

Dr. Ralf D. Pock
Mag. Gunter Estermann
Mag. Paolo Caneppele

Kanzlei Wien

A-1030 Wien, Rennweg 17, Stock 5
Tel + 43 (1) 532 31 51 - 0
Fax + 43 (1) 532 31 51 - 15
office@estermann-pock.at

Niederlassung Klagenfurt

A-9020 Klagenfurt, Alter Platz 23/I
Tel + 43 (463) 501 958
Fax + 43 (463) 501 958 - 15
klagenfurt@estermann-pock.at

www.estermann-pock.at

**Österreichischer Gemeindebund / Österreichischer Städtebund /
Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs:**

**Erläuterung der Checkliste zur Behandlung von
Preissteigerungen in der öffentlichen Auftragsvergabe**

29. August 2022

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Ausgangssituation	3
2.	Maßnahmen zur Reduktion des Kostenrisikos vor Beauftragung	4
2.1	Wahl eines geeigneten Vergabeverfahrens	4
2.2	Festlegung einer angemessenen Angebotsbindefrist	4
2.3	Berücksichtigung einer Preisaufgliederung für „Lohn“ und „Sonstiges“	5
2.4	Festpreis für maximal ein Jahr und Sicherstellung der Kalkulierbarkeit	6
2.5	Preisanpassung für veränderliche Preise	7
2.6	Festlegung angemessener Intervalle der Preisanpassung	8
2.7	Berücksichtigung projektbezogener Leistungsabgrenzungen für Preisanpassung ..	9
2.8	Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen	9
2.9	Verfügbarkeit von Materialien und Lieferengpässe berücksichtigen	10
3.	Maßnahmen zur Reduktion des Kostenrisikos nach Beauftragung	10
3.1	Prüfung des bestehenden Vertrages zur Behandlung von Preisanpassungen	10
3.2	Fristgemäße Anmeldung von Mehrkosten	11
3.3	Ermittlung der Risikosphäre (Auftraggeber oder Auftragnehmer)	11
3.4	(Un-)Vorhersehbarkeit der Preissteigerung, Zeitpunkt des Angebotes	12
3.5	(Un-)Vorhersehbarkeit der Preissteigerung, Art der angebotenen Leistung	12
3.6	Abwendbarkeit der Preissteigerung	13
3.7	Ausmaß der Preissteigerung außergewöhnlich hoch	13
3.8	Nachweis der Mehrkosten und Verursachung durch Preissteigerung	14
3.9	Berücksichtigung vergaberechtlicher Grenzen für Vertragsänderungen	14

1. AUSGANGSSITUATION

Seit März 2021 sind weltweit quer durch alle Wirtschaftszweige hohe Preissteigerungen bei Geräten, Materialien und Rohstoffen zu beobachten. Mit Beginn des Krieges in der Ukraine am 24.2.2022 hat sich die Situation nochmals dramatisch verschärft. Öffentliche Auftraggeber sind daher bei Realisierung ihrer Beschaffungsvorhaben insbesondere auch aufgrund vergaberechtlicher Vorgaben vor besondere Herausforderungen gestellt, die bei Durchführung der dafür erforderlichen Vergabeverfahren zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus zeigt sich immer häufiger, dass beauftragte Auftragnehmer ihre Auftraggeber zunehmend mit (inflationsbedingten) Mehrkostenforderungen konfrontieren, um nachträglich ein höheres Entgelt zu erzielen, als im Vergabeverfahren angeboten und beauftragt wurde. Diese Kombination aus Mehrkosten, die inflationsbedingt tatsächlich bestehen und die von Auftragnehmern aus Gründen ihrer eigenen Gewinnmaximierung schlicht behauptet werden, bringen öffentliche Auftraggeber immer mehr unter Druck, weil dadurch die Finanzierung und damit die Realisierung ihrer Projekte zum Teil in Frage gestellt werden.

