

Nachprüfungsantrag:

(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:

(Vergabestelle - VSt 1)

(Vergabestelle - VSt 2)

(Vergabestelle - VSt 3)

Bevollmächtigte:

(Vergabestelle - VSt)

Dienstleistungsauftrag: Leistungen gemäß § 11 Abs. 3 EnWG,  
Vorhaltung und Betrieb besonderer netztechnischer  
Betriebsmittel – bnBm

Vergabeverfahren: Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 15  
SektVO

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 16.05.2019 durch den Vorsitzenden  
ner, die hauptamtliche Beisitzerin  
sitzer;   
folgenden  
und den ehrenamtlichen Bei-

**Beschluss:**

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle zu 1, zu 2 und zu 3.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle zu 1, zu 2 und zu 3 war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt --- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**Sachverhalt:**

1.

Die VSt (VSt 1, VSt 2, VSt 3) schrieb die Leistungen gemäß § 11 Abs. 3 EnWG, die Vorhaltung und den Betrieb besonderer netztechnischer Betriebsmittel – bnBm, \ aufgeteilt in 4 Losgruppen, im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am veröffentlicht.  
Streitig ist vorliegend allein die Losgruppe

Der Vertrag soll eine Laufzeit vom 1.10.2022 bis zum 30.9.2032 haben.

Nach Ziffer 8.1 der Angebotsbedingungen sind folgende Zuschlagskriterien vorgesehen:

- Preis, maximal 70 Punkte
- Realisierungskonzept, maximal 5 Punkte
- Betriebskonzept, maximal 5 Punkte
- bnBm-Vertrag, maximal 10 Punkte
- technische Leistungsdaten, maximal 10 Punkte

In dem ausgereichten Vertragsentwurf über die Vorhaltung und den Betrieb eines besonderen netztechnischen Betriebsmittels nach § 11 Abs. 3 EnWG – bnBm-Vertrag\_v2- hat die Vergabestelle in der Kommentarfunktion jeweils angemerkt, welche Regelungen nicht verhandelbar sind.

In Ziffer 20 Rechtsnachfolge ist folgendes geregelt:

## **20 Rechtsnachfolge**

In Ziffer 8.2.1 Bewertung des Kriteriums 1: „Angebotspreis pro Los“:

*Als Angebotspreis wird derjenige Preis gewertet, der vom Bieter im Dokument **III\_bnBm\_Vertrag\_Anhang\_2\_Preisblatt** als Gesamtpreis (im Preisblatt markiert) eingetragen ist.*

### **2.**

Mit Schreiben vom 20.7.2018 reichte die VSt 3 eine Schutzschrift bei der Vergabekammer Nordbayern ein und beantragte:

- 1. einen etwaigen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens als offensichtlich unzulässig zu verwerfen und von der Übermittlung des Nachprüfungsantrags gemäß § 169 Abs. 1 GWB abzusehen,*
- 2. Für den Fall der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags oder seiner Zurücknahme dem möglichen Antragsteller die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich derjenigen Kosten aufzuerlegen, die durch die Hinterlegung der Schutzschrift entstanden sind.*

Ein möglicher Antrag sei offensichtlich unzulässig, da die VSt 3 kein Sektorenauftraggeber sei. Die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 GWB lägen nicht vor. Es läge keine besondere Staatsgebundenheit im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 GWB vor. Es gebe weder eine Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber, noch habe ein öffentlicher Auftrag-

geber die Mehrheit der Leitungs -oder Aufsichtsorganisationsmitglieder bestimmt. Auch unterliege die Leitung nicht der Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber.

3.

Mit Nachricht vom 5.10.2018 über die von der Vergabestelle genutzte Plattform hat die VSt 3 die Antragstellerin nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zur Teilnahme an der Ausschreibung eingeladen.

4.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot für ein Los der Losgruppe eingereicht. Mit ihrem Angebot reicht die Antragstellerin einen überarbeiteten Vertragsentwurf ein. Unter Ziffer 20 Rechtsnachfolge hat die Antragstellerin folgende Textpassage eingefügt:

In den Ziffern 7.1-7.3 des Preisblattes hat die Antragstellerin in ihrem Angebot keine unterteilte Angabe zum Gesamtpreis für den Betrieb (Ziffer 7) vorgenommen. In Ziffer 7.1 wiederholt sie den Gesamtpreis für den Betrieb. Die Ziffern 7.2 und 7.3 sind nicht ausgefüllt.

5.

Mit Nachricht vom 15.1.2019 über die Vergabepattform teilte die VSt 3 der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot für die Losgruppe ,ausgeschlossen wird. Das Angebot enthalte in Nummer 20 des Vertrages Änderungen durch die Antragstellerin. Diese Ziffer sei jedoch

als nicht verhandelbar gekennzeichnet. Zudem sei das eingereichte Preisblatt in den Feldern 7.2 und 7.3 nicht befüllt. Es handelt sich hier um wesentliche Einzelpositionen. Darüber hinaus teilte die VSt 3 mit, dass das Vergabeverfahren Losgruppe eingestellt wird.

6.

Mit Schreiben vom 25.1.2019 rügte die Antragstellerin die Einstellung des Verhandlungsverfahrens und den Ausschluss ihres Angebots. Sie wies darauf hin, dass mit der Einführung einer Regelung zur Rechtsnachfolge auf Auftragnehmerseite keine Änderung nicht verhandelbarer Bedingungen verbunden sei und die offenen Felder in Ziffer 7.2 und 7.3 des Preisblattes eine Angabe von 0 Euro bedeuten.

