

An alle
öffentlichen Auftraggeber:innen und
Sektorenauftraggeber:innen

Mag. Julia Meszaros
Sachbearbeiterin

julia.meszaros@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302118
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2024-0.495.536

Verordnung (EU) 2024/1735 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Ökosystems der Fertigung von Netto-Null-Technologien und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724; neue vergaberechtliche Verpflichtungen seit dem 29.6.2024 für Aufträge und Konzessionen, die Netto-Null-Technologien umfassen; Rundschreiben

Das Bundesministerium für Justiz (idF: BMJ) erlaubt sich, folgende Information an öffentliche Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen (idF: Auftraggeber:innen) gemäß dem Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) und dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVerGKonz 2018) zu übermitteln.

1. Kundmachung der VO (EU) 2024/1735

Am 28.6.2024 wurde die Verordnung (EU) 2024/1735 vom 13.6.2024 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Ökosystems der Fertigung von Netto-Null-Technologien und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 („*Netto-Null-Industrie-Verordnung*“ bzw. „*Net-Zero Industry Act*“, idF: NZIA), im Amtsblatt der Europäischen Union, ABl. Nr. L 2024/1735, kundgemacht.

Als Teil des Industrieplans zum Grünen Deal der EU¹ ist es das übergreifende Ziel des NZIA, zur Steigerung der Produktionskapazität für strategisch wichtige Netto-Null-Technologien in der EU beizutragen und die – zur Erreichung der Klimaneutralitätsziele erforderliche – Versorgungssicherheit mit diesen Technologien innerhalb der EU zu gewährleisten.² Gleichzeitig soll der NZIA Abhängigkeiten von Drittstaaten bei der Versorgung mit Netto-Null-Technologien entgegenwirken und die Nachfrage nach nachhaltigen und resilienten Netto-Null-Technologien innerhalb der EU fördern.³

Zur Erreichung dieser Ziele sieht der NZIA in seinem Art. 25 unter dem Titel *„Beitrag zu Nachhaltigkeit und Resilienz bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge“* ergänzend zu den generellen vergaberechtlichen Bestimmungen der Konzessionsvergaberichtlinie (idF: RL 2014/23/EU), der allgemeinen Vergaberichtlinie (idF: RL 2014/24/EU) und der Sektorenrichtlinie (idF: 2024/25/EU) die Anwendung mehrerer **sondervergaberechtlicher** (sog. sektoraler) **Bestimmungen** vor, die Auftraggeber:innen bei der Vergabe von Aufträgen und Konzessionen, die Netto-Null-Technologien umfassen, zu beachten haben (siehe dazu sogleich unten).

Der NZIA ist als Verordnung **seit dem 29.6.2024**⁴ **unmittelbar anwendbar**; die neuen sondervergaberechtlichen Bestimmungen bedürfen **keiner** gesonderten Umsetzung in die nationale Rechtsordnung.⁵

2. Anwendungsbereich und betroffener Leistungsgegenstand

In den Anwendungsbereich des NZIA fallen grundsätzlich alle Vergabeverfahren und Konzessionsvergabeverfahren im Anwendungsbereich der RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU, die **seit dem 29.6.2024**⁶ **eingeleitet** wurden.⁷ Im Ergebnis sind die

¹ Vgl. Erwägungsgrund 4 NZIA.

² Vgl. Erwägungsgründe 10 und 52 NZIA.

³ Vgl. Erwägungsgrund 54 NZIA.

⁴ Vgl. Art. 49 Abs. 2 NZIA. Zum differenzierten Inkrafttreten hinsichtlich Art. 25 Abs. 1 NZIA vgl. die Ausführungen unter Pkt. 3.1.

⁵ Siehe Art. 288 AEUV. Eine „Umsetzung“ des NZIA in nationales Recht wäre nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (idF: EuGH) unzulässig.

⁶ Mit Ausnahme von Art. 25 Abs. 1 NZIA (Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit; siehe dazu im Detail unten), der bis zum 30.6.2026 nur für Aufträge bzw. Konzessionen gilt, die von zentralen Beschaffungsstellen vergeben werden, und für Aufträge bzw. Konzessionen, deren geschätzter Wert 25 Mio. EUR oder mehr beträgt. Hinzuweisen ist darauf, dass gemäß Art. 3 Z 26 NZIA der Begriff „Auftrag“ auch Konzessionen gemäß der RL 2014/23/EU umfasst. Zur besseren Verständlichkeit und Verdeutlichung werden im gegenständlichen Rundschreiben hingegen beide Begriffe verwendet.

⁷ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind grundsätzlich jene Bestimmungen anwendbar, die zu jenem Zeitpunkt gelten, „zu dem der Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die

sondervergaberechtlichen Bestimmungen des NZIA daher auf **Vergabeverfahren** und **Konzessionsvergabeverfahren** im **Oberschwellenbereich** sowohl im Anwendungsbereich des BVergG 2018 als auch des BVergGKonz 2018 anzuwenden.

Betreffend den Sektorenbereich weist das BMJ jedoch darauf hin, dass Auftragsvergaben im Zusammenhang mit und für die Ausübung von⁸ folgenden in Österreich freigestellten Sektorentätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich des NZIA fallen:

- Aufträge, die die Auftraggeber:innen in die Lage versetzen sollen, in Österreich Strom zu erzeugen,⁹
- Aufträge, die von Auftraggeber:innen vergeben werden und die die Ausführung folgender Dienste in Österreich ermöglichen sollen:¹⁰
 - Geschäftskunden-Standardpaketdienste an Geschäftskund:innen, national und international,
 - Geschäftskunden-Standardpaketdienste an Privatkund:innen, national und international,

*Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags [oder einer Konzession] besteht“ (vgl. EuGH 14.1.2021, C-387/19, *RTS infra und Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13, Rn 23; EuGH 10.7.2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn 31 und EuGH 3.10.2019, C-285/18, *Irgita*, ECLI:EU:C:2019:829, Rn 31, alle mwN der Rechtsprechung). Es sind daher bei (Konzessions-)Vergabeverfahren jene Bestimmungen anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Absendung einer Veröffentlichung oder Kontaktaufnahme mit Unternehmen im Zusammenhang mit der (Konzessions-)Vergabe gelten. Siehe dazu auch Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/23/EU, Art. 5 Abs. 4 RL 2014/24/EU und Art. 16 Abs. 4 RL 2014/25/EU sowie etwa § 13 Abs. 3 BVergG 2018; zum Begriff der Verfahrenseinleitung vgl. auch die Erläuternden Bemerkungen zu § 13 Abs. 3 BVergG 2018 (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 48) und VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048.*

⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unterliegen der RL 2014/25/EU nicht nur Aufträge, die im Bereich einer der in ihren Art. 7 bis 14 ausdrücklich genannten Sektorentätigkeiten vergeben werden, sondern auch Aufträge, die, obwohl sie anderer Art sind und damit als solche eigentlich in den Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU fallen könnten, der Ausübung der in der RL 2014/25/EU bezeichneten Tätigkeiten dienen (vgl. EuGH 19.4.2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2018:264, Rn 26 und 37 mit Hinweis auf EuGH 10.4.2008, C-393/06, *Ing. Aigner*, ECLI:EU:C:2008:213, Rn 31 und 56 bis 59).

⁹ Siehe Entscheidung 2008/585/EG der Kommission vom 7.7.2008 zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 188 vom 16.7.2008 S. 28.

¹⁰ Siehe Beschluss 2010/142/EU der Kommission vom 3.3.2010 zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 56 vom 6.3.2010 S. 8. sowie Durchführungsbeschluss 2014/184/EU der Kommission vom 2.4.2014 zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 101 vom 4.4.2014 S. 4.

- nationale Expresspaketdienste,
 - Kombifrachtdienste,
 - Kontraktlogistik,
 - Managementdienste für Poststellen,
 - Mehrwertdienste im Zusammenhang mit elektronischen Medien, die gänzlich von diesen Medien erbracht werden,
 - Philateliedienste,
 - im eigenen Namen erbrachte Zahlungsdienste,
 - Postdienste für adressierte internationale B2B- und B2C-Briefe,
- Aufträge, die von Auftraggeber:innen vergeben werden und die Bereitstellung von Flughafeninfrastruktur für den Frachtverkehr in Österreich ermöglichen sollen,¹¹
 - Verträge, die von Auftraggeber:innen vergeben werden und dafür vorgesehen sind, die Erbringung von nicht-kommerziellen Busverkehrsdiensten im Gebiet der Regionen, die im Zuständigkeitsbereich des Verkehrsverbundes Ost-Region liegen, sowie in der Region, die im Zuständigkeitsbereich des Oberösterreichischen Verkehrsverbunds liegt, zu ermöglichen.¹²

Grundsätzlich¹³ gelten die sondervergaberechtlichen Bestimmungen des Art. 25 NZIA bei der Vergabe von Aufträgen und Konzessionen, wenn eine der folgenden Netto-Null-Technologien gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a bis k leg. cit. Bestandteil des Auftrages oder der Konzession ist oder wenn ein Bauauftrag oder eine Baukonzession eine der folgenden Technologien umfasst (betroffener Leistungsgegenstand):¹⁴

- a) Solartechnologien, einschließlich photovoltaischer, thermoelektrischer und thermischer Solartechnologien,
- b) Technologien für Onshore-Windkraft und erneuerbare Offshore-Energie,

¹¹ Siehe Durchführungsbeschluss (EU) 2017/132 der Kommission vom 24.1.2017 zur Anwendbarkeit von Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates auf Verträge zur Bereitstellung von Flughafeninfrastruktur für den Frachtverkehr in Österreich, ABl. Nr. L 21 vom 26.1.2017 S. 105.

