

# VOLLTEXTSERVICE

## ***Für zuschussfinanzierte NPOs: Vergaberecht nicht vergessen!***

***OLG Celle, Beschluss vom 13.10.2016, Az. 13 Verg 6/16***

### **Gründe**

Gegenstand des Verfahrens ist die Vergabe von Fahrdienstleistungen durch die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin ist eine anerkannte Werkstatt für Menschen mit Behinderungen i. S. d. § 142 SGB IX in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH).

Zwischen dem Land Niedersachsen als überörtlichem Träger der Sozialhilfe, den in der Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege in Niedersachsen zusammengeschlossenen Spitzenverbände (LAG-FW), der Landesarbeitsgemeinschaft der Verbände der Privaten Pflegeeinrichtungen gab es einen zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Landesrahmenvertrag (vgl. Anlage Ast 3, Bl. 186 ff. VgK), der später in Form einer Vereinbarung zur Fortführung der Inhalte und Regelungen der mit Wirkung ab dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Verträge (Anlage ASt 5, Bl. 264 ff. VgK - ebenfalls nur unvollständig vorgelegt) zwischen dem Land Niedersachsen, den kommunalen Spitzenverbänden in Niedersachsen und den in der Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege Niedersachsen zusammengeschlossenen Spitzenverbänden weitergeführt wurde. Beiden Verträgen, die auch Vergütungsvereinbarungen vorsahen, trat die Antragsgegnerin bei. Ferner schlossen die Antragsgegnerin und das Land Niedersachsen am 16. Mai/26. Juni 2013 eine Leistungs- und Prüfungsvereinbarung gem. § 75 Abs. 3, § 76 SGB XII über die von der Antragsgegnerin erbrachten Leistungen (Anlage Ag 5, Bl. 239 ff. VgK) sowie u. a. am 14. Dezember 2015 eine Vereinbarung über die vorläufige Vergütung für den Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2016 (Anlage Ag 6, Bl. 249 ff. VgK).

Die Antragstellerin führte - bis zu der von ihr am 15. März 2016 ausgesprochenen Kündigung zum 30. Juni 2016 - auf der Grundlage eines am 1. Januar 1999 geschlossenen Beförderungsvertrages - den arbeitstäglichen Fahrdienst zur Beförderung von ca. 330 werkstattbeschäftigten Menschen mit Behinderung für die Antragsgegnerin durch.

Mit Schreiben vom 27. April 2016 forderte die Antragsgegnerin verschiedene von ihr ausgewählte Bieter - u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene - zur Abgabe eines schriftlichen Angebots für Beförderungsdienstleistungen ab dem 1. Juli 2016 bis zum 31. Dezember 2019 mit Verlängerungsoption auf, wobei sie darauf hinwies, eine öffentliche Ausschreibung sei nicht erforderlich. Neben dem Preis sollten weitere in der Leistungsbeschreibung angegebene Qualitätskriterien von Bedeutung sein.

### **WINHELLER**

#### **Rechtsanwalts-gesellschaft mbH**

Tower 185

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37

60327 Frankfurt am Main

**Tel.:** +49 (0)69 76 75 77 80

**Fax:** +49 (0)69 76 75 77 810

**E-Mail:** [info@winheller.com](mailto:info@winheller.com)

**Internet:** [www.winheller.com](http://www.winheller.com)

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin

Hamburg | München

Eine Bewertungsmatrix mit einer konkreten Gewichtung der einzelnen Kriterien gab es nicht. Wegen der Einzelheiten wird auf das Schreiben nebst Anlagen Bezug genommen (Anlagenordner „Unterlagen Nachprüfungsverfahren“). Mit formlosen Schreiben vom 25. Mai 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, sich nach sorgfältiger Nutzwertanalyse für ein anderes Angebot entschieden zu haben. Am 6. Juni 2016 beantragte die Antragstellerin die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens.

Sie hat vornehmlich die Auffassung vertreten, bei der Antragsgegnerin handele es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, weshalb die Vergabe EU-weit hätte ausgeschrieben und ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen. Das Verfahren sei intransparent und willkürlich durchgeführt worden.

Die mit der Erbringung staatlich geschuldeter Transferleistungen betraute Antragsgegnerin sei ungeachtet dessen, ob sie sich dazu vertraglich gegenüber dem Land Niedersachsen verpflichtet habe, zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung verpflichtet gewesen. Öffentliche Auftraggeber hätten Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb zu beschaffen und könnten dieser Pflicht nicht dadurch entgehen, dass sie eigene Pflichterfüllungen auf Dritte übertrügen. Dieser Rechtssatz habe auch § 98 Nr. 6 GWB (Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG) zugrunde gelegen. Es komme mithin nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB 2016 sei, was jedoch ebenfalls zu bejahen sei, denn - so hat die Antragstellerin behauptet - sie werde überwiegend staatlich finanziert. Dies sei aus den veröffentlichten Lageberichten für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 zu entnehmen (Anlagen ASt 1 und 2), die etwa Investitionszuwendungen in Höhe von mehreren Millionen Euro auswiesen, die nicht im Zusammenhang mit einer spezifischen Gegenleistung stünden.

