

Gericht:	LG Köln 10. Kammer für Handelssachen	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	01.12.2016	Normen:	§ 19 Abs 1 GWB, § 19 Abs 2 Nr 1 GWB, § 31b Abs 6 GWB, § 33 Abs 1 S 2 GWB, § 160 Abs 3 GWB, § 160 Abs 4 Nr 4 GWB
Rechtskraft:	ja	Zitiervorschlag:	LG Köln, Urteil vom 01. Dezember 2016 – 90 O 57/16 –, juris
Aktenzeichen:	90 O 57/16		
Dokumenttyp:	Urteil		

Untersagung des Abschlusses eines Konzessionsvertrages aus dem vorangegangenen Ausschreibungsverfahren wegen Verfahrensfehlern

Orientierungssatz

1. Der Verfügungsgrund für den Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses eines Wasserkonzessionsvertrages auf Grundlage des Ausschreibungsverfahrens entfällt nicht dadurch, dass die Antragstellerin nach der Zurückweisung ihrer Rügen nicht bereits zu diesem Zeitpunkt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hiergegen vorgegangen ist. Es besteht generell keine vorgezogene Verpflichtung des Bieters, bei Zurückweisung von Beanstandungen hiergegen sofort ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren einzuleiten. Eine Anwendung der für das förmliche Vergabeverfahren geltenden Bestimmung in § 160 Abs. 3 GWB findet auf das Konzessionsverfahren nicht statt, was dazu führt, dass auch keine Analogie zu § 160 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Betracht kommt.(Rn.65)(Rn.66)

2. Es liegt ein den Unterlassungsanspruch begründender Verfahrensfehler vor, wenn es seitens der Antragsgegnerin an der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens fehlt. Denn soweit nach den Verfahrensvorgaben bei einer beabsichtigten Inanspruchnahme Dritter zum Betrieb des Wasserversorgungsnetzes die Eignungsnachweise auch für den betreffenden Dritten vorzulegen sind, hätte auch das Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke, welches ein Zusammenwirken mit Dritten, (hier: der Bieterin) in Bezug auf den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes plante, solche Nachweise erbringen müssen. Soweit die Nachweise für die Bieterin, welche mit dem Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke zusammenwirken soll, nicht vorgelegen haben, hätte diese vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.(Rn.71)(Rn.73)

3. Verfahrensfehler sind auch bei der Erstellung der Bewertungskriterien bzw. Festlegung der Bewertungsmethoden aufgetreten, weil das Kriterium der Wasserqualität durch die Beschränkung auf das einzige Unterkriterium der gleichbleibenden Wasserhärte sachwidrig eingengt wurde, wodurch die Bieterin in nicht gerechtfertigter Weise bevorzugt worden ist. Es ist auch verfahrensfehlerhaft, dass die angewandte Bewertungsmethode nicht aus den Bewerbungsunterlagen hervorgegangen ist, was zur Intransparenz führt, und den Bietern zudem keine zutreffenden Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten erteilt worden sind.(Rn.77)(Rn.78)(Rn.86)(Rn.90)

Fundstellen

NZBau 2017, 377-384 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

IR 2017, 91-92 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

Tenor

Der Antragsgegnerin wird untersagt, aufgrund des Ratsbeschlusses vom 27.10.2016 einen Konzessionsvertrag über den Netzbetrieb und die Versorgung mit Wasser (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 zumindest teilweise privaten Dritten abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren diskriminierungsfrei über die Erteilung der Wasserkonzession entschieden ist.

Der Antragsgegnerin wird für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 EUR angedroht, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, die Ordnungshaft jeweils zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter der Antragsgegnerin.

Die Kosten des Verfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

- 1 Die Antragstellerin begehrt als unterlegene Bieterin in dem von der Antragsgegnerin betriebenen Verfahren zur Vergabe der Wasserkonzession in deren Stadtgebiet im Wege der einstweiligen Verfügung die Untersagung des Abschlusses eines Konzessionsvertrages mit der obsiegenden Bieterin, der Altkonzessionären F GmbH (im folgenden: F).
- 2 Die Antragsgegnerin hatte den Wasserkonzessionsvertrag mit der F bereits im Jahr 2014 zum 30.06.2016 gekündigt, da sie sich von einer Neuverhandlung der Konditionen Vorteile für den kommunalen Haushalt, insbesondere zur Finanzierung des Ü-Bades versprach. In einer nicht-öffentlichen Ratssitzung vom 05.02.2015 wurde eine Rekommunalisierung der Wasserversorgung unter Einbindung der Kreiswasserwerk J GmbH (im folgenden: J) als Käuferin des Wasserversorgungsnetzes und Gründung einer gemeinsamen kommunalen Versorgungsgesellschaft erörtert, wobei für diese Konstellation einer Inhousevergabe der Wasserkonzession keine Notwendigkeit einer Ausschreibung der Konzessionsvergabe gesehen wurde. Der Ratsbeschluss, welcher unter Ziff. 1 die Vergabe der Wasserkonzession an eine neu zu gründende kommunale Gesellschaft im Wege der Inhouse-Vergabe zum 01.07.2016 vorsah, wurde im Rahmen der vorangegangenen Erörterung unter anderem auch damit begründet, dass die Antragsgegnerin hierdurch in die Lage versetzt werde, weitere Gespräche, insbesondere auch mit F, zu führen und angemessenere sowie verbindliche Angebote einholen zu können.
- 3 In der Folgezeit wurden sowohl von der J als auch von der F Angebote vorgelegt und anwaltlich überprüft. In ihrem über das Angebot der F angefertigten Gutachten vom 07./09.09.2015 empfahlen die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens im Hinblick darauf, dass an der F eine - wenn auch geringe (1,52 %) - Beteiligung der städtisches Wasserwerk H GmbH besteht, an der wiederum zu 24,9 % die P Energie- und Wasser-Versorgung GmbH beteiligt ist, die ihrerseits zu 53,72 % im Besitz der S. Beteiligung GmbH als 100-%iger Tochter der T AG steht. Die geprüften Angebote und eine - dem Inhalt nach nicht im Einzelnen bekannte - überarbeitete Variante C2 der F waren sodann Gegenstand der Erörterung in einer nicht-öffentlichen Ratssitzung vom 10.09.2015. Hierbei wurde unter anderem der "bei allen Modellen" für das Wasserversorgungsnetz angesetzte Kaufpreis in Höhe von 12.000.000,00 EUR diskutiert und die Frage aufgeworfen, ob für F eine Rabattierung dieses Preises im Hinblick auf das von dieser Gesellschaft angebotene Modell einer mittelbaren Beteiligung am Netz in Betracht komme. Der Rat beschloss sodann unter Ziff. 1, die Verwaltung mit der Umsetzung der Variante C2 zu beauftragen, sowie unter Ziff. 2, für den Fall, dass der Rat sich nicht für die Variante D (Gemeinschaftsunternehmen mit dem Kreiswasserwerk) entscheiden sollte, diesem Kosten für die Entwicklung des Konzepts in Höhe von max. 110.171,35 EUR zu erstatten.
- 4 Mit Schreiben vom 16.11.2015 beauftragte der Landrat des Kreises J den Bürgermeister der Antragsgegnerin, den Ratsbeschluss zu Ziff. 1 wegen Verletzung europäischen Primärrechts unverzüglich zu beanstanden, da eine Inhouse-Vergabe an die F nicht möglich, die Wasserkonzession vielmehr in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu vergeben sei. Hiermit befasste sich die nicht-öffentliche Ratssitzung der Antragsgegnerin vom 26.11.2015, in welcher auf Empfehlung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin Ziff. 1 des Ratsbeschlusses

ses vom 05.02.2015 aufgehoben und die Verwaltung damit beauftragt wurde, die notwendigen Maßnahmen zur Vergabe der Wasserkonzession zum 01.07.2016 durchzuführen. Die Beanstandung des Ratsbeschlusses vom 10.09.2015 wurde zuvor durch Beschluss zurückgewiesen.

