

Lieferengpässe – Was ist zu ändern in Vergabeverfahren und Verträgen?

Plötzlich knappe Rohstoffe und teure Energie. Der Krieg in der Ukraine, der lockdownbedingte Containerstau in Shanghai und weitere Krisen der Welt führen zu Lieferproblemen, Rohstoffmangel und Sanktionen. Die öffentlichen Auftraggeber, die Bieter im Verfahren und die Auftragnehmer müssen darauf reagieren. Aber wie?

Handlungsmöglichkeiten für Auftraggeber, Bieter und Auftragnehmer

Unvorhersehbare äußere Ereignisse haben oft unmittelbaren Einfluss auf die Ausführung öffentlicher Aufträge. Sowohl das Vertrags- als auch das Vergaberecht sehen Sonderregelungen vor, um kurzfristig und flexibel auf plötzlich auftretende Veränderungen zu reagieren.

Vor Beginn des Vergabeverfahrens

Sofern unvorhersehbare Veränderungen noch vor Beginn des Vergabeverfahrens auftreten, können Auftraggeber die Entwicklungen meist antizipieren und die Vergabeunterlagen in der Regel unproblematisch an die veränderten Rahmenbedingungen anpassen.

Sie können etwa Preisgleitklauseln für bestimmte Vorprodukte oder Materialien aufnehmen, um die Verträge an die Marktentwicklung anzupassen. Durch Preisgleitklauseln werden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht überschaubare Marktrisiken auf beide Vertragspartner verteilt. Ohne Aufnahme einer solchen Klausel, besteht die Gefahr, dass ausgehandelte Verträge nach Abschluss des Vergabeverfahrens nicht mehr umsetzbar sind. Insbesondere bei komplexen Vorhaben mit langer Vertragslaufzeit kann es im berechtigten Interesse der Beteiligten liegen, etwaige Änderungen durch Preisgleitklauseln abzufedern.

Darüber hinaus sollten Auftraggeber in dem Vertrag vorgesehene Ausführungs- bzw. Lieferfristen der aktuellen Situation anpassen. Sinnvoll kann es auch sein, konkrete Loyalitätspflichten des Auftragnehmers, z.B. Anzeigepflichten bei voraussehbaren oder eintretenden Leistungsverzögerungen, vorzusehen. Ferner haben Auftraggeber die Möglichkeit, sog. Öffnungsklauseln, die von dem Vertrag abweichende Regelungen zulassen, in den Vertrag aufzunehmen.



Im laufenden Vergabeverfahren

Auch während eines laufenden Vergabeverfahrens kann der Auftraggeber auf unvorhersehbare Entwicklungen reagieren, ist aber verpflichtet, die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten. Daher muss er – je nach Verfahrensart und -stadium – Änderungen angemessen bekanntmachen sowie ggf. Fristen verlängern oder das Verfahren zurückversetzen.

Bis zur Angebotsabgabe ist eine Anpassung der Vergabeunterlagen – insbesondere im Verhandlungsverfahren – anhand der veränderten Rahmenbedingungen möglich. Der Auftraggeber muss aber eine Änderungsbekanntmachung im EU-Amtsblatt veröffentlichen und die Angebotsfrist ggf. angemessen verlängern.

Nach der Angebotsabgabe oder im Rahmen eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens muss der Auftraggeber das Verfahren zuvor in den vorherigen Stand zurückversetzen, um die Vergabeunterlagen anpassen zu dürfen.

Das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) sowie das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauen (BMWSB) haben mit Bundeserlass vom 25.03.2022

Autoren:

Dr. Ute Jasper, Dr. Christopher Marx,
Christina Emde,
Heuking Kühn Lüer Wojtek

sowie der Neuregelung vom 22.06.2022 entsprechende Praxis-
hinweise herausgegeben, um den Auswirkungen von Liefer-
engpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien
als Folge des Ukraine-Kriegs entgegenzuwirken.

Nach Zuschlag

Auch nach der Auftragsvergabe haben öffentliche Auftrag-
geber noch Handlungsoptionen. Zwar muss ein Auftragnehmer
grundsätzlich seinen Verpflichtungen aus dem geschlossenen
Vertrag nachkommen. Der Auftraggeber kann bei unvorher-
sehbaren Ereignissen nach dem Zuschlag aber verpflichtet
sein, Preise oder Bedingungen anzupassen.

Dies ist nach den Regelungen der Störung der Geschäfts-
grundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB der Fall, wenn nicht
vorhersehbare schwerwiegende Veränderungen der Geschäfts-
grundlage nach Vertragsschluss vorliegen und diese jedenfalls
nicht der Risikosphäre des Auftragnehmers zuzurechnen sind.
Zwar trägt grundsätzlich der Auftragnehmer das Beschaffungs-
risiko für die vereinbarten Leistungen. Dies gilt aber nicht
zwingend in Fällen höherer Gewalt.