Öffentliche Auftraggeber sind daher gefordert, auf diese Marktrealitäten bei Umsetzung ihrer Projekte zu reagieren. Die vorliegende Checkliste soll öffentlichen Auftraggebern eine erste Hilfestellung im Umgang mit diesen tatsächlichen und bloß behaupteten Preissteigerungen bieten. Das erklärte Ziel bei diesem Umgang besteht zum einen darin, bloß behauptete Preissteigerungen zur Gänze abzuwehren, weil diese unbegründet sind. Zum anderen sollen tatsächliche Preissteigerungen ausschließlich in jener Höhe zugestanden werden, die den tatsächlichen Kostensteigerungen entsprechen und insofern den Auftragnehmer auch effektiv belasten. Als Hilfestellung im Rahmen der vorliegenden Checkliste werden in Punkt 2 jene Maßnahmen dargestellt, die öffentliche Auftraggeber bereits bei Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren und damit vor Beauftragung eines Auftragnehmers berücksichtigen können. Demgegenüber werden in Punkt 3 die Maßnahmen dargestellt, die öffentliche Auftraggeber nach Beauftragung insbesondere bei Abwehr von Mehrkostenforderungen in den Diskussionen mit ihren Auftragnehmern verwenden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass – wie bei sonstigen nachträglichen Mehrkostenforderungen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe eigentlich immer – die Erfolgsaussichten des öffentlichen Auftraggebers eine entsprechende Kostendisziplin sicherzustellen, maßgeblich von der Gestaltung des Vertrages abhängt. Entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen können

daher auch im vorliegenden Zusammenhang entscheidend dazu beitragen, auch bei den gegenwärtigen besonderen Marktbedingungen unberechtigte und vielfach auch unverhältnismäßige Mehrkostenforderungen zu vermeiden oder zumindest angemessen zu reduzieren. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Checkliste die im Einzelfall jeweils erforderliche Beurteilung der konkreten Sach- und Rechtslage nicht ersetzen kann. Wie bereits ausgeführt wurde, soll diese Checkliste lediglich eine Anleitung im Umgang mit den aktuellen Preissteigerungen bieten.

2. MASSNAHMEN ZUR REDUKTION DES KOSTENRISIKOS VOR BEAUFTRAGUNG

2.1 Wahl eines geeigneten Vergabeverfahrens

Bereits bei der Wahl eines geeigneten Vergabeverfahrens sollte die nun generell sehr hohe Preisvolatilität berücksichtigt werden. Beispielsweise können in diesem Zusammenhang verstärkt Rahmenvereinbarungen als passendes Instrument der Beschaffung in Betracht gezogen werden, weil es Rahmenvereinbarungen erlauben, auch während ihrer Laufzeit flexibler auf Marktänderungen zu reagieren und mitunter auch neue Angebote einzuholen, ohne damit eine neuerliche Ausschreibungspflicht zu begründen.

2.2 Festlegung einer angemessenen Angebotsbindefrist

Vergaberechtlich ist es zulässig in den Ausschreibungsunterlagen eine Angebotsbindefrist (Zuschlagsfrist) von bis zu fünf Monaten festzulegen, in Ausnahmefällen ist eine maximale Angebotsbindefrist von sieben Monaten zulässig. Oft wird genau diese maximale Frist in Ausschreibungsunterlagen festgelegt. Eine lange Angebotsbindefrist bewirkt aber häufig, dass Bieter vor allem bei unveränderlichen Preisen die während der Angebotsbindefrist erwarteten Preissteigerungen in ihre Angebotspreise einrechnen müssen. Eine längere Angebotsbindefrist verursacht daher tendenziell höhere Angebotspreise. Je nach Komplexität des Vergabeverfahrens sollte daher eine gegenüber der gesetzlichen Maximalfrist kürzere Angebotsbindefrist festgelegt werden. Dennoch muss bei dieser Festlegung berücksichtigt werden, dass dem öffentlichen

Auftraggeber ausreichend Zeit für die Angebotsprüfung, für interne Freigaben und die Stillhaltefrist zur Verfügung stehen. Sollte die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Angebotsbindefrist nicht ausreichen, kann auch noch zu einem späteren Zeitpunkt die Angebotsbindefrist mit Zustimmung der Bieter verlängert werden. Auch dieses Argument spricht dafür, gerade in der gegenwärtigen Situation tendenziell kürzere Angebotsbindefristen festzulegen.

