

Professor Dr. Walter Frenz, Maître en Droit Public, Aachen

**Einbeziehung des Zertifikats „Holz von Hier“
in öffentliche Ausschreibungen**

**Gutachten im Auftrag von
Holz von Hier gemeinnützige GmbH, Bayreuth
erstellt im Oktober 2012**

Gliederung

I.	Problematik	3
II.	Zertifikat „Holz von Hier“ als technische Spezifikation.....	4
III.	Relevanz der Entfernung.....	6
1.	Europäisches Umweltrecht.....	6
2.	Frage der Diskriminierung	7
IV.	Anforderungen an die Verwendung von technischen Spezifikationen	8
V.	Verwendung als Zuschlagskriterien oder gleichwertige ökologisch vorteilhafte Wegstreckenbewältigung zur Vermeidung von CO ₂ -Emissionen	10
VI.	Auftragsbeschreibung	11
VII.	Fazit.....	11
VIII.	Konsequenzen für Unterschwellenvergaben.....	12

I. Problematik

Das Zertifikat „Holz von Hier“ bildet einen quantifizierbaren und geprüften Nachweis der möglichst geringen Transportbelastung durch Holz und damit des auch dadurch beeinflussten Klimaeffekts; es fungiert als Grundlage für einen „Klimapass“. Dabei werden die akkumulierten Transportkilometer des jeweiligen Produkts vom Waldstandort an entlang der gesamten Verarbeitungskette registriert, wodurch die Umweltauswirkungen quantifizierbar sind. So stellt der Herkunftsnachweis „Holz von Hier“ zugleich ein „Klimalabel“ dar. Zwar werden keine eigenen Kriterien für die Art der Waldbewirtschaftung angelegt. Indes wird produktspezifisch bescheinigt, dass die Transportentfernungen entlang der Verarbeitungskette nachhaltig sind. Zugleich ist Voraussetzung für eine Zertifizierung mit „Holz von Hier“, dass das Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft stammt. Dafür stehen vor allem die internationalen Siegel PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes) und FSC (Forest Stewardship Council). Die Zertifizierung „Holz von Hier“ erfolgt durch ein EDV-System, über das nach Eingabe einer ID-Nummer die Echtheit der Zertifizierung auch durch eine Vergabestelle überprüft werden kann. Zudem wird das Controllingssystem selbst einer externen Kontrolle unterzogen.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit das Label „Holz von Hier“ als technische Spezifikation in Ausschreibungsunterlagen für öffentliche Vergaben von Holz und Holzprodukten Eingang finden kann. Da das Zertifikat produktbezogen ist, steht nicht infrage, ob insoweit eine allgemeine Anforderung an die Produzenten von Holz bzw. Holzprodukten angelegt werden kann, etwa in Form einer nachhaltigen Waldwirtschaft. Vielmehr geht es um produktbezogene Leistungskriterien, wie sie die Wienstrom-Entscheidung¹ des EuGH spezifisch für ökologische Anforderungen ermöglicht hat. Gegenstand dieser Entscheidung war regenerative Energie. Hier ist umweltfreundlich erzeugtes Holz bzw. Holzprodukt das Thema.

Eine Sonderfrage bildet allerdings insoweit, ob und in welchem Maße Transportentfernungen als ökologisches Merkmal gelten können. Nähere Anhaltspunkte dafür gibt das Urteil des EuGH vom 10.05.2012 (Rs. C-268/10, Kommission/Niederlande), welches die Ausschreibung von Öko- und Fair-trade-Produkten mittels Umweltgütezeichen grundsätzlich erlaubte, aber bestimmten Bedingungen unterwarf. Diese Bedingungen müssen auch hier erfüllt sein. Insgesamt ergibt sich aber aus diesem Urteil die Tendenz, den in der Wienstrom-Entscheidung aufgestellten notwendigen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand weit auszulegen.² Danach ist auch die Transportentfernung als mögliches Zuschlagskriterium im Zusammenhang mit der Lieferung von Holz und Holzprodukten festlegbar; wegen dieses Bezugs zum umweltrelevanten Transport und zur bloßen Ortsnähe besteht, wie noch näher zu zeigen ist, keine unzulässige Diskriminierung entgegen § 2 EG Abs. 1 S. 2 VOL/A 2009 durch Bevorzugung regionaler Bieter.³

1 EuGH, Urteil v. 04.12.2003 – Rs. C-448/01 –, Slg. 2003, I-14527, VergabeR 2004, 36 – Wienstrom.

2 Siegel, EuZW 2012, 599, 600.

3 So aber Hermann, UBA-Rechtsgutachten Umweltfreundliche Beschaffung, 2012, S. 59.

Indes sind die Anforderungen an die Transparenz und Bestimmtheit der aufgestellten Kriterien zu wahren. Die Anführung eines Umweltgüteszeichens als solche genügt daher nicht. Gleichwohl kann sie der Bezugspunkt sein für einen etwaigen Nachweis von Kriterien, die materiell mit diesem Umweltgüteszeichen übereinstimmen, indes ausdrücklich in der Ausschreibung benannt werden müssen. Dies wird im Folgenden näher dargelegt.

