



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

teils auch hinsichtlich der Vertragsgestaltung, der Vertragsabwicklung und der Abrechnung:

**Tabelle 8: Übersicht der überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekte**

	vom RH überprüfte Themenbereiche der Investitionen			
	Vergabe- verfahren	Vertrags- gestaltung	Vertrags- abwicklung	Abrechnung <sup>1</sup>
Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011	✓	✓	✓	✓
Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011	✓	✓	✓	✓
Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011	✓	✓	✓	✓
Oberösterreich und Salzburg – Bauarbeiten 2010/2011	✓	X	X	X
Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011	✓	✓	✓	✓
Niederösterreich und Wien – Bauarbeiten 2010/2011	✓	X	X	X
Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011	✓	✓	✓	✓
Steiermark und Burgenland – Bauarbeiten 2010/2011	✓	X	X	X
Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012	✓	✓	✓	✓
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012	✓	✓	✓	✓
Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014	✓	✓	✓	✓
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015	✓	✓	✓	✓
Fernheizwerk Villach – Baumeister- und Professionistenarbeiten	✓	✓	✓	✓
Wien-Auhof – Bauarbeiten	✓	✓	✓	✓
Spittal an der Drau – Montagearbeiten	✓	✓	✓	✓
Spittal an der Drau – Bauarbeiten	✓	X	X	X
Spittal an der Drau – Rohrlieferungen	✓	X	X	X
Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten	✓	✓	✓	✓
Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Bauarbeiten	✓	X	X	X
Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Rohrlieferungen	✓	X	X	X

✓ Themenbereich war Gegenstand der Gebarungsüberprüfung

X Zur Ermöglichung einer Aussage über die Wahl der Vergabeverfahren bezog der RH die zu den Montagearbeiten korrespondierenden Aufträge der Bauarbeiten zu Oberösterreich und Salzburg 2010/2011, zu Niederösterreich und Wien 2010/2011 sowie zu Steiermark und Burgenland 2010/2011 und die korrespondierenden Bauarbeiten und Rohrlieferungen der Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau in seine Gebarungsüberprüfung ein; die Vertragsgestaltung und –abwicklung sowie die stichprobenhafte Prüfung der Abrechnung war bei diesen Aufträgen nicht Gegenstand seiner Gebarungsüberprüfung.

<sup>1</sup> ohne allfällig gezogener Optionen

Quelle: RH

## Investitionen und Beschaffung

In den nachfolgenden TZ 19, Grundsätzliche Vorgaben des Bundesvergabegesetzes, bis TZ 30, Übersicht über die Mängel der generellen Feststellungen, sind generelle Feststellungen zusammengefasst, die auf mehrere vom RH überprüfte Rahmenvereinbarungen und Projekte zutrafen, während in den TZ 31, Projekt „Villach 2012“, bis TZ 38, Übersicht über das Erlös- bzw. Einsparungspotenzial der Investitionen, spezifische Feststellungen dargestellt sind, die nur bei den Rahmenvereinbarungen „Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011“ und „Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015“ bzw. bei den Projekten „Villach 2012“, „Wien-Auhof“ und „Neudörfl/Bad Sauerbrunn“ auftraten.

### Generelle Feststellungen

#### Grundsätzliche Vorgaben des Bundesvergabegesetzes

**19** (1) Das Bundesvergabegesetz 2006 in der jeweils gültigen Fassung (BVergG 2006) gab den (vornehmlich öffentlichen) Auftraggebern grundsätzliche Vorgaben zur Abwicklung ihrer Vergabeverfahren. Einige für die KELAG Wärme maßgebliche Vorgaben lauteten:

(2) Für bestimmte Tätigkeiten – sogenannte Sektorentätigkeiten – war eine größere Flexibilität bei der Auftragsvergabe vorgesehen. Diese Sektorentätigkeiten waren in den §§ 167 bis 172 BVergG 2006 taxativ aufgezählt; dazu gehörte auch das Bereitstellen und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung, der Abgabe und dem Einspeisen von Wärme.

Für die Wahrnehmung dieser Tätigkeiten übte die KELAG Wärme als öffentliches Unternehmen gemäß dem BVergG 2006 eine Sektorentätigkeit aus.

(3) Maßgebend für die Wahl des Vergabeverfahrens war der geschätzte Auftragswert für das Gewerk<sup>26</sup>; dabei waren folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Der Sektorenauftraggeber hat den geschätzten Gesamtwert aller zum Vorhaben gehöriger Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller Lose, zu denen auch die Gewerke nach dem BVergG 2006 zählen, anzusetzen<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> BVergG 2006, § 180 ff.

<sup>27</sup> BVergG 2006, §§ 181 Abs. 1 und 182 Abs. 1

- Bei der Beurteilung, ob ein Bauvorhaben vorliegt, ist auf die wirtschaftliche und technische Funktion, die das jeweilige Bauwerk erfüllen soll, abzustellen. Bilden die Leistungen unter diesen Aspekten eine Gesamtheit bzw. eine Einheit, stellen sie ein Bauwerk und damit ein Bauvorhaben dar<sup>28</sup>.
- Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts von Bauaufträgen ist neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden<sup>29</sup>. Dabei ist es unerheblich, wie dieser die Waren und Dienstleistungen beschafft hat.
- Der geschätzte Auftragswert einer Rahmenvereinbarung ist der für ihre gesamte Laufzeit geschätzte Gesamtwert aller aufgrund dieser Rahmenvereinbarung voraussichtlich zu vergebenden Aufträge. Der jeweilige Auftraggeber hat alle aus der Rahmenvereinbarung zu vergebenden Leistungen einzubeziehen; er hat bei seiner Schätzung vom größtmöglichen Umfang auszugehen<sup>30</sup>.
- Die Ermittlung des Auftragswerts hat grundsätzlich sachkundig zu erfolgen; solange sie auf einer seriösen und nachvollziehbaren Prognose beruht, sind Fehleinschätzungen im Hinblick auf den Auftragswert unerheblich<sup>31</sup>.

Mit diesen Regelungen sollten die Reduktionen des Auftragswerts und damit eine Umgehung des Vergaberechts verhindert werden.

Die Entscheidung, ob Vergaben im Ober- oder im Unterschwellenbereich durchzuführen waren, hatte aufgrund des geschätzten Auftragswerts ohne Umsatzsteuer zu erfolgen. Erreichte dieser einen von der Europäischen Kommission alle zwei Jahre festgelegten Schwellenwert, musste der Auftraggeber – mit den gesetzlich definierten Ausnahmen<sup>32</sup> – alle Lose im Oberschwellenbereich vergeben (dies schloss insbesondere die Pflicht zu einem europaweiten Aufruf zum Wettbewerb ein). Bei (glaublicher) Unterschreitung der Schwellenwerte galten die Bestimmungen im Unterschwellenbereich.

<sup>28</sup> BVergG 2006, § 2 Z 11

<sup>29</sup> BVergG 2006, § 2 Z 11

<sup>30</sup> BVergG 2006, § 185; BVA 15. Juli 2011, GZ N/0052-BVA/10/2011-26

<sup>31</sup> BVergG 2006, § 181 Abs. 3; BVA 6. Dezember 2007, GZ N/0079-BVA/15/2007-74

<sup>32</sup> BVergG 2006, § 182 Abs. 3; Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 1 Mio. EUR beträgt, können im Unterschwellenbereich vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der ausgewählten Lose 20 % des Wertes aller Lose nicht übersteigt.

## Investitionen und Beschaffung

Für die Jahre 2010 und 2011 legte die Kommission den Schwellenwert für Bauaufträge mit 4.845.000 EUR, für die Jahre 2012 und 2013 mit 5.000.000 EUR fest.

(4) Sektorenauftraggeber mussten sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich die Vergabeverfahren „so rechtzeitig bekannt machen, dass die Vergabe nach den Verfahren des BVergG 2006 ermöglicht wird<sup>33</sup>“.

Grundsätzlich waren Verfahren zur Vergabe von Aufträgen nur dann durchzuführen, wenn die Absicht bestand, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Der Sektorenauftraggeber war jedoch nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden<sup>34</sup>. Er konnte ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestanden<sup>35</sup>.

(5) Die Wahl der Vergabeverfahren war vorgegeben, wobei für Sektorenauftraggeber

- im Unterschwellenbereich eine Verfahrensart zu wählen war, die einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleistete sowie
- im Oberschwellenbereich frei zwischen mehreren Vergabeverfahren zu wählen war, jedoch musste grundsätzlich<sup>36</sup> ein vorheriger Aufruf zum Wettbewerb stattfinden.

(6) Hinsichtlich des angemessenen Grads von Öffentlichkeit des gewählten Vergabeverfahrens war für den Sektorenauftraggeber eine abschließende Aufzählung jener Voraussetzungen enthalten, bei denen einem Verhandlungsverfahren kein Aufruf zum Wettbewerb vorzugehen hatte<sup>37</sup>.

Nach der Rechtsprechung<sup>38</sup> hatte der Auftraggeber, der ein derartiges Verfahren in Anspruch nahm, das Vorliegen der rechtfertigenden Voraussetzungen darzulegen und hierfür die Beweislast zu tragen.

<sup>33</sup> BVergG 2006, §§ 235 und 248

<sup>34</sup> BVergG 2006, § 187

<sup>35</sup> BVergG 2006, § 278

<sup>36</sup> Sowohl im Unterschwellen- als auch im Oberschwellenbereich kann der Aufruf zum Wettbewerb unter gewissen, im jeweils gültigen BVergG aufgezählten Voraussetzungen unterbleiben.

<sup>37</sup> BVergG 2006, § 200

<sup>38</sup> bspw. EuGH 15. Oktober 2009, Rs C-275/08 (Kommission/Deutschland); EuGH 2. Oktober 2008, Rs C-157/06 (Kommission/Italien); EuGH 14. September 2004, Rs C-385/02 (Kommission/Italien); EuGH 10. April 2003, Rs C-20/01 und C-28/01 (Kommission/Deutschland); BVA 17. März 2009, GZ N/0078-BVA/08/2008-347, aber auch in den Erläuternden Bemerkungen über die Regierungsvorlage BVergG

(7) Für den Sektorenauftraggeber waren bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich grundsätzlich keine normierten Dokumentationspflichten vorgesehen. Entsprechend der Rechtsprechung hatte jedoch der Sektorenauftraggeber auch bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich Mindeststandards der Dokumentation anzuwenden, nicht zuletzt deshalb, um den Vergabekontrollbehörden ihre Aufgabenwahrnehmung zu ermöglichen sowie eine nachvollziehbare Transparenz im Vergabeverfahren zu gewährleisten.

Bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich hatte der Sektorenauftraggeber sachdienliche Unterlagen über jedes durchgeführte Vergabeverfahren, die es ihm ermöglichen, die von ihm getroffenen Entscheidungen zu begründen und der Kommission auf Anfrage die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, mindestens vier Jahre lang ab der Beendigung des Vergabeverfahrens aufzubewahren.

Dies betraf insbesondere Unterlagen über die Prüfung und Auswahl der Unternehmer, über die Zuschlagserteilung sowie über die Gründe für die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006.

(8) Aufträge durften – unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbots entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter – nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen vergeben werden<sup>39</sup>.

Die Prüfung samt Aufklärung der Angemessenheit der Preise musste der Sektorenauftraggeber demnach im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung<sup>40</sup> vornehmen, wenn Angebote in preislicher Hinsicht Aufälligkeiten aufwiesen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestanden, bspw. beim Vorliegen zu hoher oder zu niedriger Einheitspreise in Positionen.

Der Sektorenauftraggeber musste vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hatte unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen.

<sup>39</sup> BVergG 2006, § 187

<sup>40</sup> BVergG 2006, § 268

## Investitionen und Beschaffung

(9) Der Sektorenauftraggeber hatte im Oberschwellenbereich Angebote aufgrund des Ergebnisses der Angebotsprüfung vor der Zuschlagsentscheidung auszuscheiden<sup>41</sup>; wenn diese bspw. eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufwiesen.

Lag – auch nur – ein Ausscheidungsgrund vor, so war der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet<sup>42</sup> und hatte diesbezüglich kein Ermessen<sup>43</sup>.

(10) Der Sektorenauftraggeber hatte den Zuschlag entweder an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß den Angaben in der Ausschreibung, oder an das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen<sup>44</sup>.

(11) Eine Rahmenvereinbarung stellte eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem Sektorenauftraggeber und einem Unternehmer dar, die zum Ziel hatte, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge<sup>45</sup>.

Aufträge konnten aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern diese nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen wurde. Soweit dies aufgrund des Werts und des Gegenstands der Rahmenvereinbarung erforderlich erschien, war beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Verfahrensart zu wählen, durch die ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet war.

Die Materialien zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006 führten aus, dass der wesentliche Unterschied zwischen Rahmenvertrag und Rahmenvereinbarung im beidseitig verbindlichen Charakter des Rahmenvertrags besteht.

Bei den von der KELAG Wärme als Rahmenaufträge (Rahmenverträge) bezeichneten Beauftragungen handelte es sich um Rahmenvereinbarungen mit einem Auftragnehmer im Sinne des BVergG 2006.

<sup>41</sup> BVergG 2006, § 269

<sup>42</sup> vgl. BVA 21. Jänner 2005, GZ 17N-116/04-32

<sup>43</sup> vgl. VwGH 18. Mai 2005, 2004/04/0040

<sup>44</sup> BVergG 2006, § 271

<sup>45</sup> BVergG 2006, § 192 Abs. 7 und § 202 Abs. 1



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

## Verfahrenswahl für die Vergaben

**20.1** (1) Die KELAG Wärme beauftragte jährlich Leistungen im Bereich des Fernwärmeleitungsbaus zur „Neuerrichtung und Netzverdichtung von Fernwärmeanlagen sowie die Umlegung, Sanierung und Reparatur bestehender Fernwärmeanlagen im Gebrechensfall“ für regional definierte Versorgungsgebiete (bspw. für Kärnten oder Österreich Süd). Die Leistungen setzten sich aus den Gewerken Tiefbau und Rohrmontage, die üblicherweise auch die Rohrlieferung umfasste, zusammen.

Die Leistungen bestanden in einer Vielzahl verschiedener, zeitlich versetzter, kleiner Bauvorhaben im jeweiligen regional definierten Versorgungsgebiet, die typischerweise nicht im selben Netzgebiet lagen. Zur Erzielung besserer Preise wurden diese Einzelprojekte zu größeren Volumina zusammengefasst und als Rahmenvereinbarung gemeinsam ausgeschrieben.

Die KELAG Wärme betrachtete die Tiefbau-Ausschreibung und die Montage-Ausschreibung als separate Aufträge, um „den unterschiedlichen Bieterkreisen und notwendigen Gewerbeberechtigungen gerecht zu werden“.

(2) Nach eigenen Angaben nahm sie die Schätzung des Auftragswerts der Rahmenvereinbarungen vor, indem sie sich am konkreten Projekt, an den Erfahrungen der letzten Jahre und an Gesprächen mit regionalen Partnern orientierte. Der geschätzte Gesamtwert der aufgrund dieser Rahmenvereinbarung voraussichtlich zu vergebenden Aufträge blieb bei der Auftragswertermittlung unberücksichtigt.

(3) Bei den vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen zeigte der Vergleich der geschätzten Auftragswerte, der – Zusatzaufträge und beauftragte Optionen enthaltenden – tatsächlich beauftragten Auftragswerte und des von der KELAG Wärme zur Ausschreibung gewählten Verfahrens folgendes Bild:

## Investitionen und Beschaffung

**Tabelle 9: Vergleich des geschätzten zum tatsächlichen Auftragswert**

	Einleitungszeitpunkt	geschätzter Auftragswert	tatsächlich beauftragte Werte	gewähltes Vergabeverfahren	BVergG eingehalten	tatsächlicher zu geschätztem Auftragswert
in EUR						in %
Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011	Februar 2010 <sup>1</sup>	2.190.000	4.667.000	VoAW	nein	+ 113,1
Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011	Februar 2010 <sup>1</sup>	2.300.000	4.280.000	VoAW	nein	+ 86,1
<b>Summe</b>		<b>4.490.000</b>	<b>8.947.000</b>			<b>+ 99,3</b>
Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	2.460.000	2.225.769	VoAW	nein	- 9,5
Oberösterreich und Salzburg – Bauarbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	2.340.000	2.740.736	VoAW	nein	+ 17,1
<b>Summe</b>		<b>4.800.000</b>	<b>4.966.505</b>			<b>+ 3,5</b>
Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	1.100.000	1.107.320	VoAW	ja	+ 0,7
Niederösterreich und Wien – Bauarbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	1.200.000	919.077	VoAW	ja	- 23,4
<b>Summe</b>		<b>2.300.000</b>	<b>2.026.397</b>			<b>- 11,9</b>
Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	1.170.000	449.284	VoAW	ja	- 61,6
Steiermark und Burgenland – Bauarbeiten 2010/2011 einschließlich Optionen 2011/2012 und 2012/2013	Februar 2010 <sup>1</sup>	1.290.000	398.729	VoAW	ja	- 69,1
<b>Summe</b>		<b>2.460.000</b>	<b>848.013</b>			<b>- 65,5</b>
Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 einschließlich Option 2012/2013	März 2011 <sup>1</sup>	2.400.000	5.400.000	VoAW	nein	+ 125,0
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012 einschließlich Option 2012/2013	März 2011 <sup>1</sup>	1.950.000	8.135.000	VoAW	nein	+ 317,2
<b>Summe</b>		<b>4.350.000</b>	<b>13.535.000</b>			<b>+ 211,1</b>
Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 einschließlich Option 2014/2015	März 2013 <sup>2</sup>	2.000.000	3.995.155	VoAW	nein	+ 99,8
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015	Dezember 2012 <sup>2</sup>	3.300.000	3.977.402	VnAW	ja	+ 20,5
<b>Summe</b>		<b>5.300.000</b>	<b>7.972.557</b>			<b>+ 50,4</b>

VoAW: Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich

VnAW: Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich

<sup>1</sup> zum Einleitungszeitpunkt maßgeblicher Schwellenwert für Bauaufträge 4,845 Mio. EUR

<sup>2</sup> zum Einleitungszeitpunkt maßgeblicher Schwellenwert für Bauaufträge 5,00 Mio. EUR

Quelle: RH

Die KELAG Wärme wählte als Vergabeverfahren in elf von zwölf Vergabeverfahren ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich; jedenfalls fünf dieser elf Ver-

gabeverfahren hätten aufgrund des Gesamtwerts der zu vergebenden Leistungen im Oberschwellenbereich vergeben werden müssen. Damit wählte die KELAG Wärme in rd. 45 % der Vergabeverfahren über die Rahmenvereinbarungen ein nicht gesetzeskonformes Vergabeverfahren.

Insbesondere für die Aufträge, die im Kerngebiet der Tätigkeit der KELAG Wärme ausgeführt wurden, lagen teilweise erhebliche Überschreitungen der tatsächlich beauftragten Volumina gegenüber den Auftragswertschätzungen vor.

Die Schätzungen der KELAG Wärme ergaben für die Rahmenvereinbarungen Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 und den dazu gehörenden Bauarbeiten für Kärnten und Salzburg 2013 bis 2015 einen kumulierten Auftragswert i.H.v. 5.300.000 EUR. Obwohl dieser Wert über dem Schwellenwert für Bauaufträge lag, vergab sie die Bau- und Montagearbeiten als separate Aufträge, wobei sie für die Montagearbeiten ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich wählte. Nur die Bauarbeiten 2013 bis 2015 für Kärnten und Salzburg vergab die KELAG Wärme im Oberschwellenbereich nach einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

(4) Bei einem Verhandlungsverfahren hat die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer anhand objektiver Auswahlkriterien zu erfolgen. Diese Kriterien müssen allen interessierten Unternehmen zugänglich sein<sup>46</sup>.

Weiters war grundsätzlich eine Verfahrensart zu wählen, durch die ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet war.

**20.2** Der RH hielt kritisch fest, dass seiner Meinung nach die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich durch die KELAG jedenfalls in fünf der elf Fälle (rd. 45 %) nicht gesetzmäßig war. Er kritisierte die Vorgehensweise der KELAG Wärme, Bau- und Montagearbeiten als separate Aufträge zu betrachten, als unzulässiges Auftragssplitting mit dem Ziel der Inanspruchnahme einer Verfahrensart, die im Oberschwellenbereich nur in den im BVergG 2006 genannten Ausnahmefällen<sup>47</sup> zur Verfügung stand; gemäß BVergG 2006 war es untersagt, einem einzigen Bauwerk zugehörige Leistungen in mehrere Aufträge aufzuteilen. Nachdem Montage- und Bauarbeiten für den Bau von Fernwärmeleitungen zwingend erforderlich waren, stellten sie die Lose eines Auftrags und

<sup>46</sup> BVergG 2006, § 252 Abs. 3

<sup>47</sup> BVergG 2006, § 195, Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb

## Investitionen und Beschaffung

nicht separate Bauaufträge dar. Bei der Auftragswertermittlung wären daher die geschätzten Kosten für beide Leistungen zusammenzurechnen gewesen.

Zudem hielt der RH kritisch fest, dass insbesondere bei den Aufträgen im Kerngebiet der Tätigkeit der KELAG Wärme die tatsächlich beauftragten Volumina um bis zu 317 % über den geschätzten Auftragswerten lagen.

Nach Ansicht des RH verstieß eine Schätzung, die den Gesamtwert der aufgrund einer Rahmenvereinbarung voraussichtlich zu vergebenden Aufträge nicht berücksichtigte, gegen die gesetzlichen Bestimmungen und erfüllte deshalb nicht die Kriterien einer sorgfältigen Auftragswertermittlung. Bei Vornahme einer realistischen Schätzung, auch unter Zugrundelegung von Erfahrungswerten, hätte die KELAG Wärme vielfach Leistungen<sup>48</sup> im Oberschwellenbereich vergeben müssen.

Nach Beurteilung des RH stellte die gewählte Vorgehensweise bei den Rahmenvereinbarungen Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 und den dazu gehörenden Bauarbeiten für Kärnten und Salzburg 2013 bis 2015 eine Verletzung bzw. eine Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen dar. Bei einer gesetzeskonformen Zusammenrechnung der Werte für die Bau- und Montageleistungen sowie der Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen hätte aufgrund des Schätzwertes von 5.300.000 EUR der gesamte Auftrag (und nicht nur der Bauauftrag) im Oberschwellenbereich vergeben werden müssen.

Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme zu den Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich keine Unterlagen vorlegen konnte, nach welchen objektiven Kriterien die zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen ausgewählt wurden. Unabhängig von der Verpflichtung zu einer transparenten Dokumentation sollte die KELAG Wärme überdenken, ob ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich aufgrund des jeweiligen Auftragswerts der Rahmenvereinbarung tatsächlich eine Verfahrensart darstellte, durch die ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet war (siehe auch TZ 23, Transparenz des Verfahrens).

Der RH empfahl der KELAG Wärme, gemäß BVergG 2006 der Auftragswertermittlung die kumulierten geschätzten Kosten von Bau- und Montageleistungen sowie die voraussichtlichen Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen zugrunde zu legen und – für den Fall der

<sup>48</sup> bspw. die Rahmenvereinbarungen – jeweils Bau- und Montagearbeiten – Kärnten 2010/2011 sowie Kärnten, (Steiermark), Salzburg (und Slowenien) 2011/2012



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Überschreitung des von der Europäischen Kommission für Bauaufträge festgelegten Schwellenwerts – eine Vergabe im Oberschwellenbereich durchzuführen.

Ferner empfahl der RH der KELAG Wärme, bei der Wahl der Vergabeverfahren für Rahmenvereinbarungen den im BVergG 2006 vorgesehenen angemessenen Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten, um damit einen möglichst weitgehenden Wettbewerb erzielen zu können.

**20.3 (1) Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass nach dem BVergG 2006 bei Bauvorhaben, die aus mehreren Losen bestehen, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller Lose anzusetzen sei. Anderes gelte für unterschiedliche Bauvorhaben und für regelmäßige wiederkehrende Bauleistungen.**

Wie der RH selbst ausführe, bestünden die von der KELAG Wärme beauftragten Leistungen aus „einer Vielzahl verschiedener, zeitlich versetzter, kleiner Bauvorhaben im jeweiligen regional definierten Versorgungsgebiet, die typischerweise nicht im selben Netzgebiet lagen“. Unbestreitbar sei daher, dass zwischen diesen einzelnen Teilstücken kein technischer oder funktionaler Zusammenhang bestehe. Die KELAG Wärme habe sich jedoch u.a. aufgrund ausschreibungsstrategischer Überlegungen (Preisvorteile aufgrund größerer Menge) dafür entschieden, die einzelnen Bauvorhaben nicht gesondert zu beauftragen, sondern Rahmenvereinbarungen abzuschließen. Um den unterschiedlichen Bieterkreisen und notwendigen Gewerbeberechtigungen gerecht zu werden, sei eine Trennung in Tiefbau-Ausschreibung und Montage-Ausschreibung vorgenommen worden. Die Auftragswerte für die Montage- und die (Tief-)Bauarbeiten seien nicht zusammenzurechnen, die Berechnung des Auftragswerts sei für jedes dieser kleinen Teilstücke gesondert vorzunehmen gewesen.

Die Vergabe der Rahmenvereinbarungen im Unterschwellenbereich sei daher zulässig gewesen. Ein bewusstes unzulässiges Auftragssplitting liege ebenso wenig vor wie eine Umgehung der Vergabenormen.

(2) Die KELAG Wärme habe jedoch die Empfehlungen zum Anlass genommen, die Ausschreibungen zu den Rahmenvereinbarungen „Fernwärme Kärnten und Gasteinertal-Bauarbeiten“ sowie „Fernwärme Österreich Süd und Nord-Montagearbeiten“ im 1. Quartal 2015 im Oberschwellenbereich durchzuführen.

(3) Die KELAG Wärme teilte weiters mit, dass sie als Sektorenauftraggeberin im Unterschwellenbereich ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchführen könne, ohne dass die

## Investitionen und Beschaffung

*Voraussetzungen des § 195 BVerG vorliegen müssten. Die Anforderungen an den angemessenen Grad von Öffentlichkeit (Transparenzgebot) seien im Unterschwellenbereich wesentlich gemindert, die Anwendung des Transparenzgrundsatzes sei daher im Unterschwellenbereich der Prüfung der Verfahrensökonomie hintanzustellen.*

*(4) Die Auftragswertschätzung sei von der KELAG Wärme ordnungsgemäß und sorgfältig durchgeführt worden. Dabei seien als Basis für die Auftragswertschätzungen der Jahre 2010 bis 2013 die gemittelten Ausbaulängen der Jahre vor 2009 herangezogen worden; in diesen Jahren seien die Bauaktivitäten wesentlich geringer gewesen. Seit 2014 hätte die Zahl der Ausbaulängen, die über die Rahmenvereinbarungen abgewickelt werden, wieder abgenommen.*

*Dennoch aufgetretene geringfügige Überschreitungen des geschätzten Auftragswerts seien nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden unbeachtlich. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass nach der neuen Vergabe-Richtlinie bei Bauaufträgen Vertragsänderungen bzw. Erweiterungen bis zu einem Umfang von sogar 15 % des Auftragswerts zulässig seien.*

*(5) Zu den objektiven Kriterien zur Auswahl der einzuladenden Unternehmen für Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wies die KELAG Wärme auf Punkt 7.4 der ISO 9001 hin: danach müssen Organisationen Lieferanten aufgrund ihrer Fähigkeit, Produkte entsprechend den Anforderungen der Organisation zu liefern, beurteilen und auswählen. Es müssten Kriterien für die Auswahl, Beurteilung und Neubeurteilung aufgestellt werden. Aufzeichnungen über die Ergebnisse von Beurteilungen und über notwendige Maßnahmen müssen geführt werden.*

**20.4 (1)** Nach Ansicht des RH ist das Zusammenwirken von Bau- und Montagefirmen erforderlich, um eine funktionierende FernwärmeverSORGUNG herzustellen. Die geschätzten Auftragswerte von Bau- und Montageleistungen waren daher jedenfalls zusammenzurechnen.

Die Argumentation der KELAG Wärme, die im Zuge von Rahmenvereinbarungen vergebenen Bauaufträge seien nicht zusammenzurechnen, weil zwischen diesen ein technischer oder funktionaler Zusammenhang nicht bestehe, widerspricht dem § 185 BVerG 2006, dem zufolge der „geschätzte Auftragswert einer Rahmenvereinbarung (...) der für ihre gesamte Laufzeit geschätzte Gesamtwert aller auf Grund dieser Rahmenvereinbarung (...) voraussichtlich zu vergebenden Aufträge (ist)“. Aus der Sicht des RH besteht daher die Verpflichtung zur Zusammenrechnung der geschätzten Auftragswerte für alle Bauauf-



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

träge, d.h. auch für Aufträge, die nicht in einem technischen und funktionalen Zusammenhang stehen.

Zusammenfassend verblieb der RH daher bei seiner Kritik, dass die KELAG Wärme in den genannten Fällen die vergaberechtliche Bestimmung verletzte bzw. umging und bei seiner Empfehlung, die geschätzten Kosten der Bau- und Montageleistungen sowie die geschätzten Kosten aller Bauaufträge, die aufgrund einer Rahmenvereinbarung voraussichtlich vergeben werden, zusammenzurechnen.

(2) Der RH nahm die Mitteilung der KELAG Wärme zur Ausschreibung der Rahmenvereinbarungen „Fernwärme Kärnten und Gasteinertal-Bauarbeiten“ sowie „Fernwärme Österreich Süd und Nord-Montagearbeiten“ im Oberschwellenbereich zur Kenntnis.

(3) Der RH verwies auf seine Ausführungen, dass die KELAG Wärme bestrebt sein sollte, für zu beschaffende Leistungen die Vertragspartner in nachvollziehbarer Weise auszuwählen und diesen ein marktkonformes Entgelt zu bezahlen. Der RH wies die KELAG Wärme darauf hin, dass eine solche Vorgangsweise mit dem Vergaberecht vereinbar war.

Er verblieb daher bei seiner Empfehlung, bei der Wahl der Vergabeverfahren für Rahmenvereinbarungen einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten, um damit einen möglichst weitgehenden Wettbewerb erzielen zu können.

(4) § 181 Abs. 3 BVergG verpflichtet die KELAG Wärme, den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistung vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln; geringfügige Überschreitungen der geschätzten Auftragswerte sind – wie die KELAG Wärme zutreffend ausführt – nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden zulässig. Abweichungen der tatsächlichen Auftragswerte von den Schätzwerten von 50 % (Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 einschließlich Option 2014/2015; Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015), 99 % (Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011; Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011) bzw. 211 % (Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 einschließlich Option 2012/2013; Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012 einschließlich Option 2012/2013) können allerdings nicht als „geringfügig“ bezeichnet werden, sie überschreiten zudem den Toleranzbereich von 15 % des Auftragswertes der neuen Vergabe-Richtlinie bei Bauaufträgen signifikant.

## Investitionen und Beschaffung

Der RH verblieb daher bei seiner Ansicht, dass eine Schätzung, die den Gesamtwert der aufgrund einer Rahmenvereinbarung voraussichtlich zu vergebenden Aufträge aus den möglichen Abrufen aus einer Rahmenvereinbarung nicht berücksichtigte, nicht die Kriterien einer sorgfältigen Auftragswertermittlung erfüllte.

