wertungskriteriums A.3 um mehr ging, als um die Zusage eines bestimmten Wasserpreises und bestimmter Hausanschlusskosten für einen bestimmten Zeitpunkt. Vielmehr kam es der Antragsgegnerin auch auf die vertraglich zugesicherte Preisstabilität an. Auf Seite 6 der Erläuterung hieß es: „Neben der Darstellung im Konzept wird auch eine vertragliche Zusage zur Entwicklung der Hausanschlusskosten im Prognosezeitraum erwartet. Die Stadt V. verfolgt das Ziel möglichst konstanter Hausanschlusskosten.“

132

(g)

133

Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Eignungsnachweise nicht die von ihr selbst aufgestellten Anforderungen missachtet. Sie hat es

nicht fehlerhaft unterlassen, Eignungsnachweise von der nach dem Konsortialvertrag zwischen der Antragsgegnerin und der F. zu gründenden Stadtwerke V. GmbH zu verlangen. Die von der Antragsgegnerin im Schreiben vom 30.04.2016 gewählte Formulierung zur Vorlage der Eignungsnachweise kann nicht so wie vom Landgericht angenommen verstanden werden. Das ergibt eine Auslegung des Schreibens.

134

Es ist bereits zweifelhaft, ob die von der Antragsgegnerin gewählte Formulierung so verstanden werden kann, dass die Antragsgegnerin damit Eignungsnachweise von Dritten verlangen wollte, die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht existierten. Solche Eignungsnachweise waren nicht zu erwarten. Selbst wenn man das aber mit dem Landgericht annehmen wollte, so sollte der damit zu erwartende Ausschluss von Bewerbern mangels Eignung doch allenfalls solche treffen, die den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes im wesentlichen Umfang durch den noch zu gründenden Dritten gewährleisten wollten. Das folgt aus dem Wortlaut der von der Antragsgegnerin aufgestellten Anforderungen.

135

Hieran scheiterten die Eignungsnachweise der F. jedoch nicht. Sie beabsichtigte nicht, den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes im wesentlichen Umfang im Zusammenwirken mit Dritten, konkret der Stadtwerke V. GmbH, zu gewährleisten. Nach § 1 des Konsortialvertrages sollte die Betriebsführung von der F. übernommen werden. Damit sollte die Wasserversorgung ungeachtet der rechtlichen Einbindung der Stadtwerke V. GmbH weiterhin von der – bei der Frage der Eignung zu prüfenden – technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der F. abhängen.

136

(h)

137

Soweit das Landgericht schließlich meint (Seite 29-33 des landgerichtlichen Urteils), aus einer Reihe von Umständen auf eine Vorfestlegung der Antragsgegnerin zugunsten der F. schließen zu können, folgt der Senat dem nicht. Eine Voreingenommenheit der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zur Überzeugung des Senats weder durch den Hinweis auf die vom Landgericht insoweit ausdrücklich aufgegriffenen noch sonstige Umstände glaubhaft gemacht.

138

Zutreffend weisen die Antragstellerin und ihr folgend das Landgericht allerdings darauf hin, dass die Antragsgegnerin ursprünglich eine Konzessionsvergabe beabsichtigte, die den kartellrechtlichen Anforderungen nicht genügte. Anders als das Landgericht ist der Senat aufgrund des ihm unterbreiteten Sachverhalts aber nicht davon überzeugt, dass die Antragsgegnerin in der Folge nicht versucht hat, ein regelkonformes Konzessionsvergabeverfahren durchzuführen. Die Antragsgegnerin hat sich während des Verfahrens von einer namhaften Rechtsanwaltskanzlei beraten lassen. Nach dem Inhalt der als Anlage AG2 vorgelegten auszugsweisen Abschrift aus der Ratssitzung vom 26.11.2015 gab der für die Rechtsanwaltskanzlei tätige Rechtsanwalt K. die Empfehlung ab, den Beschluss, die Wasserkonzession im Wege der Inhouse-Vergabe zu vergeben, aufzuheben und

die Verwaltung stattdessen zu beauftragen, ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren durchzuführen. Er erklärte danach weiter, dass eine europaweite Ausschreibung nicht erforderlich sei. Letzteres ist bemerkenswert, weil die Antragsgegnerin dieser – wie oben bereits dargelegt fehlerhaften – rechtlichen Einschätzung nachweislich gefolgt ist. Warum sie dann aber seine weitere Empfehlung bewusst missachtet haben sollte, ist nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als die Kommunalaufsicht und die Landeskartellbehörde auf das Vergabeverfahren aufmerksam geworden waren.

139

Soweit das Landgericht für seine abweichende Bewertung auf die Beschlussfassung des Rates der Antragsgegnerin vom 26.11.2015 verweist, überzeugt dies den Senat nicht. Dass der Bürgermeister der Antragsgegnerin in der Ratssitzung vom 26.11.2015 vorschlug, die Beanstandung des Ratsbeschlusses vom 10.09.2015 durch die Verfügung des Landrates des Kreises I. vom 16.11.2015 zurückzuweisen, kann angesichts des Umstands, dass er, der Bürgermeister, im Anschluss an die Ausführungen von Rechtsanwalt K. zugleich vorschlug, die Verwaltung mit den notwendigen Maßnahmen zur Vergabe der Wasserkonzession zu beauftragen, auch als schlichte Retourkutsche oder Aufmüpfigkeit infolge persönlicher Animositäten zwischen ihm und Landrat Qv. gewertet werden. Entsprechendes gilt für die Beschlussfassung des Rates. In dem von der Antragstellerin als Anlage AST5 vorgelegten Artikel aus der B. Zeitung wird berichtet, Landrat Qv. sei über Bürgermeister Kv. wegen der Abstandnahme von der zunächst geplanten Zusammenarbeit mit der Kreiswasserwerk I. GmbH verärgert gewesen und habe „seinem Ärger in einer außerordentlich scharfen Stellungnahme Luft gemacht“. Seine Beanstandung des Beschlusses des Rates der Antragsgegnerin vom 10.09.2015 wirke „zumindest nach außen hin wie eine Retourkutsche“.

140

Die Auffassung des Landgerichts, dass eine dilatorische Führung des Konzessionsvergabeverfahrens und insbesondere die Verlängerung der Interessenbekundungsfrist bis zum 30.04.2016 die Voreingenommenheit der Antragsgegnerin in diesem Verfahren belegten, weil es ihr darum gegangen sei, vor Fristablauf noch den Konsortialvertrag mit der F. zu schließen, teilt der Senat nicht. Die Antragstellerin hat insoweit – mit Blick auf die Trennung der Verfahren – nicht glaubhaft gemacht, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin, ihr sei es mit der Fristverlängerung um die Herstellung von Rechtssicherheit und eine Verbreiterung des Wettbewerbs im Konzessionsvergabeverfahren gegangen, nur vorgeschoben ist.

