

## Zeit für ein Umdenken bei öffentlichen Auftraggebern?

### Brauchen wir flexible Verfahren und atmende Verträge?

Öffentliche Auftraggeber sehen sich bei der Vergabe von Aufträgen und bei dem Controlling vergebener Aufträge immer neuen Herausforderungen ausgesetzt. Während die letzten zwei Jahrzehnte von einer hohen Verlässlichkeit geprägt waren, dreht sich die Welt in der jüngeren Vergangenheit immer schneller.

Ein Beitrag von Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Mike Steffen

Immer häufiger und immer gravierender treten unvorhergesehene Ereignisse auf, die Einfluss auf öffentliche Aufträge nehmen. Die Covid 19-Pandemie, der Ukraine-Krieg und die Blockade des Suez-Kanals sind lediglich die prominentesten Auslöser von Unsicherheiten und Marktschwankungen der jüngeren Vergangenheit. Derartige Ereignisse lösen nicht nur eine Unruhe in den jeweiligen Beschaffungsmärkten aus. Durch Unterbrechungen der Lieferketten, steigende Zinsen oder – im äußersten Fall – den Stillstand des öffentlichen Lebens durch Lockdowns durchkreuzen solche Ereignisse die sorgfältig geplanten Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand.

Öffentliche Auftraggeber können sich wohl auch in Zukunft nicht mehr darauf verlassen, dass die äußeren Bedingungen während der Vergabeverfahren und der Vertragslaufzeit beständig bleiben. Vielmehr müssen sie umdenken und ihre Verfahren und Verträge so gestalten, dass diese auch unter widrigen oder stark veränderten Bedingungen funktionieren. Dafür ist es erforderlich, dass öffentliche Auftraggeber zum einen mögliche Risiken und Unwägbarkeiten identifizieren und zum anderen in den Verfahrens- und Vertragsunterlagen dafür Vorsorge treffen.

#### 1. Verfahrensgestaltung

Bei der Konzeption des Vergabeverfahrens können Auftraggeber etwa schon durch die Definition des Beschaffungsgegenstands etwaigen Unwägbarkeiten entgegenwirken (z. B. kürzere Vertragslaufzeit).

Wenn Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren wählen, können sie das Know-How der Bieter einbeziehen und etwaige Risiken in den Vergabeunterlagen adressieren.

Bei risikoanfälligen Beschaffungen und/oder langen Vertragslaufzeiten können höhere Eignungsanforderungen dabei helfen,

einen krisensicheren Partner zu finden. Öffentliche Auftraggeber dürfen in diesem Zusammenhang etwa auch die Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems fordern, das den Bieter zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht (vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV).

Auf Ebene der Qualitätswertung können Auftraggeber von den Bietern verlangen, ihr Risikomanagement während der Vertragslaufzeit und den Umgang mit Leistungsänderungen als (Teil eines) Leistungskonzept(s) darzustellen. Bieter, die Risiken und Leistungsänderungen aktiv managen, können dadurch einen Wertungsvorteil erzielen.

#### 2. Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung können öffentliche Auftraggeber auf einen vielseitigen Werkzeugkasten zurückgreifen. Die konkreten Gestaltungsempfehlungen hängen maßgeblich von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Nachfolgend stellen wir einige Beispiele für solche Vertragsgestaltungen dar:

##### Preispassungsklauseln

Preispassungsklauseln haben den Zweck, das Gleichgewicht von Preis und Leistung bei langfristigen Dauerschuldverhältnissen zu sichern. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung soll dabei identisch bleiben, lediglich der Preis wird an die veränderten äußeren Gegebenheiten angepasst. Die Anpassung kann insbesondere an einen Index (etwa Verbraucherpreis- oder Materialpreisindex) anknüpfen.

##### Leistungsänderungsklauseln

Leistungsänderungsklauseln räumen einer oder beiden Vertragsparteien das Recht ein, den Leistungsinhalt nachträglich zu verändern. Die Ausgestaltung dieser Klauseln ist vielseitig und kann – insbesondere bei komplexen Verträgen – sehr detaillierte Voraus-



Foto: depositphotos

setzungen und Rechtsfolgen vorsehen. Üblicherweise betreffen Leistungsänderungen eine Ausweitung der ursprünglichen Leistung. Übersehen wird demgegenüber häufig die Möglichkeit, den Leistungsinhalt nachträglich zu reduzieren.

Als verlässliche Kalkulationsgrundlage für spätere Leistungsänderungen sehen viele Verträge vor, dass der Auftragnehmer vor oder zu Vertragsbeginn eine Urkalkulation vorlegt. Darin schlüsselt der Auftragnehmer die Einzelpreise seiner Leistungsbestandteile auf. Dies kann zur Berechnung der Vergütungsanpassung herangezogen werden. Auftraggeber sollten die Anforderungen an die Urkalkulation vorgeben und bei Angebotsabgabe prüfen.

Leistungsänderungsklauseln können auch einseitige Leistungsbestimmungsrechte bzw. Optionen für den Auftraggeber vorsehen. Dadurch können Auftraggeber den Leistungsinhalt nachträglich und bedarfsabhängig steuern.

##### Kündigungsklauseln

Insbesondere bei langlaufenden Verträgen ist es wichtig, dass der Auftraggeber den Vertrag kündigen darf. Neben dem jederzeitigen ordentlichen Kündigungsrecht können Kündigungsrechte etwa auch an einen zeitlichen Turnus oder das Erreichen einer Leistungsobergrenze anknüpfen. Alternativ kann der öffentliche Auftraggeber auch zunächst eine kürzere Laufzeit mit Verlängerungsoption vorsehen.

Insbesondere seit der Corona-Pandemie sehen viele Verträge auch Kündigungsregeln vor, die an bestimmte äußere Umstände anknüpfen. Dies sind in der Regel Umstände, die einer Störung der Geschäftsgrundlage ähnlich sind.

##### Cost + Fee

Häufig bietet es sich für öffentliche Auftraggeber an, ganze Aufträge oder einzelne Leistungsbestandteile nach dem Cost + Fee-Verfahren abzurechnen. Dabei rechnet der Auftragnehmer die erforderlichen und nachgewiesenen Kosten seiner – bei Vertragsabschluss häufig noch unbestimmten – Leistungen ab und erhält zusätzlich eine Management-Fee für seine Leistung. Die Management-Fee besteht entweder aus einem festen Betrag oder steht in Abhängigkeit zu dem durch die Kostenhöhe bestimmten Leistungsumfang (etwa 2 % der Kosten).

Öffentliche Auftraggeber können und müssen – allein aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Verfahren und Verträgen alle Spielräume nutzen, um Risiken für die öffentliche Hand zu reduzieren und um in Krisen und bei neuen Rahmenbedingungen reagieren zu können. Sonst sind sie Nachtragsforderungen fast schutzlos ausgeliefert.



##### Autoren

RA. Dr. Ute Jasper und RA. Mike Steffen  
Heuking Kühn Lüer Wojtek