

# ZVVB

## Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

### Beiträge

**Ausgewählte Tücken des Gewerberechts in der Vergabepaxis:  
Gesamtaufträge**

Albert Oppel

**Direkt. Schnell. Wettbewerbsgefährdend?**

Felix Schneider und Benjamin Becic

**Europäisches Eigenvergaberecht 2024**

Bernd-Roland Killmann

**Sichere Vergabe braucht sichere Daten**

Stefan Tauber und Martin Schiefer

**Taxonomie im Bauvertrag**

Rudolf Lessiak und Ursula Gallistel

### Rechtsprechung

**EuGH: Schadenersatz aufgrund des Verlusts der Chance am  
Vergabeverfahren teilzunehmen**

Hannes Pesendorfer

**OGH: Anfechtbarkeit von Beschlüssen der  
Wohnungseigentümergeinschaft**

Stefanie Hauser

der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren.<sup>7</sup> Alternativ dazu hat der übergangene Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle gegen den AG, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses.<sup>8</sup>

Eine ähnlich gelagerte Fallkonstellation hatte der OGH<sup>9</sup> bereits im Zusammenhang mit einer unzulässigen Direktvergabe zu beurteilen. Aus der dort rechtswidrigen Direktvergabe des Auftrags leitete die Kl einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns ab, den sie damit begründete, dass ihr der Auftrag auch ohne Ausschreibung erteilt werden hätte müssen, weil sie die direkt vergebene Leistung zu einem geringeren Preis angeboten hätte als der tatsächlich beauftragte Mitbewerber. Dort hielt der OGH fest, dass der Zuspruch des Schadenersatzanspruchs voraussetzt, „dass dem nicht zum Zug gekommenen Mitbewerber bei einem rechtskonformen Verhalten des Auftraggebers der Zuschlag erteilt worden wäre“.<sup>10</sup> Die Behauptungs- und Beweislast dafür liegt beim Geschädigten.<sup>11</sup> Ein Geschädigter hat zur Schadensverursachung, also zum hypothetisch rechtskonformen Vergabeverfahren, „im Rahmen seiner Möglichkeiten“ Vorbringen erstattet.

„Hilfsweise beehrte die Klägerin den Ersatz jenes Schadens, der ihr daraus entstanden sei, dass sie durch die unzulässige Direktvergabe um ihre ‚Chance zur Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren‘ bzw um die Möglichkeit zur ‚Durchführung eines Referenzprojekts‘ gebracht worden sei. Die Ersatzfähigkeit dieses Nachteils, den die Klägerin mit ‚pauschal‘ 19.000 EUR bezifferte, ergebe sich aus ‚allgemeinen Prinzipien des österreichischen

Schadenersatzrechts‘ sowie dem ‚europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz‘.“<sup>12</sup> Der im bloßen „Verlust der Chance zur Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ gelegene Nachteil wurde vom OGH jedoch als nicht ersatzfähig angesehen. Der OGH wies darauf hin, dass die Klägerin damit das Problem von der Kausalitäts- auf die Schadensebene verlagern wolle, um damit über die mangelnde – oder zumindest nicht nachgewiesene – Kausalität des Vergaberechtsverstoßes für den eigentlichen Vermögensnachteil „hinwegzukommen“.

Es bleibt abzuwarten, ob der OGH seine Rsp nunmehr nachschärft.

<sup>7</sup> § 369 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>8</sup> § 369 Abs 3 BVergG 2018.

<sup>9</sup> OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 226/20x ZVB 2022/41 (Pesendorfer/Rief); auf diesen Sachverhalt war noch das BVergG 2006 anwendbar, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Bestimmung des § 337 Abs 3 BVergG 2006 dem des § 369 Abs 3 BVergG 2018 entspricht.

<sup>10</sup> Vgl RIS-Justiz RS0030354 [insb T 5, T 6, T 8]; RS0013936 [T 2, T 3]; OGH 25. 3. 2003, 1 Ob 110/02 m.

<sup>11</sup> Vgl RIS-Justiz RS0022686; [insb T 7]; RS0022686 [T 8]; RS0030452 [insb T 8].

<sup>12</sup> OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 226/20x, Rz 3. Den Anspruch auf Ersatz des im „Verlust der Chance zur Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ gelegenen Nachteils begründete die Klägerin mit einer Analogie zu § 1326 ABGB, der lautet: „Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden; so muß, zumahl wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, in so fern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.“ Vgl RIS-Justiz RS0031385; RIS-Justiz RS0031366; Reischauer in Rummel<sup>9</sup> § 1326 ABGB Rz 7: Gem § 1326 ABGB reicht für den Ersatzanspruch schon die (abstrakte) Möglichkeit eines Schadens. Vgl RIS-Justiz RS0120236: Es kommt nicht darauf an, welcher Gewinn „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ zu erwarten gewesen wäre.

# Taxonomie im Bauvertrag

## Umsetzung in Ausschreibung und Projektabwicklung

### Der Beitrag schnell gelesen

Diese Arbeit schlägt eine Methode vor, um den Vergabegrundsatz der Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung und das Gebot der vorrangigen Anwendung des Bestangebotsprinzips mit dem Werkzeug der Taxonomie VO und ihre Delegierten VO sowohl in der Vergabe von Bauprojekten als auch im Bauvertrag umzusetzen. Dies in einem ersten Teil, in dem diese Methode beschrieben wird, sowie in einem zweiten Teil, der konkrete Anwendungsbeispiele dieser Methode darstellt.

### Bauvertragsrecht

§ 20 Abs 5, § 91 Abs 4 BVergG 2018; Taxonomie VO (EU) 2020/852 und Delegierte VO; VO (EU) 2021/2139. VwGH 25. 6. 2024, Ra 2021/04/0099

ZVB 2025/77



Hon.-Prof. RA Dr. RUDOLF LESSIAK ist Rechtsanwalt bei „Lessiak & Partner“ in Wien.

DI Mag.<sup>a</sup> URSULA GALLISTEL ist Geschäftsführerin der Unternehmensberatung Bau Betrieb Digital GmbH für Bauwirtschaft und Prozessmanagement. Lektorin am Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft der TU Wien.

### Inhaltsübersicht:

- A. Vorbemerkungen – Einführung in die Problemstellung
  - 1. Problemstellung nach den Vorgaben
  - 2. Eignung des konkreten Bauprojekts für diese Methode

- 3. Vorteile für AG und AN
- 4. Fokus auf Qualitätsbewertung im binären System
- 5. Umsetzung in dieser Arbeit
- B. § 20 Abs 5 und Taxonomie
- C. Taxonomiefähige und taxonomiekonforme Leistung
  - 1. Die Unterscheidung im Grundsatz
  - 2. DNSH-Kriterien
  - 3. Beschränkung auf Zement sowie Eisen und Stahl
  - 4. Zwischenergebnis
- D. Zum Produkt Zement

- E. Zum Produkt Eisen und Stahl
- F. § 91 Abs 4 und Taxonomie
- G. Sonderthema Nachweise
- H. Bewertung nach dem binären System der Taxonomie
- I. Kalkulationssicherheit für Auftraggeber und Bieter
- J. Zum hinreichenden Gewicht des Qualitätskriteriums
- K. Konsequenzen der Nichterfüllung – bauvertragliche Umsetzung

## A. Vorbemerkungen – Einführung in die Problemstellung

### 1. Problemstellung nach den Vorgaben

Die Vorgabe, bei Bauleistungen auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen, ist unverändert in der öff Diskussion von Bauprojekten aktuell – und als Vergabegrundsatz gem § 20 Abs 5 BVergG 2018<sup>1</sup> dem öff AG vorgegeben.

Daraus folgt die Frage, wie auf bauvertraglicher Ebene (in der Leistungsabwicklung) vorzugehen ist, wenn die im (zugeschlagenen) Angebot zugesagte Umweltgerechtigkeit von Leistungen nicht eingehalten wird.

Die dazu benötigte zivilrechtliche Lösung wird (auch) von vergaberechtlichen Vorgaben geprägt. Spielten die Umweltqualitäten von zugeschlagenen Leistungen eine wesentliche Rolle, so sind bei nachträglichen Leistungsänderungen, die eben diese Qualitäten betreffen, stets die (ursprünglichen) Qualitäten des zugeschlagenen Angebots zu erhalten. Das sind jene Qualitäten, die zur Punktzahl des Bestangebots geführt haben, sodass es nicht genügt, dass auch bei Abzug dieser Qualitäten kein Bietersturz erfolgt wäre. Andernfalls liegt (von vornherein) eine unzulässige, nachträgliche Leistungsänderung vor. Das gilt auch dann, wenn sich im Zuge der Abwicklung herausstellt, dass die zugesagte Umweltqualität nicht (oder nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand) hergestellt werden kann und überdies aus bautechnischen und wirtschaftlichen Gründen für das konkrete Projekt nicht erforderlich ist – und/oder zumindest den Projekterfolg nicht beeinträchtigt.