7.

Mit Schreiben vom 12.2.2019 wies die VSt die Rüge zurück. Die Ziffer 20 des Vertrages sei als nicht verhandelbar gekennzeichnet und es sei deutlich, dass diese in allen Aspekten der Rechtsnachfolge als abschließend und unveränderlich anzusehen ist.

8.

Mit Schreiben vom 22.2.2019 rügte die Antragstellerin die Intransparenz der Ausschreibung. Der Vertrag beinhalte gerade keine Regelung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Rechtsnachfolge auf Auftragnehmerseite, lediglich eine Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite sei laut Vertrag nicht verhandelbar.

9.

Mit Schriftsatz vom 27.2.2019 erhob die Antragstellerin Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB. Sie beantragt:

1. Die Einstellung des Verhandlungsverfahrens bezüglich der Losgruppe des Vergabeverfahrens Vorhaltung und Betrieb besonderer netztechnische Betriebsmittel (EU-Amtsblatt Nr. \_\_\_\_\_ vom \_\_\_\_\_) aufzuheben und die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, dass Verhandlungsverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht mit der Antragstellerin fortzuführen;
2. Hilfsweise: Festzustellen, dass die Einstellung des in Ziffer 1 benannten Verhandlungsverfahrens rechtswidrig war und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt hat;

3. *Der Antragstellerin, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten Einsicht in die Vergabeakten des in Ziffer 1 genannten Vergabeverfahrens zu gewähren;*
4. *Den Antragsgegnerinnen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen;*
5. *Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.*

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Die VSt 1 und die VSt 2 seien auch nach eigenem Verständnis Übertragungsnetzbetreiber Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Abs. 1 Nummer 2 GWB.

Der Nachprüfungsantrag sei auch gegen die VSt 3 statthaft, da das Vergabeverfahren im Namen und im Auftrag aller Auftraggeber gemeinsam durchgeführt wird. Gemäß § 4 Abs. 1 SektVO seien die Auftraggeber in diesem Fall für die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemeinsam verantwortlich.

Die Antragstellerin sei in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Die Antragstellerin habe die Vergabeunterlagen nicht in unerlaubter Weise verändert. Laut Angebotsbedingungen (Seite 12) habe der Bieter „die Möglichkeit, Textvorschläge einzubringen, soweit diese keine Aspekte betreffen, hinsichtlich derer die Auftraggeber keine Änderung zulassen“

Die Antragstellerin habe bei dem Vertragsentwurf in Ziffer 20 erstmals eine vertragliche Regelung zu dem Aspekt „Rechtsnachfolge auf Auftragnehmerseite“ eingeführt. Den Aspekt „Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite“ (in Ziffer 20) betreffe der eingefügte Passus gerade nicht. Es sei aus dem Vertragsentwurf nicht ersichtlich, dass die Bieter hier keinen Vorschlag machen dürften. Dieser Aspekt sei nicht thematisiert.

Im Übrigen seien von insgesamt 26 Bestimmungen des Vertragsentwurfs ohnehin nur drei einer Verhandlung zugänglich. Es könne darüber hinaus nicht auch noch das Schweigen des Auftraggebers zu bestimmten Themen als nicht verhandelbar ausgelegt werden.

Die Mindestanforderungen seien im Ergebnis nicht ausreichend deutlich aufgestellt.

Die nicht ausgefüllten Preisfelder bedeuten, dass die Antragstellerin für diese Leistung keine Vergütung verlangt. Ein Preis sei für Ziffer 7- Betrieb genannt. Der gleiche Preis sei in Ziffer 7.1 genannt. Somit sei ersichtlich, dass in Ziffer 7.2 und 7.3 keine weitere Vergütung verlangt wird. Preise seien zudem nachzufordern. Es handele sich um unwesentliche Einzelpositionen, die den Gesamtpreis nicht verändern.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ist nicht gerechtfertigt. Es liegen daher nicht die Voraussetzungen für eine Einstellung des Verhandlungsverfahrens nach § 57 Sekt VO vor.

10.

Die Vergabekammer hat am 27.2.2019 den Nachprüfungsantrag der Vergabestelle übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

11.

Mit Schreiben vom 6.3.2019 beantragte die Vergabestelle:

1. *Der Nachprüfungsantrag in Gestalt der mit Schriftsatz vom 27.2.2019 gestellten Anträge zu 1. und zu 2. wird als offensichtlich unzulässig abgelehnt.*
2. *Der Antrag auf Akteneinsicht wird abgelehnt.*
3. *Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.*
4. *Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der Rechtsverteidigung der Antragsgegnerinnen.*

Der Antrag sei unzulässig.

Die VSt 3 sei kein Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 GWB.

Diese sei alleinige Auftraggeberin. Die VSt 1 und die VSt 2 seien zwar vergaberechtlich gebundene Sektorenauftraggeberin. Sie seien jedoch nicht Auftraggeberin für die Aufträge der Losgruppe ). Ihre Auftraggebereigenschaft für die Losgruppe ) folge auch nicht aus § 4 Sekt VO. Dieser gelte nur für die Zusammenarbeit mehrere Sektorenauftraggeber. Daran fehle es vorliegend.

Ein Rechtsverhältnis bestehe hinsichtlich der Losgruppe allein zur VSt 3. Die VSt 1 und die VSt 2 seien daher nicht passiv legitimiert. Sie seien an diesem Verfahren nicht beteiligt nach § 162 GWB.