- 5 Am 21.12.2015 gab die Antragsgegnerin das Auslaufen des Wasserkonzessionsvertrags für die Versorgung ihres Stadtgebiets mit Wasser bekannt und forderte für das beabsichtigte Auswahlverfahren qualifizierte Unternehmen zur Interessebekundung auf.
- 6 Parallel hierzu verhandelte sie mit der F über die Bedingungen des in der Ratssitzung vom 10.09.2015 präferierten sogenannten Kombinationsmodells, bestehend aus einer Beteiligung der F und der Antragsgegnerin an einer neu zu gründenden Wasserversorgungsgesellschaft sowie einer Beteiligung der Antragsgegnerin an der F. Am 25.04.2016 schloss die Antragsgegnerin mit der F einen Konsortialvertrag, in dessen Präambel es unter anderem heißt:
- 7 "Die Stadt hat sich nach eingehender Prüfung mehrerer Optionen entschieden, mit der F als strategischen 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."
- 8 In § 1 des Vertrages wird sodann weiter ausgeführt:
- 9 "Die Wasserversorgung im Stadtgebiet durch die Gesellschaft soll im Wege der Betriebsführung durch die F durchgeführt werden. Die Partner sind sich einig, dass die Gesellschaft als leistungsfähiges Versorgungsunternehmen für eine sichere, wirtschaftliche und umweltgerechte Wasserversorgung in der Stadt tätig werden wird. Weiterhin soll die Gesellschaft ihr Wasser von der F beziehen."
- 10 Gemäß § 6 Abs. 3 a) des Vertrages wurde der Anspruch der Antragsgegnerin auf Erwerb der Geschäftsanteile an der von F neu zu gründenden Gesellschaft unter die aufschiebende Bedingung eines erfolgreichen Erwerbs der Wasserkonzession durch F gestellt. Außerdem wurde die Wirksamkeit des gesamten Vertrages gemäß § 6 Abs. 1 unter anderem von der Zustimmung der kommunalen Gremien der Antragsgegnerin sowie der Gesellschafter der F abhängig gemacht. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen.
- 11 Nachdem die Antragstellerin ihr Interesse an einer Bewerbung um die Wasserkonzession bekundet hatte, forderte die Antragsgegnerin von ihr mit Schreiben vom 30.04.2016 Eignungsnachweise. Hierbei wies sie unter anderem auf folgendes hin:
- 12 "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. Die Stadt Y behält sich vor, bei Bewerbern, deren Angebote nur für einzelne Aufgaben deren Erbringung durch Dritte vorsehen, ebenfalls Eignungsnachweise über die vorgesehenen Dienstleister bzw. über die Sicherstellung der Beschaffung dieser Dienstleistungen anzufordern."
- 13 Unter C. (Hinweise) Ziff. 3 des Schreibens wurden die Bewerber dazu aufgefordert, Verfahrensrügen unverzüglich und schriftlich zu erheben. Die Antragstellerin brachte mit Schreiben vom 12.05.2016 ihre Bedenken bezüglich Art und Umfang der geforderten Eignungsnachweise zum Ausdruck, welche die Antragsgegnerin unter dem 17.05.2016 mit der Begründung zurückwies, diese seien erforderlich, um die technische und fachliche Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bewerbers beurteilen zu können.
- 14 Durch ihr 3. Informationsschreiben vom 20.05.2016 kündigte die Antragsgegnerin den Bewerbern die Verabschiedung des Kriterienkatalogs für die Vergabe der Wasserkonzession in der Ratssitzung vom 25.05.2016 an. Nach Beschlussfassung vom 25.05.2016 erhielten die zum Verfahren zugelassenen Bewerber, unter anderen die Antragstellerin, mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 01.06.2016 die Aufforderung zur Abgabe eines indikativen Angebots. Wegen der Einzelheiten dieses Schreibens, insbesondere der mitgeteilten Bewertungskriterien nebst Erläuterungen wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen.

- 15 Wegen der Nachfrage eines Interessenten unterrichtete die Antragsgegnerin die Bewerber mit Schreiben vom 16.06.2016 darüber, dass die im September 2015 unverbindlich beschlossene Kooperation in der Wasserversorgung zwischenzeitlich in Form einer Option für die Antragsgegnerin verbrieft sei, ohne hierdurch eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zu begründen. Da alle weiteren Entscheidungen vom Ausgang des Konzessionsverfahrens abhingen, liege keine Vorfestlegung der Antragsgegnerin vor.
- 16 Auf weitere Nachfrage eines Interessenten teilte die Antragsgegnerin unter dem 21.06.2016 mit, dass die Altkonzessionärin sich weigere, die kalkulatorischen Netzdaten herauszugeben. Hinsichtlich des Kriteriums der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte wies sie ergänzend auf folgendes hin:
- 17 "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 Y 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.:
- 19 Reduktion der Waschkraft von Waschmitteln und Seifen,
- 20 Schlierenbildung und Geschmacksbeeinträchtigung bei Tee- und Kaffeewasser,
- 21 Ablagerungen an Armaturen, Rohrleitungen Waschmaschinen und Kochgeschirr
- 22 Kalkrückstände bei Säuberungen von Bädern
- 23 Erhöhungen der Wasserhärte würden insofern Änderungen der aus Sicht des Kunden bisher gelieferten Wasserqualität bedeuten. Es ist daher darzulegen, ob die aktuelle Härte in Y (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."
- 24 Mit Schreiben vom 04.07.2016 erhob die Antragstellerin Rügen bezüglich diverser Bewertungskriterien bzw. der hierzu von der Antragsgegnerin gegebenen Erläuterungen, insbesondere auch hinsichtlich des Kriteriums der Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte, da 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 24,5 Millionen EUR 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. Wegen der weiteren Rügen und Einzelheiten des Schreibens wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit 5. Bieterschreiben vom 05.07.2016 (dazu nachfolgend) sowie mit Schreiben an die Antragstellerin vom selben Tage, in dem sie zum Kriterium der Wasserhärte ausführte, dass dieses nach der Rechtsprechung zulässig und für die Bürger der Stadt Y von großer Wichtigkeit sei. Im Übrigen sei die Sicherstellung der gleichbleibenden Wasserhärte grundsätzlich für jeden Lieferanten gleichermaßen möglich. Auch beim Kriterium

der Wasserpreise vermöge sie keine Diskriminierung zu erkennen, da es in der Gestaltungsfreiheit eines jeden Bieters liege, welchen Wasserpreis unter Ansatz welcher Kosten er anbiete.

- 25 Zuvor war die Antragsgegnerin bereits mit Schreiben der Bezirksregierung vom 09.06.2016 zur Vorlage eines Berichts aufgefordert und nach Prüfung desselben mit Schreiben vom 24.06.2016 auf einige Bedenken der von der Bezirksregierung wiederum eingeschalteten Landeskartellbehörde hingewiesen worden. Unter anderem wurde wegen der Weigerung der Altkonzessionärin, die kalkulatorischen Netzdaten herauszugeben, ein unaufholbarer Wissensvorsprung gegenüber den anderen Bewerbern konstatiert und deshalb die Auffassung vertreten, dass Zusagen, welche auf diesen Daten beruhen, nicht zu Gunsten der Altkonzessionären gewertet werden dürften. Darüber hinaus wurde auch schon in diesem Schreiben die Angabe des Sachzeitwerts mit 24,5 Millionen EUR bezweifelt, da diese einer Vielzahl von abweichenden Angaben, insbesondere in den vorliegenden Angeboten und Kalkulationen, widerspreche. Wörtlich wurde ausgeführt:
- 26 "Von 12 Mio. EUR geht auch die betriebswirtschaftliche Begutachtung von PwC vom 09.09.2015 beim Vergleich der Modelle aus. Dieser fünffache bzw. doppelte Unterschied zum 4. Bieterschreiben vom 22.06.2016 wirkt umso schwerer, als nach § 1 Nr. 2 der Zusatzvereinbarung zum Konsortialvertrag die F, als Konzessionsinhaberin das Netz an die Stadtwerke Gesellschaft verkaufen wird, mithin der Kaufpreis für sie ein durchlaufender Posten wäre, während die anderen Bewerber den Kaufpreis aufbringen und im Laufe von 30 Jahren (Laufzeit Konzessionsvertrag) abschreiben müssten.
- 27 In diesen widersprüchlichen Angaben könnte die Landeskartellbehörde einen Anfangsverdacht für ein wettbewerbswidriges Verhalten sehen, so dass nach dortiger Auffassung das 4. Bieterschreiben unverzüglich korrigiert und allen Bewerbern erneut zugesandt werden muss."
- 28 Mit dem vorerwähnten 5. Bieterschreiben vom 05.07.2016 wies die Antragsgegnerin darauf hin,
- 29 " ... dass der im 4. Bieterschreiben angegebene Sachzeitwert in Höhe von 24,5 Mio. EUR auf den eigenen Angaben der Altkonzessionären beruht und die Stadt Y insoweit kein Einfluss auf diese Angaben hat.
- 30 Die Stadt über-Palenberg hält es nicht für ausgeschlossen, dass der Sachzeitwert des Wasserversorgungsnetzes bei neutraler Bewertung darunter liegen könnte."
- 31 Ferner wies sie darauf hin, dass sie keine Handhabe gegenüber der Altkonzessionärin habe, die kalkulatorischen Netzdaten herauszuverlangen. Mit Schreiben vom 04.08.2016 kündigte sie sodann jedoch an, dass die Altkonzessionären nach Gesprächen mit der Landeskartellbehörde weitere Daten zur Verfügung stellen werde. Das Bieterverfahren wurde auf den Stand der Aufforderung zur Abgabe eines indikativen Angebots zurückversetzt. Unter dem 12.08.2016 leitete die Antragsgegnerin daraufhin die von der Altkonzessionären zur Verfügung gestellten Daten - eine mit Datum vom 08.08.2006 erstellte Bewertung der G Energiewirtschaftliche Beratung GmbH zum 31.12.2015 - an die Bewerber weiter.
- 32 Nach Einladung vom 25.08.2016 fand am 07.09.2016 das Bewerbergespräch zwischen den Parteien statt, wegen dessen Einzelheiten auf das zur Akte gereichte Protokoll Bezug genommen wird. Im Nachgang hierzu gab die Antragstellerin unter dem 27.09.2016 ihr verbindliches Angebot ab, auf das wegen der Einzelheiten ebenfalls verwiesen wird. 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 Presseartikeln zu entnehmende Planung der Antragsgegnerin, die Wasserversorgung nicht von der F als Bieterin, sondern vom Gemeinschaftsunternehmen durchführen zu lassen, rügte die Antragstellerin noch vor der Ratssitzung mit Schreiben vom 27.10.2016. Der Rat verabschiedete den Beschluss dennoch antragsgemäß und entschied des weiteren, seine Zustimmung zur Beteiligung an der Stadtwerke Y GmbH (Stadtwerke) in Höhe von 74,9 % sowie an der F in Höhe von 5,9 % zu erteilen. Mit Schreiben vom 28.10.2016 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die Entscheidung des Rats, den Konzessionsvertrag mit der F abzuschließen und gab hierfür eine Begründung, wegen deren Einzelheiten auf die zur Akte gereichte Kopie des Schreibens Bezug genommen wird. Insbesondere wies die Antragsgegnerin die Rügen im Schreiben der Antragstellerin vom 27.10.2016 zurück, wobei sie unter anderem ausführte, die Wasserversorgung werde auch in dem vom Rat beschlossenen Beteiligungsmodell durch die