### 2. Eignung des konkreten Bauprojekts für diese Methode

Damit ist zwar klar, dass unsere Ausführungen nur auf Bauprojekte abzielen, die – dem Gebot des § 91 Abs 4 folgend – nach dem Bestangebotsprinzip vergeben werden **und** in diesen Bauprojekten Leistungen eine erhebliche Rolle spielen, die (aus technischer Sicht) sowohl umweltgerecht als auch ohne Berücksichtigung dieser Qualität erbracht werden können. Dies trifft uE auf die überwiegende Mehrheit der mittleren bis großen Bauprojekte zu.

Für diese (große) Gruppe von Bauprojekten soll die vorliegende Arbeit eine konkrete Hilfestellung liefern, wie die Taxonomie VO<sup>2</sup> mit ihren Delegierten VO<sup>3</sup> eingesetzt werden kann, um zentralen vergaberechtlichen Vorgaben (Umweltgerechtigkeit iSd § 20 Abs 5 sowie Vorrang des Bestangebotsprinzips gegenüber dem Billigstangebotsprinzip iSd § 91 Abs 4) effizient (möglichst einfach) und rechtssicher umzusetzen. Dies sowohl in der Vergabe als auch im Bauvertrag.

Für Bauaufträge, in denen Leistungen, die umweltgerecht angeboten werden können, nur eine geringe Rolle spielen, ist der mit der Umsetzung der hier erörterten Vorgangsweise verbundene Aufwand uE nicht sinnvoll.

Anders ist dies bei Bauaufträgen, in denen das Volumen an Leistungen, die besonders CO<sub>2</sub>-lastig sind, sehr hoch ist. Sohin für mittlere und große Bauprojekte, in denen die zwei großen Leistungsträger Stahl und Zement, die zugleich die größten

CO<sub>2</sub>-Treiber sind, einen erheblichen Anteil spielen. Dass und wie sich diese Vorgaben für Zement auf den in den einzelnen Leistungspositionen enthaltenen Beton niederschlagen, wird ebenfalls dargelegt.

### 3. Vorteile für AG und AN

Zentral ist uE bei Anwendung der vorgeschlagenen Methode für den AG, neben der dadurch erzielten Rechtssicherheit, auch eine (wesentlich) erhöhte Kalkulationssicherheit in der Frage zu erhalten, welche Preissteigerungen er einkalkulieren muss, wenn der Bestbieter die maximale Anzahl an verfügbaren Qualitätspunkten erreicht und damit den Preis gegenüber dem Billigstbieter erhöhen konnte.

Kurz gesagt: Welches Ausmaß der Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung im Wege der Zuordnung von Qualitätspunkten zu solchen Leistungspositionen sich der AG in seinem Budget leisten kann.

Doch auch der Bieter hat bei dieser Vorgangsweise Vorteile, insb in der Preisgestaltung, die nicht zulasten des AG gehen. Er kann präzise kalkulieren, welche Erhöhung des von ihm kalkulierten günstigsten Preises, den er anbieten kann, möglich wird, indem er den mit dieser Preiserhöhung einhergehenden Verlust an Punkten in der Preisbewertung durch Qualitätspunkte kompensiert und damit immer noch (nach seiner Kalkulation) Bestbieter werden kann.

Das insgesamt angestrebte Ziel ist es sohin, dass der AG die Mehrkosten seiner „Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung“ bestmöglich abschätzen und der Bieter bestmöglich kalkulieren kann, welchen Preisvorteil er daraus zieht, dass er (einzelne) Leistungen umweltgerecht anbietet.

### 4. Fokus auf Qualitätsbewertung im binären System

Damit liegt der Fokus dieser Arbeit nicht in Ausschreibungen, in denen (sämtliche) Vorgaben der Umweltgerechtigkeit als Mindestanforderung vorgesehen sind. Vielmehr geht es uns um Qualitätskriterien, bei denen sich die „Sanktion“ für ihre Nichterfüllung darin erschöpft, dass der Bieter die in diesen Leistungspositionen für umweltgerechte Qualitäten möglichen Punkte nicht erhält.<sup>4</sup>

Unter dem Aspekt der angestrebten Kalkulationssicherheit beider Seiten wird in dieser Arbeit das binäre System der Taxonomie in der Qualitätsbewertung übernommen, ohne dass in der Bewertung auf Basis der vorliegenden Angebote interpoliert wird.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Im Folgenden sind Paragraphenzitate ohne Angabe einer Norm solche aus dem BVergG 2018.

<sup>2</sup> VO (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates v 18. 6. 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der VO (EU) 2019/2088.

<sup>3</sup> Hier abstellend auf jene Delegierten VO zur Taxonomie VO, die technische Bewertungskriterien zu den sechs Umweltzielen enthalten, die auch in Bauprojekten relevant sind. Sohin – für diese Arbeit wesentlich – die VO (EU) 2021/2139, aber auch die VO (EU) 2023/2485 und (EU) 2023/2486.

<sup>4</sup> Ist daher der AG gezwungen, mit seinem Bauprojekt bestimmte Umweltkriterien einzuhalten – sei es, dass er bestimmte Zertifizierungen benötigt oder aus anderen Gründen –, so bleibt es selbstverständlich dabei, dass er diese Umweltqualitäten als Mindestanforderung vorgeben muss. Dies ist wiederum wohl nur dann sinnvoll, wenn der AG im Gegenzug für diese zwingende Berücksichtigung bestimmter Umweltqualitäten die damit bewirkte (kaum vorab kalkulierbare) Verteuerung des Projekts und Verengung des Bietermarkts in Kauf nehmen kann.

<sup>5</sup> Das ändert nichts daran, dass auch bei Verwendung von Umweltkriterien in der Qualitätsbewertung eine Interpolation zulässig bleibt. Vgl dazu etwa Lessiak/Raab/Weigert, Nachhaltigkeit und Qualitätsbewertung, ZVB 2024, 109. Nach dem Feedback auf zwei Vorträge zu diesem Themenkreis – am Jahresforum Vergaberecht am 11. 10. 2024 sowie bei den 14. Wiener Gesprächen an der TU am 14. 11. 2024 – und mehreren Interviews mit Prakti-

## 5. Umsetzung in dieser Arbeit

Zur Bewältigung der vorgenannten Aufgabenstellungen erscheint diese Arbeit in zwei Teilen.

Der hier vorgelegte erste Teil beginnt mit einer Darstellung der für unsere Fragestellungen einschlägigen Vorgaben aus der Taxonomie VO, konkretisiert diese sodann nach den Delegierten VO und führt diese Vorgaben zusammen mit den vergaberechtlichen Vorgaben in ihrer Umsetzung mit dem vorgestellten Werkzeug der Taxonomie. Dies mündet in die daraus folgenden vertragsrechtlichen Lösungen im Bauvertrag.

Im zweiten Teil, der im nächsten Heft folgt, werden konkrete Beispiele, von Formulierungsvorschlägen für die Ausschreibung und den Bauvertrag bis hin zu konkreten Berechnungsbeispielen, insb für die Bewertung der Angebote und die Berechnung der vertraglichen Sanktionen bei Nichteinhaltung der Leistungszusagen, vorgelegt.

Dies unter der Annahme der Verwendung der LB Hochbau, sohin der Standardisierten Leistungsbeschreibung des Hochbaus, Version 022.<sup>6</sup>

Dabei ist uns natürlich bewusst, dass die hier vorgestellte Methode von den 80 Leistungsgruppen der LB-HB-022 nicht einmal im Ansatz in allen Leistungsgruppen, in denen Stahl oder Zement (als Bestandteil von Beton) im konkreten Bauprojekt vorkommen, umgesetzt werden kann, ja nicht einmal in allen Leistungspositionen jener Leistungsgruppen, in denen diese Materialien besonderes Gewicht haben, wie der (gesamten) LG 07 – Beton- und Stahlbetonarbeiten, sondern nur in (einzelnen) Leistungspositionen, deren Auswahl projektspezifisch erfolgen muss. Dies wiederum (möglichst) so, dass diese Positionen **nicht** zu z-Positionen werden, sondern durch entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen, die auch keine (grundlegende) Veränderung in der Prüfung der Angebote (Stichwort: Preisspiegel etc) erfordern.

## B. § 20 Abs 5 und Taxonomie

Das weite Feld der Gründe, aus denen ein AG bei Vergabe und Abwicklung von Bauleistungen auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht nimmt, ist kaum mehr zu überblicken und wächst stetig.