141

Soweit das Landgericht des Weiteren als Beleg für die Voreingenommenheit der Antragsgegnerin von dieser begangene Verfahrensverstöße aufführt, sind diese Verstöße – wie schon im Einzelnen ausgeführt – durchweg nicht glaubhaft gemacht.

142

Der Senat teilt schließlich nicht die Auffassung des Landgerichts, eine Voreingenommenheit der Antragsgegnerin ergebe sich auch aus der Entscheidungsvorlage für die maßgebliche Abstimmung im Rat der Stadt am 17.10.2016 (Anlage AG11) sowie aus dem Umstand, dass das Ergebnis der Beratung im Hauptausschuss vor der Ratssitzung am 17.10.2016 veröffentlicht worden sei. Soweit sich das Landgericht insoweit auf den Senatsbeschluss vom 17.04.2014 –

VI-2 Kart 2/13 (V) – stützt, ist dies unbehelflich. Der Fall, den der Senat seinerzeit zu beurteilen hatte, lag anders. Im Übrigen hat der Senat seinerzeit Formulierungen der eigentlichen Bewertung beanstandet, sich zu einer Sitzungsvorlage wie hier der Anlage AG11 hingegen gar nicht geäußert. Seite 3 der vom Landgericht erwähnten Sitzungsvorlage enthielt hier den ausdrücklichen Hinweis, dass die vollständige Auswertung der Angebote nach vorheriger Terminvereinbarung bei dem Zeugen W. eingesehen werden könne. Damit war den Ratsmitgliedern bewusst, dass die Vorlage nur zusammenfassenden Charakter hatte. Schon deshalb begegnet sie aus Sicht des Senats keinen Einwänden.

143

Dass das Ergebnis der nicht öffentlichen Beratung im Hauptausschuss vor der am 17.10.2016 angesetzten Beratung im Rat Gegenstand der Berichterstattung in der Presse geworden ist, ist hier entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht geeignet, die Vorfestlegung der Antragsgegnerin zu belegen. Die Presseberichterstattung ist ersichtlich auf eine Indiskretion zurückzuführen. Die Antragsgegnerin hatte hierdurch keinen Nutzen.

144

(3)

145

Glaubhaft gemacht hat die Antragstellerin allerdings individuelle Wertungsfehler der Antragsgegnerin. Die Folge ist, dass die Berufung der Antragsgegnerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang teilweise zurückzuweisen ist.

146

Zwar steht den Gemeinden bei der Bewertung von Angeboten ein Spielraum zu. Dieser ist aber gerichtlich daraufhin überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten und von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und allgemein gültiger Beurteilungsmaßstäbe hält (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17, zitiert nach juris, Tz. 95). Die Wertungsentscheidung muss nicht nur bezogen auf das einzelne Angebot widerspruchsfrei sein, sondern darf auch im Vergleich der Angebote untereinander nicht willkürlich sein. Die Noten müssen im Vergleich der Bieter ohne Benachteiligung des einen oder anderen plausibel vergeben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17, zitiert nach juris, Tz. 53).

147

Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt, hat die Antragsgegnerin hierzu inhaltlich nichts vorgetragen. Aufgrund der sie treffenden sekundären Darlegungslast, die Antragstellerin hatte keine Kenntnis vom Inhalt der Angebotswertung, oblag es aber grundsätzlich der Antragsgegnerin, die Bewertung der Angebote im Vergleich untereinander näher zu erläutern. Ob Gemeinden in Konzessionsvergabeverfahren wie dem vorliegenden die Begründung der Wertungsentscheidung auch bezogen auf das Angebot des Zuschlagsprätendenten immer schon dann offen legen müssen, wenn die Auswahlentscheidung beanstandet wird (ablehnend wohl OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17, zitiert nach juris, Tz. 104), kann im Rahmen dieses Verfahrens dahinstehen. Jedenfalls besteht

eine sich auf die vergleichende Bewertung erstreckende sekundäre Darlegungslast, wenn diese auch nach den allgemeinen Grundsätzen ausgelöst ist. Das ist hier aufgrund des von der Antragstellerin gehaltenen Vortrags zu der von der Antragsgegnerin in der Berufungsinstanz vorgelegten Wertungsübersicht (Anlage AG28) der Fall. Plausibel und nachvollziehbar hat die Antragstellerin auf diese Wertungsübersicht gestützt vorgetragen, dass sich aus den von der Antragsgegnerin darin verwendeten Formulierungen ableiten lässt, dass sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr bekannt gegebene relative Bewertungsmethode gehalten hat.

148

Soweit sich die Antragsgegnerin gegenüber der Annahme einer sie treffenden sekundären Darlegungslast pauschal auf die Pflicht zur Wahrung des Geheimwettbewerbs sowie den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen obsiegender Bieter beruft, genügt dies nicht, um ihre sekundäre Darlegungslast hier in Frage zu stellen. Das pauschale Vorbringen der Antragsgegnerin dafür genügen zu lassen, würde dem verfassungsrechtlich zu leistenden gerechten Ausgleich zwischen dem Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis nicht gerecht (vgl. zu dem Spannungsverhältnis BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 – 1 BvR 2987/03, zitiert nach juris, Tz. 95 ff.; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17, zitiert nach juris, Tz. 107).

149

Zwar ist nicht auszuschließen, dass die Annahme einer sekundären Darlegungslast im Einzelfall keinen gerechten Ausgleich zwischen den betroffenen Rechtspositionen darstellt, die sekundäre Darlegungslast also nicht zumutbar ist oder allenfalls in abgeschwächter Form (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.1991 – KZR 18/90, zitiert nach juris, Tz. 28; Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 811, 813). Den notwendigen Tatsachenvortrag hierzu hätte jedoch, da es sich um eine Ausnahme vom hier gegebenen grundsätzlichen Eingreifen der sekundären Darlegungslast handelt, die Antragsgegnerin halten müssen. Dergleichen ist jedoch nicht geschehen. Die Antragsgegnerin hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch nicht einmal vorgetragen, in welchem Maße aus Sicht der F. schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von einer Offenlegung der Wertungsbegründung überhaupt betroffen wären.

150

Der Senat sieht auch keine Möglichkeit, die Antragsgegnerin von den mit der Annahme einer sekundären Darlegungslast für sie gegebenenfalls verbundenen Belastungen durch Rückgriff auf ein sogenanntes In-camera-Verfahren zu befreien. Ein solches wäre zwar in Anlehnung an das dem Wasserkonzessionsvergabeverfahren verwandte Kartellvergaberecht wünschenswert (vgl. zur Verfahrensweise im Kartellvergaberecht BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16, zitiert nach juris, Tz. 43 ff.). Es ließe einen Zugewinn an Rechtssicherheit für alle Beteiligten erwarten. Eine Übertragung der entsprechenden Regeln des Kartellvergaberechts scheidet allerdings aus. Der Gesetzgeber hat Wasserkonzessionsvergabeverfahren gemäß § 149 Nr. 9 GWB bewusst von der Anwendung des Vierten Teils des GWB ausgenommen. Auf Verfahren zur Vergabe einer Wasserkonzession ist infolgedessen allein das allgemeine Zivilprozessrecht anzuwenden. Diesem ist ein In-camera-Verfahren aus Gründen des Geheimnisschutzes fremd (siehe auch BGH, Urteil vom 09.12.2015 – IV ZR 272/15, zitiert nach juris, Tz. 18). Ein solches bedürfte einer ausdrücklichen Regelung durch den Gesetzgeber,

wie sie aktuell im Zusammenhang mit der Umsetzung der sogenannten Know-how-Richtlinie wieder gefordert wird (vgl. Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 811, 815).