(5) Zum Thema objektive Kriterien für die Auswahl der einzuladenden Unternehmen hielt der RH der KELAG Wärme entgegen, dass der Punkt 7.4 der ISO 9001 lediglich besagt, dass die KELAG Wärme ihre Auftragnehmer derart auszuwählen hat, „dass die beschafften Produkte die festgelegten Beschaffungsanforderungen erfüllen“ und dass sie die „Lieferanten aufgrund ihrer Fähigkeit beurteilen und aus(zu) wählen (hat), Produkte entsprechend den Anforderungen der Organisation zu liefern“. Diese allgemein gehaltene Regelung dient – wie die gesamte ISO 9001 – der Festlegung eines Qualitätsmanagementsystems für eine Organisation, um den Kundenerwartungen und den behördlichen Anforderungen zu entsprechen und nicht der Beschaffung von marktkonformen Leistungen. Der RH verblieb daher bei seiner Empfehlung, die Begründung für die Durchführung von Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich transparent und nachvollziehbar zu dokumentieren.

**21.1** (1) Das Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn umfasste die Errichtung eines Fernwärmennetzes mit einer Gesamtlänge von rd. 10.000 Trassenmetern. Zu diesem Zweck vergab die KELAG Wärme im Jahr 2012 separate Aufträge in den Bereichen Tiefbau und Rohrmontage (ohne die Rohrlieferung) jeweils im Unterschwellenbereich im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb. Die Rohre stellte die KELAG Wärme dem Auftragnehmer der Montageleistungen zur Verfügung; zu diesem Zweck vergab sie einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

Im Rahmen des Projekts Spittal an der Drau plante die KELAG Wärme die Errichtung eines Fernwärmennetzes mit einer Gesamtlänge von rd. 21.000 Trassenmetern. Die Aufträge in den Bereichen Tiefbau, Rohrmontage und Rohrlieferung vergab sie im Jahr 2012 in gleicher Weise wie beim Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn.

Für die Schätzung der Auftragswerte für die Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau hätte die KELAG Wärme neben den geschätzten Werten für die Montage und die Bauarbeiten auch den geschätzten Wert der Rohre zu berücksichtigen und – ausgehend



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

von den jeweiligen Gesamtwerten – die entsprechende Verfahrenswahl zu treffen gehabt<sup>49</sup>.

(2) Bei den beiden vom RH überprüften Projekten Neudörfl/Bad Sauerbrunn sowie Spittal an der Drau zeigten die geschätzten Auftragswerte und die von der KELAG Wärme jeweils gewählten Schwellenwertbereiche und Vergabeverfahren folgendes Bild:

**Tabelle 10: Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn sowie Spittal an der Drau; geschätzte Auftragswerte, gewählte Schwellenwertbereiche sowie Vergabeverfahren**

	geschätzter Auftragswert in 1.000 EUR	gewähltes Vergabeverfahren	BVergG eingehalten
<b>Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn</b>			
Montagearbeiten	980	VoAW	nein
Bauarbeiten	2.950	VoAW	nein
Rohrlieferung	2.160	VnAW	ja
<b>Summe</b>	<b>6.090<sup>1</sup></b>		
<b>Projekt Spittal an der Drau</b>			
Montagearbeiten	1.550	VoAW	nein
Bauarbeiten	4.980	VoAW	nein
Rohrlieferung	3.820	VnAW	ja
<b>Summe</b>	<b>10.350<sup>1</sup></b>		

VoAW: Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb

VnAW: Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb

<sup>1</sup> zum Einleitungszeitpunkt maßgeblicher Schwellenwert für Bauaufträge 5,00 Mio. EUR

Quelle: RH

Die Gesamtschätzwerte betragen für die Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn 6,09 Mio. EUR und für Spittal an der Drau 10,35 Mio. EUR; damit überstiegen sie den von der Europäischen Kommission für Bauaufträge festgelegten Schwellenwert von 5,00 Mio. EUR für die Jahre 2012 und 2013. Beide Projekte hätten somit im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben werden müssen.

**21.2** Der RH stellte bei vier von sechs Vergabeverfahren (rd. 67 %) die Wahl eines nicht gesetzmäßigen Vergabeverfahrens durch die KELAG Wärme fest: Er verwies dabei auf das Verbot, Gesamtaufträge aufzuteilen und auf die Regelung, nach der bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren oder Dienst-

<sup>49</sup> Die Art der Beschaffung der Waren für die Eigenleistungen war dabei unerheblich.

## Investitionen und Beschaffung

leistungen einzubeziehen sind, die dem Unternehmer vom Sektoren-auftraggeber zur Verfügung gestellt werden<sup>50</sup>. Die Nichtberücksichtigung der Kosten der Rohre versetzte die KELAG Wärme in die Lage, die Bau- und Montageaufträge separat im Unterschwellenbereich zu vergeben. Der RH kritisierte diese Vorgangsweise als unzulässiges Auftragssplitting mit dem Ziel, die Aufträge nicht europaweit ausschreiben zu müssen. Er verwies in diesem Zusammenhang auf seine in TZ 20 abgegebene Empfehlung zur Auftragsvertermittlung von Bauaufträgen.

**21.3** *Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie bei der Umsetzung von Bauvorhaben zwischen der wirtschaftlichen (Investitionen, Rentabilität) und der technischen Seite (funktionale/betriebliche Eigenständigkeit) differenziere. Das Ausbaukonzept in Neudörfl/ Bad Sauerbrunn sei technisch in zwei verschiedene Bauvorhaben unterteilt worden: Die Rohrleitungsprojekte von Neudörfl (im Burgenland) ausgehend in Richtung Niederösterreich (4.830 m) und in Richtung Bad Sauerbrunn (6.445 m) seien als selbstständig betriebsfähige Teilabschnitte anzusehen gewesen. Zusätzlich zu der Errichtung der Trassen seien weitere Investitionen bzw. Kosten zu berücksichtigen gewesen (Wärmeübergabestationen 0,4 Mio. EUR, Auskoppelung 0,7 Mio. EUR, Aufwendungen für das Anschlussstück bis zum Beginn der beiden Trassen bzw. den Sektorenschiebern in Neudörfl 0,1 Mio. EUR, interne Planungskosten 0,4 Mio. EUR).*

*Die Kosten- bzw. Investitionskalkulation für die Errichtung der Trasse in Richtung Niederösterreich hätte 2,9 Mio. EUR und für die Errichtung der Trasse im Burgenland 3,8 Mio. EUR betragen.*

*Nachdem die Kostenschätzung für beide Bauvorhaben jeweils nicht den Schwellenwert von 5 Mio. EUR erreicht habe, habe die KELAG Wärme jeweils Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich (Lieferung der Kunststoffmantelrohre) und im Unterschwellenbereich (Tiefbau- und Rohrmontagearbeiten) durchgeführt. Der Vollständigkeit halber wies sie darauf hin, dass sich die Kosten für beide Vorhaben nach der Endabrechnung in Summe unter dem damaligen Schwellenwert befanden.*

**21.4** Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass er unverändert von einem einheitlichen Bauvorhaben der FernwärmeverSORGUNG Neudörfl/ Bad Sauerbrunn ausging. Dies deshalb, weil die Ausschreibungsunterlagen von der Errichtung eines einheitlichen Fernwärmesystems im Ausmaß von rd. 10.000 Trassenmetern ausgingen, Teilangebote nicht

<sup>50</sup> BVergG 2006, § 182 Abs. 2

zuließen, einheitliche Beginn- und Fertigstellungstermine festsetzen sowie ein einheitliches Vergabeverfahren vorsahen.

Der RH hielt daher seine Kritik an der von der KELAG Wärme gewählten Vorgangsweise und seine Empfehlung aufrecht.

#### Zuschlagskriterien

**22.1** Die KELAG Wärme ermittelte die Auftragnehmer der Rahmenvereinbarungen sowohl für die Bau- als auch für die Montagearbeiten stets nach einem von ihr als „gewichtetes Billigstbieterprinzip“ bezeichneten Verfahren. Darunter verstand die KELAG Wärme die Ermittlung des Auftragnehmers über das Angebot mit dem niedrigsten Preis unter Zugrundelegung von im Leistungsverzeichnis angeführten Gewichtungen:

**Tabelle 11: Gewichtete Zuschlagskriterien der Rahmenvereinbarungen**

Zuschlagskriterien	Leistungsgegenstand und Jahr der Ausschreibung			
	Montage- arbeiten 2010	Montage- arbeiten 2011	Bauarbeiten 2010 und 2011	Montage- sowie Bauarbeiten 2013
in %				
Angebotssumme	70	60	20	20
Baustellengemeinkosten	30	40	40	40
Summe der als wesentlich gekennzeichneten Positionen	-	-	40	40
<b>Summe</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

Quelle: RH

Zwei Positionen<sup>51</sup> der – höchstens sechs<sup>52</sup> Positionen umfassenden – Leistungsgruppe Baustellengemeinkosten waren im Leistungsverzeichnis zusätzlich als „Wesentliche Positionen“ gekennzeichnet; dadurch gingen diese zwei Positionen, die nicht der direkten Ausführung der Leistungen dienten, unter Zugrundelegung von im Leistungsverzeichnis angeführten Gewichtungen dreimal in die Bewertung des „gewichteten Billigstbieters“ ein, wodurch diese die bei Weitem größte Bedeutung bei der Ermittlung des Auftragnehmers ausübten.

<sup>51</sup> immer die Position Nr. 01.10 010 (Baustelleneinrichtung) und Position Nr. 01.10 020 (Baustellenwechsel)

<sup>52</sup> bspw. Vergabeverfahren Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011

## Investitionen und Beschaffung

Vertiefte Angebotsprüfungen zum weitest möglichen Ausschluss spekulativer Preisgestaltung gemäß BVergG 2006 nahm die KELAG Wärme bei keiner vom RH geprüften Rahmenvereinbarung vor (siehe TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung).

**22.2** Der RH hielt fest, dass das BVergG 2006<sup>53</sup> nur einen Zuschlag entweder an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß den Angaben in der Ausschreibung oder an das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorsah. Die von der KELAG Wärme angewandte Kombination beider Verfahren für ein „gewichtetes Billigstbieterprinzip“ war im BVergG 2006 nicht vorgesehen.

Der RH sah im „gewichteten Billigstbieterprinzip“ auch keinen wirtschaftlichen Vorteil für die KELAG Wärme. Das wesentlichste Element des Billigstbieterprinzips, der billigste Gesamtpreis, trat bei den Ausschreibungen der Rahmenvereinbarungen der KELAG Wärme in den Hintergrund. Im Gegenzug waren, nach Beurteilung des RH, bspw. kreative Preisgestaltungen der Bieter vordergründig:

- Die Kosten der Leistungsgruppe Baustellengemeinkosten konnten – richtig – entweder mit realen Werten der Kostenwahrheit entsprechend in der Leistungsgruppe selbst ausgewiesen oder aber – spekulativ – durch Einrechnung auf andere Positionen verlagert werden.
- Bot ein Bieter insbesondere in der Leistungsgruppe Baustellengemeinkosten kostendeckende Preise an, konnte dieser durch die Gewichtung, selbst wenn dessen Angebot den billigsten Gesamtpreis aufwies, niemals zum Auftragnehmer werden; die „Preisanpassungen“ zwischen Erst- und Letztpreisangebot bei der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 lieferten hiefür einen anschaulichen Beleg (siehe auch TZ 37, Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015).

Nach Auffassung des RH konnten durch die von der KELAG Wärme gewählten Kriterien zur Gewichtung Bieter nur dann zu „gewichteten Billigstbietern“ werden, wenn diese Angebote mit spekulativer Preisgestaltung abgaben. Das Anwenden des „gewichteten Billigstbieterprinzips“ hätte in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durch die KELAG Wärme bedingen müssen.

<sup>53</sup> BVergG 2006, § 271



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Der RH empfahl der KELAG Wärme, einen Zuschlag entweder an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot laut den Angaben in der Ausschreibung oder an das Angebot mit dem niedrigsten Preis gemäß dem BVergG 2006 zu erteilen.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, zur Ermittlung des Auftragnehmers Kriterien vorzusehen, welche die Abgabe spekulativer Angebote möglichst ausschließen.

**22.3 (1) Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass nach dem BVergG „... Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien“ seien, „nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie z.B. ... Preis, ... Betriebskosten, ...“. Die gewichtete Bewertung einer Position sei daher nichts anderes als die Bewertung der niedrigeren Kosten einer Position. Dies sei eine Ausgestaltung des Bestbieterprinzips und entspreche den zulässigen Prinzipien des BVergG. Ziel sei es gewesen, bei besonders sensiblen Positionen allfälligen Preisspekulationen entgegen zu wirken. Die gewichtete Bewertung einer Position unterscheide sich systematisch auch nicht von dem Fall, dass optionale Positionen anders gewichtet werden als fixe Positionen. Die Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise von fixen und optionalen Positionen sei jedoch von der Judikatur anerkannt.**

**(2) Für die Zulässigkeit des „gewichteten Billigstbieterprinzips“ spreche auch der Umstand, dass dasselbe Ergebnis bspw. auch durch eine Änderung des Mengenvordersatzes hätte erzielt werden können. Eine entsprechende Erhöhung der Mengen bei den betreffenden Positionen würde dieselbe Gewichtung bewirken wie die von der KELAG Wärme gewählte Vorgehensweise. Bei den betreffenden Positionen sei klar gewesen, dass diese vermehrt anfallen werden, weshalb die KELAG Wärme bei der Gewichtung dieser Positionen insofern auch auf die Lebenszyklus-Kosten abgestellt habe.**

*Im Übrigen finde sich im BVergG auch keine Bestimmung, welche die Gewichtung von einzelnen Positionen ausdrücklich untersage.*

**(3) Die KELAG Wärme habe jedoch die Empfehlungen zum Anlass für Veränderungen genommen; bei in 2014 und 2015 durchgeföhrten Ausschreibungen zu Bauverträgen wären andere Methoden zur Bestbieterermittlung, wie insbesondere Teilpauschalausschreibungen auf Trassenmeterpreisbasis oder Auf- und Abschlagspreisverfahren, ange-**

## Investitionen und Beschaffung

*wendet worden. An einer Gewichtung von Einzelpositionen („wesentliche Positionen“) habe man jedoch unter Anwendung einer vertieften Angebotsprüfung im Anlassfall festgehalten.*

**22.4** (1) Zur Stellungnahme der KELAG Wärme betreffend die Zuschlagskriterien entgegnete der RH, dass das BVergG 2006 ohne Einschränkungen nur einen Zuschlag an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieter) oder das Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieter) vorsieht. Bei den von der KELAG Wärme angewandten gewichteten Zuschlagskriterien – Angebotssumme, Baustellengemeinkosten sowie Summe der als wesentlich gekennzeichneten Positionen – waren ausschließlich wirtschaftliche und keine, wie im BVergG 2006 gefordert, auch technischen Kriterien angesprochen, so dass die Ermittlung eines Bestbieters unmöglich war. Dies widersprach auch dem Billigstbieterprinzip, weil dem Zuschlag nicht mehr das Angebot mit dem niedrigsten Preis zugrunde lag. Der RH blieb daher bei seiner Auffassung, dass das von der KELAG Wärme verwendete „gewichtete Billigstbieterprinzip“ kein im BVergG 2006 vorgesehenes Verfahren darstellte.

Weiters widersprach der RH der KELAG Wärme, dass die von ihr vorgenommene Gewichtung einzelner Positionen der anerkannten Judikatur – betreffend die Gewichtung fixer und optionaler Positionen – entsprach. Die Rechtsprechung zu diesem Thema verstand unter optionalen Positionen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich als Option gekennzeichnete Positionen oder sogenannte Wahlpositionen. Für Letztere haben die Bieter im Angebot zwar Einheitspreise anzugeben, deren Positionspreise<sup>54</sup> finden jedoch wegen der Optionalität der Positionen keine oder nur eine verminderte Berücksichtigung in der Angebotssumme. Die KELAG Wärme hingegen setzte nunmehr die Gewichtung fixer Positionen mit geringen Mengenvordersätzen mit der Gewichtung optionaler Positionen gleich. Als grundlegender Unterschied zu den ausdrücklich als Option gekennzeichneten Positionen oder Wahlpositionen waren bei der KELAG Wärme die Positionspreise der Positionen mit geringen Mengenvordersätzen jedoch fixer Bestandteil der Angebotssumme. Der RH wies darauf hin, dass die Gleichsetzung der Gewichtung nach fixen Positionen mit der Gewichtung nach optionalen Positionen nicht der anerkannten Judikatur entsprach.

(2) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass das Leistungsverzeichnis jene maßgebliche Unterlage darstellt, um das für den Auftraggeber technisch-wirtschaftlich beste oder preislich günstigste Angebot

<sup>54</sup> Der jeweilige Positionspreis errechnet sich als Produkt des Einheitspreises und des Mengenvordersatzes.



bestimmen zu können. Die darin angeführten Mengen sollen dabei die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegeln.

Dem Einwand der KELAG Wärme, die Erhöhung der Menge einer Position entspräche der Gewichtung einer Position des Leistungsverzeichnisses und würde das gleiche Ergebnis der Bieterreihung erzielen, hielt der RH entgegen, dass willkürliche Erhöhungen von Mengen bei bestimmten Positionen zur Abgabe spekulativer Angebote einladen und eine dem BVergG 2006 entsprechende Ermittlung des Auftragnehmers unmöglich machen.

(3) Der RH hielt fest, dass die bei den in den Jahren 2014 und 2015 durchgeführten Ausschreibungen von der KELAG Wärme angewandten anderen Methoden zur Bestbieterermittlung, wie insbesondere Teilstreckenausschreibungen auf Trassenmeterpreisbasis oder Auf- und Abschlagspreisverfahren, erstmals im Rahmen der Stellungnahme von der KELAG Wärme bekanntgegeben wurden. Ob jedoch die neuen Methoden zur Bestbieterermittlung zu einer Verbesserung des Vergabeverfahrens führten, konnte der RH nicht beurteilen, weil die angeführten Ausschreibungen nicht Gegenstand der Gebarungsüberprüfung waren.

#### Transparenz des Verfahrens

**23.1** Die KELAG Wärme konnte zu keinem der bis zum Jahr 2012 durchgeführten Vergabeverfahren Unterlagen vorlegen, die bspw. die Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb begründete oder die Verhandlungsergebnisse mit den Bieter im Rahmen der Verhandlungsverfahren zur Ermittlung des Billigstbieters belegten.

Ab dem Jahr 2012 verbesserte die KELAG Wärme die Dokumentation ihrer Vergabeverfahren, indem sie nunmehr Niederschriften über die Verhandlungsergebnisse mit den Bieter im Rahmen der Verhandlungsverfahren zur Ermittlung des Billigstbieters erstellte. Die Dokumentation der Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb unterblieb aber.

**23.2** Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme in weiten Bereichen ihre Vergabeverfahren nicht dokumentierte. Damit war einerseits die Transparenz im Vergabeverfahren nicht gewährleistet und andererseits eine objektive und nachvollziehbare Nachverfolgung der Entscheidungsfindung nicht möglich.

## Investitionen und Beschaffung

Der RH empfahl der KELAG Wärme, die Dokumentation der Vergabevorgänge entsprechend den Intentionen des BVergG 2006 und unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung vorzunehmen.

### (Vertiefte) Angebotsprüfung

**24.1 (1)** Bei mehreren Rahmenvereinbarungen und Projekten der KELAG Wärme stellte der RH preisliche Besonderheiten fest:

(a) Bei den Rahmenvereinbarungen bzw. Projekten

- Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011
- Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011
- Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011
- Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011
- Neudörfl/Bad Sauerbrunn

rechneten Bieter mehrere im Leistungsverzeichnis getrennt ausgeschriebene Positionen einer Unterleistungsgruppe (bspw. Vorspannen) in die Positionen einer anderen Unterleistungsgruppe (bspw. Rohre) ein. Diese Positionen waren im Leistungsverzeichnis jeweils mit dem Einheitspreis „0 EUR“ ausgepreist.

Nach der Rechtsprechung waren aus Sicht eines Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt<sup>55</sup> aufgrund der Gestaltung des Leistungsverzeichnisses mit der vorgesehenen positionsweisen Angabe von Einheitspreisen die konkreten Leistungspositionen jedenfalls dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten und die Einheitspreise zu ermitteln und aufgegliedert einzusetzen waren. Ein Auspreisen von Positionen mit dem Einheitspreis „0 EUR“ war nach der Rechtsprechung unzulässig.

(b) Die Niederschriften der Angebots-Verhandlung vom 18. Juni 2012 mit den beiden bestgereichten Bieter des Vergabeverfahrens Fernwärme Neudörfl/Bad Sauerbrunn zeigten bei einigen Leistungsgruppen „äußerst hohe Einheitspreise auf, die für das Letztpreisangebot unbedingt überarbeitet werden sollten“. Davon betroffen waren

<sup>55</sup> vgl. EuGH 4. Dezember 2003, Rs C-448/01 (EVN-AG, Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 19. November 2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17. November 2004, 2002/04/0078; 16. Februar 2005, 2004/04/0030; BVA 14. November 2008, GZ N/0122-BVA/04/2008-48; 11. Jänner 2008, GZ N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

- beim Bieter mit dem preislich billigsten Angebot die Einheitspreise der zwei Leistungsgruppen Formstücke und Armaturen sowie
- beim Bieter mit dem preislich zweitbilligsten Angebot die Einheitspreise der zwei Leistungsgruppen Rohre und Schweißnähte/Passschnitte.

Der Bieter – und spätere Auftragnehmer – mit dem preislich billigsten Angebot im Vergabeverfahren Neudörfel/Bad Sauerbrunn<sup>56</sup> preiste in seinem Letztpreisangebot die dokumentierten „äußerst hohen Einheitspreise, die für das Letztpreisangebot unbedingt überarbeitet werden sollten“ bei den Leistungsgruppen Formstücke und Armaturen unverändert aus.

(c) Bei der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 bestanden bei einer Bietergemeinschaft – dem späteren Auftragnehmer – zwischen dem Erst- und dem Letztpreisangebot erhebliche Preisdifferenzen bei mehreren Positionen. Insbesondere die Reduktion des Positionspreises<sup>57</sup> „Baustelleneinrichtung“ um 289.142,73 EUR bzw. um 92,14 % war augenscheinlich (siehe auch TZ 37, Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015).

Obwohl – selbst nach Ansicht der KELAG Wärme – manche Angebote in preislicher Hinsicht Auffälligkeiten aufwiesen und begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestanden, prüfte sie die Positionen im Letztpreisangebot nicht vertieft gemäß den Vorgaben des BVergG 2006.

Die KELAG Wärme schied im weiteren Verfahrensablauf zu keinem Zeitpunkt – wie bspw. nach der Angebotseröffnung oder nach der Vorprüfung der abgegebenen Angebote oder nach den Vergabeverhandlungen oder nach der Prüfung des Letztpreisangebots – ein Angebot aus dem Vergabeverfahren aus.

<sup>56</sup> Der Bieter mit dem preislich zweitbilligsten Angebot reduzierte die im Rahmen der Angebotsverhandlung angesprochenen „äußerst hohen Einheitspreise“ der zwei Leistungsgruppen Rohre und Schweißnähte/Passschnitte um jeweils durchschnittlich rd. 7 %.

<sup>57</sup> Die Verminderung des Positionspreises errechnet sich aus dem Produkt der Differenz des Einheitspreises und dem ausgeschriebenen Mengenvordersatz (neun Pauschalen).

## Investitionen und Beschaffung

Eine gewissenhafte vertiefte Angebotsprüfung lässt vergaberelevante Details des Preisgefüges erkennen und gibt auch Hinweise für ein aktives Anti-Claim Management<sup>58</sup> durch den Auftraggeber.

(2) Die KELAG Wärme behielt sich gemäß dem Verfahrensablauf in den Angebotsbestimmungen zu den durchgeföhrten Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vor,

- das vom Bieter abgegebene Angebot zunächst einer Vorprüfung zu unterziehen, um damit die Verhandlungen über den gesamten Leistungsinhalt mit den bestgereihten Bieter vorzubereiten,
- sodann in einer ersten Verhandlungsrounde Verhandlungen mit den bestgereihten Bieter zu föhren, um das für sie beste Angebot zu ermitteln,
- im Falle des nicht erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen zu weiteren Verhandlungsrounden einzuladen und
- den Abschluss der Vergabeverhandlungen durch die Abgabe eines Letztpreisangebots bekannt zu geben.

Die Bieter hatten demgemäß bereits mit ihrem Erstangebot ein markt-konformes Angebot zu legen, weil sie davon ausgehen mussten, nicht in die „shortlist“ der bestgereihten Bieter aufgenommen zu werden und damit aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

Bei mehreren vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen der KELAG Wärme änderten die späteren Auftragnehmer – die mit ihrem jeweiligen Erstangebot noch nicht das billigste Angebot gelegt hatten – im Rahmen des Letztpreisangebots weder ihre mit dem Erstangebot angebotenen Preise noch die angebotene Leistung; sie gewährten hierauf jedoch ungewöhnlich hohe prozentuelle Preisnachlässe. Die erheblichen Preisnachlässe waren daher nicht durch eine entsprechende qualitative oder quantitative Verringerung der Leistung zu erklären:

- Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011 (Nachlass 20 %);
- Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 (Nachlass 13 %);

<sup>58</sup> Das Anti-Claim Management bezeichnet die vertragskonforme Prüfung und Abwicklung von Auftragnehmer-Nachträgen sowie die Abwehr unberechtigter Vergütungsansprüche durch den Auftragnehmer (siehe RH, Reihe Bund 2006/12 S. 59 ff. sowie Reihe Bund 2012/2).

- Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011 (Nachlass 9 %);
- Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011 (Nachlass 20 %).

Erst mit diesen ungewöhnlich hohen prozentuellen Preisnachlässen wurden diese Bieter zu Billigstbietern und Auftragnehmern.

Obwohl bei diesen Angeboten begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestanden, prüfte die KELAG Wärme die Positionen im Letztpreisangebot nicht vertieft gemäß den Vorgaben des BVergG 2006.

(3) Die KELAG Wärme wies in ihren Leistungsverzeichnissen „Wesentliche Positionen“ aus, die nach entsprechender Gewichtung auch in die Ermittlung des „gewichteten Billigstbieters“ Eingang fanden. Allerdings führte die KELAG Wärme zumindest für die ausgewiesenen „Wesentlichen Positionen“ keine vertiefte Angebotsprüfung durch (siehe TZ 22, Zuschlagskriterien).

**24.2** Die KELAG Wärme verabsäumte im Zuge der Angebotsprüfungen, besonderes Augenmerk auf die Plausibilität der Preiskalkulationen sowie auf allfällige Spekulationspotenziale zu legen (bspw. Hochpreise, Unterpreise, Sensitivitätsanalyse). Diese vertiefte Angebotsprüfung hätte auf Basis der Kalkulationsformblätter zu erfolgen (siehe auch TZ 25, Vorlage der Kalkulationsformblätter „K 7“).

Der RH hielt kritisch fest, dass das Anbieten von Positionen mit dem Einheitspreis „0 EUR“ eine spekulative Angebotserstellung<sup>59</sup> darstellte, indem der Bieter jeweils zu erkennen gab, dass er dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen nicht in Rechnung stellen würde.

Somit lag ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, weil es eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufwies. Eine Umlagerung von Kosten bedingte, auch wenn sich der Gesamt-Angebotspreis nicht änderte, eine Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> vgl. BVA 20. Juni 2003, GZ 17N-46/03-34

<sup>60</sup> vgl. Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 Rz 13, BVA 3. September 2004, GZ 10N-57/04-34; BVA 21. April 2012, GZ N/0020-BVA/09/2012-28)

## Investitionen und Beschaffung

Weiters kritisierte der RH, dass auch die Angebote mit den ungewöhnlich hohen prozentuellen Preisnachlässen sowie mit den erheblichen Preisdifferenzen zwischen dem Erst- und dem Letztpreisan-gebot betriebswirtschaftlich nicht erklärbar waren und spekulativen Charakter aufwiesen.

Die KELAG Wärme hätte dies aufklären und das unplausible Letztange-bot vertieft prüfen müssen, um die Folgen des spekulativen Charakters des Angebots zu klären. In weiterer Folge hätte die KELAG Wärme das Angebot ausscheiden müssen, zumal eine Vergleichbarkeit und Nach-vollziehbarkeit der geforderten Leistungen nicht möglich war. Das Vor-gehen des Auftraggebers widersprach dem Gleichbehandlungsgebot und dem Gebot, ein faires, dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen.

Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme jedoch selbst bei den in den Leistungsverzeichnissen ausgewiesenen „Wesentlichen Positionen“ keine vertiefte Angebotsprüfung vornahm. Der RH war der Auffas-sung, dass durch dieses Versäumnis der Sinn der Kennzeichnung als „Wesentliche Positionen“ – das Verhindern von spekulativ angebo-teten Preisen für diese Positionen – zur Gänze verloren ging.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, im Rahmen der Angebotsprü-fungen auf die Plausibilität der Preiskalkulationen sowie auf allfäl-lige Spekulationspotenziale besonders zu achten (Hochpreise, Unter-preise, Sensitivitätsanalyse).

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, in jenen Fällen, in denen sie „Wesentliche Positionen“ als Zuschlagskriterium definiert hatte, jedenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

**24.3 (1) Die KELAG Wärme entgegnete in ihrer Stellungnahme, dass gemäß dem BVergG ein Sektorenauftraggeber nur dann Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und diese vertieft prüfen müsse, wenn der Gesamtpreis eines Angebots im Verhältnis zur Leistung unge-wöhnlich niedrig sei oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen beständen. Im Unterschwellenbereich könne gemäß BVergG von der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gänzlich abge-sehen werden; dies habe für die überwiegende Mehrzahl der Ausschrei-bungen der KELAG Wärme gegolten.**

**(2) Bei den von der KELAG Wärme durchgeföhrten Angebotsprüfungen hätten immer wieder vereinzelt Anhaltspunkte für das Vorliegen eines der beiden im BVergG taxativ genannten Ausnahmefälle bestanden, ins-besondere begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen. Die**



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

*KELAG Wärme habe in allen Fällen den jeweiligen Bieter im Zuge der Verhandlungsgespräche aufgefordert, diese Positionen im Letztpreisan-gebot zu ändern. Maßstab der Prüfung der Angemessenheit seien dabei immer die historisch angebotenen und abgerechneten Preise (Erfah- rungwerte) bei KELAG Wärme und ihren Rechtsvorgängern gewe- sen. Seit Ende 2012 würden die Inhalte aller Verhandlungsgespräche – insbesondere Hinweise auf spekulative Angebotspreisbildungen – in Standardprotokollen dokumentiert; dies obwohl ein Sektorenaufrag- geber sachdienliche Unterlagen nur über die im Oberschwellenbereich durchgeführten Vergabeverfahren mindestens vier Jahre ab Verfah- rensende aufzubewahren habe. Unterlagen über Verhandlungen seien davon nicht erfasst. Für Verfahren im Unterschwellenbereich würden diese Dokumentationspflichten nicht gelten.*

*(3) Die von der KELAG Wärme durchgeführten Angebotsprüfungen entsprächen somit auch hinsichtlich Preisprüfung und Dokumentation den gesetzlichen Anforderungen. Daher sei auch der Vorwurf des RH betreffend „spekulative Angebotserstellung“ nicht zutreffend und zurückzuweisen.*

*(4) Die KELAG Wärme nehme jedoch die Empfehlungen zum Anlass für Veränderungen; zum einen seien bereits seit Ende 2012 – obwohl gesetzlich nicht vorgeschrieben – sämtliche Verhandlungen durchgän- gig schriftlich zu dokumentieren und zum anderen ab Anfang 2013 bei Auftragerteilungen keine pauschalen Rabattierungen auf den ange- botenen Gesamtpreis mehr zugelassen; vielmehr sei jeweils ein neues Leistungsverzeichnis abzugeben. Auch der Empfehlung des RH, K3/ K7-Formblätter einzufordern, sei die KELAG Wärme bereits während der Prüfungshandlungen im Jahr 2014 gefolgt; die Formblätter seien ab Ende 2014 eingefordert und v.a. für die Prüfung der wesentlichen Positionen verwendet worden.*

**24.4** (1) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass der Gesetzgeber mit dem BVergG 2006 auch im Unterschwellenbereich keinen gänzlichen Verzicht auf eine vertiefte Angebotsprüfung samt Dokumentation von Verhandlungsgesprächen intendierte. Zwar konnten (Sektoren-)Auftraggeber im Unterschwellenbereich zwecks Entbürokratisierung im Zuge der vertieften Angebotsprüfung bzw. bei Mangelhaftigkeit der Angebote von einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung absehen (§ 268 Abs. 3 BVergG 2006). Dies ent hob den Auftraggeber im Unter- schwellenbereich von einer formalisierten Vorgangsweise, jedoch kei- neswegs von jeglicher Aufklärungspflicht. Es lag nun vielmehr in sei- nem Ermessen, in welcher Art und Weise er Aufklärung durch den Bieter verlangte; die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen des Auf- traggebers im Vergabeakt musste gewährleistet sein (siehe TZ 19 (7)).