Die Antragsgegnerin hat den Nachprüfungsantrag für unzulässig gehalten. Sie sei bereits kein öffentlicher Auftraggeber. Die Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB 2016 - der allein in Frage komme - sei vorliegend nicht einschlägig, wobei sie bestritten hat, sich überwiegend staatlich zu finanzieren. Vielmehr stammten 80 % ihrer Einnahmen aus Pflegeentgelten, die restlichen 20 % setzten sich aus dem Erlös für den Verkauf eigener Produkte, Zinseinnahmen und Spenden zusammen. Die Pflegeentgelte seien nicht als öffentliche Leistungen zu bewerten.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin sei keine öffentliche Auftraggeberin i. S. d. § 99 GWB 2016. Der zu vergebende Auftrag sei von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung und überschreite den Schwellenwert für die Anwendung des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) deutlich. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin den beabsichtigen Vertragsschluss weder europaweit noch national bekannt gegeben, sondern nur bestimmten Anbietern die Möglichkeit eröffnet, Angebote abzugeben. Das angewandte Verfahren weiche dabei inhaltlich von den Vergabearten gem. § 119 GWB (n.F.) und den Erfordernissen eines Vergabeverfahrens ab. Die Antragsgegnerin sei jedoch keine Gebietskörperschaft oder ein Sondervermögen gem. § 99 Nr. 1 GWB und kein öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 Nr. 3 GWB. Ferner scheide eine Auftraggebereigenschaft gem. § 99 Nr. 5 [gemeint ist Nr. 4] GWB aus, denn hiervon seien nur Bauleistungen erfasst. Schließlich sei die Antragsgegnerin auch keine Auftraggeberin gem. § 99 Nr. 2 GWB. Insbesondere werde die Antragsgegnerin, obgleich sie eine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfülle, nicht überwiegend von einer Gebietskörperschaft finanziert. Vielmehr erhalte sie eine Vergütung für Leistungen nach § 76 Abs. 1 SGB XII, die sich nach Abs. 2 der Vorschrift in drei Pauschalen - Grundpauschale, Maßnahmepauschale und den Investitionsbeitrag - gliedere. Bei der Pauschale für die in Rede stehenden Fahrtkosten je Person und Monat, die die Antragsgegnerin vom Land erhalte, handele es sich ebenfalls um eine Form von Entgelt. Da das Land die Antragsgegnerin nicht kontrolliere oder mehr als die Hälfte eines Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans bestimme, seien auch lit. b) und c) der Vorschrift nicht einschlägig. Das Land habe seinerseits keinen öffentlichen Auftrag an die Antragsgegnerin vergeben, weil es keine Auswahlentscheidung i. S. d. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU getrof-

fen habe. Soweit nachvollziehbare Zweifel bestünden, ob sich die öffentliche Hand durch Weitergabe ihrer Mittel an einem nicht kontrollierten Dritten vergaberechtlicher Verpflichtungen entledigen dürfe, setze sich die öffentliche Zweckbindung über verschiedene Vertragskaskaden nicht fort. Auch wenn die Antragsgegnerin weit überwiegend öffentliche Mittel verwende und zusätzlich im Interesse des Allgemeinwohls handele, gebe es derzeit keine ausdrückliche vergaberechtliche Grundlage, ihr die wettbewerblichen Verpflichtungen öffentlicher Auftraggeber aufzuerlegen. Gemäß § 75 SGB XII sei es den Trägern der Sozialhilfe zur Erfüllung ihrer Aufgaben versagt, eigene Einrichtungen zu schaffen, weshalb die Antragsgegnerin gesetzliche Erfüllungsgehilfe des Landes bei der Wahrnehmung einer Gemeinwohlaufgabe sei. Die Antragstellerin habe nachvollziehbar dargelegt, dass der Grundsatz des „effet utile“ es gebiete, die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin sui generis anzusehen. Würde der Staat die ihm als Träger der Sozialhilfe obliegenden Aufgaben selbst vornehmen, wäre die Vergabe von Nebenleistungen wie der Personenbeförderung ohne weiteres und offensichtlich vergaberechtlich überprüfbar. Es sei jedoch nicht Sache der Vergabekammer im Wege der Rechtsfortbildung über den Wortlaut des anzuwendenden Gesetzes hinauszugehen. Nach der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Grundlage der neuen Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU sei die Regelung des § 98 Nr. 6 GWB a. F. entfallen, worauf das Oberlandesgericht Düsseldorf, auf dessen Entscheidung vom 15. Juli 2015 sich die Antragstellerin berufen hat, in einem Fall nach alter Rechtslage in analoger Anwendung zurückgegriffen habe. Die Regelungslücke sei nunmehr nicht mehr planwidrig.

Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde, mit der sie ihre erstinstanzlich zuletzt gestellten Anträge - ergänzt um einen Hilfsantrag - weiterverfolgt und ihr erstinstanzliches Vorbringen insbesondere zu dem Punkt „öffentlicher Auftraggeber sui generis“ vertieft. Nach der Richtlinie 2014/24/EU müsse der Auftraggeber - hier das Land Niedersachsen - das vorgesehene Verfahren über die öffentliche Auftragsvergabe nicht selbst durchführen. Die praktische Wirksamkeit der Richtlinie - der „effet utile“ - sei auch dann gewahrt, wenn der Auftraggeber nach nationalem Recht eine anerkannte Werkstatt für Menschen mit Behinderungen in der mit dieser geschlossenen Vereinbarung dazu verpflichten könne, die Ausführungen von Leistungen, die die Werkstatt nicht selbst erbringe, sondern ihrerseits zu beschaffen habe, die im Vergaberecht festgelegten Verfahren anzuwenden. In diesem Fall sei der Auftragnehmer als zur Beschaffung weiterer im Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistung stehender Leistungen ermächtigt anzusehen. Der Grundsatz des „effet utile“ gebiete es, die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Staatsnähe und Staatsgebundenheit jedenfalls als öffentliche Auftraggeberin sui generis anzusehen. Es könne nicht sein, dass sich der Staat durch die vorliegende Konstruktion dem Wettbewerbsgrundsatz entziehe und eine Umgehung des Vergaberechts erfolge. Die Geltung des Vergaberechts unterliege nicht der Disposition öffentlicher Auftraggeber. Die Antragsgegnerin sei aber auch nach § 99 Nr. 2 GWB öffentliche Auftraggeberin. Die öffentlichen Mittel, die die Antragsgegnerin pauschal für Fahrtkosten erhalte, dienten unmittelbar ihrer Finanzierung. In gleicher Weise gelte dies für Investitionskosten und einen Minderkostenausgleich, die das Land Niedersachsen unstreitig neben den Entgelten an die Antragsgegnerin zahle. Auch die Einzelvereinbarung trenne klar zwischen der Vergütung einerseits und Investitionsbeiträgen andererseits. Die Antragsgegnerin habe bislang nicht dargelegt, welcher Anteil der Gesamtfinanzierung durch öffentliche Mittel auf die vom Land Niedersachsen gezahlten Entgelte entfalle. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 26. Juli 2016 Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Niedersachsen vom 12. Juli 2016