151

Es bedarf in diesem Verfahren keiner Entscheidung des Senats, ob sich die nach Ansicht des Senats hier schon aus der Anwendung der Regeln über die sekundäre Darlegungslast ergebende Pflicht der Antragsgegnerin, die Begründung ihrer Wertungsentscheidung weitergehend als bisher geschehen offen zu legen, auch aus dem Transparenzgrundsatz ergibt. Das wird von anderen Kartelloberlandesgerichten bejaht. Diese Rechtsansicht, für die sich möglicherweise die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anführen lässt (vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – C-196/08), führt hier aber zu keinem für die Antragsgegnerin günstigeren Ergebnis. Die betreffenden Kartellsenate verlangen, dass die Wertung für den unterlegenen Bieter auch im Vergleich nachvollziehbar sein muss, wenn sich die Kommune – wie hier die Antragsgegnerin – bei der Bewertung der Angebote einer relativen Bewertungsmethode bedient hat (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17, zitiert nach juris, Tz. 103 ff.; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 – 6 U 1/17, zitiert nach juris, Tz. 127 ff.). In diesen Fällen gebiete es der Transparenzgrundsatz, nicht nur pauschal zu erklären, ein Mitbewerber sei besser gewesen, sondern auch konkret darzulegen, weshalb ein Mitbewerber besser bewertet wurde (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17, zitiert nach juris, Tz. 113). Daran fehlt es hier, und zwar in einem Umfang, der es unmöglich macht, die Kausalität etwaiger individueller Wertungsfehler für die Auswahlentscheidung auszuschließen. Die Antragsgegnerin hat die Begründung für die Punktevergabe an die Antragsgegnerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in Gänze zurückgehalten.

152

(a)

153

Die Antragsgegnerin hat die Angebotswertung aufgrund fehlender Nachvollziehbarkeit zu wiederholen und ihr Ergebnis der Antragstellerin – wie im Urteilstenor aufgegeben – bekannt zu machen, soweit die folgenden Wertungskriterien betroffen sind: A.3.1.1 „Wasserpreise“ Konzept, A.3.1.2 „Netzanschlusskosten“ Zusage, A.5.1.1 „Erreichbarkeit des persönlichen Kundenservices“ Konzept und Zusage, B.1.1 „Zahlungsmodalitäten Konzessionsabgabe“, B.1.3 „Weiterzahlung der Konzessionsabgabe (ab Vertragsende bis Neuaufnahme)“, B.1.4 „Kommunalrabatt“, B.1.5 „Verwaltungskostenbeiträge“, B.1.6 „Weitere unentgeltliche Wasserlieferungen“, B.2.1 „Frühzeitiger Antrag/Anzeige bei Aufgrabungen und Baumaßnahmen“, B.3.3 „Umgang mit Altleitungen und Anlagen (außer Betrieb), Beseitigung“, B.4 „Folgekostenregelung“, B.5.1 „Kündigung bei schwerwiegendem Verstoß gegen Vertragspflichten“, B.5.2 „Anzeigepflicht eines Kontrollwechsels bei der Konzessionärin“, B.5.4 „Zustimmungsvorbehalt der Stadt bei Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag“, B.5.6 „Zustimmungsvorbehalt der Stadt bei Übertragung wesentlicher Netzteile“, B.6.2 „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“, und B.6.4 „Angemessene Kostentragung der Netzentflechtungs- und Netzeinbindungskosten“. Hier hat F. insgesamt 215 Punkte erhalten, ohne dass dies für die Antragstellerin und den Senat im Vergleich mit der Bewertung des Angebots der Antragstellerin nachvollziehbar ist. Das ist angesichts der deutlich darunter liegenden Punktedifferenz zwischen den Angeboten der Antragstellerin und von F. für sich genommen bereits ausreichend, um die Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung in Frage zu stellen.

154

Aus der detaillierten Bewertung des Angebots der Antragstellerin ergibt sich jeweils: „Angebot erfüllt die Anforderungen im Vergleich zu den anderen Angeboten am besten“. Tatsächlich hat die Antragsgegnerin an F. in den jeweiligen Wertungsbereichen die gleiche Punktzahl vergeben wie an die Antragstellerin. Da sich die Antragsgegnerin einer relativen Bewertungsmethode bedient hat, ist dies nicht nachvollziehbar. Ihren Einwand, die Bewertung sei so zu lesen, dass das Angebot der Antragstellerin „das jeweilige Kriterium (mit) am besten erfüllt hat“, hat die Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Der von ihr in der Wertungsübersicht gewählte Wortlaut spricht nach Ansicht des Senats bei unbefangener Lektüre gegen die von ihr behauptete Lesart.

155

Der Senat ist insoweit auch nicht der Ansicht, dass bei Erreichen der Höchstpunktzahl in einem Wertungsbereich kein Anspruch auf Offenlegung der Bewertung des Angebots der Mitbieter besteht. Denn das Interesse der Antragstellerin an der Transparenz der Wertung kann sich auch daraus ergeben, dass das Angebot des Konkurrenten fehlerhaft zu hoch bewertet worden ist. Daraus kann sich im Vergleich zu der Bewertung des Angebots der Antragstellerin eine Diskriminierung in Form der ungerechtfertigten Gleichbewertung ungleicher Angebote ergeben.

156

(b)

157

Soweit die Antragstellerin rügt, dass die Wertung zum Kriterium A.1.1 „Zukünftige Zertifizierung“ in einem intransparenten Verfahren diskriminierend falsch erfolgt sei, hat sie einen individuellen Wertungsfehler der Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsgegnerin hat nachvollziehbar begründet, warum die zukünftigen Zertifizierungen der Antragstellerin in den Bereichen Konzept und Zusage schlechter bewertet worden sind als diejenigen von F. .

158

Der Vortrag der Antragstellerin, sie habe sämtliche geforderten Zertifizierungen nachgewiesen und die Anforderungen der Antragsgegnerin vollständig umgesetzt, da die Beibehaltung bestehender und die Erlangung künftiger Zertifizierungen vertraglich verpflichtend gewesen sei, trifft nicht zu. Die Antragstellerin hat unstreitig im Bereich Risikomanagement und Umweltmanagement keine Zertifizierungen beigebracht. Zwar hat sie zugesagt, auf Wunsch der Antragsgegnerin die entsprechenden Zertifizierungen zu erwerben. F. hat den Erwerb der notwendigen Zertifikate aber bereits vertraglich zugesichert. Damit bietet das Angebot der Antragstellerin weniger als das Angebot von F. und konnte gegenüber dem Angebot von F. in den Bereichen Konzept und Zusage ohne Wertungsfehler mit insgesamt 15 von 20 Punkten bewertet werden.