Das Verfahren werde auch nicht gemeinsam durchgeführt im Sinne des § 4 Sekt VO. Hinsichtlich der einzelnen Losgruppen haben die einzelnen Auftraggeber selbstständig agiert und seien daher alleine verantwortlich. Die Antragsgegnerinnen seien für ihr jeweiliges Netzgebiet alleine systemverantwortlich. Der Vertrag hinsichtlich der Losgruppe ) berechtige und verpflichte allein die VSt 3. Allein diese habe die Bewerber zur Abgabe zuschlagsfähiger Erstangebote aufgefordert und die eingegangenen Erstangebote allein und unabhängig von der VSt 1 und VSt 2 geprüft. Die Ausschlussentscheidung für das Angebot der Antragstellerin sei allein von der VSt 3 getroffen worden.

Dieses Vorgehen sei im Kooperationsvertrag der Übertragungsnetzbetreiber bereits festgelegt. Die VSt 1 und VSt 2 seien für die Entscheidungen zur Losgruppe ) nicht verantwortlich.

12.

Mit Schreiben vom 6.3.2019 beantragte die VSt 3 darüber hinaus:

1. *der Nachprüfungsantrag in Gestalt der mit Schriftsatz vom 27.2.2019 gestellten Anträge zu 1. und zu 2. wird hilfsweise als unbegründet abgelehnt.*
2. *Der Antrag auf Akteneinsicht wird abgelehnt.*
3. *Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.*
4. *Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zweckentsprechenden Kosten der Rechtsverteidigung der Antragsgegnerinnen.*

Der Antrag sei unbegründet.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sei rechtmäßig, weil es unzulässige Ergänzungen der Vergabeunterlagen enthielt und weil es teilweise nicht die geforderten Preise enthielt. Die Aufhebung des Verfahrens war rechtmäßig, da im Ergebnis kein Angebot vorlag, das den Bedingungen der Vergabeunterlagen entsprach.

Die Antragstellerin habe in Ziffer 20 des Vertrages eine Änderung einer vertraglichen Regelung vorgenommen, die von der VSt 3 als nicht verhandelbar gekennzeichnet war.

Darin sei ein jederzeitiges Recht des Betreibers vorgesehen, den Vertrag insgesamt auf ein verbundenes Unternehmen zu übertragen.

Eine Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen führe auch im Anwendungsbereich der Sekt VO (vgl. § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV, VK Bund mit Beschluss vom 18.9.2017, VK2-86/17) immer zwingend zu einem Angebotsausschluss.

In Nummer 4 der Angebotsbedingungen sei festgehalten, dass die Angebote alle formalen und inhaltlichen Mindestanforderungen erfüllen müssen. Ausgeschlossen werden hiernach Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind.

In Nummer 3.6.2 der Angebotsbedingungen sei der Hinweis enthalten, dass Punkte, in denen die Auftraggeber keine Änderungen zulassen, in vorgenannten Dokumenten entsprechend gekennzeichnet sind.

Es treffe nicht zu, dass die streitgegenständliche Regelung der Nummer 20 des bnBm-Vertrages sich nur mit dem Aspekt „Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite“ befasse. Bereits die Überschrift laute allgemein „Rechtsnachfolge“. Bereits die Überschrift sei als nicht verhandelbar gekennzeichnet. Die Vorgaben seien somit nachvollziehbar.

Es könne der Vergabestelle zudem nicht zugemutet werden, einen Vertragspartner zu beauftragen, der nicht die Gewähr für eine dauerhafte zuverlässige Bereitstellung der Be-

triebsmittel bietet. Dasjenige Unternehmen, das beauftragt werde, sei auf seine Eignung hin zu überprüfen. Eine Rechtsnachfolge scheidet hier aus.

Eine vernünftige Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters könne kein anderes Ergebnis erzielen.

Das Angebot der Antragstellerin sei auch zwingend auszuschließen gewesen, weil in den Positionen 7.2 und 7.3 des Preisblattes die Preise fehlten. Eine Nachforderung nach § 51 Abs. 3 Satz 2 Sekt VO sei nicht möglich.

Die Antragstellerin habe hier gerade nicht 0 Euro eingetragen. Die weiß hinterlegten Preisfelder seien auszuführen gewesen. Nach Ziffer 4 der Angebotsbedingungen werden Angebote ausgeschlossen, die nicht die geforderten Preisangaben enthalten. Auf die Wettbewerbserheblichkeit der fehlenden Preise komme es gar nicht an. Hinsichtlich der zu benennenden Versicherungskosten sei die Eintragung von 0 Euro nicht möglich, da die Versicherung von der Antragstellerin hinzu gekauft werden muss. Die Angabe wäre daher unwahr.

Es handelt sich auch nicht um unwesentliche Einzelpositionen. Eine fehlende Veränderung des Gesamtpreises oder der Wertungsreihenfolge führe nicht automatisch zur Unwesentlichkeit. Die Kosten der Wartung und Instandhaltung während des zehnjährigen Betriebes seien wesentlich. Es sei von über 1% im Verhältnis zum Gesamtpreis auszugehen.

