



LAWOG mit dem Schwerpunkt Kommunalbau

Auskünfte

Oberösterreichischer Landesrechnungshof
A-4020 Linz, Promenade 31
Tel.: (+43 732) 7720-11426
Fax: (+43 732) 7720-214089
E-Mail: post@lrh-ooe.at
www.lrh-ooe.at

Impressum

Herausgeber:
Oberösterreichischer Landesrechnungshof
A-4020 Linz, Promenade 31

Redaktion:
Oberösterreichischer Landesrechnungshof
Herausgegeben: Linz, im Juni 2020

INHALTSVERZEICHNIS

Kurzfassung	1
Gemeinnützige Bauvereinigungen im Kommunalbau	7
Gemeinnützigkeit	8
Wirtschaftliche Entwicklung der LAWOG und Bedeutung der Baubetreuung	10
Betreuungsbau (Neben- und Zusatzgeschäfte)	14
Prüfung der Ausnahmeanträge durch die Aufsichtsbehörde	16
Vergaberechtliche Beurteilung	17
Die LAWOG als Dienstleister der Gemeinden	17
Die LAWOG als Zentrale Beschaffungsstelle	19
Konkrete zentrale Beschaffungstätigkeiten der LAWOG	21
(Rechtliche) Ausgangssituation	21
Entscheidung des Oö. Landesverwaltungsgerichts	25
Zusätzliche Mängel bei Verträgen, bei der Dokumentation und bei der Kommunikation	27
Tätigkeiten der LAWOG im Rahmen von In-House Vergaben	28
Vertikale In-House-Beauftragung	28
Anwendung der vertikalen In-House-Kriterien auf die LAWOG	29
Horizontale In-House-Beauftragung (In-House-Schwesternvergabe)	32
Anwendung der horizontalen In-House-Kriterien auf die LAWOG	32
Prüfung durch die Aufsichtsbehörde	34
Zusammenfassung der Empfehlungen	38

Tabellen- und Abbildungsverzeichnis

Tabelle 1:	Geschäftsanteile der LAWOG	7
Tabelle 2:	unternehmensrechtliche Ergebnisse der LAWOG in Euro	11
Tabelle 3:	Bauvolumen LAWOG in Mio. Euro	14
Tabelle 4:	Aufteilung Betreuungsbau in Mio. Euro	15
Abbildung 1:	Stakeholder – Struktur „Zentrale Beschaffungsstelle“	18

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS/GLOSSAR

B

BBG	Bundesbeschaffung GmbH
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. Nr. 17/2006
BVergG 2018	Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. Nr. 65/2018

C

completed contract method	Methode der Behandlung von Bau- und Fertigungsaufträgen bei der Erstellung des Jahresabschlusses. In der Bilanz wird der Auftrag zu seinen Herstellungskosten ausgewiesen, Gewinnanteile werden erst nach Abschluss des Projekts realisiert.
----------------------------------	--

D

Danubia	Danubia Gemeinnützige Wohnbau- und Siedlungsgenossenschaft GenmbH
DWG	DWG Gemeinnützige Donauländische Wohnungsgenossenschaft

E

ErIRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof

G

GBV	Gemeinnützige Bauvereinigung(en)
Generalplanung (Generalplaner)	Der Generalplaner tritt gegenüber dem Bauherrn als einziger Vertragspartner gegenüber und erbringt sämtliche Architektur-, Ingenieur- und Fachplanungen und trägt gegenüber dem Bauherrn die alleinige rechtliche Verantwortung für diese Leistungen.
GenmbH	Genossenschaft mit beschränkter Haftung
GenRevG	Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997, BGBl. Nr. 127/1997 idGF
GP	Gesetzgebungsperiode
GU	Generalunternehmer – dieser erbringt verschiedenartige Planungs- und Bauleistungen, dabei erbringt er wesentliche Leistungen selbst, für manche Bauleistungen greift er auf Subunternehmer zurück.
GÜ	Generalübernehmer – dieser führt die eigentlichen Bauleistungen nicht selbst aus, sondern vergibt diese an Subunternehmer und übernimmt dabei die Organisation, Planung und die Koordination des zu erfüllenden Bauauftrags.

GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GV	Generalversammlung
GVVG	Gemeinnützige Vermietungs- und Verwaltungsgesellschaft m.b.H.

H

HOA	Honorarordnung für Architekten
------------	--------------------------------

I

IKD	Direktion Inneres und Kommunales
------------	----------------------------------

K

KöSt	Körperschaftsteuer
-------------	--------------------

L

LAHO	OÖ Landesholding GmbH
LAWOG	Landeswohnungsgenossenschaft für Oberösterreich eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung
LGBl.	Landesgesetzblatt
LKV	LKV Krankenhaus Errichtungs- und Vermietungs-GmbH
LRH	Oö. Landesrechnungshof
LRHG	Oö. Landesrechnungshofgesetz 2013, LGBl. Nr. 62/2013 idgF
LVwG	Landesverwaltungsgericht

M

mwN	mit weiteren Nachweisen
------------	-------------------------

N

NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
--------------	--

O

ÖBA	örtliche Bauaufsicht
OGW	OGW Oberösterreichische Gemeinnützige Bau- und Wohnungsgesellschaft
OÖG	OÖ Gesundheitsholding GmbH

R

Revisionsverband	Österreichischer Verband Gemeinnütziger Bauvereinigungen – Revisionsverband
Richtlinie 2014/24/EU	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe
RPA	Zeitschrift für Vergaberecht, Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe

S

SHV	Sozialhilfeverband
------------	--------------------

T

TGO	Künstlerische sowie technische und geschäftliche Oberleitung der Bauausführung
------------	--

U

UGB	Unternehmensgesetzbuch
------------	------------------------

V

VwGH	Verwaltungsgerichtshof
-------------	------------------------

W

WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, BGBl. Nr. 139/1979 idgF
------------	--

Z

zBSt	Zentrale Beschaffungsstelle
Zusatzgeschäfte	entsprechen dem in den Kommentaren zum WGG verwendeten Begriff „konnexe Zusatzgeschäfte“

LAWOG MIT DEM SCHWERPUNKT KOMMUNALBAU

Geprüfte Stelle(n):

LAWOG – Gemeinnützige Landeswohnungsgenossenschaft für Oberösterreich eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung (LAWOG)
Abteilung Wohnbauförderung

Für Auskünfte standen die Direktion Finanzen und die OÖ Landesholding GmbH (LAHO) zur Verfügung.

Prüfungszeitraum:

2. September 2019 bis 29. Februar 2020

Rechtliche Grundlage:

Initiativprüfung im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Z 3, 7 und 10 des Oö. LRHG 2013, idgF.

Prüfungsgegenstand und -ziel:

- Beurteilung der zivilrechtlichen Grundlage der Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und der LAWOG und der Auswirkungen auf andere Rechtsmaterien (Vergaberecht).
- Feststellung, wie die LAWOG die Abgrenzung der Leistungserbringung bezüglich ihrer Haupttätigkeiten (nach WGG) von den Nebentätigkeiten vornimmt.
- Feststellung, wie das Land Oberösterreich seine Prüfrechte (z. B. bei Zusatzgeschäften) wahrnimmt und die vorgenommene Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten im Hinblick auf den Status der Gemeinnützigkeit (WGG) beurteilt.

Prüfungsergebnis:

Das vorläufige Ergebnis der Prüfung wurde der LAWOG, der Abteilung Wohnbauförderung sowie der Direktion Finanzen gemäß § 6 Abs. 5 LRHG 2013 am 31. März 2020 zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme übermittelt.

Legende:

Nachstehend werden in der Regel punkteweise die Sachverhaltsdarstellung (Kennzeichnung mit 1 an der zweiten Stelle der Absatzbezeichnung), deren Beurteilung durch den LRH (Kennzeichnung mit 2), *die Stellungnahme der überprüften Stelle (Kennzeichnung mit 3 und im Kursivdruck)* sowie die allfällige Gegenäußerung des LRH (Kennzeichnung mit 4) aneinandergereiht.

In Tabellen und Anlagen des Berichtes können bei der Summierung von gerundeten Beträgen und Prozentangaben durch die EDV-gestützte Verarbeitung der Daten rundungsbedingte Rechendifferenzen auftreten.

KURZFASSUNG

(1) Haupttätigkeiten überwiegen – Gemeinnützigkeit durch Revisionsverband bestätigt

Das Land Oberösterreich hat die LAWOG Ende 1953 als gemeinnützige Wohnungsvereinigung anerkannt. Neben ihrer Haupttätigkeit – dem geförderten Wohnbau (Errichtung von geförderten Miet- und Eigentumswohnungen) – entwickelte sie ab Anfang der 1990er-Jahre (beginnend mit der Errichtung von Alten- und Pflegeheimen für Gemeinden und Gemeindeverbände) ihr „Baubetreuungsmodell“. Gemäß dem Wohnungsgemeinnützigkeitengesetz dürfen Zusatzgeschäfte dann durchgeführt werden, wenn sie im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung notwendig sind; Zusatzgeschäfte bedürfen vorab jeweils der Zustimmung der Oö. Landesregierung als Aufsichtsbehörde.

Ob die Haupttätigkeit (das sind die Hauptgeschäfte der LAWOG) – als Voraussetzung für die Gemeinnützigkeit – im tatsächlichen Geschäftsbetrieb überwiegt, beurteilt der Österreichische Verband Gemeinnütziger Bauvereinigungen – Revisionsverband im Rahmen seiner regelmäßigen gesetzlichen Prüfungen. Auf Grund der Tatsache, dass der Hauptanteil der Umsätze aus der Hausbewirtschaftung der rd. 28.500 von der LAWOG verwalteten Einheiten vereinnahmt wird, bestätigte er dies zuletzt für das Geschäftsjahr 2018. (Berichtspunkte 2 und 7)

(2) Baubetreuung als eigener Tätigkeitsbereich, Auslastung nicht erreicht

Zur Abwicklung ihres gesamten Bauvolumens (Eigenbauten und Betreuungsbau) verfügt die LAWOG über eine technische Abteilung mit insgesamt 18 Mitarbeitern. Die Analyse der Unterlagen zeigt, dass die LAWOG zumindest ein Drittel dieser Mitarbeiter nicht im Bereich der Hauptgeschäfte einsetzt. Damit stellt nach Ansicht des LRH der Betreuungsbau ein eigenes Geschäftsfeld dar, mit dem sie am Markt agiert. Die LAWOG führt als Begründung an, dass der Betreuungsbau „zur Auslastung der technischen Abteilung“ notwendig ist.

Für das Geschäftsjahr 2018 beanstandete der Revisionsverband, dass die Wirtschaftlichkeit im Bereich der Baubetreuung im hohen Maße nicht erreicht wurde. Dies erwartet die Geschäftsführung der LAWOG auch für das Geschäftsjahr 2019. Für die kommenden Jahre ist von einer Verringerung der Ertragsmöglichkeiten und von weiteren wirtschaftlichen Verlusten im Bereich der Baubetreuung auszugehen. Nach Ansicht des LRH zeigt die wirtschaftliche Situation im Betreuungsbau im Geschäftsjahr 2018, dass dieser nur bedingt geeignet ist, das Ziel der LAWOG (die Verstärkung der Auslastung der für die Hauptgeschäfte notwendigen technischen Abteilung) zu erreichen. Im Jahr 2018 waren nicht einmal die ausschließlich dem Betreuungsbau zugeordneten Mitarbeiter ausgelastet. Entsprechend konnte der Betreuungsbau die Auslastung der anderen technischen Mitarbeiter nicht steigern.

Der LRH empfiehlt dem Land OÖ daher auf die LAWOG einzuwirken, die langfristige Weiterführung des Baubetreuungsbereichs aus wirtschaftlicher Sicht zu überdenken. (Berichtspunkte 3 und 5)

(3) **Wirtschaftliche Notwendigkeit zum Antragszeitpunkt aktuell nicht prüfbar**

In Oberösterreich nimmt die Abteilung Wohnbauförderung des Amtes der Oö. Landesregierung organisatorisch die behördliche Überwachung (Aufsicht nach Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz) über die gemeinnützigen Bauvereinigungen wahr. Im behördlichen Ermittlungsverfahren zu den einzelnen Ausnahmeanträgen gibt die Aufsichtsbehörde dem Revisionsverband Gelegenheit zur Äußerung. Dieser plausibilisiert das Ausnahmegeschäft und beurteilt dessen Auswirkungen auf die Gemeinnützigkeit der Antragstellerin. Er beurteilt zu diesem Zeitpunkt nicht, ob die Notwendigkeit des Ausnahmegeschäfts im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung gemäß Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz gegeben ist. Die Aufsichtsbehörde setzt im Regelfall keine eigenen Prüfhandlungen und genehmigt mittels Bescheid das jeweilige Ausnahmegeschäft.

Damit überprüft zum Antragszeitpunkt keine der eingebundenen Stellen die Notwendigkeit des beantragten Zusatzgeschäftes. Nach Ansicht des LRH besteht die Gefahr, dass sich diese Zusatzgeschäfte dann unkontrolliert ausweiten und auch genehmigt werden, obwohl sie nach Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz dem Grunde nach nicht zulässig wären.

Die Aufsichtsbehörde sollte – in enger Abstimmung mit dem Revisionsverband – ein formalisiertes Antragswesen entwickeln, welches zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des Zusatzgeschäftes ermöglicht und nachfolgend eine gebarungsmäßige Beurteilung im Rahmen der gesetzlichen Revision gewährleistet. (Berichtspunkt 7 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG I)

(4) **Die LAWOG als „Zentrale Beschaffungsstelle“ für Oö. Gemeinden**

Gemeinden und Gemeindeverbände haben für die Erfüllung ihrer Aufgaben Bedarf an baulicher Infrastruktur. Durch ihre langjährige Tätigkeit im Wohnbau ist die LAWOG bereits seit vielen Jahren in den oberösterreichischen Gemeinden tätig; auf Basis dieser Berührungspunkte und des Know-hows hat sich das von der LAWOG angebotene „Baubetreuungsmodell“ für die Gemeinden entwickelt und die LAWOG hat – als einzige gemeinnützige Bauvereinigung in Österreich – beschlossen, als „Zentrale Beschaffungsstelle“ für Gemeinden und Gemeindeverbände sowie für das Land OÖ und den Bund tätig zu werden. Dieses auf dem Handeln als „Zentrale Beschaffungsstelle“ basierende Betreuungsmodell haben das Land Oberösterreich und der Gemeindebund beworben. (Berichtspunkt 8)

Es ist eine grundsätzliche Frage, ob die LAWOG als zentrale Beschaffungsstelle auftreten darf bzw. ihr diese Eigenschaft zukommt. Dazu vertritt der LRH – nach Befassung eines externen Gutachters – die Rechtsmeinung, dass bessere Argumente dafür sprechen, dass die LAWOG grundsätzlich als zentrale Beschaffungsstelle tätig sein darf. Damit unterliegt sie bei ihrer gesamten Tätigkeit dem Vergaberecht. (Berichtspunkt 9)

(5) Konkrete Beschaffungstätigkeit der LAWOG als „Zentrale Beschaffungsstelle“ zu weitreichend

Die LAWOG „übernimmt“ als „Zentrale Beschaffungsstelle“ regelmäßig die Baubetreuung von kommunalen Bauvorhaben. Dabei erbringt sie als zentrale Beschaffungsstelle neben vergaberechtlich unproblematischen zentralen Beschaffungstätigkeiten aber bestimmte Leistungen selbst und entzieht deren Beauftragung dadurch einem Wettbewerb.

Ihre Vorgangsweise begründet die LAWOG damit, dass es für eine komplette Beschaffung zwingend erforderlich sei, als zentrale Beschaffungsstelle selbst zusätzliche Leistungen zu erbringen. Für eine zweckmäßige Qualitätskontrolle erbringt sie diese (selbst als „Eigenleistung“ definierten) Leistungen z. B. in Form der örtlichen Bauaufsicht, der Kostenverfolgung und der Endabrechnung des Bauvorhabens.

Aus Sicht des LRH sind die Grenzen des Vergaberechts für eine zentrale Beschaffungsstelle jedenfalls dort erreicht, wo die Erbringung von Leistungen über das für die Beschaffung notwendige Ausmaß hinausgeht, diese typischerweise als gesonderte Leistungen von einem eigenen Markt erbracht werden und in keinem akzessorischen Zusammenhang mit der zu beschaffenden Leistung mehr stehen.

Im Prüfungszeitraum folgte auch das Landesverwaltungsgericht OÖ der Argumentation der LAWOG nicht und erklärte in einem Vergabenachprüfungsverfahren einen konkreten Baubetreuungsvertrag zur Gänze für nichtig.

Die örtliche Bauaufsicht unterliegt daher unzweifelhaft der Ausschreibungspflicht. Die Erbringung weiterer „Eigenleistungen“ durch die LAWOG, welche über Koordinationsleistungen für den eigentlichen Beschaffungsvorgang hinausgehen, ist nach Ansicht von Experten ebenfalls nicht von den Ausnahmetatbeständen des BVergG 2018 gedeckt. Die LAWOG sollte daher bei zukünftigen Verträgen einen strengen Maßstab hinsichtlich der Vereinbarung und Erbringung von Eigenleistungen anlegen und die Grenzen der Ausnahmetatbestände des BVergG 2018 beachten. Es ist keinesfalls Sinn und Zweck einer zentralen Beschaffungsstelle, Leistungen selbst zu erbringen, um diese damit vollständig dem Wettbewerb zu entziehen. (Berichtspunkte 10, 11, 12 und 13)

(6) Unmittelbarer Handlungsbedarf bei Verträgen und in der Kommunikation

Die Aufhebung des Baubetreuungsvertrags durch das Landesverwaltungsgericht OÖ entfaltet keine unmittelbare rechtliche Auswirkung auf andere Verträge. Aus Sicht des LRH hat die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts OÖ trotzdem Relevanz für alle Baubetreuungsverträge der LAWOG. Dies insbesondere, weil das Landesverwaltungsgericht OÖ der zentralen Argumentation der LAWOG nicht folgte. Zudem muss in gleichgelagerten Fällen mit Feststellungsanträgen gerechnet werden.

In den seit vielen Jahren weitgehend unverändert verwendeten Baubetreuungsverträgen und Informationsbroschüren findet sich kein Hinweis, dass die LAWOG als „Zentrale Beschaffungsstelle“ beauftragt wird bzw. in welcher Rolle und Verantwortung sie die beschriebenen Leistungen erbringt.

In der Kommunikation mit den Gemeinden führte dies wiederholt zu missverständlichen Interpretationen bei der Beauftragung. Auch die Begründung für den Ausnahmetatbestand (keine Anwendung des Vergaberechts durch die Gemeinde) ist oft nicht dokumentiert. Zum Zeitpunkt der Prüfung durch den LRH arbeitete die LAWOG an der Behebung der Aufhebungsgründe; eine komplette Überarbeitung des Muster-Baubetreuungsvertrages ist geplant.