159

Auf die Wertung verfälschende Unklarheiten in den Vergabeunterlagen kann sich die Antragstellerin an dieser Stelle nicht berufen. Die Antragsgegnerin hat im Verfahrensbrief vom 01.06.2016 explizit darauf hingewiesen, dass Zertifizierungen u.a. in den Bereichen Risikomanagement und Umweltmanagement erwartet werden sowie Aussagen dazu, über welche Zertifizierungen Bewerber oder Dritte verfügen werden. Zudem war ausdrücklich angekündigt, dass die Zusage gesondert bewertet werden sollte. Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin in ihrer Bewertungsübersicht (Anlage AG28) ausdrücklich berücksichtigt, dass die Antragstellerin auf besonderen Wunsch weitere Zertifizierungen erwerben werde. Dass dieser Umstand im Bereich Zusage nicht bewertet worden wäre, ist nicht ersichtlich.

160

(c)

161

Entgegen der Annahme des Landgerichts hat die Antragstellerin einen individuellen Wertungsfehler in Bezug auf die Wertung des Kriteriums A.1.3 „Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung“, namentlich in Bezug auf das Unterkriterium A.1.3.1 „Ausfall von Dargebot“, nicht glaubhaft gemacht.

162

Das Angebot der Antragstellerin beinhaltet ein Wasserdargebot zur Versorgung des Stadtgebietes der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin beabsichtigt, drei Tiefbrunnen im Bereich des Dargebots Qb./Oj. zu errichten. F. stehen demgegenüber fünf Wasserdarangebote zur Verfügung, namentlich die E.talsperre, der P.see und die L.talsperre im Talsperrenverbundsystem, die X.talsperre sowie die Grundwasserdarangebote Tu.-Cj. und Ft.-Ib. Damit ist die Bewertung des Angebots von F. mit 75 Punkten im Vergleich zum Angebot der Antragstellerin mit 45 Punkten weder intransparent noch mit einem Wertungsfehler behaftet. Die Bewertung bewegt sich wegen der Angebotsunterschiede innerhalb des der Antragsgegnerin zustehenden Bewertungsspielraums.

163

Die Beanstandungen des Landgerichts, die Antragsgegnerin habe sich nicht mit den Szenarien auseinandergesetzt, dass der Strom auch in den beiden Wasserwerken von F. gleichzeitig ausfallen könne und dass nach einem atomaren Störfall im Atomkraftwerk U. die Talsperren-Darangebote atomar verseucht werden könnten, zeigen keinen Wertungsfehler auf. Es verstößt nicht gegen das Willkürverbot und bewegt sich noch innerhalb des Wertungsspielraums der Antragsgegnerin, dass sie diesen Szenarien bei der Bewertung keine Bedeutung beigemessen hat.

164

Soweit die Antragstellerin geltend gemacht hat, vom Angebot eines Konzepts einer alternativen Wasserversorgung durch Einspeisung aus den Wasserversorgungsanlagen von F. nach einem Bietergespräch mit der Antragsgegnerin Abstand genommen zu haben, ist die Annahme des Landgerichts zutreffend, dass kein Wertungsfehler vorliegt. Ein Nebenangebot kann nur dann gewertet werden, wenn es zugelassen ist. Das war hier nicht der Fall. Zudem hätte es einer

Absichts- oder Verpflichtungserklärung von F. bedurft, da die Antragstellerin sich auf deren Leistungsfähigkeit berufen wollte, worauf die Antragstellerin im Bietergespräch hingewiesen worden ist.

165

Soweit die Antragstellerin rügt, dass die Bewertung ihres Angebots in den Bereichen Konzept und Zusage falsch sei, weil die Antragsgegnerin unzutreffend angenommen habe, dass ein Komplettausfall der drei Brunnen des Dargebots nicht abgesichert sei, liegt kein Wertungsfehler vor. Die Antragstellerin meint, dass sie mit drei Brunnen und verschiedenen Transportleitungen die Wasserversorgung nach dem n-1-Prinzip redundant angeboten und damit den Ausfall des Dargebots ausreichend abgesichert habe. Wie sich schon aus der Bezeichnung des Wertungskriteriums „Ausfall von Dargebot“ und den Erläuterungen zu dem Verfahrensbrief vom 01.06.2016 ergibt, erwartete die Antragsgegnerin Ausführungen zum Ausfall des Dargebots. Die Antragstellerin verfügt aber lediglich über ein Dargebot, so dass Ausführungen zur Redundanz dreier Tiefbrunnen zur Sicherstellung der Versorgung aus diesem Dargebot unbehelflich sind. F. verfügt über fünf Dargebote, so dass die Notversorgung der Stadt bei Ausfall eines Dargebots deutlich sicherer ist.

166

Bezüglich des Unterkriteriums A.1.3.2 „Ausfall der Einspeisepunkte“ liegt ebenfalls kein Wertungsfehler vor. Das Angebot der Antragstellerin beinhaltet zwei eng beieinander liegende Einspeisepunkte aus redundanten Einspeiseleitungen in das Versorgungsnetz der Stadt. Das Angebot von F. beinhaltet drei Einspeisepunkte, so dass ein weiterer redundanter Einspeisepunkt vorhanden ist. Damit ist die Bewertung des Angebots von F. mit 55 Punkten im Vergleich zum Angebot der Antragstellerin mit 44 Punkten weder intransparent noch diskriminierend.

167

Soweit die Antragstellerin in der Berufungsinstanz vorträgt, dass die Wertung dieses Kriteriums unberücksichtigt lasse, dass sie das Netz mit zwei Druckzonen versorgen wolle und die Versorgung von F. mit einer Druckzone zur Erfüllung der Anforderungen der Antragsgegnerin nicht ausreichend sei, macht sie damit keinen Wertungsfehler glaubhaft. Die Wertung der Antragsgegnerin hält sich innerhalb des ihr zustehenden Bewertungsspielraums. Zunächst ist nicht vorgetragen oder sonst erkennbar, in welchem Zusammenhang das Kriterium „Ausfall der Einspeisepunkte“ mit der Einrichtung verschiedener Druckzonen steht. Zudem betreibt F. die Wasserversorgung des Netzes seit Jahren unbeanstandet mit einer Druckzone. Weiter hat die Antragsgegnerin in den Erläuterungen zu den Wertungskriterien die Einrichtung von zwei Druckzonen nicht verlangt.