- F durchgeführt. Die Antragstellerin richtete sodann ein Schreiben an die Antragsgegnerin mit dem Antrag auf Einsicht in die vollständige Verfahrensakte und ersuchte die Antragsgegnerin darum, die mitgeteilte Wartefrist von 15 auf 20 Kalendertage zu erweitern. Mit Schreiben vom 03.11.2016 wies die Antragsgegnerin das Begehren der Antragstellerin vollumfänglich zurück.
- 33 Die Antragstellerin rügt das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verfahren in verschiedener Hinsicht als intransparent und diskriminierend.
- 34 Aufgrund der Vorgeschichte und diverser Indizien sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin sich auf die F vorfestgelegt und die Ausschreibung nach Intervention der Bezirksregierung lediglich pro forma durchgeführt habe. Insbesondere habe sie das Konzessionsverfahren 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 insbesondere die Beauftragung der F mit Betriebsführungsleistungen für die mehrheitlich von der Antragsgegnerin gehaltenen Stadtwerke zum Gegenstand habe, sei aber jedenfalls auch insoweit eine (vorherige) Ausschreibung erforderlich gewesen.
- 35 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 solle, 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.
- 36 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 Altkonzessionären naturgemäß einfach zu erfüllende Komponente zugespitzt habe, ohne weiteren Gesichtspunkten der Wasserqualität wie der eigentlichen Trinkwasserqualität und sicherheitsrelevanten Aspekten 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 bereits eine Benachteiligung solcher Bewerber dar, die andere Wasserbezugsquellen nutzten als die Altkonzessionärin und deswegen eine gleichbleibende Wasserhärte nicht oder nur mit erheblichem Aufwand erzielen könnten, andererseits aber Vorteile in Bezug auf weitere Komponenten der Wasserqualität böten. Da die Altkonzessionärin zudem gerade in Bezug auf diese weiteren Teilelemente vergleichsweise schlecht dastehe, liege in deren Ausparung bei der Bewertung der Wasserqualität erkennbar eine gezielte Bevorzugung der F.
- 37 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.
- 38 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 wird, das Angebot der F habe gegenüber demjenigen der Antragstellerin überzeugt.
- 39 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 antragsgegnerseits verlangten Zertifizierungen Nachweise des eigenen und der verbundenen Unternehmen erbracht sowie deren Beibehaltung zuge-

sagt, sondern darüber hinaus im Rahmen der Zusage angeboten, auf Verlangen durch die Antragsgegnerin etwaige weitere Zertifizierungen zu erwerben.

- 40 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 sollen. 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.
- 41 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.
- 42 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.
- 43 Beim Kriterium "Wasserqualität" sei die Bewertung schon deswegen zu beanstanden, weil wesentliche Teilkomponenten 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.
- 44 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.
- 45 Die Antragstellerin beantragt,
- 46 wie erkannt.
- 47 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 48 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 49 Sie ist der Auffassung, ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren durchgeführt zu haben.
- 50 Insbesondere habe die erfolgreiche Bieterin F in zulässiger Weise am Verfahren teilgenommen, da sie durch die Vereinbarung mit dem Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke zwecks Übernahme der Betriebsführung 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 hierbei die Übertragung von Rechten und Pflichten

aus dem Konzessionsvertrag sowie des Eigentums an den Wasserversorgungsanlagen mit Zustimmung der Antragsgegnerin zulässig.

- 51 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.
- 52 Keine Vorfestlegung liege insbesondere in der Verbriefung einer Option gemäß dem mit der F verhandelten Konsortialvertrag, zumal diese 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 sicher gestellt, dass eine etwaige wirtschaftliche Teilhabe der Antragsgegnerin am Ergebnis der Wasserversorgung nicht habe berücksichtigt werden können.
- 53 Auch im Übrigen beinhalteten die Auswahlkriterien keine unzulässige Bevorzugung der Altkonzessionärin. Soweit die Antragstellerin eine sachwidrige Einengung des Kriteriums der Wasserqualität auf das komfortbezogene Teilelement 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 Wasserversorgung 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.
- 54 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.
- 55 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 anbiete 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.
- 56 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 Tm³ zur Verfügung stehe. Das Notvolumen der F betrage demgegenüber 2.000 Tm³, 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.
- 57 Das personelle Konzept vor Ort sei von der F detaillierter und schlüssiger dargestellt worden als von der Antragstellerin. Gleiches gelte für das Kriterium "Netzbetrieb".
- 58 Beim Kriterium "Wasserqualität" sei die verhältnismäßige Abstufung von der Vorgabe entsprechend der Skala für die in der Bundesrepublik Deutschland gültigen Wasserhärtegrade vorge-

nommen worden. Hiernach bewege sich das Angebot der Antragstellerin im Bereich mittlerer Härte, während dasjenige von F weiches Wasser gewährleiste.