II. Zertifikat „Holz von Hier“ als technische Spezifikation

Die EuGH-Entscheidung Kommission/Niederlande vom 10.05.2012 bezieht sich zum Teil auf technische Spezifikationen und legt für diese nähere Anforderungen fest. Eine Übertragbarkeit der darin aufgestellten Maßstäbe setzt voraus, dass auch das Zertifikat „Holz von Hier“ eine solche technische Spezifikation nach Art. 23 i.V.m. mit Anhang VI Nr. 1 der RL 2004/18/EG darstellt. Bei öffentlichen Bauaufträgen sind technische Spezifikationen sämtliche, insbesondere die in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören nach Anhang VI Nr. 1 lit. a) der RL 2004/18/EG ausdrücklich Umweltleistungsstufen sowie Produktionsprozesse und -methoden. Zu Letzteren zählt eine nachhaltige Waldwirtschaft als Methode zur Erzeugung von entsprechenden Holzprodukten. Entfernungen lassen sich darunter allerdings schwieriger fassen. Schließlich handelt es sich nicht um eine typische technische Anforderung.

Immerhin aber bildet auch die Frage der Transportentfernung eine Umweltleistungsstufe, die für das Klima spezifische Auswirkungen hat. Zudem kann zu einer Produktionsmethode gehören, Hölzer so einzusetzen, dass die Transporte möglichst gering gehalten werden. Nach dem 29. Erwägungsgrund der RL 2004/18/EG kann, wie der EuGH betont,⁴ eine bestimmte Produktionsmethode eine solche Umwelteigenschaft darstellen. Öffentliche Auftraggeber können nach dieser Erwägung, wenn sie für die technische Spezifikation eines Auftrags Umwelтанforderungen festlegen möchten, Umwelteigenschaften – wie eine bestimmte Produktionsmethode – und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt festlegen. Hier werden jedenfalls die Auswirkungen durch Transporte als Umwelteigenschaft bestimmt.

Tiefer gehend stellt sich die Frage einer solchen Auslegung vor dem Hintergrund, dass der Klimaschutz als Ziel in Art. 191 Abs. 1 4. Spiegelstrich AEUV ausdrücklich enthalten ist und zudem dort das Ursprungsprinzip genannt wird. Abgesichert wird dies schon durch die Querschnittsklausel nach Art. 11 AEUV, wonach Umwelterfordernisse und damit die in Art. 191 Abs. 1 AEUV festgelegten Ziele bei allen Unionspolitiken und -maßnahmen einzubeziehen sind.⁵ Umwelteinwirkungen sind nach dem Ursprungsprinzip des Art. 191 Abs. 2 AEUV dort zu bekämpfen,

4 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 577, Rdnr. 61.

5 Näher Frenz, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2012, Rdnr. 2385 ff.

wo sie entstehen. Für das Abfallrecht wird daraus das Prinzip der Nähe abgeleitet. Auch dieses will Transporte möglichst gering halten.⁶

Offener formuliert ist Anhang VI Nr. 1 lit. b) der RL 2004/18/EG. Danach sind technische Spezifikationen bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen Spezifikationen, die in einem Schriftstück enthalten sind, das Merkmale für ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Umwelteleistungsstufen, die Konzeption für alle Verwendungsarten („Design for all“) (einschließlich des Zugangs von Behinderten) sowie Konformitätsbewertung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Verwendung, Sicherheit oder Abmessungen des Erzeugnisses einschließlich der Vorschriften für Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitung, Produktionsprozesse und -methoden sowie über Konformitätsbewertungsverfahren. Der EuGH sah Gütezeichen als technische Spezifikationen an, die Erzeugnisse aus ökologischer Landwirtschaft kennzeichnen und dabei erhebliche Einschränkungen bei der Verwendung von Dünge- oder Schädlingsbekämpfungsmitteln beinhalten.

