

# Newsletter zum aktuellen Vergaberecht

**Ausgabe Mai / Juni 2021**

## Inhaltsverzeichnis

I.	Vergaberechtlicher Umgang mit Materialengpässen und Preissteigerungen	2
II.	Seminare und Veranstaltungen	9

## **I. Vergaberechtlicher Umgang mit Materialengpässen und Preissteigerungen**

In den letzten Tagen erreichten die ABSt Sachsen zunehmend Anfragen, wie auf die Probleme der Materialengpässe und Preissteigerungen vergaberechtlich zu reagieren sei. Dabei ist festzustellen, dass es hierzu keine allgemeingültigen bzw. eindeutigen Lösungen gibt. In jedem Fall geht es darum, partnerschaftlich ein praktikables Ergebnis zu finden, so dass sowohl die staatlichen Aufgaben erfüllt werden können als auch die Unternehmen wirtschaftlich realisierbare Aufträge erhalten.

Die gegenwärtigen Marktprobleme sind denen Anfang 2000er vergleichbar. Bedingt durch den weltweiten Stahlboom kam es seit Mitte 2001 zu unerwarteten Preisexplosionen. So verteuerte sich Walzstahl von Dezember 2003 bis Dezember 2004 um 39 Prozent, Betonstahl um 36 Prozent und Stahlprofile kosteten sogar 71 Prozent mehr.

In diesem Zusammenhang hatte der Bund im Jahr 2004 mit seinen Vergabeempfehlungen im VHB Bund die Möglichkeit der Nutzung einer Stoffpreisgleitklausel eingeführt (Formblatt 225). Daher kann deren Anwendung in der gegenwärtigen Situation in Betracht gezogen werden.

Um auf die z.T. stark steigenden Preise und Marktunsicherheiten bei der Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge reagieren zu können, sind drei Grundsituationen zu unterscheiden:

- 1. Vorbereitung von Ausschreibungen**
- 2. Durchführung laufender Verfahren**
- 3. Vertragsdurchführung nach Abschluss von Ausschreibungen.**

## Zu 1. Vorbereitung von Ausschreibungen

Die gegenwärtige Marktsituation stellt nunmehr keine Überraschung dar. Daher können die Rahmenbedingungen der Ausschreibung dem Markt bestmöglich angepasst werden, u.a. durch:

- a) Prüfung, ob vor Projektbeginn bei aller Risikobewertung überhaupt noch die notwendige Ausschreibungsreife besteht. Ggf. muss das Budget aufgestockt werden. Um mögliche Investruinen zu vermeiden, kann eine zeitliche Verschiebung der Leistung in Betracht gezogen werden,
- b) angemessene kurze Fristen (u.a. Angebotsphase, insbesondere bei der Bindefrist) Den Unternehmen muss es möglich sein, mit den von Lieferanten und Partnern jeweils vorgegeben Preisbindungen auch ein risikobegrenztes eigenes Angebot zu erstellen. Zu beachten bleibt unabhängig davon, eine ausreichende Frist zur „ordentlichen“ Kalkulation einzuräumen,
- c) Prüfung, ob aus Gründen der Material- bzw. Liquiditätssicherung kleineren Unternehmen eine materialspezifische Abschlagszahlung zugesichert werden kann,
- d) Einräumung „flexibler“ Preisangebote durch Vorgabe einer Preisgleitklausel.

Die Anwendung der Preisgleitklausel nach Formblatt 225 VHB ist nicht einfach. Zum einen bedarf es eines genauen Bezugs auf einen konkreten Indexwert. Zum anderen läuft der Index dem Markt nach. Er wird daher den kurzfristigen Preisexplosionen nicht gerecht. Deshalb ist die Verwendung der Preisgleitklausel aus unserer Sicht nur bei langlaufenden Verträgen sinnvoll.