- 59 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.
- 60 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 bliebe. 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.
- 61 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 18.11.2016 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 62 Die einstweilige Verfügung war antragsgemäß zu erlassen, da die Antragstellerin von der Antragsgegnerin die Unterlassung des Abschlusses eines Wasserkonzessionsvertrages mit der F auf der Grundlage des Ratsbeschlusses vom 27.10.2016 und des diesem vorangegangenen Ausschreibungsverfahrens verlangen kann.
- 63 I. Verfügungsgrund
- 64 Der Verfügungsgrund folgt ohne weiteres aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin mit Schreiben an die Antragstellerin vom 28.10.2016 angekündigt hat, binnen 15 Tagen den Konzessionsvertrag mit der F zu unterzeichnen, und diese Frist auf Veranlassung der Vorsitzenden mit Schreiben vom 11.11.2016 lediglich bis zu einer Entscheidung über die einstweilige Verfügung verlängert hat. Angesichts dessen ist eine Vereitelung oder zumindest eine deutliche Verschlechterung der Rechtsposition der Antragstellerin in Hinsicht auf die begehrte Wasserkonzession zu gewärtigen. Daher ist die Angelegenheit bezogen auf die Verhinderung des Vertragsabschlusses dringlich.
- 65 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin entfällt der Verfügungsgrund auch nicht dadurch, dass die Antragstellerin nach der Zurückweisung ihrer Rügen nicht bereits zu diesem Zeitpunkt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hiergegen vorgegangen sei. Ohnehin würde diese Überlegung allenfalls insoweit zum Tragen kommen, als Beanstandungen der Antragstellerin in Rede stehen, die von ihr bereits während des Verfahrens erhoben worden sind. Hinsichtlich solcher Mängel, die sie erst nach Bekanntgabe des Auswahlergebnisses im Hinblick auf die zugrundeliegenden Bewertungen geltend machen konnte, scheidet eine Präklusion naturgemäß aus.
- 66 Allerdings besteht nach Auffassung der Kammer auch generell keine vorgezogene Verpflichtung des Bieters, bei Zurückweisung von Beanstandungen hiergegen sofort einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. Eine - auch nur analoge - Anwendung der für das förmliche Vergabeverfahren geltenden Bestimmungen in § 160 Abs. 3 GWB auf das Konzessionsverfahren findet nicht statt (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin - zu § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB a.F.). Somit kommt auch keine Analogie zu § 160 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Betracht. Die in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätze zur Präklusion bei verspäteter Geltendmachung erkannter Verfahrensmängel beruhen vielmehr auf der Überlegung, dass in der Verzögerung eine unzulässige Rechtsausübung wegen Verletzung vorvertraglicher Rügepflichten liegt (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 3804, 3809; LG Köln ZNER 2013, 64 f.). Eine Obliegenheit, auch auf eine Zurückweisung der Rügen hiergegen sofort und nicht erst nach erfolglosem Abschluss des Auswahlverfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen, greift dagegen zu weit, da dem Gebot der Fairness durch die während des Verfahrens erhobene Rüge hinreichend

Rechnung getragen worden ist. Wenn die das Auswahlverfahren betreibende Stelle die Hinweise nicht aufgreift, kann sie sich nicht im Nachhinein ihrerseits auf Rechtsmissbrauch berufen.

- 67 Soweit die Antragsgegnerin schließlich den Verfügungsgrund wegen ihres überragenden Interesses an einer Herbeiführung von Planungssicherheit infrage stellt und sinngemäß meint, die Antragstellerin sei notfalls auf Schadensersatzansprüche zu verweisen, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Wasserversorgung ist durch die Fortführung der Verträge mit der Altkonzessionärin sichergestellt. Etwaige Vorteile, welche sich die Antragsgegnerin durch die Neugestaltung der Rechtsbeziehungen zur F in Bezug auf den Gemeindehaushalt ausrechnet, haben hinten zu stehen, zumal sie hiermit nicht sicher rechnen könnte, wenn gleichzeitig Schadensersatzansprüche der Antragstellerin im Raum stehen; eine Planungssicherheit wäre hierdurch ohnehin nicht gewonnen. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass sich die Antragsgegnerin zu Beginn des Verfahrens sehr viel Zeit gelassen hat, indem sie auf den Ratsbeschluss vom 26.11.2015 erst am 21.12.2015 zur Interessenbekundung bis zum 31.01.2016 aufgerufen und die Frist durch öffentliche Bekanntmachung vom 27.01.2016 bis zum 30.04.2016 verlängert hat. Auch weitere Verzögerungen im Verfahren hatten ihre Grundlage in Mängeln, die von der Antragsgegnerin zu verantworten waren. Demzufolge vermag der überwiegend hausgemachte Zeitverzug nicht zulasten der Antragstellerin ins Feld geführt zu werden.
- 68 Unabhängig davon kann ein öffentlicher Rechtsträger an der Eingehung eines unter Umständen nichtigen Vertrages schon per se kein Interesse haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), juris Rn. 170).
- 69 II. Verfügungsanspruch
- 70 Der antragstellerseits geltend gemachte Unterlassungsanspruch folgt aus §§ 33 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 31 b Abs. 6 GWB, da die Antragsgegnerin zulasten der Antragstellerin kein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchgeführt hat.
- 71 1. Dieses leidet bereits unter wesentlichen Verfahrensfehlern, die jeweils für sich genommen eine für das Auswahlergebnis schädliche Diskriminierung der Antragstellerin begründen.
- 72 a) Die Antragsgegnerin hat, wie sich aus ihrem schriftsätzlichlichen Vorbringen und dessen Vertiefung in der mündlichen Verhandlung ergibt, die mit Verfahrensbrief vom 30.04.2016 eingeleitete Eignungsprüfung in Bezug auf die Bewerberin F ausschließlich anhand von Zertifikaten und sonstigen angeforderten Nachweisen durchgeführt, welche die Bewerberin selbst betreffen. Bereits zu diesem Zeitpunkt war ausweislich des am 25.04.2016 geschlossenen Konsortialvertrages allerdings geplant, die Wasserversorgung im Stadtgebiet durch das Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke durchführen zu lassen. Unstreitig sollten hierzu auch das Wasserversorgungsnetz und die Kundenverträge auf die Stadtwerke übertragen werden. Wenngleich ein solches Vorhaben mit Rücksicht auf die Bestimmungen in den §§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs (der zum Zeitpunkt der Eignungsentscheidung allerdings noch gar nicht vorlag) als zulässig zu erachten sein könnte und deswegen der antragstellerseits gerügte Verstoß gegen die Bieteridentität nicht zwingend vorliegt, erweist sich der Umgang der Antragsgegnerin mit diesen Planungen im Rahmen der Eignungsprüfung als fehlerhaft. Denn ihre Prozessbevollmächtigten haben in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die Planungen zum Kooperationsmodell bereits Gegenstand der von F ausgebrachten Bewerbung gewesen seien; ohnehin waren Sie der Antragsgegnerin als Partnerin des Konsortialvertrages hinlänglich bekannt.
- 73 Gemäß den Vorgaben im Verfahrensbrief vom 30.04.2016, wonach bei einer in wesentlichem Umfang beabsichtigten Inanspruchnahme Dritter zum Betrieb des Wasserversorgungsnetzes die Eignungsnachweise auch für die betreffenden Dritten vorzulegen waren, hätten solche auch für das Gemeinschaftsunternehmen Stadtwerke erbracht werden müssen. Dies ist erkennbar nicht geschehen, da die Antragsgegnerin sich darauf beruft, durch die geplante (Rück-) Übertragung der Betriebsführung auf die F werde die Warmwasserversorgung im Ergebnis von dieser durchgeführt, so dass es genügt habe, Eignungsnachweise in Bezug auf F vorzulegen. Dies haben ihre Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung auch noch einmal entsprechend erläutert. Hierauf kann die Antragsgegnerin sich allerdings nicht mit Erfolg berufen, da die Voraussetzungen für die Vorlage von Eignungsnachweisen der Stadtwerke hierdurch nicht berührt werden. Dazu genügt ein geplantes Zusammenwirken mit Dritten in Bezug auf den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes, welches unzweifelhaft vorliegt, zumal nicht bekannt ist, in

welchem Umfang konkret die Rückübertragung der Betriebsführung auf die F stattfinden soll. Jedenfalls aber kommt es auch in dieser Konstellation auf Zuverlässigkeitsnachweise gemäß Ziff. B. 1. a) bis f) des Schreibens vom 30.04.2016 an. Dass die Parteien des Konsortialvertrages sich ausweislich § 1 darüber einig gewesen sind, "dass die Gesellschaft als leistungsfähiges Versorgungsunternehmen für eine sichere, wirtschaftliche und umweltgerechte Wasserversorgung der Stadt tätig" werde, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Wie bei allen anderen Bietern war die F verpflichtet, ungeachtet dieser Erklärung die Eignung nachzuweisen und die Antragsgegnerin verpflichtet, diese entsprechend nachzuprüfen.