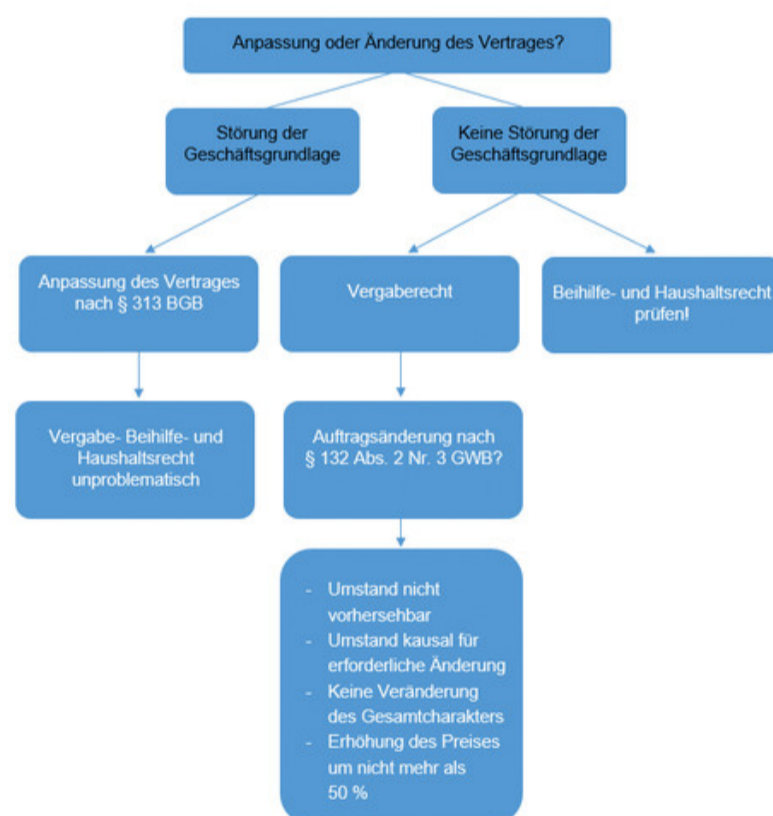
Liegen die Voraussetzungen aus § 313 Abs. 1 BGB vor,
hat der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber einen
Anspruch auf Vertragsanpassung. Das bedeutet jedoch
nicht, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, sämtliche den
Auftragswert übersteigenden Kosten zu tragen. Vielmehr ist
stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu
prüfen, ob und inwieweit dem Auftragnehmer ein Festhalten
am unveränderten Vertrag, z.B. in Bezug auf die Höhe des
ursprünglich vereinbarten Preises, zugemutet werden kann.

Sollten die Voraussetzungen aus § 313 Abs. 1 BGB nicht
vorliegen, können Auftraggeber nach der vergaberechtlichen
Sonderregel aus § 132 GWB berechtigt sein, den öffentlichen
Auftrag zu ändern. Nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB darf der
Auftraggeber einen Auftrag ohne Durchführung eines neuen
Vergabeverfahrens ändern, wenn die Änderung aufgrund von
Umständen erforderlich geworden ist, die der Auftraggeber
im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte
und sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

Die Auftragsänderung ist allerdings nur zulässig, wenn der
Preis um nicht mehr als 50 % des Wertes des ursprünglichen
Auftrags erhöht wird. Anders als bei einer Vertragsanpassung
nach § 313 Abs. 1 BGB, darf der Auftraggeber den Auftrag
– z.B. den Preis oder die Lieferfrist – ändern, ist zu einer
solchen Auftragsänderung aber nicht verpflichtet.

Der Auftraggeber sollte aber in beiden Fällen prüfen, ob die
Änderungen tatsächlich auf den unvorhersehbaren Umständen
beruhen, also kausal sind. Das ist z.B. nicht der Fall, wenn der
Auftragnehmer die Lieferzeit nur deswegen nicht einhalten
kann, weil er die zu liefernde Ware zu spät bestellt hat.

Sollte keine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen,
muss der Auftraggeber neben den vergaberechtlichen Be-
stimmungen prüfen, ob auch beihilfe- und haushaltsrechtliche
Vorgaben eingehalten sind. Steht dem Auftragnehmer ein
Anspruch auf eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB zu,
sind vergabe-, beihilfe- und haushaltsrechtliche Regelungen
hingegen unproblematisch.



Fazit

Für Auftraggeber bestehen aus vergaberechtlicher- und ver-
traglicher Sicht viele Möglichkeiten und Handlungsspielräume,
um auf unvorhersehbare Änderungen in jedem Stadium des
Vergabeverfahrens zu reagieren. Letztlich müssen Auftraggeber
die Voraussetzungen sowie Grenzen für Vertragsanpassungen
aber stets im Einzelfall prüfen und ihre Entscheidungen gut
begründen und dokumentieren.