- VgK-24/2016 - aufzuheben und

a) der Antragsgegnerin zu untersagen, den Auftrag im laufenden Verfahren zu erteilen, und ihr aufzugeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats durchzuführen;

b) hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von dem erkennenden Senat festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;

2. hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden;

3. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären;

4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen den angefochtenen Beschluss. Der öffentliche Auftraggeberbegriff sei nicht auf Private auszudehnen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die von ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Gründe zu Ziffer I. sowie die weiteren tatsächlichen Feststellungen der Vergabekammer Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthafte und gem. § 172 Abs. 1 bis 3 GWB frist- und formgerecht eingelegte und rechtzeitig begründete, mithin zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag war bereits unzulässig, denn bei der Antragsgegnerin handelte es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber.

1. Gemäß der Übergangsvorschrift des § 186 Abs. 2 GWB 2016 wäre das am 18. April 2016 in Kraft getretene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung 2016 auf die vorliegende Fallgestaltung anwendbar, sofern es sich - wie nicht - um ein öffentliches Vergabeverfahren handeln würde.

2. Die Antragsgegnerin ist - wie die Vergabekammer zutreffend angenommen hat - kein öffentlicher Auftraggeber i. S. v. § 99 GWB [= § 98 GWB a. F.], weshalb das Nachprüfungsverfahren nach den §§ 160 ff. GWB nicht eröffnet ist (Senatsbeschl. v. 8. Aug. 2013 - 13 Verg 7/13, VergabeR 2014, 24 ff., juris Rn. 13; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 10. September 2002 - Verg 23/02, VergabeR 2003, 94 ff., jeweils zu §§ 102 ff. GWB a. F.).

a) Insoweit kann zunächst auf die Ausführungen der Vergabekammer zu § 99 Nrn. 1, 3. und 4. GWB in dem angefochtenen Beschluss (Ziff. II. Nr. 2., Umdr. S. 5, 6 oben) Bezug genommen werden, denen sich der Senat anschließt und die die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde auch nicht angreift.

b) Die Antragsgegnerin ist aber auch nicht Auftraggeber gem. § 99 Nr. 2. GWB.

Der Senat hat dazu mit Beschluss vom 16. August 2016, mit dem der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen worden ist, Folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 99 Nr. 2. GWB n.F. sind öffentliche Auftraggeber auch juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, sofern

lit. a) sie überwiegend von Stellen nach Nr. 1. oder 3. einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,

lit. b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nr. 1. oder 3. unterliegt oder

lit. c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nr. 1. und 3. bestimmt worden sind.

Dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht aus-

übt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat.

Allenfalls zu erwägen ist vorliegend eine Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin aufgrund überwiegender Finanzierung in sonstiger Weise gem. § 99 Nr. 2 lit. a) GWB n. F., die jedoch aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses abzulehnen ist.

Dass die Antragsgegnerin zu dem Zweck gegründet wurde, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, ist nicht zweifelhaft. Sie ist eine anerkannte Werkstatt für Menschen mit Behinderungen (i. S. d. § 142 SGB IX) in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH. Sie ist - wie dem Gesellschaftsvertrag (Anlage AG 1, Bl. 134 ff. VgK) zu entnehmen ist - zu dem Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Gesellschafter der Antragsgegnerin sind die Gesellschaft für Sozialmedizinische Förderung in Göttingen e. V., die Lebenshilfe für geistig Behinderte e. V. mit Sitz in Göttingen und der Paritätische Wohlfahrtsverband Niedersachsen e. V. (vgl. § 5 des Gesellschaftsvertrages vom 27. Mai 2014, Anlage Ag 1, Bl. 96 ff. VgK) also keine Gebietskörperschaft oder deren Sondervermögen oder ein Verband, dessen Mitglieder unter Nrn. 1. oder 2. der Vorschrift fallen.

Soweit die Antragsgegnerin für die von ihr erbrachten Leistungen die in § 76 Abs. 2 SGB XII genannten Pauschalen für Unterkunft und Verpflegung (Grundpauschale) und für die Maßnahmen (Maßnahmenpauschale) sowie einen Betrag für betriebsnotwendige Anlagen einschließlich ihrer Ausstattung (Investitionsbetrag) zuzüglich einer weiteren Pauschale für Fahrtkosten je Person und Monat vom Land Niedersachsen als Träger der Sozialhilfe erhält, was den ganz überwiegenden Anteil ihrer Einkünfte ausmacht, handelt es sich jedenfalls bei einem 50 % übersteigenden Anteil um spezifische Gegenleistungen für die von ihr erbrachten Vertragsleistungen (vgl. dazu allgemein OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15. Juli 2015, VII-Verg 11/15, VergabeR 2016, 228 ff., juris Rn. 29; EuGH, Urt. v. 3. Okt. 2000 - C-380/98, juris Tz. 25, 26, 30; Urt. v. 13. Dez. 2007 - C-337/06, juris Tz. 33, 41, 45). Die Vergütungen, d. h. die Pauschalen und Beträge nach § 76 Abs. 2 SGB XII, berücksichtigen alle für die Erfüllung der Aufgaben und der fachli-