Die Aufhebung sei rechtmäßig erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei zwingend auszuschließen gewesen. Es lag im Ergebnis kein annahmefähiges Angebot im streitgegenständlichen Vergabeverfahren vor. Das Vergabeverfahren sei aus sachlichem Grund aufgehoben worden. Es liege sogar ein Aufhebungsgrund nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 VgV vor. Selbst eine rechtswidrige Aufhebung sei nicht unwirksam. Das Vergabeverfahren sei nicht rechtsmissbräuchlich aufgehoben worden. Die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens scheidet somit aus.

### 13.

Mit Schreiben vom 15.3.2019 vertieft die Antragstellerin ihren Vortrag aus dem Nachprüfungsantrag.

Die Vergabestellen zu 1, zu 2 und zu 3 hätten das vorliegende Vergabeverfahren gemeinsam durchgeführt. Gemäß Ziffer I.2) der Auftragsbekanntmachung sei eine gemeinsame Beschaffung angekündigt worden. Gemäß Ziffer II.1.4) sei mitgeteilt worden, dass die Vergabestellen zu 1, zu 2 und zu 3 beabsichtigen, Dritte mit Leistungen gemäß § 11 Absatz 3 EnWG zu beauftragen. Gemäß Ziffer II.1.6) der Auftragsbekanntmachung hätten sich die drei Antragsgegnerinnen vorbehalten, alle zwölf Lose auch an einen Bieter zu

vergeben. Dies zeige, dass das gesamte Verfahren durch alle drei Antragsgegnerinnen gemeinsam durchgeführt wurde.

Der Antragstellerin sei bislang nicht bekannt gewesen, dass das Verfahren zu Losgruppe alleinverantwortlich von der VSt 3 durchgeführt worden sein soll.

Selbst wenn dies so wäre, entfalle jedenfalls nicht die Verantwortung der drei Antragsgegnerinnen gemäß § 4 SektVO. Eine alleinverantwortliche Durchführung des Vergabeverfahrens sei ein Vergabeverstoß. Es handele sich um einen Fall von § 4 Abs. 2 Satz 2 Sekt VO.

Die VSt 1 und die VSt 2 könnten ihre Gesamtverantwortung für das Vergabeverfahren nicht dadurch vermeiden, dass sie das Vergabeverfahren betreffend einzelner Lose entgegen der Auftragsbekanntmachung aus der Hand geben.

Die VSt 3 sei Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nummer 2 a) GWB.

Sie sei eine von insgesamt vier Übertragungsnetzbetreibern in Deutschland. Hierbei handele es sich um ein Oligopol. Jedes Monopol oder Oligopol begründe ein besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne von § 100 Abs. 1 Nummer 2 a) GWB (vergleiche VK Lüneburg vom 13.5.2016-VgK-10/2016).

Auch aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 8 der Richtlinie 90/531 könne gefolgert werden, dass die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 Nummer 2 a) GWB weiter vorliegen, wenn sich trotz ursprünglich bestehender (aufgehobener) ausschließlicher Rechte ein tatsächlicher Wettbewerb nicht entwickelt. Dies sei vorliegend der Fall.

Weiterhin würden den Übertragungsnetzbetreibern über das EnWG besondere und ausschließliche Rechte eingeräumt, die die Eigenschaft der VSt 3 als Sektorenauftraggeber begründen. Ein potentieller neuer Übertragungsnetzbetreiber bräuchte eine Genehmigung gemäß § 4 EnWG. Die Anforderungen hieran seien so erheblich, dass seit Jahrzehnten kein neuer Übertragungsnetzbetreiber zugelassen wurde. Zielsetzung der Vorschrift sei, nachteilige Strukturveränderungen zulasten bestehender Versorgungsverhältnisse in einem Versorgungsbetrieb durch Newcomer auszuschließen.

Die VSt 3 sei jedenfalls gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 Sekt VO vergaberechtlich für die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemeinsam mit der VSt 1 und VSt 2 verantwortlich. Daher müsse sich die VSt 3 auch gemeinsam vor der Vergabekammer verantworten. Nur so könnten widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden. Das deutsche Prozessrecht sehe dies vor.

Die Entscheidung der VSt 1, VSt 2 und VSt 3, die Errichtung und Vorhaltung besonderer netztechnischer Betriebsmittel im gesamten Zuständigkeitsgebiet gemeinsam zu beschaffen und gegebenenfalls alle Lose an einen Bieter zu beauftragen, führe zur gemeinsamen Verantwortung im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 Sekt VO und somit zu einer einheitlichen Zuständigkeit der Vergabekammer.

In einem weiteren Schriftsatz vom 15.3.2019 vertieft die Antragstellerin ihren Vortrag zur Begründetheit des Antrags. Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

**14.**

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB zuletzt bis 07.06.2019 verlängert.

**15.**

Mit Schreiben vom 27.3.2019 hat die VSt vertiefend vorgetragen, dass die VSt 1 und die VSt 2 nicht passivlegitimiert und die VSt 3 keine Sektorenauftraggeberin sind.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, soweit sie die Nachprüfung für die gesamte Losgruppe beantragt hat. Sie habe lediglich ein Angebot über ein Los mit einer Wirkleistung von 11 MW abgegeben.

Die Veröffentlichung einer gemeinsamen Beschaffung begründe keine gemeinsame Haftung der Antragsgegnerinnen für den gesamten Beschaffungsvorgang.

Die VSt 1 und VSt 2 würden weder Vertragspartei der in der Losgruppe abzuschließenden Verträge, noch würden sie die dort eingegangenen Angebote kennen oder hätten einen irgendwie gearteten Einfluss auf Entscheidungen der VSt 3 im Vergabeverfahren der Losgruppe. Gleiches gelte für die Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin.