Aus Sicht des LRH ist es unumgänglich, dass die Vertragswerke neben dem Leistungsumfang auch den zugrundeliegenden vergaberechtlichen Rahmen – insbesondere auch die vergaberechtlich notwendigen Anpassungen – für alle Vertragsparteien erkennbar und klar verständlich wiedergeben. Das Land OÖ sollte daher auf die LAWOG einwirken, dass sie, abgesehen von der rechtlichen Sanierung des nichtig erklärten Vertrags, einen neuen mit dem Vergaberecht im Einklang stehenden Mustervertrag für zukünftige Geschäfte erarbeitet. (Berichtspunkte 13 und 14 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG II)

(7) Risiken bei vertikalen In-House-Vergaben an die LAWOG

Unter bestimmten Voraussetzungen (ausreichende Kontrollmöglichkeit, bestimmter Tätigkeitsumfang und keine privaten Kapitalbeteiligungen) darf ein öffentlicher Auftraggeber einen anderen öffentlichen Auftraggeber gemäß BVergG 2018 ausschreibungsfrei im Wege der sogenannten In-House-Ausnahme beauftragen. Diese Voraussetzungen müssen grundsätzlich bis zur vollständigen Abwicklung des Auftrages oder der Kooperation erfüllt sein.

Die LAWOG möchte – neben der Tätigkeit als zentrale Beschaffungsstelle – auch die vergaberechtlichen Möglichkeiten einer In-House-Vergabe nutzen. Aus Sicht des LRH liegen die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand einer vertikalen In-House-Ausnahme gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 der Z 3 BVergG 2018 unter den vorliegenden Rahmenbedingungen nicht vor. Damit ist für ihn eine solche Beauftragung der LAWOG mit vergaberechtlichen Risiken behaftet. (Berichtspunkte 17 und 18)

(8) Problemstellungen bei horizontalen In-House-Vergaben (Schwester- ternvergabe) an die LAWOG – Prüfung laufender Vereinbarungen angeregt

Zu den Voraussetzungen für eine horizontale In-House-Ausnahme (Verträge zwischen Landesgesellschaften) hält der LRH fest, dass diese nur dann anwendbar ist, wenn von beiden das Kontrollkriterium erfüllt wird – also, wenn sowohl die LAWOG als auch die Schwestergesellschaft von einer gemeinsamen „Mutter“ entsprechend kontrolliert werden. Von Ausnahmen abgesehen, dürfte auch kein Privater direkt an einem der Vertragspartner beteiligt sein.

Im November 2019 hat die LAWOG eine Rahmenvereinbarung über eine projektbezogene Kooperation bei der Realisierung von Bauvorhaben mit einer Tochtergesellschaft der OÖ Landesholding GmbH abgeschlossen. Beide Gesellschaften gingen aus vergaberechtlicher Sicht vom Ausnahmestatbestand der In-House-Vergabe aus. Auch bei dieser Konstellation sieht der LRH vergaberechtliche Probleme laut den In-House-Regelungen gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 lit b BVergG. (Berichtspunkte 19 und 20)

Das Land OÖ sollte daher veranlassen, dass alle aktuellen (Rahmen-) Verträge, die Zusatzgeschäfte betreffen, hinsichtlich ihrer genauen vergaberechtlichen Zuordnung und hinsichtlich ihres Leistungsumfanges aufsichts- und vergaberechtlich überprüft werden. (Berichtspunkt 20 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG III)

(9) Festlegung eigener Prüfungsschwerpunkte notwendig

Obwohl verschiedene Verwaltungseinheiten des Landes OÖ Stellungnahmen zu den Rechtsgutachten der LAWOG und zu ihrer Eigenschaft und Tätigkeit als „Zentrale Beschaffungsstelle“ verfasst haben, war die zuständige Aufsichtsbehörde – nach eigenen Angaben – dabei nie eingebunden.

Die Aufsichtsbehörde hatte von dem beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich laufenden Vergabenachprüfungsverfahren und dessen Ausgang keine Kenntnis. Sie hatte dieses – im Herbst 2019 getätigte – Ausnahmengeschäft mit Bescheid vom 10.1.2020 genehmigt. Konkrete Maßnahmen der Aufsicht sind erst nach der Rechtskraft des Urteils geplant.

Die im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen jährlichen Prüfungen festgestellten Beanstandungen sowie relevante Prüfungsthemen werden mit der jeweiligen Bauvereinigung sowie den teilnehmenden Vertretern der Aufsicht jährlich erläutert. In den Prüfungsberichten der vergangenen Geschäftsjahre (2015 bis 2018) der LAWOG wurden die Baubetreuungsverträge und deren vergaberechtliche Abwicklung immer wieder thematisiert.

Der LRH sieht das im Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz eingeräumte Aufsichtsrecht als sehr weitreichend an. Es umfasst für ihn jedenfalls die Überwachung bekannter Mängel sowie die Berechtigung, Berichte zu einzelnen Geschäftsfällen einzuholen. In diesem Zusammenhang konnte die Aufsichtsbehörde nicht schlüssig begründen, wieso die Abwicklung der Baubetreuungsverträge (z. B. in wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Hinsicht) nie Gegenstand einer Überprüfung war.

Die Aufsichtsbehörde sollte den Revisionsverband oder private Sachverständige mit Prüfungen zu spezifischen Themen (Wirtschaftlichkeit, Beihilfenrecht, Vergaberecht) beauftragen und wirksame Maßnahmen entwickeln, um eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu vermeiden. (Berichtspunkte 22 und 23 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG IV)

- (10) Die Empfehlungen des LRH an die geprüfte(n) Stelle(n) sind unter Berichtspunkt 24 zusammengefasst.
- (11) Im Sinne des § 9 Abs. 2 Oö. LRHG empfiehlt der LRH dem Kontrollausschuss betreffend folgende Beanstandungen und Verbesserungsvorschläge eine einmalige Folgeprüfung zu beschließen:
- I. Die Aufsichtsbehörde sollte – in enger Abstimmung mit dem Revisionsverband – ein formalisiertes Antragswesen für Zusatzgeschäfte entwickeln, welches zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des Geschäfts ermöglicht und eine gebarungsmäßige Beurteilung im Rahmen der gesetzlichen Revision gewährleistet. (Berichtspunkt 7; Umsetzung kurzfristig)
 - II. Das Land OÖ sollte auf die LAWOG einwirken, dass sie, abgesehen von der rechtlichen Sanierung des nichtig erklärten Vertrags, einen neuen mit dem Vergaberecht im Einklang stehenden Mustervertrag für zukünftige Geschäfte erarbeitet. (Berichtspunkte 13 und 14; Umsetzung ab sofort)
 - III. Das Land OÖ sollte veranlassen, dass alle aktuellen (Rahmen-) Verträge, die Zusatzgeschäfte betreffen, hinsichtlich ihrer genauen vergaberechtlichen Zuordnung und hinsichtlich ihres Leistungsumfanges aufsichts- und vergaberechtlich überprüft werden. (Berichtspunkt 20; Umsetzung kurzfristig)
 - IV. Die Aufsichtsbehörde sollte den Revisionsverband oder private Sachverständige mit Prüfungen zu spezifischen Themen (Wirtschaftlichkeit, Beihilfenrecht, Vergaberecht) beauftragen und wirksame Maßnahmen entwickeln, um eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu vermeiden. (Berichtspunkte 22 und 23; Umsetzung mittelfristig)

GEMEINNÜTZIGE BAUVEREINIGUNGEN IM KOMMUNALBAU

1.1. Im Zuge seiner Prüfungstätigkeit ist der LRH vielfach mit der Abwicklung von kommunalen Bauprojekten konfrontiert. Dabei zeigt sich, dass dem öffentlichen Bauherrn von Anfang an eine wichtige Rolle zukommt. Er hat unter anderem durch organisatorische Maßnahmen wesentliche Rahmenbedingungen zu schaffen und deren Einhaltung sicherzustellen. Dazu sind Entscheidungen, wie z. B. die Wahl von Wettbewerbs-, Vertrags- und Abwicklungsmodellen zu treffen, welche die Projektabwicklung in Folge maßgeblich beeinflussen.

Seit Jahrzehnten betreut die LAWOG – Landeswohnungsgenossenschaft für Oberösterreich eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung (LAWOG) zahlreiche öö. Gemeinden und Gemeindeverbände bei der Abwicklung ihrer Infrastrukturprojekte.

Die LAWOG unterliegt auf Grund ihrer Eigentümerstruktur seit 2013 der Prüfungszuständigkeit¹ des LRH.

Zum Stichtag 31.12.2019 hielten folgende Genossenschafter Anteile an der LAWOG:

Tabelle 1: Geschäftsanteile der LAWOG

Genossenschafter	Genossenschaftsanteile	Anteilseigner
Oberösterreichische Landesholding GmbH (LAHO)	179.272 Anteile (45,48 %)	öffentlich
216 ² Gemeinden (sowie der SHV Kirchdorf)	214.750 Anteile (54,48 %)	öffentlich
OÖ Gesundheitsholding GmbH (OÖG)	1 Anteil	öffentlich
Steuer- und Zollkoordination	1 Anteil	öffentlich
2 Vorstände	je 1 Anteil - insgesamt 2 Anteile	privat
12 Aufsichtsratsmitglieder	je 1 Anteil - insgesamt 12 Anteile	privat
119 „ehemalige – Danubia - Genossenschafter“	120 Anteile	privat
Insgesamt:		
353 Mitglieder	394.158 Anteile, davon 394.024 Anteile unter öffentlicher Kontrolle und 134 Anteile unter privater Kontrolle	

Quelle: LRH-eigene Darstellung auf Basis der Daten der LAWOG³

- ¹ Mit dem Oö. Landesrechnungshofgesetz 2013 – Oö. LRHG 2013 wurde die Prüfungszuständigkeit des LRH um jene für Gemeinden und deren Beteiligungsunternehmen erweitert.
- ² Wovon 203 Gemeinden mit 154.360 Genossenschaftsanteilen (39,16 Prozent) der initiativen Prüfungszuständigkeit des LRH unterliegen.
- ³ Mitgliederverzeichnis der LAWOG Stand 31.12.2019

In Summe halten die Genossenschafter, die dem öffentlichen Bereich zuzuordnen sind, 99,97 Prozent der Genossenschaftsanteile. Der initiativen Prüfständigkeit des LRH unterliegen Genossenschafter, die 84,64 Prozent der Genossenschaftsanteile halten.

Zur Beurteilung der Baubetreuungsgeschäfte der LAWOG überprüfte der LRH zwei Projekte⁴ und zog verschiedenartige gültige Verträge heran. Generell liegen aber all diesen Geschäften gleichartige Baubetreuungsverträge zugrunde.

Gemeinnützigkeit

2.1. Die LAWOG wurde Ende 1953 als gemeinnützige Wohnungsvereinigung anerkannt⁵. Neben ihrer Haupttätigkeit – dem geförderten Wohnbau (Errichtung und Verwaltung von geförderten Miet- und Eigentumswohnungen) – wurden zunächst vereinzelt kommunale Bauvorhaben umgesetzt. Durch den Rückgang der Wohnbautätigkeit entwickelte sie ab Anfang der 1990er-Jahre mit der Errichtung von Alten- und Pflegeheimen die „Kommunalbau- oder Betreuungsbauschiene“ für Gemeinden und Gemeindeverbände. Seit der gesetzlichen Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens (Bundesvergabegesetz 1993) beschäftigt sich die LAWOG mit deren Auswirkungen auf ihre Aktivitäten im Kommunalbau.

Gemeinnützige Bauvereinigungen (GBV) wurden für den sozialen Wohnbau geschaffen und erfüllen damit eine wichtige Aufgabe – die Befriedigung des Grundbedürfnisses Wohnen. Dazu werden ihnen in der Gewerbeordnung⁶ und dem Körperschaftsteuergesetz Privilegien eingeräumt. Das Wohnungsgemeinnützigkeitengesetz (WGG), sieht hauptsächlich folgende Betätigungsfelder für eine GBV vor:

- Errichtung, Verwaltung und Sanierung von Wohnungen und Heimen im eigenen Namen sowie die Verwaltung von Wohnhäusern, Eigenheimen, Wohn-, Geschäfts- und Büroräumen, Gemeinschaftseinrichtungen, Einstellplätzen (Garagen), Abstellplätzen oder Heimen im fremden Namen (Geschäfte gemäß § 7 Abs. 1 und 2 WGG, im Folgenden „Hauptgeschäfte“).

⁴ Projekte von unterschiedlichen Bauherrn (Land Oberösterreich, oö. Gemeinde) und Verträge welche sich auf unterschiedliche vergaberechtliche Grundlagen stützen.

⁵ Bescheid Wo-2455-4010-10/15-1953 der Oö. Landesregierung vom 25.9.1953

⁶ gemäß § 1 Abs. 2 WGG

- Errichtung von Wohnungen, Eigenheimen sowie von Heimen im fremden Namen und von bestimmten Geschäftsräumen im eigenen oder fremden Namen⁷ (Geschäfte gemäß § 7 Abs. 3 WGG, im Folgenden „Nebengeschäfte“).
- Andere Geschäfte
Diese dürfen nur unter eingeschränkten Bedingungen getätigt werden, müssen der ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuzuordnen sein, notwendig sein und bedürfen der Zustimmung der Landesregierung (Geschäfte gemäß § 7 Abs. 4 WGG im Folgenden „Zusatzgeschäfte“).

§ 7 Abs. 3 WGG legt ausdrücklich fest, dass GBV bei sonstiger Entziehung der Anerkennung der Gemeinnützigkeit (§ 35 WGG) überwiegend Hauptgeschäfte zu betreiben haben.

Die Tätigkeiten der Baubetreuung sind als Neben- bzw. Zusatzgeschäfte einzuordnen und betreffen z. B. Leistungen der LAWOG im Zusammenhang mit der Errichtung von Alten- und Pflegeheimen, von Kindergärten, Schulen und ähnlichen Projekten (z. B. Krankenhäuser) durch die LAWOG.

Ob eine GBV im tatsächlichen Geschäftsbetrieb – gemäß den Bestimmungen des § 7 WGG – überwiegend Hauptgeschäfte betreibt, ist anhand des Verhältnisses der Umsätze im Bereich von Haupt- und Nebengeschäften sowie Zusatzgeschäften zu beurteilen. Der Österreichische Verband Gemeinnütziger Bauvereinigungen – Revisionsverband, im Folgenden Revisionsverband, stellte im Rahmen seiner regelmäßigen gesetzlichen⁸ Prüfungen (zuletzt für das Geschäftsjahr 2018⁹) fest, dass bei der LAWOG „die Geschäfte gemäß § 7 Abs. 1 und 2 WGG gegenüber jenen gemäß § 7 Abs. 3 und 4 WGG überwiegen“. Der Hauptanteil der Umsätze stammte mit rd. 71,5 Mio. Euro aus den Mieten, welche im Rahmen der Hausbewirtschaftung der rd. 28.500 von der LAWOG verwalteten Einheiten¹⁰ vereinnahmt werden.

- 2.2.** Aus Sicht des LRH ist das Verhältnis der Umsätze durch den Revisionsverband ausreichend geprüft und plausibel. Daraus ergibt sich für ihn, dass die LAWOG als gemeinnützig im Sinne des WGG einzustufen ist.¹¹

Unabhängig von der Gemeinnützigkeit der LAWOG weist der LRH darauf hin, dass die LAWOG, so wie andere GBV, zur Errichtung von leistbarem Wohnraum gegründet wurden. Aus seiner Sicht dienen Zusatzgeschäfte nicht primär der Schaffung von leistbarem Wohnraum.

- 2.3.** *In ihrer Stellungnahme dankt die LAWOG für die Hinweise des LRH, dass sie seit Anfang der 1990er-Jahre mit der Errichtung von z.B. Alten- und Pflegeheimen im fremden Namen für Gemeinden und Gemeindeverbände*

⁷ Sowie die Errichtung von Einstellplätzen (Garagen), Abstellplätzen und Gemeinschaftseinrichtungen im eigenen oder fremden Namen sowie anderen Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes, soweit sie überwiegend den Bewohnern der errichteten oder verwalteten Wohnungen dienen. Unter bestimmten Voraussetzungen darf sich die GBV auch an anderen GBV und Kreditunternehmen beteiligen.

⁸ gemäß § 1 Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997 – GenRevG 1997

⁹ Prüfungsbericht Nr. 11.741 vom 14.5.2018, Rz 143 4 e) Seite 52

¹⁰ Zum Jahresende verwaltete die LAWOG rd. 28.500 Einheiten, davon rd. 18.000 Wohnungen.

¹¹ Auch aus Sicht der Finanzbehörden und des Landes als Aufsichtsbehörde gemäß WGG besteht kein Zweifel an der Gemeinnützigkeit.

ein Baubetreuungsmodell für die laufende Abwicklung von Neben- bzw. konnexen Zusatzgeschäften entwickelt haben, ohne dass dadurch - wegen durchgehenden Überwiegens der Hauptgeschäfte im Sinne des § 7 Abs 1 WGG - ihr Status als gemeinnützige Bauvereinigung jemals in Frage gestellt wurde.

Wichtig erscheint auch der Hinweis des LRH, dass die ab Anfang der 1990er-Jahre erfolgte Hinwendung der LAWOG zur „Kommunalbau- oder Baubetreuungsschiene“ mit dem damals einsetzenden Rückgang der Wohnbautätigkeit in kausalem Zusammenhang steht. Die damals einsetzende strategische Neuorientierung der LAWOG in Richtung „Baubetreuungstätigkeiten“ war daher - aus der Sicht der damaligen Geschäftsführung der LAWOG - eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, zu der sich ab dem Jahr 1994 aufgrund des Inkrafttretens des ersten Bundesvergabegesetzes zeitgleich mit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum eine verstärkte Nachfrage von Gemeinden und Gemeindeverbänden entwickelt hat.

Die aktuellen Überlegungen der LAWOG zur langfristigen Weiterführung im definierten Geschäftsbereich - im Sinne der Abwicklung von weiteren Neben- und konnexen Zusatzgeschäften - werden maßgeblich von den künftigen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bestimmt.