An Schlagworten seien hier nur genannt die Vorgaben des AG, mit seinem Bauprojekt bestimmte Zertifizierungen zu erreichen, die sich häufig überschneiden mit gleichsinnigen Vorgaben des Gesellschafters des öff AG, weiters die Anforderungen aus der Finanzierung von der Bewertung des Projekts bis hin zur Hoffnung auf günstigere Kredite, wenn das Projekt nicht nur taxonomiefähig, sondern auch taxonomiekonform ist, bis hin zu Marketingüberlegungen im Hinblick auf einen Nachfragermarkt, der sich zunehmend (auch) an Umweltkriterien orientiert und vieles mehr.

Nicht durchgängig, aber in einem wesentlichen Bereich münden solche Anforderungen in Mindestanforderungen an die zu legenden Angebote, deren Nichterfüllung zum Ausscheiden des Angebots führt.

Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit genügt es, auf den Vergabegrundsatz des § 20 Abs 5 abzustellen – der eine solche Beschränkung auf Mindestanforderungen gerade nicht vorsieht.

Gem § 20 Abs 5 ist im Vergabeverfahren „auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen“. Dies kann insb auch „durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien“ erfolgen. Auf die Anforderungen an diese Zuschlagskriterien und ihre Erfüllung durch Einsatz der Taxonomie wird gleich unten, bei den

Ausführungen zu § 91 Abs 4 näher eingegangen. Daher hier zunächst zur Anforderung der „Umweltgerechtigkeit“.

Die Taxonomie VO enthält (gemäß ihrem Art 1)

„die Kriterien zur Bestimmung, ob eine Wirtschaftstätigkeit als ökologisch nachhaltig einzustufen ist, um damit den Grad der ökologischen Nachhaltigkeit einer Investition ermitteln zu können“.

Für die Erfüllung der Anforderungen des § 20 Abs 5, dass auf die Umweltgerechtigkeit der ausgeschriebenen Leistungen Bedacht zu nehmen ist, genügt es, dass Leistungen so ausgeschrieben werden, dass sie nach der Taxonomie VO als „ökologisch nachhaltig einzustufen“ sind.<sup>7</sup>

Ist dies nach der Taxonomie VO der Fall, dann hat der AG zugleich auch auf die Umweltgerechtigkeit der ausgeschriebenen Leistungen Bedacht genommen.

Art 2 Z 1 der Taxonomie VO stellt ab auf „Wirtschaftstätigkeiten, die gemäß dieser Verordnung als ökologisch nachhaltig gelten“.

## C. Taxonomiefähige und taxonomiekonforme Leistung

### 1. Die Unterscheidung im Grundsatz

Das ausgesprochen komplexe System<sup>8</sup> der Taxonomie VO und ihrer Delegierten VO zur Beurteilung einer Leistung als taxonomiefähig sowie als taxonomiekonform wird hier, beschränkt auf die Anforderung der Nutzbarmachung dieser Werkzeuge für die Vergabe von Bauleistungen, nur stark verkürzt in Grundzügen dargelegt.

Die Taxonomie VO sieht vor, dass die Festlegung, welche Tätigkeiten als ökologisch nachhaltig gelten können, sohin taxonomiefähig sind, in den Delegierten VO erfolgt.<sup>9</sup>

---

kern bewerten wir den Aspekt der Kalkulationssicherheit auf beiden Seiten so hoch, dass wir in dieser Arbeit nicht nur auf die (strikten, aber klaren) Vorgaben der Delegierten VO abstellen in der Frage, was als umweltgerecht gilt und was nicht, sondern auch das dort zentrale, binäre System („entweder umweltgerecht – oder nicht“) übernehmen. Hinzu kommt noch, dass der VwGH mit Erkenntnis 25. 6. 2024 (sohin nach Publikation der vorgenannten Arbeit) zur Frage der notwendigen Spreizung durch Qualitätskriterien (Stichwort: Prozentsatz?) in höchst praxisrelevanter Weise Klarstellungen getroffen hat, deren Nutzbarmachung sich für den hier gewählten Ansatz der Beurteilung der Umweltgerechtigkeit nach den Delegierten VO geradezu anbietet – worauf daher in dieser Arbeit näher eingegangen wird.

<sup>6</sup> Abruf der verwendeten Stellen am 6. 6. 2025 unter <https://www.bmwet.gv.at/Services/Bauservice/Hochbau.html>.

<sup>7</sup> Der „Grad der ökologischen Nachhaltigkeit einer Investition“, der für die Gesamtbeurteilung einer Investition insb unter Finanzierungsaspekten in der Taxonomie VO (die sich ursprünglich primär an Finanzdienstleister richtete) eine zentrale Rolle spielt, ist für die in unserem Fall relevante Beurteilung, ob der Vergabegrundsatz des § 20 Abs 5 erfüllt ist (schon argumento „Bedacht zu nehmen“), nicht entscheidend.

<sup>8</sup> Dementsprechend gibt es eine sich rasant vermehrende Zahl an Publikationen, Ratgebern und Leitfäden zur Taxonomie VO, die sich allerdings primär mit finanztechnischen Aspekten der Beurteilung des gesamten Projekts befassen und auf die hier nicht einmal im Ansatz eingegangen werden kann. Verwiesen wird daher hier nur auf die Homepage der Europäischen Kommission. Dort gibt es unter „EU Taxonomy Navigator“ einen „EU Taxonomy Compass“ sowie einen „EU Taxonomy Calculator“, ergänzt durch weitere Unterlagen, wie FAQs, User Guide etc. All dies sollte (ausweislich der dortigen Vorstellung dieser Tools) als besonders „user-friendly website“ auch dem „Nicht-Experten“ den Umgang mit dieser Materie, insb der konkreten Anwendung der Bewertungskriterien, wesentlich erleichtern. Zur Erhöhung der Praxistauglichkeit unserer Arbeit beschränken wir uns daher auf die Darstellung der Taxonomiekonformität der Herstellung von Zement (und damit auf den wesentlichen Bestandteil von Beton) sowie von Eisen und Stahl. Auch dies reduziert auf das Umweltziel des Klimaschutzes mit der entsprechenden Darlegung der einschlägigen Vorgaben der Delegierten VO (EU) 2021/2139.

<sup>9</sup> Art 3 lit a, b und d iVm Art 23. Die in lit c enthaltene Vorgabe der Einhaltung der Mindeststandards des Art 18 hat in unseren Vergabefällen kaum praktische Relevanz. Das sind im Wesentlichen „Sozialstandards“ im weiten Sinn. Sohin die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte, Grundprinzipien und Rechte aus den acht Kernübereinkommen über grundlegende Prinzipien und

Ebenso die Festlegung der Voraussetzungen, unter denen diese Tätigkeiten auch tatsächlich als ökologisch nachhaltig gelten, sohin als taxonomiekonform. Auch dies erfolgt in den Delegierten VO.

Gegliedert sind die Delegierten VO nach den sechs in Art 9 der Taxonomie VO genannten Umweltzielen. Sie legen für jedes dieser sechs Umweltziele gesondert fest, welche Tätigkeit nach diesem Umweltziel taxonomiefähig ist. Ebenso die Kriterien, nach denen die einzelne Tätigkeit als taxonomiekonform beurteilt wird. Dies nach den in den Art 10 bis 15 (sohin für jedes Umweltziel gesondert) festgelegten Anforderungen.

Die Delegierten VO enthalten (in ihren Anhängen) detaillierte Vorgaben technischer Werte (CO<sub>2</sub>-Äquivalente sind ein zentraler Maßstab, aber auch der Anteil an Primärrohstoffen, die Energieeffizienz von Gebäudeausstattungen und vieles mehr), bei deren Einhaltung (in unserem Fall) ein Baustoff in seiner Produktion und damit in seinem Einsatz als ökologisch nachhaltig beurteilt werden kann.<sup>10</sup>

Selbstverständlich können auch andere, nicht in den Delegierten VO genannte Wirtschaftstätigkeiten als ökologisch nachhaltig iSd § 20 Abs 5 beurteilt werden. Was nach den Delegierten VO als taxonomiefähig gilt, ist sohin keine „taxative Aufzählung“ der Möglichkeiten der Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit unter vergaberechtlichen Aspekten.

Der vergaberechtliche Vorteil, wenn man sich an den in den Delegierten VO genannten Wirtschaftstätigkeiten orientiert, ist (verkürzt gesagt), dass man sich die Diskussion darüber erspart, ob diese Wirtschaftstätigkeit tatsächlich ökologisch nachhaltig sein kann. Ist sie in den Delegierten VO angeführt, dann gilt sie als **taxonomiefähig** und **kann** daher als ökologisch nachhaltig gelten.

Ob eine taxonomiefähige Wirtschaftstätigkeit im konkreten Fall auch tatsächlich ökologisch nachhaltig ist, wird wiederum nach den Kriterien der Delegierten VO beurteilt. Erfüllt eine solche Wirtschaftstätigkeit diese Kriterien, dann gilt sie als **taxonomiekonform** – und damit als ökologisch nachhaltig.