Bei der Gestaltung von Verträgen sollte in Erwägung gezogen werden, eine

spezifische Preisanpassung zuzulassen. Der Zentralverband des Deutschen Dachdeckerhandwerks empfiehlt z.B. die Formulierung:

„Sollte sich der Einkaufspreis/Marktpreis für benötigte Materialien des obigen Angebots zum Zeitpunkt des Einbaus gegenüber dem Zeitpunkt der Angebotserstellung um mehr als fünf Prozent nachweislich erhöht haben, ändert sich der Einheitspreis entsprechend der Gewichtung des Materialanteils in dieser Position.“  
(Quelle: <https://dach.live/das-marktumfeld/holz-lagerware-rasant-steigende-preise>)

Hier sollte sich der Auftraggeber bereits mit Angebotsabgabe eine detaillierte Urkalkulation vorlegen lassen, um bei Abrechnung der Maßnahme den Vergleich mit dem Einkaufsbeleg herstellen zu können. Hierzu hat der Auftraggeber geeignete Vorgaben zu machen.

Mit dieser Herangehensweise könnte bei kurzfristigen Verträgen auf plötzliche Marktänderungen reagiert werden.

Unternehmen werden ihre Angebote auf Grundlage der vorgegebenen Wettbewerbsbedingungen und der Marktsituation kalkulieren. Ohne eine der aktuellen Situation angemessene Regelung in den Vergabeunterlagen riskieren Auftraggeber hohe Risikoaufschläge in den Angeboten oder Unternehmen verzichten gleich auf eine Angebotsabgabe.

## **Zu 2. Durchführung laufender Verfahren**

Laufende Ausschreibungen können bis zum Zeitpunkt der Angebotsfrist geändert werden (bis hin zum Austausch der Vergabeunterlagen).

Dabei ist ggf. immer zu prüfen, ob

- die Angebotsfrist verlängert werden muss, damit die Bieter ausreichend Zeit haben, Ihre Angebote an die geänderten Bedingungen anzupassen und
- auch die Änderung anderer Fristen erforderlich wird (z.B. Verschiebung Leistungsbeginn).

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist könnte auf diese Weise eine Preisgleitklausel in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden.

Ergänzend sei angemerkt, dass Unternehmen im Zuge der Bearbeitung von Angeboten die Pflicht haben, Auftraggeber auf Wettbewerbsprobleme hinzuweisen bzw. aufzufordern, Ausschreibungsänderungen vorzunehmen. Hierfür sieht das Vergaberecht das Instrument der Bieterfragen vor. Wird dies unterlassen und so z.B. auf die nachträgliche Einfügung einer Preisgleitklausel in die Vergabeunterlagen verzichtet, ist diese nach Zuschlagserteilung rechtlich nicht mehr „einklagbar“.

Wichtig ist, dass Bieter im Rahmen der Angebotserstellung keine einseitigen Änderungen an den Vergabeunterlagen u.a. durch das Einfügen eigener AGB bzw. Preisgleitklauseln vornehmen, denn diese Angebote sind auszuschließen.

Ist im laufenden Vergabeverfahren die Angebotsfrist bereits abgelaufen und die Angebote der Bieter liegen vor, kann keine Änderung der Vergabeunterlagen mehr vorgenommen werden.

Bei Angeboten, die weit über dem korrekt geschätzten Auftragswert bzw. Budget liegen, wäre vor dem Ausschluss auf Wertungsstufe 3 (Auskömmlichkeit der Preise) zu prüfen, ob

- die Angebotspreise hätten vorhergesehen werden können (= Verschulden des Auftraggebers),
- ggf. eine Nachfinanzierung vorzunehmen ist oder
- im Projekt und/oder Haushalt eine Verrechnung von (Ausschreibungs-) Gewinnen mit Ausschreibungsverlusten möglich ist.

Die Aufhebung der Ausschreibung sollte immer das letzte Mittel darstellen.