## Investitionen und Beschaffung

Bei größeren Aufträgen im Unterschwellenbereich war jedoch anzuraten, die Aufklärung durch den Bieter zumindest schriftlich zu dokumentieren (§ 136 BVergG 2006). Die Argumentation der KELAG Wärme zielte somit ins Leere.

(2) Weiters entgegnete der RH der KELAG Wärme, dass ihre Protokolle über Verhandlungsgespräche ab 2012 Hinweise auf spekulative Angebotspreisbildungen zwar dokumentierten, die KELAG Wärme bei der Beurteilung der Letztpreisangebote jedoch trotz dieser Hinweise keine adäquaten Veranlassungen traf und auch Letztpreisangebote mit unveränderten, auffällig hohen Einheitspreisen nicht ausschied.

Hinsichtlich der Vorgangsweise zur Ermittlung des geschätzten Auftragswerts und damit der Zuordnung des Vergabeverfahrens in den Ober- bzw. Unterschwellenbereich verwies der RH auf seine Ausführungen zu TZ 20, Rahmenvereinbarungen im Bereich des Fernwärmeleitungsbaus, sowie TZ 21, Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau, dieses Berichts.

(3) Der RH widersprach der Ansicht der KELAG Wärme, dass die von ihr durchgeföhrten Angebotsprüfungen hinsichtlich der Preisprüfung und Dokumentation den gesetzlichen Anforderungen entsprachen. Wie der RH bereits in seinem Prüfungsergebnis festgehalten hatte, entsprach sein Vorwurf einer „spekulative Angebotserstellung“ der einschlägigen Rechtsprechung<sup>61</sup>; der RH bekräftigte daher aus den angeführten Gründen entschieden seinen Standpunkt.

(4) Der RH nahm die angegebenen Umsetzungen seiner Empfehlungen zur Dokumentation der Verhandlungen, zur Nichtzulassung von pauschalen Rabattierungen und Einforderung von K3/K7-Formblättern durch die KELAG Wärme zur Kenntnis.

### Kalkulationsformblätter „K 7“

**25.1** (1) Die Auftragsschreiben der KELAG Wärme sahen – entsprechend dem Leistungsverzeichnis als Haupttermin – die verbindliche Vorlage der Kalkulationsunterlagen „K 7-Blätter“ durch den Auftragnehmer an den Auftraggeber nach Auftragserteilung innerhalb von 14 Kalendertagen vor.

Die „K 7-Blätter“ gliedern die Leistungen in der im Leistungsverzeichnis angeführten Reihenfolge in die Ansätze für Stunden-, Geräte-

<sup>61</sup> vgl. Bundesvergabeamt 20. Juni 2003, GZ 17N-46/03-34

und Stoffaufwand auf und sind im Angebotsstadium zur vertieften Angebotsprüfung und während der Bauabwicklung als Grundlage zur Preisermittlung sowie Überprüfung der Preisangemessenheit von Nachtragsleistungen für im Angebot nicht enthaltene Leistungen unabdingbar.

Bei jedwedem Verzug der fristgerechten Vorlage der „K 7-Blätter“ verpflichtete sich der Auftragnehmer, eine Konventionalstrafe (Pönale) zu bezahlen, wobei diese Konventionalstrafe nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterlag; das Pönale lautete bei den Vergabeverfahren bis einschließlich 2011 auf jeweils 500 EUR je Kalendertag und bei den danach erfolgten Vergabeverfahren auf 600 EUR je Kalendertag.

(2) Die Überprüfung der Einhaltung der pönalisierten Termine für die Vorlage der „K 7-Blätter“ zeigte bei den vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten, dass nur bei den Rahmenvereinbarungen Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011 sowie Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011 die „K 7-Blätter“, wenngleich bis zu 20 Tagen verspätet, vorgelegt wurden waren. Bei allen anderen Rahmenvereinbarungen und Projekten wurden die „K 7-Blätter“ von den ausführenden Unternehmen zu keinem Zeitpunkt vorgelegt.

Demgemäß waren Konventionalstrafen (Pönalezahlungen) der ausführenden Unternehmen fällig, die sich insgesamt auf bis zu rd. 2,40 Mio. EUR – zum Stichtag 1. Dezember 2014 – beliefen. Die KELAG Wärme verzichtete bis zum Ende der Gebarungsüberprüfung an Ort und Stelle auf das Einfordern der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafen.

**25.2** (1) Der RH kritisierte, dass bei keinem von ihm geprüften Bauvorhaben die „K 7-Blätter“ rechtzeitig vorlagen. Der RH hielt zustimmend fest, dass die KELAG Wärme die Kalkulationsunterlagen des Auftragnehmers als wesentlichen Bestandteil zur Auftragserteilung betrachtete und diesen auch dementsprechend pönalisierte. Er bekräftigte, dass auf die Vorlage von Kalkulationsunterlagen, insbesondere der „K 7-Blätter“<sup>62</sup>, auf keinen Fall verzichtet werden soll, weil beim Fehlen der „K 7-Blätter“ eine vertiefte Angebotsprüfung sowie eine sachgerechte Prüfung von Nachtragsleistungen, die auf dem Bauauftrag basieren müssen, unmöglich war.

(2) Der RH stellte jedoch kritisch fest, dass die KELAG Wärme auf das Einfordern der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafen (Pönale-

<sup>62</sup> aber auch der anderen Kalkulationsunterlagen, wie bspw. der „K 3-Blätter“ (Mittellohnprix, Regielohnprix, Gehaltsprix)

## Investitionen und Beschaffung

zahlungen) verzichtete. Dadurch entgingen der KELAG Wärme über alle vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekte bis zu rd. 2,40 Mio. EUR an Pönalezahlungen.

Der RH hielt weiters fest, dass die Kalkulationsformblätter zu sämtlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses von allen Bietern bereits mit der Angebotsabgabe einzufordern wären (siehe TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung). Eine Vorlage zu einem späteren Zeitpunkt, bspw. innerhalb von 14 Kalendertagen nach der Auftragserteilung, kann aus der Erfahrung des RH Manipulationsmöglichkeiten<sup>63</sup> eröffnen.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, alle unter dem Rechtstitel „Pönale“ geregelten Ansprüche für das Unternehmen einzufordern. In jedem Einzelfall wären sämtliche Möglichkeiten zur Lukrierung der bislang nicht eingemahnten Pönalezahlungen zu prüfen und gegebenenfalls die entsprechenden rechtlichen Schritte zwecks Schadensminimierung zu setzen.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, die „K 7–Blätter“ zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung sowie zur Ermittlung der Preisangemessenheit von Nachtragsleistungen gleichzeitig mit der Angebotsabgabe einzufordern.

**25.3 Die KELAG Wärme erwiderte in ihrer Stellungnahme, dass sie die in ihren Unterlagen vorgesehene Vertragsstrafe (Pönalebestimmung) Ende 2012 aus folgenden Erwägungen gestrichen habe:**

- *Die gegenständliche Bestimmung habe vorgesehen, dass die Vertragsstrafe dem Auftragnehmer unabhängig von seinem Verschulden auferlegt würde; nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes verstoße eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe gegen die guten Sitten, wenn die Vertragsteile nicht ungefähr gleich behandelt werden.*
- *Die vorgesehene Vertragsstrafe sei betraglich nicht begrenzt gewesen und habe einen offensichtlichen Vermögensvorteil für den Auftraggeber dargestellt; auch dies sei sittenwidrig und somit zivilrechtlich nicht durchsetzbar gewesen.*
- *Die vorgesehene Vertragsstrafe sei nicht dem richterlichen Maßregelungsrecht unterlegen; diese Regelung sei für Vollkaufleute für Ver-*

<sup>63</sup> In erst nach der Angebotsabgabe vorgelegten „K 7–Blättern“ besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Bieter bei unveränderten Einheitspreisen die Ansätze für Stunden-, Gerät- und Stoffaufwand zum Nachteil des Bauherrn verändern können (siehe TZ 25.1).



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

*träge, die vor dem 1. Jänner 2007 geschlossen wurden, möglich gewesen, war ab diesem Zeitpunkt aber wirkungslos.*

*Die KELAG Wärme werde die vom RH aufgezeigten Sachvorhalte trotzdem nochmals prüfen, sehe aber mangels bestehender und erkennbarer Rechts-(Anspruchs-)grundlagen aus heutiger Sicht keine Möglichkeit, rechtliche Schritte einzuleiten. Der mit einer Einforderung der Pönalien verbundene Aufwand und das damit verbundene Prozessrisiko wäre aus Sicht der KELAG Wärme unverhältnismäßig hoch.*

**25.4** Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass er ausschließlich die Anwendung jener Bestimmungen bewertet hatte, die die KELAG Wärme in ihre eigenen Vertragsunterlagen aufgenommen hatte. Zur Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe wegen Verschuldensunabhängigkeit und fehlenden betraglichen Begrenzung bemerkte der RH folgendes:

Gemäß Vertragsbestimmung der KELAG Wärme hatte der Auftragnehmer innerhalb von 14 Kalendertagen nach Auftragsvergabe die Kalkulationsformblätter „K7“ verbindlich zu übermitteln. Dieser Termin war als einer von drei vertraglichen Hauptterminen gleichbedeutend mit dem „Beginn der Bauarbeiten“ und der „Fertigstellung der Bauarbeiten“. Bei Überschreitung jedes der drei Haupttermine wurde gemäß Bauvertrag ein Pönale fällig<sup>64</sup>. Indem die Auftragnehmer ihrer widerspruchslos übernommenen vertraglichen Verpflichtung zur fristgerechten Vorlage der Formblätter nicht nachkamen, erfüllten sie die der KELAG Wärme zugesicherten Ansprüche nicht.

Da die KELAG Wärme im Zuge der ersten Rechnungsprüfung zu jedem Auftrag die bis dahin fälligen – noch relativ geringen – Pönalezahlungen nicht vorschrieb und nicht auf umgehende Vorlage der Kalkulationsformblätter „K7“ drängte, hatte sie nach Auffassung des RH jedoch auch selbst Anteil an der Nichterfüllung vertraglicher Vereinbarungen.

In diesem Zusammenhang hielt der RH fest, dass Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, gemäß § 25 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden haften; somit wäre es auch Aufgabe der KELAG Wärme, für die Fälle, bei denen – bspw. infolge der Verjährung des Pönaleanspruchs – von den ausführenden Unternehmen keine oder nur eine teilweise Rückzahlung der vertraglich unter dem Rechtstitel „Pönale“ geregelten Ansprüche erlangt werden können, die Verantwortung der Geschäftsführer hin-

<sup>64</sup> je Kalendertag 500.- EUR (für Vergabeverfahren bis Ende 2011) bzw. 600.- EUR (für Vergabeverfahren ab 2012); bis zum Stichtag 1.12.2014 ergaben sich daraus bei den vom RH geprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten 2,40 Mio. EUR

## Investitionen und Beschaffung

sichtlich der Wahrnehmung ihrer Sorgfaltspflichten zu prüfen und gegebenenfalls allfällige Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

### Regieleistungen

**26.1** (1) Eine Vergabe zu Regiepreisen sollte gemäß ÖNORM A 2050, Vergabe von Aufträgen über Leistungen, grundsätzlich nur dann durchgeführt werden, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen war, nicht so genau erfasst werden konnten, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis möglich war und daher sinnvollerweise nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden konnte.

Die KELAG Wärme ließ generell insbesondere die Leistungen für die Herstellung der Hausanschlüsse sowie Reparaturarbeiten nicht mit Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern als Regieleistungen ausführen und abrechnen.

Gegenüber den Ausschreibungen erhöhten sich die abgerechneten Regieleistungen des tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwands bei den vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten um teilweise ein Vielfaches der ausgeschriebenen Stundenanzahl. Diese Erhöhungen traten unabhängig davon auf, ob es sich um Erweiterungen oder Umrüstungen bestehender Fernwärmennetze handelte oder um „Neuprojekte auf der grünen Wiese“<sup>65</sup>.

Die abgerechneten Regieleistungen betragen im Durchschnitt über alle vom RH geprüften Montage- und Bauarbeiten im Verhältnis zu den insgesamt mit Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechneten Leistungen rd. 11 % und lagen zwischen rd. 7 %<sup>66</sup> und rd. 17 %<sup>67</sup>.

Regiearbeiten stellen Leistungen dar, deren tatsächliches Ausmaß – zumeist aufgebrachte Stunden – nur schwierig zu kontrollieren und grundsätzlich die teuerste Art der Ausführung und Abrechnung von Leistungen sind.

<sup>65</sup> bspw. Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn

<sup>66</sup> Rahmenvereinbarung Kärnten, Steiermark, Salzburg, Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012

<sup>67</sup> Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

(2) Das dem RH aus seiner Erfahrung bekannte übliche Ausmaß von Regieleistungen war äußerst gering; in wenigen Ausnahmefällen betrug es maximal rd. 5 % der Abrechnungssumme. Unter Zugrundelegung dieses bei Vergleichsbauvorhaben nur ausnahmsweise erreichten maximalen 5%igen Anteils für Regieleistungen errechnete sich ein Einsparungspotenzial für die KELAG Wärme i.H.v. rd. 130.000 EUR:

**Tabelle 12: Einsparungspotenzial bei Regieleistungen**

Projekt Fernwärme	Kärnten – Montage	Kärnten – Bau	Oberösterreich und Salzburg – Montage	Niederösterreich und Wien – Montage	Steiermark und Burgenland – Montage
2010/2011					
in EUR					
Abrechnungssumme (entsprechend den ausgeschriebenen Leistungspositionen) ohne Nachträge	3.684.143,16	4.463.300,67	410.130,94	121.113,24	288.475,17
davon in Regie					
(in EUR)	606.398,08	374.191,94	31.900,53	14.419,90	33.092,43
(in %)	16	8	8	12	11
Differenz zu üblicher Regie von 5 %	11	3	3	7	6
Differenz zu abgerechneter Regie	69.491,26	12.661,72	886,24	995,86	2.141,58
Projekt Fernwärme	Kärnten und Salzburg – Bau	Kärnten, Steier- mark, Salzburg und Slowenien – Montage	Neudörfl/Bad Sauer- brunn – Montage	Österreich Süd – Montage	Kärnten, Salzburg – Bau
2011/2012					
in EUR					
Abrechnungssumme (entsprechend den ausgeschriebenen Leistungspositionen) ohne Nachträge	3.439.590,23	2.673.756,50	467.612,39	1.065.917,56	1.502.221,00
davon in Regie					
(in EUR)	338.785,08	199.044,83	78.611,43	122.740,90	149.334,01
(in %)	10	7	17	12	10
Differenz zu üblicher Regie von 5 %	5	2	12	7	5
Differenz zu abgerechneter Regie	16.429,64	4.865,43	9.284,98	7.996,63	7.378,42
<b>Summe</b>				<b>132.131,75</b>	

Quelle: RH

(3) Bei der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012 rechnete das ausführende Bauunternehmen aber auch diverse Restarbeiten im Umfang von 29.452,68 EUR als Regieleistungen ab.

## Investitionen und Beschaffung

Mehrere von der KELAG Wärme anerkannte Regiescheine enthielten beim Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten keine Beschreibungen der erbrachten Arbeitsleistungen; der Gesamtwert dieser Leistungen betrug 27.108,40 EUR.

**26.2 (1)** Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme Leistungen als Regieleistungen ausführen und abrechnen ließ, die seiner Auffassung nach auch mit wesentlich günstigeren Positionen des Leistungsverzeichnisses hätten abgerechnet werden können. Er stellte kritisch fest, dass die Regieleistungen generell einen hohen Anteil von durchschnittlich 11 % an den insgesamt mit Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechneten Kostenumfang umfassten. Damit bewegten sich die abgerechneten Regieleistungen aus der Erfahrung des RH wesentlich über dem ihm lediglich in wenigen Ausnahmefällen bekannten Ausmaß von maximal 5 %.

Der RH konnte anhand der Unterlagen nicht nachvollziehen, aus welchen Gründen bei – im Wesentlichen – Standardleistungen wie bspw. Grabungsarbeiten und Rohrverlegungen regelmäßig Regieleistungen in dem von ihm festgestellten außergewöhnlich hohen Ausmaß auftraten.

Der RH wiederholte seine kritischen Feststellungen, dass Regiearbeiten grundsätzlich die teuerste Art der Ausführung und Abrechnung von Leistungen darstellen und nur aufwändig – bspw. durch ständige Anwesenheit eines Mitarbeiters der KELAG Wärme vor Ort – zu kontrollieren sind.

(2) Der RH errechnete unter Zugrundelegung des ihm aus seiner Erfahrung bekannten – ausnahmsweise erreichten – maximalen 5%igen Anteils für Regieleistungen ein Einsparungspotenzial für die KELAG Wärme i.H.v. rd. 130.000 EUR.

(3) Insbesondere kritisierte der RH, dass die KELAG Wärme bspw.

- bei der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012 die Abrechnung diverser Restarbeiten im Umfang von 29.452,68 EUR als Regieleistungen anerkannte oder
- beim Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn Regieleistungen im Gesamtumfang von rd. 27.100 EUR auszahlte, obwohl die Regiescheine keine Beschreibungen der erbrachten Arbeitsleistungen enthielten.



Der RH empfahl der KELAG Wärme, die von ihr beauftragten Regieleistungen generell auf ihre unbedingt notwendige Ausführung als Regieleistung zu evaluieren und deren Beauftragung und Auszahlung jedenfalls auf ein Minimum zu beschränken.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, auf die Vorlage vollständig ausgefüllter und aussagekräftiger Regiescheine durch ihre Auftragnehmer zu achten.

**26.3 (1) Die KELAG Wärme wies in ihrer Stellungnahme die generelle Bewertung, Regieleistungen seien die „grundsätzlich teuerste Art der Ausführung“, für ihre Anwendungsfälle zurück.**

*(2) Bei der KELAG Wärme kämen Regieleistungen in Rahmenvereinbarungen<sup>68</sup> vorwiegend für zum Zeitpunkt der Ausschreibungsplanung nicht planbare Leistungen zum Einsatz<sup>69</sup>. Mengenvordersätze und Leistungsbeschreibungen seien für diese Leistungen de facto unmöglich, weil dies immer vom jeweiligen Einzelfall abhängig sei. Zur Tabelle 12 bemerkte die KELAG Wärme, dass diese Arbeiten in den Regien der Rahmenvereinbarungen zur Gänze enthalten seien, und daher erklärbar sei, dass der Anteil der Regiearbeiten höher als 5 % war.*

*(3) Beim (konkreten) Montageauftrag Neudörfl/Bad Sauerbrunn habe die Nachkalkulation der abgerechneten Regieleistungen*

- auf Basis der Schlussrechnung im Vergleich zu einer hypothetischen Abrechnung nach angebotenen Einheitspreisen<sup>70</sup> einen Preisvorteil i.H.v. 300 EUR und*
- im Vergleich zu einer Abrechnung zu tatsächlich eingeholten Nachtragsangeboten einen Preisvorteil i.H.v. 2.100 EUR ergeben. Der Vergleich von Nachtragsangeboten zu Regieleistungen zeige nach langjähriger Erfahrung der KELAG Wärme in den meisten Fällen einen preislichen Vorteil der Regieausführung.*

*Zur Feststellung des RH, Regieleistungen in Neudörfl/Bad Sauerbrunn i.H.v. 27.108,40 EUR seien in den Regiescheinen nicht ausreichend beschrieben worden, merkte die KELAG Wärme an, dass die Dokumentation sämtlicher Leistungen in den Bautagesberichten lückenlos*

<sup>68</sup> Neun der zehn beispielhaft genannten Ausschreibungen in Tabelle 12 betreffen Rahmenvereinbarungen.

<sup>69</sup> v.a. Schadensbehebungen an Bestandsleitungen, Einbindungen neuer Fernwärmeverbindungen in das Bestandsnetz, Umlegung oder Rückbau von Dritteinbauten, Änderung von Wärmeübergabestationen in Gebäuden)

<sup>70</sup> bei Vorliegen vergleichbarer Einheitspreispositionen im Leistungsverzeichnis

## Investitionen und Beschaffung

*nachvollziehbar sei; sämtliche Regiescheine – auch inhaltlich unvollständig ausgefüllte – seien über das Datum dem entsprechenden Bau-tagesbericht zuordnbar.*

**26.4** (1) Der RH verblieb bei seiner aus Jahrzehntelanger Prüftätigkeit gewohnten Beurteilung, dass Regiearbeiten die teuerste Art der Ausführung und Abrechnung von Leistungen darstellen<sup>71</sup>.

(2) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass die Verrechnung der von ihr angeführten Regieleistungen<sup>72</sup> in weiten Bereichen nicht den vertraglichen Grundlagen entsprach. Der jeweilige Auftragsumfang umfasste gemäß den Bauverträgen

- alle für den technischen Teil erforderlichen Lieferungen<sup>73</sup> und Leistungen<sup>74</sup> für die Haupt-, Stich- und Hausanschlussleitungen sowie für Reparaturen im bestehenden Netz.
- Weiters war der Auftragnehmer verpflichtet, zur Behebung von Schäden innerhalb einer festgelegten Zeit nach schriftlicher Aufforderung am vorgegebenen Einsatzort einsatzbereit zu erscheinen. Erreichbarkeit sowie Einsatzbereitschaft waren an Sonn- und Feiertagen und auch in den Nachtstunden zu gewährleisten. Eventuelle Mehrkosten waren in die Einheitspreise einzurechnen.

Die meisten von der KELAG Wärme genannten Leistungen, die von ihr als Regieleistungen abgerechnet wurden, wie Schadensbehebungen an Bestandsleitungen, Einbindungen neuer Fernwärmeabschnitte in das Bestandsnetz, Umlegung oder Rückbau von Dritteinbauten, hätten demgemäß nach Auffassung des RH mit wesentlich günstigeren Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechnet werden müssen. Nach Auffassung des RH wären von den aufgezählten Leistungen lediglich die Änderung von Wärmeübergabestationen in Gebäuden als Regie-leistung abzurechnen gewesen.

<sup>71</sup> Der RH verwies auf seine diesbezüglichen Feststellungen bspw. in den Berichten BEGAS Energie AG, TZ 72, 74, 76 und 89, Reihe Burgenland 2014/5, ÖBB-Infrastruktur AG, TZ 33, Reihe Bund 2014/7, Wilhelminenspital der Stadt Wien, TZ 23 und 28, Reihe Wien 2014/1, ASFINAG Bau Management GmbH, TZ 13, 18 und 24, Reihe Bund 2012/8, Flughafen Wien AG, TZ 96, 97 und 98, Reihe Niederösterreich 2011/1, Burghauptmannschaft Österreich, TZ 20, Reihe Bund 2011/11, Wiener Linien, TZ 12 und 20, Reihe Wien 2009/7 und Stiftung Bürgerspitalfonds Krems an der Donau, TZ 20 und 23, Reihe Niederösterreich 2007/1

<sup>72</sup> v.a. Schadensbehebungen an Bestandsleitungen, Einbindungen neuer Fernwärmeabschnitte in das Bestandsnetz, Umlegung oder Rückbau von Dritteinbauten oder Ände-rung von Wärmeübergabestationen in Gebäuden

<sup>73</sup> Rohre, Formstücke, Armaturen, usw.

<sup>74</sup> Rohrverlege-, Schweiß-, Isolier- und sonstige Montagearbeiten



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

(3) Zur Feststellung der KELAG Wärme, eine Nachkalkulation der abgerechneten Regieleistungen habe ergeben, dass Vergleiche zu einer hypothetischen Abrechnung nach angebotenen Einheitspreisen bzw. zu tatsächlich eingeholten Nachtragsangeboten Preisvorteile ergeben hätten, bemerkte der RH, dass die KELAG Wärme als Auftraggeber auch Nachtragsangebote anerkannte, die nicht auf den Preisgrundlagen und auf der Preisbasis des Vertrags basierten. Da sie bei den meisten Bauvorhaben die Kalkulationsunterlagen der Bieter nicht eingefordert hatte, konnte sie die Preisangemessenheit von Nachtragsarbeiten auf Basis des Hauptangebots auch gar nicht überprüfen.

Zur Dokumentation von Leistungen in Neudörfel/Bad Sauerbrunn wies der RH die KELAG Wärme auf seine Feststellungen hin (siehe TZ 26.1), wonach Regieberichte inhaltlich unvollständig ausgefüllt und daher auch nicht lückenlos nachvollziehbar waren. Der RH unterstrich, dass Regieberichte, die nicht vom Bauherrn unterschrieben sind, als vertragswidrig einzustufen sind, weil Regieleistungen nur nach ausdrücklicher schriftlicher Anordnung des Bauherrn ausgeführt werden dürfen. Die ausgeführten Regieleistungen sind weiters vom Bauherrn umgehend zu bestätigen.

#### Rechnungslegung und –prüfung

##### **27.1 (1) Die ausführenden Unternehmen hatten vertragsgemäß**

- a) für jedes Baulos<sup>75</sup> eine eigene Rechnung, bzw. bei längerer Bauzeit eine eigene Abschlags-/Teil- bzw. Teilschlussrechnung zu legen,
- b) per Quartalsende einen Massenauszug über die Summe aller tatsächlich bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen für jede einzelne Position vorzulegen,
- c) am Auftragsende eine Schlussrechnung zu legen, in der alle Rechnungen, Abschlags-/Teil- bzw. Teilschlussrechnungen enthalten waren,
- d) der Schlussrechnung eine Zusammenstellung aller verbauten Mengen (Summenblatt) beizulegen,
- e) zu erklären, mit der Legung der Schlussrechnung sämtliche erbrachte Leistungen abgerechnet zu haben und darüber hinausgehende Leistungen nicht mehr in Rechnung zu stellen.

<sup>75</sup> Als Baulos definierte die KELAG Wärme namentlich Ortsgebiete im Versorgungsgebiet der KELAG Wärme.

## Investitionen und Beschaffung

Bei allen vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten lagen nur die unter (1) a) erwähnten Rechnungen, Abschlags-/Teil- bzw. Teilschlussrechnungen (in der Folge: Rechnungen) für jedes Baulos vor. Die KELAG Wärme konnte dem RH jedoch weder die quartalsweisen Massenauszüge noch insbesondere zu Auftragsende die Schlussrechnungen und die Summenblätter aller verbauten Mengen vorlegen. Auch die Erklärungen, mit der Legung der Schlussrechnung sämtliche erbrachte Leistungen abgerechnet zu haben und darüber hinausgehende Leistungen nicht mehr in Rechnung zu stellen, lagen nicht auf.

Nach den Bestimmungen der einschlägigen ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm<sup>76</sup> waren in der Schlussrechnung auch allfällige Vertragsstrafen zu berücksichtigen. Die Vertragsstrafen verminderten den Gesamtpreis.

Da bei den vom RH geprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten keine Schlussrechnungen vorlagen, blieben allfällige Vertragsstrafen unberücksichtigt (siehe auch TZ 25, Vorlage der Kalkulationsformblätter „K 7“).

Die KELAG Wärme verbuchte einzelne Rechnungen auf nicht entsprechende Rahmenvereinbarungen. Die Zuordnung von Rechnungen erfolgte in jenen Fällen nicht zu den entsprechenden Rahmenvereinbarungen, in denen die ausführenden Unternehmen Rechnungen erst sehr spät zur Prüfung übermittelten, oder – falls eine Rechnung in der entsprechenden Rahmenvereinbarung wegen deren Auslastung nicht mehr gedeckt war – in jenen, in denen die KELAG Wärme diese Rechnungen auf eine noch nicht ausgelastete Rahmenvereinbarung verbuchte.

Die KELAG Wärme begründete ihre Vorgangsweise mit „der Vereinfachung des Verwaltungsaufwands. Im Verhältnis zu den gesamten Projektkosten seien ihrer Information nach Überschneidungen zwischen den „Fehlbuchungen“ und Rahmenvereinbarung nur gering gewesen.“

Der RH stellte fest, dass die Überschneidungen zwischen „Fehlbuchungen“ und Rahmenvereinbarung durchaus auch Rechnungen mit großen Beträgen betrafen. So waren

- bei der Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 jedenfalls Rechnungen über rd. 500.000 EUR verbucht, die zur Rahmenvereinbarung Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 gehörten,

<sup>76</sup> Punkt 5.29.5 Schlussrechnungen

- bei der Rahmenvereinbarung Fernwärme Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 jedenfalls Rechnungen über rd. 310.000 EUR verbucht, die zur Rahmenvereinbarung Fernwärme Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 gehörten, bzw.
- bei der Rahmenvereinbarung Fernwärme Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 jedenfalls Rechnungen über rd. 65.000 EUR verbucht, die zur Sanierung Biomassebunker Heizwerk sowie zur Bodenplatte Heizcontainer Villach gehörten.

(2) Als Sicherstellung gegen Überzahlungen von Abschlagsrechnungen, denen nur annähernd ermittelte Leistungen zugrunde liegen, war vertraglich vereinbart, dass ein Deckungsrücklass in bar i.H.v. 10 % der jeweiligen Rechnungssumme einzuhalten war.

Die KELAG Wärme verzichtete nachträglich auf das Einbehalten des Deckungsrücklasses in bar; sie ließ den Deckungsrücklass mit einem Bankgarantiebrief absichern.

**27.2** (1) Der RH hielt kritisch fest, dass die ausführenden Unternehmen bei den vom RH geprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten bislang noch keine Schlussrechnungen zu den jeweils erteilten Aufträgen legten. In diesem Zusammenhang kritisierte er, dass die KELAG Wärme nicht auf die vertragsgemäße Vorlage einer Schlussrechnung bestanden hatte. Damit waren die Rahmenvereinbarungen und Projekte bis zum Ende der Gebarungsüberprüfung – Mitte Dezember 2014 – noch nicht endabgerechnet, wodurch

- allfällige Vertragsstrafen – bspw. für die nicht fristgerechte Vorlage der „K 7-Blätter“ – nicht berücksichtigt waren (siehe TZ 25, Vorlage der Kalkulationsformblätter „K 7“) sowie
- keine schriftlichen Erklärungen der Auftragnehmer vorlagen, dass alle Forderungen aus dem Vertrag hiermit geltend gemacht wurden.