Eben dieses System kann aus unserer Sicht in Bauausschreibungen übernommen werden, wenn Leistungen ausgeschrieben werden, die (zumindest in einem erheblichen Anteil am Gesamtvolumen der Ausschreibung) taxonomiefähig sind.

## 2. DNSH-Kriterien

Ergänzt werden diese Kriterien in den Delegierten VO durch die (wiederum bei jeder Tätigkeit festgelegten) „DNSH“ (Do No Significant Harm)-Kriterien. Diese sollen – iSd Art 17 der Taxonomie VO – verhindern, dass durch eine bestimmte Tätigkeit, die nach dem jeweils geregelten Umweltziel den Kriterien für die Taxonomiekonformität entspräche, zugleich eine erhebliche Beeinträchtigung eines anderen Umweltziels erfolgt.

Dass diese DNSH-Kriterien, deren Verletzung wiederum die Beurteilung der Tätigkeit als taxonomiekonform ausschließt, durchgängig andere Grenzwerte vorsehen als bei der Beurteilung eben dieser Tätigkeit unter einem anderen Umweltziel, verringert nicht gerade die Komplexität ihrer Anwendung.

Diese Komplexität erfährt eine weitere Steigerung, wenn ein bestimmtes Produkt hinsichtlich der Vorgaben an seine Herstellung (zB bei Beton) unter der Anforderung steht, einen bestimmten Anteil an Primärrohstoffen nicht zu übersteigen (bei Beton im Regelfall 70%), diese Tätigkeit jedoch nicht gesondert als taxonomiekonform beurteilt wird, sondern im Rahmen der Beurteilung einer übergeordneten Tätigkeit (wie zB bei Beton bei der Errichtung eines Neubaus oder – abweichend geregelt – der Re-

novierung eines Gebäudes), die dann insgesamt als taxonomiekonform beurteilt werden muss, damit sie als ökologisch nachhaltig (iSd Art 3 der Taxonomie VO) gilt.<sup>11</sup>

## 3. Beschränkung auf Zement sowie Eisen und Stahl

Wir haben daraus die Konsequenz gezogen, uns mit dem Baustoff Beton in dieser Arbeit nicht gesondert zu befassen, sondern stellen auf Zement ab, der bei der Herstellung von Beton idR stets ein so großes Gewicht hat, dass iSd § 20 Abs 5 bereits dann auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht genommen wird, wenn die Herstellung des im Beton enthaltenen Zements umweltgerecht erfolgt. In dem für den zweiten Teil vorgesehenen Beispiel wird darauf näher eingegangen.

Daher beschränken wir uns im Folgenden auf die Darstellung der Anforderungen an die Produktion dieser beiden Produkte nach der Delegierten VO (EU) 2021/2139 vom 4. 6. 2021. Dort wiederum nur nach dem Umweltziel des Klimaschutzes. Sohin nicht (zusätzlich) nach dem in eben dieser VO geregelten Umweltziel der Anpassung an den Klimawandel, da es genügt, wenn die Leistung nach einem Umweltziel als ökologisch nachhaltig zu beurteilen ist.

Bevor wir daher in die Details der Vorgaben der Taxonomie an die Produktion von Zement sowie Eisen und Stahl einsteigen, ist wie folgt zusammengefasst festzuhalten:

## 4. Zwischenergebnis

Welche Wirtschaftstätigkeiten als ökologisch nachhaltig gelten können, legen die Delegierten VO fest. Die dort angeführten Tätigkeiten sind taxonomiefähig. Ob eine dieser Tätigkeiten tatsächlich ökologisch nachhaltig, sohin taxonomiekonform, erfolgt, legen die Kriterien der Delegierten VO fest.

Eine Ausschreibung erfüllt die Anforderung einer ökologischen Beschaffung nach § 20 Abs 5, dass bei der Ausschreibung auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist, wenn

- ▶ bei einem ausgeschriebenen Produkt (in unserem Beispiel Zement im Beton oder Eisen und Stahl) die Herstellung dieses Produkts von einer Delegierten VO als taxonomiefähig beurteilt wird und
- ▶ zur Erfüllung eines Qualitätskriteriums für die Zuschlagsentscheidung für die Tätigkeit der Herstellung dieses Produkts

Rechte bei der Arbeit, Charta der Menschenrechte. Das sind durchgängig Anforderungen, die im typischen österr Bauprojekt in der Ausschreibung kein Problem sind – schon weil die Einhaltung dieses Mindestschutzes ohnehin durch nationale (österr) Normen vorgegeben ist, an die sich ein (öff) AG schon routinemäßig hält.

<sup>10</sup> Diese Vorgaben müssen (gem Art 19 Abs 1 lit k der Taxonomie VO) „einfach anzuwenden sein und so festgelegt werden, dass die Überprüfung ihrer Einhaltung erleichtert wird“. Ob diese Anforderung tatsächlich durchgängig erfüllt ist, kann man durchaus kritisch sehen. Im Hinblick auf die erhoffte Verwendbarkeit unserer Arbeit in der Praxis haben wir uns daher auf (vergleichsweise weniger komplexe) Anwendungsfälle, sohin die beiden Produkte Zement (und damit auf den Leistungsträger Beton) sowie Eisen und Stahl beschränkt, ohne dass damit die Tauglichkeit anderer Tätigkeiten für diese Methode infrage gestellt würde.

<sup>11</sup> Dies nach der Delegierten VO 2023/2486, dort unter dem Umweltziel des Übergangs zu einer Kreislaufwirtschaft. In eben dieser Verordnung und unter diesem Umweltziel spielt zwar auch Zement unter dem Gesichtspunkt DNSH eine Rolle – was aber außer Betracht bleiben kann, wenn man (was unstrittig zulässig ist) eben nur die oben genannte Delegierte VO (EU) 2021/2139 und auch dies nur nach dem Umweltziel des Klimaschutzes heranzieht. Das tun wir in dieser Arbeit auch deshalb, weil die Beurteilung unter dem Umweltziel der Anpassung an den Klimawandel für die Zwecke dieser Arbeit uE keinen Mehrwert bringt und nur die Komplexität der Darstellung erhöht. Die Delegierte VO 2023/2485 spielt für die Herstellung von Zement, Eisen und Stahl oder Beton keine Rolle.

jene Kriterien verlangt werden, welche eine Delegierte VO unter einem (beliebigen) Umweltziel verlangt, damit diese Tätigkeit als taxonomiekonform beurteilt wird.

Der Anforderung „Bedacht zu nehmen“ genügt es uE, dass diese Qualitätskriterien auf einzelne Leistungspositionen beschränkt werden, solange diese Leistungspositionen in der Ausschreibung nicht bloß so gering gewichtig sind, dass sie als „Feigenblatt“ beurteilt werden müssen.

#### D. Zum Produkt Zement

Unter dem Aspekt des wesentlichen Beitrags zum Klimaschutz sind nach der Delegierten VO (EU) 2021/2139 gemäß Punkt 3.7 ihres Anhangs I die im Folgenden genannten (und im zweiten Teil unserer Arbeit in einem Beispiel umgesetzten) Kriterien als Qualitätskriterien für die Produktion des Zements festzulegen. Ihre Erfüllung durch Vorlage entsprechender Unterlagen (worauf im zweiten Teil ebenfalls eingegangen wird) ist im Angebot zuzusagen. In der Leistungserbringung sind diese Nachweise vorzulegen.

Erfasst ist die Herstellung von Zementklinker, Zement oder alternativen Bindemitteln.

Für die Herstellung des jeweiligen Produkts ist vorgegeben:

Bei Grauzementklinker müssen die spezifischen Treibhausgasemissionen<sup>12</sup> unter 0,722 t CO<sub>2</sub>-Äq/Tonne Grauzementklinker liegen.

Bei Zement aus Grauklinker oder alternativen hydraulischen Bindemitteln müssen die spezifischen Treibhausgasemissionen<sup>13</sup> durch die Herstellung des Klinkers und des Zements oder der alternativen Bindemittel weniger als 0,469 (102) t CO<sub>2</sub>-Äq je hergestellte Tonne Zement bzw alternatives Bindemittel betragen.

Wird das CO<sub>2</sub>, das ansonsten beim Herstellungsprozess emittiert würde, zum Zweck der unterirdischen Speicherung abgedichtet, so wird das CO<sub>2</sub> im Einklang mit den technischen Bewertungskriterien in den Abschnitten 5.11 und 5.12 dieses hier zitierten Anhangs I transportiert und unterirdisch gespeichert.

Zur Vorgabe der „Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen“ wird auf die Anlagen A, B, C (mit einer Ergänzung) sowie D verwiesen. Sie stellen (im Kern und verkürzt gesagt) auf das Unternehmen, in dem produziert wird, ab, insb darauf, dass keine (idR uE ohnehin unzulässigen bzw nicht dem Stand der Technik entsprechenden) Gefährdungen von diesem Produktionsbetrieb ausgehen, und sollten uE durch die Erklärung des Produktionsbetriebs, dass er diesen Vorgaben entspricht, abdeckbar sein.