¹² Siehe Durchführungsbeschluss (EU) 2022/418 der Kommission vom 10.3.2022 über die Anwendbarkeit des Artikels 34 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates auf nicht-kommerzielle Busverkehrsdienste in österreichischen Regionen im Zuständigkeitsbereich der regionalen Verkehrsverbände Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) und Oberösterreichischer Verkehrsverbund (OÖVV), ABl. Nr. L 85 vom 14.3.2022 S. 119.

¹³ Mit Ausnahme von Art. 25 Abs. 3 NZIA, der lediglich für Bauaufträge und Baukonzessionen gilt.

¹⁴ Siehe hierzu Art. 25 Abs. 1 und 7 UAbs. 1 NZIA; zu Art. 25 Abs. 3 NZIA siehe sogleich unten.

- c) Batterie- und Energiespeichertechnologien,
- d) Wärmepumpen und Technologien für geothermische Energie,
- e) Wasserstofftechnologien, einschließlich Elektrolyseure und Brennstoffzellen,
- f) Technologien für nachhaltiges Biogas und Biomethan,
- g) Technologien zur Abscheidung und Speicherung von CO₂,
- h) Stromnetztechnologien, einschließlich elektrischer Ladetechnologien für den Verkehr und Technologien zur Digitalisierung des Netzes,
- i) Technologien für Kernspaltungsenergie, einschließlich Technologien für den Kernbrennstoffkreislauf,¹⁵
- j) Technologien für nachhaltige alternative Kraftstoffe,
- k) Wasserkrafttechnologien.

Bei **Lieferaufträgen** im Anwendungsbereich des BVergG 2018 sind die Bestimmungen des Art. 25 NZIA – mit Ausnahme von Art. 25 Abs. 3 NZIA, der nur für Bauaufträge und Baukonzessionen gilt – somit jedenfalls dann anzuwenden, wenn die Beschaffung einer der genannten Technologien den Hauptauftragsgegenstand der Beschaffung bildet (z.B. Kauf einer Photovoltaik-Anlage, einer Wärmepumpe, etc.) oder Teil des Auftrages ist. Die Bestimmung ist ferner auch auf **Dienstleistungsaufträge bzw. -konzessionen** anwendbar, wenn eine der genannten Netto-Null-Technologien Teil des Auftrages bzw. der Konzession ist.¹⁶ Bei **Bauaufträgen oder Baukonzessionen** ist es für die Anwendbarkeit der sondervergaberechtlichen Bestimmungen des NZIA ebenfalls bereits ausreichend, wenn diese eine der genannten Technologien umfassen (z.B. Errichtung eines Gebäudes mit einer

¹⁵ IdZ ist auf folgendes hinzuweisen: Gemäß § 2 des Bundesverfassungsgesetzes für ein atomfreies Österreich, BGBl. I Nr. 149/1999, dürfen Anlagen, die dem Zweck der Energiegewinnung durch Kernspaltung dienen, in Österreich nicht errichtet werden. Sofern derartige bereits bestehen, dürfen sie nicht in Betrieb genommen werden. Relevanz könnte Art. 25 iVm Art. 4 Abs. 1 lit. i NZIA daher nur in jenen Fällen erlangen, in denen Aufträge bzw. Konzessionen iZm in Österreich betriebenen Forschungsreaktoren vergeben werden.

¹⁶ IdZ ist insb. darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/24/EU bzw. Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/25/EU Dienstleistungsaufträge auch Lieferungen umfassen können, sofern deren Wert unter jenem der Dienstleistungen liegt. Im Fall von Dienstleistungskonzessionen können ebenfalls Lieferungen eine Rolle spielen; auch in diesem Fall muss der Wert der Dienstleistungen jenen der Lieferungen übersteigen (vgl. Art. 20 Abs. 5 UAbs. 2 RL 2014/23/EU). In diesen Konstellationen ist der Anwendungsbereich des NZIA auch dann eröffnet, wenn die Beschaffung einer der genannten Technologien lediglich Gegenstand der vom Dienstleistungsauftrag bzw. der Dienstleistungskonzession mitumfassten Lieferung ist.

Photovoltaik-Anlage am Dach). Der Wertanteil der Technologien am Gesamtwert des Auftrages oder der Konzession ist in jedem Fall unerheblich.¹⁷

3. Sondervergaberechtliche Bestimmungen / Verpflichtungen

Vorauszuschicken ist, dass die Anwendung der sondervergaberechtlichen Bestimmungen des NZIA nicht dazu führen darf, dass ein Mitgliedstaat Anbieter:innen oder Netto-Null-Produkte aus einem anderem Mitgliedstaat der Union diskriminiert oder ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt.¹⁸ Diese Verpflichtung spiegelt die bereits nach den RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU bestehende Verpflichtung wider, Wirtschaftsteilnehmer:innen in gleicher und diskriminierungsfreier Weise zu behandeln und die in diesen Richtlinien festgelegten Verfahrensregeln einzuhalten, um sicherzustellen, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung in der Praxis umgesetzt werden und die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. Konzessionen für den Wettbewerb geöffnet werden.¹⁹

Art. 25 Abs. 12 NZIA stellt demonstrativ klar,²⁰ dass die Vorgaben des Art. 25 NZIA

- a) unbeschadet der Möglichkeit bestehen, zusätzliche nicht preisbezogene Kriterien²¹ anzuwenden bzw.
- b) ungewöhnlich niedrige Angebote gemäß Art. 69 RL 2014/24/EU und Art. 84 RL 2014/25/EU auszuschließen,²² sowie

¹⁷ Arg. „umfassen“ (EN „including said technology“, FR „incluant de telles technologies“, IT „che includono tali tecnologie“) in Art. 25 Abs. 1 letzter Satzteil NZIA. Im Rahmen der Verhandlungen wurde das oben genannte Beispiel explizit aufgeworfen und die Einführung einer De-minimis-Regelung im Hinblick auf den Wertanteil der Netto-Null-Technologie gefordert. Da dieser Wunsch nicht die erforderliche Unterstützung fand, ergibt sich aus der Genese der Regelung eindeutig, dass der Wertanteil der Netto-Null-Technologien irrelevant ist; es reicht, dass eine Netto-Null-Technologien Teil des Auftrags- bzw. Konzessionsgegenstandes ist, um die Vergabe dem NZIA zu unterwerfen.

¹⁸ Siehe dazu Art. 25 Abs. 6 NZIA, der dieses Diskriminierungsverbot ausdrücklich normiert.

¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 59 NZIA.

²⁰ Dies ergibt sich aus dem „ergänzenden“ Charakter des Art. 25 NZIA, der die allgemeinen Regelungen der Vergaberichtlinien nur partiell abändert.

²¹ Da Art. 25 Abs. 12 NZIA lediglich klarstellenden Charakter hat, ist auch die Anwendung anderer als in den vorgenannten Absätzen angeführter „Bedingungen“ (Ausführungsbedingungen) oder Leistungsanforderungen zulässig. In diesem Sinne auch Erwägungsgrund 55 NZIA.

²² Die RL 2014/23/EU kennt keine analoge Regelung; dies bedeutet aber nicht, dass der Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen (und nicht plausibel erkläraren) Angebotes für eine Konzession unzulässig wäre.

- c) nicht die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV²³ bei nicht wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. Konzessionen berühren.

3.1. Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit

Art. 25 Abs. 1 NZIA bestimmt, dass Auftraggeber:innen im Anwendungsbereich des NZIA (siehe dazu oben Punkt 2.) bei Verfahren zur Vergabe von Aufträgen bzw. bei Konzessionsvergaben nach den RL 2014/23/EU, 2014/24/EU oder 2014/25/EU verbindliche Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit anzuwenden haben. Die Festlegung der Mindestanforderungen erfolgt durch die Kommission in Form eines Durchführungsrechtsaktes.