Der RH vertrat generell die Auffassung, dass auf die Vorlage und Prüfung einer Schlussrechnung einschließlich Massenauszug niemals verzichtet werden darf.

Nach Auffassung des RH sollte die KELAG Wärme die ausführenden Unternehmen auffordern, die Schlussrechnungen samt der Summenblätter aller verbauten Mengen vorzulegen. Bei der Prüfung der ein-

## Investitionen und Beschaffung

gereichten Abrechnungsunterlagen, vor allem bei zeitlich versetzt ausführten Bauleistungen,

- sollte eine Plausibilitätsprüfung hinsichtlich der Massenermittlung vorgenommen,
- sollten Leistungen nur in konsequenter Anwendung des abgeschlossenen Bauauftrags vergütet und
- sollten allfällige Abrechnungsmängel, bspw. hinsichtlich der Vertragsstrafen oder der vertragswidrig ausbezahlten Leistungen, bei der Prüfung der Schlussrechnung behoben werden.

Die KELAG Wärme hatte – wie der RH kritisch feststellte – keinen Überblick über die der jeweiligen Bestellsumme zugehörige Abrechnungssumme und somit über die Gesamtkosten der jeweiligen Rahmenvereinbarung. Dies war auf eine Verbuchung von einzelnen Rechnungen auf nicht entsprechende Rahmenvereinbarungen zurückzuführen. Auch die von den ausführenden Unternehmen nicht gelegten Schlussrechnungen zu den ihnen jeweils erteilten Rahmenvereinbarungen trugen nicht zur Transparenz sowie zur Kostenwahrheit der unterschiedlichen Rahmenaufträge bei.

(2) Der RH hielt fest, dass eine Absicherung des Deckungsrücklasses mittels Bankhaftbriefs in der Bauwirtschaft eine durchaus übliche Praxis darstellte. Allerdings kritisierte der RH, dass die KELAG Wärme ihre den Bieter bekannt Vorgabe, den Deckungsrücklass in bar einzubehalten, nachträglich mit dem jeweiligen Auftragnehmer auf die Vorlage eines Bankhaftbriefs änderte. Diese Vorgangsweise widersprach dem gesetzlich geforderten Grundsatz des Diskriminierungsverbots entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Ein transparentes Vergabeverfahren war dadurch nicht gewährleistet.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, bei einem laufenden Vergabeverfahren keine Änderungen an den den Bieter bekannt gemachten Angebotsbedingungen vorzunehmen, um den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und der gebotenen Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu entsprechen.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, die ausführenden Unternehmen aufzufordern, die Schlussrechnungen vorzulegen.

**27.3** Laut Stellungnahme der KELAG Wärme treffe die nicht vertragsgemäße Vorlage von Schlussrechnungen bis Ende 2012 zu. Im Zuge der generellen Revision der Leistungsverzeichnisse im Baubereich sei diese Verpflichtung ab Ende 2012 aus Prozessablaufgründen gestrichen worden. Maßstab für die Nachvollziehbarkeit sei nicht die Schlussrechnung einer Rahmenvereinbarung, sondern die Einhaltung der Kosten je Bauvorhaben, die über die jeweilige Teilschlussrechnung nachgewiesen und geprüft worden sei. Die KELAG Wärme verfüge damit inhaltlich über eine vollständige Übersicht über die gewerksspezifischen Kosten je Bauvorhaben.

*Die KELAG Wärme nehme jedoch die Empfehlungen zum Anlass für Veränderungen und werde für Ausschreibungen ab Mitte 2015 von den Auftragnehmern jeweils quartalsweise Aufstellungen und zu Vertragsende Gesamtaufstellungen der verbauten Massen, erbrachten Leistungen und dazugehörige Rechnungsbeträge einfordern.*

*Die KELAG Wärme nehme die Empfehlung zum Anlass, sämtliche vom RH genannten Rechnungen nochmals einer Überprüfung zu unterziehen.*

*Zur (nachträglich) nur dem Auftragnehmer zugestandenen Absicherung von Deckungsrücklässen mittels Bankgarantie anstatt in bar teilte die KELAG Wärme mit, dass laut EuGH nachträgliche Änderungen ohne Neuauusschreibung nur bei wesentlichen Änderungen unzulässig seien.<sup>77</sup> Die Änderung einer einzelnen Vertragsregelung (Deckungsrücklass in bar) sei keine wesentliche Vertragsänderung. Die Feststellung des RH betreffe aus Sicht der KELAG Wärme einen nicht beabsichtigten Einzelfall. Im Zuge der generellen Revision der Leistungsverzeichnisse im Baubereich ab Ende 2012 sei die Regelung der Absicherung von Deckungsrücklässen durch Bankgarantien durchgängig in den Leistungsverzeichnissen eingeführt worden und somit allen Bewerbern und Bieter von Beginn an bekannt.*

**27.4** Der RH erwiderte der KELAG Wärme, dass gemäß den vertraglichen Vereinbarungen jeder erteilte Auftrag eine Schlussrechnung erfordere. Den erteilten Aufträgen der KELAG Wärme standen hingegen nur Rechnungen, Abschlags-/Teil-/bzw. Teilschlussrechnungen für jedes Baulos, aber keine Schlussrechnung zum erteilten Gesamtauftrag gegenüber; die Prüfung der Teilschlussrechnung je Bauvorhaben ersetze keinesfalls die Prüfung der Schlussrechnung, wie der RH bereits in TZ 27.2 ausführlich begründet hatte.

<sup>77</sup> Wettbewerbsrelevanz der Änderung, d.h. wäre die Änderung bereits Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen, so hätte ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten.

## Investitionen und Beschaffung

Der RH erachtete die Vorlage und Prüfung der Schlussrechnungen als unverzichtbar und bewertete die von der KELAG Wärme aus Prozessablaufgründen gestrichene Verpflichtung zur Vorlage von Schlussrechnungen kritisch. Soferne jedoch die von der KELAG Wärme für Ausschreibungen ab Mitte 2015 vorgesehenen, von den Auftragnehmern zu Vertragsende vorzulegenden Gesamtaufstellungen (verbaute Massen, erbrachte Leistungen, dazugehörige Rechnungsbeträge) als Vorlage und Ausgestaltung von Schlussrechnungen zu verstehen waren, nahm der RH dies zur Kenntnis.

Gleichfalls nahm der RH die durchgängige Aufnahme der Regelung zur Absicherung von Deckungsrücklässen durch Bankgarantien in die Leistungsverzeichnisse zur Kenntnis.

## Rechnungsprüfung

**28.1** Die KELAG Wärme hatte die von den ausführenden Unternehmen vorgelegten Rechnungen zu prüfen und zur Zahlung freizugeben. Hiezu stellte der RH wie folgt fest:

(1) Bei der Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 vereinbarten am 1. Juni 2010 die Vertragspartner – KELAG Wärme und das Unternehmen zur Durchführung der Rohrmontagearbeiten – folgende Bedingungen für die Herstellung der Versorgungsleitung zu einem großen Industrieunternehmen (siehe hierzu auch TZ 31 und 32, „Projekt Villach 2012“):

- Das ausführende Unternehmen führt die erforderlichen Arbeiten zur FernwärmeverSORGUNG des Industrieunternehmens zu gleichen Preisen und Bedingungen der Rahmenvereinbarungen aus (dies bedeutete einen Nachlass von 13 % auf alle Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses).
- Weiters gewährt das ausführende Unternehmen der KELAG Wärme einen Sonderrabatt von 1,5 % auf alle Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses für die Transportleitung<sup>78</sup>, die Hausanschlüsse innerhalb des Firmengeländes des Industrieunternehmens sowie für den eventuellen Ringschluss.

<sup>78</sup> Das Rohrmontage-Unternehmen erhielt für die Verwendung von Rohren mit einer verstärkten Isolierung der Transportleitung eine – für den RH nachvollziehbare – Aufzahlung von 8 % auf die Einheitspreise der ausgeschriebenen Rohre mit geringerer Isolation.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

- Das ausführende Unternehmen erhält eine Aufzahlung von 8 % für Rohre mit einer verstärkten Isolierung auf die Einheitspreise der angebotenen und ausgeschriebenen Rohre mit geringerem Isolationsstandard.

Die dem RH vorgelegten, von der KELAG Wärme geprüften und bezahlten Rechnungen des ausführenden Rohrmontageunternehmens enthielten zum Teil davon abweichende Zu- und Abschläge:

- Die Rechnungen wiesen teilweise überhaupt keine Berücksichtigung der Zu- und Abschläge auf.
- Teilweise war kein Sonderrabatt von 1,5 % berücksichtigt.
- Die Berechnung des Zuschlags erfolgte teilweise nicht nur auf die Rohre mit verstärkter Isolierung, sondern auf alle Positionen.

Insgesamt resultierte aus der nicht vertragskonformen Überprüfung der Rechnungen durch die KELAG Wärme – unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsgegenständlicher Zu- und Abschläge – eine Überzahlung der Leistungen an das ausführende Unternehmen der Rohr montage i.H.v. 100.061,93 EUR.

(3) Die bei der Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 von der KELAG Wärme anerkannten Rechnungen enthielten in mehreren Positionen zweier Leistungsgruppen Einheitspreise, obwohl der Auftragnehmer im Letztpreisangebot hierfür jeweils den Einheitspreis „0 EUR“ angeboten hatte.

Die von der KELAG Wärme bei ihrer Rechnungsprüfung anerkannten Einheitspreise stammten aus dem Erstangebot des Bieters, das allerdings durch das Letztpreisangebot überholt war.

Dadurch rechnete die KELAG Wärme Leistungen im Ausmaß von 24.485,43 EUR vertragswidrig ab und zahlte diese aus.

(4) Das mit der Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 beauftragte Unternehmen gewährte der KELAG Wärme zur Herstellung der Fernwärmeleitung im Verhandlungsweg einen Sonderrabatt von 1,5 % auf alle diese Einheitspreise.

Die dem RH vorgelegten, von der KELAG Wärme geprüften und bezahlten Rechnungen des ausführenden Bauunternehmens berücksichtigten den Sonderrabatt von 1,5 % nicht.

## Investitionen und Beschaffung

Aus dieser nicht vertragskonformen Überprüfung der Rechnungen durch die KELAG Wärme resultierte – unter Berücksichtigung des vertragsgegenständlichen Abschlags – insgesamt eine Überzahlung der Leistungen an das ausführende Bauunternehmen i.H.v. 33.499,87 EUR.

(5) Die KELAG Wärme anerkannte bei ihren Rechnungsprüfungen bei der Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 bei der Position „Bewehrung für Beton- und Stahlbetonarbeiten“ einen Einheitspreis, der mit 1.178,20 EUR um den Faktor 1.000 höher war als der angebotene und vertraglich vereinbarte Einheitspreis von 1,18 EUR. Unter Zugrundelegung des abgerechneten Mengenvordersatzes „11,80“ ergab sich aus dieser Position, die dem Wesen nach dem Bieter die Verbesserung seiner Fehlkalkulation ermöglichte, eine Überzahlung der Rechnungen durch die KELAG Wärme i.H.v. 13.888,84 EUR.

(6) Bei der Rahmenvereinbarung Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011 berücksichtigte der Auftragnehmer bei seinen Rechnungslegungen für die Regieleistungen<sup>79</sup> nicht den vertraglich vereinbarten Nachlass von 20 %. Auch die KELAG Wärme korrigierte diese Fehlverrechnungen nicht, wodurch die Regieleistungen um insgesamt 5.817,80 EUR überzahlt waren.

Weiters wurden bei drei Regierechnungen Baustellengemeinkosten im Wert von 456 EUR abgerechnet, obwohl dies nach dem Bauauftrag ausgeschlossen war.

(7) Im Zuge seiner Rechnungserfassung beim Projekt Neudörfel/ Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten stellte der RH bei mehreren Teilrechnungen<sup>80</sup> und mehreren Einheitspreisen von Leistungspositionen fest, dass Einheitspreise als korrekt gekennzeichnet (Prüfhaken) waren, die nicht der vom Auftragnehmer angebotenen Höhe<sup>81</sup> entsprachen.

Unter Zugrundelegung einer – noch ausstehenden – ordnungsgemäßen Schlussrechnungsprüfung würden die diesbezüglichen Rechnungskorrekturen die Schlussrechnungssumme für das Bauvorhaben – zu Gunsten des ausführenden Unternehmens – um über 10.000 EUR erhöhen.

<sup>79</sup> ausgenommen die Verrechnungseinheiten der Materiallieferungen für Regiearbeiten

<sup>80</sup> bspw. Rechnungen Nr. 059 vom 14. August 2013; Nr. 201300314 vom 26. Februar 2014; Nr. 201300399 vom 28. März 2014; Nr. 201400027 vom 7. Mai 2014

<sup>81</sup> bspw. Position 01.03.22.50I, Endabschlüsse roh schwarz DN 125 (angebotener Einheitspreis 58,05 EUR, mit Prüfhaken versehener Einheitspreis 46,55 EUR); Position 01.01.10.500, Lagerhaltung und Manipulation (angebotener Einheitspreis 13.227,50 EUR, mit Prüfhaken versehener Einheitspreis 1.440,00 EUR)



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

(8) Nach den Bestimmungen der Leistungsverzeichnisse erfolgte bei Rahmenvereinbarungen die Vergütung der Baustelleneinrichtung<sup>82</sup> gesondert für jeden Bezirk. Die Baustelleneinrichtung wurde maximal einmal pro Jahr vergütet; bei Arbeitsunterbrechungen erfolgte keine zusätzliche Vergütung. Eine Baustelleneinrichtung war zu verrechnen, wenn das entsprechende Bauvorhaben je Bezirk eine Mindeststrassenlänge von 350 m aufwies.

Bei nachfolgenden Rahmenvereinbarungen stellte der RH Abrechnungsmängel bei der Position „Baustelleneinrichtung“ fest:

**Tabelle 13: Verrechnung der Baustelleneinrichtung**

Rahmenvereinbarung	Einheitspreis <sup>1</sup> in EUR	Baustelleneinrichtung				Überzahlung in EUR	
		tatsächlich verrechnet	vertragsgemäß richtig	Anzahl der Pauschalen	Überzahl		
Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011	261,00	90	14	76	76	19.836,00	
Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011	2.494,47	20,99	14	6,99	6,99	17.436,35	
Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012	160,20	130	16	114	114	18.262,80	
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012	957,93	15	11	4	4	3.831,72	
<b>Summe</b>						<b>59.366,87</b>	

<sup>1</sup> von den Bietern gewährte Nachlässe bereits eingerechnet

Quelle: RH

Insgesamt stellte der RH bei der Position „Baustelleneinrichtung“ Überzahlungen von insgesamt 59.366,87 EUR fest, die bei vertragskonformen Abrechnungen hätten eingespart werden müssen.

(9) Bei mehreren Teilschlussrechnungen der Rahmenvereinbarungen Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 bzw. Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 stellte die KELAG Wärme im Rahmen ihrer Prüfungen Überzahlungen der Rechnungen infolge bis dahin überhöht anerkannter Leistungen im Gesamtausmaß

<sup>82</sup> Die Baustelleneinrichtung beinhaltete sämtliche Gerätiekosten, zeitgebundene Baustellengemeinkosten, Geräte vor- und Instandhalten einschließlich aller Mieten, Gebühren usgl. einschließlich Beistellen, Aufstellen, Überstellen, Vorhalten von Container für Arbeitnehmer im gesamten Baustellenbereich, für die gesamte Bauzeit (einschließlich Vorhalten für sämtliche Stillliegezeiten) mit Beleuchtung, Reinigung und Heizung, Nutzfläche bzw. Anzahl und Einrichtung entsprechend dem Arbeitnehmerschutzgesetz.

## Investitionen und Beschaffung

von 62.508 EUR (2010/2011) bzw. 236.976,38 EUR<sup>83</sup> (2011/2012) fest. Dies war teilweise auf eine nicht zeitnahe Abrechnung zurückzuführen.

Bei nachfolgenden Teilschlussrechnungen forderte die KELAG Wärme die geleisteten Überzahlungen vom ausführenden Unternehmen ein.

**28.2** Der RH kritisierte die mangelhafte Rechnungsprüfung der KELAG Wärme, die zu Überzahlungen i.H.v. 227.576,74 EUR führte. Das teilweise Zusammenspiel mehrerer schwerwiegender Fehlleistungen im Rahmen der Rechnungsprüfungen, wie

- die Nichtberücksichtigung vereinbarter Konventionalstrafen (2,40 Mio. EUR) (TZ 25),
- die Nichtberücksichtigung von vertraglich vereinbarten Zu- und Abschlägen auf die angebotenen Preise (100.061,93 EUR, 33.499,87 EUR und 5.817,80 EUR),
- das Übersehen nicht korrekt ausgewiesener Einheitspreise (13.888,84 EUR bzw. – 10.000 EUR),
- das Anerkennen von Preisen, die aus einem überholten, nicht vertragsgegenständlichen Angebot des Bieters stammten (24.485,43 EUR) sowie
- die Nichtbeachtung von zwischen der KELAG Wärme und ihren Auftragnehmern vereinbarten Vertragsbestimmungen (456,00 EUR und 59.366,87 EUR)

wirkte sich als Folge der mangelhaften Rechnungsprüfung nachteilig auf die Gebarung der KELAG Wärme aus.

Der RH hielt weiters kritisch fest, dass die Kombination aus dem Verzicht des Einbehalts des Deckungsrücklasses in bar mit der mangelhaften Rechnungsprüfung samt der Überzahlung der Rechnungsbeträge für die KELAG Wärme ein wirtschaftlich besonders nachteiliges Ergebnis bewirkte, während im Gegenzug die ausführenden Unternehmen den finanziellen Vorteil daraus lukrieren konnten. Der vordringliche Sinn eines Deckungsrücklasses, Überzahlungen von Abschlagsrechnungen – und damit Vorfinanzierungen der ausführenden Unternehmen – zu vermeiden, wurde durch die Vorgangsweise der KELAG Wärme ad absurdum geführt (siehe TZ 27, Rechnungslegung).

<sup>83</sup> entsprach bei dieser Rahmenvereinbarung 8,9 % des gesamten Rechnungsbetrags jener Leistungen, die mit Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechnet waren



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Nach Auffassung des RH sollte stets auf eine zeitnahe Abrechnung geachtet sowie eine leistungs- und vertragskonforme Vergütung sichergestellt werden, um Überzahlungen zu vermeiden. Weiters wäre auf die Übereinstimmung zwischen durchgeföhrten bzw. abgerechneten Leistungen mit der Vorgabe der jeweiligen Leistungsposition in den Ausschreibungsunterlagen zu achten.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, bei der Prüfung der eingereichten Abrechnungsunterlagen, vor allem bei zeitlich versetzt ausgeführten Bauleistungen, eine Plausibilitätsprüfung hinsichtlich der Massenermittlung vorzunehmen, Leistungen nur in konsequenter Anwendung des abgeschlossenen Bauauftrags zu vergüten und allfällige Abrechnungsmängel, bspw. hinsichtlich der Vertragsstrafen oder der vertragswidrig ausbezahlten Leistungen, bei der Prüfung der Schlussrechnung zu beheben.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, stets auf eine zeitnahe Abrechnung zu achten sowie eine leistungs- und vertragskonforme Vergütung sicherzustellen, um Überzahlungen zu vermeiden. Weiters wäre auf die Übereinstimmung zwischen durchgeföhrten bzw. abgerechneten Leistungen mit der Vorgabe (bspw. Preis, Leistungsinhalt) der jeweiligen Leistungsposition in den Ausschreibungsunterlagen zu achten.

**28.3** *Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie die Empfehlung zum Anlass nehme, sämtliche vom RH genannten Rechnungen nochmals einer Überprüfung zu unterziehen und allenfalls aufgetretene Überzahlungen von den jeweiligen Lieferanten im Rahmen des rechtlich Möglichen zurückzufordern (siehe auch Stellungnahme zu TZ 27).*

Qualität der Ausschreibungsunterlagen; Vergleich Ausschreibung – Abrechnung

**29.1** (1) Die KELAG Wärme erstellte die Leistungsverzeichnisse zur Durchführung der Rohrmontagearbeiten bei den vom RH überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekten nicht auf Basis einer österreich-

## Investitionen und Beschaffung

weit verbindlichen standardisierten<sup>84</sup> Leistungsbeschreibung, sondern jeweils eigene. Dabei wurden bis zum Jahr 2012 für die unterschiedlichen Rahmenvereinbarungen im Wesentlichen immer die gleichen Positionen ausgeschrieben, bspw. im Bauzeitraum 2010/2011 jeweils 516 Positionen bei vier regionalen Vergabeverfahren (Kärnten; Oberösterreich und Salzburg; Wien und Niederösterreich; Steiermark und Burgenland); Abweichungen zwischen diesen vier Leistungsverzeichnissen bestanden ausschließlich in den Mengenvordersätzen einiger weniger Positionen. Auf spezifische Besonderheiten gingen die jeweiligen Ausschreibungsunterlagen nicht ein.

Bei der Rahmenvereinbarung Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011 bedingte die mangelhafte Erstellung des Leistungsverzeichnisses in Verbindung mit einer spekulativen Auspreisung dieses Leistungsverzeichnisses durch den Billigstbieter einen sogenannten „Bietersturz“ gegenüber den Mitbewerbern; dies bedeutete, dass der Zweit- bzw. der Drittbieter die abgerechneten Leistungen – unter der Voraussetzung sonst gleicher Rahmenbedingungen – um rd. 41.600 EUR bzw. rd. 20.500 EUR hätten billiger ausführen können als der Auftragnehmer.

In den Jahren 2012 und 2013 adaptierte die KELAG Wärme die Leistungsverzeichnisse der Rohrmontagearbeiten; insbesondere verringerte sie die Anzahl der Positionen, bspw. bei der Rahmenvereinbarung Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 auf 460. Auf spezifische Besonderheiten ging die neue Ausschreibungsunterlage weiterhin nicht ein.

Zum Abrechnungsstichtag 19. November 2014 bestand bei der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015, wobei zu diesem Zeitpunkt die Ausschöpfung des Auftragsumfangs bei rd. 38 % lag, eine nicht als geringfügig einzuschätzende Wahrscheinlichkeit eines sich abzeichnenden Bietersturzes; mit den bislang abgerechneten Leistungen würde der Zweitbieter um rd. 125.000 EUR

<sup>84</sup> Standardisierte Leistungsbeschreibungen sind eine Sammlung von Texten zur Beschreibung von standardisierten Leistungen, und zwar für rechtliche und technische Bestimmungen (Vertragsbestimmungen) und für Positionen eines künftigen Leistungsverzeichnisses. Diese Sammlung umfasst die Leistungen für ein bestimmtes Sachgebiet in seiner Gesamtheit oder in Bezug auf Teilgebiete. Grundsätzlich waren für Leistungen standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen. Nur wenn für ein Leistungsverzeichnis mit den dort enthaltenen Positionen nicht das Auslangen gefunden werden kann, sind vom Ausschreiber zusätzliche Positionen frei zu formulieren. Durch den Einsatz von standardisierten Leistungsbeschreibungen in Verbindung mit dem Datenträgeraustausch können sowohl bei den Ausschreibern, als auch bei den Bietern erhebliche Zeit- und Kosteneinsparungen erzielt werden. Standardisierte Leistungsbeschreibungen liegen im Bauwesen bspw. für den Hochbau, den Brückenbau, den Landschaftsbau, den Straßenbau, den Tunnelbau oder den Siedlungswasserbau vor.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

billiger abrechnen als der Auftragnehmer (siehe TZ 37, Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015).

(2) Die Leistungsverzeichnisse der vom RH überprüften von der KELAG Wärme abgerechneten Rahmenvereinbarungen und Projekte zur Fernwärmeversorgung – Montagearbeiten enthielten im Verhältnis zur Anzahl der ausgeschriebenen Positionen eine große Anzahl an Leistungspositionen mit den Mengenvordersätzen kleiner gleich „2“. Deren Anzahl bewegte sich zwischen 28 % beim Projekt Neudörfel/Bad Sauerbrunn und jeweils 46 % bei den Rahmenvereinbarungen Niederösterreich und Wien – 2010/2011 bzw. Steiermark und Burgenland – 2010/2011.

Die vom RH überprüften Leistungsverzeichnisse zu den Rahmenvereinbarungen – Bauarbeiten wiesen Leistungspositionen mit kleinen Mengenvordersätzen nur in geringem Umfang auf.

Aus der Erfahrung des RH sind in Leistungsverzeichnissen enthaltene Leistungspositionen mit geringen Mengenvordersätzen grundsätzlich geeignet, den anbietenden Unternehmen ein offenkundiges Spekulationspotenzial<sup>85</sup> zu gewähren. Diese Positionen liefern nur in Ausnahmefällen echte Wettbewerbspreise und verzerren das Wettbewerbsergebnis erheblich. Erhöhen sich die Leistungspositionen mit geringen Mengenvordersätzen, jedoch hohen Einheitspreisen im Zuge der Leistungserbringung durch bspw. Auftragserweiterungen, kommt das Spekulationspotenzial zur Abrechnung.

(3) Die KELAG Wärme hielt in ihren Ausschreibungsunterlagen fest, dass jener in der ÖNORM B 2110 angeführte Abschnitt nicht angewendet wurde, der die Vereinbarung neuer Einheitspreise vorsah, wenn sich infolge der Abweichungen von vorgesehenen Mengen auch der Preis einer Leistungsgruppe um mehr als 20 % oder der Gesamtpreis um mehr als 10 % änderte.

<sup>85</sup> Leistungspositionen mit geringen Mengenvordersätzen liefern nur in Ausnahmefällen echte Wettbewerbspreise und verzerren das Wettbewerbsergebnis. Bei der Ermittlung der Angebotssumme tragen die Positionspreise (errechnet aus der Multiplikation der angebotenen Einheitspreise und dem vorgegebenen Mengenvordersatz) jener Positionen mit geringen Mengenvordersätzen, aber hohen Einheitspreisen nur unwesentlich zur Gesamtangebotssumme bei. Erhöhen sich aber im Zuge der Bauausführung die vorgegebenen geringen Mengenvordersätze deutlich, verändern sich daraus resultierend auch die errechneten Positionspreise in der Schlussrechnung entsprechend. Auf diese Weise können spekulativ hoch angebotene Einheitspreise ins Verdienen gebracht werden.

## Investitionen und Beschaffung

(4) Das BVergG 2006<sup>86</sup> gab den Sektorenauftraggebern allgemeine Grundsätze der Ausschreibung vor. Insbesondere waren die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt war und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden konnten.

Die KELAG Wärme verwendete in ihren Leistungsverzeichnissen zur Ausschreibung von Rohrmontagearbeiten stets die gleichen Positionsnummern und Leistungsbezeichnungen, auch wenn deren Leistungsinhalte erheblich voneinander abwichen. So enthielten in den überwiegenden Fällen die Positionen der Unterleistungsgruppe „Rohre vorisoliert“ sowohl die Leistungsanteile Rohre liefern und Montage, während bei zwei Projekten<sup>87</sup> in diesen gleichlautenden Positionen nur der Leistungsanteil Montage zu kalkulieren war.

Auch die von der KELAG Wärme erstellten Angebotsbestimmungen sowie die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis gaben bei diesen beiden Projekten keinen Hinweis auf den geänderten Leistungsumfang.

(5) Die Qualität der Ausschreibungsunterlagen der überprüften Rahmenvereinbarungen und Projekte beurteilte der RH anhand der von der KELAG Wärme dem RH vorgelegten Rechnungen.

Der Vergleich zeigte, dass

- bei den Montageleistungen von den ausgeschriebenen Positionen durchschnittlich rd. 44 % abgerufen waren; deren Anzahl lag zwischen rd. 18 %<sup>88</sup> und rd. 63 %<sup>89</sup>,
- bei den Bauarbeiten von den ausgeschriebenen Positionen durchschnittlich rd. 78 % abgerufen waren; deren Anzahl lag zwischen rd. 77 %<sup>90</sup> und rd. 79 %<sup>91</sup>,
- bei den Montageleistungen bzw. den Bauarbeiten daher durchschnittlich rd. 56 % bzw. rd. 22 % der ausgeschriebenen Positionen nicht ausgeführt wurden,

<sup>86</sup> BVergG 2006, § 236

<sup>87</sup> Projekt Spittal an der Drau – Montagearbeiten und Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten

<sup>88</sup> Niederösterreich und Wien – Montagearbeiten 2010/2011

<sup>89</sup> Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011

<sup>90</sup> Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012

<sup>91</sup> Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011



- die nicht abgerufenen Leistungspositionen bei den Montageleistungen einen Angebotswert von rd. 1,51 Mio. EUR bzw. rd. 28 % des ausgeschriebenen Gesamtvolumens (rd. 5,43 Mio. EUR) und bei den Bauarbeiten einen Angebotswert von rd. 0,31 Mio. EUR bzw. rd. 8 % des ausgeschriebenen Gesamtvolumens (rd. 3,86 Mio. EUR) aufwiesen,
- diese nicht abgerufenen Leistungspositionen ein beträchtliches Spekulationspotenzial für die Bieter bei der Angebotslegung darstellten,
- in den Leistungsverzeichnissen der Montagearbeiten 66 Positionen enthalten waren, die bei keinem der überprüften Bauvorhaben abgerufen worden waren; 45 dieser Positionen waren auch im von der KELAG Wärme in den Jahren 2012/2013 überarbeiteten, deutlich weniger Positionen ausweisenden Leistungsverzeichnis Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 enthalten;
- in den Leistungsverzeichnissen der Bauarbeiten 19 Positionen enthalten waren, die bei keinem der beiden überprüften Bauvorhaben abgerufen worden waren; neun dieser Positionen waren auch im von der KELAG Wärme in den Jahren 2012/2013 überarbeiteten, deutlich weniger Positionen ausweisenden Leistungsverzeichnis Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 enthalten.

**29.2** (1) Der RH beanstandete, dass die KELAG Wärme unabhängig von der Örtlichkeit vielfach die gleichen bzw. ähnliche Leistungsverzeichnisse als Grundlage ihrer Ausschreibungen zur Durchführung der Rohrmontagearbeiten bei Rahmenvereinbarungen verwendete. Dadurch waren die im BVergG 2006 angeführten „Umstände, besondere Erschwernisse oder Erleichterungen (z.B. örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung waren“ nicht berücksichtigt. Hierdurch war nach Auffassung des RH eine Vergleichbarkeit der Angebote nur bedingt gegeben. Die Leistungsverzeichnisse eröffneten nach der Erfahrung des RH<sup>92</sup> durch diese unzureichend genaue Erstellung den Bietern ein breites Spektrum an Spekulationspotenzialen, wie insbesondere das Beispiel der Rahmenvereinbarung Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011 zeigte.

Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme für ihre Ausschreibungen nicht die für die Bauwirtschaft vorhandenen standardisierten Leistungsbeschreibungen verwendete. Nach Auffassung des RH sollte nur

<sup>92</sup> siehe insbesondere den Bericht „Anti-Claimmanagement und Korruptionsbekämpfung bei Straßen- und Bahnbauvorhaben“, Reihe Bund 2012/2

## Investitionen und Beschaffung

in begründeten Ausnahmefällen von den eingeführten rechtlichen und technischen Standardtexten abweichen werden.