#### E. Zum Produkt Eisen und Stahl

Es gilt der oben zu Zement im ersten Absatz ausgeführte Text sinngemäß.

Die Regelung erfolgt hier in Punkt 3.9 des Anhangs I.

Auch die Berechnung der Treibhausgasemissionen erfolgt wie oben (beim Zement) angegeben.

Ebenso gilt hier die oben genannte Regelung bei Abscheidung von CO<sub>2</sub> zum Zweck der unterirdischen Speicherung.

Erfasst ist die Herstellung von Eisen und Stahl.

Für die Herstellung des jeweiligen Produkts ist vorgegeben:

a) Eisen und Stahl, wenn die Treibhausgasemissionen, vermindert um die Emissionsmenge, die gemäß Anhang VII Nummer 10.1.5 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2019/331 der Erzeugung von Restgasen zugewiesen ist, die folgenden auf die verschiedenen Fertigungsschritte angewandten Werte nicht überschreiten:

- i) Flüssiges Roheisen = 1,331 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt;
- ii) Eisenerzsinter = 0,163 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt;
- iii) Koks (ausgenommen Braunkohlenkoks) = 0,144 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt;
- iv) Eisenguss = 0,299 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt;
- v) im Elektrolichtbogenverfahren gewonnener hochlegierter Stahl = 0,266 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt;
- vi) im Elektrolichtbogenverfahren gewonnener Kohlenstoffstahl = 0,209 t CO<sub>2</sub>-Äq/t Produkt.

(b) Stahl in Elektrolichtbogenöfen zur Erzeugung von im Elektrolichtbogenverfahren gewonnenem Kohlenstoffstahl oder im Elektrolichtbogenverfahren gewonnenem hochlegiertem Stahl iS der Delegierten VO (EU) 2019/331 der Kommission, mit einem Stahlschrotteeinsatz im Verhältnis zur Produktionsmenge von mindestens:

- i) 70% bei der Erzeugung von hochlegiertem Stahl;
- ii) 90% bei der Erzeugung von Kohlenstoffstahl.

Auch hier wird zur Vorgabe der „Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen“ auf die Anlagen A, B, C (mit einer Ergänzung) sowie D verwiesen – siehe oben.

#### F. § 91 Abs 4 und Taxonomie

Durch § 20 Abs 5 ist zwar die Erfüllung dieses Gebots durch umweltgerechte Mindestanforderungen nicht ausgeschlossen. Neben (oder statt) Mindestanforderungen ist jedoch die gesetzeskonforme Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung auch im Rahmen der Qualitätsbewertung – worauf Zuschlagskriterien eindeutig verweisen – zulässig und ausreichend.

Denn es ist zwar unstrittig, dass eine Ausschreibung von Bauleistungen, die auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung nicht Bedacht nimmt (zu ergänzen: obwohl dies nach dem Auftragsgegenstand möglich wäre) rechtswidrig und bekämpfbar ist, weil sie diesfalls gegen den genannten Vergabegrundsatz verstößt.<sup>14</sup> Die Nennung der „Zuschlagskriterien“ in § 20 Abs 5 ist jedoch klar zu trennen von Mindestanforderungen und verweist unmittelbar auf § 2 Z 22 lit d.

Nach § 2 Z 22 lit d sublit aa sind beim (hier in der Regel gebotenen Bestangebotsverfahren – dazu gleich unten) die Zuschlagskriterien so zu wählen, dass sie:

- ▶ dem AG keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen;
- ▶ die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und
- ▶ mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bieterinnen übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Der im österr Vergaberecht unstrittige Vorrang<sup>15</sup> des Bestangebotsprinzips gegenüber dem Billigstangebotsprinzip führt dazu,

<sup>12</sup> Diese werden berechnet gemäß der Delegierten VO (EU) 2019/331 der Kommission zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gem Art 10a RL 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl L 2019/59, 8).

<sup>13</sup> Diese werden wiederum berechnet gem der Delegierten VO (EU) 2019/331.

<sup>14</sup> So verweist allein das Bundesverwaltungsgericht in mehr als einem Dutzend Entscheidungen darauf, dass die Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit ein zwingend einzuhaltender Vergabegrundsatz sei – wenngleich in diesen Entscheidungen keine Anfechtung wegen Verletzung dieses Vergabegrundsatzes erfolgte.

<sup>15</sup> So ausdrücklich die EBRV 2018 zu § 91 Abs 4, die ausführen: „sofern das Bestangebotsprinzip zur Anwendung kommt (entweder weil der Qualitätsstandard nicht klar und eindeutig definiert wird oder weil dies durch das Gesetz verpflichtend vorgesehen ist), sind Ausschreibungen, die keine Zu-

dass der AG für seine Qualitätskriterien eine kriterienadäquate Quantifizierungsmethode mit Festlegung eines einheitlichen Bezugssystems<sup>16</sup> anzuwenden hat.

Mit Anerkennung des Vorrangs des Bestangebotsprinzips, sohin des Vorrangs der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots, gegenüber dem Billigstangebot sowohl im europäischen als auch im österreichischen Vergaberecht erfolgte auch eine Abkehr von der strikt einzelwirtschaftlichen Orientierung zulässiger Zuschlagskriterien.

Während nach alter Rechtslage ein Zuschlagskriterium nur dann zulässig war, wenn es einen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des AG hatte, ist diese Voraussetzung nunmehr entfallen. Jedenfalls bei umweltbezogenen und sozialpolitischen Zuschlagskriterien sind diese auch dann zulässig, wenn sie keinen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des AG haben und den allgemeinen Anforderungen genügen, sohin:<sup>17</sup>

- ▶ mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen;
- ▶ dem AG keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und
- ▶ den wesentlichen Grundsätzen des Unionsrechts (Diskriminierungsverbot!) entsprechen.

Zur Bildung eines Zuschlagskriteriums aus dem Herstellungsprozess des zu liefernden Produktes betonen die EBRV 2018 zu § 2 Z 22 lit d, dass auch die

„Faktoren des Herstellungsprozesses (zB Emissionen) ebenfalls ein zulässiges Zuschlagskriterium bilden können, auch wenn sie selbst keinen Niederschlag in der nachgefragten Leistung finden.“

Die oben geschilderten Vorgaben an Zuschlagskriterien werden daher uE erfüllt, wenn der AG aus den ausgeschriebenen Leistungen solche auswählt, die nach den Delegierten VO **taxonomiefähig** sind und diese (für einzelne Leistungspositionen) taxonomiekonform beschreibt.

In den von uns gebildeten Beispielen der Beschaffung von Zement bzw Eisen und Stahl stellt der AG zu Recht auf den Produktionsprozess ab. Dies ist – wie oben ausgeführt, schon ausweislich der EBRV 2018 zu § 2 Z 22 lit d – zulässig, da dort als zulässiges Zuschlagskriterium die „Faktoren des Herstellungsprozesses“ ausdrücklich genannt sind.

Bei dieser Vorgangsweise ist gesichert, dass die Zuschlagskriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen. Der AG wählt für sein Qualitätskriterium gerade solche Leistungen aus, die er für sein Bauvorhaben benötigt. Der Zusammenhang mit dem Gegenstand des Auftrags ist also auch dann gewahrt, wenn die Umweltgerechtigkeit der Leistung (bautechnisch) nicht notwendig ist, damit diese Leistung die (bautechnischen) Anforderungen erfüllt.

Wählt der AG zur Beurteilung der Umweltgerechtigkeit die Vorgaben der Delegierten VO für die Taxonomiekonformität, dann ist ihm auch keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt. Er hat einen durch die jeweils angewendete Delegierte VO festgelegten, objektiven Maßstab an die Beurteilung der Umweltgerechtigkeit anzulegen. Dieser Maßstab der Taxonomiekonformität ist zugleich das Bezugssystem, an dem sich der AG bei Formulierung seiner Zuschlagskriterien zu orientieren hat.

Damit ist auch sichergestellt, dass – wie dies § 2Z 22 lit d sublit aa fordert – Spezifikationen vorliegen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten und damit bewertet werden können.

Auch ein Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des Unionsrechts, insb gegen das Diskriminierungsverbot, ist nicht erkenn-

bar. Legt doch der AG Kriterien fest, die – Kraft der Taxonomie VO im Zusammenhang mit der den konkreten Leistungsteil einschlägig regelnden Delegierten VO – diese Kriterien zur Beurteilung der Umweltgerechtigkeit der Leistung europaweit einheitlich regeln.

