

Wirtschaftsrecht

Rechtsprechung

Energiewirtschaftsrecht

DokNr. 23071442

Bestimmtheit von Wertungskriterien einer Konzessionsvergabe

– OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.08.2022 – VI-2 U 13/21 (Kart) –¹

Leitsätze der Redaktion:

1. Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Entscheidung ankommt (verfahrensbezogene Anforderungen). Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten des Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht.

2. Eine Pflicht zur Offenlegung aller vorgesehenen Entscheidungskriterien ergibt sich bereits vor Abgabe des Angebots; dies gilt auch für sogenannte Unterkriterien und für die Gewichtung der Kriterien und Unterkriterien.

3. Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, wird erst dann überschritten, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand deren das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor einer willkürlichen oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind.

I. Sachverhalt

Die obergerichtliche Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.08.2022 tritt in eine Reihe von Entscheidungen, die sich mit Fragen der transparenten und diskriminierungsfreien Ausgestaltung von Konzessionsvergabeverfahren befassen. Der Kern des Streits ist typischerweise das Spannungsfeld zwischen dem Wunsch der Bieter nach möglichst detaillierten Vorgaben zum Angebotsinhalt und konkreten, eng eingegrenzten Kriterien, die ihm Sicherheit im Rahmen der Angebotsabgabe verschaffen und dem Bestreben der verfahrensführenden Kommunen, durch die Initiierung eines Ideenwettbewerbs (siehe gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 21.05.2015, Rn. 33) zu bestmöglichen Ergebnissen zu gelangen. Die Grenze für das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe zieht das OLG unter Bezugnahme auf eine Reihe vorangegangener

Entscheidungen dort, wo die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird und sie infolgedessen vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (für viele: OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17 Kart sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.06.2013 – VII-Verg 8/13).

Konkret stärkt die Entscheidung den kommunalen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum in einer Reihe von maßgeblichen Punkten.

1. Wahlrecht zwischen Unterkriterien und deskriptiven Erläuterungen

Das Transparenzgebot begründet die Pflicht, Zuschlagskriterien hinreichend bestimmt und eindeutig zu formulieren, um dem fachkundigen Bieter ein gleiches Verständnis über den Erwartungshorizont der Kommune zu ermöglichen. Diese hat aber, so die Feststellung des OLG, die Wahl zwischen der Bildung von Unterkriterien oder der rein deskriptiven Erläuterung ihrer inhaltlichen Anforderungen. Entscheidend für die Festlegung eines Unterkriteriums ist dabei nicht, ob die Konkretisierung »eigene abgrenzbare Themenkomplexe« enthält, sondern ob die inhaltlichen Anforderungen abschließend definiert sind oder ob dem Bieter Freiraum verbleibt, eigene (neue) Gesichtspunkte einzubringen, die im Rahmen der Bewertung auch Berücksichtigung finden (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart und KG Berlin, Urteil vom 25.10.2018 – 2 U 18/18 EnWG). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kommune zudem ihre Erläuterungen ausdrücklich als solche bezeichnet. Damit wird die rechtlich unbedenkliche Delegation der Ausgestaltung des Angebotes auf den Bieter durch die Kommune im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung geschützt. Ergänzend stellt das OLG zudem fest, dass im Rahmen der Erläuterung kein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu besorgen ist, wenn Aspekte benannt werden, die sich nicht gegeneinander ausgleichen lassen, solange sie sich unter das zu erläuternde Kriterium subsumieren lassen. Dies dürfte immer dann der Fall sein, wenn eine logische Verbindung zwischen Aspekt und Kriterium dargelegt werden kann.

2. Empfängerhorizont

Das OLG betont des Weiteren, dass eine Kommune im Rahmen der Ausgestaltung von Kriterien von dem Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters und dessen verständiger Würdigung der Kriterien ausgehen darf (so auch schon BGH, Urteil vom 28.01.2020 – EnZR 116/18). Der interessierte und fachkundige Netzbetreiber weiß um die rechtlichen Regelungen und den Inhalt der technischen Regelwerke. Damit positioniert sich das OLG gegen Tendenzen, die durch die Leugnung jeglicher Fachlichkeit, quasi durch die Hin-

¹ Die Entscheidung finden Sie im vollen Wortlaut auf unserem Portal vw-online.eu unter DokNr. 23071382.

tertür, weitgehende, konkrete Festlegungen durch die Kommune zu erreichen suchen.

3. Unbestimmte (Rechts)Begriffe

Konsequent ist das Gericht auch bei der Beurteilung der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine Kommune im Rahmen der Erläuterung von Kriterien oder als Bewertungsgrundlage, soweit hiergegen der Einwand der Intransparenz erhoben wird. Soweit die verwendeten Begrifflichkeiten der Auslegung eines kundigen Bieters (s.o.) zugänglich sind, ist ihre Verwendung nicht zu beanstanden. Dies gilt umso mehr für die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, wenn diese durch die Rechtsprechung eine Ausgestaltung erfahren haben.

4. Bewertung absoluter Kriterien

Abschließend betont das OLG ausdrücklich die Freiheit des gemeindlichen Ermessens betreffend die Festlegung der Rangfolge einzelner Aspekte, die einer Kommune im Rahmen der Bewertung wichtig sind, ohne sich auf vermeintlich

günstige oder bessere Angebotslegungen verweisen lassen zu müssen. Die ermessensfehlerfreie Entscheidung der Kommune vermag den Vorwurf mangelnder Transparenz oder einer etwaigen Diskriminierung nicht zu begründen.

Fazit

Die vorliegende Entscheidung stärkt nicht nur den vom Gesetzgeber vorgegebenen weiten Beurteilungsspielraum und das Ermessen von Kommunen bei der Gestaltung von Bewertungskriterien im Rahmen von Konzessionsvergaben, sondern es fördert auch einen Ideenwettbewerb um den bestmöglichen Netzbetrieb. Die Entscheidung ist zudem mit ihren Ausführungen zur Bestimmung von Unterkriterien und hinsichtlich der Verwendung unbestimmter (Rechts)Begriffe klärend für eine Vielzahl unter ähnlichen Aspekten ausgeprägter Kontroversen.

– RA Martin Brück von Oertzen, Hamm –²

² Der Autor ist Partner bei Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.