In die Überlegungen fließt mit ein, dass die LAWOG als jahrzehntelanger verlässlicher Partner der OÖ. Gemeinden und Gemeindeverbände grundsätzlich weiterhin bestrebt sein wird, Neben- und konnexe Zusatzgeschäfte zur laufenden Aufrechterhaltung und/oder Erweiterung der sozialen Infrastruktur im Land OÖ (im öffentlichen Interesse gelegene bauliche Maßnahmen), die von der öffentlichen Hand finanziert und gefördert werden, abzuwickeln und dies nicht nur im Lichte des ständigen Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen im Sinne des WGG (Eignung der LAWOG aufgrund der vorliegenden Struktur des Geschäftsbetriebes und ohne Vornahme übermäßiger und langfristiger Kapitalbindungen für diesen Geschäftsbereich) zur laufenden Abwicklung dieser notwendigen infrastrukturellen Maßnahmen, sondern auch als stete Gewährleistung für die einzelnen Auftraggeber, die bereitgestellten Mittel der öffentlichen Hand effizient und somit der Intention der Gesetzgebung folgend bestmöglich einzusetzen.

Wirtschaftliche Entwicklung der LAWOG und Bedeutung der Baubetreuung

- 3.1.** In der vom Revisionsverband herausgegebenen Kennzahlenauswertung (Berichte 2000/01 bis 2016/17¹²) liegt die LAWOG im Geschäftsjahr 2017 mit einer Bilanzsumme von rd. 659,4 Mio. Euro mit diesem Wert im oberen Viertel aller GBV in Österreich. Im Jahresvergleich ist dieser Rang seit 2013 nahezu unverändert. Im Vergleich der Bauvolumina liegt die LAWOG mit einem Bauvolumen von rd. 29,4 Mio. Euro für 2017 über dem Mittelfeld.

¹² Auswertung vom Österreichischen Verband Gemeinnütziger Bauvereinigungen, Stand 11/2018, worin 170 gemeinnützige Bauvereinigungen (ohne Verwaltungsvereinigungen) einbezogen wurden.

Zur Einschätzung des Ergebnisbeitrags des Baubetreuungsbereichs¹³ werden in der folgenden Tabelle die unternehmensrechtlichen Ergebnisse¹⁴ der LAWOG dargestellt. Diese umfassen neben der Baubetreuung, die Hausbewirtschaftung, die eigene Bautätigkeit, die Großinstandsetzungstätigkeit, den Grundstücksverkehr sowie die Betreuung von Tochterunternehmen¹⁵ sowie der Gemeinnützigen Donauländischen Wohnungsgenossenschaft (DWG).

Tabelle 2: unternehmensrechtliche Ergebnisse der LAWOG in Euro

Tätigkeitsbereich	2014	2015	2016	2017	2018
Hausbewirtschaftung ¹⁶	8.746.310,49	7.431.056,48	12.660.906,79	10.525.523,93	9.827.763,02
Eigene Bautätigkeit	-408.837,17	-581.403,68	-1.126.265,97	-491.296,35	-353.075,49
Großinstandsetzung	-8.123,24	1.724,28	7.775,28	-30.938,41	-29.424,25
Baubetreuung^{17 18}	-33.530,39	66.717,59	11.774,19	99.687,39	-784.842,72
Grundstücksverkehr	1.897.704,02	1.071.441,99	1.811.920,43	2.213.298,82	-25.670,11
Betreuungstätigkeit ¹⁹ (GVVG, LKV, DWG)	8.491,78	NA	NA	NA	-116.709,27

Quelle: LRH-eigene Darstellung auf Basis der Prüfungsberichte des Revisionsverbandes

Die Tabelle aller Tätigkeitsbereiche zeigt, dass in den Jahren 2014 bis 2017 der Betreuungsbau ein positives bzw. ein nahezu ausgeglichenes unternehmensrechtliches Ergebnis lieferte.

Im Jahr 2018 kam es – auf Grund des starken Rückganges des Bauvolumens – zu einem deutlich negativen unternehmensrechtlichen Ergebnis von rd. 785.000 Euro.

Im Vergleich der Umsatzerlöse stellt die Baubetreuung im Jahr 2018 mit rd. 1,1 Mio. Euro zu den rd. 74,2 Mio. Euro aus der Hausbewirtschaftung²⁰ – nur einen kleinen Teil dar. Die Baubetreuung stellt allerdings den umsatzstärksten Tätigkeitsbereich neben der Hausbewirtschaftung dar.

¹³ Baubetreuung sowie Generalübernehmer-Bauten

¹⁴ Ermittlung gemäß den Vorschriften des UGB

¹⁵ Die Betreuung der Tochterunternehmen GVVG gemeinnützige Vermietungs- und Verwaltungsgesellschaft m.b.H., LKV Krankenhaus Errichtungs- und Vermietungs-GmbH sowie der DWG Gemeinnützige Donauländische Wohnungsgenossenschaft in Vollbetreuung ist mittels eigenen Betreuungsverträgen geregelt.

¹⁶ 2015 - 2017 inkl. verwaltungsmäßige Betreuung der Gemeinnützigen Vermietungs- und Verwaltungsgesellschaft m.b.H (GVVG), der Gemeinnützigen Donauländischen Wohnungsgenossenschaft (DWG) und der Oberösterreichischen Gemeinnützigen Bau- und Wohngesellschaft (OGW).

¹⁷ 2015 - 2017 inkl. Betreuungstätigkeit LKV und 2017 Betreuungstätigkeit GVVG

¹⁸ inkl. Generalübernehmerbauten (GÜ-Bau)

¹⁹ 2014 inkl. Betreuung GSA Genossenschaft für Stadterneuerung und Assanierung, 2015 - 2017 kein eigener Geschäftsbereich, daher nicht ausgewiesen (NA).

²⁰ welche sich überwiegend aus Nutzungsentgelten (Mieterlösen) zusammensetzen

Der Revisionsverband analysiert regelmäßig alle Tätigkeitsbereiche hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit. Diese Beurteilung basiert auf der Analyse des von ihm festgestellten wirtschaftlichen Ergebnisses, welches sich vom unternehmensrechtlichen Ergebnis unterscheidet. Grund dafür ist, dass die Rechnungslegungsvorschriften des Unternehmensgesetzbuches (UGB) vorsehen, dass keine Teilgewinnrealisierung²¹ vorgenommen werden darf bzw. dass bestimmte Leistungen erst mit vollständiger Fertigstellung eines Bauvorhabens ergebniswirksam ausgewiesen werden dürfen²², während das wirtschaftliche Ergebnis diese Ergebnisanteile bereits berücksichtigt.

Das wirtschaftliche Ergebnis fiel im Baubetreuungsbereich 2014 bis 2017 jeweils positiv²³ aus; im Jahr 2018 wies auch das wirtschaftliche Ergebnis einen negativen Betrag von rd. 785.000 Euro aus. Deshalb beanstandete der Revisionsverband in seinem Prüfungsbericht für das Geschäftsjahr 2018²⁴, dass die Wirtschaftlichkeit im Bereich der Baubetreuung im hohen Maße nicht erreicht wurde. Nach den Angaben der Geschäftsführung²⁵ der LAWOG ist auch für das Geschäftsjahr 2019 in diesem Bereich mit einem negativen Ergebnis zu rechnen.

Die LAWOG begründet die Notwendigkeit ihres Tätigkeitsbereichs Baubetreuung mit der Verstetigung der „Auslastung der für die Hauptgeschäfte notwendigen technischen Abteilung“.

- 3.2.** Nach Ansicht des LRH zeigt die wirtschaftliche Situation im Betreuungsbau im Jahr 2018, dass dieser nur bedingt geeignet ist, das Ziel der LAWOG (die Verstetigung der Auslastung der für die Hauptgeschäfte notwendigen technischen Abteilung) zu erreichen. Im Jahr 2018²⁶ waren nicht einmal die ausschließlich dem Betreuungsbau zugeordneten Mitarbeiter ausgelastet. Entsprechend konnte der Betreuungsbau die Auslastung der anderen technischen Mitarbeiter nicht steigern. Wie ausgeführt (Berichtspunkt 5) handelt es sich vielmehr um einen eigenen Tätigkeitsbereich, mit welchem die LAWOG am Markt tätig ist.

Der LRH empfiehlt daher der LAWOG, die langfristige Weiterführung des Baubetreuungsbereichs aus wirtschaftlicher Sicht zu überdenken.

- 4.1.** Der Revisionsverband geht in seiner wirtschaftlichen Einschätzung²⁷ für den Baubetreuungsbereich in den kommenden Jahren von einer weiteren Verringerung der Ertragsmöglichkeiten und somit von weiteren wirtschaftlichen Verlusten aus. Er mahnt daher vom Unternehmen Maßnahmen ein, welche nachhaltig zu einer Vermeidung von Unwirtschaftlichkeits- bzw. Verlustsituationen in diesem Bereich führen.

²¹ Die Vorwegnahme von Umsätzen und Gewinnen (Teilgewinnrealisierung) ist nach dem Grundsatz des Vorsichtsprinzips des UGB nicht zulässig.

²² Im Bereich der Baubetreuung erfolgt die Gewinnrealisierung im Rahmen abrechenbarer Leistungen unter Anwendung der „completed contract method“.

²³ Die Abweichungen zum unternehmensrechtlichen Ergebnis betragen bis zu rd. 340.000 Euro pro Geschäftsjahr.

²⁴ Prüfbericht des Revisionsverbandes 2018 Tz 44, 127

²⁵ welche in der LAWOG durch die beiden Vorstände wahrgenommen wird

²⁶ und laut Geschäftsführung der LAWOG auch im Jahr 2019

²⁷ im Rahmen der regelmäßigen gesetzlichen Prüfung für das Geschäftsjahr 2018

Die LAWOG legte im Zuge dieser Überprüfung eine Prognoserechnung für die kommenden Jahre (2019 bis 2022) vor. Diese listet zumindest jene Geschäfte auf, zu welchen bereits (vor-)vertragliche Vereinbarungen vorliegen. Insgesamt hat sie zum Stichtag 31.3.2019 ein zukünftiges Bauvolumen von rd. 250 Mio. Euro bekanntgegeben. Interne Berechnungen der LAWOG gingen zum Zeitpunkt der Prüfung durch den LRH von einem höheren Volumen aus.

Dazu wird – laut Geschäftsführung der LAWOG – eine Aufstockung der Mitarbeiter in der technischen Abteilung notwendig sein. Dies sollen interne Umstrukturierungen ermöglichen; insgesamt sind keine neuen Posten in der LAWOG geplant.

- 4.2.** Auf Grund einer Anfang des Jahres 2020 ergangenen rechtlichen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts OÖ (LVwG OÖ)²⁸ geht der LRH von einer Verringerung der Ertragsmöglichkeiten für die LAWOG aus. Es besteht für ihn die Gefahr, dass sowohl das geplante Volumen nicht eintritt, als auch die Honorare nicht in dem geplanten Ausmaß lukriert werden können.

Ein weiteres Wachstum der LAWOG im Bereich des Betreuungsbaues (über den aktuellen Personalstand hinaus) würde, folgt man der Argumentation der LAWOG, dazu führen, dass bei einer personellen Unterauslastung immer neue Betreuungsgeschäfte akquiriert werden müssten; diese wären dann – wegen wirtschaftlicher Notwendigkeit – durch das WGG gedeckt und daher zu genehmigen.

Der LRH regt daher an, dass die Aufsichtsbehörde – in Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband – sinnvolle Grenzen (z. B. absolute Grenzwerte für den Umsatz bzw. für Personaleinsatz oder relative Grenzwerte wie einen Mindestdeckungsbeitrag für die Baubetreuungsgeschäfte) definiert und deren Einhaltung überprüft.

- 4.3.** *Die Abteilung Wohnbauförderung nimmt zu diesem Punkt wie folgt Stellung: Grundsätzlich stehen wir einer Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband, wie oben erwähnt, positiv gegenüber, geben jedoch bei diesem Punkt zu bedenken, dass die Notwendigkeit eines Geschäftes gemäß § 7 Abs. 4 WGG nicht an einzelnen Kriterien, wie Grenzwerte für den Umsatz oder für den Personaleinsatz, isoliert beurteilt werden kann, sondern insgesamt der Beitrag eines Geschäftes zur Steigerung der Effizienz der Geschäftsführung der GBV von Relevanz ist. Aus unserer Sicht würden aber möglicherweise Durchschnittswerte aus vergangenen Geschäftsjahren zumindest einen tauglichen Anhaltspunkt für die Bewertungen darstellen. Wir werden dieses Thema jedenfalls in unserem laufenden Evaluierungsprozess mitdenken und prüfen.*

²⁸ im Detail Berichtspunkt 13

Betreuungsbau (Neben- und Zusatzgeschäfte)

5.1. Zur Abwicklung ihres gesamten Bauvolumens (Eigenbauten und Betreuungsbau) verfügt die LAWOG über eine technische Abteilung mit insgesamt 18 Mitarbeitern²⁹. Laut der internen Personalzuteilung werden sechs Mitarbeiter ausschließlich (zu 100 Prozent) und die verbleibenden zwölf Mitarbeiter der technischen Abteilung durchschnittlich mit 40 Prozent der Abwicklung der Betreuungsbauten zugerechnet. Eine projektbezogene Erfassung der Mitarbeiterstunden erfolgt nicht.

Aus der Berechnung der aktivierungsfähigen Verwaltungskosten sowie der GuV der LAWOG für das Geschäftsjahr 2017 lässt sich ermitteln, dass der Personalaufwand für die technischen Leistungen für den Bereich Eigenbau rd. 733.000 Euro und für den Bereich Betreuungsbau rd. 940.000 Euro beträgt.

Die korrespondierenden Bauvolumina (2014 bis 2018 in Mio. Euro) stellen sich wie folgt dar:

Tabelle 3: Bauvolumen LAWOG in Mio. Euro

Jahr	Bauvolumen gesamt	Eigenbau	Betreuungs- bau ³⁰
2014	60,98	26,84	34,14
2015	62,86	30,68	32,18
2016	74,72	37,95	36,77
2017	71,43	29,45	41,98
2018	35,71	21,45	14,26

Quelle: LRH-eigene Darstellung auf Basis der Prüfungsberichte des Revisionsverbandes

Die Aufstellung zeigt, dass das gesamte Bauvolumen bis zu seinem höchsten Stand von 74,7 Mio. Euro im Jahr 2016 stetig anstieg und auch 2017 noch relativ konstant war. Es zeigt sich auch, dass mehr als die Hälfte des Bauvolumens im Betreuungsbau umgesetzt wurde. Erst im Jahr 2018 kam es zu einem deutlichen Rückgang, wobei der Betreuungsbau davon wesentlich stärker betroffen war. Laut LAWOG war der maßgebliche Grund dafür, dass das Land mittelfristig keine neuen Alten- und Pflegeheime³¹ mehr errichtet.³²

²⁹ inkl. Abteilungsleiter

³⁰ § 7 Abs. 3 und § 7 Abs. 4 inkl. GU-Bauten

³¹ siehe dazu auch Pressekonferenz zum Abschluss des Projektes „Sozialressort 2021+“ vom 13.3.2018

³² Die Errichtung von Alten- und Pflegeheimen im fremden Namen ist eine Nebentätigkeit nach § 7 Abs. 3 WGG.

Für die Zusatzgeschäfte (Andere Geschäfte gemäß § 7 Abs. 4 WGG) bedarf es der Zustimmung durch die Landesregierung³³. In ihren Anträgen dafür begründete die LAWOG die Abwicklung der Baubetreuungsgeschäfte regelmäßig als eine im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung notwendige Maßnahme „zur Auslastung der technischen Abteilung und zur Aufrechterhaltung der notwendigen Bauvolumina“.

Soweit dem LRH bekannt, wurden dem jeweiligen Antrag keine Unterlagen beigelegt, welche die Begründung für das Ausnahmengeschäft konkret untermauern.

Die folgende Tabelle stellt die Aufgliederung der Bauvolumina im Betreuungsbau (2014 bis 2018 in Mio. Euro) dar.

Tabelle 4: Aufteilung Betreuungsbau in Mio. Euro

Jahr	Betreuungsbau	Umfang § 7 Abs. 3 WGG	Umfang § 7 Abs. 4 WGG
2014	34,14	26,93	7,21
2015	32,18	22,61	9,57
2016	36,77	16,52	20,25
2017	41,98	19,18	22,80
2018	14,26	4,88	9,38

Quelle: LRH-eigene Darstellung auf Basis der Prüfungsberichte des Revisionsverbandes

Die Tabelle zeigt, dass im Betreuungsbau das Bauvolumen bis 2017 kontinuierlich auf 42,0 Mio. Euro anstieg. Die Geschäfte nach § 7 Abs. 4 WGG (Zusatzgeschäfte) stiegen dabei überproportional auf 22,8 Mio. Euro an und stellten damit seit Jahren einen wesentlichen Teil des Betreuungsbau dar.

5.2. Die Analyse der von der LAWOG zur Verfügung gestellten Unterlagen zeigt, dass zumindest ein Drittel der Mitarbeiter der technischen Abteilung ausschließlich im Betreuungsbau tätig ist.

Aus Sicht des LRH trifft somit die Argumentation, dass die Baubetreuungsgeschäfte (in jedem Fall) die Auslastung der für die Hauptgeschäfte notwendigen technischen Abteilung sicherstellen, nicht zu; diese sorgen seiner Ansicht nach höchstens für eine Auslastung der ausschließlich in der Baubetreuung tätigen Mitarbeiter.

Damit steht nach Ansicht des LRH fest, dass der Betreuungsbau für die LAWOG ein eigenes Geschäftsfeld darstellt, in dem sie am Markt für die Errichtung von Kindergärten, Schulen, Gemeindezentren, Turnhallen, Feuerwehr- und Rettungshäuser, Ärztehäuser und ähnlichen kommunalen Projekten tätig ist.

³³ Geschäfte nach § 7 Abs. 4 WGG unterliegen darüber hinaus der Ertragsbesteuerung (KöSt-pflichtig).

PRÜFUNG DER AUSNAHMEANTRÄGE DURCH DIE AUFSICHTSBEHÖRDE

- 6.1.** Die behördliche Aufsicht über die GBV ist im WGG geregelt. Gemäß § 29 Abs. 1 WGG unterliegt die gesamte Geschäftsführung der GBV der behördlichen Überwachung durch die jeweilige Landesregierung. In Oberösterreich³⁴ nimmt diese die Abteilung Wohnbauförderung³⁵ in der Direktion Gesellschaft, Soziales und Gesundheit wahr.