Damit ist geklärt, dass Qualitätsvorgaben für taxonomiefähige Leistungen auch dann zulässig sind, wenn die Qualität der Umweltgerechtigkeit, die sich in der Erfüllung der Kriterien für die Taxonomiekonformität niederschlägt, keinen wirtschaftlichen Vorteil für den AG bringt. Anders gesagt: Kein wirtschaftlicher Nachteil des AG tritt ein, wenn diese Qualität zwar zugesagt, aber nicht geliefert wird.

Mit dieser Herausforderung, dass (pointiert gesagt) eine „Sanktion ohne Schaden“ vertraglich vorgesehen werden muss, die nicht einfach über den Ausweg der „Vertragsstrafe“ bewältigt werden kann,<sup>18</sup> befasst sich nachfolgend ein gesondertes Kapitel. Davor kurz zum Sonderthema der Nachweise und zur notwendigen Gewichtung dieses Qualitätskriteriums.

## G. Sonderthema Nachweise

Funktionieren kann uE die hier erörterte Vorgangsweise nur dann, wenn der AG bereits in der Ausschreibung präzise angibt, welche Nachweise der Bieter zu liefern hat, um die Erfüllung der (aus der Taxonomiekonformität abgeleiteten) Qualitätskriterien in den einzelnen Leistungspositionen zu erfüllen.

Eben diese Nachweise hat der Auftragnehmer (AN) in der Folge zum Nachweis dieser geschuldeten Leistungsqualität – bei Lieferung bzw Verwendung von Zement bzw Eisen und Stahl in diesen Leistungspositionen – dem AG (idR der ÖBA) vorzulegen.

Auf den ersten Blick erscheint dies nicht weiter problematisch. Denn schon bisher werden bestimmte Eigenschaften des gelieferten Stahls, bestimmte Eigenschaften des verwendeten (und gelieferten) Betons und seiner Bestandteile (hier: des Zements) etc durch Nachweise belegt, deren Vorhandensein – verkürzt gesagt – die ÖBA auf der Baustelle einfach und effizient kontrollieren kann.

Dass der AG dem AN auch mitteilt, welche Nachweise benötigt werden, entspricht (zumindest im Grundsatz) der diesbezüglichen Regelung der ÖNORM B 2110:2023.

Diese schreibt in ihrem Punkt 5.2.6 zwar nur vor, dass beide Vertragspartner verpflichtet sind, alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die zur Überprüfung der Einhaltung der „gesetzlichen Anforderungen“ an die eingesetzten Baumaterialien bzw Bauteile erforderlich sind. Doch ist es inzwischen gute Vertragspraxis, diesen Punkt so zu ergänzen, dass dies auch für Nachweise gilt, die zur Einhaltung der vertraglichen Anforderungen erforderlich sind.

Dennoch wurden wir insb bei unseren Interviews mit Praktikern von Seiten der AG und der AN mehrfach darauf hingewie-

schlagskriterien oder nur den Preis [...] beinhalten, rechtswidrig und bekämpfbar“. Vgl weiters die detaillierte Darlegung und dogmatische Begründung bei Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmhann* (Hrsg), GroßKomm BVergG<sup>3</sup> (2020) § 142 Rz 1 ff mwN.

<sup>16</sup> Aicher, Rz 19 zu § 142 GroßKomm BVergG<sup>3</sup>.

<sup>17</sup> Vgl Aicher, FN 9 in Rz 5 zu § 142 GroßKomm BVergG<sup>3</sup>.

<sup>18</sup> Auch dann, wenn die Vertragsstrafe vom Nachweis eines Schadens unabhängig ist, muss die schon wegen des richterlichen Mäßigungsrechts unausweichliche Frage nach dem Ausmaß des Schadens – woran sich das Mäßigungsrecht typisch orientiert – durch einen anderen Mechanismus ersetzt werden.

sen, dass dieses Thema der „richtigen Nachweise“ als besonders herausfordernd angesehen werde.

Eine generelle, einfache Antwort, wie etwa eine Auflistung der Nachweise, die europaweit anerkannt werden, um das, was die Delegierten VO zum Nachweis der Taxonomiekonformität verlangen, auch konkret nachzuweisen, wäre zwar wünschenswert, gibt es aber unseres Wissens nicht.

Dem AG bleibt es daher nicht erspart, im konkreten Einzelfall anhand der jeweils konkreten Leistungsposition mit fachtechnischer Hilfe zu ermitteln, in welcher Art der Nachweis erfolgen kann – was aber auch genügt.

Irrt hier der AG, indem er einen Nachweis vorgibt, der das nach der Delegierten VO geforderte Kriterium nicht vollständig nachweist, dann kann dies korrigiert werden, wenn es im Vergabeverfahren rechtzeitig auffällt. Wird dieser Teil der Ausschreibung bestandsfest, dann bleibt diese Festlegung bindend – auch für die Vertragsabwicklung.

Im Detail werden wir auf dieses Thema der vorzuziehenden Nachweise im zweiten Teil dieser Arbeit anhand der dort verwendeten Beispiele näher eingehen.

## H. Bewertung nach dem binären System der Taxonomie

Die Bewertungskriterien der Delegierten VO sind strikt binär.

Werden sie vollständig erfüllt, dann ist die zu bewertende Tätigkeit taxonomiekonform und gilt damit als ökologisch nachhaltig – ist unserer Diktion des § 20 Abs 5 sohin als umweltgerecht.

Werden die Vorgaben an die Taxonomiekonformität der konkreten Tätigkeiten nicht (vollständig) erfüllt, dann ist sie nicht taxonomiekonform und gilt – nach dem System der Taxonomie – nicht als ökologisch nachhaltig.

Eine „mittlere Gewichtung“ ist nicht vorgesehen.

Eine konkrete Tätigkeit kann sohin nach den Delegierten VO nicht „mehr“ oder „weniger“ taxonomiekonform sein. Es gilt ein striktes „entweder ökologisch nachhaltig – oder nicht“.

Auch vergaberechtlich ist bei Anwendung von Qualitätskriterien keine Gewichtung in der Punktevergabe vorgegeben.

Zwar hat sich der AG einer aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Bewertungsmethode zu bedienen, doch steht es ihm frei, ob er bei der Punktevergabe eine Skala verwendet oder nicht.<sup>19</sup>

Selbstverständlich darf die Methode der Punktevergabe die – verpflichtend – bekanntgegebene Gewichtung nicht verändern. Letzteres ist aber bei der auch hier in der Bewertung vorgeschlagenen binären Methode nicht der Fall.

Verwendet der AG dieses binäre System in seiner Qualitätsbewertung (wie wir es hier empfehlen), dann geht er wie folgt vor:

Aus den vom AG als taxonomiefähig beurteilten Tätigkeiten (Leistungen) seiner Ausschreibung wählt er jene aus, die nach seiner Beurteilung für ein taxonomiekonformes Angebot dieser Leistungsposition infrage kommen. Dazu mag die Beurteilung durch einen Fachmann erforderlich sein. Sie erfolgt aber nach einer klaren Vorgabe, nämlich nach der diesbezüglichen Beschreibung in der (hier vom AG ausgewählten – siehe oben) Delegierten VO für das (ebenfalls vom AG) ausgewählte Umweltziel. In unseren Beispielen sohin nach der Delegierten VO (EU) 2021/2139 unter dem Umweltziel des Klimaschutzes.

Um das Gewicht der für eine Leistungsposition vergebenen Punktezahl zu rechtfertigen, wird der AG typisch darauf achten, wie hoch der Anteil dieser Leistung an den übrigen Leistungen

ist – sei es in der Menge (im Vordersatz), sei es in dem diesen Leistungen (der Produktion dieser Leistungen) typisch angelagerten CO<sub>2</sub>-Ausstoß.

Beides – ein hoher Anteil an der Gesamtleistung sowie ein hohes Potenzial an CO<sub>2</sub>-Ausstoß – trifft (jedenfalls im typischen mittleren bis großen Bauprojekt) auf die von uns verwendeten Beispiele des Zements (in seinem Einsatz als Beton) sowie des Eisens und des Stahls zu.

Entsprechend dieser Beurteilung vergibt der AG Qualitätspunkte, wenn diese Leistung taxonomiekonform angeboten wird. Das kann selbstverständlich pro Leistungsposition erfolgen, wird aber nach den konkreten Anforderungen des Projekts verstärkt auch (nur) in Unterpositionen geschehen – was uE auch zulässig und praktikabel ist, weshalb wir hier Leistungsposition und Unterposition synonym verwenden.

Wird diese Leistungsposition taxonomiekonform angeboten, erhält der Bieter die volle, dieser Leistungsposition zugeordnete, Zahl an Qualitätspunkten. Werden die Anforderungen der Delegierten VO (auf welche die Ausschreibung verweist oder sie einfach abdruckt) nicht (und sei es auch nur knapp nicht) erfüllt, gibt es keinen Qualitätspunkt in dieser Leistungsposition.