An dieser Stelle noch der grundsätzliche Hinweis, dass Ausschreibungen immer auch dem Maximum- bzw. Optimumprinzip folgend gestaltet werden können. Das heißt unter Vorgabe des Budgets und Beachtung der Mindestanforderungen würde das Angebot den Zuschlag erhalten, was die für das Budget beste Leistung verspricht.

### **Zu 3. Vertragsdurchführung nach Abschluss von Ausschreibungen**

In Deutschland gilt der Grundsatz „Vertrag ist Vertrag“. Somit besteht seitens der Unternehmen grundsätzlich kein Anspruch, anderes als die ursprünglich bezuschlagten Preise für Leistungen zu verlangen.

Inwieweit eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB vorliegt und Ansprüche für eine Anpassung des Vertrages begründet oder zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, bedarf immer einer juristischen Bewertung des Einzelfalls. Unserer Einschätzung nach wird diese Regelung nur in Ausnahmefällen greifen.

Auch die Zulässigkeit der nachträglichen Vereinbarung einer Stoffpreisklausel muss im Einzelfall geprüft werden. Aus wettbewerblicher Sicht sollten dann aber die Materialpreisprobleme von allen Anbietern nicht erkennbar gewesen sein. Andernfalls würden u.U. spekulative Angebote bevorzugt.

Einer eventuellen Preisanpassung sollte eine Kosten- bzw. Risikoabwägung zugrunde liegen.

Die Nachteile und Kosten, die mit dem Leistungsausfall verbunden sind (u.a. Leistungseinstellung, Zeitverzug, Behinderungsaufwendungen für nachfolgende Dritte, auch mit einem neuen Angebot weiterhin hohe Preise) stehen dann einer nachvollziehbaren Preisanpassung mit dem Vertragspartner gegenüber. Diese Preisanpassung wäre dann aber eine bilaterale Vertragsänderung, die ausführlich zu begründen und zu dokumentieren ist.

**Fazit:**

Es gibt keine Universallösung, um das gegenwärtige Problem explodierender bzw. ungewöhnlich hoher Preise lösen zu können. Sie gilt es in jedem Einzelfall zu finden.

Bei laufenden Verfahren ist es oft sinnvoll, im Dialog zwischen Auftraggebern und Unternehmen einen Kompromiss zu finden. Durch Kreativität und Kulanz wird es gelingen, sowohl die angestrebten Beschaffungsziele zu erreichen als auch die Interessen der regional und überregional agierenden Unternehmen zu berücksichtigen.

Wichtig ist, alle notwendigen Erwägungen und Entscheidungen überprüfungsfähig zu begründen und zu dokumentieren.



## II. Seminare und Veranstaltungen

Folgende Seminare und Veranstaltungen sind geplant:

24.06.2021	Webinar: E-Vergabe ganz einfach
06.07.2021	Vergaberecht im Beschaffungsalldag "Qualitätssicherung in der Gebäudereinigung - Anforderungen an die Ausschreibung"
15.07.2021	Allgemeine vergaberechtliche Grundlagen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen
22.07.2021	Vergabe von Lieferungen und Leistungen
23.09.2021	Vergabe- und Vertragsrecht bei der Beauftragung von Architekten und Ingenieuren
07.10.2021	Ermittlung von wirtschaftlichen Angeboten - Auswahl-/Zuschlagskriterien, Wertungsmatrix -
14.10.2021	Das Vergaberecht für Bauleistungen
23.11.2021	EVB-IT Verträge für Dienstleistungen und DSGVO

Auf unserer Homepage <https://www.abstsachsen.de/seminare/> finden Sie unser aktuelles Seminar- und Veranstaltungsangebot. Wir freuen uns über Ihre Anmeldungen.

Gemäß der jeweils aktuellen Corona-Situation werden wir angemeldete Teilnehmer für Präsenzseminare/-veranstaltungen rechtzeitig darüber informieren, ob und in welcher Form das jeweilige Seminar bzw. die Veranstaltung stattfindet.