2.3 Berücksichtigung einer Preisaufgliederung für „Lohn“ und „Sonstiges“

Von den tatsächlichen Preissteigerungen der jüngeren Vergangenheit sind vor allem Geräte und Materialien (Rohstoffe, Waren etc) betroffen. Die Lohnkosten sind demgegenüber bei Weitem nicht in vergleichbarem Ausmaß gestiegen; im Übrigen erfolgt eine Erhöhung der Lohnkosten in der Regel nicht unterjährig, sondern nur einmal pro Jahr aufgrund der Kollektivvertragsverhandlungen. Sofern dies aufgrund des konkreten Ausschreibungsgegenstandes möglich sein sollte, könnte in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden, die Preise jeweils in die Anteile „Lohn“ (für Lohnkosten) und „Sonstiges“ (für Geräte, Waren, Materialien etc) aufzugliedern. Korrespondierend dazu sollten dann auch unterschiedliche Preisanpassungsgrundlagen festgelegt werden. Dabei könnte für den Anteil „Sonstiges“ ein entsprechend passender Index auch mit einer unterjährigen Preisanpassung vorgesehen werden (siehe dazu auch noch unten in Punkt 2.6). Demgegenüber könnte für den Anteil „Lohn“ ein gesonderter Index festgelegt werden, der allerdings nur einmal pro Jahr für die Preisanpassung verwendet wird. (Anmerkung: Der vorliegende Vorschlag zur Berücksichtigung einer Preisaufgliederung für „Lohn“ und „Sonstiges“ gilt primär für Ausschreibungsgegenstände, die insbesondere nicht auf Basis eines standardisierten Leistungsverzeichnisses im Baubereich vergeben werden. Bei diesen standardisierten Leistungsverzeichnissen im Baubereich ist nämlich die vorgeschlagene Preisaufgliederung ohnehin generell vorgegeben.)

Im Zusammenhang mit der Beauftragung von **Subunternehmern** ist außerdem zu beachten, dass Bieter häufig dazu tendieren, die von ihren Subunternehmern angebotenen Einheitspreise nicht in die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ aufzuteilen. In der Praxis werden diese Einheitspreise oft nur dem Anteil „Sonstiges“ zugeordnet, obwohl in diesen Einheitspreisen der Subunternehmer sowohl Lohn- als auch Material-

kosten enthalten sind. Dadurch ist die Kalkulation für den öffentlichen Auftraggeber insgesamt nicht mehr nachvollziehbar. Eine solche Form der Kalkulation sollte durch entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vermieden werden. Zum einen ist nämlich diese intransparente Darstellung der Kalkulation vergaberechtlich problematisch. Es gibt Rechtsprechung, nach der eine solche Kalkulation einen Ausscheidensgrund erfüllen kann. Zum anderen kann diese Vorgehensweise für den öffentlichen Auftraggeber mit Nachteilen bei der Abrechnung verbunden sein. Die gesonderten Preisumrechnungsgrundlagen für die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ – insbesondere anhand unterschiedlicher Indizes, die im vorstehenden Absatz dargestellt wurden – können sich auch unterschiedlich ändern. Wenn aber die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ für diese unterschiedlichen Indizes nicht auch für Subunternehmer getrennt behandelt werden, kann sich ein ursprünglich scheinbar günstiges Angebot nachträglich als ungünstig erweisen. Daher sollte in den Ausschreibungsunterlagen klargestellt werden, dass verpflichtend auch bei Subunternehmerleistungen eine entsprechende Aufteilung der Preise in die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ vorzunehmen ist.

2.4 Festpreis für maximal ein Jahr und Sicherstellung der Kalkulierbarkeit

In den Ausschreibungsunterlagen darf eine Festpreisperiode vergaberechtlich grundsätzlich nur für ein Jahr festgelegt werden (§ 29 Abs 5 BVergG). Das für Vergaberecht zuständige Bundesministerium für Justiz hat in einem Rundschreiben vom 25.5.2021 zur Zahl 2021-0.324.324 mitgeteilt, dass eine Ausschreibung, die ausschließlich Festpreise enthält, nur mit einer maximalen Vertragsdauer von einem Jahr zulässig ist. Darüber hinaus wird in diesem Rundschreiben die Ansicht vertreten, dass bei Verträgen mit einer mehrjährigen Dauer in den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich veränderliche Preise vorgesehen werden dürfen und keine Mischung aus festen Preisen (für das erste Jahr) und veränderlichen Preisen (für die Folgejahre) zulässig ist. Diese sehr einschränkende Auslegung des § 29 Abs 5 BVergG ist unseres Erachtens durch den Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Darüber hinaus sprechen auch andere Argumente dafür (Veröffentlichungsintervalle von Preisumrechnungsgrundlagen etc), dass es bei mehrjährigen Verträgen zulässig sein müsste,

zumindest für eine begrenzte Zeit von maximal einem Jahr auch Festpreise und erst danach veränderliche Preise vorzusehen.