chen Anforderungen der Werkstatt notwendigen Kosten sowie die mit der wirtschaftlichen Betätigung der Werkstatt im Zusammenhang stehenden Kosten, soweit diese unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der Werkstatt und der dort beschäftigten behinderten Menschen nach Art und Umfang über die in einem Wirtschaftsunternehmen üblicherweise entstehenden Kosten hinausgehen (§ 41 Abs. 3 Satz 3 SGB IX). Selbst wenn man den gesetzlich vorgesehenen Investitionsbetrag und die Fahrtkostenpauschale nicht Teil als des Austauschverhältnisses berücksichtigen wollte, was offen bleiben kann, machen diese Teilbeträge lediglich einen 50 % deutlich unterschreitenden Bruchteil der Einnahmen der Antragsgegnerin aus (102,30 € bzw. 117,00 €/Monat im Vergleich zu den Pauschalen der verschiedenen Leistungsgruppen zwischen 614,18 € und 2.126,82 €, vgl. Bl. 250 VgK).“

Daran hält der Senat weiter fest.

Erbringen anerkannte Werkstätten wie die Antragsgegnerin Leistungen im Arbeitsbereich nach § 33 SGB IX, haben sie grundsätzlich nach § 41 Abs. 3 Satz 1 SGB IX einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung gegen den Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX) - den Träger der Sozialhilfe (§ 5 Nr. 2, § 6 Abs. 1 Nr. 6 SGB IX). Dieser ist nach § 41 Abs. 3 Satz 2 SGB IX zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet, wenn mit der anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen - wie hier - eine Vereinbarung nach den §§ 75 ff. SGB XII geschlossen worden ist (vgl. Anlagen Ag 5 und 6).

Gem. § 76 Abs. 2 Satz 1 SGB XII bestehen die Vergütungen für Leistungen nach Abs. 1 (der wiederum auf die Vereinbarung über die Leistung Bezug nimmt) mindestens aus den Pauschalen für Unterkunft und Verpflegung (Grundpauschale) und für die Maßnahmen (Maßnahmepauschale) sowie aus einem Beitrag für betriebsnotwendige Anlagen einschließlich ihrer Ausstattung (Investitionsbeitrag) [Hervorhebungen durch den Senat]. Vom Wortlaut der Vorschrift ist daher auch die Auslegung gedeckt, dass der Investitionsbeitrag und möglicherweise sogar der Fahrtkostenbeitrag eine „echte“ Gegenleistung darstellen.

Die aus den vorgelegten Jahresabschlüssen der Antragsgegnerin für die Jahre 2013 und 2014 mit 17.286 TEUR und 18.119 TEUR bezifferten Einkünfte aus den Betreuungsleistungen setzen sich folglich, was auch im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert worden ist und was der Geschäftsführer der Antragsgegnerin bestätigt hat, aus den genannten Pauschalen, dem Investitionsbeitrag und den Fahrtkostenbeiträgen zusammen. Hinzu kommen Einnahmen aus Kantinenverkäufen und dem Werkstattbetrieb, die mithin selbst erwirtschaftet sind, weshalb sich im Jahr 2013 Einnahmen von 19.452 TEUR und im Jahr 2014 solche in Höhe von 20.373 TEUR ergeben. Stellt man diesen Einnahmen die sonstigen betrieblichen Erträge gegenüber, die aus den Positionen „Erstattung von Sozialversicherungsleistungen“, „Miet- und Pachterträge“, „Erstattung ESF [= Europäischer Sozialfonds]-Projekt“, „Erstattung von Altersteilzeit/Eingliederungszuschüsse/Mutterschutz“, „Verbrauch Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften Wohnstätte D.“, „Erträge aus der Auflösung von Sonderposten“ und „übrige Erträge“, insgesamt 4.834 TEUR im Jahr 2013 und 4.879 TEUR im Jahr 2014 gegenüber, ergibt sich zwischen beiden ein Verhältnis von 75,1 % zu 24,9 % bzw. von 76,1 % zu 23,9 %, weshalb - selbst wenn man undifferenziert alle sonstigen betrieblichen Erträge als staatliche Finanzierung ohne Gegenleistung ansehen wollte - eine überwiegende, mithin 50 % übersteigende Finanzierung durch öffentliche Einrichtungen nicht angenommen werden kann. Nichts anderes würde gelten, wenn man den in den Betreuungsleistungen enthaltenen Anteil an Investitionsbeträgen und Fahrtkostenbeiträgen herausrechnet. Der Investitionsbetrag beläuft sich danach pro betreuter Person auf 102,30 € und die Fahrtkosten betragen 117,00 €, zusammen mithin 219,30 €. Setzt man diesen Gesamtbetrag wiederum ins Verhältnis zu der Summe aus - einheitlich gezahlter - Grundpauschale und den - je nach Schwere des Falls gestaffelten - Maßnahmepauschalen, wie im Einzelnen in Anlage Ag 6 wiedergegeben, die sich auf minimal 773,12 € und maximal 2.126,82 € belaufen, ergeben sich Prozentsätze zwischen 28,4 % im Maximalfall und 10,3 % im Minimalfall. Zieht

man von den auf die Betreuungsleistungen entfallenden Umsatzerlösen von 17.286 TEUR (2013) bzw. 18.119 TEUR (2014) 28,4 %, d. h. 4.909,224 TEUR bzw. 5.145,796 TEUR, ab, ergeben sich Beträge von 12.376,776 TEUR bzw. 12.973,204 TEUR. Im Verhältnis zu den sonstigen Erträgen in vorstehend genannter Höhe liegen sie aber immer noch bei 60,94 % (zu 39,06 %) bzw. 62,39 % (zu 37,61 %). Dabei ist nicht einmal berücksichtigt, dass die Fallpauschalen, die die Antragsgegnerin verdient, nach Angaben ihres Geschäftsführers überwiegend - zu geschätzt 60 % - aus der Leistungsgruppe 2 (864,67 € bzw. 810,89 €) herrühren, weshalb sich das Verhältnis tatsächlich noch weiter zu Gunsten der Antragsgegnerin verschieben dürfte. Darauf kommt es aber bereits nicht mehr an. Ebenso wenig ist noch von Bedeutung, ob tatsächlich alle Positionen der Übersicht über die „sonstigen betrieblichen Erträge“ als staatliche Finanzierung zu qualifizieren sind, was - jedenfalls für die Miet- und Pachterträge - zweifelhaft ist. Dies kann jedoch offenbleiben.