Zertifiziert war in diesem Fall freilich auch, Kleinerzeuger aus Entwicklungsländern zu fördern, indem mit ihnen Handelsbeziehungen gepflegt werden, die die tatsächlichen Bedürfnisse dieser Erzeuger und nicht nur die Gesetze des Marktes berücksichtigen. Dieses Gütezeichen beruht auf vier Kriterien: der gezahlte Preis muss kostendeckend sein und einen Zuschlag auf den Weltmarktpreis enthalten, die Produktion muss vorfinanziert sein und zwischen Erzeuger und Importeur müssen langfristige Handelsbeziehungen bestehen.⁷ Diese sehr weiten Kriterien entsprechen zwar nicht der Definition des Begriffs technische Spezifikation in Nr. 1 lit. b) des Anhangs VI RL 2004/18.⁸ Indes wird vorher untersucht, inwieweit die ökologische Gewinnung und damit die vorgeschriebenen Umwelteigenschaften eine technische Spezifikation darstellen und dabei den Anforderungen nach Art. 23 RL 2004/18 entsprechen. Dadurch, dass eine Anforderung in Bezug auf eine Eigenschaft des zu liefernden Kaffees und Tees unter Bezugnahme auf ein Umweltgütezeichen aufgestellt wurde, wurde eine technische Spezifikation festgelegt, die nach Art. 23 Abs. 3 lit. b) RL 2004/18/EG Leistungs- und Funktionsanforderungen beinhalten, die Umwelteigenschaften umfassen können.⁹ Die Frage des Transportes von Holz betrifft nicht das Umfeld, wie es etwa bei den Preiskriterien im Rahmen des fairen Handels zum Ausdruck kommt, sondern ist auf das Produkt und seine Behandlung bzw. Verarbeitung bezogen und so eine damit verbundene Leistungsanforderung. Damit ist die Entfernung Teil des Produktionsprozesses bzw. der -methode; jedenfalls aber eine Umwelteigenschaft, die nach Erwägungsgrund 29 sowie Art. 23 Abs. 3 RL 2004/18/EG als Umwelthanforderung durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden kann.

6 Näher sogleich III.

7 S. EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 579, Rdnr. 73.

8 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 579, Rdnr. 74.

9 So ausdrücklich EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 577, Rdnr. 61.

Es ist nicht näher bestimmt, von wem die technischen Spezifikationen festgelegt werden müssen. Der EuGH entschied zu einem privatrechtlichen Gütezeichen, welches sich auf Erzeugnisse bezieht, die zu mindestens 95 % aus ökologisch erzeugten Zutaten bestehen. Dieses Gütezeichen verwaltet eine Stiftung des niederländischen Zivilrechts, deren Ziel in der Förderung des ökologischen Landbaus besteht. Damit muss es sich insbesondere nicht um eine staatlich festgelegte technische Spezifikation handeln oder gar um eine solche, die in einer gesetzlichen Vorschrift enthalten ist. Vielmehr genügt auch die Ausarbeitung durch eine gemeinnützige Organisation, wie es für „Holz von Hier“ zutrifft.

Allerdings müssen die Anforderungen an das Umweltgütezeichen, wie es „Holz von Hier“ darstellt, nach Erwägungsgrund 29 der RL 2004/18/EG auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen im Rahmen eines Verfahrens ausgearbeitet und erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können. Die Heranziehung eines „unbestechlichen“ EDV-Systems genügt also nicht. Vielmehr sind etwa Hersteller von Holz einzubeziehen, wenn es um das Verfahren zur Verleihung des Zertifikats „Holz von Hier“ geht. Gleichwertig ist die Einbeziehung von Händlern oder Umweltorganisationen oder von Verbrauchern und damit auch von deren Organisationen. Das ökologische Bewusstsein der Verwender von Holz ist schließlich stark gestiegen, so dass auch insoweit ein interessierter Kreis besteht. Die Einbeziehung interessierter Kreise erfolgte bereits bei der Entwicklung des Systems „Holz von Hier“ auf der Basis wissenschaftlich fundierter Analysen. Ohnehin hat der EuGH die Frage der Einbeziehung interessierter Kreise in seinem Urteil vom 10.05.2012 nicht näher problematisiert. Er hob lediglich darauf ab, dass das Gütezeichen von einer Stiftung des niederländischen Rechts verwaltet wird, die übergeordnete Ziele verfolgt. Erwägungsgrund 29 der RL 2004/18/EG verlangt auch nur, dass interessierte Kreise teilnehmen können. Diesen muss also das Verfahren zur Verleihung des Gütezeichens für eine Einbringung offenstehen. „Holz von Hier“ bezieht ein nationales Kuratorium mit Umweltorganisationen wie den Verband der Landschaftspflege, die internationale Umweltorganisation IUCN (International Union for Conservation of Nature) und den Deutschen Naturschutzring, die Dachorganisation aller Naturschutzorganisationen in Deutschland, mit ein. Das genügt.

III. Relevanz der Entfernung

1. Europäisches Umweltrecht

Wie bereits angedeutet,¹⁰ ist die Frage der Transportentfernung ein wichtiger Faktor im Rahmen der europäischen Umwelt- und Klimapolitik. Dadurch wird zugleich der Ansatz des Vergaberechts in Form der europäischen Grundfreiheiten relativiert. Die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit stehen damit nicht absolut. Vielmehr können sie aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes

¹⁰ Vorstehend II.

eingeschränkt werden. Dies ist feste Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil ABDHU¹¹ und setzt sich, bezogen auf den Klimaschutz, in der PreussenElektra-Entscheidung fort, welche eine garantierte Einspeisevergütung für regenerative Energien vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten aus Gründen des Klimaschutzes für gerechtfertigt hielt.¹² Der Klimaschutz ist mittlerweile auch Bestandteil des Vertragsrechts, wie Art. 191 Abs. 1 4. Spiegelstrich AEUV zeigt. Einen besonders wichtigen Teil des Klimaschutzes bildet die Reduktion von CO₂-Emissionen, wie die sehr anspruchsvolle europäische Regulierung zu diesem Gebiet in Form der Emissionshandelsrichtlinie und die Anstrengung der Union, insoweit eine internationale Begrenzung durch eine Fortführung des Kyoto-Protokolls zu erreichen, belegen.