Unabhängig davon ist aber insbesondere bei Festlegung von Festpreisen in den Ausschreibungsunterlagen jedenfalls auch das Verbot zur Überbindung unkalkulierbarer Risiken zu beachten (§ 88 Abs 2 BVergG). Wenn Preise sehr volatil und daher erhebliche Preisänderungen in sehr kurzen Zeitabständen zu erwarten sind, wird es vergaberechtlich in den meisten Fällen erforderlich sein, Festpreise für wesentlich kürzere Zeiträume als ein Jahr vorzusehen. Daher wird es in der gegenwärtigen Marktsituation aufgrund des Verbots zur Überbindung unkalkulierbarer Risiken erforderlich sein, die Preise unterjährig in entsprechend kurzen Intervallen anzupassen.

Neben diesen vergaberechtlichen Argumenten ist in rein beschaffungstechnischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass lange Festpreisperioden tendenziell zu höheren Preisen führen. Die Bieter sind nämlich in diesen Fällen in der Angebotsphase gezwungen, die voraussichtlichen Preisänderungen während der Festpreisperiode zuzüglich Risikozuschlägen zu schätzen. Sollte ein solcher Bieter den Zuschlag erhalten, hat der Auftraggeber dann sofort ab dem ersten Tag der Beauftragung die entsprechend höheren Preise zu zahlen. Darüber hinaus können gegenwärtig lange Festpreisperioden aufgrund der für Auftragnehmer noch immer sehr guten Auftragslage dazu führen, dass potentielle Bieter auf eine Angebotsabgabe verzichten. Dadurch wird der Wettbewerb eingeschränkt und im schlimmsten Fall sogar ausgeschaltet.

2.5 Preisanpassung für veränderliche Preise

Für die Anpassung von Preisen während der Vertragsdauer müssen insbesondere geeignete Preisumrechnungsgrundlagen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden. Als Preisumrechnungsgrundlagen kommen zunächst vor allem entsprechende Preisindizes in Betracht (Verbraucherpreisindex, Baukostenindex etc). Darüber hinaus können für den Preisanteil „Lohn“ auch kollektivvertragliche Änderungen als Preisumrechnungsgrundlage in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden. Die passende Wahl der Preisumrechnungsgrundlage sollte sich immer am konkreten Ausschreibungsgegenstand orientieren. Dabei sollten Preisumrechnungsgrundlagen ver-

wendet werden, die möglich exakt die künftigen Preissteigerungen für den Ausschreibungsgegenstand abdecken. Dadurch wird den Bietern in der Angebotsphase die Möglichkeit eingeräumt, keine Risikoaufschläge in der Kalkulation zu berücksichtigen, weil im Auftragsfall dem Auftragnehmer die tatsächlichen Preissteigerungen, die über die passende Preisumrechnungsrundlage abgebildet werden, abgegolten werden. Wie bereits ausgeführt wurde, kann es dabei zweckmäßig sein, für einzelne Teilleistungen des Ausschreibungsgegenstandes unterschiedliche Preisumrechnungsgrundlagen in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.

Sollten in den Ausschreibungsunterlagen keine passenden Preisumrechnungsgrundlagen festgelegt sein, kann dies zum einen vergaberechtlich problematisch sein, weil in diesem Fall dem Bieter wieder nicht kalkulierbare Risiken überbunden werden. Zum anderen können nicht passende Preisumrechnungsgrundlagen wiederum entsprechende Risikoaufschläge verursachen, die höhere Preise verursachen.