Die verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit sind gemäß Art. 25 Abs. 4 NZIA entweder in Form von **technischen Spezifikationen bzw. Anforderungen** gemäß Art. 36 RL 2014/23/EU, Art. 42 RL 2014/24/EU und Art. 60 RL 2014/25/EU oder von „Klauseln“ (= **Bedingungen**) für die **Auftragsausführung** gemäß Art. 70 RL 2014/24/EU oder Art. 87 RL 2014/25/EU sowie im Sinn der allgemeinen Grundsätze der RL 2014/23/EU festzulegen.

Die Kommission hat gemäß Art. 25 Abs. 5 NZIA den **Durchführungsrechtsakt** zur Festlegung der Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit **bis zum 30.3.2025** zu erlassen. Dabei hat die Kommission folgende Elemente zu berücksichtigen:

- a) die Marktlage der betreffenden Technologien auf Unionsebene;
- b) Bestimmungen zur ökologischen Nachhaltigkeit, die in anderen Rechtsakten der Union „mit oder ohne Gesetzescharakter“²⁴ festgelegt sind und für die Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Konzessionen im Anwendungsbereich des NZIA gelten;
- c) die internationalen Verpflichtungen der Union, einschließlich des GPA²⁵ und anderer internationaler Übereinkünfte, an die die Union gebunden ist.

²³ Art. 107 AEUV regelt im Wesentlichen, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind. Art. 108 AEUV enthält die grundsätzlichen Bestimmungen für die Beihilfenkontrolle durch die Kommission.

²⁴ Erfasst sind daher damit sowohl Rechtsakte mit verbindlichem Charakter wie Verordnungen oder Richtlinien als auch Rechtsakte mit rein empfehlendem Charakter wie Empfehlungen und Stellungnahmen („Soft-Law“).

²⁵ WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Agreement on Government Procurement).

Die Verpflichtung zur Anwendung verbindlicher Mindestanforderungen wird damit erst nach Erlass des Durchführungsrechtsaktes durch die Kommission effektiv.

Im Übrigen bestimmt Art. 49 Abs. 3 NZIA, dass die Verpflichtung zur Anwendung verbindlicher Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit gemäß Art. 25 Abs. 1 NZIA **bis 30.6.2026** nur für Aufträge bzw. Konzessionen gilt,

- die von **zentralen Beschaffungsstellen** im Sinn des Art. 2 Abs. 1 Z 16 RL 2014/24/EU und Art. 2 Abs. 1 Z 12 RL 2014/25/EU vergeben werden, und
- für Aufträge bzw. Konzessionen, deren **Wert 25 Mio. EUR erreicht oder übersteigt**.

Nach Ansicht des BMJ ist Art. 49 Abs. 3 NZIA dahingehend auszulegen, dass die verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit nach Erlass des entsprechenden Durchführungsrechtsaktes durch die Kommission für Aufträge bzw. Konzessionen, die von zentralen Beschaffungsstellen vergeben werden, sofort anwendbar sind. Sonstige Auftraggeber:innen haben diese Mindestanforderungen bis zum 30.6.2026 nur dann anzuwenden, sofern es sich um „*Aufträge [bzw. Konzessionen], deren Wert 25 Mio. EUR oder mehr beträgt*“, handelt. Da zum Zeitpunkt der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen der (endgültige) Auftrags- bzw. Konzessionswert noch nicht bekannt sein kann, ist diesbezüglich nicht auf den tatsächlichen Auftrags- bzw. Konzessionswert, sondern auf den **geschätzten Auftragswert**²⁶ bzw. **geschätzten Wert einer Konzession**²⁷ abzustellen.

Ab dem 30.6.2026 sind die im Durchführungsrechtsakt der Kommission festgelegten verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit von allen Auftraggeber:innen im Oberschwellenbereich sowohl im Anwendungsbereich des BVergG 2018 als auch des BVergGKonz 2018 anzuwenden.

Ein Entwurf der Kommission für den Durchführungsrechtsakt zur Festlegung von verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit liegt bislang nicht vor. Nach ersten Ideen der Kommission²⁸ könnte der Durchführungsrechtsakt allgemeine Grundsätze für Parameter wie etwa den CO₂-Fußabdruck, Kriterien betreffend die Kreislaufwirtschaft (Anteil an recycelten Stoffen, Wiederverwertbarkeit) sowie die

²⁶ Vgl. dazu die §§ 13 ff und 186 ff BVergG 2018.

²⁷ Vgl. dazu § 12 BVergGKonz 2018.

²⁸ Siehe die Präsentation der Kommission „*EU Net-Zero Industry Act: Making the EU the Home of Clean Tech Industries*“, abrufbar unter https://public-buyers-community.ec.europa.eu/system/files/2024-07/NZIA_Slides_PP_Website.pdf.

biologische Vielfalt festlegen oder spezifische Empfehlungen für einzelne Technologien wie z.B. Solar- oder Windkraft enthalten.

Die Verpflichtung zur Anwendung der im (noch zu erlassenden) Durchführungsrechtsakt der Kommission festgelegten verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit hindert Auftraggeber:innen jedenfalls nicht daran, zusätzliche (weitere) Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit der ökologischen Nachhaltigkeit anzuwenden.²⁹

Nach Erwägungsgrund 78 NZIA sollten Auftraggeber:innen „für die Zwecke der Anwendung der Bestimmungen über Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge [und Konzessionen]“ gemäß NZIA bei Produkten, welche unter einen nach der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung³⁰ erlassenen delegierten Rechtsakt fallen,³¹ nur Produkte der beiden höchsten Energieeffizienzklassen, in denen eine wesentliche Anzahl von Produkten verfügbar ist, oder einer höheren im delegierten Rechtsakt festgelegten Energieeffizienzklasse erwerben.³² Das BMJ weist darauf hin, dass der NZIA in seinem normativen Teil keine dem Erwägungsgrund 78 korrespondierende Bestimmung enthält.³³ Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsaktes dienen der Erläuterung von Bestimmungen des normativen Teiles desselben. Sie sind jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH rechtlich nicht verbindlich und können weder herangezogen werden, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsaktes abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich nicht entspricht.³⁴ Zur rechtlichen Qualität von Erwägungsgrund 78 NZIA ist daher festzuhalten, dass dieser nach Auffassung des BMJ mangels einer im

²⁹ Vgl. Art. 25 Abs. 2 NZIA.

³⁰ Verordnung (EU) 2017/1369 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2017 zur Festlegung eines Rahmens für die Energieverbrauchskennzeichnung und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/30/EU, ABl. Nr. L 198 vom 28.7.2017 S. 1 (idF: EnergieverbrauchskennzeichnungsVO).

³¹ Das sind z.B. Fernsehgeräte und Computermonitore (Delegierte VO [EU] 2019/2013), Waschmaschinen und Wäschetrockner (Delegierte VO [EU] 2019/2014), Leuchtmittel (Delegierte VO [EU] 2019/2015), Kühlschränke (Delegierte VO [EU] 2019/2016), etc.

³² Vgl. Art. 7 Abs. 2 EnergieverbrauchskennzeichnungsVO.

³³ Dies wurde bereits im Rahmen der Verhandlungen zum NZIA mehrfach aufgeworfen.

³⁴ Vgl. EuGH 19.6.2014, C-345/13, *Karen Millen Fashions*, ECLI:EU:C:2014:2013, Rn 31 mit Hinweis auf EuGH 24.11.2005, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor*, ECLI:EU:C:2005:716, Rn 32, mwN.

normativen Teil enthaltenen Parallelbestimmung im Sinn der Rechtsprechung des EuGH keine Rechtspflichten für Auftraggeber:innen begründet.³⁵

Der Kommission kommt überdies nach Art. 65 der Ökodesign-Verordnung³⁶ unter dem Titel der „*umweltorientierte[n] Vergabe öffentlicher Aufträge*“ die Befugnis zu, Mindestanforderungen³⁷ mittels Durchführungsrechtsakt festzulegen, um Anreize für das Angebot und die Nachfrage nach ökologisch nachhaltigen Produkten zu schaffen, die unter einen nach Art. 4 ÖkodesignVO erlassenen delegierten Rechtsakt fallen. Das BMJ weist darauf hin, dass die Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit nach dem NZIA und die Mindestanforderungen zur Schaffung von Anreizen für das Angebot und die Nachfrage nach ökologisch nachhaltigen Produkten nach der ÖkodesignVO gemäß dem NZIA **kumulativ** anzuwenden sind.³⁸

3.2. Obligatorische Wahl einer von drei zusätzlichen Bedingungen, Anforderungen bzw. Verpflichtungen bei der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen

Zusätzlich zu den verbindlichen Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit haben Auftraggeber:innen im Anwendungsbereich des NZIA (siehe dazu oben Punkt 2.) gemäß Art. 25 Abs. 3 NZIA bei der Vergabe von **Bauaufträgen und Baukonzessionen mindestens eine** der nachfolgenden Bedingungen, Anforderungen oder vertraglichen Verpflichtungen als Teil der Leistungsbeschreibung (in Form von technischen Spezifikationen) oder als Ausführungsbedingungen anzuwenden:³⁹

- a) eine mit **sozialen oder beschäftigungsbezogenen** Erwägungen verbundene besondere Bedingung in Form einer **Bedingung für die Auftragsausführung** im Sinn von Art. 70 RL 2014/24/EU, Art. 87 RL 2014/25/EU sowie im Sinn der allgemeinen Grundsätze der RL 2014/23/EU;

³⁵ Vgl. aber allgemein Anhang IV lit. a der Richtlinie (EU) 2023/1791 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955 (Neufassung), ABl. Nr. L 231 vom 20.9.2023 S. 1 (mit Umsetzungsfrist 11.10.2025), sowie Anhang XIV des BVergG 2018.