Zur Ausübung ihres Aufsichtsrechtes ist die Aufsichtsbehörde berechtigt, in alle Geschäftsunterlagen Einsicht zu nehmen sowie die Geschäftsgebarung und die Rechnungsabschlüsse zu überprüfen. Dazu kann sie Prüfungen vornehmen oder sich des Revisionsverbands bzw. privater Sachverständiger bedienen. Bei der Wahrnehmung ihres Aufsichtsrechtes nutzt die Abteilung Wohnbauförderung im Regelfall die Ergebnisse der gesetzlich vorgesehenen wiederkehrenden Prüfungen der GBV durch den Revisionsverband und nimmt z. B. an den jährlichen Schlussbesprechungen mit den GBV teil. Die Behebung der dabei aufgezeigten Beanstandungen wird gemeinsam mit dem Revisionsverband weiterverfolgt³⁶. In Einzelfällen beauftragte die Aufsicht den Revisionsverband mit der Klärung spezifischer Fragestellungen.

- 7.1.** Für jedes Zusatzgeschäft ist ein formloser Antrag der GBV an die Aufsichtsbehörde³⁷ zu stellen. Im Regelfall legt die LAWOG den zugrundeliegenden Vertrag (Betreuungsvertrag) bei. Weitergehende Unterlagen legt die LAWOG nicht vor. Im Zuge des behördlichen Ermittlungsverfahrens gibt die Aufsichtsbehörde dem Revisionsverband gemäß § 33 WGG Gelegenheit zur Äußerung zum Antrag. Dieser beurteilt zu diesem Zeitpunkt die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit³⁸ vor allem in Hinblick auf das geplante Baubetreuungshonorar und allfällige Zwischenfinanzierungskosten und plausibilisiert, ob das beantragte Geschäft Auswirkungen auf die Gemeinnützigkeit der Antragstellerin haben kann. Ob die Notwendigkeit im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung gemäß § 7 Abs. 4 WGG gegeben ist, wird zu diesem Zeitpunkt nicht beurteilt³⁹.

³⁴ In den Bundesländern ist die Aufsicht auf unterschiedlichen Ebenen der Ämter der jeweiligen Landesregierungen angesiedelt, z. B. in der Wohnbauförderung, in den Wohnbauabteilungen oder in den Finanzdirektionen. (Homepage www.gbv.at)

³⁵ siehe Kompetenzenkatalog der Aufgabengruppe Wo – Wohnbauförderung (Stand 1.1.2019)

³⁶ Sofern die GBV der Anordnung zur Abstellung von Beanstandungen nicht nachkommt, ist dies vom Revisionsverband der Aufsichtsbehörde zu melden und von dieser die Behebung der festgestellten Mängel innerhalb angemessener Frist mit Bescheid aufzutragen. (§ 29 Abs. 3 WGG)

³⁷ Die GBV stellt auch einen Antrag bei der Finanzbehörde. Diese beurteilt im Verfahren nach § 7 Abs. 4 WGG ausschließlich den Aspekt der Ertragssteuerpflicht.

³⁸ nach § 23 Abs. 1 WGG

³⁹ Die wirtschaftliche Auswirkung der durchgeführten Geschäfte wird im Rahmen der regelmäßigen gesetzlichen Gebarungsprüfung durch den Revisionsverband beurteilt.

Die Aufsicht setzt im Regelfall keine eigenen Prüfhandlungen. In den letzten Jahren forderte sie vereinzelt ergänzende Unterlagen⁴⁰ zu den Anträgen von den GBV ein. Nach Vorliegen der Stellungnahmen des Revisionsverbandes und der Finanzbehörde genehmigt oder versagt die Aufsichtsbehörde mittels Bescheid das jeweilige Ausnahmengeschäft.

- 7.2.** Da zum Zeitpunkt der Antragstellung weder der Revisionsverband noch ein durch die Aufsichtsbehörde beauftragter Dritter eine Prüfung vornimmt, ob auf Basis der vorgebrachten Begründung des Antrags für das Zusatzgeschäft eine Notwendigkeit im Sinne des § 7 Abs. 4 WGG vorliegt, wäre dies aus Sicht des LRH durch die Aufsicht vorzunehmen. So kann sichergestellt werden, dass Zusatzgeschäfte nur dann genehmigt werden, wenn sie nach WGG zulässig sind. Da die LAWOG insbesondere argumentierte, die technische Abteilung, die mit der Abwicklung dieser Geschäfte befasst ist, zur Aufrechterhaltung der notwendigen Bauvolumina voll auslasten zu wollen, kann das zu einer für die Aufsicht unkontrollierten Ausweitung von nicht notwendigen Geschäften führen.

Die Aufsichtsbehörde sollte daher – in enger Abstimmung mit dem Revisionsverband – ein formalisiertes Antragswesen (z. B. verbindliche Kennwerte) entwickeln. Dieses sollte zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des geplanten Zusatzgeschäfts ermöglichen und nachfolgend eine gebarungsmäßige Beurteilung im Rahmen der gesetzlichen Revision – durch die Setzung von Prüfungsschwerpunkten – gewährleisten. Dazu sollte die Aufsicht eine entsprechende Vereinbarung mit dem Revisionsverband abschließen.

- 7.3.** Die Abteilung Wohnbauförderung verweist zu diesem Punkt auf das unter Punkt 4.3. ausgeführte und betont nochmals, dass sie bereits mit der Erarbeitung von Verbesserungen genau zu solchen Themenbereichen begonnen habe. Die Zielsetzung dieses Verbesserungsvorschlages deckt sich somit auch mit ihrer Zielsetzung, ob dies allerdings tatsächlich in Form eines „formalisierten Antragswesens“ oder in anderer geeigneter Art und Weise erfolgt, kann sie zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorwegnehmend beurteilen.

VERGABERECHTLICHE BEURTEILUNG

Die LAWOG als Dienstleister der Gemeinden

- 8.1.** Gemeinden und Gemeindeverbände haben für die Erfüllung ihrer Aufgaben Bedarf an baulicher Infrastruktur. Beschaffungsvorgänge von Gebietskörperschaften⁴¹ unterliegen dabei dem Vergaberecht. Die im Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) normierten Vergabeverfahren sollen gewährleisten, dass sämtliche Beschaffungsvorgänge einem Wettbewerb unterworfen werden und Aufträge nach den Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit zu den wirtschaftlichsten Konditionen vergeben werden.

⁴⁰ wie z. B. Detailinformationen zu den Honorarsätzen

⁴¹ sie sind gemäß den Bestimmungen des § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 öffentliche Auftraggeber

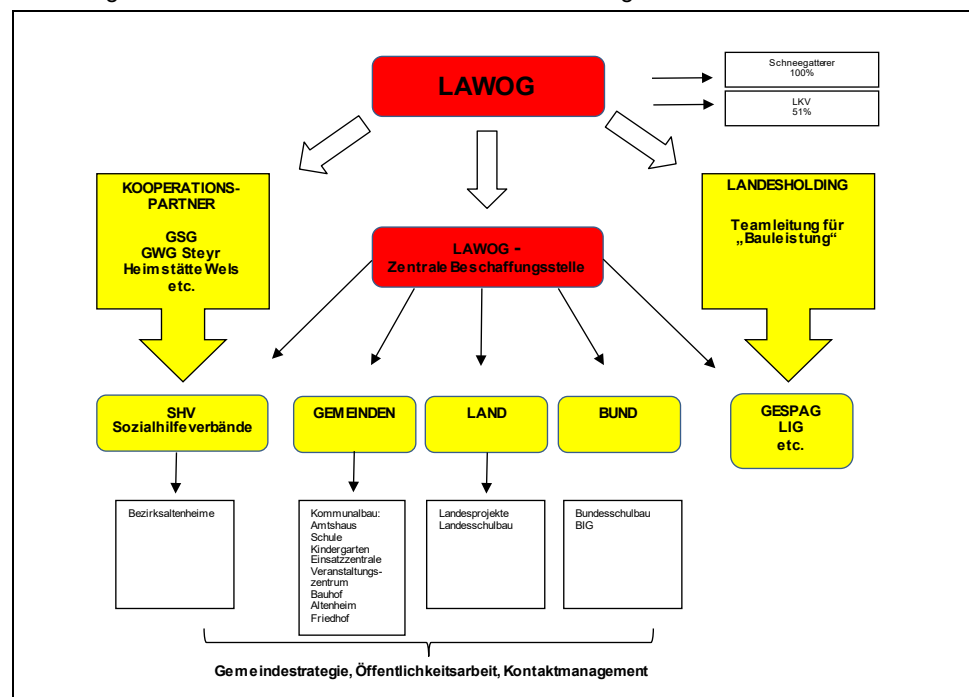
Als Bauherrn, welche nicht regelmäßig im großen Umfang Bauprojekte abwickeln, bedienen sich Gemeinden und Gemeindeverbände für jene Leistungen⁴², die sie selber – aufgrund von fehlendem Know-how oder fehlender Ressourcen – nicht wahrnehmen können, externer Experten.

Die Gebietskörperschaften entscheiden sich bei der Vergabe von delegierbaren (Bauherrn-)Leistungen oftmals dazu, Dienstleistungen entweder einzeln (z. B. an Ziviltechniker) zu vergeben oder das gesamte Projekt durch Generalunternehmer/Generalübernehmer oder Totalunternehmer abwickeln zu lassen.

Durch ihre langjährige Tätigkeit im Bereich des geförderten mehrgeschossigen Wohnbaus ist die LAWOG bereits seit vielen Jahren in den oberösterreichischen Gemeinden tätig. Ab den 1990er-Jahren hat sich auf Basis dieser Berührungspunkte und des Know-hows der LAWOG das von ihr angebotene „Baubetreuungsmodell“ entwickelt.

In der Aufsichtsratssitzung der LAWOG vom 25.9.2006 wurde dazu unter Punkt 8 der Tagesordnung nachfolgende Struktur zum „Strategiekonzept der LAWOG“ beschlossen:

Abbildung 1: Stakeholder – Struktur „Zentrale Beschaffungsstelle“



Quelle: LAWOG, aus Protokoll (S. 235) der AR-Sitzung vom 25.9.2006

Aus der Grafik ist ersichtlich, dass die LAWOG beschloss, als „Zentrale Beschaffungsstelle“ für Gemeinden und Gemeindeverbände sowie für das Land OÖ und den Bund tätig zu werden. Daneben wurde festgelegt, als

⁴² Solche delegierbaren (Bauherrn-)Leistungen können typischerweise die Planung, die Projektsteuerung, die örtliche Bauaufsicht, die Begleitende Kontrolle sein.

Kooperationspartner für die OÖ Landesholding GmbH (LAHO) und deren Tochterunternehmen tätig zu werden.

Das auf der Funktion einer Zentralen Beschaffungsstelle (zBSt) basierende Baubetreuungsmodell haben in Folge auch das Land OÖ und der Gemeindebund beworben und den Gemeinden und Gemeindeverbänden empfohlen. In Aussendungen⁴³ wurde zusätzlich auf ein weiteres Tätigkeitsfeld (Findung von Baubetreuern und Generalübernehmern) hingewiesen.

Von den 27 oberösterreichischen gemeinnützigen Bauvereinigungen (GBV) werden im größeren Ausmaß noch von sieben GBV Dienstleistungen⁴⁴ im kommunalen Bausektor erbracht.

Die LAWOG als Zentrale Beschaffungsstelle

9.1. Unter den 185⁴⁵ GBV in Österreich tritt die LAWOG als einzige gemeinnützige Bauvereinigung als „Zentrale Beschaffungsstelle“ (zBSt) auf und nimmt insofern eine Sonderstellung ein. In diesem Zusammenhang ist die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob die LAWOG als zBSt auftreten kann bzw. unter welchen Bedingungen ihr die Eigenschaft als zBSt zukommt.

Die LAWOG holte zur Frage, ob sie eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der europäischen Vergaberichtlinien darstellt, bereits im Jahr 1999 eine Auskunft der Europäischen Kommission⁴⁶ ein. Diese führte in ihrem Antwortschreiben aus, warum die LAWOG nach einer ersten Überprüfung als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der europäischen Vergaberichtlinien qualifiziert werden könne.

Ausgehend von dieser Information kam ein von der LAWOG beauftragter Rechtsgutachter im Jahr 2006⁴⁷ zur Ansicht, dass auf Seiten der LAWOG alle rechtlichen Voraussetzungen darunter auch die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber gegeben seien, um als zBSt fungieren zu können. Dieses Gutachten wurde verschiedenen Verwaltungseinheiten des Landes OÖ⁴⁸ zur Einschätzung vorgelegt und erörtert. Die zuständige Aufsichtsbehörde wurde – soweit dem LRH bekannt – mit dem Gutachten nicht befasst.

⁴³ Schreiben der LAWOG an das Amt der Oö. Landesregierung vom August 2018 „Unterstützung der Gemeinden und Gemeindeverbänden bei Bauvorhaben“.

⁴⁴ üblicherweise als Generalübernehmerleistungen

⁴⁵ Derzeit gibt es 185 gemeinnützige Bauvereinigungen in Österreich, davon 98 Genossenschaften, 77 Gesellschaften mit beschränkter Haftung und zehn Aktiengesellschaften. In Oberösterreich sind 27 Bauvereinigungen tätig.

Quelle: Verbandsstatistik 2017, Österreichischer Verband Gemeinnütziger Bauvereinigungen, Stand 31.12.2017

⁴⁶ Antwortschreiben der Generaldirektion Binnenmarkt vom 8.10.1999 zur Anfrage vom 1.9.1999 zum „vergaberechtlichen Status der staatlichen gemeinnützigen Bauvereinigungen im allgemeinen und der LAWOG im besonderen“.

⁴⁷ Gutachten vom 14.4.2006

⁴⁸ Verfassungsdienst, Sozialabteilung, Abteilung Gemeinden (IKD)

Sowohl der Verfassungsdienst des Landes OÖ als auch die Sozialabteilung⁴⁹ äußerten grundsätzlich keine Bedenken gegen die Tätigkeit als zBSt im Sinne des BVergG.

In weiteren Gutachten in den Jahren 2006 und 2018⁵⁰ aktualisierte und erhärtete der Gutachter seine Rechtsmeinung zur Rolle der LAWOG als zBSt.

- 9.2.** Der LRH stellt fest, dass die LAWOG seit vielen Jahren die Rechtsgrundlage ihrer Tätigkeit als zBSt beurteilt. Das Ergebnis dieser Überlegungen, nämlich dass die LAWOG grundsätzlich als zentrale Beschaffungsstelle tätig werden durfte, ist aus Sicht des LRH auf Basis seiner Untersuchungen zutreffend.

Zu dieser Fragestellung, insbesondere dazu, ob die LAWOG auch aktuell⁵¹ als zBSt tätig sein darf, holte der LRH ein Rechtsgutachten⁵² ein.

Der Gutachter führt dazu aus:

„Die LAWOG wurde zwar nicht – wie etwa die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) – von den (gemeinsam) beherrschenden Gebietskörperschaften zu dem Zweck gegründet, für diese Gebietskörperschaften zentrale Beschaffungsleistungen zu erbringen. Die LAWOG hat diese Tätigkeit aber aufgrund jeweils vertraglicher Beauftragung und damit nicht nur mit Duldung sondern mit Unterstützung dieser Gebietskörperschaften aufgenommen bzw. durchgeführt. Die einschlägige Intention der Gebietskörperschaften zeigt sich vielfältig, z. B. in der Information über die Möglichkeit, die LAWOG bei Beschaffungsvorgängen in Anspruch zu nehmen. Daraus kann im vorliegenden Zusammenhang – ebenso wie etwa bei der Gründung der BBG durch den Bund – der Wille der beherrschenden Gebietskörperschaften erschlossen werden, dass die LAWOG als zentrale Beschaffungsstelle tätig sein soll.

Aus dem Willen der Gebietskörperschaften, die LAWOG als zentrale Beschaffungsstelle einzurichten, der Beherrschung durch diese Gebietskörperschaften und der tatsächlichen Tätigkeit (ca. ab 2006)⁵³ der LAWOG als zentrale Beschaffungsstelle ist davon auszugehen, dass die LAWOG als öffentlicher Auftraggeber einzuordnen ist (darauf, ob die LAWOG als gemeinnützige, staatlich beherrschte Bauvereinigung von vorne herein öffentlicher Auftraggeber ist, was nach der Spruchpraxis zu verneinen wäre, kommt es bei dieser Sichtweise nicht an).

⁴⁹ Verf-3-070000/130 vom 18.5.2006 und Verf-3-070000/133 vom 1.8.2006, Gem-020410/209-2006; SO-030121/61-2007 vom 5.3.2007 im Rahmen der Errichtung von Alten- und Pflegeheimen

⁵⁰ Gutachten vom 12.8.2006 sowie vom 5.10.2018

⁵¹ Das Vergaberecht zeichnet sich als relative junge Rechtsmaterie dadurch aus, dass dafür die aktuelle Judikatur von besonderer Bedeutung ist; eine Analyse der Anwendbarkeit – insbesondere von Ausnahmetatbeständen – hat daher immer die aktuelle Judikatur mit einzuschließen, insofern ist die Heranziehung aktueller Rechtsgutachten, die diese Judikatur berücksichtigen, sinnvoll.

⁵² Gutachten eines o. Univ. Prof. für öffentliches Recht der WU Wien vom 28.1.2020

⁵³ Anmerkung des LRH: siehe Beschluss des Aufsichtsrats der LAWOG vom 25.9.2006

Auch wenn die LAWOG nicht schon durch ihre Tätigkeit als gemeinnützige Bauvereinigung als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist⁵⁴, kann sich die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber auch daraus ergeben, dass die LAWOG (immer schon) mit einschlägigen Beauftragungen als zentrale Beschaffungsstelle betraut wurde, womit sie – ihre staatliche Beherrschung unterstellt – unter diesem Gesichtspunkt als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist. In der Rechtsprechung ist diese Frage soweit zu sehen noch nicht behandelt worden.

Damit sprechen jedenfalls die besseren Argumente dafür, dass die LAWOG grundsätzlich als zentrale Beschaffungsstelle tätig sein darf, womit sie für ihre gesamte Tätigkeit dem Vergaberecht unterliegt.“

Auf Basis dieser rechtlichen Erwägungen geht der LRH bei seinen weiteren Prüfungsfeststellungen davon aus, dass die LAWOG als zBSt tätig sein darf. Hinsichtlich des festgestellten Informationsdefizits der Aufsichtsbehörde stellt der LRH fest, dass diese Kenntnis über die von der LAWOG beauftragten Gutachten hätte haben sollen.

- 9.3.** Die LAWOG begrüßt in ihrer Stellungnahme ausdrücklich die Feststellungen und Begründungen des LRH, dass sie seit 2006 und auch aktuell als „Zentrale Beschaffungsstelle“ tätig sein durfte bzw. weiterhin tätig sein darf. Bedeutsam erscheint auch der Hinweis, dass sich „das Vergaberecht als relativ junge Rechtsmaterie dadurch auszeichnet, dass dafür die aktuelle Judikatur von besonderer Bedeutung ist“. Dieser Hinweis gilt in besonderem Maß für die rechtlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeiten der LAWOG als „Zentrale Beschaffungsstelle“ für Gemeinden und Gemeindeverbände.