2.6 Festlegung angemessener Intervalle der Preisanpassung

Das BVergG enthält keine klaren Vorgaben, in welchen zeitlichen Intervallen eine Preisanpassung vorzunehmen ist. Aufgrund der aktuell sehr kurzfristigen Preisänderungen für bestimmte Ausschreibungsgegenstände kann es zur Vermeidung unkalkulierbarer Risiken und unnötiger Risikoaufschläge geboten sein, die Preise häufiger als einmal jährlich anzupassen. Zum Teil wird daher vertreten, Preisanpassungen sollten monatlich erfolgen. Wie bereits ausgeführt wurde, sollten – abhängig vom Ausschreibungsgegenstand – solche häufigen Preisanpassungen nur für den Anteil „Sonstiges“ vorgesehen werden und nicht auch für den Anteil „Lohn“. Dies gilt allein deshalb, weil sich die Lohnkosten tatsächlich nur einmal jährlich ändern. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass häufige Preisanpassungen auch mit einem erhöhten administrativen Aufwand bei der Vertragsabwicklung verbunden sind; dies gilt insbesondere deshalb, weil häufige Preisanpassungen auch eine exakte Leistungsabgrenzung erfordern (siehe dazu die Anmerkungen im folgenden Punkt 2.7). Im Ergebnis sollte daher bei Festlegung der Intervalle der Preisanpassung in den Ausschreibungsunterlagen ein ausgewogener Kompromiss zwischen Reduktion von Kalkulationsrisiken und Risikoaufschlägen einerseits sowie Praktikabilität der Vertragsabwicklung andererseits berücksichtigt werden.

2.7 Berücksichtigung projektbezogener Leistungsabgrenzungen für Preisanpassung

Insbesondere bei sehr häufigen Preisanpassungen ist es erforderlich, exakt bestimmen zu können, für welche Leistungen die Preise anzupassen sind. Wenn beispielsweise für den Anteil „Sonstiges“ aufgrund der laufend steigenden Rohstoffpreise eine monatliche Preisanpassung in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, muss eindeutig bestimmbar sein und auch tatsächlich dokumentiert werden, in welchem konkreten Monat bestimmte Leistungen erbracht wurden. Daher sollte in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden, dass Preise nur für jene Leistungen angepasst werden, die zu einem bestimmten Stichtag erbracht wurden oder zu erbringen gewesen wären. Mit dieser Regelung soll möglichst sichergestellt werden, dass die tatsächlich dem Auftragnehmer entstehenden Kosten durch die jeweils festgelegte Preisumrechnungsgrundlage angepasst werden. Es ist nämlich anzunehmen, dass insbesondere Materialkosten beim Auftragnehmer zeitlich vor allem dann anfallen, wenn das Material an den Auftraggeber geliefert oder auf der Baustelle eingebaut wird. Diese Regelung bedeutet aber auch, dass während der Vertragserfüllung in regelmäßigen (kurzen) Abständen ermittelt und geprüft werden muss, welche Leistungen der Auftragnehmer zu einem bestimmten Stichtag erbracht hat.

2.8 Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen

Der öffentliche Auftraggeber sollte in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen, dass Bieter verpflichtet sind, ihre Kalkulationsgrundlagen offenzulegen. Sollten die Kalkulationsgrundlagen dem Angebot nicht angeschlossen sein, sollten diese Grundlagen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Rahmen der Angebotsprüfung nachgefordert werden. Die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen erleichtert dem öffentlichen Auftraggeber bei nahezu allen Diskussionen über Mehrkostenforderungen und zwar auch im vorliegenden Zusammenhang aufgrund von unerwarteten Preissteigerungen die Argumentation gegenüber Auftragnehmern und damit die Abwehr solcher Forderungen. Bei Bauaufträgen enthält die ÖNORM B 2061 standardisierte Kalkulationsblätter, die sich für den Nachweis der Kalkulationsgrundlagen bestens eignen. Für andere Aufträge sollte in den Ausschreibungsunterlagen die Offenlegung einer Detailkalkulation gefordert werden; dabei sollte konkret festgelegt werden, welche Informationen der Bieter mit dieser Detailkalkulation zu liefern hat.