## I. Kalkulationssicherheit für Auftraggeber und Bieter

Eine einfache Gegenrechnung ermöglicht es dem AG festzustellen, welche budgetäre Belastung er mit dieser Vorgangsweise der Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit (einzelner) Leistungspositionen auslöst.

Ausgehend von dem vom AG angenommenen Billigstpreis unterstellt der AG, dass ein Bieter, der diesen Preis anbietet, mit 100% der Preispunkte und null % der Qualitätspunkte Bestbieter ist.

Je nach der Zahl der möglichen Qualitätspunkte verringert sich die Punktezahl, die in diesem Rechenbeispiel der Bieter über den Preis erreichen muss, um Bestbieter zu werden.

Die Differenz ergibt dann das maximale Budget, das für den Fall, dass von einem Bieter sämtliche Qualitätspunkte ausgeschöpft werden, zur Verfügung stehen muss.<sup>20</sup>

Ebenso geht der Bieter vor.

Der Bieter ermittelt jenen Preis, den er als geringsten Preis anbieten kann, wenn er nichts in die Qualitätskriterien investiert.

In seiner internen Kalkulation geht der Bieter daher davon aus, dass er mit diesem Mindestpreis die volle Punktezahl in der Bewertung des Preises erhält. Dabei stellt er (zutreffend) nicht darauf ab, dass allenfalls ein anderer Bieter einen noch niedrigeren Preis anbieten könnte. Denn dieser noch niedrigere Preis ist nach der Kalkulation des Bieters unterpreisig, sodass er für den Bieter als Angebotspreis nicht infrage kommt.

Jetzt ermittelt der Bieter jene Kosten, die ihm entstehen, wenn er bei einzelnen Leistungen die Qualitätskriterien erfüllt, sohin bei den jeweils von ihm ausgewählten Leistungen die vollen Qualitätspunkte bekommt.

Das kann der Bieter auch exakt ermitteln. Denn da in der Qualitätsbewertung keine Interpolation stattfindet, insb kein

<sup>19</sup> So BVwG 20. 12. 2017, W178 2175977-2, im Wesentlichen gestützt auf EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, insb Rn 36 f, wonach (unter bestimmten Umständen) sogar eine Bekanntgabe der Bewertungsmethoden in den Ausschreibungsunterlagen dann unterbleiben kann. Vgl zu all dem *Aicher*, Rz 20 zu § 142 GroßKomm BVergG<sup>3</sup>.

<sup>20</sup> Die Unschärfe, die sich zwischen Schätzpreis des AG und tatsächlich angebotenem Bestpreis ergibt, ist das ganz normale Kalkulationsrisiko des AG in jedem Vergabeverfahren und wird bei dieser Vorgangsweise nicht verändert.

Vergleich mit der Qualität in anderen Angeboten, kann der Bieter – durch das hier übernommene binäre System – ausrechnen, wie viele Qualitätspunkte er jeweils bekommt, wenn er bei einzelnen Leistungen entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung, sohin taxonomiekonform, anbietet.

Die so ermittelte Punktezah aus den Qualitätspunkten kann der Bieter dann von der Punktezah, die er als maximale Punktezah in der Preisbewertung mit seinem Mindestpreis ermittelt hat, abziehen.

Das ist sohin jene Menge an Bewertungspunkten, die der Bieter in der Preisbewertung verlieren kann und dennoch – nach seiner Kalkulation mit seinem Mindestpreis – immer noch Bestbieter bleibt, weil er die verlorenen Punkte in der Preisbewertung durch Punkte aus der Qualitätsbewertung kompensiert.

Mit dieser Durchrechnung weiß der Bieter zugleich, welches Budget er zur Verfügung hat, um Qualitätspunkte zu erlangen.

Selbstverständlich hat der AG dafür zu sorgen, dass es keine unterschiedliche Gewichtung von Punkten aus der Qualitätsbewertung und aus der Preisbewertung gibt. Denn eine unmittelbare Umrechnung von Qualitätspunkt in Preispunkt muss möglich sein, damit diese Kalkulation funktioniert. Die Bewertung muss auch vergaberechtskonform sein, was eine unterschiedliche Gewichtung der Punkte, wenn sie nicht wiederum in eine einheitliche Gesamtgewichtung überführt wird, ohnehin nicht zulässt.

Im Ergebnis weiß daher der Bieter mit dieser Vorgangsweise, welches Budget er zur Verfügung hat, um Qualitätspunkte zu erlangen.

Dort, wo dieses Budget ausreicht, um die Qualitätspunkte zu bekommen, wird er dieses Budget zur Erreichung der Qualitätspunkte einsetzen und kann um eben diesen Betrag seinen Preis erhöhen.

Im Detail wird zur Umsetzung auf das von uns im zweiten Teil vorzulegende Berechnungsbeispiel verwiesen.

Zusammengefasst der Vorteil für den Bieter:

Die Qualitätserhöhung unter dem Aspekt der ökologischen Nachhaltigkeit der Leistung (Umweltgerechtigkeit) ermöglicht es dem Bieter, einen höheren Preis anzubieten, als er sonst anbieten könnte, wenn er im reinen Preiswettbewerb Bestbieter werden will.

Das ist zugleich der Vorteil für den AG:

Auch der öff AG kann kalkulieren, was ihn die Berücksichtigung umweltgerechter Kriterien kostet, und kann daher vorab überprüfen, ob und in welchem Umfang er sich nach den Vorgaben seines Budgets umweltgerechte Kriterien leisten kann – sofern das Budget nicht aufgestockt wird.

## J. Zum hinreichenden Gewicht des Qualitätskriteriums

Das alte Dilemma, dass bei der typischen Bauausschreibung der Bauherr nicht weniger, aber auch nicht mehr an Qualität der Bauleistungen, die er ausschreibt, benötigt, ist uE ein zentraler Grund, dass Qualitätskriterien in Bauausschreibungen trotz des klaren vergaberechtlichen Gebots ihrer Verwendung ein Schattendasein führen.

Die zahlreichen „Auswege“ der Praxis von der Verlängerung der Gewährleistungsfrist über gewichtete Bauzeitverkürzungen etc haben im Kern gemeinsam, dass ihr wirtschaftliches Gewicht gegenüber dem Preis verschwindend gering ist. Es bewegt sich typisch im einstelligen Prozentbereich und löst damit intensive Diskussionen zu Scheinkriterien (oder „Feigenblattkriterien“) aus.<sup>21</sup>

Der AN hat wenig Anreiz, in Qualitätskriterien zu investieren, wenn er nicht klar zuordnen kann, welchen Preisvorteil ihm diese Qualitätskriterien bringen. All dies führt dazu, dass die (vergaberechtlich gefährliche) Devise lautet: „Je kleiner gehalten, desto besser.“

Entsprechend vielfältig ist die Judikatur.

Als Beispiel sei hier nur genannt eine Entscheidung des UVS Tirol,<sup>22</sup> in der bei einer Gewichtung von 98% Preis und 2% Verlängerung der Gewährleistungsfrist das Qualitätskriterium als Scheinkriterium beurteilt wurde. Demgegenüber hat das BVA<sup>23</sup> bei einer Gewichtung von 97% Preis und 3% gewichteter Bauzeitverkürzung kein Scheinkriterium angenommen. Das LVwG Oberösterreich<sup>24</sup> hat wiederum noch bei 10% Gewichtung des Qualitätskriteriums der Verlängerung der Gewährleistungsfrist ein Scheinkriterium bejaht.

Anhand dieser letztgenannten Entscheidung, die vom VwGH aufgehoben wurde, hat der VwGH in seinem Erkenntnis 25. 6. 2024, Ra 2021/04/0099 Klarheit geschaffen.

Danach kommt es nur mittelbar auf die Höhe des Prozentsatzes an, um zu beurteilen, ob ein ausreichend gewichtetes Qualitätskriterium vorliegt oder bloß ein „Feigenblattkriterium“.

Entscheidend ist vielmehr, ob das Qualitätskriterium geeignet ist, eine hinreichende Spreizung der Angebote herbeizuführen **und** gewichtigen Einfluss auf das Gesamtergebnis (die Bestbieterermittlung) hat.

So können daher – wie der VwGH ausführt – selbst 10% für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist ein bloßes Feigenblattkriterium sein, wenn davon auszugehen ist, dass dieses Kriterium ohnehin von allen Bietern erfüllt werden kann und daher keine Spreizung bewirkt.

Die Vorgabe, dass das Qualitätskriterium maßgeblichen Einfluss auf das Gesamtergebnis haben muss, schließt es künftig wohl aus (oder macht es zumindest hochgradig risikobehaftet), Qualitätskriterien bloß im einstelligen Prozentbereich anzusetzen.