Konkrete zentrale Beschaffungstätigkeiten der LAWOG

(Rechtliche) Ausgangssituation

- 10.1.** Die LAWOG ist, da sie die Möglichkeit⁵⁵ als zBSt aufzutreten wahrnimmt, an die Regeln des BVergG 2018 für alle von ihr getätigten Vergaben gebunden.

Eine zBSt ist demnach ein öffentlicher Auftraggeber, der Waren oder Dienstleistungen für andere öffentliche Auftraggeber im eigenen Namen erwirbt oder Aufträge über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für andere öffentliche Auftraggeber in deren Namen vergibt und diese Tätigkeit nachhaltig d.h. regelmäßig ausübt.

Das BVergG 2018⁵⁶ sieht taxativ aufgezählte Ausnahmetatbestände vor, bei denen Aufträge an die zBSt vom Geltungsbereich des BVergG 2018 ausgenommen sind:

⁵⁴ Siehe dazu z. B. Landesverwaltungsgericht Vorarlberg vom 20.5.2015, RPA 2015, 388 f. Auch in einem Vergabenachprüfungsverfahren (siehe LVwG OÖ, GZ: LVwG-840187 vom 10.1.2020), in dem die LAWOG mitbeteiligte Partei war, wurde nach Kenntnis des LRH über die Eigenschaft der LAWOG als öffentlicher Auftraggeber nicht entschieden.

⁵⁵ Diese Voraussetzungen erfüllt die LAWOG – Berichtspunkt 9.

⁵⁶ Dies bezieht sich auf den zweiten Teil des BVergG 2018.

- Der Ausnahmetatbestand gemäß § 9 Abs. 1 Z 20 BVergG 2018 gilt nur für Lieferungen und Dienstleistungen. Hierbei tritt die zBSt als „Großhändler“ auf und beschafft aufgrund eines konkreten Bedarfs in einem ersten Schritt Lieferungen und Dienstleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. In einem zweiten Schritt werden diese an den bedarfstragenden öffentlichen Auftragnehmer „weiterverkauft“.
- Der Ausnahmetatbestand gemäß § 9 Abs. 1 Z 22 BVergG 2018 erfasst neben Lieferungen und Dienstleistungen auch Bauleistungen. Die zBSt tritt hierbei als „Vermittler“ auf. Die zBSt wird als Erfüllungsgehilfe des bedarfstragenden öffentlichen Auftraggebers tätig und beschafft im fremden Namen und auf fremde Rechnung.

Eine zBSt kann sohin als „Großhändler“ oder als „Vermittler“ auftreten – also nur eine oder auch beide der in § 9 Abs. 1 Z 20 und 22 BVergG 2018 genannten Tätigkeiten ausüben⁵⁷. Sie ist dabei an das Vergaberecht gebunden.

- 11.1.** Obwohl die LAWOG grundsätzlich – wie oben ausgeführt – als zBSt tätig sein darf, ist dadurch der vergaberechtlich zulässige Umfang ihrer Tätigkeit als zentraler Beschaffer noch nicht festgelegt. Die LAWOG hat bei ihren Leistungen für öffentliche Auftraggeber zu beachten, dass sie nur zentrale Beschaffungstätigkeiten (§ 2 Z 48 BVergG 2018) und damit allenfalls gekoppelte Nebenbeschaffungstätigkeiten (§ 2 Z 24 BVergG 2018) als zBSt erbringen darf.

Zentrale Beschaffungstätigkeiten sind gemäß § 2 Z 48 BVergG 2018 „folgende auf Dauer für Auftraggeber [...] durchgeführte Tätigkeiten:

- a) der Erwerb von Waren oder Dienstleistungen oder
- b) die Vergabe von Aufträgen oder der Abschluss von Rahmenvereinbarungen“.

Hinsichtlich des Umfangs der Tätigkeiten zentraler Beschaffungsstellen legen die Regelungen⁵⁸ des BVergG 2018 fest, dass diese zentralen Beschaffungstätigkeiten, gegebenenfalls zusammen mit einer Nebenbeschaffungstätigkeit, ausüben dürfen.

Nebenbeschaffungstätigkeiten sind gemäß § 2 Z 24 BVergG 2018 „Tätigkeiten zur Unterstützung von Beschaffungstätigkeiten, wie insbesondere

- a) die Bereitstellung technischer Infrastruktur, die es dem Auftraggeber ermöglicht, Aufträge zu vergeben oder Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen abzuschließen, oder
- b) die Beratung zur Ausführung oder Planung von Vergabeverfahren, oder
- c) die Vorbereitung und Betreuung von Vergabeverfahren im Namen des betreffenden Auftraggebers“.

⁵⁷ Vgl. ErlRV 69 BlgNR 26 zu § 2 Z 47 BVergG 2018, Seite 17; Fruhmann zu § 2 Z 48 BVergG 2006 in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Rz 10.

⁵⁸ Vgl. ErlRV 69 BlgNR 26 zu §§ 2 Z 48, 9 Z 20, 9 Z 22 BVergG 2018.

12.1. Der LAWOG wird von ihren Auftraggebern (z. B. Gemeinden als Bauherrn) im Regelfall die Betreuung des gegenständlichen Bauvorhabens übertragen⁵⁹. In den vom LRH für die Prüfung ausgewählten Baubetreuungsverträgen „übernahm die LAWOG insbesondere nachstehende Leistungen“ bzw. „wurden diese zusätzlich vereinbart“:

- Vorentwurf
- Entwurf
- Einreichung
- Kostenberechnungsgrundlage
 - (1) Angebotserstellung für alle Bau- und Professionistenarbeiten
 - (2) Erstellung eines Finanzierungsplanes
 - (3) Berechnung des Betreuungshonorars
- Ausführungs- und Detailzeichnungen (Polier- und Detailplanung)
- Generalplanung⁶⁰
- künstlerische sowie technische und geschäftliche Oberleitung der Bauausführung (TGO)
- örtliche Bauaufsicht (ÖBA)
- Begleitung des Bauherrn bei Verhandlungen
- Kostenverfolgung
- Bauzeitplanung
- Planungs- und Baustellenkoordination
- Endabrechnung des Bauvorhabens

Vertraglich wurde weiters vereinbart, dass die LAWOG „alle erforderlichen Arbeiten und Leistungen“ ausschreibt und „entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idgF im Namen und auf Rechnung des Bauherrn“ vergibt.

Die LAWOG erbrachte aber folgende Teile der aufgezählten Leistungen für die öffentlichen Auftraggeber selbst:

- Generalplanung
- künstlerische sowie technische und geschäftliche Oberleitung der Bauausführung (TGO)
- örtliche Bauaufsicht (ÖBA)
- Begleitung des Bauherrn bei Verhandlungen
- Kostenverfolgung
- Endabrechnung des Bauvorhabens

⁵⁹ Zur konkreten Ausgestaltung von Verträgen durch die LAWOG (Berichtspunkt 15).

⁶⁰ wurde unter Kapitel V.3. des Betreuungsvertrages zusätzlich vereinbart

Der Gutachter, den die LAWOG mit der Erstellung verschiedener Rechtsgutachten (Berichtspunkt 9) beauftragt hatte, berät die LAWOG auch aktuell in vergaberechtlichen Belangen. Er, sowie die Geschäftsführung der LAWOG, führten in Zusammenhang mit der Selbst-Erbringung dieser Leistungen den selbstdefinierten Begriff der „Eigenleistungen“ ein. Diese seien – ihrer Auffassung nach – Leistungen die erforderlich sind, um überhaupt die Beschaffung zu ermöglichen und damit untrennbar mit dem Beschaffungsvorgang verbunden. Die LAWOG argumentiert weiter, dass bei der Beschaffung von Bauwerken durch eine zBSt eine besondere Art der Qualitätskontrolle zweckmäßig und notwendig sei, die zwingend in Form der ÖBA als „Eigenleistung“ von der zentralen Beschaffungsstelle selber zu erbringen sei. Auf Basis dieser Rechtsmeinung hat die LAWOG im Rahmen von Baubetreuungsverträgen die Leistungen selbst erbracht. Dabei erklärte die LAWOG – auch gegenüber dem LRH – ausdrücklich, dass es sich bei ihren „Eigenleistungen“ nicht um Nebenbeschaffungstätigkeiten im Sinne des BVergG 2018 handelt, sondern um im BVergG 2018 nicht explizit normierte Leistungen.

- 12.2.** Aus vergaberechtlicher Sicht ist die Beschaffung aller aufgezählten Leistungen durch eine zBSt (konkret die LAWOG) für einen Bauherrn am Markt grundsätzlich unproblematisch. Die von der LAWOG selbst erbrachten „Eigenleistungen“ wurden aber auf keiner Ebene des Beschaffungsvorgangs⁶¹ am Markt einem Wettbewerb unterworfen. In der Wirkung entsprach dieser Vorgang einer „Selbst-Beauftragung“.

Grundsätzlich hat im Vergaberecht derjenige, der sich auf einen Ausnahmetatbestand beruft, darzulegen, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen. Der LRH hält fest, dass der Ausnahmetatbestand gemäß § 9 Abs. 1 Z 22 BVergG 2018 nur Nebenbeschaffungstätigkeiten, die in engem akzessorischem Zusammenhang mit den von der zBSt zu beschaffenden Leistungen (also Leistungen, die typischerweise zusammengehören) stehen, umfasst. Wie unter Berichtspunkt 11 angeführt, definiert § 2 Z 24 BVergG 2018 Inhalt und Umfang dieser Leistungen⁶². Damit können keinesfalls Leistungen, die typischerweise als gesonderte Leistungen auf dem Markt angeboten werden und im Verhältnis zu den ausgeschriebenen Leistungen einen nicht nur geringen Wert aufweisen, unter die Nebenbeschaffungstätigkeiten subsumiert werden.

Bei einem Großteil jener Leistungen, die von der LAWOG als „Eigenleistung“ selber erbracht wurden, handelte es sich um technische (Dienst-)Leistungen (z. B. ÖBA, TGO, Kostenverfolgung, Generalplanung). Diese Leistungen sind von anderen für die Abwicklung eines Bauprojekts erforderlichen Leistungen trennbar und werden typischerweise als gesonderte (Dienst-)Leistungen unter Einhaltung des Wettbewerbs am Markt beschafft. Damit bestand kein enger inhaltlicher akzessorischer Zusammenhang mit den von der zBSt zu beschaffenden Leistungen.

⁶¹ weder im Verhältnis Bauherrn zu LAWOG noch im Verhältnis der LAWOG zu Dritten

⁶² In den Kommentaren zum BVergG 2006 wird noch zusätzlich ausgeführt, dass diese Nebenbeschaffungstätigkeiten wertmäßig vernachlässigbar sein müssen. Vgl. Fruhmann zu § 10 BVergG 2006 in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Rz 367, 368.

Daneben ist auch die zeitliche Komponente zu beachten. Die Beendigung des eigentlichen Vergabeverfahrens (hier mit der Beschaffung der Bauleistungen) ist ein Indikator dafür, dass die Leistungen der zBSt grundsätzlich abgeschlossen sind. Ein Großteil der von der LAWOG erbrachten Leistungen fand aber erst zu einem späteren Zeitpunkt statt.

Aus Sicht des LRH erfüllten zahlreiche von der LAWOG erbrachte Leistungen nicht die Kriterien, die an Nebenbeschaffungstätigkeiten gestellt werden. Es ist daher nachvollziehbar, dass die LAWOG sie nicht mit dem Vorliegen von Nebenbeschaffungstätigkeiten begründet. Allerdings findet sich für die von der LAWOG argumentierte Erbringung von „Eigenleistungen“ kein Ausnahmetatbestand im BVergG 2018.

Die Grenzen des Vergaberechts (für eine zBSt) sind aus Sicht des LRH jedenfalls dort erreicht, wo die Erbringung von (Dienst-)Leistungen (bei denen es sich nicht um Nebenbeschaffungstätigkeiten oder Leistungen handelt, die sich nicht von der Beschaffungsleistung trennen lassen) über das für die Beschaffung notwendige Ausmaß hinausgeht und die in keinem akzessorischen Zusammenhang mit der zu beschaffenden Leistung mehr stehen.

Die LAWOG sollte daher bei zukünftigen Verträgen einen strengen Maßstab hinsichtlich der Vereinbarung und Erbringungen von Eigenleistungen anlegen und die Grenzen der Ausnahmetatbestände des BVergG 2018 beachten. Es ist keinesfalls Sinn und Zweck einer zBSt, Leistungen selbst zu erbringen, um diese damit vollständig dem Wettbewerb zu entziehen.

Entscheidung des Oö. Landesverwaltungsgerichts

- 13.1.** Im Prüfungszeitraum der gegenständlichen LRH-Prüfung entschied das Landesverwaltungsgericht OÖ (LVwG OÖ) über einen Feststellungsantrag⁶³, indem es einen Baubetreuungsvertrag der LAWOG mit einer Gemeinde zur Gänze für nichtig erklärte.

Sachverhalt war, dass die LAWOG im Rahmen der Baubetreuung für den Bau eines Kindergartens für eine Gemeinde fast das gesamte bauliche Leistungsbild⁶⁴ übernommen hatte. Wesentliche Teile dieser „Eigenleistungen“ (auch ÖBA und TGO, Kostenverfolgung und Endabrechnung) sollen vertragsgemäß erst während der Errichtungsphase – also nach Zuschlagserteilung erbracht werden.

Das LVwG OÖ folgte nicht der Argumentation der LAWOG. Diese bestand im Wesentlichen darin, dass die LAWOG die ÖBA selbst durchführe, weil sie ihrem Auftraggeber ein mangelfreies Bauwerk „schulde“; daher sei eine Qualitätskontrolle unerlässlich. Diese sei erforderlich, um die Beschaffung zu ermöglichen.

⁶³ öffentliche mündliche Verhandlung vom 10.1.2020, LVwG - 840187/30

⁶⁴ Leistungsmodelle für Ziviltechniker, vormals Honorarleitlinie für Architekten (HOA 2002)

Dieser Sachverhalt ist kein Einzelfall: Auch in den vom LRH ausgewählten Projekten enden die „Eigenleistungen“ erst bis zu drei Jahre nach der Vergabe der Bauleistungen mit der Projektübergabe (d.h. faktisch noch später mit Ablauf der Gewährleistungsfrist).

- 13.2.** Obwohl in der Entscheidung des LVwG OÖ ausdrücklich die Möglichkeit einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof (VwGH) eingeräumt wurde, erklärte die LAWOG gegenüber dem LRH ausdrücklich, kein Rechtsmittel einzulegen⁶⁵.

Das LVwG OÖ bestätigte mit seiner Entscheidung die Sichtweise des LRH. Demnach sind die von der LAWOG selbst erbrachten Leistungen – laut dem konkreten Fall jedenfalls jene der ÖBA – nicht von den Ausnahmetatbeständen der Beschaffung über eine zentrale Beschaffungsstelle erfasst und unterliegen daher grundsätzlich der Ausschreibungspflicht. Aus Sicht des LRH ist derzeit keine Konstellation denkbar, bei der die LAWOG als zBSt die ÖBA in Form einer „Eigenleistung“ erbringt.

Soweit die weiteren von der LAWOG selbst erbrachten „Eigenleistungen“ (TGO, Kostenverfolgung, Endabrechnung) über Koordinationsleistungen für den eigentlichen Beschaffungsvorgang hinausgehen, sind diese aus Sicht des LRH – wie in Berichtspunkt 12 dargestellt – ebenfalls nicht von den Ausnahmetatbeständen „zentrale Beschaffungsstelle“ gedeckt.

- 14.1.** Die Aufhebung des konkreten Baubetreuungsvertrags durch das LVwG OÖ entfaltet keine unmittelbare rechtliche Auswirkung auf andere Verträge. Aus Sicht der LAWOG stellt die Aufhebung des Vertrags durch das LVwG OÖ vorerst eine Einzelentscheidung dar. Im Zuge seiner Erhebungen wurde dem LRH bekanntgegeben, dass die LAWOG aktuell an der Behebung der Aufhebungsgründe arbeitet; eine komplette Überarbeitung des Baubetreuungsvertrages soll folgen.

- 14.2.** Die Entscheidung des LVwG OÖ hat aus Sicht des LRH Relevanz für alle Baubetreuungsverträge der LAWOG. Sowohl, weil die LAWOG damit rechnen muss, in gleichgelagerten Fällen mit Feststellungsanträgen konfrontiert zu werden, als auch, weil der zentralen Argumentation der LAWOG nicht gefolgt wurde.

Das offensichtlich entscheidende Kriterium – der Umfang der selbst erbrachten (Dienst-)Leistungen im Rahmen der zentralen Beschaffungstätigkeit – ist, wie die weiteren vom LRH erhobenen Fälle sowie deren vertraglichen Grundlagen zeigten, bei vielen Baubetreuungsverträgen zu hinterfragen.

Der LRH empfiehlt daher der LAWOG, dass sie, abgesehen von der rechtlichen Sanierung des betroffenen Vertrags, einen neuen mit dem Vergaberecht im Einklang stehenden Mustervertrag für zukünftige Geschäfte erarbeitet. Dabei wären die vom LVwG OÖ dargelegten rechtlichen Erwägungen zu berücksichtigen.

- 14.3.** Laut ihrer Stellungnahme hat die LAWOG seit 1994 alle Änderungen von Gesetzgebung und Judikatur nachvollzogen und ist gerade dabei, die kürzlich ergangene Entscheidung des LVwG OÖ vom 10. Jänner 2020

⁶⁵ Die Rechtsmittelfrist ist zum Prüfungszeitpunkt noch offen.

(LVwG-840187/30) und die in diesem Zusammenhang ergangenen Empfehlungen des LRH für die weitere Tätigkeit als „Zentrale Beschaffungsstelle“ entsprechend umzusetzen. Dazu zählt auch die Erarbeitung eines neuen Musters für einen künftigen „Beschaffungsvertrag“ mit strengeren Maßstäben hinsichtlich der Vereinbarung und Erbringung von Eigenleistungen.

Zur Vermeidung von Missverständnissen wird darauf hingewiesen, dass die LAWOG von einer vom LVwG OÖ ausdrücklich für zulässig erklärten Revision beim Verwaltungsgerichtshof noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist Abstand genommen hat, um das Bauvorhaben in der betroffenen Gemeinde wegen der zu erwartenden Verfahrensdauer nicht zu verzögern.

- 14.4.** Aus Sicht des LRH teilt die LAWOG nunmehr die in der Entscheidung des LVwG OÖ getroffene rechtliche Beurteilung. Sie hat daher ihre zukünftige Tätigkeit danach auszurichten.

