FAIR
Liste Faires Hollenstein

An Amt der NÖ Landesregierung
Abteilung Gemeinden
z.H.Mag. Nikolaus Witkowitz

Landhausplatz 1, Haus 5
3109 St. Pölten

Hollenstein, 11.Mai 2021

BETREFF: IVW3-BE-3051601/004-2021

Sehr geehrter Herr Mag Witkowitz,

zu Ihrem Antwortschreiben vom 23.März 2021 möchte die Liste Fair folgende Stellungnahme abgeben:

Auszug Schreiben Gemeindeaufsicht vom 23.03.2021:
„Der Gemeinde erwuchsen aus den Sanierungsarbeiten auch keine unmittelbaren Kosten, da diese von der Gemeinnützigen Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten GenmbH getragen wurden."

Dazu möchten wir festhalten, dass gemäß übermitteltem GR Sitzungsprotokoll vom 28.07.2020 Punkt 24 für das Jahr 2019 Eigenmittel in der Höhe von 35.000€ entrichtet wurden. Dies ist nur ein Teil der angefallenen Kosten der Gemeinde an die Siedlungsgenossenschaft während der Bauzeit, da beispielsweise auch die Rolle der Bauherrschaft im Zuge der Verwaltungstätigkeit durchgeführt wurde. Ihre Aussage ist somit falsch.

Auszug Schreiben Gemeindeaufsicht vom 23.03.2021:
„Hinsichtlich der Anwendung des Bundesvergabegesetztes 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 idF BGBl. II Nr. 91/2019, darf darauf hingewiesen werden, dass gemäß § 4 Abs. 1 leg.cit. dieses Gesetz für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (Bund, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbände) gilt. Im gegenständlichen Fall war jedoch nicht die Gemeinde Hollenstein an der Ybbs Auftraggeber der Umbauarbeiten, sondern die Gemeinnützigen Wohnungs- u Siedlungsgenossenschaft Amstetten GenmbH, weshalb seitens der Gemeinde auch keine diesbezügliche Verpflichtung zur Einhaltung des Bundesvergabegesetzes 2018 bestand."

Dies ist unrichtig. Allein der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber - im vorliegenden Fall die Gemeinde Hollenstein/Ybbs - seine Rechte und Pflichten auf ein Unternehmen überträgt, das kein öffentlicher Auftraggeber ist - im vorliegenden Fall die Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten -, ändert nämlich nichts daran, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt (vgl BVA 12.3.1998, N-13/95-32).Bereits der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Baurechts-

vertrages im Jahr 2016 geltende § 4 Z 3 BVergG 2006 hat nämlich explizit Folgendes vorgesehen:

"*Bauaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand*
[…]
3. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt,ist."

Allein aus dem Wortlaut des § 4 Z 3 BVergG 2006 folgt somit, dass es sich bei der gegenständlichen Sanierung des Rathauses der Gemeinde Hollenstein/Ybbs aufgrund des mit der Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten abgeschlossenen Baurechtsvertrages ganz klar um einen Bauauftrag gehandelt hat, der entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006 hätte ausgeschrieben werden müssen.

Bestätigt wird dies durch die Erläut zum BVergG 2006, BlgNR 1171 22 GP, 27, die hierzu ausdrücklich festhalten, dass mit der "*Erbringung einer Bauleistung durch Dritte*" Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge angesprochen sind, bei denen der Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt. Der Sinn und Zweck, diese "gemischten Verträge" in das vergaberechtliche Regime miteinzubeziehen, liegt dabei in der Verhinderung von Umgehungsgeschäften (siehe *Heid*, in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] 360, *Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, BVergG 2018 [2019], § 5 Rz 3 und Rz 15 ff).

Darüber hinaus stellen die Erläuterungen zum BVergG 2006 aber auch klar, dass es in Bezug auf die Frage, ob die Sanierung des Rathauses der Gemeinde Hollenstein/Ybbs durch die Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag ist, nicht darauf ankommt, dass die Sanierung von einem nicht dem Vergaberecht unterliegenden Dritten durchgeführt wurde/wird, sondern, ob die Durchführung der Sanierung nach den Vorgaben der Gemeinde Hollenstein/Ybbs erfolgt ist. Dies ist wiederum dann zu bejahen, wenn diese Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung hat bzw hatte und die Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernommen hat (siehe dazu die Klarstellung in ErwG 9 der Vergabe-RL 2014/24/EU, die zum Zeit des Abschlusses des Baurechtsvertrages im Jahr 2016 bereits gegolten haben und die zu diesem Zeitpunkt auch bereits in nationale Recht hätten umgesetzt werden müssen sowie die Urteile des EuGH in der Rs C-451/08, *Müller, sowie in der* Rs C-213/13, *Pizzarotti*).