168

(d)

169

Soweit das Landgericht die Wertung der Antragsgegnerin zu dem Unterkriterium A.1.4.1 „personelles Konzept vor Ort“ beanstandet hat, ist dies zu Recht geschehen. Die Bewertung der Antragsgegnerin ist nicht nachvollziehbar. In der detaillierten Bewertungsübersicht (Anlage

AG28) führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin neun Mitarbeiter für das Versorgungsgebiet der Antragsgegnerin einsetzen und bei Bedarf auf weitere Mitarbeiter aus anderen Versorgungsgebieten zurückgreifen wolle. Die Antragstellerin beschreibe das personelle Konzept nicht so detailliert und schlüssig wie F. und erhalte deshalb 16 von 20 möglichen Punkten. Im Berufungsrechtszug hat sie zur Bewertung des Angebots der F. weiter lediglich vorgetragen, dass F. mehr vergleichbar qualifiziertes Personal einsetzen wolle als die Antragstellerin, ohne jedoch deren konkreten Personaleinsatz zu nennen. Der Senat wertet die diesbezügliche Rüge der Antragsstellerin, der Vortrag genüge weiterhin nicht den Anforderungen, als zulässiges pauschales Bestreiten, weil die Antragstellerin keine Einsicht in das Angebot von F. hatte. Einem Glaubhaftmachungsangebot der Antragsgegnerin durch Vernehmung der Zeugen L. und W. musste nicht nachgegangen werden. Mangels konkreten Tatsachenvortrags der Antragsgegnerin handelte es sich bei dem Beweisantritt um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis.

170

(e)

171

Soweit das Landgericht die Wertung zu dem Unterkriterium A.1.5.1 „Netzbetrieb“ beanstandet hat, geschah dies ebenfalls zu Recht. Die Bewertung der Antragsgegnerin ist insoweit nicht nachvollziehbar. In der Auswertung des Angebots der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin lediglich mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin qualitativ nur geringfügig vom besten Angebot abweiche. Eine konkrete Begründung, worin die qualitative Abweichung liegt, hat die Antragsgegnerin auch im Berufungsrechtszug nicht gegeben. Sie trägt lediglich vor, dass im Konzept von F. entsprechend der im Kriterienkatalog dargestellten Anforderungen detaillierte Angaben zur technischen Ausstattung vorgenommen werden, die die Erwartungen voll erfüllen und hält sich zur Offenlegung weiterer Details zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von F. für nicht verpflichtet.

172

(f)

173

Soweit das Landgericht beanstandet hat, dass die verhältnismäßige Abstufung der Vorgabe im Bereich Wasserhärte zu A.2 der Wertungsmatrix nicht nachvollziehbar sei, ist ein Wertungsfehler demgegenüber nicht glaubhaft gemacht.

174

Den Erläuterungen zu den Wertungskriterien aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 01.06.2016 war zu entnehmen, dass sie eine möglichst gleichbleibende Wasserqualität mit 3,1 – 3,9° dH erzielen wollte und dass für dieses Kriterium zehn Punkte vergeben werden sollten, die zur Wertung mit dem Faktor 4 multipliziert werden sollten. Das Angebot von F. beinhaltete mit 3,1 – 3,9° dH das weichste Wasser. Damit hat das Angebot bei der Anwendung der relativen Bewertungsmethode die Höchstzahl von zehn Punkten und ein Ergebnis von 40 Punkten erhalten. Das Angebot der Antragstellerin sah insoweit 8-11° dH vor. Damit war das Angebot der Antragstellerin dem Bereich mittlerer Härte zuzuordnen und im günstigsten Fall mit einem

etwa doppelt so hohen Wert versehen wie das Angebot der F. im schlechtesten Fall. Dass die Antragsgegnerin für das Angebot der Antragstellerin dennoch mit fünf Punkten die halbe mögliche Punktzahl vergeben hat, stellt sich nicht als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu Lasten der Antragstellerin dar. Die Antragsgegnerin hat bei dieser Wertung nicht den ihr zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielraum überschritten. Die Antragsgegnerin ist von einem zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen, sie hat eine nachvollziehbare Begründung abgegeben und es haben keine anderen Kriterien eine Rolle gespielt, als sie zuvor bekannt gemacht hat.

175

(g)

176

Bezüglich der Bewertung des Wertungskriteriums A.3.1.2 Netzanschlusskosten hat die Antragstellerin einen individuellen Wertungsfehler der Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin und F. haben gleich gut bewertete Angebote zum Kriterium A.3.1.2 im Bereich Zusage abgegeben. Es ist nicht feststellbar, dass das Angebot von F. in diesem Bereich lediglich sechs anstatt 15 Punkte hätte erhalten dürfen. Insoweit hat das Landgericht in nicht zulässiger Weise seine Bewertung des Angebots an die Stelle der Wertung der Antragsgegnerin gesetzt. Wegen der von der Antragsgegnerin zulässigerweise gewählten Bewertungsmethode musste sich die Abstufung der Wertungen der Konzepte der Bewerber nicht im gleichen Verhältnis im Bereich der Zusage widerspiegeln.

177

(h)

178

Soweit die Antragstellerin rügt, dass die Antragsgegnerin in den Wertungsbereichen A.1.6 „Löschwasserkonzept“, B.1.4 „Kommunalrabatt“, B.1.5 „Verwaltungskostenbeiträge“, B.2.1 „Frühzeitiger Antrag/Anzeige bei Aufgrabungen und Baumaßnahmen“, B.3.2 „Gewährleistungsmanagement“, B.3.3 „Umgang mit Altleitungen“, B.5.2 „Anzeigepflicht eines Kontrollwechsels bei der Konzessionärin“, B.5.1 „Kündigungsrecht bei schwerwiegendem Verstoß gegen Vertragspflichten“, B.5.6 „Zustimmungsvorbehalt der Stadt bei Übertragung wesentlicher Netzteile“, B.6.2 „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“ und B.6.4 „Angemessene Kostentragung bei Netzentflechtungs- und Netzeinbindungskosten“ die relative Bewertungsmethode unzulässig durchbrochen habe, ist damit ein Wertungsfehler der Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsgegnerin hat eingewandt, von der relativen Bewertungsmethode nicht abgewichen zu sein. Vielmehr habe sie gewertet, ob ein Angebot im Vergleich zu den anderen Angeboten die Anforderungen am besten erfüllt. Danach stellt sich die von der Antragstellerin beanstandete Formulierung in der Wertungsübersicht (Anlage AG28) allenfalls als sprachliche Ungenauigkeit dar. Diese Erklärung erscheint dem Senat nicht weniger wahrscheinlich als die Behauptung der Antragstellerin. Soweit die Antragstellerin und F. bei den von der Antragstellerin aufgeführten Kriterien die gleiche Punktzahl erhalten haben, gilt das oben unter (a) Ausgeführte.