Bereits etabliert ist das Prinzip der Nähe, welches zugleich möglichst geringe Transporte sicherstellen will, im Bereich der Abfallbeseitigung und nunmehr auch der energetischen Verwertung. Dort wird es, gestützt auf das Ursprungsprinzip nach Art. 191 Abs. 2 AEUV, in Art. 16 AbfallRRL näher spezifiziert. Daraus lassen sich zugleich möglichst günstige Transportentfernungen ableiten.¹³ Ist damit eine günstige Transportentfernung schon für einen Bereich in einer Richtlinie und damit im sekundären Unionsrecht bestimmt, muss es öffentlichen Auftraggebern möglich sein, dieses Kriterium im Rahmen der Ausschreibung von Aufträgen als grundsätzlich zulässiges Umweltkriterium festzuschreiben. Unterstrichen wird dies durch die vermehrte Bedeutung des Klimaschutzes sowohl im europäischen Vertragsrecht als auch im Tatsächlichen. Eine Begünstigung des Umweltschutzes durch eine bestimmte Vorgehensweise kann damit, wie der EuGH auch im Urteil Kommission/Niederlande vom 10.05.2012 ausgeführt hat,¹⁴ Grundlage für eine Begünstigung im Vergabeverfahren sein. Sie muss sich freilich an die einschlägigen Bedingungen halten, die an die Auftragsvergabe zu stellen sind. Nur daran scheiterte im EuGH-Urteil vom 10.05.2012 die Begünstigung des ökologischen Landbaus. Zwar ist dieser durch die VO (EWG) Nr. 2092/91¹⁵ näher umschrieben. Indes hat der EuGH in seinem Urteil nicht verlangt, dass eine bestimmte ökologisch vorteilhafte Vorgehensweise sekundärrechtlich festgelegt ist, um bei der Vergabe begünstigt zu werden.

2. Frage der Diskriminierung

Das Vergaberecht will wie seine Grundlage, die Grundfreiheiten, den grenzüberschreitenden Leistungsaustausch sicherstellen. Daher ist eine Bevorzugung regionaler Bieter per se problematisch. Sie bildet einen Verstoß gegen europäisches Primärrecht in Form des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten sowie gegen § 97 Abs. 2 GWB und Art. 2 RL 2004/18/EG. Insoweit wird teilweise eine mittelbare Diskriminierung gesehen, „wenn beispielsweise in der Ausschreibung vorgegeben

11 EuGH, Urteil v. 07.02.1985 – Rs. 240/83 –, Slg. 1985, 531, Rdnr. 13 – Association de défense des bruleurs d’huiles usagées (ADBHU).

12 EuGH, Urteil v. 13.03.2001 – Rs. C-379/98 –, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra.

13 Näher Frenz, UPR 2009, 241 ff.

14 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 581, Rdnr. 89.

15 VO (EWG) Nr. 2092/91 des Rates vom 24.06.1991 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 198, S. 1.

wird, dass Bieter mit kurzen Transportwegen bevorzugt werden“.¹⁶ Ein solches Kriterium steht dann allerdings isoliert. Damit handelt es sich um eine faktische Bevorzugung regionaler Bieter, die kurze Transportwege haben.

Hier indes steht hinter den kurzen Transportwegen keine Bevorzugung regionaler Bieter, sondern ein ökologisches Anliegen in Form des Klimaschutzes, das vertraglich festgelegt ist. Dadurch besteht eine sachlich motivierte Differenzierung. Damit liegt schon keine Diskriminierung vor, die unionsrechtlich verboten ist. Jedenfalls besteht ein sachlicher Rechtfertigungsgrund in Form des Umwelt- und Klimaschutzes durch ökologisch vorteilhafte Transporte: Diese sind geeignet und erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen.¹⁷ Auf dieser Basis können Transportwege sehr wohl ein zulässiges Kriterium für die Auftragsvergabe bilden, ohne unzulässiger Weise diskriminierend zu sein.