³⁶ Verordnung (EU) 2024/1781 vom 13.6.2024 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte, zur Änderung der Richtlinie (EU) 2020/1828 und der Verordnung (EU) 2023/1542 und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG, ABl. Nr. L 2024/1781 vom 28.6.2024 (idF: ÖkodesignVO).

³⁷ Hier in Form von technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien, Bedingungen für die Auftragsausführung oder Zielvorgaben.

³⁸ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 76 NZIA.

³⁹ Die obligatorische Wahl einer von drei zusätzlichen Bedingungen, Anforderungen bzw. Verpflichtungen bei der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen wurde auf ausdrücklichen Wunsch des Europäischen Parlaments in den Trilogverhandlungen in den Rechtstext aufgenommen.

- b) die Anforderung, die **Einhaltung der geltenden Cybersicherheitsanforderungen**, die in einer Verordnung über Cyberresilienz vorgesehen sind, nachzuweisen, gegebenenfalls – sofern verfügbar – mittels eines einschlägigen europäischen Systems für die Cybersicherheitszertifizierung;
- c) eine spezifische vertragliche Verpflichtung zur **rechtzeitigen Lieferung der Auftragskomponente** im Zusammenhang mit den erfassten Netto-Null-Technologien, die im Falle ihrer Nichteinhaltung zur obligatorischen Zahlung einer angemessenen Strafgebühr führen kann und die über die in den geltenden nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Anforderungen hinausgeht, sofern solche Rechtsvorschriften bestehen.

Die Verpflichtung zur Wahl **einer** der oben genannten Bedingungen, Anforderungen bzw. vertraglichen Verpflichtungen gilt für Vergabeverfahren und Konzessionsvergabeverfahren im Anwendungsbereich der allgemeinen Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU), der Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) und der Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU), die **seit dem 29.6.2024 eingeleitet**⁴⁰ wurden und **bedarf keines Durchführungsrechtsaktes** durch die Kommission.⁴¹

Das BMJ betont in diesem Zusammenhang, dass Art. 25 Abs. 3 NZIA die Auftraggeber:innen **nicht** verpflichtet, die in lit. a bis c angeführten Aspekte als Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren zu berücksichtigen und dass eine Berücksichtigung dieser Aspekte als Zuschlagskriterien auch nicht ausreicht, um die Anforderungen von Art. 25 Abs. 3 NZIA zu erfüllen (arg. „*Bedingungen, Anforderungen oder vertragliche Verpflichtungen*“).⁴² Es steht den Auftraggeber:innen jedoch frei, diese Aspekte zusätzlich in Form von (zulässigen) Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

3.2.1. Soziale oder beschäftigungsbezogene Erwägungen (lit. a)

Diese „Bedingung oder Anforderung“ verlangt, dass Auftraggeber:innen im Rahmen der Bedingungen für die Auftragsausführung auf soziale oder beschäftigungsbezogene Erwägungen Bezug zu nehmen haben. Auf nationaler Ebene hält § 110 Abs. 1 Z 13 BVergG 2018 in Umsetzung von Art. 70 RL 2014/24/EU bereits fest, dass im Leistungsvertrag

⁴⁰ Siehe dazu oben FN 7.

⁴¹ Art. 49 Abs. 3 NZIA ist hier nicht anwendbar.

⁴² Siehe auch andere Sprachfassungen (EN „*conditions, requirements or contractual obligations*“, FR „*des conditions, des exigences ou des obligations contractuelles*“ bzw. IT „*condizioni, prescrizioni o obblighi contrattuali*“) und vgl. dazu auch den differenzierenden Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 NZIA („*Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien*“).

erforderlichenfalls u.a. eigene Bedingungen sozialen Inhaltes, wie etwa frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitische Belange, festzulegen sind. Dabei ist zu beachten, dass diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und bereits in der Ausschreibung bekannt gemacht werden müssen.

Den Erläuterungen zur Regierungsvorlage⁴³ und der Mitteilung der Kommission betreffend sozialorientierte Beschaffung⁴⁴ sind u.a. folgende Beispiele für Ausführungsbedingungen sozialen Inhaltes zu entnehmen:⁴⁵

- Verpflichtung, Arbeitsuchende, insbesondere Langzeitarbeitslose, einzustellen oder bei der Ausführung des Auftrags Schulungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche durchzuführen;
- Verpflichtung, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau oder der ethnischen und rassischen Vielfalt durchzuführen;
- Verpflichtung, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten, falls diese nicht bereits im nationalen Recht verankert sind;
- Verpflichtung, zur Auftragsausführung eine größere Zahl von Menschen mit Behinderung einzustellen als von der nationalen Gesetzgebung des Mitgliedstaates, in dem der Auftrag ausgeführt wird oder der:die Auftragnehmer:in ansässig ist, verlangt wird.

Nach Auffassung des BMJ wird die „Bedingung oder Anforderung“ gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. a NZIA in Österreich bereits ex lege „automatisch“ erfüllt: Nach den §§ 93 Abs. 1 und 264 Abs. 1 BVergG 2018 sowie § 56 Abs. 1 BVergGKonz 2018 müssen bei allen in Österreich durchzuführenden Vergabeverfahren die nach den grundlegenden, im Gesetz aufgelisteten Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) bestehenden Verpflichtungen zwingend eingehalten werden. Überdies enthalten die §§ 93 Abs. 2 und 264 Abs. 2 BVergG 2018 sowie § 56 Abs. 2 BVergGKonz 2018 die Verpflichtung für

⁴³ Siehe ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 137.

⁴⁴ Mitteilung der Kommission „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“ vom 26.5.2021, C(2021) 3573 final, S. 100.

⁴⁵ Vgl. auch das Rundschreiben des BMJ vom 24.6.2021, GZ 2020-0.587.109 betreffend gesetzliche Verpflichtungen und Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren, abrufbar unter: <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-rundschreiben.html>.

Auftraggeber:innen, in den Ausschreibungen vorzusehen, dass die Erstellung des Angebotes für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften, der einschlägigen Kollektivverträge sowie der in Österreich geltenden umweltrechtlichen Rechtsvorschriften zu erfolgen hat und dass sich die Bieter:innen verpflichten, bei der Durchführung des Auftrages oder der Konzession in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Es wird jedoch empfohlen, zur Klarstellung zusätzlich eine – §§ 93 Abs. 1 und 264 Abs. 1 BVergG 2018 sowie § 56 Abs. 1 BVergGKonz 2018 entsprechende – Verpflichtung in den Leistungsvertrag aufzunehmen.

3.2.2. Einhaltung der geltenden Cybersicherheitsanforderungen (lit. b)

Art. 25 Abs. 3 lit. b NZIA sieht vor, dass Auftraggeber:innen bei Wahl dieser „Bedingung oder Anforderung“ einen Nachweis über die Einhaltung der geltenden Cybersicherheitsanforderungen, die in einer Verordnung der Union über Cyberresilienz vorgesehen sind, zu verlangen haben. Dies kann – sofern verfügbar – mittels eines einschlägigen europäischen Systems für die Cybersicherheitszertifizierung erfolgen.

Das BMJ weist darauf hin, dass die Kommission dem Rat und dem Europäischen Parlament am 15.9.2022 einen Vorschlag für ein „*Cyberresilienzgesetz*“⁴⁶ vorgelegt hat, der insbesondere in Verkehr gebrachte Produkte mit digitalen Elementen erfasst. Zum jetzigen Zeitpunkt befindet sich der Vorschlag jedoch noch in Verhandlung auf Unionsebene.

Neben dem oben angeführten Vorschlag der Kommission ist insbesondere auf die Bestimmungen der **NIS-2-Richtlinie**⁴⁷ zu verweisen, die von den Mitgliedstaaten bis zum 17.10.2024 auf nationaler Ebene umzusetzen ist.⁴⁸ Ziel der Richtlinie ist insbesondere die Erhöhung des Gesamtniveaus der Cybersicherheit in der EU und die Verbesserung der Resilienz- und Reaktionskapazitäten öffentlicher und privater Stellen, der zuständigen Behörden und der EU insgesamt.⁴⁹ Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten u.a., nationale Cybersicherheitsstrategien auszuarbeiten, in deren Rahmen sie u.a. Konzepte „für die Aufnahme und Spezifikation cybersicherheitsbezogener Anforderungen an IKT-Produkte

⁴⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/1020, COM(2022) 454 final („Cyber Resilience Act“).