Einer ihr insoweit obliegenden sekundären Darlegungslast ist die Antragsgegnerin durch Vorlage der Vereinbarung über die Vergütung hinreichend nachgekommen.

c) Ebenso wenig kommt eine Auftraggebereigenschaft „sui generis“ in Betracht.

Dazu hat sich der Senat mit Beschluss vom 16. August 2016 wie folgt geäußert:

„Die Antragsgegnerin ist auch nicht als Auftraggeberin „sui generis“ anzusehen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthält insoweit keine planwidrige Regelungslücke, die es gebieten würde, sie durch analoge Auslegung zu schließen. Auch der sog. „*effet utile*“ gebietet keine andere Sichtweise.

Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Antragsgegnerin vom Land Niedersachsen mit Leistungen beauftragt worden ist, die das Land in eigener Verantwortung hätte erbringen können und - ohne die Beauftragung der Antragsgegnerin - hätte erbringen müssen (vgl. §§ 5, 6, 33, 41 ff. SGB IX). Zugunsten der Antragstellerin wird insoweit unterstellt, dass das Land, hätte es die in Rede stehenden sozialen Transferleistungen selbst erbracht und einen Auftrag für Fahrdienstleistungen vergeben wollen, als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB verpflichtet gewesen wäre, ein den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB genügendes Vergabeverfahren durchzuführen. Dies genügt jedoch nicht, um der Antragsgegnerin die Pflichten eines öffentlichen Auftraggebers aufzuerlegen.

Dies ist auch mit Blick auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 2015 (VII-Verg 11/15, VergabeR 2016, 228 ff.), auf den die Antragstellerin sich maßgeblich bezieht, nicht anders zu beurteilen. In seinen tragenden Erwägungen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem ähnlichen Fall ausgeführt, der öffentliche Auftraggeber müsse das in der [zwischenzeitlich außer Kraft getretenen] Richtlinie 2004/18/EG und in §§ 97 ff. GWB vorgesehenen Verfahren nicht selbst durchführen. Vielmehr sei die praktische Wirksamkeit der Richtlinie [*effet utile*] auch dann gewahrt, wenn er nach nationalem Recht eine anerkannte Werkstatt für Menschen mit Behinderungen in der mit dieser geschlossenen Vereinbarung dazu verpflichten könne, für die Ausführung von Leistungen, die die Werkstatt nicht selbst erbringe, sondern ihrerseits zu beschaffen habe, die im Vergaberecht festgelegten Verfahren anzuwenden. Die Verpflichtungen des Vergaberechts würden auch auf einem solchen Weg erfüllt. In diesem Fall sei der Auftragnehmer aufgrund der getroffenen Vereinbarung als ausdrücklich zur Beschaffung weiterer im Zusammenhang mit den zu erbringenden Leistungen stehender Leistungen ermächtigt anzusehen (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 38; EuGH, Urt. v. 12. Juli 2001 - C-399/98, juris Rn. 100). Um eine solche Fallgestaltung handelt es sich mangels entsprechender Verpflichtung der Antragsgegnerin durch das Land Niedersachsen ersichtlich nicht.

Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf weiter - als obiter dictum - angenommen hat, der - dortige - Auftrag habe ungeachtet einer vertraglich vereinbarten Ausschreibungspflicht gleichwohl dem Vergaberecht unterlegen, lassen sich seine Überlegungen jedenfalls nicht auf die Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 übertragen.

Zwar ist zutreffend, dass die Geltung des Vergaberechts nicht der Disposition öffentlicher Auftraggeber unterliegt. Dies führt aber nicht dazu, dass der von einem öffentlichen Auftraggeber mit einer Dienstleistung beauftragte Dritte, der selbst kein öffentlicher Auftraggeber ist, deswegen bei seinerseits im Zusammenhang mit der Dienstleistung zu vergebenden Aufträgen automatisch in diese Verpflichtungen eintritt. Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist daher in der Literatur auch auf Kritik gestoßen (vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 99 GWB Rn. 200; Willenbruch, in: VergabeR 2016, 237, 238).

Dem GWB-Vergaberecht unterliegen nur öffentliche nicht aber private Auftraggeber, die ihre Verpflichtungen zur Anwendung der Vergaberegulungen nur von Dritten ableiten. Dass der Gesetzgeber sich des Umstands bewusst war, dass es Fälle gibt, in denen nicht-öffentliche Auftraggeber mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden, ergibt sich schon aus der Vorschrift des § 97 Abs. 4 Abs. 4 GWB n. F. (§ 97 Abs. 3 Satz 4 GWB a. F.). Hätte der Gesetzgeber es für nötig erachtet, den Dritten seinerseits zu der Durchführung eines Vergabeverfahrens zu verpflichten, hätte es nahegelegen, dies explizit zu regeln, was nicht geschehen ist. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, (nur) dem öffentlichen Auftraggeber aufzuerlegen, das dritte Unternehmen dazu zu verpflichten, mittelständische Interessen zu berücksichtigen und eine Aufteilung in Teil- und Fachlose vorzunehmen. Allenfalls könnte man daher - was jedoch ebenfalls nicht entschieden werden braucht - in analoger Anwendung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB n.F. eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers erwägen, dem privaten Dritte solche Pflichten durch eine entsprechende Vereinbarung zu übertragen, wie dies in dem vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall geschehen war (vgl. dazu auch Willenbruch, a. a. O., S. 239).

Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf seine Überlegungen auf eine Parallele zu der Sonderregelung betreffend Baukonzessionen in § 98 Nr. 6 GWB a.F. gestützt hat, trägt dies jedenfalls - wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat - mit Blick auf die am 17. April 2014 in Kraft getretene Konzessionsrichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU), die eine solche Anordnung nicht mehr vorsieht, nicht mehr. Dementsprechend enthält § 99 GWB n. F. eine solche Regelung nicht mehr. In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8281, 69, Bl. 258 VgK) heißt es dazu, der bisherige § 98 Nr. 6 GWB könne künftig entfallen. Die Regelung habe bislang der Umsetzung des Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge gedient. Eine vergleichbare Regelung sei in der neuen Richtlinie 2014/24/EU nicht mehr enthalten. Die Vergabe von Konzessionen sei nunmehr in der Richtlinie 2014/23/EG geregelt, die ebenfalls nicht normiere, dass natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen nach § 99 Nrn. 1 bis 3 eine Baukonzession geschlossen hätten, hinsichtlich der Aufträge an Dritte öffentliche Auftraggeber sein sollten. Für eine Übertragung des Rechtsgedankens auf § 98 Nr. 6 GWB a. F. auf den Fall der Beauftragung von Dritten mit Transferleistungen ist danach kein Raum mehr. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 98 Nr. 6 GWB a.F. schon um eine Ausnahmenvorschrift handelte, was bereits gegen ihre analoge Anwendung auf andere Fallgestaltungen spricht. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der deutsche Gesetzgeber keinen Regelungsbedarf für andere Teilbereiche gesehen hat, wobei nichts dafür ersichtlich ist, dass er einen regelungsbedürftigen Sachverhalt übersehen haben könnte. Gleiches gilt für den europäischen Richtliniengeber, der ursprünglich die Baukoordinierungsrichtlinie - Richtlinie 93/37 EWG des Rates vom 14. Juni 1994 - und später die Richtlinie 2004/18/EG erlassen hat, sonstigen Regelungsbedarf aber nicht gesehen hat. Für eine Analogie fehlt es daher an einer planwidrigen Regelungslücke.



Der Annahme des Oberlandesgerichts Düsseldorf, auch in Anbetracht der Änderung der zuletzt geltenden Richtlinie sei es zur wirksamen Durchsetzung des EU-Primärrechts erforderlich, Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einen öffentlichen Wettbewerb zu stellen, wobei sich dann, wenn sich der Auftraggeber entschlief, die Aufgabenerfüllung auf einen Dritten zu übertragen, auch die Schnittstelle zum Vergaberecht auf den Dritten verlagere (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 39), vermag der Senat aus den vorstehenden Gründen nicht zu folgen. Hinzu kommt, dass der öffentliche Auftraggeber sich auch in anderen Bereichen zur Erfüllung seiner Aufgaben Dritter bedient und etwa bei der Übertragung von Bauaufträgen auf einen Generalunternehmer nicht verlangt wird, dass dieser bei der Beauftragung von Subunternehmern oder dem Einkauf sonstiger Leistungen die Vorschriften des GWB-Vergaberechts einzuhalten hat. Die einzige Einschränkung enthält - wie ausgeführt - § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB n. F.

Auch das EU-Primärrecht [bzw. Sekundärrecht] bezieht sich allein auf den öffentlichen Auftraggeber. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers bzw. der persönliche Geltungsbereich der Richtlinie sollte nach der dem GWB 2016 zugrunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Februar 2014 nicht verändert werden (Erwägungsgrund 10). Art. 2 der Richtlinie definiert in Abs. 1 Nr. 4 lit. a) bis c) - im Ergebnis wie in § 99 Nr. 2 GWB n. F. geregelt - als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ u.a. eine solche, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitze und überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werde oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Gebietskörperschaften pp. unterliege. Der „effet utile“ erfordert daher auch in einer Konstellation wie der vorliegenden keine Ausdehnung der Pflichten öffentlicher Auftraggeber auf Private.

Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12. Juli 2001 (Az. C-399/98) streitet ebenfalls nicht für die Auffassung der Antragstellerin. Dort ging es allein um die vorstehend erwähnte Richtlinie 93/37 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und insoweit um das vorgelagerte Verhältnis zwischen der öffentlichen Stelle und ihrem Vertragspartner und nicht die - nachgelagerte - Beziehung zwischen diesem und einem von ihm beauftragten Dritten.

Das weiter in Bezug genommene Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 2. Juni 2016 (C-410/14), das sich mit einem sog. „Open-House-Modell“ befasst, ist für die hier in Rede stehende Fallkonstellation nicht einschlägig. Denn dort war nicht zweifelhaft, dass die Ausschreibung von einem öffentlichen Auftraggeber vorgenommen worden war. Der Gerichtshof hat sich vielmehr mit dem Begriff des öffentlichen Auftrags nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a) der Richtlinie 2004/18 auseinandergesetzt und nicht mit der Frage, wann ein öffentlicher Auftraggeber tätig wird.“