(2) Der RH hielt weiters kritisch fest, dass die von der KELAG Wärme erstellten Leistungsverzeichnisse zahlreiche Leistungspositionen mit geringen Mengenvordersätzen enthielten und damit grundsätzlich geeignet waren, den anbietenden Unternehmen ein weiteres offenkundiges Spekulationspotenzial zu gewähren.

(3) Der RH bemängelte, dass die KELAG Wärme den Abschnitt über Preisänderungen bei Abweichungen von vorgesehenen Mengen der ÖNORM B 2110 außer Kraft setzte. Der Ausschluss dieses Abschnitts der ÖNORM B 2110 verschärfte die Problematik von unzureichend erstellten Leistungsverzeichnissen zusätzlich.

(4) Darüber hinaus kritisierte der RH, dass die KELAG Wärme in ihren Leistungsverzeichnissen zur Ausschreibung von Rohrmontagearbeiten stets die gleichen Positionsnummern und Leistungsbezeichnungen verwendete, auch wenn deren Leistungsinhalte erheblich voneinander abwichen. Weiters widersprachen bei den Projekten Spittal an der Drau – Montagearbeiten und Neudörfel/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten die Angebotsbestimmungen und die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis den Positionsinhalten, so dass für die Bieter nicht augenscheinlich war, dass in den Positionen unterschiedliche Leistungsinhalte auszupreisen waren.

Nach Auffassung des RH wären die Ausschreibungsunterlagen (allgemeine rechtliche Bedingungen, allgemeine Beschreibung der Leistungen, eigene Positionen in Verbindung mit standardisierten Leistungsbeschreibungs-Positionen) widerspruchsfrei zu gestalten. Ausschreibungen sollten weitgehend mit richtig angesetzten Mengen und klaren Texten der Positionen in den Leistungsverzeichnissen durchgeführt werden.

(5) Weiters beanstandete der RH, dass die Leistungsverzeichnisse – insbesondere bei den Montageleistungen – bis zuletzt viele Positionen enthielten, die in der Vergangenheit bei keinem der vom RH überprüften Bauvorhaben abgerechnet wurden.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, nur in begründeten Ausnahmefällen von den eingeführten rechtlichen und technischen Standardtexten abzuweichen.

Weiters empfahl er, den Bieter mit den Leistungsverzeichnissen keine offenkundigen Spekulationspotenziale zu gewähren. Er empfahl fer-



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

ner der KELAG Wärme, die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 nicht zu ändern und insbesondere den Abschnitt über Preisänderungen bei Abweichungen von vorgesehenen Mengen nicht außer Kraft zu setzen.

Abschließend empfahl der RH der KELAG Wärme, die Positionen der Leistungsverzeichnisse, insbesondere für die Montagearbeiten, zu evaluieren sowie sich widersprechende Angebotsbestimmungen, Vorbermerkungen zum Leistungsverzeichnis und Positions inhalte zu vermeiden.

**29.3** *Laut Stellungnahme der KELAG Wärme gebe es keine standardisierte Leistungsbeschreibung für Rohr montageleistungen. Gerade durch die Verwendung ihrer eigenen – gleichartigen – Leistungsverzeichnisse in den verschiedenen Bundesländern käme es zu einer Erleichterung für die Bieter. Die Leistungsverzeichnisse würden laufend angepasst und nicht erforderliche Positionen nicht weiter aufgenommen, wie auch der RH festgestellt habe. Im Übrigen seien Sektoren auftraggeber gemäß BVergG nicht verpflichtet, standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen.*

**29.4** Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass die Anwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen allen Beteiligten (Bauherr, Auftraggeber, Planer, Bieter, Auftragnehmer, Örtliche Bauaufsicht, Begleitende Kontrolle) erhebliche Zeit- und Kosteneinsparungen bot; diese Vorteile könnten auch Sektoren auftraggeber für ihre Auftragsvergaben nutzen, auch wenn für sie keine gesetzliche Verpflichtung zur Anwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen bestand. Dem RH war bekannt, dass für Rohr montageleistungen keine spezielle standardisierte Leistungsbeschreibung vorlag (siehe Fußnote 84), allerdings decken die vorhandenen standardisierten Leistungsbeschreibungen des Bauwesens auch weite Bereiche der von der KELAG Wärme ausgeschriebenen Leistungen ab. Der RH verblieb daher bei seiner Beurteilung und seinen Empfehlungen.

Übersicht über die Mängel der generellen Feststellungen

**30** Die nachfolgende Tabelle liefert zusammenfassend – von TZ 19 bis TZ 29 – eine Übersicht über die Mängel der generellen Feststellungen:

## Investitionen und Beschaffung

**Tabelle 14: Übersicht über die Mängel der generellen Feststellungen**

Thema	festgestellt bei: Rahmenverträge bzw. Projekte	Mängel	TZ
Verfahrenswahl für die Vergaben Rahmenvereinbarungen im Bereich des Fernleitungsbaus	Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012 Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012	<ul style="list-style-type: none"> <li>– unzulässiges Auftragssplitting eines Bauwerks</li> <li>– Vergabe im Unterschwellenbereich jeweils</li> <li>– Überdenken des angemessenen Grads von Öffentlichkeit bei der gewählten Verfahrensart „Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb“</li> <li>– keine gesetzeskonforme Ermittlung der Auftragswerte</li> <li>– Vergabe im Unterschwellenbereich jeweils</li> </ul>	20 20 21
Verfahrenswahl für die Vergaben Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau	Spittal an der Drau – Montagearbeiten Spittal an der Drau – Bauarbeiten Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Bauarbeiten	<ul style="list-style-type: none"> <li>– unzulässiges Auftragssplitting eines Bauwerks</li> <li>– Vergabe im Unterschwellenbereich</li> </ul>	
Zuschlagskriterien	Rahmenvereinbarungen laut Tabelle 8	<ul style="list-style-type: none"> <li>– „gewichtetes Billigstbieterprinzip“ im BVergG 2006 nicht vorgesehen</li> <li>– „gewichtetes Billigstbieterprinzip“ bringt keinen wirtschaftlichen Vorteil</li> <li>– billigster Gesamtpreis als wesentlichstes Element des Billigstbieterprinzips trat in den Hintergrund</li> <li>– keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt</li> </ul>	22
Transparenz des Verfahrens	Rahmenvereinbarungen mit einem Einleitungszeitpunkt vor dem Jahr 2012 laut Tabelle 9	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nichtbeachtung der Mindeststandards der Dokumentation zumindest über die Verhandlungsergebnisse mit den Bieter im Rahmen der Verhandlungsverfahren zur Ermittlung des Billigstbieters oder über die Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb</li> </ul>	23
(vertiefte) Angebotsprüfung	Spittal an der Drau – Montagearbeiten, Bauarbeiten und Rohrlieferungen Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten, Bauarbeiten und Rohrlieferungen Österreich Süd – Montagearbeiten 2013/2014 Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 Rahmenvereinbarungen und Projekte laut Tabelle 8	<ul style="list-style-type: none"> <li>– jeweils</li> <li>– keine Mindeststandards der Dokumentation zumindest über die Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb beachtet</li> </ul>	23
Kalkulationsformblätter „K 7“	Rahmenvereinbarungen und Projekte laut Tabellen 9 und 10	<ul style="list-style-type: none"> <li>– keine vertieften Angebotsprüfungen durchgeführt und damit kein besonderer Augenmerk auf die Plausibilität der Preiskalkulationen sowie auf allfällige Spekulationspotenziale (bspw. Hochpreise, Unterpreise, Sensitivitätsanalyse) gelegt</li> <li>– spekulative Angebotserstellungen der Bieter nicht erkannt</li> <li>– Gleichbehandlungsgebot und Gebot, ein faires, dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen, nicht beachtet</li> <li>– Verzicht auf das Einfordern der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafen (Pönalezahlungen) bei verspäteter Vorlage bzw. Nichtvorlage der Kalkulationsformblätter „K 7“</li> <li>– Entgang von bis zu rd. 2,40 Mio. EUR an Pönalezahlungen</li> </ul>	24 25



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

### Fortsetzung: Übersicht über die Mängel der generellen Feststellungen

Thema	festgestellt bei: Rahmenverträge bzw. Projekte	Mängel	TZ
Regieleistungen	Rahmenvereinbarungen und Projekte laut Tabelle 12	<ul style="list-style-type: none"> <li>- außergewöhnlich hohes Ausmaß an Regieleistungen für Standardleistungen (bspw. Grabungsarbeiten und Rohrverlegungen) von durchschnittlich 11 %</li> <li>- Regiearbeiten stellen grundsätzlich teuerste Art der Ausführung und Abrechnung von Leistungen dar und sind nur aufwändig – bspw. durch ständige Anwesenheit eines Mitarbeiters der KELAG Wärme vor Ort – zu kontrollieren</li> <li>- Einsparungspotenzial von rd. 130.000 EUR nicht realisiert</li> </ul>	26
Rechnungslegung	Rahmenvereinbarungen und Projekte laut Tabelle 8	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Auftragnehmer legten noch keine Schlussrechnungen zu den erteilten Aufträgen</li> <li>- die KELAG Wärme verzichtete auf das Einfordern der Schlussrechnungen</li> <li>- KELAG Wärme verbuchte einzelne Rechnungen auf nicht entsprechende Rahmenvereinbarungen</li> <li>- Transparenz und Kostenwahrheit der Rahmenaufträge und Projekte beeinträchtigt</li> <li>- nachträgliche Änderung einer den Bieterbekannten Vorgabe (statt Deckungsrücklass in bar nunmehr Vorlage eines Bankhaftbriefs) widersprach den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter</li> </ul>	27
Rechnungsprüfung	Rahmenvereinbarungen und Projekte laut Tabelle 8	<ul style="list-style-type: none"> <li>- teilweise leistungs- und vertragskonforme Vergütung nicht sichergestellt</li> <li>- teilweise eine mangelhafte Übereinstimmung zwischen ausgeschriebenen und abgerechneten Leistungen</li> <li>- teilweise Überzahlungen der Rechnungen als Folge der Kombination aus dem Verzicht des Einbehalts des Deckungsrücklasses in bar mit mangelhafter Rechnungsprüfung</li> </ul>	28
Qualität der Ausschreibungsunterlagen; Vergleich Ausschreibung – Abrechnung	Rahmenvereinbarungen laut Tabelle 12	<ul style="list-style-type: none"> <li>- unzureichend genaue Erstellung der Leistungsverzeichnisse ermöglichte den Bieter ein breites Spektrum an Spekulationspotenzialen</li> <li>- keine Anwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen</li> <li>- Leistungsverzeichnisse – insbesondere bei den Montageleistungen – enthielten viele Positionen, die in der Vergangenheit bei keinem der vom RH überprüften Bauvorhaben zur Abrechnung gelangt waren.</li> <li>Leistungsverzeichnisse enthielten zahlreiche Leistungspositionen mit geringen Mengenvordersätzen und eröffneten damit grundsätzlich ein offenkundiges Spekulationspotenzial.</li> <li>Die Ausschreibungsunterlagen (allgemeine rechtliche Bedingungen, allgemeine Beschreibung der Leistungen, Leistungsbeschreibungs-Positionen) waren nicht immer widerspruchsfrei gestaltet.</li> </ul>	29

Quelle: RH

#### Spezifische Einzelfeststellungen

##### Projekt „Villach 2012“

**31** Das von der KELAG Wärme intern als „Villach 2012“ bezeichnete Projekt sah einerseits die Errichtung eines neuen Fernheizwerks, andererseits die Erweiterung des bestehenden Fernwärmennetzes um 13 km,

## Investitionen und Beschaffung

davon den Anschluss eines großen Industrieunternehmens<sup>93</sup> an das Fernwärmennetz mittels einer über 6 km langen Transportleitung sowie die Umstellung der Versorgung bestehender Kunden von Erdgas auf Biomasse, vor.

**32.1** (1) Im Februar 2010 leitete die KELAG Wärme die Vergabeverfahren der Rahmenvereinbarungen Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 und Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 mittels Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich mit der Aussendung der Ausschreibungsunterlagen an die Bieter ein (siehe TZ 20, Rahmenaufträge im Bereich des Fernwärmeleitungsbaus). Teilbereiche der Erweiterung des bestehenden Fernwärmennetzes in Villach aus dem Projekt „Villach 2012“ waren Bestandteil dieser Ausschreibung. Die sonstigen Teilbereiche des Projekts „Villach 2012“ lagen anderen Ausschreibungen zugrunde (siehe z.B. TZ 33, Fernheizwerk).

Zum Zeitpunkt der Zustimmung des Beirats der KELAG Wärme vom 4. März 2010 zum Projekt „Villach 2012“ waren die Verhandlungen mit dem Industrieunternehmen noch im Gange.

Am 21. April 2010 erfolgten die Zuschlagsentscheidungen für die Rahmenvereinbarungen der Rohrmontage (Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011) über rd. 1,53 Mio. EUR sowie der Bauleistungen (Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011) über rd. 1,64 Mio. EUR.

Sowohl der Auftragnehmer für die Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 als auch der Mitbewerber boten in zahlreichen Positionen Preise mit hohem Spekulationspotenzial an, die von der KELAG Wärme nicht weiter verfolgt wurden.

Am 28. April 2010 bzw. am 30. April 2010 unterzeichneten die KELAG Wärme und das große Industrieunternehmen den Fernwärmeliefervertrag; diesem zufolge sollte das Industrieunternehmen bis längstens 15. November 2010 an das Netz an- und eingebunden sein und ab 1. Jänner 2011 mit Wärme beliefert werden.

Die KELAG Wärme entschied aus zeitlichen Gründen, die zur Versorgung des großen Industrieunternehmens erforderliche – über 6 km lange – Transportleitung zu den Bedingungen der beiden Rahmenvereinbarungen für die Rohrmontage (Kärnten – Montagear-

<sup>93</sup> Infineon Technologies Austria AG



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

beiten 2010/2011) sowie für die Bauleistungen (Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011) errichten zu lassen.

(2) Der Auftragnehmer für die Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 wurde nur deshalb zum Billigstbieter und Auftragnehmer, weil er auf seinen ausgewiesenen Angebotspreis einen Sonder nachlass i.H.v. 13 % gewährte. Dieser Sonder nachlass war jedoch weder im Begleitschreiben noch im Leistungsverzeichnis erwähnt. Vielmehr war aus dem Begleitschreiben ersichtlich, dass die neue Angebotssumme keinen Rabatt welcher Art auch immer enthielt.

Der erwähnte Sonder nachlass fand sich nur auf dem Summen-/Konditionenblatt zum Angebot und bestand aus einem Schriftbild, das nach Auffassung des RH vom sonstigen Schriftbild auf diesem Summenblatt und dem diesem identen Schriftbild im Leistungsverzeichnis abwich.

(3) Infolge des Verzichts der KELAG Wärme auf eine gesonderte Ausschreibung der Transportleitung führte sie Verhandlungen mit den die Leistungen erbringenden Unternehmen der Rahmenvereinbarungen Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 und Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 (siehe auch TZ 27 und 28, Rechnungslegung und –prüfung). Die diesbezüglichen Vereinbarungen fixierte die KELAG Wärme durch Zusatzaufträge zu den Rahmenvereinbarungen.

Die Errichtung der letztlich 6,16 km langen Transportleitung verursachte insgesamt Kosten von 3,53 Mio. EUR (Rohrmontage i.H.v. 1,88 Mio. EUR und Bauleistungen i.H.v. 1,65 Mio. EUR).

**32.2 (1)** Der RH hielt kritisch fest, dass das von der KELAG Wärme argumentierte Zeitkriterium im BVergG 2006 nicht als Ausnahmetatbestand vorgesehen war, um von einem Vergabeverfahren nach BVergG 2006 Abstand zu nehmen. Vielmehr bot das BVergG 2006 den Sektorenauftragnehmern die Möglichkeit, die Leistungen gesetzeskonform auszu schreiben und – für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen mit dem großen Industrieunternehmen über den Abschluss eines Wär meliefervertrags – das Vergabeverfahren aus sachlichen Gründen zu widerrufen.

(2) Der RH merkte kritisch an, dass der Auftragnehmer der Montage arbeiten der Rahmenvereinbarung Kärnten 2010/2011 nur durch einen für den RH nicht nachvollziehbaren Vorgang – das Anerkennen eines Sonder nachlasses, der weder im Begleitschreiben noch im Leistungs verzeichnis erwähnt war, i.H.v. 13 % – zum Billigstbieter wurde. Nach Auffassung des RH war aus dem Begleitschreiben zum Angebot des spä teren Auftragnehmers zu schließen, dass die neue Angebotssumme kei-

## Investitionen und Beschaffung

nen Rabatt welcher Art auch immer enthielt. Weiters hielt der RH fest, dass der gewährte Sondernachlass nur auf dem Summen-/Konditionenblatt zum Angebot eingetragen war und dieser Vermerk ein Schriftbild aufwies, das nach Auffassung des RH vom sonstigen Schriftbild auf diesem Summenblatt und von dem mit diesem identen Schriftbild im Leistungsverzeichnis abwich; für den RH war nicht nachvollziehbar, zu welchem Zeitpunkt und von welcher Person der Eintrag auf dem Summen-/Konditionenblatt zum Angebot erfolgt war.

(3) Da die KELAG Wärme eine gesetzeskonforme Vergabe unterließ, kritisierte der RH die Direktvergaben der Bau- und Montageleistungen zur Errichtung der 6,16 km langen Transportleitung zum Industrieunternehmen. Nach den Bestimmungen des BVergG 2006 hätten die Leistungen für die Transportleitung vielmehr mittels eigener Ausschreibungen im Oberschwellenbereich dem Wettbewerb unterzogen und vergeben werden müssen.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, hinkünftig alle Vergaben gemäß den Bestimmungen des jeweils gültigen BVergG unter Berücksichtigung eines möglichst weitgehenden Wettbewerbs durchzuführen.

Weiters empfahl der RH der KELAG Wärme, sämtliche preisbestimmenden Faktoren der Angebote – insbesondere die Summe der Positionspreise im Leistungsverzeichnis, Angaben im Summen-/Konditionenblatt zum Angebot, Inhalt der Begleitschreiben – lückenlos zu dokumentieren, Unstimmigkeiten festzuhalten, die Behebbarkeit<sup>94</sup> der Abweichungen zu beurteilen und in weiterer Folge gegebenenfalls die im BVergG 2006 vorgesehenen Konsequenzen (wie bspw. Ausscheiden eines Angebots) zu ziehen.

**32.3 (1) Laut Stellungnahme der KELAG Wärme war die Genehmigung des Beirats an eine auflösende Bedingung gebunden, weil es keineswegs klar gewesen sei, dass der große Industriekunde einen Wärmeliefervertrag mit der KELAG Wärme unterzeichnen werde<sup>95</sup>. Da die Ausschreibungsplanungen für die Rahmenvereinbarungen 2010/2011 zwischen Dezember 2009 und Jänner 2010 stattfanden, habe die größere Translänge gar nicht in die Ausschreibung einfließen können.**

<sup>94</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbütern materiell verbessert würde.

<sup>95</sup> Der späteren Vertragsunterzeichnung wären zu diesem Zeitpunkt bereits jahrelange Verhandlungen vorausgegangen.

(2) Hinsichtlich des vom Auftragnehmer angebotenen Rabatts verwies die KELAG Wärme auf ihre Kommentierungen zu TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung, wonach ab Anfang 2013 keine pauschalen Rabattierungen mehr auf die angebotenen Gesamtpreise zugelassen würden, sondern immer die Abgabe eines jeweils neuen Leistungsverzeichnisses gefordert werde.

(3) Beim gegenständlichen Leitungsabschnitt handle es sich nicht um eine gesonderte Transportleitung (Bauvorhaben), sondern um eine Maßnahme zur Aufschließung eines Teils der Stadt Villach im Zuge der Verdichtung des bestehenden Fernwärmennetzes. Die Anwendung der Rahmenvereinbarung habe die Beauftragungen zeitlich, räumlich und inhaltlich abgedeckt. Aus der Position „Rohrmontagearbeiten zur Neuerrichtung und Netzverdichtung von Fernwärmeanlagen“ gehe hervor, dass der Auftragsgegenstand explizit auch die Neuerrichtung von Anlagen umfasst habe. Auch in Bezug auf die Mengen sehe die Rahmenvereinbarung keine abschließende Beschränkung vor<sup>96</sup>.

Eine Überschreitung der in der Ausschreibung für Zwecke der Angebotsbewertung vorgegebenen Mengen sei daher nicht ungewöhnlich. Lediglich „substantielle“ Änderungen der Bedingungen einer Rahmenvereinbarung seien unzulässig<sup>97</sup>. Gemäß der Rechtsprechung würden „drastische Überschreitungen“ (um das Elfache der ausgeschriebenen Mengen) die Grenze zur Unzulässigkeit bilden.

Da zudem der abgerufene Gesamtwert einschließlich der (Tief)Bauleistungen – in Summe 3,53 Mio. EUR – nicht den Schwellenwert für den Oberschwellenbereich erreicht hätte, selbst wenn die nun im Zuge der Erweiterungen abgerufenen Mengen bereits bei Abschluss der Rahmenvereinbarung bekannt gewesen wären, die Rahmenvereinbarung dennoch im gleichen Wege als Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich vergeben werden können.

**32.4** (1) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass der von ihr angesprochene zeitliche Ablauf nicht rechtfertigte, dass sie kein Vergabeverfahren nach BVergG 2006 durchgeführt hatte. Gerade die vorausgegangenen jahrelangen Verhandlungen und die von der KELAG Wärme angesprochene Bedingung der gegenständlichen Rahmenvereinbarung,

<sup>96</sup> Die Rahmenvereinbarung enthalte zur abzurufenden Leistung im Leistungsverzeichnis eine damals nicht abschließend bestimmte Mengenangabe („ca. 9.000 m Trassellänge“). Ergänzend sei festgelegt worden, dass die Massen nur „überschlägig ermittelt“ würden, „kein Anspruch auf Leistungsabruf besteh(e)“ und das Leistungsverzeichnis lediglich einem „Preiskatalog“ entspreche.

<sup>97</sup> etwa Änderungen des Leistungsgegenstandes, die wesentlich andere Angebote oder einen stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis für den Abschluss der Rahmenvereinbarung zur Folge gehabt hätten

## Investitionen und Beschaffung

dass „kein Anspruch auf Leistungsabruf besteht“, hätte der KELAG Wärme jedenfalls die Möglichkeit eröffnet, in den Leistungspositionen auch die Mengenvordersätze für die geplante Errichtung der 6,16 km langen Transportleitung zum Industrieunternehmen aufzunehmen. Der RH verblieb bei seiner Kritik.

(2) Hinsichtlich der Stellungnahme der KELAG Wärme zum vom Auftragnehmer der Rahmenvereinbarung Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011 angebotenen Sondernachlass i.H.v. 13 % entgegnete der RH, dass in dieser zwar festgehalten war, dass die KELAG Wärme ab 2013 keine pauschalierten Rabattierungen mehr zuließe, nicht aber die vom RH festgestellte Problematik betreffend der Nichtnachvollziehbarkeit des Eintrags auf dem Summen-/Konditionenblatt umfasste und somit bezüglich dieses Sachverhalts ins Leere zielte.

(3) Der RH verwies hinsichtlich einer gesetzmäßigen Vorgangsweise zur Ermittlung des geschätzten Auftragswerts und damit der Zuordnung des Vergabeverfahrens in den Ober- bzw. Unterschwellenbereich auf seine Ausführungen zu TZ 20, Rahmenvereinbarungen im Bereich des Fernwärmeleitungsbaus, sowie TZ 21, Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau, dieses Berichts. Diesen zufolge hätte die KELAG Wärme die Leistungen für die Transportleitung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 vielmehr mittels eigener Ausschreibungen für die Rohrmontage bzw. die Bauleistungen im Oberschwellenbereich dem Wettbewerb unterziehen und vergeben müssen.

Durch die Vorgangsweise der KELAG Wärme standen letztlich den Ausschreibungsergebnissen für die Rahmenvereinbarungen der Rohrmontage (Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011) von rd. 1,53 Mio. EUR sowie der Bauleistungen (Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011) von rd. 1,64 Mio. EUR nicht dem Wettbewerb unterworfen Aufträge zur Errichtung der 6,16 km langen Transportleitung zum Industrieunternehmen von 1,88 Mio. EUR für die Montagearbeiten sowie von 1,65 Mio. EUR für die Bauarbeiten gegenüber.

Der RH teilte die Meinung der KELAG Wärme, dass bei einer Rahmenvereinbarung eine Überschreitung der in der Ausschreibung für Zwecke der Angebotsbewertung vorgegebenen Mengen keineswegs ungewöhnlich sei, jedoch mit der maßgeblichen Einschränkung von nur geringfügigen Überschreitungen. Der RH verwies darauf, dass nach der neuen Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU bei Bauaufträgen Vertragsänderungen bzw. Erweiterungen bis zu einem Umfang von lediglich 15 % des ursprünglichen Auftragswerts zulässig sind. Zu der von der KELAG Wärme angeführten Judikatur wies der RH darauf hin, dass das Bundesvergabeamt lediglich festgestellt hatte, die Überschreitung des



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

geschätzten Auftragswerts um das Elffache sei als „drastische Überschreitung des angegebenen Umfangs“ anzusehen, ohne allerdings darauf einzugehen, wann eine Überschreitung nicht als drastisch zu gelten hat.

Die von der KELAG Wärme gewählte Vorgangsweise umging die gesetzliche Ausschreibungspflicht, indem Leistungen im erheblichen Ausmaß – mit einem Umfang, der sogar das Ausschreibungsergebnis überschritt – ohne Vergabeverfahren bezogen wurden. Da die KELAG Wärme eine gesetzeskonforme Vergabe unterließ, beurteilte der RH die Aufträge der Bau- und Montageleistungen zur Errichtung der 6,16 km langen Transportleitung zum Industrieunternehmen als Direktvergaben.

- 33.1** (1) Beim Fernheizwerk Villach – ein weiterer Teilbereich aus dem Projekt „Villach 2012“ – zeigte der Vergleich der geschätzten Auftragswerte und des jeweils von der KELAG Wärme zur Ausschreibung gewählten Verfahrens folgendes Bild:

**Tabelle 15: Vergabeverfahren zur Errichtung des Fernheizwerks Villach**

Gewerk	gewähltes Vergabeverfahren	Schätzkosten	Abrechnungs- summe	Veränderung in %
Fernheizwerk Rohbau (einschließlich Stahlbau)	Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich	1,92	2,37	+ 23,4
Fernheizwerk maschinell	Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich	2,81	3,13	+ 11,4
Fernheizwerk elektrisch	Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich	0,56	0,63	+ 12,5
<b>Summe</b>		<b>5,29</b>	<b>6,13</b>	<b>+ 15,9</b>

Quelle: KELAG Wärme

Die KELAG Wärme vergab die Arbeiten für den Rohbau und die elektrische Ausrüstung für das Fernheizwerk Villach jeweils als Bauauftrag im Unterschwellenbereich nach einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb. Die maschinelle Ausstattung des Fernheizwerks vergab die KELAG Wärme als Lieferauftrag nach einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich.

## Investitionen und Beschaffung

Gemäß dem BVergG 2006 berechnete sich der Schwellenwert, der für die Wahl des Vergabeverfahrens ausschlaggebend war, für das Bauwerk<sup>98</sup> Fernheizwerk als Summe der geschätzten Auftragswerte der Lose Rohbau sowie maschinelle und elektrische Ausrüstung<sup>99</sup>.

Aufgrund der geschätzten Gesamtkosten von rd. 5,29 Mio. EUR hätte das Vergabeverfahren für den Rohbau – Baumeister- und Professionenarbeiten – des Fernheizwerks Villach 2012 anstelle des von der KELAG Wärme gewählten Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich nach einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich stattfinden müssen.

(2) Beim vergebenen Auftrag Rohbau handelte es sich um einen Pauschalauflauftrag mit einer Vollständigkeitsgarantie; in dem vereinbarten Pauschalpreis waren alle Arbeiten und Lieferungen enthalten, die zur vollständigen, mängelfreien, allen technischen und behördlichen Anforderungen gerecht werdenden Herstellung der beauftragten Leistungen gehörten, auch wenn diese im Leistungsverzeichnis oder in der Leistungsbeschreibung nicht besonders angeführt oder näher beschrieben waren.

Abänderungen des gegenständlichen Auftragsumfanges, Mehrleistungen, Zusatzarbeiten usw. durften vertragsgemäß nur erbracht werden, wenn diese – nach zwingender Legung eines Nachtragsangebots durch den Auftragnehmer – schriftlich durch den Auftraggeber beauftragt worden waren.

Für ausgeführte Zusatz- oder Mehrleistungen ohne schriftliche Beauftragung durch die KELAG Wärme hatte der Auftragnehmer keinerlei Entgeltanspruch und verzichtete auch auf etwaige gesetzliche Ansprüche in diesem Zusammenhang (insbesondere Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherung und Schadenersatz).

Der Auftragnehmer übernahm ausdrücklich das Baugrundrisiko für die im Umfang des Bodengutachtens erkennbare Beschaffenheit des

<sup>98</sup> BVerg 2006, §§ 180 ff.

<sup>99</sup> Erreichte oder überstieg der kumulierte Wert der Lose den Schwellenwert, galten die Bestimmungen des BVergG 2006 für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies galt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 1 Mio. EUR betrug, sofern der kumulierte Wert der vom Sektorenauftraggeber ausgewählten Lose 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht überstieg. Für die Vergabe dieser Lose galten die Bestimmungen des BVergG 2006 für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich (§ 182 Abs. 3 BVergG 2006). Diese Regelung konnte bspw. für das Los „Fernheizwerk elektrisch“ angewandt werden.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Baugrunds und der daraus resultierenden Mehraufwendungen, bspw. eine allfällige Bodenausweichslung.

Die Schlussrechnungssumme vom Mai 2012 lautete auf rd. 1,82 Mio. EUR; sie überstieg damit die pauschale Auftragssumme um rd. 200.000 EUR bzw. um rd. 12 %.

Die von der KELAG Wärme bezahlte Schlussrechnung enthielt Leistungen – Regiearbeiten, Bodenausweichslung, Fundamenteerde und Mehrmenge Bewehrung – im Umfang von 95.780,78 EUR, die der Auftragnehmer ohne Beauftragung der KELAG Wärme ausgeführt hatte.

- 33.2** (1) Der RH beurteilte die Wahl des von der KELAG Wärme angewandten Vergabeverfahrens für den Rohbau des Fernheizwerks Villach als vergaberechtswidrig; hierfür kritisierte er die KELAG Wärme. Dieses als Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich ausgeschriebene Verfahren hätte unter Beachtung einer gesetzmäßigen Ermittlung des Schwellenwerts im Oberschwellenbereich – und damit nach einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb – stattfinden müssen.
- (2) Der RH kritisierte weiters, dass die KELAG Wärme beim Rohbau Mehrleistungen und Zusatzarbeiten des Auftragnehmers anerkannte, obwohl sie diese nicht schriftlich beauftragt hatte. Vertragsgemäß hatte das Bauunternehmen für Zusatz- oder Mehrleistungen ohne schriftliche Beauftragung durch die KELAG Wärme keinerlei Entgeltanspruch.