2.9 Verfügbarkeit von Materialien und Lieferengpässe berücksichtigen

Aufgrund der gegenwärtigen Marktverhältnisse können Mehrkosten und Projektverzögerungen insbesondere auch dadurch entstehen, dass bestimmte Produkte und Materialien im Auftragsfall gar nicht mehr oder nicht rechtzeitig verfügbar sind. Um die damit verbundenen Risiken zu reduzieren, kann bereits in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden, wie mit derartigen Engpässen umzugehen ist. Dabei kann beispielsweise festgelegt werden, dass den Auftragnehmer entsprechende Informationspflichten treffen, um dem öffentlichen Auftraggeber allfällige Steuerungsmaßnahmen zu ermöglichen, sodass die Umsetzungsfristen für das betreffende Projekt doch noch eingehalten werden können. Darüber hinaus kann festgelegt werden, dass der Auftragnehmer eine entsprechende Lagerhaltung vorzusehen oder bei absehbaren Lieferproblemen zeitgerecht lieferbare Ersatzprodukte vorzuschlagen hat.

3. MASSNAHMEN ZUR REDUKTION DES KOSTENRISIKOS NACH BEAUFTRAGUNG

3.1 Prüfung des bestehenden Vertrages zur Behandlung von Preisanpassungen

Wie bei allen Mehrkostenforderungen sind auch bei zusätzlich vom Auftragnehmer geltend gemachten Ansprüchen zur gesonderten Preisanpassung zunächst immer die dafür im Vertrag vorgesehenen Festlegungen zu prüfen. Wird dabei festgestellt, dass im Vertrag veränderliche Preise und treffsichere Preisumrechnungsgrundlagen mit angemessenen Intervallen vorgesehen sind, werden die Ansprüche des Auftragnehmers bereits durch diese Festlegungen in den allermeisten Fällen abgedeckt. Der Geltendmachung von darüber hinausgehenden Ansprüchen können vom öffentlichen Auftraggeber jedenfalls diese Festlegungen entgegengehalten werden, sodass damit im Regelfall diese Ansprüche abgewehrt werden können. In allen anderen Fällen trifft den Auftragnehmer die Nachweispflicht, dass er ausnahmsweise dennoch einen gesonderten Anspruch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber hat.

3.2 Fristgemäße Anmeldung von Mehrkosten

In den meisten Verträgen ist in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass Ansprüche auf Preisanpassungen rechtzeitig dem Grunde und der Höhe nach gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber angemeldet werden müssen. Erfolgt diese Anmeldung durch den Auftragnehmer nicht fristgemäß, kann damit – abhängig vom konkreten Vertragsinhalt – ein gänzlicher oder teilweiser Anspruchsverlust verbunden sein. Selbst ohne ausdrückliche vertragliche Regelung kann eine verspätete Anmeldung von Mehrkostenforderungen nach dem allgemeinen Zivilrecht einen Anspruchsverlust bewirken; dabei kann gegenüber dem Auftragnehmer insbesondere § 1170a ABGB ins Treffen geführt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch zwischen so genannten ÖNORMen-Verträgen und ABGB-Verträgen zu differenzieren (zu diesen Begriffen siehe die Ausführungen sogleich in Punkt 3.3). Eine nicht fristgemäße Anmeldung begründet bei ÖNORMen-Verträgen ein deutlich stärkeres Argument zugunsten des Auftraggebers als bei ABGB-Verträgen, um Ansprüche des Auftragnehmers abzuwehren.

3.3 Ermittlung der Risikosphäre (Auftraggeber oder Auftragnehmer)

Wenn ein Auftragnehmer gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber eine außergewöhnliche Preisanpassung geltend macht, muss zunächst anhand des abgeschlossenen Vertrages geprüft werden, ob die Preissteigerung der Sphäre des Auftraggebers oder des Auftragnehmers zuzurechnen ist.

Verträge, denen eine allgemeine Werkvertragsnorm insbesondere auf Basis von ÖNORMen zugrunde liegt, enthalten häufig Bestimmungen, dass Ereignisse, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar und vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind, der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind. Bei solchen „ÖNORM-Verträgen“ trägt also tendenziell der Auftraggeber die Risiken, die sich aus außergewöhnlichen und unerwarteten Preissteigerungen ergeben. In diesen Fällen kann daher der Auftragnehmer leichter zusätzliche Preisanpassungen geltend machen. Entsprechende Werkvertragsnormen sind insbesondere die ÖNORM B 2110 oder ÖNORM A 2060.