- 74 Irrelevant ist in diesem Zusammenhang ferner, dass die Übertragung der Wasserversorgung und des Versorgungsnetzes gemäß §§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs von der Zustimmung der Antragsgegnerin abhängt. Unabhängig davon dass diese Zustimmung bereits durch den Abschluss des Konsortialvertrages unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wurde, genügt es für die Verpflichtung zur Vorlage der Eignungsnachweise allein, dass entsprechende Planungen im Raum stehen. Dies war vorliegend der Fall.
- 75 Da die Antragsgegnerin aufgrund fehlender Nachweise die Bieterin F hätte vom Verfahren ausschließen müssen, ist dieses verfahrensfehlerhafte Vorgehen für das Ergebnis zudem relevant.
- 76 Die Antragstellerin ist mit ihrer Rüge, die sie vordergründig auf mangelnde Bieteridentität, der Sache nach aber auf den Umstand der geplanten Wasserversorgung durch die Stadtwerke gestützt hat, auch nicht präkludiert. Dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.06.2016 ist entgegen ihrer Auffassung schon nicht zu entnehmen, in welcher Form konkret die Kooperation geplant wurde, insbesondere von welcher Gesellschaft die Wasserversorgung durchgeführt werden sollte. Selbst im Schreiben vom 28.10.2016 hat die Antragsgegnerin noch unzutreffend - mangels Mitteilung der konkreten Gestaltung jedenfalls aber missverständlich - behauptet, dass "auch in dem durch den Rat beschlossenen Beteiligungsmodell die Wasserversorgung durch die F durchgeführt werden soll".
- 77 b) Weitere Verfahrensfehler sind der Antragsgegnerin bei Erstellung der Bewertungskriterien bzw. Festlegung der Bewertungsmethoden unterlaufen.
- 78 aa) Dies gilt insbesondere für das Kriterium der Wasserqualität, welches die Antragsgegnerin durch die Beschränkung auf das einzige Unterkriterium der gleichbleibenden Wasserhärte sachwidrig eingengt hat, wodurch die Bieterin F in nicht gerechtfertigter Weise bevorzugt worden ist.
- 79 Soweit die Antragsgegnerin hiergegen ins Feld führt, bei der Wasserqualität im Allgemeinen und der Wasserhärte im Besonderen handele es sich um zulässige Bewertungskriterien, ist ihr zuzustimmen; darin liegt allerdings auch nicht der antragstellerseits zu Recht gerügte Verstoß.
- 80 Dieser resultierte vielmehr aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin weitere Komponenten der Wasserqualität für deren Bewertung ausgeklammert hat. Hierzu zählen beispielsweise, wie die Antragsgegnerin ausweislich ihres Schreibens vom 21.06.2016 selbst erkannt hat, etwaige Trübungen sowie olfaktorisch und gustatorisch merkbare Chlorungen. Auch die im Ratsbeschluss vom 05.02.2015 unter Ziff. 4 erwähnten Nitrate fallen darunter. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob und inwieweit solche Beeinträchtigungen der Wasserqualität noch innerhalb des durch die Trinkwasserverordnung gesteckten Rahmens liegen, da es der Antragsgegnerin beim Merkmal der Wasserqualität erklärtermaßen auf das Verbraucherinteresse ankam, bestmögliches Wasser zu erhalten. Dies hat sie im vorgenannten Schreiben vom 21.06.2016 auch deutlich zum Ausdruck gebracht. Wie gerade das Unterkriterium der Wasserhärte zeigt, legte die Antragsgegnerin nicht nur Wert auf die Einhaltung der Trinkwasserverordnung, sondern auf qualitativ hochwertiges Wasser.
- 81 Warum allerdings lediglich die Wasserhärte als Unterkriterium der Wasserqualität zugelassen wurde und die weiteren Komponenten keine Rolle spielen sollten, obgleich auch aus Sicht der Antragsgegnerin solche weiteren Aspekte für die Wasserqualität maßgeblich sein können, hat sie nicht plausibel erläutert, weder im vorgenannten Schreiben vom 21.06.2016 noch im vorliegenden Verfahren. Aus dem Umstand allein, dass die Bürger der Stadt Y auf die Erhaltung ihres weichen Wassers Wert legen, kann diese Begrenzung nicht gestützt werden, da auch sonstige Qualitätsmerkmale, insbesondere Zusätze wie Chlorungen für die Verbraucher unzweifelhaft von Bedeutung und häufig mit nicht unerheblichen Vorbehalten behaftet sind, was sich beispielsweise an der Diskussion um die sogenannten Chlorhühnchen zeigt. Es kommt auch nicht

entscheidend drauf an, ob die übrigen Qualitätsmerkmale im Vorfeld der Aktivitäten zur Neuvergabe der Wasserkonzession Gegenstand der öffentlichen Erörterung gewesen sind. Vielmehr war bei der Aufstellung der Unterkriterien zur Wasserqualität das wohlverstandene Verbraucherinteresse zugrunde zu legen. Bei der gebotenen sachgerechten Auswahl der Unterkriterien hätten nicht nur die durch die Wasserhärte angesprochenen Gesichtspunkte des Komforts berücksichtigt werden müssen, sondern auch und gerade die durch Zusätze wie Chlor betroffenen gesundheitlichen Aspekte. Selbst wenn diese Zusätze bis zu einem gewissen Grad als unschädlich erachtet werden, stellen sie in den Augen vieler Verbraucher eine Belastung des Organismus dar, welcher sie sich in möglichst geringem Umfang aussetzen möchten. Ebenso hätte weiteren gesundheitlichen Risiken wie etwa der Gefahr von (auch radioaktiven) Verunreinigungen nach Ansicht der Kammer Rechnung getragen werden müssen, gerade wenn schon im Vorfeld zur Aufstellung der Kriterien verschiedene Modelle der Wasserbelieferung im Raum standen.

- 82 Die unsachgemäße Einengung des Kriteriums der Wasserqualität auf die Wasserhärte kann - was ausreicht - für das Auswahlergebnis relevant geworden sein, weil das Angebot der Antragstellerin insoweit deutlich schlechter bewertet worden ist als dasjenige der F. Es ist nicht ausgemacht, welchen Stellenwert die gesundheitsrelevanten Aspekte der Wasserqualität eingenommen hätten, wenn sie bei der gebotenen differenzierten Betrachtung zur Festlegung der Unterkriterien für die Wasserqualität durch den Rat berücksichtigt worden wären. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, mit welcher maximalen Punktzahl sie bedacht worden wären, vor allem welche Rolle die Wasserhärte in diesem Konglomerat überhaupt noch gespielt hätte. Somit liegt es im Bereich des Möglichen, dass die Antragstellerin nicht nur ihr Manko im Bereich der Wasserhärte durch entsprechende Vorteile bei den weiteren Qualitätskriterien kompensiert, sondern die Bewertung des Angebots der F sogar übertroffen hätte. Nicht erforderlich ist, dass eine solche Alternativbewertung feststeht. Die Möglichkeit einer bei ordnungsgemäßer Abfassung der Kriterien günstigeren Entscheidung reicht aus. Da hier der Unterschied nur bei 54 Punkten liegt, würde eine Umkehrung des Punkteverhältnisses bei diesem Kriterium der Wasserqualität allein schon ausreichen, um das Gesamtergebnis zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen zu lassen. Dies gilt jedenfalls unter Berücksichtigung der weiteren Mängel bei der Bewertung des Kriteriums der Wasserhärte, auf die noch eingegangen wird.
- 83 Die Antragstellerin hat die Einengung des Kriteriums der Wasserqualität auf das Unterkriterium der gleichbleibenden Wasserhärte ausdrücklich mit Schreiben vom 04.07.2016 gerügt, so dass sie mit diesem Vorbringen auch nicht präkludiert ist.
- 84 bb) Zu beanstanden ist des weiteren die Festlegung der Bewertungsmethode bei denjenigen Kriterien, für die eine Unterteilung in "Konzept" einerseits und "Zusage" andererseits vorgenommen worden ist.
- 85 So hat die Antragsgegnerin es bereits versäumt, ihre im vorliegenden Rechtsstreit dargestellte Vorgehensweise bei der Bewertung dieser Teilaspekte der in Rede stehenden Kriterien schon im Auswahlverfahren darzulegen; entgegen ihrer Darstellung findet sich dazu in den Erläuterungen des Schreibens vom 01.06.2016 nichts. Naheliegend war allerdings, dass entsprechend dem bei der Bewertung des Konzepts festgelegten Punkteverhältnis auch die Abstufung im Bereich der Zusage vorgenommen würde, wenn diese inhaltlich mit dem Konzept korrespondiert. Denn es entspricht der Billigkeit, die Zusage eines schlechteren Konzepts entsprechend geringer zu bewerten als die Zusage des besseren. Etwaigen im Verhältnis zum Konzept vorgenommenen Einschränkungen bei der Zusage konnte durch entsprechende Abstriche Rechnung getragen werden.
- 86 Diese Methode hat die Antragsgegnerin allerdings beim Kriterium "Netzanschlusskosten" durchbrochen, ohne hierfür eine plausible Begründung zu liefern. Aus den Erläuterungen zum Schreiben vom 01.06.2016 geht schon nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass - wie die Antragsgegnerin es vorgetragen und in der mündlichen Verhandlung erläutert hat - Gegenstand der Bewertung zur Zusage allein die Dauer der Preisfestschreibung sein soll, mit der Folge, dass Punktabzüge beim Konzept wegen ungünstigerer prognostizierter Preisentwicklung durch eine umfangreichere Zusage der Festschreibungsdauer hätten kompensiert werden können. Vielmehr heißt es in den Erläuterungen wörtlich: "Neben der Darstellung im Konzept wird auch eine vertragliche Zusage zur Entwicklung der Wasserpreise/Hausanschlusskosten im Prognosezeitraum erwartet. Die Stadt Y verfolgt das Ziel möglichst konstanter Wasserpreise/Hausanschlusskosten." Die vertragliche Zusage sollte sich demzufolge nicht allein auf die Dauer, sondern auch auf die Entwicklung der Wasserpreise bzw. Hausanschlusskosten beziehen. Hätte allein die Dau-