Zusätzliche Mängel bei Verträgen, bei der Dokumentation und bei der Kommunikation

- 15.1.** Die LAWOG verwendet bei der Übernahme einer Baubetreuung seit vielen Jahren weitgehend unveränderte Baubetreuungsverträge. Ein Hinweis⁶⁶, dass die LAWOG als zBSt beauftragt wird, findet sich darin nicht. Durch die von den Vertragspartnern gewählte Formulierung: „überträgt die Betreuung dieses Vorhabens und erbringt folgende Leistungen“ ist nicht klar definiert, in welcher Form die LAWOG tätig wird. Dadurch kommt es – insbesondere in der Kommunikation mit den Gemeinden sowie bei deren Beschlussfassung in ihren Gremien – wiederholt zu missverständlichen Interpretationen⁶⁷ bei der Beauftragung der LAWOG.

Bei den vom LRH ausgewählten Bauprojekten und bei den laufenden Verträgen lagen meist keine schriftlichen Dokumentationen der Begründungen für das Bestehen eines Ausnahmetatbestandes gemäß BVergG 2018 vor. Auch aus den zur Zeit der Prüfung des LRH vorliegenden Informationsbroschüren der LAWOG⁶⁸ war nicht eindeutig ablesbar, in welcher Rolle die LAWOG die beschriebenen Leistungen erbringt; eine klare Differenzierung z. B. zwischen der „Findung von Baubetreuern“ und der „kostenbewussten Steuerung zur Vermeidung von Kostenerhöhungen“ findet sich darin nicht.

- 15.2.** Aus Sicht des LRH ist es unumgänglich, dass die Vertragswerke neben dem Leistungsumfang auch den zugrundeliegenden vergaberechtlichen Rahmen (Vergabevermerk⁶⁹) für alle Vertragsparteien erkennbar und klar verständlich wiedergeben. Er empfiehlt der LAWOG, die Vertragswerke dahingehend zu adaptieren. Dies wäre im Zusammenhang mit den vergaberechtlich notwendigen Anpassungen durchzuführen.

⁶⁶ Im Rechtsgutachten (Anhang II) vom April 2006 wird angeregt, entsprechende Vertragsklauseln bei der Beauftragung der LAWOG als zentrale Beschaffungsstelle in den Vertragswerken anzuführen.

⁶⁷ z. B. eine Vermengung der vergaberechtlichen Begründungen bei Beauftragungen der LAWOG durch die Gemeinden

⁶⁸ Info-Broschüre „Unterstützung der Gemeinden und Gemeindeverbände bei Bauvorhaben“ vom August 2018

⁶⁹ § 147 Abs. BVergG 2018

Wenn zukünftig für weitere Tätigkeitsbereiche (zBSt/Generalübernehmer) Informationsmaterial an Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Verfügung gestellt werden soll, sollte dieses ebenfalls mit den neuen Betreuungsverträgen abgestimmt sein und die Rechtsgrundlagen präzise darstellen.

15.3. Die LAWOG teilt in ihrer Stellungnahme mit, dass sie die Empfehlungen des LRH betreffend die Gestaltung des Informationsmaterials für Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Dokumentation der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bei ihrer künftigen Beschaffungstätigkeit berücksichtigen wird.

16.1. Für öffentliche Auftraggeber normieren die § 9 Abs. 2 sowie § 10 Abs. 6 BVergG 2018 eine spezifische Dokumentationspflicht (Berichtspunkt 17 bis 20). Demnach sind die maßgeblichen Gründe, warum ein Vergabeverfahren gemäß § 9 oder § 10 BVergG 2018 von der Anwendung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen ist, schriftlich festzuhalten. Darüber hinaus ist die Dokumentation ganz allgemein für Verfahren, wie Vertragsverletzungsverfahren oder Vergabekontrollverfahren, sowie auch für externe Überprüfungen von großer Bedeutung.

In den geprüften Fällen konnten derartige schriftliche Begründungen für das Bestehen der Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Geltung des BVergG 2018 nicht vorgelegt werden.

Der LRH empfiehlt der LAWOG, künftig die rechtlichen Grundlagen für Vergabeentscheidungen oder Vertragsregelungen nachvollziehbar zu dokumentieren.

Tätigkeiten der LAWOG im Rahmen von In-House Vergaben

Vertikale In-House-Beauftragung

17.1. Der Grundsatz, wonach ein Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers dem Vergaberecht unterliegt, gilt in der Regel auch dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen anderen öffentlichen Auftraggeber beauftragt. Unter bestimmten Voraussetzungen darf eine solche Beauftragung allerdings ausschreibungsfrei im Wege der sogenannten In-House-Ausnahme erfolgen. Öffentlichen Auftraggebern ist es nämlich freigestellt, ob sie ihren Beschaffungsbedarf durch eigene Dienststellen decken oder die benötigten Leistungen am Markt unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben beziehen.

Voraussetzung für das Vorliegen einer solchen „eigenen Dienststelle“ ist freilich eine Einschränkung des Handlungsspielraums und eine Ausrichtung der Tätigkeit der Gesellschaft (Interessengleichklang) auf den Beschaffungsbedarf des beauftragenden öffentlichen Auftraggebers. Die In-House-Ausnahme ist in § 10 BVergG 2018 geregelt. Damit wurde die Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt und die vom EuGH aufgestellten Kriterien zur In-House-Ausnahme⁷⁰ kodifiziert und modifiziert. Auch künftig wird die

⁷⁰ Siehe z. B. die Leitentscheidung EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98, Teckal. Weitere Präzisierung des „Kontrollkriteriums“ und des „Wesentlichkeitskriteriums“ erfolgte in der Folgejudikatur vor allem durch: EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, Stadt Halle; EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, Stadt Mödling; EuGH

Rechtsprechung des EuGH maßgeblich für die Auslegung der In-House-Bestimmungen sein⁷¹.

Das BVergG 2018 gilt gemäß seinem § 10 Abs. 1 Z 1 nicht „für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt:

- über den der öffentliche Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen,
- sofern mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und
- keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität.“

Für eine vergabefreie In-House-Beauftragung müssen sämtliche der definierten Kriterien vorliegen.

Der Begriff der In-House-Ausnahme erfasst auch Fälle, in denen mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam eine ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben. In diesen Fällen kann zwar ein öffentlicher Auftraggeber allein keine Kontrolle ausüben, jedoch gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern. Auch diese Konstellation ist nach § 10 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 vergabefrei.

Anwendung der vertikalen In-House-Kriterien auf die LAWOG

18.1. Bei den in den Berichtspunkten 10 bis 15 geschilderten Aufträgen der LAWOG stützte sich diese ausschließlich auf ihre Funktion als zBSt.⁷² Der LRH stellte aber in seiner Prüfung fest, dass sich die LAWOG mit der Anbahnung bzw. dem Abschluss von Verträgen beschäftigt, bei denen verschiedene In-House Beauftragungen überlegt wurden. Bereits im Rahmen der gutachterlichen Stellungnahme 2018⁷³ wurden sowohl die Möglichkeiten einer In-House Vergabe nach § 10 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 (vertikale In-House-Vergabe) als auch die Möglichkeit einer direkten Beauftragung durch eine Schwestergesellschaft in der LAHO (horizontale In-House-Vergabe) von der LAWOG untersucht. Der beauftragte Gutachter kam zum Schluss, dass die LAWOG von ihren Genossenschaffern (u.a. Gemeinden), die öffentliche Auftraggeber sind, In-House beauftragt werden könne, eine „horizontale In-House-Vergabe“ hingegen für die

13.10.2005, Rs C-458/03, Parkring Brixen; EuGH 11.5.2006, Rs C-340/04, Carbotermo; EuGH 29.11.2012, Rs. C182/11 und C183/11, Econord; Zuletzt EuGH 8.12.2016, Rs C-553/15, Undis Servizi.

⁷¹ ErlRV 69 BlgNr XXVI GP, S 40: „die Auslegung des § 10 [hat] strikt der (auch zukünftigen) Judikatur des EuGH zu folgen“.

⁷² In dem in Berichtspunkt 13 genannten Feststellungsverfahren vor dem LVwG OÖ wurde das Vorbringen, dass es sich beim gegenständlichen Betreuungsvertrag um einen Auftrag im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 (also ein In-House Geschäft) handle, von der LAWOG zurückgezogen.

⁷³ Stellungnahme „Zum vergaberechtlichen Status der LAWOG nach dem BVergG 2018“ vom 5.10.2018

Erteilung öffentlicher Aufträge (zumindest unter Einbeziehung der gewünschten Gesellschaften als Auftraggeber) nicht in Anspruch genommen werden könne.

In Hinblick auf die nicht zutreffenden vergaberechtlichen Einschätzungen der LAWOG betreffend die Inhalte der Baubetreuungsverträge und wegen der Überlegungen der LAWOG, In-House Ausnahmen in Verträgen geltend zu machen, erachtete es der LRH für zweckmäßig, zur Beurteilung der Voraussetzungen von In-House-Beauftragungen der LAWOG ein Rechtsgutachten einzuholen. Ziel des Gutachtens war nicht, alle denkmöglichen Konstellationen auf vergaberechtliche Konformität zu prüfen, sondern vergaberechtlich jedenfalls relevante Grenzen aufzuzeigen. Dies bezieht sich sowohl auf die Situation, dass Gemeinden (als Genossenschafter der LAWOG) oder andere Unternehmen (z. B. Schwestergesellschaften⁷⁴ der LAWOG innerhalb der LAHO) als Auftraggeber auftreten.

- 18.2.** Die Beweislast dafür, dass außergewöhnliche, einen Ausnahmetatbestand gemäß BVergG 2018 erfüllende Umstände vorliegen, trifft nach ständiger Rechtsprechung denjenigen, der sich auf die Ausnahme berufen will. Demnach sind vor einer Inanspruchnahme der Ausnahme die Voraussetzungen rechtlich zu prüfen. Diese müssen grundsätzlich bis zur vollständigen Abwicklung des Auftrages oder der Kooperation erfüllt sein.⁷⁵

Zusammenfassend weist der LRH auf folgende Problemstellungen in Bezug auf die Voraussetzung gemäß §10 Abs. 1 Z 1 und Z 3 hin:

- Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der Genossenschafter
Durch die Zusammensetzung ihrer Gremien (Generalversammlung, Aufsichtsrat) und deren Bestellung⁷⁶ besitzen einzelne Gemeinden oder sonstige Mitglieder in rechtlicher Hinsicht keine über ihr Stimmrecht hinausgehende Einflussnahme auf die Zusammensetzung dieser Gremien.

Im Ergebnis beschränkt dies die Möglichkeit der Einflussnahme beispielsweise einer einzelnen Gemeinde, die über einen einzelnen Genossenschaftsanteil verfügt, darauf, in der Generalversammlung von ihrem Stimmrecht (dem ein Gewicht von 1/394.158 zukommt) Gebrauch zu machen.

Vergaberechtlich relevant (und damit schädlich) wäre auch, wenn der kontrollierte Rechtsträger bzw. dessen privater Genossenschafter Interessen verfolgen, die den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern zuwiderlaufen.

⁷⁴ Berichtspunkt 20

⁷⁵ vgl. ErlRV 69 BlgNr XXVI GP, S 41

⁷⁶ Bei der Zusammensetzung der Generalversammlung (GV) hat die Oö. Landesregierung ein Vorschlagsrecht für mindestens ein Vorstandsmitglied und mindestens zwei Aufsichtsratsmitglieder, bei der Bestellung des Aufsichtsrates (AR) verfügen – nach Auskünften der LAWOG – jeweils das Land OÖ, der Städtebund und der Gemeindebund über ein „Vorschlagsrecht“ für jeweils vier Mitglieder des Aufsichtsrates. Rechtsverbindliche Vorgaben bzw. Vereinbarungen bestehen diesbezüglich jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Es sind dem LRH auch keinerlei Stimmbindungsverträge zwischen oder andere Mitwirkungsmöglichkeiten einzelner Genossenschafter an der LAWOG (insbesondere auch nicht in Hinblick auf einzelne Gemeinden) bekannt bzw. bestehen solche nach eigener Aussage der LAWOG nicht.

Aus Sicht des LRH sind mangels konkret ersichtlicher Einflussmöglichkeiten keine entsprechenden Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten einzelner beteiligter Gemeinden erkennbar. Sie können daher nach seiner Auffassung keinen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausüben.

Eine gemäß § 10 Abs. 2 BVergG 2018 erforderliche gemeinsame Kontrolle⁷⁷ – ähnlich wie über eigene Dienststellen – durch die an der LAWOG beteiligten öffentlichen Auftraggeber liegt daher aus Sicht des LRH nicht vor.

- **Wesentlichkeits- / Tätigkeitskriterium**
Die LAWOG hat in den letzten drei Geschäftsjahren deutlich weniger als 80 Prozent ihres Umsatzes mit der Abwicklung von Bauprojekten für die sie (allenfalls) kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erzielt. Umgekehrt bedeutet dies, dass die LAWOG deutlich mehr als 20 Prozent ihres Umsatzes mit Tätigkeiten, wie beispielsweise der Hausbewirtschaftung, dem geförderten Wohnbau, Sanierungen oder Grundstücksverkäufen für Dritte erzielte.

Die dabei erforderliche Voraussetzung dass „mindestens 80 Prozent der Tätigkeiten“ der LAWOG der Ausführung von Leistungen dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern, die (einschließlich der LAHO) ihre Genossenschafter sind, beauftragt worden ist, konnte die LAWOG aus Sicht des LRH zudem nicht belegen. Die LAWOG nimmt zwar Wohnbauprojekte u.a. auch dann in Angriff, wenn ein konkreter Bedarf in einer Gemeinde festgestellt und entsprechende Förderungen zugesagt werden. Dennoch ist es in der freien Entscheidung der LAWOG, derartige Wohnbauprojekte – im eigenen Namen und auf eigenes Risiko – durchzuführen.

Aus Sicht des LRH ist daher auch dieses Kriterium nicht erfüllt.

- **Keine direkte private Kapitalbeteiligung (am kontrollierten Rechtsträger)**
Nach der Rechtsprechung ist entscheidend, dass bei der Erteilung des fraglichen Auftrages tatsächlich keine Beteiligung Privater besteht.⁷⁸ Wesentlich ist nach den Materialien⁷⁹, ob ein Anteilseigner oder Gesellschafter ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht. Alle Genossenschafter⁸⁰ der LAWOG müssten daher öffentliche Auftraggeber im Sinn des BVergG 2018 sein. Auf eine bestimmte gesellschafts- oder vermögensrechtliche Verbindung kommt es dabei nicht an.⁸¹

⁷⁷ Es ist fraglich, ob beispielsweise eine einzelne Gemeinde „gemeinsam“ mit anderen Genossenschaf tern der LAWOG einen ausschlaggebenden Einfluss bzw. Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten über die strategischen Ziele sowie hinsichtlich wesentlicher Geschäfte und Unternehmensentscheidungen der LAWOG ausüben kann.

⁷⁸ EuGH 19.6.2014, Rs C-574/12, SUCH Rz 43, es war nach dem EuGH in diesem Fall grundsätzlich ohne Belang, dass nach der Satzung die Möglichkeit bestand, privatrechtliche Einrichtungen als Mitglieder zuzulassen.

⁷⁹ EBRV 69 BlgNR XXVI Seite 41

⁸⁰ Abgesehen von den ausdrücklich (gesetzlich) für zulässig erklärten Beteiligungen. Um solche handelt es sich – nach Ansicht des LRH – im Fall der LAWOG nicht.

⁸¹ ebenso EBRV 69 BlgNR XXVI Seite 41

In der LAWOG gibt es unzweifelhaft private Genossenschafter⁸², die Genossenschaftsanteile der LAWOG halten. Wenngleich die Höhe dieser Beteiligung niedrig ist, liegt aber zu dieser Frage doch eine in diesem Sinne strenge ständige Rechtsprechung des EuGH⁸³ vor. Der LRH beurteilt daher auch dieses Kriterium als nicht erfüllt.

Nach Prüfung und Beurteilung der vorliegenden Rahmenbedingungen, liegen aus Sicht des LRH die Voraussetzungen der In-House-Ausnahme gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 oder 3 BVergG 2018 nicht vor.

Horizontale In-House-Beauftragung (In-House-Schwesternvergabe)

19.1. Seit der Neuregelung des § 10 Abs. 1 Z 2 lit b BVergG 2018 ist die vergabefreie direkte Beauftragung (horizontale In-House-Vergabe) zwischen Schwestergesellschaften möglich. Dieser Regelung zufolge gilt das BVergG 2018 nicht

- „für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber, der Rechtsträger gemäß § 4 Z 1 BVergG 2018 ist,
- an einen anderen von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträger vergibt, sofern an diesem Rechtsträger keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die jeweils in Übereinstimmung mit dem AEUV durch gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss vermitteln.“

Anwendung der horizontalen In-House-Kriterien auf die LAWOG

20.1. Im November 2019 hat die LAWOG – nach jahrelangen Vorgesprächen – eine Rahmenvereinbarung⁸⁴ mit der Oberösterreichische Gesundheitsholding GmbH (OÖG) über eine projektbezogene Kooperation bei der Realisierung von Bauvorhaben der OÖG abgeschlossen. Dieser Vertrag nimmt auf den Ausnahmetatbestand der In-House-Vergabe Bezug und verweist auf die Eigenschaft der LAWOG als zBSt. Die LAWOG erklärte gegenüber dem LRH, dass aus diesem Rahmenvertrag bisher keine Leistungen abgerufen wurden.

Eine In-House-Schwesternvergabe ist nur möglich, wenn sowohl die LAWOG als auch die Schwestergesellschaft von einer gemeinsamen „Mutter“ kontrolliert werden⁸⁵.

⁸² Mitglieder der ehemaligen „Danubia“ Gemeinnützige Wohnbau- und Siedlungsgenossenschaft GmbH sowie die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.

⁸³ z. B. EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, Stadt Halle Rz 49; EuGH 13.11.2008, C-324/07, Coditel, Rz 30 oder EuGH 19.6.2014, Rs C-574/12, SUCH Rz 40 f

⁸⁴ Rahmenvereinbarung OÖG – LAWOG, in der Fassung vom 3.9.2019, unterfertigt am 11.11.2019

⁸⁵ z. B. Ziekow, NZBau 2015, 262 mwN: beide kontrollierten juristischen Personen müssen das Wesentlichkeitskriterium betreffend den gemeinsamen kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erfüllen

Zusätzlich ist zu prüfen⁸⁶, ob die LAWOG mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeit für den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erbringt.⁸⁷

Als weiteres Kriterium der In-House-Ausnahme darf kein Privater⁸⁸ direkt an einem der potentiellen Vertragspartner beteiligt sein. Somit müssten alle Genossenschafter der LAWOG öffentliche Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018 sein.