179

(i)

180

Einen Wertungsfehler im Unterkriterium A.4.1.1 „Umweltfreundliche Bauverfahren“ hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Sie rügt, dass die Antragsgegnerin den Einsatz von lärm- und vibrationsgedämmten Baumaschinen zur Minderung von Lärmimmissionen, die Aufbereitung und Wiederverwendung von Bodenaushub, die Koordinierung von Baumaßnahmen mit allen Versorgungsträgern und Straßenbaulastträgern zur Vermeidung von Mehrfachaufbrüchen, die artenschutzrechtliche Bewertung von Fauna und Flora sowie umfangreiche vertragliche Verpflichtungen zu Einzelpositionen im Bereich „Umweltfreundliches Bauen und Betreiben“ in § 9 des Konzessionsvertragsentwurfs nicht berücksichtigt und gewertet habe. Dazu macht die Antragsgegnerin geltend, dass die vorgenannten Umstände aus Platzgründen nicht vollständig in die Bewertungsmatrix übernommen, jedoch bei der Bewertung berücksichtigt worden seien. Es handele sich um Verfahren, die im Wesentlichen zum baufachlichen Tagesgeschäft gehörten und von anderen Bewerbern auch beschrieben worden seien. Anlass zu einer besseren Bewertung hätten sie nicht geboten. Dieses Vorbringen hat die Antragstellerin nicht bestritten. Für den Senat ist danach kein Grund ersichtlich, warum die Antragsgegnerin ihren Bewertungsspielraum überschritten haben sollte.

181

(j)

182

Auch zum Kriterium A.4.2.1 „Energieaufwand“ hat die Antragstellerin keinen Wertungsfehler der Antragsgegnerin glaubhaft gemacht. Sie rügt, dass die Darstellung in der Bewertung, der Energieaufwand der Antragstellerin sei höher als der von F., falsch sei. Die Aufbereitung des Talsperrenwassers mit Chemikalien, die langen Transportwege des Wassers von der Fj. bis nach V. durch welliges Gelände und einige Pumpstationen könnten nicht zu einem geringeren Stromverbrauch führen als die Wasserbereitstellung der Antragstellerin aus einem 4 km entfernten Brunnen. Allerdings würde das von der Antragstellerin zu liefernde Wasser nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragsgegnerin durch eine Aufbereitung und über eine Strecke von 4 km Länge in das Versorgungsnetz gepumpt. Der notwendige Wasserdruck für den Transport des von F. gelieferten Wassers entstehe demgegenüber im Wesentlichen durch natürliche Höhendifferenz und nicht durch energieaufwendiges Pumpen. Danach ist für den Senat nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin sich, insbesondere wegen der Annahme eines unrichtigen Sachverhalts, nicht mehr innerhalb ihres Wertungsspielraums gehalten hätte.

183

(k)

184

Nicht glaubhaft gemacht hat die Antragstellerin einen Wertungsfehler bei dem Kriterium A.4.2.2 „Umweltfreundlicher Fuhrpark“. Nach ihrer Ansicht wird sie dadurch diskriminiert, dass sie zwar im Bereich Konzept, nicht jedoch im Bereich Zusage die volle Punktzahl erreicht habe. Die Begründung der Abwertung der Antragsgegnerin, im Bereich Zusage seien kein

zeitlicher Rahmen für die Umsetzung und keine Zielquoten genannt, sei schon deshalb falsch, weil sämtliche im Gebiet der Antragsgegnerin eingesetzten Fahrzeuge – bis auf temporär eingesetzte Sonderfahrzeuge – elektro- und erdgasgetrieben seien. Hierzu hat die Antragsgegnerin unbestritten vorgetragen, dass die vertragliche Zusage im Hinblick auf die zeitliche Umsetzung und die Zielquote nicht konkret genug gewesen sei. In den Erläuterungen zu den Wertungskriterien habe sie ausdrücklich vertragliche Zusagen zum Anteil von Fahrzeugen mit Gas- oder Elektroantrieb oder vergleichbar umweltfreundlichen Antriebstechniken gefordert. Diese habe die Antragstellerin nicht erbracht. Tatsächlich hat die Antragstellerin in § 9 Nr. 5 ihres Konzessionsvertragsentwurfs (Anlage AST28) lediglich zugesagt, bei der Ausweitung ihres Fuhrparks in Zukunft, sofern möglich, nur noch erdgasbetriebene Fahrzeuge oder Elektrofahrzeuge zu beschaffen und zu nutzen.

185

(l)

186

Soweit die Antragstellerin rügt, die Bewertung von Konzept und Zusage zum Unterkriterium A.5.3 „Dauer der Anschlussbereitstellung“ sei inkonsistent, weil das Konzept um ...% abgewertet werde, die Zusage mit gleichem Inhalt jedoch die volle Punktzahl erhalten habe, ist ein Wertungsfehler nicht glaubhaft gemacht. Nach unstrittigem Vortrag der Antragsgegnerin, der dem Inhalt der Wertungsübersicht (Anlage AG28) entspricht, ist im Konzept der Antragstellerin eine längere Dauer der Anschlussbereitstellung vorgesehen als in den Konzepten der Mitbewerber. Die vertragliche Zusage enthielt dann aber im Vergleich zu den Bewerbern die besten konkreten Zusagen und wurde folglich mit der Höchstpunktzahl bewertet.

187

(m)

188

Soweit die Antragstellerin rügt, dass ihr Angebot im Wertungsbereich B.1.1 „Zahlungsmodalitäten Konzessionsabgabe“ nicht vollständig erfasst und damit im Vergleich zu schlecht bewertet worden sei, wird ein Wertungsfehler von ihr nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsgegnerin hat nach dem Vortrag der Antragstellerin bei der Wertung nicht berücksichtigt, dass sie als Zahlungsziel für die Konzessionsabgabe den 3. eines Monats anstelle des 15. eines Monats angeboten habe. Die Antragsgegnerin hat jedoch ausweislich der Wertungsübersicht (Anlage AG28) diesen Umstand in der Wertung berücksichtigt. Sie trägt dazu vor, dass sie in der früheren Zahlung der Konzessionsabgabe keinen Vorteil für sich sieht, der eine bessere Bewertung der Antragstellerin rechtfertigt. Da die Konzessionsabgaben monatlich gezahlt würden, ergebe sich allein im ersten Monat ein geringfügiger zeitlicher Vorteil, der in den Folgemonaten nicht mehr bestehe. Diese Wertung hält sich innerhalb des der Antragsgegnerin zustehenden Bewertungsspielraums.

189

(n)

190

Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Inhalt ihres Angebots zum Unterkriterium B.2.2 „Koordination und Abstimmung bei Baumaßnahmen mit der Stadt“ unvollständig erfasst worden sei, weil ihre Verpflichtung, geplante Baumaßnahmen um bis zu fünf Jahre vorzuziehen, in der Bewertungsübersicht nicht erwähnt sei, ist damit ebenfalls kein Wertungsfehler glaubhaft gemacht. Die Antragsgegnerin hat unbestritten vorgetragen, dass sich aus diesem Umstand für sie kein Vorteil ergibt, sondern die Vorteile lediglich die Antragstellerin betreffen. In § 7 Nr. 10 des Konzessionsvertragsentwurfs der Antragstellerin sei zudem die Verpflichtung der Antragsgegnerin enthalten, in den nächsten zwei Jahren geplante Straßenbaumaßnahmen der Antragstellerin mitzuteilen. Die Verletzung dieser Pflicht könnte ggf. zu Schadensersatzansprüchen führen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin mit diesen Erwägungen den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hätte. Dies gilt umso mehr, als das Angebot der Antragstellerin in diesem Bereich mit der vollen Punktzahl von zehn Punkten bewertet worden ist und das Angebot von F. lediglich mit neun Punkten.