⁴⁷ Richtlinie (EU) 2022/2555 vom 14.12.2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie), ABl. Nr. L 333 vom 27.12.2022 S. 80; nähere Informationen zur NIS-2-Richtlinie sind unter <https://www.nis.gv.at/> verfügbar.

⁴⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 1 NIS-2-Richtlinie.

⁴⁹ Vgl. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/nis2-directive>.

und IKT-Dienste bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, einschließlich hinsichtlich der Zertifizierung der Cybersicherheit, der Verschlüsselung und der Nutzung quelloffener Cybersicherheitsprodukt“ zu erlassen haben.⁵⁰ Im Übrigen legt die NIS-2-Richtlinie für betroffene öffentliche oder private Einrichtungen⁵¹ u.a. verpflichtende Risikomanagementmaßnahmen im Bereich der Cybersicherheit fest.⁵² Auftraggeber:innen werden bei Wahl dieser „Bedingung oder Anforderung“ nach Art. 25 Abs. 3 lit. b NZIA insbesondere auch einen Nachweis über die Einhaltung dieser Maßnahmen zu verlangen haben. Das Bundeskanzleramt (idF: BKA) hat bereits den Entwurf für ein Umsetzungsgesetz vorgelegt und ein Begutachtungsverfahren durchgeführt, eine parlamentarische Beschlussfassung erfolgte jedoch bislang nicht.⁵³

Der Nachweis über die Einhaltung der geltenden Cybersicherheitsanforderungen kann gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. b NZIA auch durch ein einschlägiges europäisches System für die Cybersicherheitszertifizierung erfolgen. Ein einheitlicher europäischer Rahmen für die Cybersicherheitszertifizierung von IKT-Produkten, IKT-Diensten und IKT-Prozessen wurde durch den **EU-Rechtsakt zur Cybersicherheit**⁵⁴ eingeführt, der u.a. die Mitgliedstaaten zur Benennung von nationalen Behörden für die Cybersicherheitszertifizierung verpflichtet. Die nationale Umsetzung in Österreich erfolgte im Bundesgesetz zur Einrichtung einer nationalen Behörde für die Cybersicherheitszertifizierung (**Cybersicherheitszertifizierungsgesetz – CSZG**), BGBl. I Nr. 78/2024. Gemäß § 3 Abs. 1 CSZG ist der Bundeskanzler die zuständige Behörde zur Erteilung von europäischen Cybersicherheitszertifikaten in Österreich.

3.2.3. Vertragliche Verpflichtung zur rechtzeitigen Lieferung der Netto-Null-Technologie-Komponente (lit. c)

Vertragliche Verpflichtungen zur rechtzeitigen Lieferung des Auftragsgegenstandes, die für den Fall der Nichteinhaltung mit Vertragsstrafen bewehrt sind, sind schon bisher übliche

⁵⁰ Art. 7 Abs. 2 lit. b NIS-2-Richtlinie.

⁵¹ Zum Anwendungsbereich der NIS-2-Richtlinie siehe insbesondere deren Art. 2.

⁵² Art. 21 NIS-2-Richtlinie.

⁵³ Siehe den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz zur Gewährleistung eines hohen Cybersicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen (Netz- und Informationssysteme sicherheitsgesetz 2024 – NISG 2024) erlassen wird und das Telekommunikationsgesetz 2021 und das Gesundheitstelematikgesetz 2012 geändert werden (326/ME), abrufbar unter: <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/326>.

⁵⁴ Verordnung (EU) 2019/881 vom 17.4.2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit), ABl. Nr. L 151 vom 7.6.2019 S. 15.

Bestimmungen in Leistungsverträgen bei öffentlichen Ausschreibungen.⁵⁵ Auch § 110 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 erwähnt Vertragsstrafen (Pönalen) ausdrücklich als einen jener Punkte, für die erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind.

Um den Vorgaben des Art. 25 Abs. 3 lit. c NZIA zu entsprechen, muss sich die im Leistungsvertrag festgelegte mit einer „*Strafgebühr*“ (Vertrags- oder Konventionalstrafe bzw. Pönale⁵⁶) bewehrte Verpflichtung zur rechtzeitigen Lieferung auf die **Auftragskomponente im Zusammenhang mit der jeweils erfassten Netto-Null-Technologie** beziehen. Die Vertragsstrafe muss daher z.B. bereits dann greifen, wenn bei einem Bauauftrag (lediglich) das am Dach zu montierende Photovoltaikmodul verspätet geliefert wird.

Eine gesetzliche Regelung über die Höhe der Konventionalstrafe (Pönale) existiert in Österreich nicht.⁵⁷ Die Festsetzung der konkreten Höhe der im Fall der Nichteinhaltung der Verpflichtung zur rechtzeitigen Lieferung obligatorisch zu zahlenden „*Strafgebühr*“ liegt grundsätzlich im Ermessen des:der Auftraggeber:in. Sie muss jedoch nach dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 3 lit. c NZIA jedenfalls **angemessen** sein.

Die Grundsätze über die Vereinbarung einer Konventionalstrafe sind in § 1336 ABGB geregelt. Gemäß § 1336 Abs. 2 ABGB unterliegt eine Vertragsstrafe **zwingend** dem richterlichen Mäßigungsrecht,⁵⁸ das auch nicht zu Lasten von Unternehmer:innen abbedungen werden kann.⁵⁹ Mögliche Mäßigungskriterien sind insbesondere der (mögliche bzw. tatsächliche) Schaden, eine wechselseitige Interessenabwägung (wirtschaftliches Interesse des:der Gläubiger:in an einer fristgerechten Erfüllung vs. Möglichkeit des:der Schuldner:in, fristgerecht zu leisten), die wirtschaftlichen Verhältnisse des:der Schuldner:in sowie Art und Ausmaß des Verschuldens an der Vertragsverletzung.⁶⁰ Im Baubereich wird

⁵⁵ Vgl. etwa VwGH 22.5.2003, 2003/04/0021; VwGH 28.3.2008, 2006/04/0030; VwGH 22.4.2010, 2008/04/077; VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066.

⁵⁶ Vgl. dazu etwa § 1336 ABGB.

⁵⁷ Deshalb greift auch nicht die in Art. 25 Abs. 3 lit. c NZIA genannte Anforderung, wonach die „*Strafgebühr* [...] über die in den geltenden nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Anforderungen hinausgeh[en muss]“.

⁵⁸ Vgl. *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1336 Rz 12 (Stand 1.1.2004, rdb.at).

⁵⁹ Vgl. RIS-Justiz RS0032338; *Kerschner* in *Artmann*, Unternehmensgesetzbuch: Kommentar – Band 13 (2019) § 348 UGB Rz 2.

⁶⁰ Vgl. etwa OGH 25.11.2020, 6 Ob 219/20d.

die Höhe der Vertragsstrafe in der Regel durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110 auf 5 % der Auftragssumme festgelegt.⁶¹

3.3. Stärkung der Resilienz der EU – Beitrag des Angebotes zur Resilienz („Resilienz Kriterium“)

Art. 25 Abs. 7 NZIA legt fest, dass Auftraggeber:innen im Anwendungsbereich des NZIA (siehe dazu oben Punkt 2.) **zusätzlich** zu den oben dargestellten sondervergaberechtlichen Bestimmungen das sog. „Resilienz Kriterium“

- bei Verfahren zur **Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. Konzessionen** gemäß den RL 2014/23/EU, 2014/24/EU oder 2014/25/EU sowie
- bei Aufträgen, die auf **der Grundlage einer Rahmenvereinbarung** ⁶² im Oberschwellenbereich⁶³ vergeben werden,

zu berücksichtigen haben.⁶⁴

Zweck des „Resilienz Kriteriums“ ist es, bereits bestehenden bzw. drohenden Abhängigkeiten von Drittstaaten bei der Versorgung mit Netto-Null-Technologien entgegenzuwirken bzw. vorzugreifen.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund sind Auftraggeber:innen gemäß Art. 25 Abs. 7 UAbs. 2 NZIA verpflichtet, den „*Beitrag des Angebots zur Resilienz*“ in Form von (vertraglichen) **Ausführungsbedingungen** anzuwenden, **wenn die Kommission** zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens ⁶⁶ **gemäß Art. 29 Abs. 2 NZIA festgestellt hat,**

- dass der **Anteil** einer spezifischen Netto-Null-Technologie oder ihrer wichtigsten spezifischen Bauteile mit **Herkunft aus einem Drittland mehr als 50 %** der

⁶¹ Vgl. *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ 11 Haftungsbestimmungen Rz 42 (Stand 1.5.2023, rdb.at).