Durch ihr Vorgehen bezahlte die KELAG Wärme im Rahmen der Schlussrechnung dem Auftragnehmer letztlich Leistungen i.H.v. 95.780,78 EUR, die teils mehrfach entgegen den vertraglichen Grundlagen anerkannt wurden, bspw. durch fehlende schriftliche Beauftragungen der KELAG Wärme; der Auftragnehmer übernahm eine Vollständigkeitsgarantie und das Baugrundrisiko.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, von Auftragnehmern in Rechnung gestellte Leistungen, für die auf Basis des Bauauftrags kein Entgeltanspruch entstand, zu streichen und demgemäß nicht zu vergüten.

- 33.3** (1) Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie die Kritik des RH annähme; sie erläuterte die damalige Situation wie folgt: Die Kostenschätzungen sahen für das Heizhaus Kosten i.H.v. 4,69 Mio. EUR vor. In der Folge kam es zu einer Reihe von Erweiterungen, die nach Abzug der beabsichtigten Eigenleistungen i.H.v. 290.000 EUR auf einen knapp über dem damaligen Oberschwellenwert liegenden Planwert i.H.v. 5,0 Mio. EUR führten. Leider wurde diese neue Kostenschätzung mit einer Abweichung von 6 % von der KELAG

## Investitionen und Beschaffung

*Wärme aufgrund eines Versehens nicht berücksichtigt und daher verabsäumt, das Hochbaugewerk an die Gesamtkostenbetrachtung im Sinne des BVergG 2006 anzupassen. Dieses Versehen stelle keinen schwerwiegenden Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze dar, weil die geringfügige Überschreitung des Oberschwellenwerts erst während der laufenden Ausschreibung bekanntgeworden sei. Auch seien nachträgliche Erweiterungen des Leistungsgegenstands i.H.v. 10 % des Auftragswerts der ausgeschriebenen Leistungen vor Ablauf der Angebotsfrist zulässig. Auch wenn die dargestellte Judikatur auf den gegenständlichen Fall nicht direkt zutreffe, könnten die in dieser Judikatur entwickelten Grundsätze sinngemäß wohl auch auf den vorliegenden Fall angewandt werden.*

*(2) Hinsichtlich der Bezahlung von nicht beauftragten Zusatzleistungen wies die KELAG Wärme die Kritik des RH jedoch zurück. Die vom RH zitierten Zusatzleistungen seien in der ursprünglichen Beauftragung nicht enthalten gewesen und hätten daher als Nachtragsangebote angefragt werden müssen. Die Nachtragsangebote seien von der KELAG Wärme entsprechend korrigiert und die Leistungen anschließend beim Auftragnehmer bestellt worden.*

**33.4** (1) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass er die Wahl des von ihr angewandten Vergabeverfahrens für den Rohbau des Fernheizwerks Villach als vergaberechtswidrig beurteilte und auch kritisierte. Er traf jedoch keine Feststellung, ob diese Widrigkeit einen schwerwiegenden oder einen unwesentlichen Verstoß dargestellt habe. Eine derartige Feststellung zu treffen, lag auch gar nicht in der Zuständigkeit des RH – wie diese Beurteilung auch nicht die KELAG Wärme zu treffen hatte –, sondern ausschließlich im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Vergabekontrollbehörden.

(2) Zu den beim Fernheizwerk Villach für den Rohbau erbrachten Zusatzleistungen ohne Genehmigungen und den getätigten Überzahllungen hielt der RH seine Kritik aufrecht. Der RH entgegnete, dass ihm zwar für den Großteil der Zusatzleistungen Nachtragsangebote vorgelegen waren, für die von ihm beanstandeten Leistungen im Umfang von 95.780,78 EUR jedoch keine Nachtragsangebote – trotz mehrfacher Nachfrage – vorgelegt werden konnten.

## Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011

**34.1** (1) Das Vergabeverfahren Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011 lief als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich.



Im Zuge der kommissionellen Öffnung der Erstangebote erkundigte sich der zuständige Sachbearbeiter der KELAG Wärme laut der Dokumentation über Angebotsöffnungen bei den sonstigen Mitgliedern „ohne ersichtlichen Anlass, ob es rechtlich möglich sei, dass eine Firma im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens beim Konkretisierungsangebot die Preise gegenüber dem Erstangebot erhöht.“

(2) Jenes Unternehmen, das beim Erstangebot „Billigstbieter“ war, erhöhte im Letztpreisangebot tatsächlich seinen Angebotspreis gegenüber dem Erstangebot um 77.100,06 EUR (rd. 5 %).

Im Rahmen der Ermittlung des Auftragnehmers hielt der Leiter des Einkaufs des KELAG-Konzerns am Preisspiegel der Letztpreisangebote als Vorschlag zur Vergabe fest, dass beim „Billigstbieter“ Einsparungen bei den Positionen „Asphalt schneiden“ bzw. „Rohrgraben“ um 37.200 EUR bzw. um 32.814 EUR, in Summe 70.014 EUR, zu erzielen wären, wenn nicht die diesbezüglichen Letztpreisangebote herangezogen würden.

Mit der Erhöhung der Angebotspreise gegenüber dem Erstangebot korrigierte der Bieter nach Auffassung des RH einige seiner Fehlkalkulationen.

Ohne jede Dokumentation holte die KELAG Wärme entgegen ihren Angebotsbestimmungen ein „nochmaliges Letztpreisangebot“ ein. Die Gründe für die Einholung dieser „nochmaligen Letztpreisangebote“ waren ebensowenig dokumentiert wie die Ergebnisse der Öffnung der „nochmaligen Letztpreisangebote“.

(3) Die Positionspreise und der Gesamtpreis jenes Bieters, zu dem der Leiter des Einkaufs des KELAG-Konzerns seine Vorschläge zu den Positionen „Asphalt schneiden“ bzw. „Rohrgraben“ abgegeben hatte, blieben in dessen „nochmaligem Letztpreisangebot“ gegenüber dem Letztpreisangebot unverändert und waren dadurch um 70.014 EUR überhöht.

Der von der KELAG Wärme zur Preisaufklärung aufgeforderte „Billigstbieter“ erklärte in seiner Stellungnahme, dass „nach Korrektur der Einzelpositionen Asphalt aufbruch und Aushub das Konkretisierungsangebot der in der Ausschreibung geforderten technischen Spezifikation entspricht“. Die KELAG Wärme nahm diese Aussage zur Kenntnis und bestätigte, dass die Erhöhung der Angebotspreise für das Konkretisierungsangebot aus technischen Gründen erfolgte und daher als in Ordnung befunden wurde.

## Investitionen und Beschaffung

Aufzeichnungen der KELAG Wärme über die Angemessenheit der vom Leiter des Einkaufs des KELAG-Konzerns beanstandeten Angebotspreise lagen nicht vor<sup>100</sup>.

Die dem RH vorliegenden „nochmaligen Letztpreisangebote“ zweier Bieter enthielten mehrere Positionen, bei denen Spekulationspreise nicht auszuschließen waren. Eine vertiefte Angebotsprüfung der KELAG Wärme sowie allfällige weitere Veranlassungen – wie Ausscheiden der Angebote – erfolgten nicht (siehe dazu auch TZ 27 und 28, Rechnungslegung und -prüfung).

Der – preislich identische – Billigstbieter des Letztpreisangebots und des „nochmaligen Letztpreisangebots“ erhielt schließlich den Auftrag zu den von ihm angebotenen Preisen.

(4) Die von der KELAG Wärme anerkannten Rechnungen enthielten bei den Positionen „Asphalt schneiden“ bzw. „Rohrgraben“ Kosten von 71.023,11 EUR bzw. 256.110,25 EUR; insgesamt lauteten die anerkannten Abrechnungsbeträge auf 327.133,36 EUR. Damit überstieg die Abrechnung dieser Positionen das Angebot um weitere 257.119,36 EUR.

**34.2** (1) Der RH hielt kritisch fest, dass der Sachbearbeiter der KELAG Wärme bereits zum Zeitpunkt der Öffnung der Erstangebote möglicherweise informiert war, dass ein Bieter beabsichtigte, im Rahmen des Verhandlungsverfahrens die Preise gegenüber dem Erstangebot zu erhöhen. Die beabsichtigte Preiserhöhung war ein Indiz für eine spekulative Preisgestaltung im Angebot dieses Bieters; die KELAG Wärme hätte nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung dieses Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausschließen müssen.

(2) Der RH kritisierte, dass es die KELAG Wärme – statt das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen – dem Bieter ermöglichte, seine grundsätzlich zu seinen Lasten gehenden Kalkulationsirrtümer zu bereinigen und damit seinen Preisvorsprung im Bietverfahren deutlich – um 70.014 EUR – zu reduzieren. Die Abrechnung dieser Positionen verursachte letztlich vermeidbare Kosten von 327.133,36 EUR.

Weiters kritisierte der RH, dass die KELAG Wärme von ihrem in den Angebotsbestimmungen den Bieter bekannt gegebenen Verfahrensablauf erheblich abgewichen war, weil sie nach dem Letztpreisangebot ein „nochmaliges Letztpreisangebot“ einholte. Diese Vorgangs-

<sup>100</sup> Der Leiter des Einkaufs des KELAG-Konzerns bestätigte am 9. April 2010 in einem Aktenvermerk, dass die Abwicklung dieser Ausschreibung den konzernweiten Grundsätzen des Vergaberechts und der Compliance-Vorgaben entsprach.



weise verletzte die Gleichbehandlung der Bieter und beeinträchtigte die Objektivität und Transparenz des Vergabeverfahrens. Dass weiters über die Gründe für die Einholung dieser „nochmaligen Letztpreisangebote“ sowie über die Ergebnisse der Öffnung der „nochmaligen Letztpreisangebote“ keine Dokumentationen vorgelegt werden konnten, verschärfte die Intransparenz des Vorgangs zusätzlich.

(3) Darüber hinaus wiederholte der RH gegenüber der KELAG Wärme seine unter TZ 24, (vertiefte) Angebotsprüfung, abgegebene Kritik hinsichtlich der nicht erfolgten vertieften Angebotsprüfung. Er beanstandete, dass sich die KELAG Wärme mit nichtssagenden Auskünften des Bestbieters, wie „nach Korrektur der Einzelpositionen Asphalt aufbruch und Aushub entspricht das Konkretisierungsangebot der in der Ausschreibung geforderten technischen Spezifikation“ zufrieden gab und keine weiteren Prüfschritte setzte.

(4) Besonders kritisch sah der RH die im Zuge der Ausführung aufgetretenen Massenmehrungen bei den bereits bei der Angebotsprüfung auffälligen Positionen „Asphalt schneiden“ bzw. „Rohrgraben“ mit anerkannten Kosten von 71.023,11 EUR bzw. 256.110,25 EUR (insgesamt 327.133,36 EUR).

Der RH empfahl der KELAG Wärme, keine Abweichungen zum den Bieter bekannt gegebenen Verfahrensablauf vorzunehmen, um nicht die Gleichbehandlung der Bieter zu verletzen und die Objektivität und Transparenz des Vergabeverfahrens zu beeinträchtigen.

Darüber hinaus verwies der RH auf seine Empfehlung, die er zur Transparenz des Verfahrens abgab (TZ 23).

**34.3 (1) Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass im Zuge der Verhandlungen regelmäßig mit allen eingeladenen Bieterinnen neben den technischen Projektinhalten auch die auffälligen Kostenpositionen besprochen und die Bieter angehalten würden, diese Kosten nicht spekulativ zu gestalten.**

**(2) Die KELAG Wärme wies weiters darauf hin, dass eine Einflussnahme auf die spätere Preisgestaltung der Bieter – sowohl in Bezug auf Erhöhungen als auch in Bezug auf allfällige Reduktionen von Einheitspreisen – für die Letztpreisabgabe unmöglich sei. Darüber hinaus wies sie darauf hin, dass das BVergG in Zusammenhang mit dem Verhandlungsverfahren an keiner Stelle eine Verpflichtung des Bieters vorsehe, bei einem Folgeangebot einen niedrigeren Preis anzugeben.**

## Investitionen und Beschaffung

(3) Auf die Feststellungen des RH zur angeblich fehlenden Plausibilitätsprüfung verwies die KELAG Wärme auf ihre Stellungnahme zu TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung und TZ 36, Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn.

(4) Im konkreten Fall führte die KELAG Wärme mehrere Positionen aus dem Erstangebot an, für die ein spekulativ niedriges Preisband angeboten worden sei; diese Preise waren nach Erfahrungen der KELAG Wärme nicht marktkonform und seien daher angepasst worden.

**34.4** (1) Der RH hielt der KELAG Wärme entgegen, dass die Besprechung von auffälligen Kostenpositionen in letzter Konsequenz zu einer vertieften Angebotsprüfung und im Falle des Vorliegens einer spekulativen Preisgestaltung zum Ausschluss des jeweiligen Angebots vom weiteren Vergabeverfahren hätte führen müssen.

(2) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass dem Zugeständnis der KELAG Wärme, dass der Billigstbieter sein Angebot bei Angebotsöffnung erhöhen konnte, ein Prinzip des BVergG 2006 – nämlich die Gleichbehandlung aller Bieter – entgegenstand. Wäre diese Vorgangsweise entsprechend der Interpretation der KELAG Wärme zulässig, widerspreche das BVergG 2006 dem elementaren Grundsatz des lauteren Wettbewerbs. Nach Ansicht des RH war nicht auszuschließen, dass der Sachbearbeiter der KELAG Wärme bereits zum Zeitpunkt der Öffnung der Erstangebote über die Absicht des Bieters informiert war: Er hatte sich laut der Dokumentation über Angebotsöffnungen im Zuge der kommissionellen Öffnung der Erstangebote ohne ersichtlichen Anlass erkundigt, ob es rechtlich möglich sei, dass ein Unternehmen im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens beim Konkretisierungssangebot die Preise gegenüber dem Erstangebot erhöht.

Der RH verblieb daher bei seiner Auffassung und Kritik, dass die Preiserhöhung ein Indiz für eine spekulative Preisgestaltung im Angebot dieses Bieters war.

(3) Der RH verwies auf seine Ausführungen in den von der KELAG Wärme angesprochenen Berichtspunkten, in denen er insbesondere auf die nicht ausreichend durchgeföhrten Plausibilitäts- und vertieften Angebotsprüfungen sowie das hohe Spekulationspotenzial eingegangen war.

(4) Der RH verwies auf den Umstand, dass bei einigen der angeführten Positionen durch aufgetretene Massenmehrungen erhebliche Kostenerhöhungen aufgetreten waren.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

### Projekt Wien-Auhof

- 35.1** (1) Die Bauarbeiten für eine 210 m lange Fernwärmeleitung für den Anschluss eines neu errichteten Einkaufzentrums in Wien-Auhof bot der Billigstbieter um 95.589,79 EUR an.

Nach Preisverhandlungen vergab die KELAG Wärme im Juli 2012 den Auftrag „pauschal“ um 90.500 EUR. Entsprechend der „pauschalen“ Einsparung zum Angebot über rd. 5.000 EUR bzw. rd. 5,32 % handelte es sich um einen Nachlass auf alle Positionen des Angebots.

Der in den Preisverhandlungen gewährte Nachlass i.H.v. 5,32 % war bei der Schlussrechnung nicht berücksichtigt, woraus sich eine Überzahlung i.H.v. 6.530,51 EUR errechnete.

- (2) Die im Oktober 2012 abgerechneten Baukosten betrugen 122.754,00 EUR; dies entsprach einer Baukostenerhöhung von 32.254 EUR oder 35,6 %. Die Kostenerhöhung hatte nach Meinung der KELAG Wärme insbesondere folgende Gründe:

- Die Länge der Fernwärmeleitung erhöhte sich um rd. 21 m auf 231 m.
- Die geplante Aushubtiefe erhöhte sich von 1,25 m auf bis zu 1,50 m.
- Im Bereich der Hauseintritte waren breitere Künetten (1,60 m bzw. 2,00 m statt 1,25 m) erforderlich.

Das ausführende Bauunternehmen legte der KELAG Wärme ein Nachtragsangebot für eine Aushubtiefe bis 2,50 m, das die KELAG Wärme formlos akzeptierte. Dadurch wurden statt 38,36 EUR/m<sup>3</sup> (angebotener Einheitspreis für eine Tiefe von 1,25 m) nun 46,48 EUR/m<sup>3</sup> (+ 21,17 %) für den gesamten Aushub verrechnet. Durch diese Vorgangsweise erhöhten sich die Kosten für den Aushub um rd. 3.000 EUR. Nach Erfahrung des RH wird bei Bauaufträgen der Aushub für einzelne Schichttiefen in eigenen Leistungspositionen angeboten und abgerechnet.

Da der Bauauftrag in der Bauabwicklung eine zentrale Stellung einnimmt, müssen Nachtragsangebote grundsätzlich auf diesem basieren. Dies war, wie das Ergebnis zeigte, beim vorliegenden Nachtragsangebot nicht der Fall.

Das Angebot des ausführenden Bauunternehmens beinhaltete für die gesamte Künettenlänge von 210 m eine Pölzung bis 1,25 m Tiefe zu

## Investitionen und Beschaffung

einem Einheitspreis von 20,59 EUR/m. Demgegenüber enthielt die von der KELAG Wärme anerkannte Schlussrechnung des bauausführenden Unternehmens für die Pölzung der Künnette bis zu einer Tiefe von 2,50 m<sup>101</sup> eine Länge von 470,90 m zu einem Einheitspreis von 28,24 EUR/m (+ 37,15 %). Damit war die Länge der verrechneten Pölzung mehr als doppelt so lang wie die tatsächliche Künnettenlänge von 231 m und auch erheblich teurer.

Durch die Verrechnung der mehr als doppelt so langen Künnettenlänge resultierten Mehrkosten von 6.774,78 EUR und durch die Abrechnung der tatsächlich erforderlichen Künnettenpölzung zum höheren Einheitspreis für die größere Tiefe entstanden weitere Mehrkosten von jedenfalls rd. 1.800 EUR.

(3) Die Schlussrechnung enthielt als Regieleistung für 126 Arbeitsstunden eines Vorarbeiters Kosten von 5.595,66 EUR. Dem RH konnten keine Unterlagen vorgelegt werden, die die Notwendigkeit dieses Arbeitsaufwands belegten.

(4) Die Kosten der Leistungsposition „Gesamte Baustellengemeinkosten“ bestanden aus einem 10%igen Zuschlag auf die Positionspreise aller anderen Leistungspositionen. Üblicherweise werden die Baustellengemeinkosten als Pauschale ohne Abhängigkeit von den Baukosten abgerechnet.

Durch die vom RH festgestellten Überzahlungen des Bauunternehmens hätte sich auch die Schlussrechnungssumme als neue Bemessungsgrundlage<sup>102</sup> für die Leistungsposition „Gesamte Baustellengemeinkosten“ entsprechend reduziert; dadurch ergab sich eine weitere Überzahlung i.H.v. 2.370,10 EUR.

(5) In Summe waren die Bauarbeiten des Projekts Wien-Auhof um 26.071,05 EUR, dies entsprach rd. 21,2 % der von der KELAG Wärme anerkannten Abrechnungssumme, überzahlt.

**35.2** Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme den in den Preisverhandlungen gewährten Nachlass i.H.v. 5,32 % bei der Prüfung der Schlussrechnung nicht berücksichtigte, woraus sich eine Überzahlung i.H.v. 6.530,51 EUR ergab.

Darüber hinaus kritisierte der RH, dass die KELAG Wärme die Nachtragsangebote nicht auf Basis des Bauauftrags prüfte. Mit dem wider-

<sup>101</sup> Wie bereits erwähnt, erhöhte sich die geplante Aushubtiefe von 1,25 m auf bis zu 1,50 m.

<sup>102</sup> Die neue Bemessungsgrundlage lautete auf 87.893,59 EUR.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

spruchslosen Anerkennen von Nachtragsangeboten ermöglichte die KELAG Wärme dem Bauunternehmen, den gesamten Aushub sowie die gesamte Pölzung der Künnette – diese Position darüber hinaus mit weitaus überhöhten Massen – mit den höheren Preisen der Nachtragsangebote zu verrechnen. Für diese Vorgangsweise bestand weder aus technischer noch vertraglicher Sicht eine Notwendigkeit; die vermeidbaren Mehrkosten hierfür betrugen 11.574,78 EUR.

Weiters beanstandete der RH, dass die Regieleistungen eines Vorarbeiters Kosten von 5.595,66 EUR verursachten, hierfür jedoch keine Unterlagen vorlagen, die die Notwendigkeit dieses Arbeitsaufwands belegten.

Ferner ergab sich aufgrund der vom RH festgestellten Überzahlungen auch bei der Leistungsposition „Gesamte Baustellengemeinkosten“ eine weitere Überzahlung i.H.v. 2.370,10 EUR.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, Gespräche mit dem ausführenden Bauunternehmen aufzunehmen, um – möglichst außergerichtlich – den finanziellen Schaden der KELAG Wärme zu minimieren.

**35.3** *Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie in Bezug auf die Abrechnungsthematiken im Rahmen des Projekts Wien-Auhof die in TZ 27, Rechnungslegung, und TZ 28, Rechnungsprüfung, angekündigten nochmaligen Überprüfungsmaßnahmen auch auf dieses Projekt anwenden werde.*

#### Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn

**36.1** (1) Ende März 2012 genehmigte die Generalversammlung der KELAG Wärme den Investitionsantrag für das Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn i.H.v. 7,21 Mio. EUR; darin waren geschätzte Auftragswerte i.H.v. 6,09 Mio. EUR enthalten, was gemäß BVergG 2006 zu Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich hätte führen müssen (siehe TZ 21, Projekte Neudörfl/Bad Sauerbrunn und Spittal an der Drau). Die Rohr montagearbeiten für ein rd. 10 km langes Fernwärmennetz schrieb die KELAG Wärme im Mai 2012 im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich aus.

Die Angebotseröffnung der fünf eingelangten Angebote erfolgte am 24. Mai 2012. Zum Angebot des Bieters mit dem billigsten Angebot hielt die Niederschrift über die Angebotseröffnung fest, dass das Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis fehlte. Dieses hatte neben dem angebotenen Gesamtpreis die Höhe eines vom Bieter allfällig gewährten Nachlasses auf diesen Gesamtpreis, die Stan-

## Investitionen und Beschaffung

dard-Liefer- und Zahlungsbedingungen der KELAG Wärme sowie allfällige vom Bieter sonst angebotene Zahlungs- und Lieferbedingungen zu enthalten.

Der Bieter des bei der Angebotseröffnung festgestellten preislich billigsten Angebots reichte der KELAG Wärme diese Unterlage ohne einen Nachlass via E-Mail am 6. Juni 2012 nach.

Die KELAG Wärme schied aufgrund ihrer Feststellungen im Rahmen der Angebotseröffnung und der im Verfahrensablauf vorgesehenen erfolgten Vorprüfung der abgegebenen Angebote dieses Angebot aus dem Vergabeverfahren nicht aus, obwohl das Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht vorlag.

In weiterer Folge lud die KELAG Wärme nur die beiden erstgereichten Bieter zur Legung eines Letztpreisangebots ein und übermittelte hierzu den Bietern das „Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis“ sowie das Verhandlungsprotokoll.

Den in den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung vom Mai 2012 vorgesehenen Verfahrensablauf, dass für den Fall eines nicht erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen in der ersten Phase alle Bieter zu weiteren Verhandlungsrunden eingeladen werden, hielt die KELAG Wärme nicht ein.

(2) Mit dem Letztpreisangebot erhöhte der Bieter mit dem billigsten Erstangebot seine Angebotssumme um 3,97 % bzw. um 23.635,40 EUR; der Mitbewerber reduzierte sein Angebot um 7,37 %. Dadurch verringerte sich der Angebotsvorsprung des „Bestbieters“ von 115.062,59 EUR (Erstangebot) auf letztlich 39.040,65 EUR (Letztpreisangebot).

Die Erhöhung des Angebotspreises beim „Bestbieter“ ergab sich im Wesentlichen daraus, weil dieser – wie im Begleitschreiben zum Angebot erwähnt war – im Erstangebot in die Position<sup>103</sup> „Lagerhaltung und Manipulation“ die Bereitstellung des Lagerplatzes samt den dazugehörigen Einrichtungen nicht in den Positionspreis eingerechnet hatte.

Die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis wiesen aus, dass die Bieter alle Lager-, Arbeits- und Deponieplätze auf ihre Kosten zu beschaffen hatten.

<sup>103</sup> Position 01.01.10.500, Lagerhaltung und Manipulation; Erhöhung des Positionspreises von 2.880,00 EUR (Erstangebot) auf 26.455,00 EUR (Letztpreisangebot)



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Die Abrechnung dieser Positionen<sup>104</sup> ergab insgesamt Mehrkosten von 17.681,25 EUR.

(3) Die KELAG Wärme erteilte dem „Billigstbieter“ am 15. Oktober 2012 – nach Behandlung eines Einspruchs beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten – auf Basis des Letztpreisangebots den Auftrag der Rohrmontagearbeiten für ein Fernwärmennetz über rd. 620.000 EUR.

Die von der KELAG Wärme anerkannten Rechnungen enthielten für die Herstellung der Hausanschlüsse einen „Baustellenzuschlag“ i.H.v. 15 %; dieser Zuschlag war im Bauauftrag nicht vorgesehen und verursachte vertraglich nicht gedeckte Mehrkosten i.H.v. 13.520,48 EUR.

Weiters gewährte der Auftragnehmer für die Herstellung der Hausanschlüsse einen Nachlass i.H.v. 10 % auf alle hierfür erforderlichen Leistungen. Bei den der KELAG Wärme in Rechnung gestellten und von dieser akzeptierten Regiearbeiten war dieser Nachlass nicht berücksichtigt, wodurch sich eine Überzahlung i.H.v. 1.996,20 EUR ergab.

Der Auftragnehmer legte der KELAG Wärme bis Mitte Jänner 2015 noch keine Schlussrechnung.

**36.2** (1) Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme beim Vergabeverfahren der Rohrmontagearbeiten zum Projekt Neudörfel/Bad Sauerbrunn das Angebot des späteren Auftragnehmers nicht von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren ausschied, obwohl das Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis bei der Angebotseröffnung nicht vorlag.

Weiters beanstandete der RH, dass die KELAG Wärme vom in den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung vorgesehenen Verfahrensablauf abwich und nicht alle Bieter zu weiteren Verhandlungsrunden einlud.

(2) Besonders kritisch betrachtete der RH das Vorgehen der KELAG Wärme, die dem späteren Auftragnehmer ermöglichte, sein Angebot aufgrund eines Kalkulationsfehlers zum Nachteil der KELAG Wärme zu erhöhen und seinen Angebotsvorsprung dadurch erheblich zu reduzieren; bei der Abrechnung ergaben sich dadurch Mehrkosten i.H.v. 17.681,25 EUR.

Der RH hielt zusammenfassend fest, dass die KELAG Wärme ein Unternehmen beauftragt hatte, das sie bei Einhaltung der gesetzlichen

<sup>104</sup> Statt ausgeschriebenen 2,00 Pauschalen gelangten nur 1,50 Pauschalen zur Abrechnung.

## Investitionen und Beschaffung

Bestimmungen und unter Beachtung der langjährigen Rechtsprechung im Laufe des Vergabeverfahrens hätte ausscheiden müssen.

(3) Der RH stellte kritisch fest, dass durch den im Bauauftrag nicht gedeckten Baustellenzuschlag sowie durch die Nichtberücksichtigung des 10%igen Nachlasses bei den Regiearbeiten weitere vermeidbare Mehrkosten i.H.v. insgesamt 15.516,68 EUR anfielen.

Der RH wiederholte gegenüber der KELAG Wärme seine Empfehlung zur TZ 32, Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011, keine Abweichungen zum den Bietern bekannt gegebenen Verfahrensablauf vorzunehmen, um nicht die Gleichbehandlung der Bieter zu verletzen und die Objektivität und Transparenz des Vergabeverfahrens zu beeinträchtigen.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, im Rahmen ihrer Schlussrechnungsprüfung die abgerechneten Leistungen auf ihre vertragsgemäße Grundlage zu überprüfen und die Kosten der bereits bezahlten vertragswidrigen Leistungen von jedenfalls 15.516,68 EUR in Abzug zu bringen.

**36.3 (1) Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass das Summen-/Konditionenblatt eine bloße Summenzusammenfassung der Teilsummen des Leistungsverzeichnisses darstelle und der einfacheren Überprüfbarkeit der Angebote diene. Gegenständlich habe der Bieter sowohl die Bietererklärung als auch das firmenmäßig gezeichnete „Leistungsverzeichnis lang“, das alle Informationen für eine Bewertung enthalten habe, ordnungsgemäß abgegeben. Ein zwingender Ausscheidensgrund sei daher keinesfalls vorgelegen.**

**(2) In Bezug auf die Erhöhung des Angebotspreises im Letztpreisan-gebot beim Bieter mit dem billigsten Erstangebot um 3,97 % bzw. um 23.635,40 EUR verwies die KELAG Wärme auf ihre Stellungnahme zu TZ 34, Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011.**

**(3) Mit Bezug auf den Baustellenzuschlag i.H.v. 15 % der Herstel-lungskosten für Hausanschlüsse wies die KELAG Wärme in ihrer Stel-lungnahme nochmals darauf hin, dass die Einbindung von Kunden-anlagen zum Ausschreibungszeitpunkt nicht von der KELAG Wärme, sondern von den Kunden durchzuführen gewesen wäre. Das Erfordernis für die KELAG Wärme habe sich erst durch die verstärkte Vertriebsak-tivität ergeben. Zur Erfüllung der (vertriebs-)vertraglichen Verpflich-tungen habe sich die KELAG Wärme einer bestehenden Rahmenverein-barung bedient, die diese Tätigkeiten inhaltlich, räumlich und zeitlich**



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

*mitumfasst und für die Arbeiten einen entsprechenden Aufschlag vorgesehen habe.*

*Zu dem gewährten Nachlass i.H.v. 10 % für die Herstellung der Hausanschlüsse ersuchte die KELAG Wärme den RH um die Vorlage der Anspruchsgrundlage; nach ihrem Kenntnisstand bestehe eine solche Vereinbarung nicht.*

- 36.4** (1) Der RH widersprach der Auffassung der KELAG Wärme, dass das Summen-/Konditionenblatt eine bloße Summenzusammenfassung darstelle und daher kein zwingender Ausscheidensgrund vorlag. Der RH betonte, dass das Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis einen wesentlichen Angebotsbestandteil darstellte, weil es – neben dem angebotenen Gesamtpreis, der Höhe eines vom Bieter allfällig gewährten Nachlasses auf diesen Gesamtpreis, den Standard-Liefer- und Zahlungsbedingungen der KELAG Wärme sowie allfälligen vom Bieter sonst angebotenen Zahlungs- und Lieferbedingungen – auch grundlegende Bietererklärungen sowie eine firmenmäßige Zeichnung zu enthalten hatte. Die Vorlage dieses Summen-/Konditionenblatts wurde auch in der Ausschreibung gefordert. Der RH verblieb daher bei seiner Kritik.
- (2) Der RH verwies hinsichtlich der Erhöhung des Angebotspreises im Letztpreisangebot des Bieters mit dem billigsten Erstangebot auf seine Entgegnung zu TZ 34, Rahmenvereinbarung Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011; diese galt uneingeschränkt auch für das Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn.
- (3) Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass die Verrechnung eines Baustellenzuschlags von 15 % für die Herstellung der Hausanschlüsse im Bauauftrag nicht vorgesehen und die daraus resultierenden Mehrkosten vertraglich auch nicht gedeckt waren.