- 20.2.** Aus dem Abschluss des Rahmenvertrags mit der OÖG geht für den LRH hervor, dass die LAWOG In-House-Leistungen für diese erbringen will. Dabei ist aus Sicht des LRH zu beachten, dass keines der notwendigen Kriterien für das Vorliegen einer „horizontalen In-House-Situation“ erfüllt ist, und damit für Leistungen aus dem Rahmenvertrag keine horizontale In-House-Ausnahme gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 lit b BVergG 2018 vorliegt.

Der LRH empfiehlt dem Land OÖ bzw. der LAHO, den Rahmenvertrag zwischen der OÖG und der LAWOG aufsichts- und vergaberechtlich zu prüfen.

- 20.3.** Die LAWOG schließt sich in ihrer Stellungnahme den Feststellungen des LRH zum Themenbereich der „Tätigkeiten der LAWOG im Rahmen von In-House Vergaben“ an, weist aber darauf hin, dass die vom LRH aufgezeigten „Problemzonen“ der Ausnahmebestimmungen für vertikale und horizontale Auftragsvergaben (Kontrollmöglichkeit, Wesentlichkeitskriterium und in private Kapitalbeteiligung) bisher nicht ausjudiziert sind. Es gebe z.B. keine Hinweise, warum die Judikatur des EuGH in der Rechtssache Asemfo/TRAGSA nicht auf die gemeinsame Kontrolle durch die Genossenschafter der LAWOG anwendbar sein soll; auch hinsichtlich des „Wesentlichkeitskriteriums“ ist bisher nicht entschieden, wie Umsatzerlöse zu berechnen sind, wenn ein beherrschender öffentlicher Auftraggeber faktisch den Auftrag erteilt, die Finanzierung des Auftragnehmers aber aus den Mietzinszahlungen der Wohnungsbesitzer erfolgt; schließlich ist hinsichtlich der privaten Genossenschafter der LAWOG aus der Übernahme der Danubia ebenfalls nicht entschieden, ob deren nicht beherrschende private Kapitalbeteiligung tatsächlich die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung für In-House Auftragsvergaben ausschließen könnte.

Die LAWOG hat dem LRH bereits in der gemeinsamen Besprechung am 31. Jänner 2020 jene organisatorische Lösungsmöglichkeit zur Herstellung nachhaltiger Rechtssicherheit für In-House Auftragsvergaben skizziert, deren Ausarbeitung mit dem Land OÖ abgestimmt werden wird.

- 20.4.** Der LRH weist darauf hin, dass er bei seiner Beurteilung auch das in der Stellungnahme zitierte Judikat (EuGH 19.4.2007, Rs C-295/05, Asemfo) zugrunde gelegt hat. In diesem Judikat wird hinsichtlich des „Wesentlichkeitskriteriums“ festgestellt, dass die Voraussetzung – auch wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden – erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften,

⁸⁶ Relevant ist dabei der Umsatz, den sie aufgrund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft(en) erzielt. EuGH 8.12.2016, Rs C-553/15, Commune di Sulmona Rz 32.

⁸⁷ EuGH 19.4.2007, Rs C-295/05, Asemfo Rz 62.

⁸⁸ Abgesehen von den ausdrücklich für zulässig erklärten Beteiligungen.

sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet. Die LAWOG kann allerdings – wie bereits in Berichtspunkt 18.2. festgestellt – nicht belegen, dass „mindestens 80 Prozent ihrer Tätigkeiten“ der Ausführung von Leistungen dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern, die (einschließlich der LAHO) ihre Genossenschafter sind, beauftragt worden ist. Hinsichtlich des Kontrollkriteriums stellt das zitierte Judikat auf den Umstand ab, dass das Unternehmen im konkreten Fall verpflichtet war, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen erteilt wurden, und im Rahmen dieser Geschäfte die Gebühren für sein Tätigwerden nicht frei festlegen konnte; dies ist im Fall der LAWOG bei der Erbringung von Leistungen – insbesondere auch für bestimmte (einzelne) Gemeinden – nicht der Fall.

Hinsichtlich der bereits gegenüber dem LRH angesprochenen Lösungsmöglichkeit (gesellschaftsrechtliche Um- bzw. Neugestaltung) weist der LRH darauf hin, dass derartige wesentliche Entscheidungen – insbesondere, wenn es die Gründung neuer (Tochter-)Gesellschaften betreffen würde – nur unter Einbindung der LAHO getroffen werden könnten.

PRÜFUNG DURCH DIE AUFSICHTSBEHÖRDE

21.1. Die LAWOG befasste mehrere Verwaltungseinheiten des Landes OÖ mit einer Einschätzung der rechtlichen Zulässigkeit und den dazu vorliegenden Rechtsgutachten. Obwohl in den Stellungnahmen⁸⁹ zur Frage der Zulässigkeit bzw. des Umfangs der durch die LAWOG selbst erbrachten Leistungen entweder Klärungsbedarf gesehen oder diese als „zweifelhaft“ beurteilt wurden, wurde die Aufsichtsbehörde nach eigener Aussage damit nie befasst; eine Stellungnahme ihrerseits liegt daher nicht vor.

In ihren Aussendungen positioniert sich die LAWOG in Abstimmung mit der Landesverwaltung und mit Unterstützung der Gemeindereferenten als Partner der Gemeinden und der Gemeindeverbände bei der Abwicklung von kommunalen Bauvorhaben.

21.2. Aus Sicht des LRH ist nicht verständlich, warum weder die LAWOG noch die befassten Dienststellen des Landes die für die Genehmigung zuständige Aufsichtsbehörde hinsichtlich der grundsätzlichen (vergaberechtlichen) Zulässigkeit derartiger Geschäfte kontaktiert haben.⁹⁰

22.1. Die im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Überprüfung der GBV durch den Revisionsverband festgestellten Beanstandungen werden in den Prüfberichten zusammengefasst und mit den Vertretern der jeweiligen Bauvereinigung sowie den teilnehmenden Vertretern der Aufsichtsbehörde gemäß § 29 WGG erläutert (Berichtspunkt 6). Die Beanstandungen sind von der Bauvereinigung innerhalb einer angemessenen Frist abzustellen;

⁸⁹ Im Frühjahr 2017 befasste sich auch die Gemeindeaufsicht mit einer Aufsichtsbeschwerde zu diesem Thema.

⁹⁰ Nach Aussage der Aufsichtsbehörde erfolgte im Rahmen der Genehmigung der Einzelgeschäfte keine vergaberechtliche Beurteilung.

erfolgt dies nicht, ist dies vom Revisionsverband der Landesregierung als Aufsichtsbehörde mitzuteilen⁹¹.

Die Landesregierung hat der Bauvereinigung, sofern diese der Anordnung zur Abstellung von Mängeln nicht nachgekommen ist, die Behebung der festgestellten Mängel innerhalb angemessener Frist mit Bescheid aufzutragen. Wenn die Bauvereinigung dem behördlichen Auftrag nicht nachkommt, ist, falls andere Zwangsmittel im Zuge des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens nicht zum Ziele geführt haben, gemäß § 35 WGG⁹² vorzugehen.

In den Prüfungsberichten der Geschäftsjahre 2015 bis 2018 der LAWOG wurden die Baubetreuungsverträge und deren Abwicklung gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes immer wieder thematisiert und erwähnt. Eine detaillierte Überprüfung derartiger Geschäftsfälle (z. B. deren Rechtmäßigkeit) nahm die Wohnbauabteilung als Aufsichtsbehörde aber nie vor.

- 22.2.** Das im WGG eingeräumte Aufsichtsrecht über die „gesamte Geschäftsführung“ umfasst aus Sicht des LRH jedenfalls die Möglichkeit der Überwachung⁹³ der Rechtmäßigkeit aller Geschäfte.

Das WGG räumt der Aufsichtsbehörde auch das Recht ein, Berichte zu einzelnen Geschäftsfällen einzuholen. In diesem Zusammenhang konnte sie nach Ansicht des LRH nicht schlüssig begründen, wieso die Abwicklung der Baubetreuungsverträge (z. B. in wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Hinsicht) nie Gegenstand einer Überprüfung war.

Die Aufsichtsbehörde (nach WGG) sollte soweit möglich – auf Basis der aktuellen Rechtssituation (Berichtspunkt 13) – den Revisionsverband oder private Sachverständige mit Prüfungen zu spezifischen Themen (Wirtschaftlichkeit, Beihilfenrecht, Vergaberecht) beauftragen.

- 23.1.** Die LAWOG suchte mit Antrag vom 31.7.2019 um die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Baubetreuung bei der Errichtung eines Kindergartens und einer Krabbelstube für eine Stadtgemeinde an. In der Gemeinderatssitzung der Standortgemeinde vom 17.9.2019 wurde der Abschluss eines Betreuungsvertrags mit der LAWOG genehmigt. Am 24.10.2019 gab die LAWOG auf Nachfrage der Aufsichtsbehörde bekannt, dass sie für dieses Projekt im Vorfeld⁹⁴ einen Architekturwettbewerb durchgeführt hatte. Das Land OÖ genehmigte dieses Zusatzgeschäft mit Bescheid vom 10.1.2020⁹⁵ aufsichtsbehördlich. Der dem Antrag an die Aufsichtsbehörde beiliegende und damit dem Bescheid zugrundeliegende Vertrag stimmte nicht mit dem mit der Standortgemeinde abgeschlossenen Vertrag überein⁹⁶.

⁹¹ siehe § 28 Z 6 WGG

⁹² Entziehung der Anerkennung einer Bauvereinigung als gemeinnützig.

⁹³ Insbesondere solcher Geschäfte, für die explizit Anträge bei der Aufsichtsbehörde gestellt werden.

⁹⁴ Die Beauftragung durch den Stadtrat erfolgte am 4.12.2018.

⁹⁵ WO-2012-50933/238 vom 10.1.2020

⁹⁶ Auf Seite 8 des Betreuungsvertrags wurde ein Hinweis – dass die Planungsleistungen nicht über die LAWOG abgewickelt werden, sondern von dem für das Projekt ausgewählten Architekten – eingefügt.

Wie in Berichtspunkt 13 dargestellt, erklärte das LVwG OÖ in einem zu dieser Beauftragung angestrebten vergaberechtlichen Feststellungsverfahren am 10.1.2020 den abgeschlossenen Betreuungsvertrag für nichtig. Die Aufsichtsbehörde hatte vom laufenden Verfahren und dessen Ausgang keine Kenntnis⁹⁷. Die Aufsicht erklärte gegenüber dem LRH, dass konkrete Maßnahmen erst nach der Rechtskraft des Urteils geplant seien.

- 23.2.** Der LRH sieht es kritisch, dass zum Zeitpunkt der vertraglichen Gegenzeichnung durch die LAWOG (3.10.2019) diese über keine gültige Ausnahmegenehmigung verfügte und daher ein aufsichtsrechtlich nicht genehmigtes Geschäft tätigte.

Ebenso kritisch sieht der LRH die Tatsache, dass die LAWOG – als Antragstellerin – die Aufsichtsbehörde weder über die zwischenzeitig vorgenommene Vertragsergänzung bzw. den bereits abgeschlossenen Architekturwettbewerb noch über das vergaberechtliche Feststellungsverfahren informierte. Aus Sicht des LRH hat die Antragstellerin die Verpflichtung, die Aufsichtsbehörde über solche Änderungen zu informieren.

Der LRH empfiehlt daher der Aufsichtsbehörde, wirksame Maßnahmen zu entwickeln, um zukünftig eine vorzeitige Vertragsannahme durch die Antragsteller zu verhindern.

- 23.3.** Die Abteilung Wohnbauförderung nimmt zu den Punkten 22.2. und 23.2. wie folgt Stellung: Nach eingehender juristischer Prüfung lässt sich unseres Erachtens weder aus dem WGG selbst, noch den dazugehörigen Materialien oder der Literatur und Judikatur eindeutig ableiten, dass der Landesregierung als Aufsichtsbehörde derart umfassende aktive Prüfpflichten zukommen, sodass die rechtskonforme Anwendung jedweder Materien-gesetze zu untersuchen wäre.

Sollten wir allerdings von Verstößen gegen die genannten Beispiele des Beihilfenrechts oder des Vergaberechts bei einer GBV Kenntnis erlangen, so würde dies (unter Beachtung der jeweiligen Sachlage bspw. im Zusammenhang mit einer Gerichtsanhängigkeit oder bereits vorhandenen oberstgerichtlichen Entscheidung) einer näheren Prüfung – gegebenenfalls durch Sachverständige – unterzogen.

In dem gegenständlichen Fall der LAWOG erlangte die Aufsichtsbehörde zu einem Zeitpunkt Kenntnis von der vergaberechtlichen Thematik, als bereits die verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergangen war.

Weiters merken wir zu der Feststellung unter Berichtspunkt 22.1., wonach in den Prüfungsberichten der Geschäftsjahre 2015 bis 2018 die Baubetreuungsverträge und deren Abwicklung gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes thematisiert wurde und seitens der Wohnbauabteilung keine detaillierte Überprüfung vorgenommen worden sei, ergänzend zu dem oben erwähnten an, dass in keinem dieser Prüfberichte ein vergaberechteswidriges Handeln der LAWOG festgestellt wurde. Im Gegenteil, es wurde als „gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes durchgeführt“ beurteilt. Somit ergibt sich aus unserer Sicht hier in keinster Weise eine Handlungsnotwendigkeit der Aufsichtsbehörde.

⁹⁷ Der LRH informierte die Abteilung Wohnbau am 16.1.2020 darüber.

Zum zweiten Punkt dieses Verbesserungsvorschlags betreffend eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, können wir mitteilen, dass wir auch dies bereits im Zuge unserer Evaluierung thematisiert haben und an der Entwicklung einer geeigneten Vorgehensweise mit effizienten Maßnahmen arbeiten, um zukünftig solche Abläufe zu vermeiden.

- 23.4.** Für den LRH ergibt sich alleine aus dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 WGG („Die gesamte Geschäftsführung gemeinnütziger Bauvereinigungen unterliegt der behördlichen Überwachung.“), dass der Aufsichtsbehörde hinsichtlich der gesamten Geschäftsführung eine behördliche Überwachungsfunktion zukommt.

Den Ausführungen der Abteilung Wohnbauförderung, wonach bei Kenntnis von Rechtsverstößen Handlungsbedarf der Aufsicht besteht, ist zuzustimmen. Der gegenständliche Fall zeigt für den LRH auf, dass dazu bereits in Behördenverfahren, wie beispielsweise bei der Genehmigung von Zusatzgeschäften, Prüfungshandlungen der Aufsicht zu setzen sind.

ZUSAMMENFASSUNG DER EMPFEHLUNGEN

24.1. Nachstehend fasst der LRH die Empfehlungen an die geprüfte(n) Stelle(n) zusammen:

24.2.

- a) Die LAWOG sollte die langfristige Weiterführung des Baubereichs aus wirtschaftlicher Sicht überdenken. (Berichtspunkt 3)
- b) Die Aufsichtsbehörde sollte – in Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband – sinnvolle Grenzen (z. B. absolute Grenzwerte für den Umsatz bzw. für Personaleinsatz oder relative Grenzwerte wie einen Mindestdeckungsbeitrag für die Baubereichsgeschäfte) definieren und deren Einhaltung überprüfen. (Berichtspunkt 4)
- c) Die Aufsichtsbehörde sollte – in enger Abstimmung mit dem Revisionsverband – ein formalisiertes Antragswesen entwickeln, welches zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des Zusatzgeschäfts ermöglicht und nachfolgend eine gebarungsmäßige Beurteilung im Rahmen der gesetzlichen Revision gewährleistet. Die Aufsicht sollte dazu eine entsprechende Vereinbarung mit dem Revisionsverband abschließen. (Berichtspunkt 7 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG I)
- d) Die LAWOG sollte bei zukünftigen Verträgen einen strengen Maßstab hinsichtlich der Vereinbarung und Erbringung von Eigenleistungen anlegen und die Grenzen der Ausnahmetatbestände des BVergG 2018 beachten. (Berichtspunkt 12)
- e) Das Land OÖ sollte auf die LAWOG einwirken, dass sie, abgesehen von der rechtlichen Sanierung des nichtig erklärten Vertrags, einen neuen mit dem Vergaberecht im Einklang stehenden Mustervertrag für zukünftige Geschäfte erarbeitet. (Berichtspunkte 13 und 14 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG II)
- f) Die LAWOG sollte – im Zusammenhang mit den vergaberechtlich notwendigen Anpassungen – die Vertragswerke dahingehend adaptieren, dass sie neben dem Leistungsumfang auch den zugrundeliegenden vergaberechtlichen Rahmen für alle Vertragsparteien erkennbar und klar verständlich wiedergeben. (Berichtspunkt 15)
- g) Wenn zukünftig durch die LAWOG Informationsmaterial an Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Verfügung gestellt werden soll, sollte dieses ebenfalls mit den neuen Betreuungsverträgen abgestimmt sein und die Rechtsgrundlagen präzise darstellen. (Berichtspunkt 15)
- h) Die LAWOG sollte künftig die rechtlichen Grundlagen für Vergabeentscheidungen oder Vertragsregelungen nachvollziehbar dokumentieren. (Berichtspunkt 16)

- i) Das Land OÖ sollte veranlassen, dass alle aktuellen (Rahmen-)Verträge, die Zusatzgeschäfte betreffen, hinsichtlich ihrer genauen vergaberechtlichen Zuordnung und hinsichtlich ihres Leistungsumfanges aufsichts- und vergaberechtlich überprüft werden. (Berichtspunkt 20 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG III)
- j) Die Aufsichtsbehörde sollte den Revisionsverband oder private Sachverständige mit Prüfungen zu spezifischen Themen (Wirtschaftlichkeit, Beihilfenrecht, Vergaberecht) beauftragen und wirksame Maßnahmen entwickeln, um eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu vermeiden. (Berichtspunkte 22 und 23 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG IV)

4 Beilagen

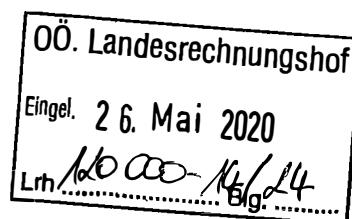
Linz, am 5. Juni 2020

Friedrich Pammer
Direktor des Oö. Landesrechnungshofes

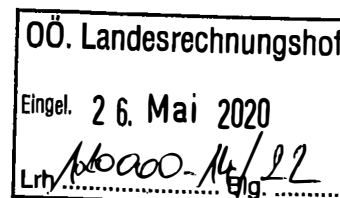
Stec, Gabriele

Von: Frauscher, Christiane
Gesendet: Dienstag, 26. Mai 2020 11:28
An: Post, Lrh
Cc: Pammer, Friedrich

Sehr geehrte Damen und Herren,
zum Bericht des LRH zur LAWOG wird seitens der Direktion Finanzen keine Stellungnahme ergehen.
Beste Grüße
Christiane Frauscher



Von: Hofstadler, Regina im Auftrag von Post, Wo
Gesendet: Dienstag, 26. Mai 2020 08:50
An: Post, Lrh
Betreff: Stellungnahme der Abt. Wohnbauförderung zum Bericht des Landesrechnungshofes betr. die Initiativprüfung "LAWOG mit dem Schwerpunkt Kommunalbau" - WO-2012-50933/284
Anlagen: Brief_intern_extern_Landesrechnungshof_Oö.pdf
Kennzeichnung: Zur Nachverfolgung
Kennzeichnungsstatus: Gekennzeichnet



Sehr geehrte Damen und Herren,

abseits unserer Stellungnahme dürfen wir noch Folgendes anmerken:
In der Kurzfassung auf Seite 1 ist unter Punkt (1) angeführt: „Gemäß dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz dürfen solche Zusatzgeschäfte dann durchgeführt werden, wenn sie ihm Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung notwendig sind; Zusatzgeschäfte bedürfen vorab jeweils der Zustimmung der Oö Landesregierung als Aufsichtsbehörde.“ - Die Errichtung von Alten- u. Pflegeheimen im fremden Namen stellt kein Zusatzgeschäft, sondern ein Nebengeschäft gemäß § 7 Abs. 3 WGG dar und bedarf daher keiner Zustimmung.