Die Vergabestelle habe ihr getrenntes Vorgehen in den Losgruppen von Anfang an transparent gemacht.

§ 4 Abs. 2 Satz 1 Sekt VO sei nicht geeignet, die Passivlegitimation der VSt 1 und VSt 2 zu begründen. Diese Regelung könne lediglich die Verantwortlichkeit von einer Sektorenauftraggeberin auf eine andere Sektorenauftraggeberin erstrecken, nicht jedoch auf einen privaten Auftraggeber. Die Sekt VO, so auch § 4 Sekt VO, sei auf die Beschaffung von privaten Auftraggebern nicht anwendbar.

Eine Beschaffungstätigkeit von Sektorenauftraggebern könne einen privaten Auftraggeber nicht an das Vergaberecht binden.

Zudem gehe es vorliegend nicht mehr um die gemeinsame Vertragsgestaltung. Es gehe vorliegend um die Entscheidung eines Privaten, ein Verfahren aufzuheben und einen Bieter aus diesem Verfahren auszuschließen, das alleine durch die VSt 3 durchgeführt wird.

Selbst unter Anwendung der Norm läge hier jedenfalls ein Fall des § 4 Abs. 2 Satz 3 SektVO vor. Eine gemeinsame Durchführung liege hinsichtlich der Losgruppe gerade nicht vor. Die VSt habe tatsächlich nur das umgesetzt, was sie in den Auftragsbedingungen als Vorgehensweise angekündigt hat.

In der Bekanntmachung sei unter Ziffer VI.3. eindeutig festgelegt, dass der jeweilige Vertrag über die Vorhaltung und Betrieb eines besonderen netztechnischen Betriebsmittels zwischen dem erfolgreichen Bieter und dem jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber geschlossen wird, an dessen Netz das besonderen netztechnische Betriebsmittel angeschlossen ist oder wird. Der Auftraggeber stelle hier auch klar, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Auftraggeber ausgeschlossen ist.

Die in II.1.6 der Auftragsbekanntmachung vorbehaltene Auftragsvergabe an einen einzigen Bieter sei lediglich ein mögliches Verfahrensergebnis, wenn die in den Losgruppen getrennt durchgeführten Angebotswertungen ergeben, dass dieser Bieter in allen Losgruppen für alle zwölf Lose das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Ein solcher unwahrscheinlicher Fall begründe keine gemeinsame Verantwortung der Antragsgegnerinnen.

Der unterschiedliche Rechtsweg sei bereits in der Auftragsbekanntmachung klargestellt. In VI.4.3 der Auftragsbekanntmachung und in Nummer 9.2 der Angebotsbedingungen sei darauf hingewiesen, dass für die VSt 3 das Nachprüfungsrecht des GWB nicht gilt.

Die VSt 3 habe das Vergabeverfahren für die Losgruppe nicht im Namen und im Auftrag der VSt 1 und VSt 2 durchgeführt, sondern im eigenen Namen.

Die VSt 3 übe keine besonderen und ausschließlichen Rechte im Sinne von § 100 Abs. 1 Nummer 2 lit. a) Abs. 2 GWB aus. Es fehle eine Gewährung eines solchen Rechts von einer zuständigen Behörde. Eine dauerhaft lenkende und fördernde Duldung eines bestehenden Oligopols genüge hier nicht. Diese Auffassung widerspreche dem Wortlaut und der Systematik und dem Sinn und Zweck des Vergaberechts. Ein konstitutiver Rechtsakt des Staates liege nicht vor. Eine faktische Marktposition sei etwas anderes als eine Rechtsstellung. Eine Duldung sei keine Gewährung von Rechten.

Dem Sinn und Zweck nach sei die Anwendung des Vergaberechts auf private Unternehmen nur bei einer staatlichen Rechtsgewährung möglich. Dies entspreche dem Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

Eine staatliche Rechtsgewährung sei vorliegend nicht ersichtlich.

Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2014/25/EU verdeutliche, dass der Unionsgesetzgeber den Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Sektorenvergaberechts im Vergleich zu der früheren Rechtslage einschränken wollte.

Auch eine faktische Vorzugsstellung im Markt sei nicht ausreichend, um eine Sektorauftraggeberschaft zu begründen. Die Vorzugsstellung müsse zwingend staatlich gewährt sein.

Schließlich sei vorliegend eine dauerhaft lenkende und fördernde Duldung eines Oligopols ebenfalls nicht gegeben. Die Stellung als Übertragungsnetzbetreiber folge aus der tat-

sächlichen Wahrnehmung der in § 3 Nummer 10 EnWG genannten Aufgaben selbst. Ein Marktzutritt sei für Newcomer rechtlich nicht ausgeschlossen. Die Genehmigung nach § 4 EnWG begründe keine besonderen oder ausschließlichen Rechte.

Die VSt 3 beschaffe im Ergebnis als privates und damit vergaberechtlich nicht gebundenes Unternehmen. Die sektorenvergaberechtlichen Vorschriften, und somit § 4 Sekt VO, seien für sie nicht anwendbar.

**16.**

Mit Schreiben vom 27.3.2019 hat die VSt 3 ihren Vortrag zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags vertieft. Die Aufhebung der Verfahrenseinstellung könne nicht begehrt werden, da ausreichend sachliche Gründe für die Einstellung des Verfahrens in Losgruppe vorliegen. Eine rechtsmissbräuchliche Scheinaufhebung liege nicht vor. Es sei kein Bieter im Wettbewerb verblieben.