Dies ist hier gegenständlich der Fall: Wie sich aus dem Baurechtsvertrag ergibt, hat die Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten bei der Sanierung gemäß den vorliegenden Baubespre-

chungsprotokollen sämtliche Anforderungen der Gemeinde abgestimmt bzw. umgesezt (zB. Installatinen). Ferner ergibt sich ein entsprechender Einfluss der Gemeinde Hollenstein/Ybbs auf die gegenständliche Sanierung ganz klar aus weiteren Baubesprechungsprotokollen sowie aus dem Umstand, dass diese generell als Bauherr aufgetreten ist.

Ungeachtet dessen, sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in der einschlägigen Literatur generell davon ausgegangen wird, dass Schulen, Kindergärten, Gemeindezentren, Pensionisten Wohnhäuser, Krankenhäuser, Gerichte, Gefängnisse etc bereits aufgrund ihres Gebäudetypus nach den Erfordernissen eines öffentlichen Auftraggebers und mit entscheidendem Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens errichtet werden. Diese Gebäude sind in der Regel auf die Bedürfnisse der öffentlichen Hand bzw ihrer Nutzer, die der öffentlichen Hand zugerechnet werden, „maßgeschneidert" und können von Privaten grundsätzlich nur nach (umfangreichen) Adaptierungen, die den Sonderzweck der Immobilie wieder weitgehend beseitigen, verwendet werden. Dabei genügt es im Allgemeinen, dass das Raum- und Funktionsprogramm in entsprechender Tiefe zur weiteren Planung durch den Auftraggeber vorgegeben wird; (*Heid*, in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 678).

Im Ergebnis liegt es daher auf der Hand, dass die Gemeinde Hollenstein/Ybbs einen entscheidenden Einfluss auf die Sanierung des Rathauses durch die Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten ausgeübt hat. Die von der Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft Amstetten erbrachten Bauleistungen stellen somit ausschreibungspflichtige Bauaufträge gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 bzw des BVergG 2018 dar. Mit anderen Worten: Sowohl der Baurechtsvertrag als auch die aufgrund dessen erfolgten Bauleistungen hätten entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006 bzw des BVergG 2018 in einem Vergabeverfahren vergeben werden müssen.

Bestätigt wird dieses Ergebnis letztlich auch durch das Urteil des EuGH in der Rs C-536/07, *Kommission/Deutschland,* in dem dieser ein Vertragswerk insgesamt - entgegen der von den Parteien ausdrücklich als Mietvertrag vorgenommenen Bezeichnung - deshalb inhaltlich als ausschreibungspflichtigen Bauauftrag beurteilte, weil der öffentliche Auftraggebers an den privaten Errichter inhaltliche Vorgaben erteilen konnte.

Stellungnahme der Gemeinde vom 12.März 2021 Seite 1 unterer Absatz:
„Das eine Drittel ohne Steuervorteil wird mittels des Mietvertrages „Siedlung an Gemeinde" refundiert."

Dieser Satz erklärt eine Rückzahlung der Gemeinnnützigen Siedlungsgenossenschaft an die Gemeinde von einem Drittel der Miete und entspricht nicht den uns bekannten Vertragsverhältnissen.
Bitte um Aufklärung der Sachverhalte zu diesem Mietkonstrukt. Es liegen mehrere seitens GR beschlossene Mietverträge vor, welche unseres

Erachtens darauf abzielen Steuern zu umgehen. Eine Rückzahlung wie in der Stellungnahme ausgewiesen ist und nicht nachvollziehbar.

Wir fordern von Ihnen, Herr Mag. Witkowitz, seitens der Gemeindeaufsicht, bezogen auf die dargestellten Sachverhalte adäquat zu reagieren und entsprechende Maßnahmen zu setzen. Sollte eine bewusste Umgehung des Bundesvergabegesetzes nachweisbar sein, und das ist aus mehreren Beweismitteln abzuleiten, so sehen wir jedenfalls das Erfordernis, die handelnden Personen dahingehend zu Verantwortung zu ziehen.

Ihre Aussage bezüglich der Abgrenzung der Gemeindeaufsicht zu den, von uns aufgezeigten, Baumängeln sehen wir ebenfalls als kritisch, da hier unter Rücksichtnahme der aktuell geforderten Sicherheiten (Eurocodes bzw. Produktkennzeichnungsverordnung) gravierende Mängel vorliegen und somit nicht ausgeschlossen werden kann, dass Leib und Leben von sich im Gebäude aufhaltenden Personen gefährdet ist. Diesem Umstand nicht nachzugehen bzw. keine Handlungsanweisungen aus diesem Punkt an die Gemeinde zu richten, sehen wir als fahrlässig.

Auch seitens der Gemeinde wurde uns zu diesem Punkt bis dato keine weiter Information oder Stellungnahme übermittelt. Bitte auch Ihrerseits um Urgenz.

Mit freundlichen Grüßen,

GGR David M Steinbacher

Liste Faires Hollenstein

Beilagen:
keine