191

(o)

192

Die Bewertung des Kriteriums B.3.1 „Wiederherstellung von Oberflächen“ durch die Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden. Soweit die Antragstellerin rügt, dass die positive Wertung der von ihr angebotenen „Mängelbürgschaft“ unterblieben sei, hat sie keinen Wertungsfehler glaubhaft gemacht. Dabei ist unerheblich, ob man diese Rüge – wie die Antragstellerin – dem Kriterium B.3.1 oder – wie die Antragsgegnerin – dem Kriterium B.3.2 „Gewährleistungsmanagement“ zuordnet, da in beiden Bereichen das Angebot der Antragstellerin mit der Höchstpunktzahl von zehn Punkten und das von F. mit acht Punkten bewertet worden ist. Die Antragsgegnerin hat unbestritten vorgetragen, dass sie in der Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft für Baumängel für sich keinen Vorteil gesehen hat. Die Antragsgegnerin hat auch weder in den Erläuterungen zu B.3.1 noch in denen zu B.3.2 die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft als Anforderung definiert. Die dort definierten Anforderungen lauten:

193

„Die Stadt V. strebt eine vertragliche Regelung an, nach welcher der Bewerber nach Beendigung von Bauarbeiten im öffentlichen Verkehrsraum die Verkehrswege wieder in einen zum früheren Zustand mindestens gleichwertigen Zustand versetzt (Unterkriterium B.3.1). Die auf die ordnungsgemäße Fertigstellung erfolgende Abnahme soll spätestens acht Wochen nach der Fertigstellung erfolgen können.

194

Angestrebt wird weiterhin ein effektives Gewährleistungsmanagement (Unterkriterium B.3.2). Gewünscht ist eine vertragliche Regelung, die der Stadt V. das ausdrückliche Recht zur Selbstvornahme nach vorherigen Ablauf einer angemessenen Frist einräumt. Die Gewährleistungszeit soll fünf Jahre betragen, wobei die Einräumung einer längeren Gewährleistung nicht zu einer Betterbewertung führt.“

195

Zu der Erfüllung der obigen Anforderungen trägt die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft nichts bei.

196

Die Antragsgegnerin trägt weiter unbestritten vor, dass Schuldnerin etwaiger Gewährleistungsansprüche ihr gegenüber die Antragstellerin wäre, die für die gegen sich gerichteten Ansprüche vermutlich eine Bankbürgschaft stellen wolle. Da sie, die Antragsgegnerin, sich aber einen Überblick über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin verschafft habe, habe sie in einer zusätzlichen Bankbürgschaft für sich keinen Vorteil gesehen, zumal diese nur auf Wunsch und im nicht näher bestimmten Einzelfall habe gestellt werden sollen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin damit den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hätte.

197

(p)

198

Soweit die Antragsgegnerin einen Wertungsfehler beim Unterkriterium 3.2 „Gewährleistungsmanagement“ rügt, ist ein solcher nicht glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin macht geltend, die Antragsgegnerin habe in der Bewertungsübersicht nicht dargestellt, dass sie, die Antragstellerin, in § 7 Nr. 16 Satz 5 ihres Konzessionsvertragsentwurfs den Verzicht auf die Einrede der Verjährung bei Anzeigeversäumnis angeboten habe. Die Antragsgegnerin trägt dazu unbestritten vor, dass nach den oben dargestellten Erläuterungen die Einräumung einer längeren Gewährleistungsfrist nicht zu einer Besserbewertung des Angebots führe. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hat, zumal ihr Angebot bei diesem Kriterium ohnehin besser bewertet worden ist als dasjenige der F. . Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist führt faktisch zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist, welche die Antragsgegnerin, was ihrer Bestimmungsfreiheit unterliegt, nicht als Vorteil werten wollte.

199

(q)

200

Bezüglich des Kriteriums B.3.4 „Anliegerinformationen“ ist ein Wertungsfehler der Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin rügt insoweit, dass die Verpflichtung zur Minimierung von Beeinträchtigungen durch Flächeninanspruchnahme in § 7 Nr. 7 Satz 1 ihres Konzessionsvertragsentwurfs nicht in der Bewertungsübersicht dargestellt und von der Antragsgegnerin nicht gewertet worden sei. Hierzu trägt die Antragsgegnerin vor, dass es bei diesem Kriterium auch ausweislich der Erläuterungen zu dem Wertungskriterium ausschließlich um Informationen ging und nicht um eine Flächeninanspruchnahme. Zudem handele es sich bei der Formulierung der Antragstellerin um eine sehr vage und weitläufige vertragliche Absichtserklärung. Schließlich hat die Antragstellerin bei diesem Kriterium die

Höchstpunktzahl von zehn Punkten erhalten, F. hingegen lediglich acht Punkte. Nach alledem ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin damit den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hätte.

201

(r)

202

Soweit die Antragstellerin einen Wertungsfehler beim Kriterium B.3.5 „Mitverlegung von Leerrohren“ rügt, ist ebenfalls kein Wertungsfehler glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin rügt, ihre Zusage der Mitverlegung von Leerrohren bei Baumaßnahmen Dritter zur Vermeidung späterer Aufbrüche in § 7 Nr. 21 Sätze 4 und 5 ihres Konzessionsvertragsentwurfs sei in der Bewertungsmatrix nicht dargestellt worden und nicht in die Bewertung eingeflossen. Hierzu trägt die Antragsgegnerin unbestritten vor, dass die Mitverlegung von Leerrohren bei Baumaßnahmen Dritter nicht Gegenstand der mitgeteilten Auswahlkriterien gewesen sei. Darüber hinaus könne dieser Teil des Angebots nicht bewertet werden, weil die Mitverlegung von Leerrohren nicht in der Dispositionsbefugnis der Antragstellerin, sondern in der des Dritten liege. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin damit den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hätte. In den Erläuterungen zu den Bewertungskriterien heißt es: „Darüber hinaus wird eine vertraglich vereinbarte Möglichkeit zur Mitverlegung von Leerrohren angestrebt (Unterkriterium B.3.5).“ Die vertragliche Möglichkeit für die Antragsgegnerin, bei Baumaßnahmen der Antragstellerin Leerrohre zu verlegen, ist ausweislich der Wertungsübersicht (Anlage AG28) aber bewertet worden. Dass die Antragsgegnerin eine vertragliche Möglichkeit mit der Antragstellerin vereinbaren wollte, nach der Letztere bei Bauarbeiten Dritter Leerrohre verlegt, ergibt sich aus den Erläuterungen nicht. Zudem ist in § 7 Nr. 21 Satz 4 des Konzessionsvertragsentwurfs der Antragstellerin vorgesehen: „Die Konzessionärin wird offene Gräben im Zuge von Baumaßnahmen Dritter bei Straßen- und Wegekrenzungen, engen Straßenprofilen usw. nutzen, um vorsorglich Schutzrohre zu verlegen.“ In der Regelung ist von Leerrohren nicht die Rede.