Das Angebot der Antragstellerin sei auch aus anderen Gründen auszuschließen. Es überschreite die interne Kostenschätzung um über 100 %. Die Vergabestelle könne zudem nicht gezwungen werden, mit nur einem Bieter weiter zu verhandeln.

Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

**17.**

Mit Schreiben vom 5.4.2019 teilt die Antragstellerin mit, dass ihr Nachprüfungsbegehren sich nur auf dasjenige Los der Losgruppe beschränke, auf das sie ein Angebot abgegeben hat.

Es handle sich nicht um drei autonome unterschiedliche Vergabeverfahren. Dies sei eine ex-post Betrachtung. In der Auftragsbekanntmachung haben die drei Antragsgegnerinnen eine gemeinsame Beschaffung angekündigt. Weiterhin haben sich die drei Antragsgegnerinnen eine gemeinsame Beauftragung vorbehalten. Es seien die gleichen Vergabeunterlagen verwendet worden unter dem gemeinsamen Briefkopf. Auch die Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitsvereinbarung sei zwischen dem einzelnen Bieter und allen drei Antragsgegnerinnen geschlossen worden. Allen Losvergaben läge ein einheitlicher Vergabeterminplan zugrunde.

Gemäß § 4 Sekt VO seien alle drei Antragsgegnerinnen für das gemeinsame Vergabeverfahren verantwortlich. Verantwortlichkeit könne nicht delegiert werden, indem das Verfahren tatsächlich nur von einem beteiligten Auftraggeber durchgeführt wird.

Zudem stünde die eigenverantwortliche Durchführung im Widerspruch zur Ankündigung in den Vergabeunterlagen. Dass die Zuschlagserteilung nur durch einen Auftraggeber erfolgt, sei ein typischer Fall von § 4 Abs. 2 Satz 3 Sekt VO.

Die VSt 3 sei passivlegitimiert. Sie habe ein Monopol innerhalb ihres Gebietes. Diese Monopole der Übertragungsnetzbetreiber seien politisch erwünscht. Dies ergebe sich aus Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Ziel sei die Abschottung der Märkte. In einem solchen Fall sei § 100 Abs. 2 Satz 1 GWB vom Sinn und Zweck her anwendbar.

Die erlangte Monopolstellung werde durch die öffentliche Hand gesichert. Dies erfolge durch § 4 EnWG, der die Genehmigung zum Markteintritt regelt. Die bestehenden Übertragungsnetzbetreiber seien von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen. Hierdurch sei die Monopolstellung manifestiert. Dies sei eine aktive Förderung.

Der Antrag sei begründet.

Das Angebot der Antragstellerin liege keinesfalls erheblich über den aktuellen Marktpreisen. Die Kostenschätzung der Vergabestelle sei nicht ordnungsgemäß erstellt.

Die hinzugefügte Regelung unter Nummer 20 des Vertragsentwurfs sei eine zulässige Ergänzung und nicht eine ausgeschlossene Änderung. Die Angebotsbedingungen seien in Nummer 4 nicht transparent. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit Ergänzungen zulässig seien. Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin könne sich darauf nicht begründen.

Wartung, Betrieb und Versicherung seien im Vertragsentwurf mit keiner Silbe erwähnt und nicht sanktioniert. Es handle sich bei diesen Preisen daher nicht um wesentliche Positionen.

#### 18.

Mit Schreiben vom 16.4.2019 teilt die Vergabestelle mit, dass die drei Antragsgegnerinnen für die Vergabeunterlagen gemeinsam verantwortlich sind. Dasselbe gelte hinsichtlich der Vertraulichkeit der gemeinsam erstellten Vergabeunterlagen. Der gemeinsame Terminplan begründe sich aus dem einheitlichen Betriebsaufnahmetermin am 1. Oktober 2022.

Eine vergaberechtliche Bindung ergebe sich hieraus nicht.

Vorliegend gehe es um die im Verfahren zu Losgruppe , getroffenen Entscheidungen. Diese hätten die Antragsgegner jeweils allein verantwortlich getroffen.

Die Auftragsbekanntmachung lege gerade keine gemeinsame Verantwortung fest. Aus dieser ergebe sich vielmehr, dass die Antragsgegnerinnen getrennt verantwortlich für ihre jeweiligen Lose sind.

§ 4 Abs. 2 Satz 3 Sekt VO regle gerade die „Durchführung“ des Vergabeverfahrens. Nur der Auftraggeber, der eine Entscheidung getroffen habe, könne diese rückgängig machen. Auf die Darstellung in den Vergabeunterlagen komme es nicht an, sondern wer das Vergabeverfahren tatsächlich durchgeführt hat. Der Antrag gegen die VSt 1 und VSt 2 würde daher ins Leere laufen.

Die Vergabe aller Lose an einen Bieter sei ein mögliches Verfahrensergebnis gewesen. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit für die Durchführung des Verfahrens entstehe auch hieraus nicht.

Im Übrigen sei die Sekt VO vorliegend nicht anwendbar, da das Verfahren zu Losgruppe nicht durch einen vergaberechtlich gebundenen Auftraggeber geführt worden ist.

Die VSt 3 sei nicht passivlegitimiert. Auf ein politisches Ziel komme es nicht an. Eine staatlich verliehene Rechtsposition liege nicht vor. Auch §4 EnWG begründe keine Rechtsposition. Eine historisch begründete Marktstellung genüge nicht.