⁶² Art. 25 Abs. 7 UAbs. 1 NZIA verwendet in der deutschen Sprachfassung verfehlter Weise den Begriff „*Rahmenabkommen*“. Wie aus den anderen Sprachfassungen eindeutig hervorgeht (vgl. etwa EN „*framework agreement*“, FR „*accord-cadre*“, IT „*accordo quadro*“ und ES „*acuerdo marco*“) sind damit Rahmenvereinbarungen gemeint (vgl. Art. 33 RL 2014/24/EU und Art. 51 RL 2014/25/EU).

⁶³ Siehe Art. 8 RL 2014/23/EU, Art. 4 RL 2014/24/EU und Art. 15 RL 2014/25/EU.

⁶⁴ Art. 49 Abs. 3 NZIA ist hier nicht anwendbar.

⁶⁵ Vgl. Erwägungsgrund 54 NZIA.

⁶⁶ Im Falle von Rahmenvereinbarungen: der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zum Abschluss der Rahmenvereinbarung. Art. 25 Abs. 7 UAbs. 2 NZIA stellt nach seinem Wortlaut auf den „*Zeitpunkt der Bekanntmachung einer Ausschreibung für ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge [...] oder des Beginns eines solchen Verfahrens*“ ab und verweist damit auf den „*Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens*“ (vgl. etwa Art. 5 Abs. 4 RL 2014/24/EU). Zum Begriff der Verfahrenseinleitung vgl. die Ausführungen in FN 7.

Lieferungen dieser spezifischen Netto-Null-Technologie oder ihrer wichtigsten spezifischen Bauteile innerhalb der Union ausgemacht hat, **oder**

- dass der **Anteil** der Lieferungen einer spezifischen Netto-Null-Technologie oder ihrer wichtigsten spezifischen Bauteile mit **Herkunft aus einem Drittland** innerhalb der Union **in zwei aufeinanderfolgenden Jahren** durchschnittlich **um mindestens 10 Prozentpunkte gestiegen** ist und **mindestens 40 % der Lieferungen** innerhalb der Union erreicht hat.

Die Verpflichtung zur Anwendung des „Resilienzriteriums“ ist daher **an die Erlassung eines Durchführungsrechtsaktes der Kommission gemäß Art. 29 Abs. 2 NZIA geknüpft.**

Gemäß Art. 29 Abs. 2 NZIA erlässt die Kommission für den Zweck der Bewertung des Beitrages zur Resilienz einen Durchführungsrechtsakt, der eine Liste aller Endprodukte mit Netto-Null-Technologien (Produktkategorien) und ihrer wichtigsten spezifischen Bauteile enthält. Der Anhang zum NZIA, der die *„Endprodukte und spezifischen Bauteile, die als in erster Linie für die Herstellung von Netto-Null-Technologien verwendet gelten“*, festlegt, bezieht sich **nicht** auf Kapitel IV NZIA, das auch Art. 25 umfasst, sondern ist hauptsächlich für Kapitel II NZIA (*„Grundlegende Voraussetzungen für die Fertigung von Netto-Null-Technologien“*), von Relevanz.⁶⁷

Auf der Basis des Durchführungsrechtsaktes gemäß Art. 29 Abs. 2 NZIA stellt die Kommission anhand des jeweils letzten vergangenen Jahres und der dazu verfügbaren Daten **aktualisierte Informationen** über die **Anteile** des in der Union verfügbaren und aus **verschiedenen Drittländern** stammenden Marktangebots an Netto-Null-Technologien und deren wichtigsten spezifischen Bauteilen bereit.⁶⁸ Die Bestimmung des Herkunftslandes durch die Kommission erfolgt nach der VO (EU) 952/2013 (Zollkodex der EU).⁶⁹

⁶⁷ Dies ergibt sich einerseits aus Erwägungsgrund 12, der iZm dem Anhang auf Nachweise verweist, die von Projektträger:innen erbracht werden müssen, falls spezifische Bauteile und spezielle Maschinen nicht vom Anhang abgedeckt sind. Andererseits folgt dies aus dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 7 NZIA, wonach die Kommission bis zum 30.3.2025 einen delegierten Rechtsakt zur Änderung des Anhangs zu erlassen und dabei die spezifischen wesentlichen Bauteile zu ermitteln hat, die *„in erster Linie“* für Netto-Null-Technologien verwendet werden. Im Durchführungsrechtsakt nach Art. 29 Abs. 2 NZIA legt die Kommission hingegen die *„wichtigsten spezifischen“* Bauteile fest. Diese unterschiedliche Terminologie wurde im Gesetzgebungsprozess auf Ersuchen der Kommission bewusst gewählt.

⁶⁸ Der Rechtscharakter dieser „Informationen“ ist unklar. Da sie jedoch Rechtsfolgen nach sich ziehen, muss es sich nach Auffassung des BMJ um einen verbindlichen Rechtsakt wie z.B. einen Beschluss handeln. Siehe auch Art. 288 AEUV.

⁶⁹ Verordnung (EU) Nr. 952/2013 vom 9.10.2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. L 639 vom 10.10.2013 S. 1.

Hat die Kommission einen Durchführungsrechtsakt erlassen und ergeben die von der Kommission zur Verfügung gestellten Informationen, dass die in Art. 25 Abs. 7 UAbs. 2 NZIA festgelegten Drittlandsanteile erreicht bzw. überschritten werden, sind die Auftraggeber:innen verpflichtet, folgende **kumulative** Bedingungen für die Auftrags Erfüllung festzulegen (d.h. in den Leistungsvertrag aufzunehmen):

- a) die Verpflichtung, dass während der Laufzeit des Auftrages bzw. der Konzession nicht mehr als 50 % des Wertes der im Durchführungsrechtsakt spezifizierten Netto-Null-Technologie aus den einzelnen von der Kommission festgelegten Drittländern geliefert werden;
- b) die Verpflichtung, dass während der Laufzeit des Auftrags bzw. der Konzession nicht mehr als 50 % des Wertes der im Durchführungsrechtsakt spezifizierten Bauteile der betreffenden Netto-Null-Technologie direkt von dem:der Auftragnehmer:in oder von einem:einer Subunternehmer:in aus den einzelnen von der Kommission festgelegten Drittländern geliefert oder bereitgestellt werden;
- c) die Verpflichtung, dem:der Auftraggeber:in auf Verlangen spätestens bei Auftrags Erfüllung geeignete Nachweise in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen gemäß lit. a und b vorzulegen;⁷⁰ und
- d) die Verpflichtung zur Zahlung einer anteiligen Konventionalstrafe in Höhe von mindestens 10 % des Werts der spezifischen Netto-Null-Technologien⁷¹ des Auftrags bzw. der Konzession im Falle einer Nichteinhaltung der unter lit. a und b genannten Verpflichtungen.

Um die völkerrechtliche Konformität von NZIA sicherzustellen, sieht Art. 25 Abs. 8 NZIA vor, dass bei Aufträgen, die in den Anwendungsbereich des GPA⁷² oder unter andere für die Union bindende einschlägige internationale Übereinkünfte im Bereich des öffentlichen Auftragswesens fallen, die oben genannten Bedingungen für die Auftragsausführung **nicht** anzuwenden sind, sofern die spezifische Netto-Null-Technologie oder ihre wichtigsten

⁷⁰ Auftraggeber:innen dürfen sich auf diese von dem:der Auftragnehmer:in zur Verfügung zu stellenden Nachweise verlassen; sie sind nicht verpflichtet, die Herkunft der spezifischen Netto-Null-Technologie bzw. deren Bauteile selbst nach den Bestimmungen des Zollkodex der EU zu prüfen.

⁷¹ Art. 25 Abs. 7 UAbs. 2 lit. d NZIA verweist spezifisch auf den „Wert der Netto-Null-Technologien“ und nicht auch auf den Wert der „Bauteile“, weshalb es nach Auffassung des BMJ unzulässig wäre, auf den Wert der letztgenannten für die Berechnung der Konventionalstrafe abzustellen.