Die Gefahr dieses Vorwurfs lässt sich noch eher vermeiden, wenn die Frage des Transportes nicht allein auf die Weglänge bezogen wird, sondern auf die CO₂-Emissionen. Dann können im Prinzip etwa auch ausländische Anbieter mit weiten Anfahrtswegen zum Zuge kommen, z.B. wenn sie ein ökologisch vorteilhaftes Transportmedium, wie etwa das Schiff, wählen. Sie müssten hierfür jedoch nachprüfbar belegen, dass das durch sie gelieferte Holz gegenüber vergleichbaren Produkten auf dem Markt gleichermaßen klimaschonend ist. Ohnehin kann bei Ausschreibungen in Grenznähe (z.B. Oberfranken) ein ausländischer Anbieter kürzere Weglängen haben als ein deutscher. Dem trägt auch „Holz von Hier“ als Umweltlabel Rechnung, indem nämlich die Transportentfernung und die damit verbundenen Emissionen unabhängig von Grenzen irgendwelcher Art, seien sie geografisch oder verwaltungstechnisch, erfasst werden.

IV. Anforderungen an die Verwendung von technischen Spezifikationen

Zwar können technische Spezifikationen auch Umwelteigenschaften umfassen, wie Erwägungsgrund 29 und Art. 23 Abs. 3 lit. b) RL 2004/18/EG deutlich machen.¹⁸ Indes müssen sie so genau gefasst sein, dass den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermittelt und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglicht wird. Damit wird entsprechend Art. 2 RL 2004/18/EG sichergestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich behandeln und nicht diskriminieren sowie in transparenter Weise vorgehen (Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und der Transparenz). Daher müssen die technischen Spezifikationen nach Art. 23 Abs. 2 RL 2004/18/EG allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Auch Erwägungsgrund Nr. 29 der RL 2004/18/EG hebt in seinem letzten Satz hervor, dass alle Bieter wissen müssen, „was die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers umfassen“. Vor diesem

¹⁶ Hermann, UBA Gutachten „Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung“, 2012, S. 59.

¹⁷ Vgl. zu dieser Systematik des Diskriminierungsverbots EuGH, Urteil v. 13.04.2010 – Rs. C-73/08 –, Slg. 2010, I-2735, Rdnr. 41 ff. – Bressol.

¹⁸ Näher o. II.

Hintergrund ist Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG auszulegen, der detaillierte Spezifikationen oder gegebenenfalls Teile davon verwendungsfähig macht, die in europäischen, (pluri-)nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen definiert sind.¹⁹ Damit ist zwar das Zertifikat „Holz von Hier“ als Umweltgütezeichen im Rahmen von Auftragsvergaben verwendungsfähig. Es darf aber nicht – wie übrigens ebenso wenig die anderen bekannten holzbezogenen Umweltzeichen FSC oder PEFC – als solches verwendet werden, wie schon der insoweit einschränkende Wortlaut von Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG zeigt, der nur die detaillierten Spezifikationen verwendungsfähig macht, die im Umweltgütezeichen enthalten sind. Einer extensiven Auslegung steht das Klarstellungserfordernis nach Art. 23 Abs. 3 lit. b) RL 2004/18/EG, das zugleich den Bezugspunkt von Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG bildet, entgegen.²⁰

Art. 23 Abs. 6 UAbs. 2 RL 2004/18/EG begründet nur eine Vermutungswirkung, dass die in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Spezifikationen bei Ausstattung einer Ware oder Dienstleistung mit einem bestimmten Umweltgütezeichen erfüllt sind. Indes müssen auch andere geeignete Beweismittel wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen akzeptiert werden.²¹ Damit kann das Zertifikat „Holz von Hier“ eine Vermutung begründen, dass bestimmte Produktionsprozesse bzw. -methoden bei Holz bzw. Holzprodukten erfüllt sind. Es darf aber nicht als solches einer Ausschreibung zugrunde gelegt werden. Vielmehr sind die durch dieses Zertifikat nachgewiesenen Eigenschaften verwendungsfähig.

Damit darf ein öffentlicher Auftraggeber als technische Spezifikation festlegen, dass die ausgeschriebenen Hölzer bzw. Holzprodukte mit minimalen bzw. möglichst geringen Treibhausgasemissionen insbesondere unter Berücksichtigung der transportbedingten Emissionen hergestellt bzw. verarbeitet worden sind. Noch konkreter und damit für den Auftraggeber klarer ist, wenn die Zurücklegung möglichst geringer Transportentfernungen verlangt wird. Insoweit ist allerdings auf Konflikte mit dem Diskriminierungsverbot zu achten.²² Daher muss deutlich erkennbar sein, dass es ein ökologisch motiviertes Kriterium ist, etwa durch den Zusatz „zur Vermeidung klimaschädlicher CO₂-Emissionen“ oder das Abstellen auf eine bestimmte Klimabilanz. Dies greift umso mehr, wenn die Formulierung dieser Kriterien mit einer grundsätzlichen Anforderung besonders umweltfreundlicher Beschaffung zusammen trifft, beispielsweise bei der Zielsetzung eines besonders klimafreundlichen Bauvorhabens oder in der Gemeinde festgeschriebenen Klimaschutzzielen.