Mit freundlichen Grüßen
Mag. Luise Leimer-Furtlehner

Amt der Oö. Landesregierung
Direktion Gesellschaft, Soziales und Gesundheit
Abteilung Wohnbauförderung
4021 Linz • Bahnhofplatz 1

Tel.: (+43 732) 77 20-14151
Fax: (+43 732) 77 20-214395

Mail: wo.post@ooe.gv.at
Internet: www.land-oberoesterreich.gv.at

Informationen zum Datenschutz finden Sie unter: <http://www.land-oberoesterreich.gv.at/datenschutz>



Amt der Oö. Landesregierung
Direktion Gesellschaft, Soziales und Gesundheit
Abteilung Wohnbauförderung
4021 Linz • Bahnhofplatz 1

Geschäftszeichen:
WO-2012-50933/284-Lei

Bearbeiter/-in: Mag. Luise Leimer-Furtlehner
Tel: (+43 732) 77 20-14147
Fax: (+43 732) 77 20-21 43 95
E-Mail: wo.post@ooe.gv.at

Landesrechnungshof OÖ
Promenade 31
4020 Linz

www.land-oberoesterreich.gv.at

Linz, 26.05.2020

**Stellungnahme der Abteilung Wohnbauförderung
zum Bericht des Landesrechnungshofes betreffend
die Initiativprüfung „LAWOG mit dem Schwerpunkt
Kommunalbau“**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bevor wir auf die einzelnen uns betreffenden Berichtspunkte eingehen, möchten wir Sie generell zu den vom Landesrechnungshof vorgeschlagenen Verbesserungen bezüglich der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde wie folgt informieren:

Im Sinne einer laufenden Optimierung von Strukturen und Abläufen und einer nachhaltigen Verwaltungsentwicklung haben wir bereits einige Monate vor Beginn der gegenständlichen LRH-Prüfung mit einem internen Evaluierungsprozess zur Aufsichtstätigkeit begonnen, im Zuge dessen wir auch externe Berater hinzugezogen haben. Dabei ist auch die zukünftige Gestaltung der Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband für uns ein wesentliches Thema und es haben dazu schon im 1. Halbjahr 2019 mit dessen Vertretern erste Gespräche zur Identifizierung der zu verbessernden Abwicklungs- und Bearbeitungsschritte stattgefunden.

In diesem Zusammenhang wurden als erste Maßnahmen bspw. das Beweisverfahren für die Bewilligung der konnexen Zusatzgeschäfte adaptiert und es haben Anfang diesen Jahres Gespräche mit einzelnen GBVs stattgefunden, um die Bearbeitung bestmöglich im Sinne der rechtlichen Vorgaben sowohl für die Antragsteller als auch für uns als entscheidende Behörde zu gestalten. Des Weiteren setzen wir in Zukunft auch vermehrt auf die Weiterbildung der mit dieser Aufgabe betrauten Mitarbeitern, wo wir auch schon Anmeldungen zu WGG-spezifischen Fortbildungsveranstaltungen vorgenommen haben, welche aber nun leider Corona-bedingt nicht stattgefunden haben.

Da wir uns als lernende Verwaltung sehen, haben wir uns auch mit dem letztjährigen Prüfbericht des Bundesrechnungshofs vom Juli 2019 betreffend Aufgabenwahrnehmung der Aufsicht vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) sowie den Ländern Salzburg, Tirol und Wien auseinandergesetzt, um daraus eventuell auch für unsere Aufsichtstätigkeit in Oberösterreich Erkenntnisse zu gewinnen.

Die darin angeführten Empfehlungen in Richtung einer zukünftig verstärkten Zusammenarbeit des BMDW, des Revisionsverbandes und der einzelnen Aufsichtsbehörden und Entwicklung

einheitlicher Vorgaben seitens der zuständigen Ministerien sind aus unserer Sicht jedenfalls begrüßenswert - insbesondere im Bereich der Beurteilung der konnexen Zusatzgeschäfte. Es wurden bis dato seitens des BMDW leider noch keine Initiativen in diese Richtung gesetzt.

zu Berichtspunkt 4 (Empfehlung 24.2. b)

Die Aufsichtsbehörde sollte – in Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband – sinnvolle Grenzen (z. B. absolute Grenzwerte für den Umsatz bzw. für Personaleinsatz oder relative Grenzwerte wie einen Mindestdeckungsbeitrag für die Baubetreuungsgeschäfte) definieren und deren Einhaltung überprüfen.

Grundsätzlich stehen wir einer Zusammenarbeit mit dem Revisionsverband, wie oben erwähnt, positiv gegenüber, geben jedoch bei diesem Punkt zu bedenken, dass die Notwendigkeit eines Geschäftes gemäß § 7 Abs. 4 WGG nicht an einzelnen Kriterien, wie Grenzwerte für den Umsatz oder für den Personaleinsatz, isoliert beurteilt werden kann, sondern insgesamt der Beitrag eines Geschäftes zur Steigerung der Effizienz der Geschäftsführung der GBV von Relevanz ist. Aus unserer Sicht würden aber möglicherweise Durchschnittswerte aus vergangenen Geschäftsjahren zumindest einen tauglichen Anhaltspunkt für die Bewertungen darstellen. Wir werden dieses Thema jedenfalls in unserem laufenden Evaluierungsprozess mitdenken und prüfen.

zu Berichtspunkt 7 – Verbesserungsvorschlag I (Empfehlung 24.2. c)

Die Aufsichtsbehörde sollte – in enger Abstimmung mit dem Revisionsverband – ein formalisiertes Antragswesen entwickeln, welches zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des Zusatzgeschäfts ermöglicht und nachfolgend eine gebarungsmäßige Beurteilung im Rahmen der gesetzlichen Revision gewährleistet. Die Aufsicht sollte dazu eine entsprechende Vereinbarung mit dem Revisionsverband abschließen. (siehe Berichtspunkt 7 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG I)

Zu diesem Vorschlag verweisen wir auf das bereits oben Dargelegte und betonen nochmals, dass wir bereits mit der Erarbeitung von Verbesserungen genau zu solchen Themenbereichen begonnen haben. Die Zielsetzung dieses Verbesserungsvorschlages deckt sich somit auch mit unserer, ob dies allerdings tatsächlich in Form eines „formalisierten Antragswesens“ oder in anderer geeigneter Art und Weise erfolgt, können wir zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorwegnehmend beurteilen.

zu Berichtspunkte 22 und 23 – Verbesserungsvorschlag IV (Empfehlung 24.2. j)

Die Aufsichtsbehörde sollte den Revisionsverband oder private Sachverständige mit Prüfungen zu spezifischen Themen (Wirtschaftlichkeit, Beihilfenrecht, Vergaberecht) beauftragen und wirksame Maßnahmen entwickeln, um eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu vermeiden. (siehe Berichtspunkte 22 und 23 – VERBESSERUNGSVORSCHLAG IV)

Nach eingehender juristischer Prüfung lässt sich unseres Erachtens weder aus dem WGG selbst, noch den dazugehörigen Materialien oder der Literatur und Judikatur eindeutig ableiten, dass der Landesregierung als Aufsichtsbehörde derart umfassende aktive Prüfpflichten zukommen, sodass die rechtskonforme Anwendung jedweder Materiengesetze zu untersuchen wäre.

Sollten wir allerdings von Verstößen gegen die genannten Beispiele des Beihilfenrechts oder des Vergaberechts bei einer GBV Kenntnis erlangen, so würde dies (unter Beachtung der jeweiligen Sachlage bspw. im Zusammenhang mit einer Gerichtsanhängigkeit oder bereits vorhandenen oberstgerichtlichen Entscheidung) einer näheren Prüfung – gegebenenfalls durch Sachverständige – unterzogen.

In dem gegenständlichen Fall der LAWOG erlangte die Aufsichtsbehörde zu einem Zeitpunkt Kenntnis von der vergaberechtlichen Thematik, als bereits die verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergangen war.

Weiters merken wir zu der Feststellung unter Berichtspunkt 22.1., wonach in den Prüfungsberichten der Geschäftsjahre 2015 bis 2018 die Baubetreuungsverträge und deren Abwicklung gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes thematisiert wurde und seitens der Wohnbauabteilung keine detaillierte Überprüfung vorgenommen worden sei, ergänzend zu dem oben erwähnten an, dass in keinem dieser Prüfberichte ein vergaberechtswidriges Handeln der LAWOG festgestellt wurde. Im Gegenteil, es wurde als „gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes durchgeführt“ beurteilt. Somit ergibt sich aus unserer Sicht hier in keinster Weise eine Handlungsnotwendigkeit der Aufsichtsbehörde.

Zum zweiten Punkt dieses Verbesserungsvorschlags betreffend eine Vertragsannahme durch die Antragsteller vor der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, können wir mitteilen, dass wir auch dies bereits im Zuge unserer Evaluierung thematisiert haben und an der Entwicklung einer geeigneten Vorgehensweise mit effizienten Maßnahmen arbeiten, um zukünftig solche Abläufe zu vermeiden.

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Luise Leimer-Furtlehner

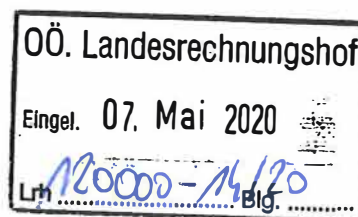
Hinweise:

Dieses Dokument wurde amtssigniert. Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels und des Ausdrucks finden Sie unter:

<https://www.land-oberoesterreich.gv.at/amtssignatur>

Informationen zum Datenschutz finden Sie unter: <https://www.land-oberoesterreich.gv.at/datenschutz>

Wenn Sie mit uns schriftlich in Verbindung treten wollen, richten Sie Ihr Schreiben bitte an das Amt der Oö. Landesregierung, Direktion Gesellschaft, Soziales und Gesundheit / Abteilung Wohnbauförderung, Bahnhofplatz 1, 4021 Linz, und führen Sie das Geschäftszeichen dieses Schreibens an.



EINSCHREIBEN

Oberösterreichischer Landesrechnungshof

Promenade 31
4020 Linz

Datum: 05.05.2020
Abt...: Direktion
Bearb.: Prok. Mag. Arnold MBA

Stellungnahme zum Bericht des OÖ. Landesrechnungshofs betreffend der durchgeführten Initiativprüfung „LAWOG mit dem Schwerpunkt Kommunalbau“

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum vorgelegten Berichtsentwurf des OÖ. Landesrechnungshofs (Geschäftszahl LRH-120000-14/16-2020-MÖ) betreffend die Initiativprüfung „LAWOG mit dem Schwerpunkt Kommunalbau“ erstatten wir innerhalb der offenen Frist folgende Stellungnahme:

1. Die LAWOG dankt für die Hinweise des LRH, dass wir seit Anfang der 1990er-Jahre mit der Errichtung von z.B. Alten- und Pflegeheimen im fremden Namen für Gemeinden und Gemeindeverbände ein Baubetreuungsmodell für die laufende Abwicklung von Neben- bzw. konnexen Zusatzgeschäften entwickelt haben, ohne dass dadurch – wegen durchgehenden Überwiegens der Hauptgeschäfte im Sinne des § 7 Abs 1 WGG – unser Status als gemeinnützige Bauvereinigung jemals in Frage gestellt wurde.

Wichtig erscheint auch der Hinweis des LRH, dass die ab Anfang der 1990er-Jahre erfolgte Hinwendung der LAWOG zur „Kommunalbau- oder Baubetreuungsschiene“ mit dem damals einsetzenden Rückgang der Wohnbautätigkeit in kausalem Zusammenhang steht. Die damals einsetzende strategische Neuorientierung der LAWOG in Richtung „Baubetreuungstätigkeiten“ war daher – aus der Sicht der damaligen Geschäftsführung der LAWOG – eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit, zu der sich ab dem Jahr 1994 aufgrund des Inkrafttretens des ersten Bundesvergabegesetzes zeitgleich mit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum eine verstärkte Nachfrage von Gemeinden und Gemeindeverbänden entwickelt hat.

Die aktuellen Überlegungen der LAWOG zur langfristigen Weiterführung im definierten Geschäftsbereich – im Sinne der Abwicklung von weiteren Neben- und konnexen Zusatzgeschäften – werden maßgeblich von den künftigen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bestimmt.

In die Überlegungen fließt mit ein, dass die LAWOG als jahrzehntelanger verlässlicher Partner der OÖ. Gemeinden und Gemeindeverbände grundsätzlich weiterhin bestrebt sein wird, Neben- und konnexe Zusatzgeschäfte zur laufenden Aufrechterhaltung und/oder Erweiterung der sozialen Infrastruktur im Land OÖ (im öffentlichen Interesse gelegene bauliche Maßnahmen), die von der öffentlichen Hand finanziert und gefördert werden, abzuwickeln und dies nicht nur im Lichte des ständigen Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen im Sinne des WGG (Eignung der LAWOG aufgrund der vorliegenden Struktur des Geschäftsbetriebes und ohne Vornahme übermäßiger und langfristiger Kapitalbindungen für diesen Geschäftsbereich) zur laufenden Abwicklung dieser notwendigen infrastrukturellen Maßnahmen, sondern auch als stete Gewährleistung für die einzelnen Auftraggeber, die bereitgestellten Mittel der öffentlichen Hand effizient und somit der Intention der Gesetzgebung folgend bestmöglich einzusetzen.

2. Die LAWOG begrüßt ausdrücklich die Feststellungen und Begründungen des LRH, dass die LAWOG seit 2006 und auch aktuell als „Zentrale Beschaffungsstelle“ tätig sein durfte bzw. weiterhin tätig sein darf. Bedeutsam erscheint uns auch der Hinweis, dass sich „das Vergaberecht als relativ junge Rechtsmaterie dadurch auszeichnet, dass dafür die aktuelle Judikatur von besonderer Bedeutung ist“. Dieser Hinweis gilt in besonderem Maß für die rechtlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeiten der LAWOG als „Zentrale Beschaffungsstelle“ für Gemeinden und Gemeindeverbände.
3. Die LAWOG hat seit 1994 alle Änderungen von Gesetzgebung und Judikatur nachvollzogen und ist gerade dabei, die kürzlich ergangene Entscheidung des LVwG OÖ vom 10. Jänner 2020 (LVwG-840187/30) und die in diesem Zusammenhang ergangenen Empfehlungen des LRH für die weitere Tätigkeit als „Zentrale Beschaffungsstelle“ entsprechend umzusetzen. Dazu zählt auch die Erarbeitung eines neuen Musters für einen künftigen „Beschaffungsvertrag“ mit strengeren Maßstäben hinsichtlich der Vereinbarung und Erbringung von Eigenleistungen.
4. Zur Vermeidung von Missverständnissen wird darauf hingewiesen, dass die LAWOG von einer vom LVwG OÖ ausdrücklich für zulässig erklärten Revision beim Verwaltungsgerichtshof noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist Abstand genommen hat, um das Bauvorhaben in der betroffenen Gemeinde wegen der zu erwartenden Verfahrensdauer nicht zu verzögern.

5. Die LAWOG wird die Empfehlungen des LRH betreffend die Gestaltung des Informationsmaterials für Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Dokumentation der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen bei ihrer künftigen Beschaffungstätigkeit berücksichtigen.
6. Die LAWOG schließt sich abschließend den Feststellungen des LRH zum Themenbereich der „Tätigkeiten der LAWOG im Rahmen von In-House Vergaben“ an, weist aber darauf hin, dass die vom LRH aufgezeigten „Problemzonen“ der Ausnahmebestimmungen für vertikale und horizontale Auftragsvergaben (Kontrollmöglichkeit, Wesentlichkeitskriterium und in private Kapitalbeteiligung) bisher nicht ausjudiziert sind. Es gibt z.B. keine Hinweise, warum die Judikatur des EuGH in der Rechtssache Asemfo/TRAGSA nicht auf die gemeinsame Kontrolle durch die Genossenschafter der LAWOG anwendbar sein soll; auch hinsichtlich des „Wesentlichkeitskriteriums“ ist bisher nicht entschieden, wie Umsatzerlöse zu berechnen sind, wenn ein beherrschender öffentlicher Auftraggeber faktisch den Auftrag erteilt, die Finanzierung des Auftragnehmers aber aus den Mietzinszahlungen der Wohnungsbesitzer erfolgt; schließlich ist hinsichtlich der privaten Genossenschafter der LAWOG aus der Übernahme der Danubia ebenfalls nicht entschieden, ob deren nicht beherrschende private Kapitalbeteiligung tatsächlich die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung für In-House Auftragsvergaben ausschließen könnte.

Die LAWOG hat dem LRH bereits in der gemeinsamen Besprechung am 31. Jänner 2020 jene organisatorische Lösungsmöglichkeit zur Herstellung nachhaltiger Rechtssicherheit für In-House Auftragsvergaben skizziert, deren Ausarbeitung mit dem Land OÖ abgestimmt werden wird.

Freundliche Grüße



LAWOG
Gemeinnützige
Landes-
Wohnungsgenossenschaft für Oö.
eingetragene Genossenschaft m.b.H.
Garnisonstr. 22 | 4021 Linz | www.lawog.at