Die dagegen gerichteten Einwände der Antragstellerin vermögen nicht zu überzeugen. Die Antragsgegnerin wird nicht allein dadurch zum öffentlichen Auftraggeber, dass sie eine öffentliche Aufgabe - hier die in Rede stehenden sozialen Transferleistungen (§§ 33 ff., § 41 SBG IX) - erbringt. Selbst wenn das Land Niedersachsen, hätte es entsprechende Fahrdienstleistungen zu vergeben gehabt, ein den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen gehabt hätte, würde allein die Verlagerung der Aufgabe die Antragsgegnerin noch nicht zum öffentlichen Auftraggeber machen. Der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) geprägte Auftraggeberbegriff im „funktionellen Sinn“, ist durch die Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB (= § 98 Nr. 2 GWB a. F.) gerade umgesetzt worden. Danach sind dem „Staat“ auch Einrichtungen zuzuordnen, deren Zusammensetzung und Aufgaben gesetzlich geregelt sind und die insoweit von der öffentlichen Hand abhängig sind, als diese ihre Mitglieder ernannt, die Erfüllung der sich aus ihren Handlungen ergebenden Pflichten gewährleistet und die von ihr vergebenen öffentlichen Aufträge finanziert, selbst wenn die Einrichtung formell kein Bestandteil des Staa-

tes ist (Wagner, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl., § 98 GWB Rn. 6). Dies entspricht - wie ausgeführt - der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. Urteil vom 20. September 1988 - C-31/87, Urteil vom 17. Dezember 1998 - C-353/96; Urteil vom 10. November 1998 - C-360/96; Urteil vom 15. Mai 2003 - C-214/00, Tz. 52 ff., Urteil vom 13. Januar 2005 - C-84/03; Urteil vom 13. Dezember 2007 - C-337/06; Urteil vom 10. April 2008 - C-393/06). Eine Einrichtung kann nur dann als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ und somit als „öffentlicher Auftraggeber“ eingestuft werden, wenn sie - wie hier - nicht nur im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt, Rechtspersönlichkeit besitzt, sondern auch in Bezug auf ihre Finanzierungsweise, Leitung oder Aufsicht eng vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts abhängt (vgl. EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - C-373/00 zu Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/36 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Leitsatz 3).

Erfüllt jedoch ein Auftragnehmer, der nicht öffentlicher Auftraggeber ist, einen öffentlichen Auftrag, indem er (Teil-)Leistungen nicht selbst, sondern durch Einschaltung Dritter erbringt, vergibt er im Verhältnis zu diesen nicht seinerseits einen öffentlichen Auftrag. Die Anwendung des Kartellvergaberechts erschöpft sich durch die Ausschreibung des Auftrags auf der ersten Stufe. Eine weitere Ausschreibung auf der zweiten Stufe ist nicht erforderlich (Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2., GWB/Teil 2, 5. Aufl., § 99 GWB Rn. 56). Darauf, ob ggf. auf der ersten Stufe ein notwendiges Vergabeverfahren unterblieben ist, was der Senat vorliegend nicht geprüft hat, kann es für den nachgeschalteten Auftrag auf der zweiten Stufe hingegen nicht ankommen.

Soweit die Antragstellerin annimmt, aus dem - bereits erörterten - Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12. Juli 2001 ergebe sich ein allgemeiner, von der Baukonzessionsrichtlinie unabhängiger allgemeiner Grundsatz, was sie aus der Formulierung, eine solche Anwendung der Bekanntmachungsvorschriften der Richtlinie durch andere Personen als öffentliche Auftraggeber sehe Art. 3 Abs. 4 (Anmerkung: der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge) „im Übrigen“ [Hervorhebung durch den Senat] für öffentliche Bauvorhaben, die Gegenstand einer Konzession seien, ausdrücklich vor, ist dem nicht zu folgen. Angesichts dessen, dass es - wie gesagt - um einen Bauauftrag unter Geltung der Baukoordinierungsrichtlinie ging, bei dem eines der involvierten Unternehmen als Bauträger tätig wurde, auf die der Gerichtshof auch ausdrücklich Bezug nahm, lässt sich den Ausführungen gerade nicht entnehmen, dass ihnen über den zu entscheidenden Fall hinausgehende allgemeine Bedeutung zukommen sollte, zumal es sich bei der Formulierung „im Übrigen“ auch lediglich um eine Bekräftigung der vorangehenden Ausführungen des Gerichtshofs handeln dürfte. Selbst wenn man dies anders beurteilen wollte, übersieht die Antragstellerin, dass es lediglich um die Wahrung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie durch die Verpflichtung der Gemeinde - und nicht des Bauträgers - ging, ihrerseits den Bauträger und Genehmigungsinhaber dazu zu verpflichten, für die Erstellung der dort fraglichen Anlagen die in der Richtlinie festgelegten Verfahren anzuwenden (EuGH, a. a. O., Tz. 100), mithin allein um die Verpflichtungen der Gemeinde als öffentlichem Auftraggeber (EuGH, a. a. O., Tz. 57 ff.). Zu Verpflichtungen des Bauträgers verhält sich das Urteil nicht, schon gar nicht für den Fall, dass die der Gemeinde auferlegte Weitergabe von Pflichten auf den Dritten unterblieb.

Ungeachtet dessen entsprach Art. 1 lit. b) Satz 2 der Baukoordinierungsrichtlinie bereits im Wesentlichen der geltenden Rechtslage in § 99 GWB.