Zu ungenau ist hingegen, dass verwendetes Holz überdurchschnittlich emissionsarm produziert sein sollte. Ebenso zu unkonkret ist, dass beim Einsatz von Holz auf die Verwendung von besonders klimafreundlichem Holz zu achten ist. Etwas konkreter ist, dass Holz entlang der gesamten Verarbeitungskette emissionsarm produziert wurde. Aber auch insoweit ist erforderlich, dass der

19 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 577 f., Rdnr. 62.

20 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 578, Rdnr. 63.

21 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 578, Rdnr. 64 f.

22 S. vorstehend III.2.

Bieterkreis erlassen kann, was konkret darunter zu verstehen ist. Ihm muss klar sein, nach welchen Kriterien der öffentliche Auftraggeber auswählt.

Dementsprechend verlangte der EuGH in seiner Entscheidung vom 10.05.2012, dass die detaillierten Umwelteigenschaften ausdrücklich angegeben werden, auch wenn die für ein Umweltzeichen festgelegten Eigenschaften zugrunde gelegt werden.²³ Diese Angabe der detaillierten Umwelteigenschaften sah der EuGH als unerlässlich an, „um es potentiellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen, ohne dass sie also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Lauf der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein Umweltgütezeichen geltenden Kriterien ausgesetzt sind“.²⁴ Diese Gefahr besteht bei vagen Kriterien wie emissionsarm oder klimafreundlich. Vielmehr sind hier ganz konkrete Bedingungen wie etwa eine möglichst geringe Transportentfernung in der Produktionskette oder eine Klimabilanz, die bestimmte angegebene Vorgaben erfüllt, zu verwenden.

V. Verwendung als Zuschlagskriterien oder gleichwertige ökologisch vorteilhafte Wegstreckenbewältigung zur Vermeidung von CO₂-Emissionen

Diese hinreichende Genauigkeit der zugrunde gelegten Kriterien ergibt sich auch aus einer Verwendung als Zuschlagskriterium nach Art. 53 RL 2004/18/EG, und zwar auch dann, wenn man die Frage der Entfernung nicht als technische Spezifikation einstuft.²⁵ Dann kann dieser Aspekt immer noch als Zuschlagskriterium herangezogen werden, wie dies schon für die Förderung von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern gilt, die nicht als technische Spezifikation vom EuGH akzeptiert wurde.²⁶ Insoweit handelt es sich um umweltbezogene und soziale Eigenschaften, die unter Art. 53 Abs. 1 lit. a) RL 2004/18/EG fallen. Damit aber auch insoweit der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolgt und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs, darf dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden; vielmehr müssen die Zuschlagskriterien objektiv sein und den Grundsätzen der Gleichheit, der Nicht-Diskriminierung und der Transparenz entsprechen.²⁷ Aus den vorgenannten Grundsätzen sind die Zuschlagskriterien so zu formulieren, dass alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter deren genaue Bedeutung verstehen und sie somit in gleicher Weise auslegen können.²⁸

In Spezifizierung der zuletzt in Bezug genommenen Entscheidung Wienstrom legt der EuGH fest, dass ein hinreichender Auftragsbezug schon dann vorliegt, wenn keine Auswirkungen auf die allgemeine

23 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 578, Rdnr. 67.

24 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 578, Rdnr. 67.

25 S. zu den Problemen o. II.

26 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 579, 581, Rdnr. 73 und 89.

27 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 578, Rdnr. 67 unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 17.09.2002 – Rs. C-513/99 –, Slg. 2002, I-7213, VergabeR 2002, 593, Rdnr. 81 – Concordia Bus Finland m.w.N.

28 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 581, Rdnr. 88 unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 04.12.2003 – Rs. C-448/01 –, Slg. 2003, I-14527, VergabeR 2004, 36, Rdnr. 56 ff. – Wienstrom.

Einkaufspolitik der Bieter durch ein Leistungskriterium entstehen, sondern sich dieses ausschließlich auf die im Rahmen eines Auftrags zu liefernden Zutaten bezieht. Es muss sich also auf Erzeugnisse beziehen, deren Lieferung ein Teil des Gegenstands des fraglichen Auftrags ist.²⁹ Die Transportentfernung bezieht sich ausdrücklich auf das verwendete Holz bzw. die verwendeten Holzprodukte und betrifft gerade nicht die allgemeine Einkaufspolitik des Bieters. Dieser kann auch Holz verwenden, welches weite Entfernungen zurückgelegt hat, nicht allerdings für den infrage stehenden Auftrag. Nur darf nicht das Gütezeichen als solches das Leistungskriterium bilden. Insoweit sind die Grundsätze nach Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG heranzuziehen. Ein solches Gütezeichen bringt keine hinreichende Präzisierung.³⁰ Damit kann auch insoweit das Gütezeichen nur herangezogen werden, um eine Vermutungswirkung zu begründen, dass die festgelegten Leistungskriterien (hier in Form einer begrenzten Transportentfernung) eingehalten sind.