203

(s)

204

Ein Fehler bei der Wertung des Unterkriteriums B.4 „Folgekostenregelung“ ist ebenfalls nicht glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin rügt, dass die Regelung in § 11 Nr. 4 Satz 3 ihres Konzessionsvertragsentwurfs, nach der die Folgekostenregelung auf Leitungen, die durch die Änderung öffentlicher Verkehrswege erstmals berührt sind, nicht in die Wertungsmatrix aufgenommen und nicht gewertet worden sei. Hierzu trägt die Antragsgegnerin vor, dass die genannte Regelung inhaltsleer sei, da sich die Folgepflicht bereits aus § 11 Nr. 4 Satz 1 des Vertragsentwurfs ergebe. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin damit den ihr zustehenden Bewertungsspielraum überschritten hätte. Die Antragsgegnerin musste in der Zusage keinen positiv zu bewertenden Vorteil sehen. Die Regelung in § 11 Nr. 4 Satz 3 geht nicht über diejenige in § 11 Nr. 4 Satz 1 des Vertragsentwurfs hinaus, sondern enthält allenfalls eine Klarstellung. § 11 Nr. 4 Satz 1 lautet: „Werden durch die Verlegung von Verkehrswegen, sonstige Änderungen an den Verkehrswegen (z. B. Tieferlegung), durch Unterhaltungsmaßnahmen an den Verkehrswegen oder durch andere im öffentlichen Interesse

stehende Gründe Änderungen an den bestehenden Wasserversorgungsanlagen erforderlich, so hat die Konzessionärin ihre Wasserversorgungsanlagen allen Veränderungen an den Verkehrswegen anzupassen (Folgepflicht).“ Satz 3 lautet: „Dies gilt auch für Wasserversorgungsanlagen, die durch die Änderung der öffentlichen Verkehrswege erstmals berührt werden.“

205

(t)

206

Schließlich hat die Antragstellerin auch bezüglich der Wertung des Kriteriums B.5.1 „Kündigungsrecht bei schwerwiegendem Verstoß gegen Vertragspflichten“, bei dem die Antragstellerin und F. jeweils die Höchstzahl von zehn Punkten erhalten haben, keinen Wertungsfehler glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin rügt insoweit, dass nach ihrem Entwurf des Konzessionsvertrages in § 16 Nr. 2 Satz 2 die schwerwiegende Nichterfüllung einer Vertragspflicht anstelle der schwerwiegenden Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags durch die Stadt berechtigen sollte. Die Antragsgegnerin trägt hierzu unbestritten vor, dass ihr Vertragsentwurf ursprünglich vorgesehen habe, dass eine schwerwiegende Nichterfüllung einer Vertragspflicht unter zusätzlichen Voraussetzungen zur außerordentlichen Kündigung berechtigen sollte. Im Rahmen ihres indikativen Angebots habe die Antragstellerin dann den Vertragsentwurf dahingehend abgeändert, dass nur die schwerwiegende Nichterfüllung einer wesentlichen Vertragspflicht Kündigungsgrund sein sollte. Nachdem die Antragsgegnerin in dem Aufklärungsgespräch am 07.09.2016 darauf hingewiesen worden sei, dass Änderungen oder Streichungen im Vertragsentwurf zu Lasten der Antragsgegnerin gegenüber einer unveränderten Annahme des Wortlauts zu Punktabzügen führen könne, habe die Antragstellerin in ihrem verbindlichen Vertragsangebot das Wort „wesentliche“ wieder gestrichen.

207

Angesichts dessen hat die Antragsgegnerin mit ihrer Bewertung den ihr zustehenden Bewertungsspielraum nicht überschritten. Gründe, aus denen das Angebot der Antragstellerin bei diesem Kriterium gegenüber demjenigen der F. besser bewertet werden müssten, sind nicht ersichtlich.

208

2.

209

Soweit sich Verfügungsansprüche der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin auch aus weiteren Anspruchsgrundlagen ergeben, bedürfen diese hier keiner Erörterung. Sie gehen jeweils nicht weiter als der Anspruch aus §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F.

210

3.

211

Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung scheitert schließlich nicht am nach §§ 935, 940 ZPO erforderlichen Antragsgrund.

212

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, fehlt dem Antrag nicht die Dringlichkeit. Mit der Ankündigung der Antragsgegnerin im Schreiben vom 28.10.2016, binnen 15 Tagen den Konzessionsvertrag mit der F. zu unterzeichnen, blieb der Antragstellerin nur noch die Möglichkeit, hiergegen einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. Die Antragstellerin musste sich entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht darauf verweisen lassen, die Nichtigkeit eines unter Verstoß gegen kartellrechtliche Verbotsvorschriften geschlossenen Vertrages feststellen zu lassen.

213

III.

214

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Parteien obsiegen und unterliegen nach Ansicht des Senats zu etwa gleichen Teilen.

215

Die Entscheidung über den Streitwert in beiden Instanzen bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Parteien vorbehalten.

216

IV.

217

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien geben zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 1 oder § 156 Abs. 2 ZPO keinen Anlass. Insbesondere liegt keiner der zwingenden Wiedereröffnungsgründe des § 156 Abs. 2 ZPO vor. Dies gilt zumal für den Wiedereröffnungsgrund des § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Sach- und Rechtslage ist im Termin zur mündlichen Verhandlung umfassend erörtert worden. Die Parteien hatten ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme.

218

(\* ) Am 21.06.2018 erging folgender Berichtigungsbeschluss:

219

Das am 13. Juni 2018 verkündete Urteil wird wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahingehend ergänzt, dass in den Tenor zwischen den zweiten und dritten Absatz folgender Ausspruch aufgenommen wird:

220

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

221

Gründe:

222

Das am 13. Juni 2018 verkündete Urteil des Senats war gemäß § 319 Abs. 1 ZPO in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang wegen offenkundiger Unrichtigkeit zu ergänzen. Aus dem Zusammenhang des verkündeten Tenors mit den Urteilsgründen ergibt sich eindeutig, dass der Senat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vollständig geprüft und teilweise zurückgewiesen hat. Ergibt sich aus den Urteilsgründen, dass die Klage teilweise abgewiesen worden ist, kann das Urteil insoweit gem. § 319 ZPO berichtigt werden (BGHZ 182, 158, Juris-Tz 67). Für ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann nichts anderes gelten.