Im Kern kommt es auf die Tauglichkeit des Qualitätskriteriums an, eine Spreizung der Angebote zu bewirken. Das kann bei 10% gegeben sein – oder auch nicht, wenn ohnehin jeder Bieter die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, die hier zu 10 Qualitätspunkten von 100 Gesamtpunkten führt, anbieten kann. Doch könnten auch weniger als 10% noch eine hinreichende Spreizung bewirken, wenn klar ist, dass eben nur ein bestimmter Anteil von besonders leistungsfähigen Bietern diese Qualitätspunkte erlangen kann **und** der hinreichend gewichtige Einfluss auf das Gesamtergebnis begründet werden kann – etwa wegen der aus der Art des Projekts und der danach infrage kommenden Bietermarkt berechtigt erwarteten geringen Spreizung im Preis.

Gerade bei den Kriterien der ökologischen Nachhaltigkeit, wie sie die Delegierten VO für die Beurteilung als taxonomiekonform fordern, sehen wir keinen Anhaltspunkt, nach der Art dieser Kriterien (den damit verbundenen fachtechnischen Herausforderungen) ihre Eigenschaft zur Spreizung der Angebote zu verneinen. War und ist es doch zentrales Anliegen der Taxonomie VO zur Umsetzung des Green Deal, gerade jene ökologischen Gesichtspunkte in Leistungsvergaben zu forcieren, die ohne diesen (unsanften) Druck der Taxonomie VO (mit dem schla-

<sup>21</sup> Vgl für viele Aicher, Rz 12 zu § 142 GroßKomm BVergG<sup>3</sup>.

<sup>22</sup> 5. 11. 2001, UVS-2001/K 11/026-4.

<sup>23</sup> 15. 9. 2001, N-79/01-27.

<sup>24</sup> 2. 2. 2021, LVwG 840216/16/KI/CG.

genden Argument der Finanzierung – wo das Geld hinfließt, dorthin folgt der Markt) am freien Markt nicht berücksichtigt würden.

Daher ist davon auszugehen, dass gerade diese Leistungsanforderungen, die aus den Delegierten VO übernommen werden, nicht von jedem Bieter, sondern nur von besonders leistungsfähigen Bietern erfüllt werden können, sohin echter Leistungswettbewerb stattfindet.

Das bestätigt auch die uE unverändert richtige Einschätzung der Praxis, dass Nachhaltigkeitskriterien, wenn sie zu Mindestanforderungen in der Ausschreibung von Bauprojekten werden, zu einer Verengung des Bietermarkts führen, die sich kaum ein (öff) AG leisten kann bzw leisten will.

Nicht aus den Augen verloren darf allerdings werden, dass das Qualitätskriterium ein hinreichendes Gewicht haben muss, um das Gesamtergebnis, also den Zuschlag, zu rechtfertigen.

Qualitätskriterien unter 10% sind daher typisch gefährdet, als zu gering gewichtig beurteilt zu werden. Qualitätskriterien, die deutlich über 10% liegen, sind daher uE eher im sicheren Bereich.

Wir plädieren daher dafür, auch bei Bauleistungen so, wie sich dies bei Dienstleistungen schon längst durchgesetzt hat, mit diesem jetzt vorhandenen tauglichen Qualitätskriterium der Umweltgerechtigkeit von (einzelnen) Leistungen den Qualitätsanteil erheblich anzuheben und damit den letztlich weder im Interesse der AG noch im Interesse der Bieter liegenden primären Preiswettbewerb zurückzudrängen.

## **K. Konsequenzen der Nichterfüllung – bauvertragliche Umsetzung**

Fragt man nach möglichen Sanktionen, wenn sich im Zuge der Vertragsabwicklung herausstellt, dass die zugesagten Qualitätskriterien, die in der Beschreibung der Taxonomiekonformität der jeweiligen Leistungsposition festgelegt sind, nicht (zumindest nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand) erfüllt werden können bzw ganz einfach nicht erfüllt werden, bleibt als unmittelbare zivilrechtliche Konsequenz des AG selbstverständlich das Begehren nach „Ersatzvornahme“, sohin nach Lieferung einer gleichwertigen unter den Aspekten dieses Kriteriums sohin ebenfalls als taxonomiekonform zu beurteilenden Leistung.

Diese Lösung erscheint allerdings kaum als praktikabel. Denn im Regelfall steht der AG vor folgender Situation:

Ob dieses Qualitätskriterium der Taxonomiekonformität tatsächlich vollständig erfüllt ist oder nicht, hat für ihn keine wirtschaftliche (oder rechtliche) Konsequenz.

Denn jene „Qualitäten“, deren Einhaltung der AG selbst (zwingend) benötigt, hat er ohnehin als Mindestanforderungen vorgegeben. In diesen Fällen ist im Regelfall auch ein Schaden feststellbar, wenn sie nicht eingehalten werden.

Anders in unseren Fällen. Wir unterstellen hier bewusst den Extremfall, dass die Nichterfüllung dieser Qualität weder technische noch wirtschaftliche Konsequenzen für das Projekt hat.

In solchen Fällen zum Hilfsmittel der „Pönale“ zu greifen, liegt nahe – ist auch im Grundsatz richtig, aber nur differenziert möglich.

Denn auch wenn die Pönale unabhängig vom Nachweis des Eintritts eines Schadens vereinbart ist, ist doch das richterliche Mäßigungsrecht (stets – auch zwischen Kaufleuten) zwingend.

Das richterliche Mäßigungsrecht orientiert sich typisch (ganz zentral) an dem Schaden, der durch die Verletzung der pönali-

sierten Leistungspflicht tatsächlich eingetreten ist. Das ist im vorliegenden Fall kein taugliches Kriterium.

Auch hier hilft ein Ansatz aus dem Vergaberecht weiter. Das ist der vergaberechtliche Grundsatz, dass das Angebot auch bei einer Änderung der Leistungsbedingungen jene Qualität behalten muss, die es ursprünglich hatte.

Würde man daher dem AN erlauben, schlechter (weniger) zu leisten und dennoch den vollen, ungekürzten angebotenen Preis zu erhalten, nur weil kein messbarer Schaden aus der Schlechterfüllung eingetreten ist, würde er nachträglich sein Angebot verändern, nämlich die Qualität des Angebots verschlechtern.

Nur wenn der AN (zumindest) mit der vollen Differenz zwischen Minderleistung und Preis belastet wird, wahrt er die ursprüngliche Äquivalenz und damit die ursprüngliche Qualität des Angebots, die im vorliegenden Beispiel aus einer Kombination von Preis und Qualität bestand.

Der Nachteil des AG besteht zunächst darin, dass er für die Leistung durch die Wertung der Qualitätspunkte in der Vergabe mehr bezahlt hat, als er ohne die Erfüllung dieser Kriterien bezahlen hätte müssen.

Doch selbst wenn dieser AN trotz des Abzugs der Qualitätspunkte noch immer Bestbieter gewesen wäre, sohin mit dem vollen angebotenen Preis unverändert den Zuschlag erhalten hätte, muss er (zumindest) den erzielten Vorteil aus seinem vertragswidrigen Verhalten herausgeben. Dieser Vorteil, der ihm durch die Minderleistung in Wahrheit nicht zustand, ist jene Wettbewerbsposition, die er im Vergabeverfahren erzielt hat – sohin die von ihm erreichte Punktezahl.

Aus dieser Differenz zwischen den vom AN als Bieter erzielten Punkten in der Gesamtbewertung seines Angebots und der Punktezahl, die er nach Abzug jener Qualitätspunkte, deren Erhalt durch die jetzt erfolgte mangelhafte Leistungserbringung nicht gerechtfertigt ist, erhalten hätte, errechnet sich die Basis der zu vereinbarenden Pönale.

Dies erfolgt in Anwendung der oben dargestellten Umrechnung von Qualitätspunkten in Preispunkte – nur jetzt mit dem Ergebnis der Erhöhung des Preises, indem jene Preispunkte, welche durch die abzuziehenden Qualitätspunkte entfallen, durch eine Reduktion des angebotenen Preises ermittelt werden.

Sohin ist die Pönale nicht nur an der Punktezahl zu bemessen, welche dieser Bieter benötigt hätte, um Bestbieter zu bleiben. Zu berücksichtigen ist die volle Punktezahl, um sein im Zuschlag erzielt Punktergebnis zu behalten. Denn das war seine Position im Wettbewerb und ist zugleich jene Qualität seines Angebots, die es (trotz Leistungsänderung) zu erhalten gilt.

Zu dieser Basis der Pönale kommt dann noch – falls vertraglich vereinbart – ein dem Charakter der Vertragsstrafe entsprechender Zuschlag zulasten des AN hinzu.

Auch dazu werden wir im zweiten Teil Berechnungsbeispiele vorlegen.

### **Praxistipp**

Beispiele und (zusammengefasste) Praxistipps folgen im zweiten Teil.