**19.**

Mit Schreiben vom 16.4.2019 vertieft die Vergabestelle ihren Vortrag zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags. Es handle sich nicht um eine zulässige Ergänzung des Vertrages. Nummer 4 der Angebotsbedingungen sei transparent. Sie verbiete sowohl Änderungen als auch Ergänzungen in den Abschnitten, in denen die Auftraggeber ausdrücklich keine Änderung zulassen. Hinsichtlich der fehlenden Preise bestehe ein erhöhtes Interesse an den beiden Einzelpositionen, um nachvollziehen zu können ob für diese Teilleistungen angemessene Preise angeboten werden. Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

**20.**

Unter Wahrung des Geheimschutzes hat die Vergabekammer am 6.5.2019 der Antragstellerin Auszüge der Vergabeakte übermittelt.

**21.**

Mit Schreiben vom 8.5.2019 teilt die Antragstellerin mit, dass sich aus der Vergabeakte die gemeinsame Durchführung des Vergabeverfahrens für alle Lose ergibt. Eine vergabeverfahrensrechtliche Trennung sei weder beabsichtigt gewesen noch erfolgt. Eine Losaufteilung sei allein zu dem Zweck erfolgt, dass nach Zuschlagserteilung verschiedene Aufträge zwischen unterschiedlichen Auftraggebern und Auftragnehmern bestehen, damit ein Ausfall in einem Vertragsverhältnis durch die weiteren bestehenden Vertragsverhältnisse kompensiert werden kann. Auf das Schreiben wird im Übrigen verwiesen.

**22.**

Die Vergabekammer hat am 16.5.2019 ohne mündliche Verhandlung entschieden.

**Begründung:**

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zu verwerfen. Die Vergabekammer konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden (vgl. § 166 Abs. 1 GWB).

Der Rechtsweg zur Vergabekammer ist nicht eröffnet.

Die Vergabestelle zu 3 ist keine Sektorenauftraggeberin § 100 GWB.

Die Vergabestelle zu 1 und die Vergabestelle zu 2 sind nicht passivlegitimiert.

a)

Die Vergabestelle zu 3 ist eine juristische Person des Privatrechts.

Juristische Personen des Privatrechts sind zum einen Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nummer 2 GWB, wenn sie eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 GWB ausüben und diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden (§ 100 Abs. 1 Nummer 2 lit. a) GWB).

Zum anderen können juristische Person des Privatrechts Sektorenauftraggeber sein wenn sie eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben und öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 GWB auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können (§ 100 Abs. 1 Nummer 2 lit. b) GWB).

Beide Fälle sind vorliegend nicht gegeben.

Zwar übt die Vergabestelle zu 3 als Übertragungsnetzbetreibern eine Sektorentätigkeit aus, jedoch haben keine öffentlichen Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 GWB auf die Vergabestelle zu 3 einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss.

Der Vergabestelle zu 3 ist schließlich auch nicht tätig auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, die ihr von einer zuständigen Behörde gewährt wurden.

Aus Sicht der Kammer ist weder das Bestehen, noch die dauerhaft lenkende und fördernde Duldung eines bestehenden Oligopols, der staatlichen Gewährung eines besonderen oder ausschließlichen Rechtes des § 100 Abs. 1 Nummer 2 lit. a) GWB gleichzusetzen.

Zwar ist die Vergabestelle zu 3 auf ihrem Gebiet die einzige Übertragungsnetzbetreiberin. Hierin liegt jedoch keine Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten durch eine zuständige Behörde. Es handelt sich um die faktisch bestehende Marktposition der Vergabestelle zu 3.

Auch eine staatliche Duldung dieser faktisch bestehenden Marktposition ändert hieran nichts. Eine staatliche Förderung liegt weder vor, noch wäre diese einem besonderen oder ausschließlichen Recht gleichzusetzen.

Die Auffassung der Antragstellerin, dass § 4 EnWG, der die Genehmigung zum Markteintritt regelt, die bestehenden Übertragungsnetzbetreiber fördert, überzeugt nicht.

§ 4 EnWG ermöglicht Newcomern den Zutritt zum bestehenden Markt. Eine aktive Förderung von Übertragungsnetzbetreibern, die es bereits vor Einführung dieser Genehmigungsnorm gab, liegt hierin nicht. Eine Förderung wäre auch noch keine Übertragung staatlicher Rechte.

Auch das Erfordernis einer sinn- und zweckgemäßen Anwendung des § 100 Abs. 1 Nummer 2 lit. a) GWB ist aus Sicht der Kammer nicht gegeben.

Eine europarechtliche Auslegung der Norm über deren Wortlaut hinaus zur Begründung einer analogen Anwendung der Norm ist nicht angezeigt. Eine politische Zielsetzung ändert das bestehende nationale Recht nicht.

**b)**

Die Vergabestelle zu 1, die Vergabestelle zu 2 und die Vergabestelle zu 3 sind nicht über § 4 SektVO passivlegitimiert.

Die Antragstellerin trägt vor, dass alle drei Antragsgegnerinnen für das gemeinsame Vergabeverfahren verantwortlich sind. Verantwortlichkeit könne nicht delegiert werden, in dem das Verfahren tatsächlich nur von einem beteiligten Auftraggeber durchgeführt wird.