VI. Auftragsbeschreibung

Eine noch stärkere, da nicht abdingbare Fixierung auf Hölzer und Holzprodukte mit einer möglichst geringen Transportentfernung bringt eine entsprechende Definition des Auftragsgegenstandes mit sich, die sich freilich sachgerecht auf die jeweilige Leistung beziehen muss. Dadurch wird bereits der Inhalt der Beschaffung geprägt. Es können dabei anerkanntermaßen umweltgerechte Produktionsverfahren als bestimmte Vorgehensweise bei der Leistungserbringung festgelegt werden.³¹ Ist dies schon für gebietseigene Gehölze möglich,³² kommt dieser Weg erst recht für Hölzer und Holzprodukte mit einer möglichst geringen Transportentfernung in Betracht. Gerade bei Einsätzen mit ökologischem Anspruch handelt es sich insoweit um ein essenzielles Produktmerkmal.

VII. Fazit

Die Frage der Transportentfernung kann bei Hölzern und Holzprodukten als technische Spezifikation bzw. als Leistungskriterium in die Ausschreibung von öffentlichen Aufträgen Eingang finden. Allerdings muss dieses Kriterium hinreichend klar, präzise und eindeutig formuliert werden. So genügt nach dem EuGH nicht etwa die Verpflichtung, „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beizutragen“.³³ Erst recht darf dem Bieter nicht auferlegt werden, in seinem Angebot anzugeben, auf welche Weise er diese Kriterien erfüllen will.³⁴ Vielmehr ist die Frage, wie die Nachhaltigkeit verbessert werden soll, bereits vom Auftraggeber im Auftrag durch konkrete

29 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 581, Rdnr. 90.

30 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 581 f., Rdnr. 94 ff.

31 Fischer/Barth, NVwZ 2002, 1184, 1186.

32 Im Einzelnen Frenz/Hellenbroich, VergabeR 2010, 30, 35 f.

33 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 584, Rdnr. 110.

34 EuGH, Urteil v. 10.05.2012 – Rs. C-368/10 –, VergabeR 2012, 569, 584, Rdnr. 110.

Kriterien zu spezifizieren, indem etwa die Frage der Transportentfernung als Maßstab genommen wird. Eine Aufnahme schon in die Auftragsbeschreibung ist ebenfalls sachgerecht und führt zur Unabdingbarkeit.

Zur Vermeidung einer diskriminierenden und damit verbotenen Begünstigung regionaler Bieter ist der Hintergrund der Nachhaltigkeit bzw. des Klimaschutzes zu nennen. Damit könnte eine Ausschreibung lauten: „Verwendetes Holz ist zur Vermeidung von CO₂-Emissionen nur in geringem Maße zu transportieren. Dies kann durch Vorlage eines Nachweises von „Holz von Hier“ oder technische Unterlagen des Anbieters oder Prüfberichte anerkannter Stellen nachgewiesen werden.“

Auf diese Weise erhalten auch ausländische Anbieter die Möglichkeit, ein adäquates Angebot abzugeben, ohne auf unüberwindliche Hürden zu stoßen. Das ändert aber nichts an der Verwendungsfähigkeit des Kriteriums einer möglichst geringen Transportentfernung. Diese kann etwa auch von grenznahen Anbietern erfüllt werden. Eine noch geringere Gefahr der Diskriminierung ausländischer Anbieter besteht, wenn auf einen CO₂-armen Transport abgehoben wird. Eine Kombination kann durch folgende Formulierung erfolgen: Verwendetes Holz ist nur in geringem Maße oder vergleichbar CO₂-arm zu transportieren, um CO₂-Emissionen zu vermeiden.

VIII. Konsequenzen für Unterschwellenvergaben

Zwar bezieht sich die vorgenannte EuGH-Entscheidung auf das einschlägige Vergabe-Sekundärrecht. Indes lassen sich ihr auch Konsequenzen für Unterschwellenvergaben entnehmen. Auch sie unterstehen dem Regime namentlich der europäischen Grundfreiheiten, jedenfalls wenn sie einen hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug haben.³⁵ Danach muss an dem Auftrag ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ nachgewiesen und nicht nur vermutet werden.³⁶ Das gilt nicht nur bei Konzessionen, sondern auch bei Unterschwellenvergaben.³⁷ Diese Hürde bestimmt sich nach objektiven Kriterien wie Auftragswert und Ausführungsart, woraus sich ein Interesse ausländischer Unternehmen ergeben kann.³⁸ Die Fähigkeit von Unternehmen zum Markteintritt genügt.³⁹ Damit kann eine diesen möglichen Markteintritt hindernde Abschirmung gegen Unternehmen aus anderen EU-Staaten erfasst werden; bloß fiktive, nicht durch nähere Analyse begründete Interessen solcher Unternehmen genügen hingegen nicht.⁴⁰