- er für die Bewertung maßgeblich sein sollen, so hätte es eines Hinweis des Inhalts bedurft, dass die beste Bewertung derjenige Bewerber erhält, welcher die längste Dauer der Festschreibung zusagt, und zwar unabhängig von dem im Bereich des Konzepts dargestellten Gegenstand der Festschreibung. Da die von der Antragsgegnerin angewandte Bewertungsmethode somit nicht aus den Bewerbungsunterlagen hervorging, ist sie schon wegen Intransparenz zu beanstanden.
- 87 Darüber hinaus ist diese von den übrigen Konzept-Zusage-Bewertungen abweichende Vorgehensweise in ihrer Inkonsistenz auch nicht sachgerecht. Sie hat zur Konsequenz, dass bei gleicher Zusage bezogen auf die Dauer der Preisfestschreibung dieselbe Punktzahl zu vergeben wäre, selbst wenn die im Konzept dargestellte Preisentwicklung deutliche Unterschiede aufweist. Ein Bewerber, der bei günstiger Preisentwicklung die Zusage einer 5-jährigen Preisfestschreibung gibt, bietet mehr als ein solcher, der bei ungünstiger Preisentwicklung dieselbe Zusage gibt. Dies muss sich entsprechend in der Bewertung niederschlagen, anderenfalls diese diskriminierend wirkt.
- 88 Insofern hätten der F vorliegend für die Zusage in Bezug auf die Netzanschlusskosten lediglich 6 anstelle von 15 Punkten verliehen werden dürfen, eine Differenz, die sich zwar nicht allein, aber im Verbund mit den übrigen Beanstandungen auf das Gesamtergebnis der Bewertung auswirkt.
- 89 Die Antragstellerin ist mit diesem Einwand auch nicht präkludiert, obgleich sie in ihrem Schreiben vom 04.07.2016 Inkonsistenzen nur bezogen auf andere Gesichtspunkte gerügt hatte. Allerdings war die Vorgehensweise der Antragsgegnerin in der Bewertung des Kriteriums "Netzanschlusskosten" während des Verfahrens auch nicht erkennbar, da, wie ausgeführt, die Verfahrensunterlagen hierfür nichts hergaben. Erst anhand der Matrix vermochte die Antragstellerin die Inkonsistenz in der Bewertung der Kriterien mit Untergruppierungen "Zusage" und "Konzept" zu erkennen.
- 90 c) Schließlich liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel darin, dass die Antragsgegnerin den Bietern keine zutreffenden Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten erteilt hat. Zwar war sie insoweit ihrerseits auf die Übermittlung entsprechender Daten durch die F angewiesen; jedoch lagen ihr erkennbar weitergehende Informationen als diejenigen vor, welche sie den übrigen Bietern zugänglich gemacht hat. Hiernach traf der den Bewerbern genannte Sachzeitwert von zunächst 24,5 Mio. EUR und sodann 23,4 Mio. EUR, welcher im Gutachten vom 08.08.2016 allein anhand von fiktiven Wiederbeschaffungswerten ermittelt wurde, ersichtlich nicht zu. Vielmehr ergab sich aus einer von der Antragsgegnerin eingeholten betriebswirtschaftlichen Begutachtung durch PwC vom 09.09.2015 ein Wert von 12 Mio. EUR, wie dies - neben weiteren Indizien - im Schreiben der Bezirksregierung vom 24.06.2016 - dafür angeführt wird, dass die Angaben der Altkonzessionären nicht annähernd richtig sein könnten.
- 91 Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin handelte es sich bei diesem Wert auch nicht um das kalkulatorische Ergebnis einer von F bzw. der Antragsgegnerin ins Auge gefassten Kaufpreisermittlung unter Berücksichtigung von Anteilsübertragungen im Rahmen des Kooperationsmodells. Die Antragsgegnerin hat hierzu schon nicht plausibel dargetan, wie sich diese Kalkulation konkret gestaltet haben soll, wie insbesondere die Berücksichtigung von Anteilsübertragungen praktisch zu einer Halbierung des grundsätzlich in Höhe des Sachzeitwertes zu zahlenden Kaufpreises hätte führen sollen. Jedenfalls aber offenbart das Protokoll über die nicht-öffentliche Ratssitzung vom 10.09.2015, dass der Betrag von 12 Mio. EUR den reinen Sachwert reflektiert. Denn dieser Betrag wurde unterschiedslos "bei allen Modellen" für das Wasserversorgungsnetz als Kaufpreis angesetzt, also auch bei solchen Modellen, die gar keine Anteilsübertragung vorsahen. Zudem wurde ausweislich des Protokolls im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der F eine Rabattierung dieses Preises diskutiert, was überflüssig gewesen wäre, wenn die Beteiligung bereits eingerechnet gewesen wäre. Nicht zuletzt hat auch der mit der Gutachtererstellung befasste Zeuge Z im Rahmen seiner informatorischen Anhörung zunächst bekundet, bei dem Betrag von 12 Mio. EUR habe es sich um den Anlagenwert gehandelt und dies erst auf Vorhalt durch die Prozessbevollmächtigte der Antragsgegnerin relativiert, ohne allerdings zu erläutern, in welcher Form die Beteiligung berücksichtigt worden sein soll.
- 92 Hatte die Antragsgegnerin somit aufgrund der betriebswirtschaftlichen Begutachtung durch PwC bessere Kenntnis vom Sachzeitwert, so hätte sie diese den übrigen Bietern auch zugänglich machen müssen, gegebenenfalls unter Hinweis darauf, dass es sich hierbei um ihre eigenen Ermittlungen handele. Denn der Unterschied des von PwC ermittelten Werts zu den von F mitgeteilten Beträgen war derart gravierend, dass er nicht verschwiegen werden konnte. Dies gilt insbe-

sondere mit Rücksicht darauf, dass die Antragsgegnerin von den Bietern eine Prognose der zu erwartenden Wasserpreise verlangte, die maßgeblich von den kalkulatorischen Netzdaten abhängt.