⁷² WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Agreement on Government Procurement). Für die Europäische Union ergibt sich der Anwendungsbereich des GPA aus deren Verpflichtungsliste gemäß Appendix I (welcher selbst wiederum sieben Anhänge umfasst). Zu den Verpflichtungslisten vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm.

spezifischen Bauteile aus Bezugsquellen stammen, die Vertragsparteien ⁷³ dieser Abkommen sind.⁷⁴

4. Ausnahmen von der Anwendung der sondervergaberechtlichen Bestimmungen

4.1. Ausnahmen von den Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit (Abs. 1) und der obligatorischen Wahl einer von drei zusätzlichen Bedingungen, Anforderungen bzw. Verpflichtungen bei der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen (Abs. 3)

Art. 25 Abs. 9 NZIA ermöglicht es Auftraggeber:innen, **ausnahmsweise** zu beschließen, Art. 25 Abs. 1 bis 4 NZIA (= Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit und verpflichtende Wahl einer von drei zusätzlichen Bedingungen, Anforderungen bzw. Verpflichtungen bei der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen) **nicht anzuwenden**, wenn

- a) die benötigte Netto-Null-Technologie **nur von einem:einer spezifischen Wirtschaftsteilnehmer:in geliefert werden kann** und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Parameter des Verfahrens zur Vergabe der Aufträge bzw. Konzessionen ist;
- b) bei einem **ähnlichen früheren Verfahren** zur Vergabe von Aufträgen bzw. Konzessionen, das von demselben:derselben Auftraggeber:in in den zwei Jahren unmittelbar vor Beginn des geplanten neuen Vergabeverfahrens eingeleitet wurde, **keine geeigneten Angebote** oder keine geeigneten Teilnahmeanträge eingereicht wurden;

⁷³ Eine Übersicht der Vertragsparteien des GPA findet sich auf der Homepage der WTO unter https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm; für eine Übersicht der Länder, mit denen die EU Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen hat, siehe https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/public-procurement_en.

⁷⁴ Unklar bleibt jedoch in diesem Zusammenhang, wie der „Warenursprung“ im Hinblick auf diese Drittländer ermittelt werden soll. Das BMJ geht in einer ersten Einschätzung davon aus, dass auf den Sitz des:der betreffenden Unternehmer:in (Auftragnehmer:in, Subunternehmer:in) abzustellen ist (arg. „aus Bezugsquellen stammen“, EN „*originates from sources of supply*“, FR „*proviennent de sources d’approvisionnement*“).

- c) deren Anwendung den:die Auftraggeber:in dazu zwingen würde, Ausrüstungen anzuschaffen, die **unverhältnismäßig hohe Kosten** verursachen würden, oder zu technischer Inkompatibilität bei Betrieb und Wartung führen würde.

Die oben angeführten Ausnahmetatbestände des Art. 25 Abs. 9 NZIA wurden bewusst an die Tatbestände zur Zulässigkeit der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach den Vergaberichtlinien⁷⁵ sowie an Art. 85 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/25/EU angelehnt. Sie sind daher, soweit sie mit diesen Regelungen übereinstimmen, in Übereinstimmung mit diesen und aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng⁷⁶ auszulegen. Das BMJ weist darauf hin, dass der Nachweis, dass die Voraussetzungen zur Anwendung eines Ausnahmetatbestandes erfüllt sind, dem:der sich darauf berufenden Auftraggeber:in obliegt und dieser:diese daher die Beweislast trägt.⁷⁷

Die Anwendung der lit. a setzt sohin voraus, dass der:die Auftraggeber:in auf der Grundlage einer Marktuntersuchung⁷⁸ bzw. ernsthafter Nachforschungen (im betreffenden Marktsegment auf Unionsebene und anderer internationaler Märkte von Vertragsparteien der Union) zum Schluss kommt, dass nur ein:e bestimmte:r Unternehmer:in die nachgefragte Netto-Null-Technologie bereitstellen kann.⁷⁹ Die bloße Behauptung, dass die benötigte Netto-Null-Technologie nur von einem bestimmten Unternehmen bezogen werden kann, genügt nicht.⁸⁰ Dass sich ohne Rückgriff auf den Ausnahmetatbestand (z.B. bei Wahl einer Alternative oder Ersatzlösung) erhebliche Schwierigkeiten ergeben, ist zur Erfüllung des Ausnahmetatbestandes nach Art. 25 Abs. 9 lit. c NZIA nicht ausreichend. Es muss sich vielmehr um unüberwindbare Schwierigkeiten handeln.⁸¹ Unter Umständen ist zur Beurteilung, ob solche unüberwindbaren Schwierigkeiten vorliegen, auch die Einholung eines technischen Gutachtens eines:einer unabhängigen Sachverständigen erforderlich.⁸²

⁷⁵ Vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. a und b, Abs. 3 lit. b RL 2014/24/EU sowie Art. 50 lit. a, c und e RL 2014/25/EU.

⁷⁶ Vgl. EuGH 15.10.2009, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:632, Rn 55, mwN.

⁷⁷ Vgl. EuGH 2.6.2005, C-394/02, *Kommission gegen Griechenland*, ECLI:EU:C:2005:336, Rn 35; EuGH 15.10.2009, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:632, Rn 56.

⁷⁸ Siehe §§ 24 und 197 BVergG 2018 und § 17 BVergGKonz 2018; in der anschließenden Ausschreibung sind sämtliche „die Durchführung des Vergabeverfahrens beeinflussenden Informationsflüsse im Zuge der erlaubten Markterkundung“ zur Wahrung des Transparenzgebotes und des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter:innen offenzulegen (vgl. VwGH 1.3.2022, Ra 2019/04/0139, Rn 26).

⁷⁹ Vgl. EuGH 15.10.2009, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:632, Rn 61 ff; zur Rechtslage in Deutschland siehe OLG Hamburg 6.4.2023, 1 Verg 1/23 = ZfBR 2024, 369.

⁸⁰ Vgl. EuGH 14.9.2004, C-385/02, *Kommission gegen Italien*, ECLI:EU:C:2004:522, Rn 21; EuGH 15.10.2009, C-275/08, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:632, Rn 62.

⁸¹ Vgl. VwGH 9.9.2015, Ro 2015/04/0013 mit Hinweis auf EuGH 18.5.1995, C-57/94, *Kommission gegen Italien*, ECLI:EU:C:1995:150, Rn 27.

⁸² EuGH 18.5.1995, C-57/94, *Kommission gegen Italien*, ECLI:EU:C:1995:150, Rn 27.

Lit. b setzt voraus, dass der:die Auftraggeber:in binnen eines Zeitraumes von maximal zwei Jahren bereits ein erfolgloses Vergabeverfahren durchgeführt hat. Das bedeutet, dass zwischen dem Widerruf des früheren Verfahrens und der Einleitung des neuen Verfahrens höchstens zwei Jahre liegen dürfen. Zudem muss es sich beim früheren Vergabeverfahren nach dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 9 lit. b NZIA um ein „*ähnliches Verfahren*“ handeln. Der Leistungsgegenstand des geplanten neuen Vergabeverfahrens muss daher weitestgehend ident mit jenem des früheren (erfolglosen) Vergabeverfahrens sein. Andernfalls wäre die Berufung auf diesen Ausnahmetatbestand als unzulässige Umgehung der Vorgaben des Art. 25 NZIA zu werten.

Auftraggeber:innen können gemäß Art. 25 Abs. 10 NZIA von unverhältnismäßig hohen (Mehr-)Kosten gemäß Art. 25 Abs. 9 lit. c NZIA ausgehen, wenn die Kostenunterschiede auf der Grundlage von **objektiven und transparenten Daten** auf **über 20 %** geschätzt werden. Die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung setzt somit voraus, dass der:die Auftraggeber:in aufgrund einer **vergleichenden Auftragswertschätzung** basierend auf vertrauenswürdigen Daten zum Schluss kommt, dass es aufgrund der Vorgaben des Art. 25 Abs. 1 bis 4 NZIA zu erheblichen Mehrkosten in Höhe von über 20 % kommen wird. Die verpflichtenden Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit bzw. die verpflichtende Wahl einer von drei zusätzlichen Bedingungen, Anforderungen bzw. Verpflichtungen bei der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen müssen daher **kausal** für die entstehenden Mehrkosten sein. Die Ermittlung dieser Mehrkosten ist daher mit einem **hohen Verwaltungsaufwand**⁸³ auf Seiten des:der Auftraggeber:in verbunden. Da der:die Auftraggeber:in die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes trägt,⁸⁴ wird er:sie erforderlichenfalls (auch) ein Gutachten eines:einer Sachverständigen einzuholen haben.

4.2. Ausnahmenbestimmungen betreffend die „Resilienzklausele“

Für den Fall, dass Auftraggeber:innen die „Resilienzklausele“ nach Art. 25 Abs. 7 NZIA in einem vorangegangenen⁸⁵ Vergabeverfahren angewendet haben **und** dies zur Folge hatte, dass keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge eingereicht

⁸³ Dieser ergibt sich aus dem hohen administrativen (Dokumentations-)Aufwand, der mit einer doppelten Auftragswertschätzung und der Einschätzung der theoretischen Mehrkosten einhergeht.

⁸⁴ Vgl. die in FN 77 zitierte Judikatur.