Wurde demgegenüber ein Vertrag ohne Bindung an eine Werkvertragsnorm abgeschlossen, gilt die schlichte zivilrechtliche Sphärenzuordnung („ABGB-Vertrag“). Nach dem ABGB trägt grundsätzlich der Auftragnehmer die Risiken aus der neutralen Sphäre, sodass nicht der Auftraggeber, sondern der Auftragnehmer außergewöhnliche Preisanpassungen zu vertreten hat. Bei ABGB-Verträgen sind zwar außergewöhnliche Preisanpassungsansprüche zugunsten des Auftragnehmers auch nicht gänzlich ausgeschlossen. Die gegenwärtige Rechtsprechung ist aber deutlich restriktiver und fordert etwa *„krasse, nicht einkalkulierbare und nicht vorhersehbare“* Preissteigerungen, die dem Auftragnehmer einen zusätzlichen Anspruch gegenüber dem Auftraggeber einräumen (OGH 29.6.1994, 7 Ob 540/94).

3.4 (Un-)Vorhersehbarkeit der Preissteigerung, Zeitpunkt des Angebotes

Sowohl bei ÖNORM- als auch bei ABGB-Verträgen kommen zusätzliche Ansprüche des Auftragnehmers insbesondere nur dann in Betracht, wenn die auslösenden Preissteigerungen für den Auftragnehmer vor Beauftragung nicht vorhersehbar waren. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem zwei Zeitpunkte bei Prüfung allfälliger Ansprüche der Auftragnehmer zu berücksichtigen, die für die Beurteilung der Unvorhersehbarkeit relevant sein können. Das ist zum einen ungefähr März 2021 als Auswirkung der Corona-Pandemie und zum anderen Februar 2022 mit dem Beginn des Ukraine-Kriegs. Wurden Verträge jeweils nach diesen Zeitpunkten abgeschlossen, kann argumentiert werden, dass dem Auftragnehmer die allgemein erkennbaren Preisentwicklungen bekannt sein und daher auch in der Kalkulation berücksichtigt werden mussten. Insofern waren die Preissteigerungen für den Auftragnehmer nicht unvorhersehbar, sodass dies gegen die Geltendmachung zusätzlicher Ansprüche spricht und zumindest in der Diskussion mit dem Auftragnehmer als Argument verwendet werden kann.

3.5 (Un-)Vorhersehbarkeit der Preissteigerung, Art der angebotenen Leistung

Bei Beurteilung der Unvorhersehbarkeit von Preissteigerungen sind insbesondere auch die davon konkret betroffenen Waren zu berücksichtigen. Nicht alle Waren un-

terliegen nämlich auch in der gegenwärtigen Marktsituation denselben Preisentwicklungen. Beispielsweise kann bei Rohstoffen, für die es schon in der Vergangenheit volatile Preisentwicklungen gegeben hat, gegenüber dem Auftragnehmer argumentiert werden, dass die nunmehrigen Preissteigerungen nicht unvorhersehbar sind und daher zumindest dem Grunde nach für den Auftragnehmer vorhersehbar waren. Gegebenenfalls sind die Preissteigerungen nicht vom Auftraggeber, sondern vom Auftragnehmer zu vertreten.

3.6 Abwendbarkeit der Preissteigerung

Bei einem geltend gemachten Anspruch auf zusätzliche Preisanpassung ist zu prüfen, ob der Auftragnehmer die mit den Preissteigerungen einhergehenden Auswirkungen mit zumutbaren Mitteln abwenden hätte können. Für die Abwendbarkeit solcher Auswirkungen kann etwa sprechen, dass die zu erbringenden Leistungen mengenmäßig möglichst exakt im Vertrag oder Leistungsverzeichnis festgelegt sind. Dies ermöglicht nämlich dem Auftragnehmer eine frühzeitige Bestellung bei seinen Lieferanten; dadurch können sich später ergebende Preissteigerungen und auch allfällige Lieferprobleme vermieden werden. Darüber hinaus kommen in der Praxis weitere Argumente in Betracht, die für die Abwendbarkeit durch den Auftragnehmer sprechen; diese Argumente hängen aber jeweils vom Auftragsgegenstand und von den spezifischen Festlegungen insbesondere im Vertrag ab.