Zum Ersuchen der KELAG Wärme um Bekanntgabe der Anspruchsgrundlage des für die Herstellung der Hausanschlüsse gewährten Nachlasses i.H.v. 10 % verwies der RH auf die letzte Seite des Angebots des Auftragnehmers vom 21. Mai 2012, wo dies festgehalten ist.

#### Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015

- 37.1** (1) Die KELAG Wärme schrieb im Dezember 2012 die Bauarbeiten für Kärnten und Salzburg 2013 bis 2015 gesetzeskonform im Oberschwellenbereich nach einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Auf-

## Investitionen und Beschaffung

ruf zum Wettbewerb aus. Nach der Öffnung der Angebote, einer Vorprüfung der Angebote und nach anschließenden Vergabegesprächen mit den drei bestgereichten BieterInnen lud die KELAG Wärme diese zur Legung ihres Letztpreisangebots ein.

Die Niederschrift über die Angebotseröffnung zum Letztpreisangebot der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 führte zum Angebot einer Bietergemeinschaft, dem späteren Auftragnehmer, aus, dass im Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis die verbindlich auszupreisenden Konditionen für die beiden Optionsjahre 2015/2016 und 2016/2017 nicht eingetragen waren.

Die Konditionen für die beiden Optionsjahre 2015/2016 und 2016/2017 waren für die Ermittlung des „gewichteten Billigstbieters“ insoferne von Bedeutung, als diese als Zuschlagskriterien mit einer Gewichtung von 20 % (Optionsjahr 2015/2016) bzw. 10 % (Optionsjahr 2016/2017) definiert waren.

Die KELAG Wärme schied aufgrund ihrer Feststellungen im Rahmen der Angebotseröffnung dieses Angebots nicht aus dem Vergabeverfahren aus. Vielmehr berücksichtigte die KELAG Wärme bei ihren Berechnungen jene Konditionen, welche die Bietergemeinschaft im Summen-/Konditionenblatt des Erstpreisangebots angeführt hatte.

(2) Das Angebot des späteren Auftragnehmers wies weiters zwischen dem Erst- und dem Letztpreisangebot erhebliche Preisdifferenzen bei einigen im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen „Wesentlichen Positionen“ auf. Insbesondere war die Reduktion des Einheitspreises im Letztpreisangebot bei der infolge ihrer Gewichtung für die Auftragnehmerermittlung bedeutendsten Position „Baustelleneinrichtung“ um 32.126,97 EUR bzw. um 92,14 % im Vergleich zum Einheitspreis im Erstangebot – dadurch ergab sich eine Verminderung des resultierenden Positionspreises<sup>105</sup> um 289.142,73 EUR – augenscheinlich; dies war ein Indiz für eine spekulative Preisgestaltung. Im Gegenzug erhöhte die Bietergemeinschaft mehrere Einheitspreise von Positionen, die infolge ihrer Gewichtung für die Ermittlung des Auftragnehmers keinen so maßgebenden Einfluss aufwiesen.

Erst durch diese geänderte „Kalkulation“ wurde die Bietergemeinschaft zum „gewichteten Billigstbieter“ für den Ausschreibungszeitraum 2013 bis 2015 und in weiterer Folge durch die Interpretationen der KELAG Wärme für die Optionsjahre auch für diese optionalen Zeiträume. Die

<sup>105</sup> Die Verminderung des Positionspreises errechnet sich aus dem Produkt der Differenz des Einheitspreises und dem ausgeschriebenen Mengenvordersatz (neun Pauschalen).



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

erheblichen Preisdifferenzen waren nicht durch eine entsprechende qualitative oder quantitative Veränderung der Leistung erklärbar.

Die KELAG Wärme nahm sowohl bei den Erst- als auch den Letztpreisangeboten keine weitergehenden vertieften Angebots- und Preisprüfungen zumindest bei den von ihr ausgewiesenen „Wesentlichen Positionen“ vor. Auch schied sie trotz der offensichtlich spekulativen Preisgestaltung das Angebot der Bietergemeinschaft nicht aus dem Vergabeverfahren aus.

(3) Bis Anfang des Jahres 2013 adaptierte die KELAG Wärme die bisher von ihr verwendeten Ausschreibungsunterlagen, bspw. durch Anpassung der Allgemeinen Vorbemerkungen oder durch Reduzierung der Anzahl der ausgeschriebenen Positionen (siehe auch TZ 29, Qualität der Ausschreibungsunterlagen).

Dem Vergabeverfahren zur Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 lagen bereits die überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen zugrunde.

Der im Juni 2013 an die Bietergemeinschaft vergebene Auftrag lautete auf rd. 3,98 Mio. EUR. Die am 19. November 2014 dem RH von der KELAG Wärme übergebenen bisher bezahlten Rechnungen (Abrechnungsstichtag) enthielten Leistungen über rd. 1,50 Mio. EUR; dies entsprach rd. 38 % des Auftragswerts.

Zu den bislang vorliegenden Rechnungen stellte der RH fest:

- Obwohl der Auftragsumfang insgesamt erst zu rd. 38 % ausgeschöpft war, überschritten die Regiearbeiten mit bislang abgerechneten 149.334,01 EUR den Ausschreibungswert von 129.995,50 EUR bereits um 15 %. Davon überstiegen die Personalkosten den ausgeschriebenen Umfang um rd. 60 %.
- Von ausgeschriebenen 230 Positionen sprach das ausführende Unternehmen bisher 90 Positionen, d.s. 42 % der Gesamtanzahl, nicht an.
- Zum Abrechnungsstichtag 19. November 2014 bestand eine nicht als geringfügig einzuschätzende Wahrscheinlichkeit eines sich abzeichnenden Bietersturzes; mit den bislang abgerechneten Leistungen würde der Zweitbieter um rd. 125.000 EUR billiger abrechnen als der Auftragnehmer.

## Investitionen und Beschaffung

- Für den Eintritt des sich mit einer nicht als geringfügig einzuschätzenden Wahrscheinlichkeit abzeichnenden Bietersturzes waren nach Beurteilung des RH drei Hauptfaktoren maßgeblich:
  - Die Hauptposition „Aushub Rohrgraben Fernwärme bis 1,50 m“ bot der Zweitbieter um 25,23 EUR bzw. um 28,2 % billiger an als der Auftragnehmer.
  - Die 90 bislang nicht abgerufenen Positionen bot der Auftragnehmer um 630.354,36 EUR billiger an als der Zweitbieter.
  - Bei diesen 90 bislang nicht abgerufenen Positionen wies das Angebot des Zweitbieters nur bei elf Positionen höhere Einheitspreise auf als das Angebot des Auftragnehmers.
- Beim gegenständlichen Auftrag waren Aufträge (insbesondere Sanierung Biomassebunker Heizwerk und Bodenplatte Heizcontainer Villach) mit Kosten von insgesamt 64.874,54 EUR verbucht, die zu diesem Auftrag keinen Bezug aufwiesen.

**37.2** (1) Der RH kritisierte, dass die KELAG Wärme beim Vergabeverfahren zur Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 das Angebot einer Bietergemeinschaft – des späteren Auftragnehmers – nicht sofort von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren ausschied, obwohl das Summen-/Konditionenblatt zum Leistungsverzeichnis bei der Angebotseröffnung nicht vollständig ausgefüllt vorlag.

(2) Weiters beanstandete der RH, dass die erheblichen Preisdifferenzen zwischen dem Erst- und dem Letztpreisangebot des späteren Auftragnehmers spekulativen Charakter aufwiesen und betriebswirtschaftlich nicht erklärbar waren. Die KELAG Wärme hätte das *unplausible* Letztpreisangebot vertieft zu prüfen gehabt, um die Folgen des spekulativen Charakters des Angebots zu klären. In weiterer Folge hätte die KELAG Wärme das Angebot ausscheiden müssen, zumal eine Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der geforderten Leistungen nicht mehr möglich war.

Der RH stellte kritisch fest, dass hinsichtlich einer vertieften Angebotsprüfung (siehe auch TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung), des Anerkennens von Regieleistungen (siehe auch TZ 26, Regieleistungen) und der Sorgfalt bei der Rechnungsprüfung (siehe auch TZ 28, Rechnungslegung und -prüfung) keine feststellbaren Verbesserungen zu den vom RH in den zuvor beschriebenen Sachverhalten erkennbar waren.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

Das Vorgehen der KELAG Wärme, den Auftrag jener Bietergemeinschaft zu erteilen, deren Angebot im Vergabeverfahren hätte zwingend ausgeschieden werden müssen, widersprach dem Gleichbehandlungsgebot und dem Gebot, ein faires, dem Grundsatz des lauteren Wettbewerbs entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen.

(3) Der RH hielt auf Basis der ihm am 19. November 2014 von der KELAG Wärme übergebenen Rechnungen kritisch fest, dass die bis Anfang des Jahres 2013 von der KELAG Wärme adaptierten Ausschreibungsunterlagen keine wesentlichen Verbesserungen hinsichtlich ihrer Qualität ergaben.

Der RH hielt kritisch fest, dass sich der mit einer nicht als gering einzuschätzenden Wahrscheinlichkeit abzeichnende Bietersturz bei einer qualitativ besseren Erstellung des Leistungsverzeichnisses in Verbindung mit einer vertieften Angebotsprüfung hätte vermeiden lassen können. Im gegenständlichen Stadium der Vertragsabwicklung könnte die KELAG Wärme – nach Beurteilung des RH – den ihr drohenden finanziellen Nachteil aus dem Bietersturz nur dann noch mindern, wenn es ihr gelänge, den Auftragnehmer zur Ausführung eines Großteils der von ihm spekulativ angebotenen 90 bislang nicht abgerufenen Positionen der Ausschreibung, die der Auftragnehmer um 630.354,36 EUR billiger angeboten hatte als der Zweitbieter, anstelle von – gegenüber dem Zweitbieter – teurer angebotenen Positionen ausführen und abrechnen zu lassen.

Der RH verwies in diesem Zusammenhang auf seine Empfehlungen zu TZ 24, 27, 28 und 29.

- TZ 24, (Vertiefte) Angebotsprüfung,
- TZ 27 und 28, Rechnungslegung und -prüfung sowie
- TZ 29, Qualität der Ausschreibungsunterlagen; Vergleich Ausschreibung – Abrechnung.

Darüber hinaus empfahl der RH der KELAG Wärme, darauf zu achten, dass der Auftragnehmer einen Großteil der 90 bislang nicht abgerufenen Positionen der Ausschreibung – diese bot der Auftragnehmer um 630.354,36 EUR billiger an als der Zweitbieter – ausführt und abrechnet, um den drohenden finanziellen Nachteil aus einem – mit einer nicht als gering einzuschätzenden Wahrscheinlichkeit sich abzeichnenden – Bietersturz zu mindern.

## Investitionen und Beschaffung

**37.3** Die KELAG Wärme verwies in Bezug auf das nicht vollständig ausgefüllte Summen-/Konditionenblatt zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe auf ihre Stellungnahme in TZ 36, Projekt Neudörfl/Bad Sauerbrunn.

In Bezug auf weitere Abrufe während der Laufzeit bestünde die nach Ansicht des RH „nicht als gering einzuschätzende Wahrscheinlichkeit eines sich abzeichnenden Bietersturzes“ nicht, weil die Option für das Jahr 2015/2016 nicht gezogen worden sei.

**37.4** Der RH wiederholte seine unter TZ 36.4 dargelegte Auffassung zum Summen-/Konditionenblatt.

Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass sich seine Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines Bietersturzes allein auf die Ausschöpfung des Hauptauftrags der Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 bezog und die Optionsjahre 2015/2016 sowie 2016/2017 nicht umfasste:

Zum Abrechnungsstichtag 19. November 2014 – als Basis der Beurteilung des RH – waren vom vergebenen Auftrag i.H.v. rd. 3,98 Mio. EUR erst rd. 38 % ausgenutzt; trotzdem hätte zu diesem Zeitpunkt der Zweitbieter bereits um rd. 125.000 EUR billiger abgerechnet als der Auftragnehmer, da er die Hauptposition<sup>106</sup> um 28,2 % billiger angeboten hatte und 90 Positionen, die der Zweitbieter um 630.354,36 EUR teurer angeboten hatte, bis zum Abrechnungsstichtag nicht abgerufen waren. Der RH hielt daher seine Beurteilungen, kritischen Feststellungen und Empfehlungen uneingeschränkt aufrecht.

Übersicht über das Erlös- bzw. Einsparungspotenzial der Investitionen

**38.1** Die nachfolgende Tabelle liefert zusammenfassend – von der TZ 25, Kalkulationsformblätter „K 7“, bis zur TZ 37, Rahmenvereinbarung Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2013 bis 2015 – eine Übersicht über das Einsparungspotenzial bei den vom RH überprüften Vergaben, Abwicklungen und Abrechnungen der Rahmenvereinbarungen und Projekte durch die KELAG Wärme:

<sup>106</sup> „Aushub Rohrgraben Fernwärme bis 1,50 m“ um 25,23 EUR billiger als der Auftragnehmer



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

**Tabelle 16: Übersicht über das Erlös- bzw. Einsparungspotenzial der Investitionen**

Gegenstand	Mangel	TZ	Erlös-/Einsparungspotenzial in EUR
Kalkulationsformblätter „K 7“	kein Einfordern der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafen für die Nichtvorlage der Kalkulationsformblätter „K 7“	25	2.400.000,00
Regieleistungen	Regieleistungen bei Standardleistungen – Grabungsarbeiten und Rohrverlegungen – außergewöhnlich hoch	26	130.000,00
Kärnten – Montagearbeiten 2010/2011	keine Berücksichtigung vertragsgemäßer Zu- und Abschläge der Bieter zu ihren Angebotspreisen bei der Rechnungslegung und –prüfung	28	100.061,93
	keine Berücksichtigung der Einheitspreise aus überholtem Erstangebot statt aus Letztpreisangebot	28	24.485,43
Kärnten – Bauarbeiten 2010/2011	Fehlverrechnung der Baustelleneinrichtung	28	19.836,00
	keine Berücksichtigung des vertraglichen Sonderrabatts des Bieters bei der Rechnungslegung und –prüfung	28	33.499,87
	Anerkennung bei der Rechnungsprüfung eines um den Faktor 1.000 überhöhten Einheitspreises	28	13.888,84
	Fehlverrechnung der Baustelleneinrichtung	28	17.436,35
	Anerkennung von Kalkulationsirrtümern des Auftragnehmers bei den Positionen „Asphalt schneiden“ und „Rohrgraben“	33	70.014,00
	weitere Mehrkosten aufgrund der anerkannten Kalkulationsirrtümer bei den Positionen „Asphalt schneiden“ und „Rohrgraben“ im Zuge der Abrechnungen	33	257.119,36
Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011	keine Berücksichtigung des vertraglichen Nachlasses von 20 % bei den Regieleistungen	28	5.817,80
	vertraglich ausgeschlossene Verrechnung von drei Regierechnungen bei den Baustellengemeinkosten	28	456,00
Steiermark und Burgenland – Montagearbeiten 2010/2011	fiktiver Bietersturz gegenüber Zweitbieter	29	(41.697,15)
	fiktiver Bietersturz gegenüber Drittbieter	29	(20.546,52)
Kärnten, Steiermark, Salzburg und Slowenien – Montagearbeiten 2011/2012	Fehlverrechnung der Baustelleneinrichtung	28	18.262,80
Kärnten und Salzburg – Bauarbeiten 2011/2012	Anerkennung der Abrechnung diverser Restarbeiten als Regieleistungen anstatt nach (billigeren) Leistungspositionen	26	29.452,68
	Fehlverrechnung der Baustelleneinrichtung	28	3.831,72
Fernheizwerk Villach – Baumeister- und Professionistenarbeiten	Anerkennung von Mehrleistungen und Zusatzarbeiten entgegen der vertraglichen Grundlage	33	95.780,78

## Investitionen und Beschaffung

### Fortsetzung: Übersicht über das Erlös- bzw. Einsparungspotenzial der Investitionen

Gegenstand	Mangel	TZ	Erlös-/Einsparungspotenzial in EUR
Wien-Auhof – Bauarbeiten	keine schichtenweise Abrechnung des Aushubs entgegen technischer und vertraglicher Notwendigkeit	35	3.000,00
	Abrechnung der Pölzung mit überhöhten Massen	35	6.774,78
	keine schichtenweise Abrechnung der Pölzung entgegen technischer und vertraglicher Notwendigkeit	35	1.800,00
	Regieleistungen für einen Vorarbeiter nicht nachvollziehbar	35	5.595,66
	keine Berücksichtigung des vertraglichen Nachlasses in Schlussrechnung	35	6.530,51
Neudörfl/Bad Sauerbrunn – Montagearbeiten	Bemessungsgrundlage für „Gesamte Baustellen-gemeinkosten“ aufgrund der festgestellten Überzahlungen zu hoch	35	2.370,10
	Anerkennung eines Kalkulationsirrtums des Auftragnehmers bei der Position „Lagerhaltung und Manipulation“	36	17.681,25
	Anerkennung des Baustellenzuschlags von 15 % für die Herstellung der Hausanschlüsse entgegen dem Bauvertrag	36	13.520,48
	keine Berücksichtigung des vertraglichen Nachlasses von 10 % für die Herstellung der Hausanschlüsse bei den Regieleistungen	36	1.996,20
	keine Beschreibungen der als Regieleistungen erbrachten Arbeitsleistungen auf den Regiescheinen	26	27.100,00
<b>Summe Erlös-/Einsparungspotenzial:</b>			<b>3.306.312,54</b>

Anmerkung: Die beiden Klammerwerte beim Rahmenauftrag Oberösterreich und Salzburg – Montagearbeiten 2010/2011 gingen nicht in die Berechnung der Summe des Erlös-/Einsparungspotenzials ein.

Quelle: RH

**38.2** Der RH kritisierte die bei fast allen vom RH überprüften Vergabeverfahren, Leistungsabwicklungen und –abrechnungen festzustellenden Mängel; diese betrafen insbesondere:

- Erstellung der Leistungsverzeichnisse in unzureichender Güte (TZ 29 und 37);
- Aufnahme von Leistungspositionen in den Leistungsverzeichnissen in großer Anzahl, die zu spekulativen Preisgestaltungen der Bieter beitragen konnten (TZ 29);
- in den Leistungsverzeichnissen Verwendung stets gleicher Positionsnummern und Leistungsbezeichnungen, auch wenn deren Leistungsinhalte erheblich voneinander abweichen (TZ 29);
- zum Leistungsverzeichnis widersprüchliche Angebotsbestimmungen und Vorbemerkungen (TZ 29);

- Wahl der Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich, trotz Überschreitung der relevanten Schwellenwerte (TZ 20, 21, 32, 33 und 34);
- Direktvergabe von Leistungen wegen – behaupteten – Zeitdrucks (TZ 32);
- mangelhafte bzw. fehlende Dokumentationen bei maßgebenden Schritten im Vergabeverfahren, bspw. hinsichtlich der Gründe für die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006, der Prüfung und Auswahl der Unternehmer sowie der Dokumentation der Ergebnisse der Verhandlungen mit den Bieter (TZ 20 und 23);
- nicht durchgeführte vertiefte Angebotsprüfungen in allen Phasen des Vergabeverfahrens (TZ 24);
- nicht erfolgtes Ausscheiden von Angeboten wegen der Nichtvorlage von wesentlichen Angebotsunterlagen bei der Angebotseröffnung, bspw. wegen fehlender Summen-/Konditionenblätter zum Leistungsverzeichnis mit Zahlungsbedingungen oder wegen nicht ausgepreister Angebotsbestandteile (Aufschläge/Nachlässe) (TZ 32, 36 und 37);
- nicht erfolgtes Ausscheiden von Angeboten infolge des Vorliegens spekulativer Angebote (TZ 22, 24, 32, 33, 34, 36 und 37);
- Einräumen der Möglichkeit für die Bieter, ihre Kalkulationsfehler und ihre Angebotssituation zum Nachteil der KELAG Wärme zu verbessern (TZ 34 und 36);
- Abweichen vom in den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung vorgesehenen Verfahrensablauf, weil bspw. für den Fall eines nicht erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen in der ersten Phase nicht alle Bieter zu weiteren Verhandlungsrunden eingeladen wurden waren (TZ 34 und 36);
- Verzicht auf das Einfordern der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafen für die Nichtvorlage der „K 7-Blätter“ (TZ 25);
- anstelle des Einbehalts des Deckungsrücklasses in bar nachträgliche Änderung in Absicherung mittels Bankhaftbriefs (TZ 27);

## Investitionen und Beschaffung

- überdurchschnittlich hoher Anfall von teuren Regieleistungen (TZ 26);
- Anerkennen von Nachtragsangeboten zu Lasten der KELAG Wärme ohne technische bzw. vertragliche Notwendigkeit (TZ 33 und 35);
- unzureichende Rechnungsprüfungen (TZ 26, 28, 33, 35 und 36);
- Verzicht auf die Vorlage von Schlussrechnungen der ausführenden Unternehmen zu den vergebenen Rahmenvereinbarungen und Aufträgen (TZ 27);
- intransparente Zurechnungen (Verbuchung) von Rechnungen zu Rahmenvereinbarungen, zu denen die zugerechneten Leistungen keinen Bezug aufwiesen (TZ 27).

Der RH hielt fest, dass das von ihm festgestellte Erlös- bzw. Einsparungspotenzial i.H.v. rd. 3,31 Mio. EUR für die KELAG Wärme hinsichtlich der Vergaben, der Abwicklungen und Abrechnungen der Leistungen ausschließlich auf der Beurteilung jener Unterlagen beruhte, die dem RH im Rahmen seiner Gebarungsüberprüfung bis einschließlich 9. Dezember 2014 von der KELAG Wärme zur Verfügung gestellt worden waren.

Nach Ansicht des RH stellte ein erheblicher Teil des von ihm festgestellten Einsparungspotenzials trotz des möglichen Anfalls von Aufwendungen, wie bspw. Gerichts-, Anwalts- oder Sachverständigenkosten, auch ein Erlöspotenzial für die KELAG Wärme dar.

Einige der vom RH aufgezeigten Vergabemängel wären bei gesetzeskonformen Vergabeverfahren gemäß BVergG 2006 erheblich und unbehebbar<sup>107</sup> gewesen; bei deren Auftreten wäre der Auftraggeber zur Ausscheidung der Angebote verpflichtet gewesen und hatte diesbezüglich kein Ermessen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs sind solche Mängel als

<sup>107</sup> Beim Auftreten unbehebbarer Vergabemängel wäre der Auftraggeber zur Ausscheidung der Angebote verpflichtet gewesen und hatte diesbezüglich kein Ermessen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil des EuGH vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94) und des Verwaltungsgerichtshofs (Erkenntnisse vom 25. März 2010, GZ 2005/04/0144 sowie vom 12. Mai 2011, GZ 2008/04/0087) sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde.



Investitionen und Beschaffung



KELAG Wärme GmbH

unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann.

Demgegenüber beauftragte die KELAG Wärme mehrfach Unternehmen, die – bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unter Beachtung der langjährigen Rechtsprechung – im Laufe des Vergabeverfahrens mehrfach hätten ausgeschieden werden müssen.

Der RH stellte kritisch fest, dass seiner Auffassung nach viele der von ihm festgestellten Mängel im Vergabeverfahren geeignet waren, die Transparenz des Vergabeverfahrens, den freien und lauteren Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bietern zu beeinträchtigen.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, die vom RH festgestellten Einsparungs- bzw. Erlöspotenziale i.H.v. rd. 3,31 Mio. EUR in jedem Einzelfall auf mögliche Regressansprüche zu überprüfen, das Risiko im Einzelfall abzuschätzen und gegebenenfalls die erforderlichen (rechtl. Schritte zu setzen.

Schlussfolgerungen  
des RH zur Trans-  
parenz des Vergabeverfahrens sowie zur  
Verbesserung der  
Vertragsabwicklung  
und Abrechnung

**39** Aus den dargelegten Sachverhalten leitete der RH die nachstehenden Schlussfolgerungen und Empfehlungen ab:

Der RH war der Ansicht, dass die KELAG Wärme aufgrund der Vielzahl sowie der Häufung der aufgetretenen Mängel dringenden Handlungsbedarf hinsichtlich der Transparenz des Vergabeverfahrens, der Beachtung der Regeln des lauteren Wettbewerbs, der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Verbesserung der Vertragsabwicklung und Abrechnung hatte.

Abweichungen zwischen ausgeschriebenen und ausgeführten Mengen dienen als Indikator für mögliche Spekulationspotenziale der Bieter und bedürfen einer besonderen Analyse durch den Bauherrn.

Der RH betonte weiters die grundsätzliche Bedeutung einer zeitnahen Kostenverfolgung, um der Projektsteuerung die Möglichkeit zu eröffnen, rechtzeitig kostendämpfend einzugreifen.

Eine grundlegende Voraussetzung für Verbesserungen sah der RH in der strikten Anwendung der Prinzipien des jeweils gültigen Bundesvergabegesetzes; darauf aufbauend sollten in einer zu erstellenden Unternehmensrichtlinie – unter Einbeziehung der Ergebnisse der

## Investitionen und Beschaffung

Gebarungsüberprüfung – die nachstehenden Empfehlungen einbezogen werden<sup>108</sup>:

- Die Vergabevorschriften wären lückenlos zu beachten.
- Das Vier-Augen-Prinzip sollte in allen Phasen des Verfahrensablaufs – vom Projektstart bis zur Schlussrechnung – klar geregelt und dessen durchgängige Anwendung sichergestellt werden.
- Es wäre besonderes Augenmerk auf die Qualitätssicherung bei der Planung und der Überführung der Planung in das Leistungsverzeichnis als Grundstein des Anti-Claimmanagements zu legen.
- Es sollten Arbeitsbehelfe (z.B. Checklisten) bei der Projektvorbereitung verwendet werden. Bei der Erstellung der Leistungsverzeichnisse wären die Mengen zu plausibilisieren sowie auf die Verwendung von Standard-Leistungsbeschreibungen zu achten.
- Zur Gewährleistung der Vollständigkeit, Einheitlichkeit und Nachvollziehbarkeit wären den Mitarbeitern Arbeitsbehelfe, z.B. in Form von Mustererledigungen, für die Prüfung und Dokumentation der Ausschreibungen, von Zusatzangeboten sowie zur Rechnungsprüfung zur Verfügung zu stellen. Den mit der Bauüberwachung betrauten Mitarbeitern wären alle erforderlichen Informationen zur Kenntnis zu bringen.
- Um nachträgliche Veränderungen zu erschweren, wären mit radierbaren Stiften verfasste Dokumente nicht anzuerkennen. Die Abrechnung wäre strikt gemäß Bauvertrag durchzuführen.
- Prozesse der Vergabe, der Abrechnung und der Prüfung von Zusatzangeboten wären prinzipiell (grafisch) so darzustellen, dass daraus Ablauf, Zuständigkeiten und Prüfinhalte ersichtlich sind.
- Wesentliche Funktionen in der Projektabwicklung (Planung, Örtliche Bauaufsicht, Begleitende Kontrolle) – sollten gemäß den Grundsätzen interner Kontrolle – grundsätzlich getrennt beauftragt bzw. wahrgenommen werden.
- Bei der Beauftragung von externen Konsulenten wäre auf die Funktionstrennung (insbesondere Haftung und Haftungsabgrenzung einzelner Konsulenten) und auf den wechselseitigen Know-how-Transfer zu achten.

<sup>108</sup> zu Details siehe auch den Bericht „Anti-Claimmanagement und Korruptionsbekämpfung bei Straßen- und Bahnbauvorhaben“, Reihe Bund 2012/2

- Den mit der Projektabwicklung betrauten Personen und Konsulenten wären sämtliche vertragsrelevanten Unterlagen zur Verfügung zu stellen und diese ihnen nachweislich zur Kenntnis zu bringen.
- An Dritte vergebene Leistungen sollten durch eigene Kontrollhandlungen überprüft werden; die Bauherrnverantwortung beinhaltet jedenfalls auch eine inhaltliche stichprobenweise Rechnungsprüfung durch eigene fachkundige Bedienstete.
- Es wäre für eine vollständige Dokumentation zu sorgen und der Vergabevermerk um einen aussagekräftigeren Bericht zur Angebotsprüfung zu ergänzen sowie die Aufklärungsgespräche – für dessen Dokumentation sollten definierte Mindestfordernisse festgelegt werden – besonders zu beachten.
- Über alle wichtigen die vertragliche Leistung betreffenden Tatsachen wäre das Einvernehmen der Vertragspartner zeitnah herzustellen und aus Gründen der Rechtssicherheit zu dokumentieren.
- Es sollten vollständige Soll-Ist-Vergleiche – bei Projekten mit einer Baudauer von bspw. über drei Monaten auch laufend – als Kontroll- und Steuerungsinstrument zum Erkennen von Einsparungspotenzialen genutzt werden. Unabhängig von der Baudauer wären bei einer standardisierten Schlussrechnungsprüfung Abweichungen – jedenfalls auf Ebene der Leistungsgruppen sowie größere Abweichungen in einzelnen Positionen – vollständig und aussagekräftig zu begründen.
- Es wären, wenn Mängel erkannt werden, geeignete Maßnahmen (wie Ersatzvornahme, Preisminderung, Pönale, Schadenersatz) zur Wahrung der Bauherrnansprüche und -interessen zu setzen.
- Die Geltendmachung von Schadenersatz gegenüber Planern für mangelhafte Leistungserbringung sollte generell in Betracht gezogen und somit auf eine wesentliche Präventionsmaßnahme zur Sicherstellung der Qualität der Leistungserbringung nicht verzichtet werden; allfällige für die Interessensdurchsetzung zweckmäßige Anspruchsgrundlagen wären in den Werkverträgen zu regeln.
- Bestrebungen des Auftragnehmers, seine Abrechnungsergebnisse über den Ersatz nicht kostendeckend angebotener Leistungen durch alternative und/oder neu kalkulierte (zusätzliche) Leistungen zu verbessern, sollte effizient entgegengewirkt werden. Bei als zweckmäßig erkannten Ausführungserleichterungen wäre verstärkt auf eine

## Investitionen und Beschaffung

auch für den Auftraggeber angemessene Abgeltung des Vorteils auf Basis des Bauvertrags zu achten.

- Eine durch den Auftragnehmer verursachte Verschlechterung der Abrechnungsqualität wäre nicht zu akzeptieren.
- Feststellungen interner oder externer Kontrollorgane zu einzelnen Projekten wären allen mit der Bauabwicklung betrauten Mitarbeitern in einfacher und übersichtlicher Form zugänglich zu machen.
- Der Prozessablauf im Fall des Fehlverhaltens von Mitarbeitern – von der Wahrnehmung/Meldung bis zu sämtlichen möglichen Reaktionen und Veranlassungen – wäre z.B. in Form eines Ablaufdiagramms darzustellen und dem Transparenzgebot folgend allen Mitarbeitern zur Kenntnis zu bringen.

*Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie – obwohl sie in vielen Punkten die Rechtsauffassung des RH zur Auswahl der Vergabeverfahren und der geübten Vergabepraxis nicht teile – die Prüfungsfeststellungen des RH bereits zum Anlass genommen und die Organisationsabläufe bei öffentlichen Vergaben konzernweit zusammengeführt und gestrafft habe. Im Rahmen des Zukunftsprojekts KELAG 2020 und der seit 1. Jänner 2015 geltenden Neuorganisation würden sämtliche Vergabeaktivitäten und damit auch die Abwicklung von öffentlichen Ausschreibungen in der zentralen Stelle Konzerneinkauf und Logistik, die bei der KELAG angesiedelt sei, zusammengeführt. Um die vergaberechtskonforme Abwicklung der öffentlichen Vergabeverfahren zu gewährleisten, werde die bestehende Vergabeordnung im Rahmen des Compliance-Risk-Assessment Ausbaus der konzernweiten Compliance-Organisation im Detail nochmals überprüft. Darauf aufbauend werde eine konzernweit geltende Vergaberichtlinie, die sich ausschließlich an den Vorgaben des BVergG 2006 orientiere, implementiert.*

Vergabeverfahren  
immaterieller  
Leistungen

**40.1** Die KELAG Wärme vergab die Beratungsleistungen generell im Wege von Direktvergaben.

**Tabelle 17: Höhe der Beratungsleistungen**

Jahr	Anzahl der Aufträge	Beratungsleistungen in EUR <sup>1</sup>	Direktvergabe Beratung gemäß BVergG zulässig
2009	3	204.000	nein
2010	3	344.000	nein
2011	3	318.000	nein
2012	4	400.000	nein
2013	2	54.000	ja

<sup>1</sup> bezahlte Rechnungen

Quelle: KELAG Wärme

Unternehmensberatungen stellen gemäß dem BVergG 2006 Prioritäre Dienstleistungen dar. Diese waren grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Auftragnehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs entspricht, zu vergeben; Direktvergaben waren für Sektorenaufraggeber nur bis zu dem jeweils gültigen Schwellenwert<sup>109</sup> zulässig.

Der Schwellenwert errechnete sich gemäß BVergG §§ 183 f. bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder bei Daueraufträgen

- als der tatsächliche Gesamtwert der entsprechenden aufeinanderfolgenden Aufträge im vorangegangenen Geschäftsjahr oder in den vorangegangenen zwölf Monaten, nach Möglichkeit unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf den ursprünglichen Auftrag folgenden zwölf Monate oder
- als der geschätzte Gesamtwert der aufeinanderfolgenden Aufträge, die während der auf die erste Dienstleistungserbringung folgenden zwölf Monate vergeben werden.

Bestand eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wurde, so war als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

**40.2** Der RH kritisierte die Direktvergaben der Beratungsleistungen in den Jahren 2009 bis 2012 als unzulässig.

<sup>109</sup> Ab 1. April 2009 betrug der Schwellenwert 100.000 EUR; zuvor lag er bei 60.000 EUR.

## Investitionen und Beschaffung

Nach den Bestimmungen des jeweils gültigen Bundesvergabegesetzes sind Direktvergaben bei Überschreitung des Schwellenwertes ausnahmslos unzulässig; Beratungsleistungen im Unterschwellenbereich sind grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Auftragnehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs entspricht, zu vergeben. Im Oberschwellenbereich war jedenfalls ein Vergabeverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zu wählen.

Der RH empfahl, die geschätzten Auftragswerte für Beratungsleistungen entsprechend den Vorgaben des jeweils gültigen Bundesvergabegesetzes zu ermitteln und diese Dienstleistungen gesetzeskonform zu vergeben.

### Lieferverträge

**41.1** Zur Erzeugung von Wärme benötigte die KELAG Wärme Primärenergieträger, wie insbesondere Biomasse, Abwärme oder Erdgas. Für die Gestaltung entsprechender Lieferverträge bestanden in der KELAG Wärme keine allgemeinen Vorgaben.

(1) Im Bereich der Biomasse schloss die KELAG Wärme kurz- bis mittelfristige Vereinbarungen mit einer Vertragsdauer von einem Monat bis zu einem Jahr ab. Für die Vertragsdauer waren Liefermengen und Preise fixiert. Gesonderte Sicherungsgeschäfte erfolgten nicht, jedoch war in Einzelfällen eine Bestpreisgarantie vereinbart. Die Liefermenge wurde im weit überwiegenden Ausmaß nach Volumen in Schüttraummeter bemessen, in einer geringeren Anzahl der Fälle nach dem Gewicht der absoluten Trockenmasse (Atro-Tonne). Die Abrechnung nach Atro-Tonne stellte den Standard im Biomassebereich dar, weil sie genauere und zuverlässigere Ergebnisse lieferte und weniger anfällig für Manipulationen war als Volumensabrechnungen.<sup>110</sup>

(2) Bei der Abwärme schloss die KELAG Wärme Lieferverträge mit Industriebetrieben ab, in deren Erzeugung Abwärme als Nebenprodukt anfiel und mittels Dampfauskopplung und Wärmetauschern zu Heizzwecken genutzt werden konnte. Die KELAG Wärme errichtete ihrerseits am Standort des Lieferanten die Anlagen zur Umwandlung der Abwärme in Wärme zu Heizzwecken sowie das zugehörige Fernwärmennetz und belieferte die Endkunden. Die Verträge waren langfristig auf zumindest zehn Jahre abgeschlossen, wobei Liefermengen und Preisgleitklauseln vereinbart wurden. Häufig bestanden Ausnahmeregelungen von Liefer- bzw. Abnahmeverpflichtungen im Falle von technischen Betriebseinschränkungen auf Lieferantenseite bzw.

<sup>110</sup> Waldverband aktuell, 4/2012, Waldverband NÖ, Infoblatt zur Abrechnung von Biomasse

mangelnder Wirtschaftlichkeit (Wirtschaftlichkeitsklausel). Diese wurden angewandt, wenn einem der beiden Vertragspartner infolge einer grundlegenden Änderung der tatsächlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse die Einhaltung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden konnte.

Diese Ausnahmeregelungen ermöglichten die einseitige Auflösung des Vertrags für den Fall, dass kein Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien hergestellt werden konnte, um überbrückende Maßnahmen zu treffen. Eine Kompensation für einen daraus entstandenen finanziellen Schaden war nur vorgesehen, wenn die Nichteinhaltung der Liefer- bzw. Abnahmeverpflichtung auf der Verletzung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns beruhte. Durch diese Vertragsgestaltung ergab sich eine hohe wirtschaftliche Abhängigkeit der KELAG Wärme gegenüber den Lieferanten, weil sie

- einseitige Vertragsauflösungen durch Lieferanten nicht verhindern konnte und ihre Lieferverpflichtungen gegenüber ihren Endkunden erfüllen musste,
- den Abwärmelieferanten in der Regel nicht ersetzen konnte und
- ihre getätigten Investitionen für die Wärmennutzungsanlage nicht bzw. nur zu höheren Kosten alternativ verwertbar waren (z.B. durch den Einsatz einer Ersatzanlage auf Basis eines anderen Energieträgers).

Im überprüften Zeitraum kam es in einem Fall zum Eintritt dieser Risiken. Ein Lieferant war aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr bereit, weiter Abwärme an die KELAG Wärme zu liefern. Aufgrund ungewisser rechtlicher Durchsetzungskraft der Lieferverpflichtung und unabsehbarer wirtschaftlicher Folgen sah sich die KELAG Wärme gezwungen, den Vertrag 2010 aufzulösen und die gegenständliche Abwärmeanlage an den Lieferanten zu verkaufen.

(3) Die Erdgaslieferungen an die KELAG Wärme erfolgten durch zwei Lieferanten (einer davon im Konzernverbund) zu marktüblichen Konditionen.

**41.2** Der RH kritisierte, dass in der KELAG Wärme keine allgemeinen Vorgaben für die Gestaltung von Lieferverträgen bestanden. So wiesen die Verträge mit Biomasselieferanten uneinheitliche Vertragsbedingungen hinsichtlich Vertragsdauer, Preisgarantien und Abrechnungsmethoden auf. Diese Uneinheitlichkeit führte nach Ansicht des RH zu verminderter Kostentransparenz.

## Investitionen und Beschaffung

Bei den Abwärmelieferverträgen waren die Ausnahmebestimmungen für die Liefer- bzw. Abnahmeverpflichtungen uneinheitlich. Es bestand aufgrund der Ausnahmeregelungen bei der Lieferverpflichtung die Möglichkeit einer jederzeitigen Vertragsauflösung durch den Lieferanten. Aufgrund der langfristigen Bindung der Investitionen der KELAG Wärme an den Standort des Lieferanten und der Wärmelieferungsverpflichtung gegenüber den Kunden kann so rasch ein hohes finanzielles und rechtliches Risiko eintreten. Der RH kritisierte, dass in den Lieferverträgen diese Risiken nicht durch geeignete Vertragsbestimmungen abgedeckt waren.

Der RH empfahl, einheitliche Vorgaben für Lieferverträge festzulegen, die verbindliche Grundsätze für Vertragsbedingungen enthalten. Die Ziele bei der Festlegung sollten in der Erhöhung der Kostentransparenz und der Minimierung finanzieller sowie rechtlicher Risiken bestehen. Bei der Biomasse wäre jedenfalls die Abrechnung nach absoluter Trockenmasse in Atro-Tonnen anzustreben, weil diese Methode zuverlässiger und weniger anfällig gegenüber Manipulationen ist.

Der RH empfahl, im Fall einer vorzeitigen Vertragsauflösung von Lieferverträgen für Abwärme eine Kompensation für einen finanziellen Schaden der KELAG Wärme vorzusehen.

## Personal

### Anwendung des Stellenbesetzungsge setzes

**42.1** Für die Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) von Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Kontrolle des RH unterliegen, galt das Bundesgesetz über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich (Stellenbesetzungsgesetz), BGBl. I Nr. 26/1998. Der Geltungsbereich umfasste den gesamten öffentlichen Unternehmensbereich auf Bundes-, Länder- und Gemeindeebene. Die Bestellung dieser Manager war ab dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes per 1. März 1998 ausnahmslos nach den Bestimmungen des Stellenbesetzungsgesetzes vorzunehmen; insbesondere hatte der Besetzung von Managern eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen.

Im überprüften Zeitraum übten in der KELAG Wärme insgesamt vier Personen die Funktion eines Geschäftsführers aus. In drei Fällen schrieb die KELAG Wärme die Funktion des Geschäftsführers entsprechend den Vorgaben des Stellenbesetzungsgesetzes aus; die Wiederbestellung eines dieser Geschäftsführer erfolgte vor Ablauf der Ausschreibungsfrist.

Zwei weitere Geschäftsführerfunktionen schrieb die KELAG Wärme nicht aus, wobei in einem Fall ein Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft KELAG in die Geschäftsführung der KELAG Wärme entsandt wurde.

Auch die Geschäftsführerfunktionen der dem Stellenbesetzungsgesetz unterliegenden Tochtergesellschaften schrieb die KELAG Wärme nicht öffentlich aus.

**42.2** Der RH bemängelte, dass Bestellungen/Wiederbestellungen von Geschäftsführern ohne vorangehende Ausschreibung nach dem Stellenbesetzungsgesetz erfolgten und dadurch die Transparenz im Prozess der Bestellung der Geschäftsführer beeinträchtigt war.

Nach Auffassung des RH konnte lediglich jener Fall, in dem ein Leitungsorgan der ersten Ebene der Muttergesellschaft die Leitungsfunktion einer Tochtergesellschaft übernahm, als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach dem Stellenbesetzungsgesetz gesehen werden<sup>111</sup>.

Der RH empfahl der KELAG Wärme unter Hinweis auf seinen Bericht „Managerverträge“ Reihe Kärnten 2011/4<sup>112</sup>, die Vorgaben des Stellenbesetzungsgesetzes hinsichtlich der Veröffentlichungspflicht der Ausschreibungen von Managern einzuhalten.

Der RH empfahl weiters der KELAG Wärme, in Zukunft auch die Bestellung von Managern von Tochtergesellschaften, die dem Stellenbesetzungsgesetz unterliegen, entsprechend diesem Gesetz öffentlich auszuschreiben.

**42.3** Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass sie Funktionen fast ausschließlich mit konzerninternen Mitarbeitern, welche über entsprechendes Wissen und langjährige Berufspraxis verfügten, besetzt habe. Mit diesen seien keine gesonderten Geschäftsführer-Anstellungsverträge abgeschlossen und es seien ihnen keine zusätzlichen Geschäftsführerentgelte ausbezahlt worden. Die KELAG Wärme vertrat die Auffassung, dass das Stellenbesetzungsgesetz in § 6 den Abschluss eines entgeltlichen Anstellungsvertrags als Anwendungsvoraussetzung normiere. Auch seien in der Vergangenheit nur selten geeignete Bewerber im Wege einer öffentlichen Ausschreibung zu finden gewesen, weshalb die KELAG Wärme aus Gründen der Effizienz und Kostenersparnis von einer öffentlichen Ausschreibung abgesehen habe. Die KELAG Wärme

<sup>111</sup> siehe Bericht des RH „Managerverträge“, Reihe Kärnten 2011/4 S. 39 ff.

<sup>112</sup> S. 39 ff.

## Personal

*nehme jedoch die Kritik des RH zur Kenntnis und zum Anlass, bei künftigen Besetzungen von Leitungsorganen die Vorgaben des Stellenbesetzungsgegesetzes zu berücksichtigen und eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.*

**42.4** Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass das Stellenbesetzungsgegesetz grundsätzlich keine Ausnahme von der öffentlichen Ausschreibungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 leg.cit. vorsah. Die von der KELAG Wärme vertretene Rechtsauffassung würde zu dem Ergebnis führen, dass diese Ausschreibungspflicht jederzeit umgangen werden kann und die Person, die mit der Leitungsfunktion betraut werden soll, bereits im Vorhinein ohne transparentes Verfahren bestimmt wird. Gerade diese intransparente Vorgangsweise sollte durch das Stellenbesetzungsgegesetz vermieden werden. Auch der mit öffentlichen Ausschreibungen verbundene Aufwand darf nach Auffassung des RH nicht dazu führen, dass diese unterbleiben und den Grundsätzen der Objektivierbarkeit, Transparenz und Vergleichbarkeit nicht Rechnung getragen wird.

## Ausgestaltung der Managerverträge

**43.1 (1)** Das Stellenbesetzungsgegesetz (des Bundes) ermächtigte mit einer Verfassungsbestimmung die Landesgesetzgebungen, Regelungen auf dem Gebiet des Zivilrechts, wie sie in der Vertragsschablonenverordnung des Bundes enthalten sind, für Unternehmen in ihrem Bereich zu erlassen, sofern die Unternehmen nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fallen.

Das Land Kärnten hatte zum Zeitpunkt der Gebarungsüberprüfung noch keine diesbezüglichen Regelungen erlassen. Wie der RH in seinem Bericht „Managerverträge“, Reihe Kärnten 2011/4, festgestellt hatte, lag in jenen Gebietskörperschaften, die bereits eigene Vertragsschablonenverordnungen für ihren Wirkungsbereich erlassen hatten, eine größere Transparenz sowie eine bessere Vergleichbarkeit der Managerverträge gegenüber jenen vor, die für ihren Wirkungsbereich noch keine Vertragsschablonenverordnung erlassen hatten. Aus diesem Grund orientierte sich der RH bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Managerverträge im Sinne einer „best-practice“ an den Bestimmungen der Vertragsschablonenverordnung des Bundes.

(2) Die Managerverträge der KELAG Wärme wichen insbesondere in folgenden Punkten von der „best-practice“ ab (siehe auch TZ 46, Auszahlung der variablen Bezugsbestandteile, TZ 47, Erhöhung der Managervergütungen und TZ 48, Pensionsregelungen):

- In einem Managervertrag war das Anstellungsverhältnis nicht auf längstens fünf Jahre befristet, sondern unbefristet abgeschlossen.
  - Bei vier Managerverträgen fehlte eine Möglichkeit zur sofortigen Vertragsauflösung aus einem verschuldeten wichtigen Grund, ohne dass dem Unternehmen daraus Verpflichtungen erwuchsen.
  - In drei Managerverträgen war die Verpflichtung, Organfunktionen in Konzern- und Beteiligungsgesellschaften auszuüben und alle damit verbundenen geldwerten Vorteile an das Unternehmen abzuführen, nicht enthalten.
- (3) Darüber hinaus fehlten Vereinbarungen bspw. hinsichtlich der Meldepflichten des Managers über persönliche Verhältnisse, die für das Unternehmen von Bedeutung sind oder einer Überbindung eines allenfalls für das Unternehmen geltenden Corporate Governance Kodexes.
- (4) Entgegen den Vorgaben der Vertragsschablonenverordnung des Bundes vereinbarten die Vertragsparteien, dass

- im Falle einer Abberufung ohne wichtigen Grund der Managervertrag unberührt aufrecht blieb (in vier Managerverträgen) sowie
- zugunsten der Manager und deren Familienangehörigen Krankenversicherungen abgeschlossen wurden.

**43.2** Der RH stellte kritisch fest, dass die Managerverträge in Teilbereichen von den Bestimmungen der Vertragsschablonenverordnung des Bundes als „best-practice“ abwichen.

Der RH empfahl der KELAG Wärme, sämtliche Managerverträge nach den Vorgaben der Vertragsschablonenverordnung des Bundes – im Sinne einer best-practice Umsetzung – auszugestalten, um die Vergleichbarkeit und eine größere Transparenz zu gewährleisten.

**43.3** *Die KELAG Wärme hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass die Vertragsschablonenverordnung des Bundes auf die KELAG Wärme nicht anwendbar sei. Zur Kritik an einem nicht befristeten Managervertrag führte die KELAG Wärme aus, dass zum Zeitpunkt des Auslaufens und Neuabschlusses des Managervertrages noch nicht festgestanden sei, ob der Manager wiederbestellt werden werde und wies auf die leichtere und wirtschaftlich günstigere Möglichkeit der Auflösung unbefristeter Verträge hin.*

**Personal**

*Die abweichenden Regelungen zu Krankenversicherungen und Pensionsregelungen würden laut Stellungnahme der KELAG Wärme auf kollektivvertraglichen Regelungen sowie konzernweiten Betriebsvereinbarungen basieren. Die KELAG Wärme wies darauf hin, dass sie ungetacht der Nichtanwendbarkeit des Stellenbesetzungsgegesetzes im Sinne einer besseren Vergleichbarkeit und größeren Transparenz die Empfehlungen des RH bereits umgesetzt habe und Managerverträge künftig nur mehr auf der Grundlage eines einheitlichen Vertragsmusters abschließe, welches sich weitgehend an den Vorgaben des Stellenbesetzungsgegesetzes und der Vertragsschablonenverordnung des Bundes orientiere.*

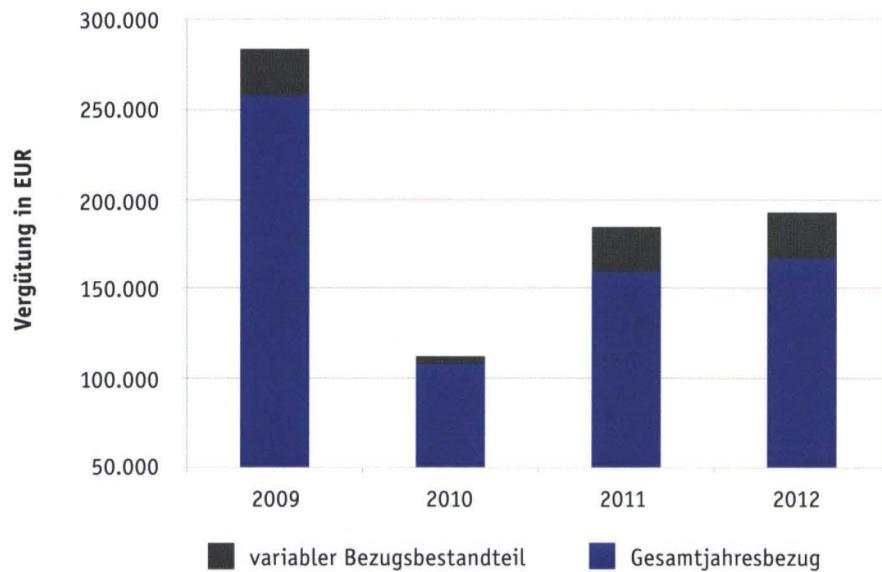
- 43.4** Der RH entgegnete der KELAG Wärme, dass ihre Stellungnahme sich auf einen Managervertrag bezog, der nicht Gegenstand der Kritik des RH war. Die Ausführungen des RH betrafen vielmehr den Managervertrag jenes Geschäftsführers, der im Oktober 2010 erstmals zum Geschäftsführer bestellt wurde und dessen Funktion bis dato aufrecht war. In diesem Managervertrag war die Nichtbefristung des Vertrags ausdrücklich vereinbart.

**Gesamtjahresbezüge und variable Bezugsbestandteile der Manager**

Entwicklung der Gesamtjahresbezüge und variablen Bezugsbestandteile

- 44** Die Managerverträge sahen einen Gesamtjahresbezug sowie variable Bezugsbestandteile vor. Die variablen Bezugsbestandteile waren mit maximal zwei, drei und vier Bruttonatatsbezügen bzw. in einem Fall mit maximal 43 % des Gesamtjahresbezugs begrenzt.

Die Entwicklung der tatsächlich ausbezahlten Gesamtjahresbezüge und der variablen Bezugsbestandteile zeigte im überprüften Zeitraum in Summe für alle Manager folgendes Bild:

**Abbildung 4:** Gesamtjahresbezüge/variable Bezugsbestandteile


Quellen: KELAG Wärme; RH

Infolge nicht durchgängiger Bestellungsdauer und unterschiedlicher Anzahl der Manager im Zeitablauf ergaben die in der Grafik dargestellten Vergütungen keine stetige Entwicklung. Für eine auf den gesamten Prüfungszeitraum bezogene Vergleichbarkeit wurden die Gesamtjahresentgelte (Gesamtjahresbezüge und variable Bezugsbestandteile) 2009 und 2010 unter Berücksichtigung der Vollzeitäquivalente hochgerechnet.

Die den Managern gewährten durchschnittlichen Gesamtjahresbezüge und variablen Bezugsbestandteile der Manager entwickelten sich folgendermaßen:

**Tabelle 18: Gesamtjahresbezüge und variable Bezugsbestandteile der Manager**

2009	Bis Oktober 2009 waren zwei Geschäftsführer, ab Oktober 2009 ein Geschäftsführer mit Geschäftsführerbezügen tätig; das hochgerechnete durchschnittliche Gesamtjahresentgelt für diese beiden Manager betrug jeweils rd. 161.930 EUR. Ein weiterer Geschäftsführer war ohne gesonderte Vergütung durch die KELAG Wärme tätig.
2010	Von Jänner bis Juni 2010 sowie ab November 2010 war jeweils ein Geschäftsführer mit Geschäftsführerbezügen tätig; das hochgerechnete durchschnittliche Gesamtjahresentgelt für diese beiden Manager betrug jeweils rd. 167.188 EUR. Ein weiterer Geschäftsführer war ohne gesonderte Vergütung durch die KELAG Wärme tätig.
2011	Ein Geschäftsführer erhielt ein durchschnittliches Gesamtjahresentgelt von rd. 183.951 EUR. Ein weiterer Geschäftsführer war ohne gesonderte Vergütung durch die KELAG Wärme tätig.
2012	Ein Geschäftsführer erhielt ein durchschnittliches Gesamtjahresentgelt von rd. 192.465 EUR. Ein weiterer Geschäftsführer war ohne gesonderte Vergütung durch die KELAG Wärme bis April 2013 tätig.

Quellen: KELAG Wärme; RH

## Personal

### Festlegung und Evaluierung der variablen Bezugsbestandteile

**45.1** Nach den Managerverträgen waren mit der Generalversammlung jährlich im Voraus Zielvereinbarungen festzulegen. Für einen Geschäftsführer war bereits in dessen Managervertrag zusätzlich ein Teil der variablen Bezugsbestandteile an das Erreichen bzw. Überschreiten des festgelegten und budgetierten EGT gebunden.

Für eine Zielvereinbarung des Geschäftsjahrs 2009 lag kein Beschluss vom zuständigen Organ der KELAG Wärme vor. Das Datum betreffend Abschluss und Genehmigung der Zielvereinbarungen für die Geschäftsjahre 2011 und 2012 durch die Generalversammlung war nicht dokumentiert, die Zielvereinbarung über das Geschäftsjahr 2013 wurde erst Ende Mai von der Generalversammlung festgelegt.

Die in den Zielvereinbarungen festgesetzten variablen Bezugsbestandteile waren überwiegend an kurzfristige Zielvorgaben gebunden. Im Managervertrag des während der Gebarungsüberprüfung aktiven Geschäftsführers war die vermehrte Berücksichtigung langfristiger Zielvorgaben vorgesehen; allerdings fand diese Verpflichtung bei der jährlichen Zielvereinbarung keine überwiegende Berücksichtigung.

Eine vollständige nachvollziehbare Dokumentation des Auswertungs- und Entscheidungsprozesses konnte die KELAG Wärme nicht durchgehend vorlegen. Fakten, auf deren Grundlage das zuständige Gesellschaftsorgan den Zielerreichungsgrad schlüssig festlegte, fehlten zum Teil. Mangelhafte Dokumentation begründete die KELAG Wärme im Einzelfall damit, dass die Zielvereinbarung das tatsächlich gemeinte Ziel nicht korrekt wiedergab. In einem Fall lag für die ausbezahlten variablen Bezugsbestandteile kein Beschluss durch das zuständige Organ der KELAG Wärme vor.

**45.2** Der RH betrachtete die Berücksichtigung einer Erfolgskomponente bei der Vergütung der Manager grundsätzlich positiv. Er erachtete die Transparenz bei der Gewährung einer Erfolgskomponente als ein wesentliches Element einer ordentlichen Unternehmensführung; mangelhafte Zielvereinbarungen sowie fehlende nachvollziehbare Evaluierungen der Zielvereinbarungen sind mit dem Transparency Gedanken nicht vereinbar. Der RH kritisierte, dass in einem Fall die variablen Bezugsbestandteile ausbezahlt wurden, obwohl den Abschluss der Zielvereinbarung sowie die Evaluierung und Festlegung der Zielerreichung nicht das zuständige Organ vorgenommen hatte.

Ebenso erachtete der RH eine Bindung der variablen Bezugsbestandteile an überwiegend kurzfristige Unternehmenskennzahlen als nicht ausreichend aussagekräftig für einen nachhaltig wirkenden (wirtschaftlichen) Erfolg der Manager für das Unternehmen.

Nach Auffassung des RH wären die Kriterien für die variablen Bezugsbestandteile der Manager vor jedem Leistungszeitraum – in einer gesonderten Vereinbarung und nicht im Managervertrag – zu definieren und zu vereinbaren; dies insbesondere auch deshalb, um den Managern zu ermöglichen,

- den zur Umsetzung der vorgegebenen Ziele vorhandenen Leistungszeitraum im vollen Ausmaß zu nutzen und
- die für die Erreichung der Ziele erforderlichen Maßnahmen und Prozesse zeitgerecht zu implementieren.

Der RH empfahl der KELAG Wärme,

- die Zielvereinbarungen gemäß der vertraglichen Regelung vor jedem Leistungszeitraum durch das zuständige Organ abzuschließen und nach Ablauf des Leistungszeitraums von diesem transparent und nachweisbar zu evaluieren sowie
- die angestrebte Orientierung der variablen Bezugsbestandteile in Richtung Nachhaltigkeit konsequent weiter zu verfolgen.

**45.3 Die KELAG Wärme wies in ihrer Stellungnahme die Kritik an mangelhafter Dokumentation und fehlenden nachvollziehbaren Evaluierungen der Zielvereinbarungen als nicht zutreffend zurück. Sie habe alle Zielvereinbarungen und Auswertungen in detaillierter Form vorgelegt.**

*Die KELAG Wärme bestritt nicht das Fehlen von Beschlüssen durch das zuständige Organ, vertrat jedoch die Auffassung, dass die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse auch formlos gefasst werden könnten.*

*Im Übrigen erklärte die KELAG Wärme, die Empfehlungen des RH umzusetzen. Im Zuge eines von der KELAG verfolgten Projekts sei bereits ein Gehaltsmodell ausgearbeitet worden, das die für das KELAG-Management festgelegten Unternehmensziele als Grundlage für die Zielvorgaben der unteren Managementebenen vorsehe. Die KELAG Wärme sagte zu, bei den individuellen Zielvereinbarungen langfristige und nachhaltige Zielvorgaben zu berücksichtigen sowie nachträgliche Evaluierungen umzusetzen.*

## Personal

**45.4** Der RH erwiderte der KELAG Wärme, dass er Dokumentationsmängel und das Fehlen nachvollziehbarer Evaluierungen – etwa im Fall der Neugestaltung der Beschaffung für Fernwärmesysteme – festgestellt hatte.

Die diesbezügliche Zielvereinbarung umfasste mehrere konkrete Maßnahmen, die eine signifikante Reduktion der Trassenmeterpreise bewirken sollten. Auf mehrfache Nachfragen des RH zur Entwicklung der Trassenmeterpreise legte die KELAG Wärme lediglich die Entwicklung der Rohrlieferpreise für ein Projekt vor und erklärte, die Zielvereinbarung habe das eigentlich angestrebte Ziel nicht korrekt wiedergegeben. Welche Entscheidungsgrundlagen dem Gesellschafter für seine Evaluierung vorlagen, um dennoch eine Zielerreichung von 100 % zu genehmigen, konnte der RH in diesem Fall nicht nachvollziehen.

Zu dem Einwand der KELAG Wärme, auch formlose Gesellschafterbeschlüsse seien zulässig, erwiderte der RH, dass in diesem Fall kein (formloser) Beschluss eines zuständigen Organs (Gesellschafter), sondern von einem unzuständigen Organ unterfertigte Dokumente vorlagen.

### Auszahlung der variablen Bezugsbestandteile

**46.1** In den Managerverträgen der KELAG Wärme war u.a. festgehalten, dass die variablen Bezugsbestandteile zu 100 % bzw. 50 % der vereinbarten Höhe bereits im Voraus gleichzeitig mit dem Fixbezug des Managers in monatlich 14 Teilbeträgen ausbezahlt werden. Der Saldoausgleich war am Ende jenes Monats vorzunehmen, in dem der Jahresabschluss durch die Generalversammlung genehmigt wurde.

Einem Manager zahlte die KELAG Wärme aus diesem Titel variable Bezugsbestandteile aus, wobei weder für den Abschluss der Zielvereinbarung noch über die Zielerreichung nach Ablauf des Geschäftsjahres Beschlüsse des zuständigen Organs vorlagen. Die Höhe der monatlichen Akontierungszahlungen wurde auf Anweisung des unzuständigen Organs während des laufenden Geschäftsjahres reduziert<sup>113</sup>. Eine Kontrolle, ob die Genehmigung der variablen Bezugsbestandteile vom zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen worden war, erfolgte durch die Personalabteilung der KELAG ebensowenig wie eine Abrechnung der geleisteten Vorauszahlungen mit den „genehmigten“ Prämien.

<sup>113</sup> Auf Anweisung des zweiten Geschäftsführers (auch Vorstandsmitglied der KELAG) wurden die monatlichen Vorauszahlungen ab dem sechsten Kalendermonat von 100 % auf 70 % reduziert.