⁸⁵ Welcher zeitliche Konnex zwischen dem vorangegangenen Verfahren und dem nunmehr geplanten Verfahren maximal bestehen darf, ist unklar. Allerdings wird nach Auffassung des BMJ ein angemessener zeitlicher Zusammenhang erforderlich sein.

wurden, enthält Art. 25 Abs. 11 NZIA eine „safe haven“-Klausel.⁸⁶ Voraussetzung ist somit, dass das vorhergehende, erfolglose Vergabeverfahren widerrufen und der Widerruf durch die Anwendung der „Resilienzklausele“ kausal verursacht wurde.⁸⁷

Hat daher ein:e Auftraggeber:in ein vorangehendes Vergabeverfahren aufgrund der Resilienzansforderungen widerrufen müssen, so kann er:sie gemäß Art. 25 Abs. 11 NZIA ausnahmsweise beschließen,

- a) das **Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung** gemäß Art. 32 Abs. 2 lit. a RL 2014/24/EU, Art. 50 lit. a RL 2014/25/EU oder Art. 31 Abs. 5 RL 2014/23/EU (§§ 35 Abs. 1 Z 1, 36 Abs. 1 Z 1, 37 Abs. 1 Z 1, 206 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 und § 22 Abs. 3 Z 1 BVergGKonz 2018) anzuwenden, oder
- b) die „**Resilienzklausele**“ in einem späteren spezifischen Verfahren zur Vergabe von Aufträgen bzw. Konzessionen, das auf die **gleichen Bedürfnisse** ausgerichtet ist wie die Bedürfnisse, die zur Einleitung des ursprünglichen (erfolglosen) Verfahrens geführt haben, **nicht anzuwenden**.

Die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung setzt daher zunächst voraus, dass aufgrund der Resilienzansforderungen – und nicht aufgrund anderer Elemente des Verfahrens – in einem vorangegangenen Verfahren kein geeignetes Angebot bzw. kein geeigneter Teilnahmeantrag abgegeben wurde. Die Definition des ungeeigneten Angebotes ist vom Begriff des nicht ordnungsgemäßen oder unannehmbaren Angebotes zu unterscheiden und setzt voraus, dass das Angebot ausschreibungswidrig ist.⁸⁸ Da es sich bei den Resilienzansforderungen um Ausführungsbedingungen (= Vertragsklauseln) handelt, ist diese Voraussetzung nur dann erfüllt, wenn bereits aus dem Angebot klar ersichtlich ist, dass der:die Bieter:in nicht plant, die Resilienzansforderungen einzuhalten.⁸⁹ Dass eine Markterkundung ergibt, dass die Resilienzansforderungen z.B. aufgrund der aktuellen Marktsituation in der EU de facto nicht eingehalten werden können, ist nicht ausreichend. Ein Teilnahmeantrag gilt hingegen nur dann als ungeeignet, wenn die Eignung des:der

⁸⁶ Die Ausnahmebestimmung nach Art. 25 Abs. 1 NZIA wurde nach bereits erfolgter politischer Einigung zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat unter Zeitdruck noch „last minute“ in den Text aufgenommen.

⁸⁷ Eine entsprechende Dokumentation ist erforderlich, um der Beweislast des:der Auftraggeber:in für die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung Rechnung zu tragen.

⁸⁸ Vgl. §§ 35 Abs. 2, 206 Abs. 2 BVergG 2018 und § 22 Abs. 4 BVergGKonz 2018; siehe auch ErläutRV 69 BlgNr. 26. GP 67 und 69.

⁸⁹ Ein Art. 25 Abs. 9 lit. c NZIA korrespondierender Ausnahmetatbestand von der Anwendung der Resilienzansforderungen wurde auf ausdrücklichen Wunsch des Europäischen Parlaments nicht in Abs. 11 aufgenommen. Aus der Genese dieser Bestimmung ergibt sich daher, dass unverhältnismäßig hohe Mehrkosten aufgrund der Resilienzansforderungen keine Rolle spielen können.

Unternehmer:in nicht gegeben ist.⁹⁰ Das BMJ weist darauf hin, dass die mangelnde Erfüllung der Resilienzanforderungen wohl keinen Einfluss auf die Eignung des:der Unternehmer:in haben wird. Bereits die Voraussetzungen nach dem Einleitungssatz von Art. 25 Abs. 11 NZIA werden daher nur in seltenen Fällen erfüllt sein.

Der Anwendungsbereich von lit. a der Ausnahmebestimmung kann zudem nach Ansicht des BMJ nicht eröffnet werden, da mangels Vorhandenseins eines:einer Unternehmer:in, der:die bereit ist, die Resilienzanforderungen zu erfüllen, auch keine Unternehmer:innen verbleiben, mit welchen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden könnte. Die Nichtanwendung der Resilienzanforderungen im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung scheidet aus, da dies eine erhebliche Erweiterung des potenziellen Bieter:innen- bzw. Teilnehmer:innenkreises zur Folge hätte und damit eine wesentliche (unzulässige) Änderung der ursprünglichen Auftragsbedingungen darstellt.⁹¹

Der Ausnahmetatbestand der lit. b setzt voraus, dass das neue Vergabeverfahren „auf die gleichen Bedürfnisse ausgerichtet ist wie die Bedürfnisse, die zur Einleitung des [...] ursprünglichen Verfahrens geführt haben“. Der Leistungsgegenstand des geplanten neuen Vergabeverfahrens muss daher weitestgehend ident mit jenem des früheren (erfolgslosen) Vergabeverfahrens sein.⁹²

5. Vorkommerzielle Auftragsvergabe und Vergabe öffentlicher Aufträge für innovative Lösungen

Gemäß Art. 27 Abs. 1 NZIA streben die Mitgliedstaaten „gegebenenfalls an, die vorkommerzielle Auftragsvergabe und die Vergabe öffentlicher Aufträge [bzw. Konzessionen] für innovative Lösungen zu nutzen, um Innovationen im Bereich Netto-Null-Technologien und die Schaffung neuer Fertigungskapazitäten für Netto-Null-Technologien in der Union zu fördern.“

Unter dem Begriff der „vorkommerziellen Auftragsvergabe“ versteht der NZIA „die Beschaffung innovativer Netto-Null-Technologien in einer vorkommerziellen Phase, die durch eine Risiko-Nutzen-Teilung zu Marktbedingungen und eine wettbewerbsorientierte

⁹⁰ §§ 25 Abs. 2, 206 Abs. 2 BVergG 2018 und § 22 Abs. 4 BVergGKonz 2018.

⁹¹ Vgl. dazu die Voraussetzungen für die Anwendung eines Verfahrens gemäß den Art. 32 Abs. 2 lit. a RL 2014/24/EU, Art. 50 lit. a RL 2014/25/EU oder Art. 31 Abs. 5 RL 2014/23/EU, sowie etwa EuGH 4.6.2009, C-250/07, *Kommission gegen Griechenland*, ECLI:EU:C:2009:338, Rn 52.

⁹² Siehe dazu bereits die Ausführungen zu Art. 25 Abs. 9 lit. b NZIA oben unter Punkt 4.1.

Entwicklung in Phasen gekennzeichnet ist.“⁹³ Bei „innovativen Netto-Null-Technologien“ handelt es sich um „Netto-Null-Technologien, die echte Innovationen umfassen, die derzeit nicht auf dem Unionsmarkt verfügbar sind und die einen Fortschrittsgrad erreicht haben, der eine Testung in kontrollierter Umgebung ermöglicht.“⁹⁴

Das BMJ verweist betreffend das Konzept der vorkommerziellen Auftragsvergabe auf die Mitteilung der Kommission vom 14.12.2007.⁹⁵ Mit den Vergaberichtlinien wurde dieses Konzept um das Instrument der Innovationspartnerschaft ⁹⁶ ergänzt, das es Auftraggeber:innen (anders als die vorkommerzielle Auftragsvergabe) ermöglicht, eine langfristige Innovationspartnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Kauf neuer, innovativer Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen zu begründen — unter der Voraussetzung, dass für solche innovativen Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen die vereinbarten Leistungs- und Kostenniveaus eingehalten werden können, und ohne dass ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist.⁹⁷ Die vorkommerzielle Auftragsvergabe hat demgegenüber den Nachteil, dass sie es den Auftraggeber:innen (anders als die Innovationspartnerschaft) nicht ermöglicht, das kommerzielle Endprodukt nach Abschluss des Entwicklungsprozesses ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu beschaffen. Nach Ansicht des BMJ ist der Anwendungsbereich der vorkommerziellen Auftragsvergabe im Bereich der Netto-Null-Technologien daher äußerst beschränkt.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, ihre nachgeordneten Dienststellen sowie die ihrem Wirkungsbereich zugeordneten Auftraggeber:innen von diesem Rundschreiben zu informieren.

9. August 2024

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt

⁹³ Vgl. die Definition in Art. 3 Z 14 NZIA.

⁹⁴ Vgl. Art. 3 Z 12 NZIA.

⁹⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „*Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa*“, COM(2007) 799 final.

⁹⁶ Siehe dazu die §§ 118 ff und 285 ff BVergG 2018

⁹⁷ Vgl. Erwägungsgrund 49 RL 2014/24/EU und Erwägungsgrund 59 RL 2014/25/EU.