Die gemeinsame Verantwortlichkeit ergebe sich aus der Vergabeakte zur Losegruppe

Es sei dokumentiert dass alle drei Antragsgegnerinnen beabsichtigten, gemeinsam MW insgesamt zu vergeben. Mit der Losaufteilung sei lediglich der Zweck verfolgt worden, dass nach Zuschlagserteilung verschiedene Aufträge zwischen unterschiedlichen Auftraggebern und Auftragnehmern bestehen, damit ein Ausfall in einem Vertragsverhältnis durch die weiteren bestehenden Vertragsverhältnisse kompensiert werden kann.

Die Kammer sieht eine solche gemeinsame Verantwortlichkeit hinsichtlich der Durchführung des Vergabeverfahrens nicht. Zwar ist in der Bekanntmachung in Ziffer 1.2) mitgeteilt, dass der Auftrag eine gemeinsame Beschaffung betrifft.

Hieraus entsteht jedoch nicht automatisch eine gemeinsame Verantwortlichkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 Sekt VO.

Gemäß § 1 Abs. 1 Sekt VO gilt die Sekt VO nur für das einzuhaltende Verfahren bei Sektorentätigkeiten durch Sektorenauftraggeber. Die Vergabestelle zu 3 ist kein Sektorenauftraggeber (vgl. 1.a). Eine Passivlegitimation der Vergabestelle zu 3 scheidet daher auch bezüglich § 4 Sekt VO aus.

Die Vergabestelle zu 1 und die Vergabestelle zu 2 sind zwar Sektorenauftraggeber. Es liegt jedoch weder ein gemeinsam durchgeführter Teil des Vergabeverfahrens vor, noch erstreckt § 4 Sekt VO die Verantwortung eines privaten Auftraggebers auf Sektorenauftraggeber.

Das Ausschreibungsverfahren teilt sich in unterschiedliche Verfahrensabschnitte.

Während die Vergabeunterlagen und der Vertragsentwurf gemeinsam von allen drei Auftraggebern erstellt wurden, erfolgt die Durchführung des Verhandlungsverfahrens und die Zuschlagserteilung in Losgruppe 1 alleinverantwortlich durch die Vergabestelle zu 3.

In der Bekanntmachung in Ziffer VI.3) teilt die Vergabestelle unter Nummer 3 mit, dass der jeweilige Vertrag über die Vorhaltung und den Betrieb eines besonderen netztechnischen Betriebsmittels nach § 11 Abs. 3 EnWG zwischen dem erfolgreichen Bieter und dem jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber geschlossen wird, an dessen Netz das besondere netztechnische Betriebsmittel nach § 11 Abs. 3 EnWG angeschlossen ist oder wird.

In der gleichen Ziffer unter Nummer 8 teilt die Vergabestelle mit, dass die Vergabestelle zu 3 kein Sektorenauftraggeber ist und ihm gegenüber kein Anspruch auf Anwendung des 4. Teils des GWB sowie der Sekt VO besteht.

Die Einladung der Antragstellerin zur Teilnahme an der Ausschreibung über die genutzte Vergabeplattform vom 5.10.2018 erfolgte ausschließlich durch die Vergabestelle zu 3.

Das Eröffnungsprotokoll für Losgruppe 1 vom 10.12.2018 wurde ebenfalls ausschließlich durch die Vergabestelle zu 3 erstellt, sowie die Ausschlussmitteilung von 15.1. 2019 und die Einstellungsmitteilung vom 18.1.2019.

Die Gesamtschau lässt eine alleinverantwortliche Durchführung des Verhandlungsverfahrens durch die Vergabestelle zu 3 erkennen (§ 4 Abs. 2 Satz 3 Sekt VO). Eine gemeinsame Verantwortung für diesen Teil der Ausschreibung liegt aus Sicht der Vergabekammer nicht vor.

Im Übrigen ist die Vergabestelle zu 3 kein Sektorenauftraggeber (vgl. 1.a).

Gemäß § 1 Abs. 1 Sekt VO gilt die Sekt VO nur für das einzuhaltende Verfahren bei Sektorentätigkeiten durch Sektorenauftraggeber. Es ist nicht überzeugend, dass die Sekt VO bezwecken soll, die Verantwortung eines privaten Auftraggebers auf Sektorenauftraggeber zu erstecken.

## **2.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

### **a)**

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

### **b)**

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Vergabestelle zu 1, zu 2 und zu 3 ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Vergabestelle zu 1, zu 2 und zu 3 notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Vergabestelle zu 1, zu 2 und zu 3 nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d)

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. In § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB wird bestimmt, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens richtet. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 € und 50.000 €, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und im Einzelfall auf 100.000 € erhöht werden kann, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind.

Unter Berücksichtigung der Angebotssumme des Angebots der Antragstellerin handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren um ein solches mit einem außergewöhnlich hohen Auftragswert.

Unter Abwägung dieser Maßgaben und dem erbrachten personellen und sachlichen Aufwand für dieses Verfahren ist aus Sicht der Vergabekammer eine Gebühr von \_\_\_\_\_ € angemessen.

Die Gebühr ist um \_\_\_\_\_ € zu reduzieren, da eine mündliche Verhandlung nicht durchgeführt werden musste. Die Gebühr ist um weitere \_\_\_\_\_ € zu reduzieren, da auch eine Beiladung nicht erfolgen musste.

Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt somit \_\_\_\_\_ €.

e)

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die AST in Höhe des Differenzbetrages von \_\_\_\_\_ € wird nachgereicht.