3.7 Ausmaß der Preissteigerung außergewöhnlich hoch

Ein Anspruch auf zusätzliche Preisanpassung hängt unter anderem davon ab, ob die faktischen Preissteigerungen außergewöhnlich hoch sind. Für diese Beurteilung sind insbesondere die Preissteigerungen der Vergangenheit wesentlich. Wenn es bei bestimmten Waren oder Leistungen bereits in der Vergangenheit entsprechend hohe Preissteigerungen gegeben hat, sind auch im Rahmen der gegenwärtigen besonderen Marktbedingungen die Preissteigerungen nicht als außergewöhnlich hoch zu qualifizieren. Gegebenenfalls kann dieses Argument einem allfälligen Anspruch auf zusätzliche Preisanpassung entgegengehalten werden.

3.8 Nachweis der Mehrkosten und Verursachung durch Preissteigerung

In der Praxis „begründen“ Auftragnehmer ihre Mehrkostenforderungen häufig pauschal damit, es gäbe einen Anstieg des allgemeinen Preisniveaus. Solche Pauschalargumente können vom öffentlichen Auftraggeber jederzeit als unbegründet zurückgewiesen werden. Ein berechtigter Anspruch auf gesonderte Anpassung der Preise erfordert jedenfalls, dass der Auftragnehmer zunächst die unerwarteten und für ihn auch unabwendbaren Preissteigerungen dem Grunde und der Höhe nach exakt nachweist. Dabei hat der Auftragnehmer insbesondere ein ganz konkretes Ausmaß seiner zusätzlichen Kosten nachzuweisen, die durch unerwartete und für ihn unabwendbare Preissteigerungen konkret verursacht wurden. Der Auftragnehmer hat diesen Nachweis für alle vertragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen, für die ein gesonderter Entgeltanspruch geltend gemacht wird. Dabei hat der Nachweis insbesondere anhand der in Punkt 2.8 dargestellten Kalkulationsgrundlagen zu erfolgen. Insofern sind diese Kalkulationsgrundlagen ein wesentliches Instrument, um Preissteigerungen effektiv beurteilen zu können.

Umfasst der Vertragsgegenstand beispielsweise Produkte oder Waren, die der Auftragnehmer bei Zulieferern beschafft, hat der Auftragnehmer zunächst nachzuweisen, dass der im Angebot genannte Lieferant gegenüber den Kalkulationsgrundlagen nunmehr tatsächlich höhere Preise fordert; zusätzlich muss aber natürlich auch in diesen Fällen im Sinne der obenstehenden Ausführungen nachgewiesen werden, dass der gesonderte Vergütungsanspruch tatsächlich berechtigt ist. Die schlichte Behauptung und sogar Nachweis des Auftragnehmers, dass sein Lieferant höhere Preise fordert, sind natürlich nicht ausreichend.

3.9 Berücksichtigung vergaberechtlicher Grenzen für Vertragsänderungen

Wenn der Auftragnehmer eine gesonderte, im Vertrag nicht vorgesehene Preisanpassung geltend macht, wird damit meist auch eine Änderung des ursprünglichen Vertrages verbunden sein. Dabei ist zu beachten, dass gemäß § 365 BVergG nur unwesentliche Vertragsänderungen zulässig sind und wesentliche Vertragsänderungen in der Regel eine neuerliche Ausschreibungspflicht begründen. Liegt daher eine wesentliche Vertragsänderung vor, ist die gesonderte Preisanpassung vergaberecht-

lich nicht zulässig. Jedenfalls ab einer Preisanpassung von mehr als 50% der ursprünglichen Auftragssumme ist Vorsicht geboten, weil in diesen Fällen eine unwesentliche Vertragsänderung kaum argumentierbar sein wird. Wesentlich dabei ist jedoch, dass auch bei Vertragsänderungen, die diesen Grenzwert nicht erreichen, eine wesentliche Vertragsänderung vorliegen kann. In der Diskussion mit dem Auftragnehmer kann daher – unabhängig vom Ausmaß der Vertragsänderung – immer auch das Argument ins Treffen geführt werden, es liegt eine wesentliche Vertragsänderung vor, die vergaberechtlich nicht akzeptiert werden darf, weil ansonsten eine neuerliche Ausschreibungspflicht begründet wird. Häufig wollen Auftragnehmer den bestehenden Vertrag nicht verlieren, sodass sie eher zu Zugeständnissen bereit sein dürften. Zumindest kann dieses Argument helfen, eine ansonsten nicht vermeidbare gesonderte Preisanpassung möglichst gering zu halten.