- 93 Stattdessen hat sie auf das Schreiben der Bezirksregierung vom 24.06.2016 lediglich in Form einer vagen Mitteilung durch Schreiben vom 05.07.2016 reagiert, wonach der Sachzeitwert auch geringer sein könne, und sodann lediglich das Gutachten vom 08.08.2016 übermittelt, welches nach ihrer besseren Kenntnis allerdings gleichermaßen keine taugliche Grundlage für eine Wasserpreiskalkulation darstellen konnte.
- 94 Erkennbar hätte die Antragstellerin bei Kenntnis des deutlich geringeren Sachzeitwertes bessere Wasserpreise kalkulieren und bei diesem Kriterium eine im Verhältnis zur F höhere Punktzahl erzielen können, wobei die Differenz zwar nicht für sich genommen, wohl aber als Teil der Gesamtkalkulation zu einem Ergebnis führen konnte, bei dem die Antragstellerin als obsiegende Bieterin aus dem Ausschreibungsverfahren hervorgeht.
- 95 Die Antragstellerin hat die unzulängliche Information über die kalkulatorischen Netzdaten auch mehrfach gerügt; eine Präklusion scheidet somit entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin aus.
- 96 2. Zu Recht hat die Antragstellerin auch eine intransparente und diskriminierende Bewertung in Teilaspekten gerügt, wobei die Kammer sich auf einige wesentliche, für die weiteren Ausführungen relevante Gesichtspunkte beschränkt.
- 97 aa) Nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist die Begründung der Antragsgegnerin für die deutlich bessere Bewertung der F beim Kriterium "Notversorgung zur Sicherstellung der Wasserversorgung", namentlich in Bezug auf das Unterkriterium "Ausfall von Dargebot", bei welchem eine Differenz von insgesamt 30 Punkten zum Angebot der Antragstellerin besteht. Nach ihrem schriftsätzlichen Vorbringen und den Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin hierbei vor allem dem Umstand Rechnung getragen, dass der F mehrere Wasserreservoirs zur Verfügung stehen und die Versorgung von zwei Wasserwerken betrieben wird, wodurch das volle Dargebot auch beim Komplettausfall einzelner Komponenten gewährleistet sei. Die Antragstellerin könne demgegenüber einen Komplettausfall des Wasserwerks nur kurzfristig überbrücken. Diesen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, ob die Antragsgegnerin sich hinlänglich mit folgenden beiden Szenarien bezüglich des Konzepts der F auseinandergesetzt hat: Stromausfall, welcher beide Wasserwerke betrifft, und die Verseuchung der Wasserreservoirs, die sich allesamt in derselben Region befinden und sämtlich beispielsweise von einem Störfall im nahegelegenen Atomkraftwerk Q 2 betroffen sein können. Zwar mag die Antragsgegnerin sich darauf berufen, dass es sich hierbei um eher seltene Szenarien handelt, gleiches trifft nach den in der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Behauptungen der Antragstellerin allerdings auch auf das Szenario eines Komplettausfalls des von ihr geplanten Wasserwerks zu.
- 98 Ohne Erfolg macht die Antragstellerin allerdings des Weiteren geltend, mit dem ursprünglich im Rahmen des indikativen Angebots alternativ vorgeschlagenen Konzept einer Wasserversorgung auf Basis einer Einspeisung aus den Wasserversorgungsanlagen der F hätte sie dieselben Leistungen wie F bieten können, wenn sie nicht aufgrund von Äußerungen der Vertreter der Antragsgegnerin im Bietergespräch hiervon im verbindlichen Angebot Abstand genommen hätte. Unabhängig von der Frage, ob die Darstellung der Antragstellerin insoweit zutrifft, hat die Antragsgegnerin den Restbestand des Alternativkonzepts, der gleichwohl im verbindlichen Angebot der Antragstellerin, Seite 4 unten i.V.m. Anlage 1.1, enthalten ist, zu Recht unberücksichtigt gelassen. Hierbei kann dahinstehen, ob es sich bei diesem verbliebenen Alternativangebot um ein unzulässiges Nebenangebot handelte; jedenfalls hatte es, wie auch der Zeuge Z im Rahmen seiner informatorischen Anhörung ausgeführt hat, deswegen außer Betracht zu bleiben, weil es an der in den Erläuterungen zu diesem Kriterium geforderten vertraglichen Absicherung der Alternativbelieferung durch entsprechende Absichtserklärungen des Lieferanten fehlte. Hierauf wurde die Antragstellerin im Bietergespräch ausweislich des Besprechungsprotokolls auch explizit hingewiesen.
- 99 bb) Nichtssagend sind auch die Ausführungen der Antragsgegnerin zur besseren Bewertung des Angebots der F bei den Kriterien "Personelles Konzept vor Ort" und "Netzbetrieb". Inwiefern die

Konzepte von F detaillierter und schlüssiger dargestellt worden seien, hat sie nicht konkret dargestellt.

- 100 cc) Bei der Bewertung des Kriteriums der Wasserhärte ist schließlich die verhältnismäßige Abstufung von der Vorgabe nicht nachzuvollziehen, insbesondere nicht aufgrund der Erläuterung der Antragsgegnerin, diese sei entsprechend der Skala für die in der Bundesrepublik Deutschland gültigen Wasserhärtegrade vorgenommen worden. Unabhängig davon, dass diese Vorgehensweise aus den Erläuterungen nicht ersichtlich geworden ist, bleibt offen, wie die Parallelwertung zu dieser Skala stattgefunden haben soll. Offenbar sollten Härtegrade, die in den oberen Bereich der Härteskala (= weich) fallen, entsprechend nach dem oberen Punktesektor (9-7) bewertet werden, solche aus dem mittleren Bereich entsprechend dem mittleren Punktesektor (4-6) und solche aus dem unteren Härtebereich (= hart) entsprechend dem unteren Punktesektor (1-3).
- 101 Diese Vorgehensweise ist allerdings schon in mehrfacher Hinsicht nicht sachgerecht. Einerseits führt sie dazu, dass nur eine äußerst geringe Abweichung vom vorgegebenen und damit besten Härtegrad (3,9 ... dH), nämlich nur im Umfang von bis zu 4,5 ... dH, noch nach der höchsten Punktekategorie bewertet werden konnte, während alle Werte jenseits von 8,4 ... dH schon in die mittlere Kategorie fielen. Unabhängig davon, dass hierdurch keine lineare Abstufung gewährleistet ist, vernachlässigt dies auch den antragstellerseits unwidersprochen vorgetragenen Umstand, dass in Deutschland Härtegrade von bis zu 40 ... dH anzutreffen sind. Bei einer linearen auf diese Bandbreite bis zu 40 ... dH projizierten Abstufung wäre das Angebot der Antragstellerin mit 8 Punkten zu bewerten gewesen. Selbst wenn nicht die maximale Bandbreite bei der Bewertung berücksichtigt würde, wohl aber der Durchschnittswert, welcher in Deutschland bei 15 ... dH liegt (www.wasserhaerte.net), läge das Angebot der Antragstellerin zumindest im überdurchschnittlichen Bereich, wenn nicht im Bereich der oberen Punkteskala.
- 102 Jedenfalls aber hat die Antragsgegnerin auch ihre eigenen Bewertungsmaßstäbe nicht konsequent angewandt, da sie das Angebot der Antragstellerin, das im Durchschnitt einen Härtegrad von 9,5 ... dH vorsieht, mit 5 Punkten in der Mitte der des mittleren Punktesektors angesiedelt hat, obgleich sich der ihrer Ansicht nach korrespondierende mittlere Bereich der Härteskala von 8,4-14 ... dH erstreckt, mit einem Mittelwert bei 11,2 ... dH. Im Vergleich dazu hätte die Antragstellerin zumindest 6 Punkte erhalten müssen. Insgesamt bleibt damit die Berechnung der Antragsgegnerin intransparent und bei jeder denkbaren Bewertungsmöglichkeit diskriminierend zulasten der Antragstellerin.
- 103 Soweit die Antragstellerin allerdings darüber hinaus beanstandet, dass die Antragsgegnerin sich allein am Wert deutscher Härte und nicht an dem für den Komfort maßgeblichen Calciumcarbonatwert orientiert hat, ist sie mit ihrer Rüge präkludiert, da sie dies hätte bereits während des Verfahrens monieren können; die beabsichtigte Orientierung am Wert deutscher Härte geht aus den Erläuterungen zum Schreiben vom 01.06.2016 hervor.
- 104 Insgesamt sind die aufgezeigten Mängel bei der Bewertung jedoch schon geeignet, für sich genommen das Ergebnis des Auswahlverfahrens zu Gunsten der Antragstellerin umzukehren.
- 105 3. Schließlich sprechen auch hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin bei Durchführung des Auswahlverfahrens bereits auf die F vorfestgelegt war. Jedenfalls vermag die Kammer nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin sich nach dem Kartellverstoß, welcher im Ratsbeschluss vom 10.09.2015 lag, hinreichend davon distanziert hat.
- 106 a) Entgegen der antragsgegnerseits gegebenen Darstellung beinhaltete der Ratsbeschluss vom 10.09.2015 zu Ziff. 1 eine Festlegung auf F nicht nur als strategische Partnerin, sondern auch als künftige Inhaberin der Wasserkonzession. Wie die Anhörung des Zeugen Z in der mündlichen Verhandlung ergeben hat, entsprach die beschlossene Variante C2 genau demjenigen Konzept, das auf der Grundlage der Ratsbeschlüsse vom 27.10.2016 nunmehr verwirklicht werden soll. Dieses beinhaltete nicht nur die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens von F und Antragsgegnerin sowie die Beteiligung der Antragsgegnerin an der F, sondern auch die Übertragung der Wasserkonzession auf das Gemeinschaftsunternehmen.
- 107 Dass entsprechend dem Vortrag der Antragsgegnerin und ihren vertiefenden Ausführungen in der mündlichen Verhandlung der letztgenannte Bestandteil des Kooperationsmodells - Wasserkonzession - von der Beschlussfassung ausgenommen gewesen wäre, um diesen einer öffentlichen Ausschreibung zugänglich zu machen, ist weder dem Protokoll noch dem nachfol-