Die Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin ergibt sich - wie ebenfalls bereits erörtert - auch nicht aus dem primären oder sekundären Recht der Europäischen Union. Was die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien 2014/23/EU und 2014/24/EU (früher Richtlinie 2004/18/EG) - mithin das sekundäre EU-Recht - anbelangt, kann auf die Ausführungen in dem Beschluss vom 16. August 2016 verwiesen werden. Aber auch das Primärrecht und damit

der aus dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV, Art. 20, 21 Charta der Grundrechte der Europäischen Union) abgeleitete Wettbewerbsgrundsatz fordert keine Verlagerung der Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers auf private Dritte, nur weil sie ihrerseits von der öffentlichen Hand mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind. Denn es fehlt - wie hier - an der erforderlichen Staatsnähe, weshalb auch die - allein für die öffentliche Hand - geltenden Grundfreiheiten und Grundrechte der Europäischen Union keine unmittelbare Geltung beanspruchen. Warum dies anders sein soll, hat auch das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht begründet. Allenfalls ist zu erwägen, ob die öffentliche Einrichtung, die ihre Aufgabe auf einen privaten Dritten verlagert, nicht verpflichtet sein könnte, ihrerseits den Dritten zu einer öffentlichen Ausschreibung zu verpflichten. Dies kann jedoch ebenso offenbleiben wie die Frage, ob und was für eine Sanktion mit einem Verstoß verbunden sein könnte. Unterbleibt eine solche Verpflichtung, ist der private Dritte folglich auch nicht gehalten, ein den Vorschriften des Kartellvergaberechts entsprechendes Verfahren durchzuführen. Die bloße Unterlassung in dem der in Rede stehenden Auftragsvergabe vorgeschalteten Rechtsverhältnis macht ein Unternehmen des privaten Rechts noch nicht zum öffentlichen Auftraggeber. Denn auch bei einer Weitergabe von Pflichten würde das private Unternehmen nur in Erfüllung der ihm übertragenen Verpflichtungen und nicht originär als öffentlicher Auftraggeber handeln.

Die bereits mit Beschluss vom 16. August 2016 in Bezug genommene Vorschrift des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB n. F. (= § 97 Abs. 3 Satz 4 GWB a. F.) und die darin enthaltene Verpflichtung - nur - des öffentlichen Auftraggebers (und gerade nicht des beauftragten Unternehmens) legt überdies nahe, dass sich der Gesetzgeber der Problematik, dass Pflichten aus dem Vergaberecht in bestimmten Konstellationen weitergegeben werden können, bewusst war und er Regelungsbedarf gleichwohl nur auf der „ersten Stufe“ der Auftragskette gesehen hat.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 175 Abs. 2 i. V. m. § 78 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten ihrer erfolglos gebliebenen sofortigen Beschwerde zu tragen. Billigkeitsgesichtspunkte, die eine abweichende Kostenverteilung rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Gleiches gilt für die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB, das ebenfalls nach den Grundsätzen des Obsiegens und Unterliegens in der Hauptsache zu beurteilen ist (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Mai 2005 - 13 Verg 6/05; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2005 - VII-Verg 10/05). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Sinn und Zweck der Anordnung nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB vor allem darin bestehen, während des laufenden Nachprüfungsverfahrens zu verhindern, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt wird. Billigkeitsgesichtspunkte rechtfertigen eine andere Entscheidung nicht, zumal die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung mit Beschluss vom 1. August 2016 nur für einen kurzen Übergangszeitraum angeordnet und bereits mit Beschluss vom 16. August 2016 der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen und der vorgehende Senatsbeschluss für gegenstandslos erklärt worden ist.

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ist im Beschwerdeverfahren - ohnehin ein Anwaltsprozess - nicht gesondert auszusprechen (Summa, in: jurisPK, 4. Aufl., § 120 GWB [a. F.] Rn. 53).

IV.

Der Senat hat auch weder Anlass, die Sache gem. § 179 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof wegen einer Divergenz zu der in dem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 2015 vertretenen Auffassung vorzulegen (dazu nachfolgend a)), noch besteht Grund, das Verfahren auszusetzen und gem. Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Entscheidung über die Frage vorzulegen, ob ein privates Unternehmen, das im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, aber nicht von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2014/24/EU überwiegend finanziert oder beherrscht und von einem öffentlichen

Auftraggeber mit der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der o. g. Richtlinie beauftragt wird, selbst als öffentlicher Auftraggeber oder Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nrn. 1, 4 der Richtlinie anzusehen ist (dazu nachfolgend b)).

a) Eine Divergenzvorlage gem. § 179 Abs. 2 GWB (= § 124 Abs. 2 GWB a.F) ist nur dann geboten, wenn das vorliegende Gericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt (Dicks, in: Ziekow/Völlink, GWB, 2. Aufl., § 124 Rn. 13). Damit scheidet obiter dicta für eine Divergenzvorlage aus. Die Begründung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die dort in Rede stehende Leistung habe ungeachtet der dort zwischen der öffentlichen Stelle und dem privatrechtlich organisierten Unternehmen, das seinerseits einen im Zusammenhang mit den ihm auch dort übertragenen sozialen Transferleistungen stehenden Auftrag zu vergeben hatte, vertraglich vereinbarten Ausschreibungspflicht dem Vergaberecht unterlegen, war nicht tragend, denn dort hatte sich das betroffene Unternehmen - anders als hier - gerade dazu verpflichtet, selbst eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen. Die weitergehenden Erwägungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf stellen mithin ersichtlich eine bloße Hilfsbegründung dar.

b) Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union in einer entscheidungserheblichen das Gemeinschaftsrecht betreffenden Frage gem. Art. 267 AEUV ist dann nicht geboten, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, Slg. 1982, S. 3415, Tz. 16, 21 „acte claire“). Davon ist in Anbetracht vorstehender Ausführungen zum funktionalen Auftraggeberbegriff und der darauf bezogenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, die sich in Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Februar 2014 wiederfinden, ohne weiteres auszugehen. Dem steht insbesondere die Entscheidung des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001 nicht entgegen, der ein über den bislang geprägten funktionalen Auftraggeberbegriff hinausgehendes Verständnis gerade nicht zu entnehmen ist. Anhaltspunkte für eine generelle Ausweitung des Auftraggeberbegriffs auf private Dritte unabhängig von einer vertraglichen Verpflichtung, so wie die Antragstellerin es für richtig hält, finden sich darin gerade nicht.