Zwar fehlt es den primärrechtlichen Vorgaben häufig an eindeutigen Aussagen. Indes gibt es maßgebliche Gesichtspunkte aus Entscheidungen des EuGH. Einschlägig sind die Grundfreiheiten

35 Näher Frenz, in: Willenbruch/Wieddekind (Hrsg.), *Kompaktkommentar Vergaberecht*, 2. Aufl. 2011, 19. Los Rdnr. 5.

36 EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – Rs. C-507/03 –, Slg. 2007, I-9777, Rdnr. 32 – An Post; gegenteilig ohne Problematisierung noch EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – Rs. C-410/04 –, Slg. 2006, I-3303, Rdnr. 21 ff. – ANAV/Bari. Und unter Bezug darauf auch wieder Urteil v. 15.10.2009 – Rs. C-196/08 –, Slg. 2009, I-9913, Rdnr. 46 ff. – Acoset.

37 EuGH, Urteil v. 21.02.2008 – Rs. C-412/04 –, Slg. 2008, I-619, Rdnr. 66 – Kommission/Italien; Urteil v. 15.05.2008 – Rs. 147 u. 148/06 –, Slg. 2008, I-3565, Rdnr. 28 – SECAP u. Santorso.

38 EuGH, Urteil v. 15.05.2008 – Rs. C-147 u. 148/06 –, Slg. 2008, I-3565, Rdnr. 31 – SECAP u. Santorso.

39 So GA Stix-Hackl, EuGH, Schlussanträge v. 12.04.2005 – Rs. C-231/03 –, Slg. 2005, I-7287, Rdnr. 27 – Coname.

40 Weiter EuGH, Urteil v. 21.07.2005 – Rs. C-231/03 –, Slg. 2005, I-7287, Rdnr. 20 f. – Coname. Näher Frenz, in: Willenbruch/Wieddekind (Hrsg.), *Kompaktkommentar Vergaberecht*, 2. Aufl. 2011, 19. Los Rdnr. 5.

sowie das Diskriminierungsverbot und ein unabhängig davon herangezogener Grundsatz der Gleichbehandlung.⁴¹ So verstößt es gegen die Dienstleistungsfreiheit, wenn nach einer Ausschreibung möglichst inländische Arbeitskräfte, Maschinen und Materialien eingesetzt werden sollen; dadurch werden Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten mittelbar am Zugang zum nationalen Markt gehindert.⁴² Erst recht darf kein Vorrang für Bieter vorgesehen werden, die einen regionalen Tätigkeitsschwerpunkt haben.⁴³

Ebenso untersagt die Dienstleistungsfreiheit, auf nationale Klassifizierungen und Anforderungsstandards Bezug zu nehmen, so auf solche nationaler Berufsverbände; auch die Eintragung in ein nationales Verzeichnis darf nicht verlangt werden.⁴⁴ Dann müssen sich ausländische Bieter erst im Hinblick auf die ihnen unbekannt nationalen Standards informieren, können dadurch in zeitliche Bedrängnis kommen, ein Angebot abzugeben oder werden von vornherein abgeschreckt. Daher müssen Anforderungen europäischer Herkunft sein oder in den Vergabeunterlagen allgemein verständlich und abschließend beschrieben werden, damit sie auch von ausländischen Bietern in gleicher Weise herangezogen und nachvollzogen werden können.⁴⁵ Demzufolge müssen mit dem Label „Holz von Hier“ gleichwertige ausländische Standards akzeptiert werden, um eine Benachteiligung ausländischer Holzanbieter zu vermeiden, sofern Sachverhalte eine grenzüberschreitende Bedeutung haben können, was bei Holzlieferungen regelmäßig der Fall ist. Die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und der Transparenz sind daher gleichermaßen wie bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte zu wahren.⁴⁶

Aachen, 30.10.2012



Prof. Dr. Walter Frenz

41 Z.B. EuGH, Urteil v. 27.10.2005 – Rs. C-234/03 –, Slg. 2005, I-9315, Rdnr. 24 ff. – Contse; Urteil v. 13.10.2005 – Rs. C-458/03 –, Slg. 2005, I-8585, Rdnr. 48 ff. – Parking Brixen.

42 EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – Rs. C-243/89 –, Slg. 1993, I-3353, Rdnr. 23 – Storebaelt.

43 EuGH, Urteil v. 03.06.1992 – Rs. C-360/89 –, Slg. 1992, I-3401, Rdnr. 8 ff. und 12 – Kommission/Italien; auch Urteil v. 27.10.2005 – Rs. C-234/03 –, Slg. 2005, I-9315, Rdnr. 42 – Contse.

44 EuGH, Urteil v. 26.09.2000 – Rs. C-225/98 –, Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 80 ff., 87 – Kommission/Frankreich.

45 Frenz, Handbuch Europarecht 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rdnr. 1742 f.

46 Näher o. IV.