genden Procedere der Antragsgegnerin auch nur annähernd zu entnehmen. Vielmehr wurde in der nicht-öffentlichen Sitzung ausführlich über die bei Erwerb des Wassernetzes anfallenden Kaufpreise diskutiert, was entbehrlich gewesen wäre, wenn nicht auch die Erteilung der Wasserkonzession Gegenstand der diskutierten Varianten gewesen wäre. Mit keinem Wort ist im Protokoll erwähnt, dass die Beauftragung der Verwaltung mit der Umsetzung der Variante C2 auch ein Ausschreibungsverfahren inkludierte. Dies wäre allerdings zu erwarten gewesen, da die Frage, ob eine Inhouse-Vergabe an einer mit F neu gegründeten Gesellschaft möglich sei, bereits Gegenstand des von PwC erstellten Gutachtens vom 09.09.2015 gewesen ist. Die Einzelheiten hierzu sind dem Schreiben des Landrats vom 16.11.2015 zu entnehmen. Schließlich ist den Äußerungen des Bürgermeisters der Antragsgegnerin im Nachgang zum Ratsbeschluss vom 10.09.2015 in Form seiner Pressemitteilung zu entnehmen, dass er von einer bedingungslosen - also nicht noch von einer Ausschreibung abhängigen - Entscheidung für das Kooperationsmodell mit F ausgegangen ist. Die Pressemitteilung ist auszugsweise in dem von der Antragstellerin vorgelegten Presseartikel vom 11.09.2015 "Das Wasser fließt, das Porzellan klirrt" wiedergegeben. Auch die weiteren Zitate in diesem Presseartikel lassen keine Vorläufigkeit erkennen. Dementsprechend wurde bis zur Beanstandung durch den Landrat am 16.11.2015 - also über zwei Monate - auch nichts in Bezug auf eine Ausschreibung der Wasserkonzession veranlasst. Hierin fügt sich die auf die Beanstandung durch den Landrat folgende Reaktion der Antragsgegnerin, welche darin bestand, den Punkt auf die Tagesordnung der Ratssitzung vom 26.11.2015 zu setzen. Hierzu hätte keine Veranlassung bestanden, wäre von vornherein klar gewesen, dass eine Ausschreibung durchgeführt würde. Es hätte gereicht, den Landrat hierüber zu unterrichten. Schließlich ist dem Protokoll der Ratssitzung vom 26.11.2015 zu entnehmen, dass die Ausschreibung der Wasserkonzession zuvor mitnichten im Raume gestanden hatte, insbesondere nicht im Kontext des Ratsbeschlusses vom 10.09.2015, da sich die Ratsmitglieder zunächst vom Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin erklären ließen, welchen Hintergrund die Beanstandung durch den Landrat hatte und wie diese zu beurteilen sei. Auch hierzu hätte keine Veranlassung bestanden, hätte ein Vergabeverfahren bereits auf der Agenda gestanden.

- 108 b) Von dieser gegen § 19 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßenden Verfahrensweise (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013, Az. VII-Verg. 26/12, juris Rn. 75) hat sich die Antragsgegnerin weder in der Ratssitzung vom 26.11.2015 noch im Nachgang hierzu hinreichend distanziert; vielmehr lässt ihr nachfolgendes Procedere eine fortgesetzte Festlegung auf F als künftige Wasserlieferanten erkennen.
- 109 aa) Dies beginnt bereits damit, dass in der nicht-öffentlichen Ratssitzung vom 26.11.2015 beschlossen wurde, die Beanstandung des Ratsbeschlusses vom 10.09.2015 durch den Landrat zurückzuweisen. Vor dem Hintergrund, dass in der vorangegangenen Erörterung die Gründe der Beanstandung als durchaus tragfähig erachtet wurden und dass erst im Anschluss eine - wenn gleich unzulängliche - "Reparaturmaßnahme" durch Aufhebung von Ziff. 1 des Ratsbeschlusses vom 05.02.2015 beschlossen wurde, ist dies nicht nachzuvollziehen. Einzig sachgerecht gewesen wäre, den beanstandeten rechtswidrigen Ratsbeschluss aufzuheben.
- 110 bb) Das nachfolgende Procedere der Antragsgegnerin in der Angelegenheit lässt eine dilatorische Handhabung bis zum Abschluss des Konsortialvertrages am 25.04.2016 erkennen. So wurde die Bekanntmachung und erste Aufforderung zur Interessenbekundung trotz der durch das Auslaufen des Konzessionsvertrages zum 30.06.2016 bedingten Dringlichkeit der Angelegenheit erst einen Monat später, am 21.12.2015 veröffentlicht. Sodann wurde die bis zum 31.01.2016 hinreichend geräumig eingeräumte Frist zur Interessenbekundung mit Bekanntmachung vom 27.01.2016 noch einmal um geraume weitere drei Monate verlängert. Insbesondere diese Verlängerung ist nicht nachvollziehbar und lässt nur den Schluss zu, dass vor einem Einstieg in das Auswahlverfahren zunächst der Konsortialvertrag geschlossen werden sollte, um der F die Möglichkeit einzuräumen, mit diesem Konzept in die Angebotsphase zu gehen.
- 111 cc) In dieses Bild fügt sich die nach den vorstehenden Ausführungen zu beanstandende Festlegung der Bewertungskriterien, die einseitig die F bevorzugten, namentlich die Einengung des Kriteriums der Wasserqualität auf den einzigen Bestandteil der gleichbleibenden Wasserhärte. Es lag auf der Hand, dass möglichst gleichbleibende Verhältnisse in dieser Hinsicht am besten von der F zu gewährleisten waren. Bei anderen, insbesondere gesundheitlichen Aspekten hätte sie eine nicht annähernd gute Ausgangsposition gehabt. Demgegenüber hätten die Mitbewerber hiermit eine Chance gehabt, ein etwaiges Manko im Bereich der Wasserhärte zu kompensieren.

- 112 Durch die Einengung auf die Wasserhärte wurde der F ein unschlagbarer Vorteil eingeräumt. Selbst wenn, wie die Antragsgegnerin geltend macht, eine Enthärtung des Wassers bis auf 3,9 ... dH möglich wäre, würde dies zusätzliche Kosten verursachen, wobei der Vorteil für den Komfort des Verbrauchers angesichts der von der Antragstellerin vorgetragenen hierfür maßgeblichen Calciumscarbonatwerte vergleichsweise marginal gewesen wäre. Allein durch die zusätzlichen Kosten befanden sich sämtliche konkurrierenden Bieter im Nachteil.
- 113 Gleichermaßen irrelevant ist die Argumentation der Antragsgegnerin, konkurrierende Bieter hätten identische Härtegrade durch einen Bezug des Wassers von F sicherstellen können. Auch dies wäre jedoch mit zusätzlichen Kosten verbunden gewesen, da nicht zu erwarten gewesen wäre, dass F als konkurrierende Bieterin bereit gewesen wäre, das Wasser zum Selbstkostenpreis abzugeben. Zwar hatte die Antragsgegnerin entgegen ihrem Vorbringen in Bezug auf das Kriterium "Wasserhärte" anders als beim Kriterium "Notversorgung" keine vertragliche Absicherung des ins Auge gefassten Wasserbezugs von einem Dritten gefordert; jedoch ändert dies nichts an dem Umstand, dass die entsprechenden Kosten zu kalkulieren waren und sich naturgemäß in dem zu prognostizieren Wasserpreis nachteilig niederschlugen.
- 114 Auch die dargestellte Durchbrechung der Bewertungsmethode bei den Kriterien mit Unterpositionen "Konzept" und "Zusage" wirkte sich einseitig zu Gunsten der F aus, da diese aufgrund der entfernt gelegenen Wasserquellen naturgemäß höhere Netzanschlusskosten hat. Diesen Nachteil konnte sie durch die abweichende Handhabung der Bewertung ihrer Zusage in diesem Bereich ausgleichen.
- 115 dd) Das Procedere der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der von der Antragstellerin geforderten Bekanntgabe der kalkulatorischen Netzwerte war ebenfalls geeignet, ausschließlich die F gegenüber den übrigen Bietern zu bevorzugen.
- 116 ee) Schließlich ist die Entscheidungsvorlage vom 17.10.2016 in einer Form abgefasst, die einseitig die Vorteile des Angebots der F hervorhebt und die positiven Aspekte der übrigen Angebote unerwähnt lässt (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), juris Rn. 193 ff.). Dies - und die vorzeitige Veröffentlichung des Ergebnisses der Beratung im Hauptausschuss - verdeutlicht, dass die Entscheidung bereits vor der Ratssitzung vom 27.10.2016 gefallen war.

III.

- 117 Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 936, 925 ZPO.
- 118 Streitwert: 250.000,00 EUR

© juris GmbH