

kennbar, dass es sich bei den weiteren vergaberechtlichen Verfügungen anders verhielte. Daher war die Vergabestelle umgehend nach Eröffnung des kantonalen Urteils, welches die Zulässigkeit der angefochtenen Ausschreibungsverfügung bestätigt hatte, berechtigt, das Verfahren fortzusetzen oder abubrechen (Letzteres durch anfechtbare Verfügung).

Nur bundesgerichtlich (superprovisorisch) angeordnete vorsorgliche Massnahmen können daran etwas ändern – allerdings erst ab dem Zeitpunkt ihrer Anordnung –, und für solche ist unter anderem eine Beschwerdeerhebung erforderlich (vgl. etwa BGr. 5A\_168/2007 vom 7.8.2007, E. 2).

## Kaffee: Bio und Fair Trade

Zur Zulässigkeit von ökologisch und sozial orientierten Anforderungen und Kriterien

Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.5.2012 (C-368/10); Kommission gegen Königreich der Niederlande

Martin Beyeler, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern/Zürich

### Der Fall

(S168) Die Provinz Nord-Holland schrieb einen Auftrag betreffend die Lieferung und Bewirtschaftung (Beschickung, Wartung und Unterhalt) von Heissgetränkautomaten aus und vermerkte dazu: «Ein wichtiger Gesichtspunkt ist das Bestreben der Provinz ..., die Verwendung von ökologischen und Fair-Trade-Erzeugnissen in Kaffeeautomaten zu erhöhen.» In der Tat gab die Vergabestelle im Sinne einer «Mindestanforderung» (bzw. «Qualitätsanforderung») vor, dass nur Offerten geprüft würden, welche die Verwendung von *Kaffee und Schwarztee* mit den Gütezeichen «EKO» (umweltgerechte Produktion) und «Max Havelaar» (Produkte aus sozial nachhaltigem Handel) vorsahen; überdies formulierte sie je ein Zuschlagskriterium, um die allfällige Einhaltung der Standards dieser Label bei den zu offerierenden *Zutaten* (insb. Zucker, Kakao und Milch) mit zusätzlichen Punkten zu honorieren. Darüber hinaus formulierte sie im Sinne eines «Knock-out-Kriteriums», dass die Anbieter mit Bezug auf ihre *allgemeine Geschäftstätigkeit* ein hinreichendes Niveau bezüglich der «Nachhaltigkeit der Einkäufe» und des «gesellschaftlich verantwortliche[n] Verhalten[s]» nachweisen konnten.

Die Europäische Kommission erachtete diese Ausschreibung als rechtswidrig und forderte Massnahmen, doch weil das Königreich der Niederlande den Standpunkt der vergebenden Provinz einnahm, verklagte die Kommission das Königreich vor dem Europäischen Gerichtshof.

### Der Entscheid

Der Gerichtshof widmete sich zunächst dem EKO-Gütesiegel und stellte klar, dass die entsprechenden Standards als Produkthanforderung (im Sinne einer technischen Spezifikation) betreffend die Art und Weise der Herstellung des beschafften Produktes grundsätzlich erlaubt sind (vgl. Art. 23

Abs. 6 der Richtlinie 2004/18), dass dabei aber nicht ein bestimmtes Label, sondern nur die inhaltlichen Anforderungen eines solchen verlangt werden dürfen (wobei zugunsten eines Trägers des bezeichneten Labels die Einhaltung der entsprechenden Anforderungen der Ausschreibung vermutet wird, zugleich aber für Nicht-Träger des Labels der Beweis der effektiven Einhaltung der Standards offen bleibt). Zudem muss die Vergabestelle die Normen, die sie zumindest materiell eingehalten sehen will, ausdrücklich (eindeutig identifizierbar) bezeichnen und sie, soweit zumutbar und sinnvoll, den Ausschreibungsunterlagen beilegen.

Im gleichen Sinne äusserte sich der Gerichtshof auch zum EKO-Gütesiegel als Zuschlagskriterium (vgl. Art. 53 der Richtlinie 2004/18): Soweit es (bzw. die darunter zusammengefassten Anforderungen) sich direkt auf den Auftragsgegenstand (das Produkt) selber bezieht, mit der Qualität (im Sinne von Beschaffenheit) des Produktes zusammenhängt, objektiv sowie nicht diskriminierend (sondern allgemein zugänglich) ist und transparent bekannt gemacht wird, ist es als Zuschlagskriterium zulässig. Für Milch, Kakao und Zucker kann eine Produktion gemäss den EKO-Standards demnach als Zuschlagskriterium vorgesehen werden (und analog wäre dieses Kriterium auch für Kaffee und Tee zulässig).

Ob das Gütesiegel «Max Havelaar» als zwingende Produkthanforderung (für Kaffee und Tee) nach Unionsrecht zulässig sein kann, hat der Gerichtshof aus prozessualen Gründen (keine rechtzeitige Rüge der Kommission mit Bezug auf die tatsächlich einschlägige Richtlinienbestimmung) offenlassen müssen. Immerhin hat er klargestellt, dass dieses Label sich nicht direkt auf das Produkt oder dessen Herstellung selber bezieht, sondern auf die Bedingungen, unter denen es vom ursprünglichen Produzenten erworben wird (kostendeckender Preis; Zuschlag auf dem Weltmarktpreis) und unter denen dieser seiner Herstellungstätigkeit nachgeht (Vorfiananzierung der Produktion und langfristige Handelsbeziehung), sodass es sich bei diesem Label (bzw. bei den darunter zusammengefassten Standards) nicht um eine technische Spezifikation im Sinne von Art. 23 und Anhang VI der Richtlinie 2004/18 handeln kann. Deshalb wäre – gegebenenfalls – zu prüfen, ob die Produkthanforderung «Max Havelaar» als

«Bedingung für die Auftragsausführung» betreffend «soziale Aspekte» gemäss Art. 26 der Richtlinie als zulässig erachtet werden kann.

Entschieden hat der EuGH dagegen, dass die Verwendung eines Zuschlagskriteriums, unter dem honoriert wird, inwiefern die zu liefernden Zutaten Milch, Kakao und Zucker den Standards des Gütesiegels «Max Havelaar» entsprechen, zulässig ist: Zwar schlägt sich die Einhaltung von Normen betreffend den fairen Handel nach dem Gerichtshof im Unterschied etwa zur Einhaltung von manchen Umweltstandards nicht im Produkt selber nieder. Sie ist als ideelle Produkteigenschaft zu betrachten. Doch der EuGH hat bereits im Urteil C-448/01 (4.12.2003; EVN und Wienstrom), Rn. 34, entschieden, dass Zuschlagskriterien sich nicht notgedrungen auf *innere (physische)* Eigenschaften des beschafften Produkts beziehen müssen. In casu beschränkte sich das streitbetreffende Zuschlagskriterium klar auf die tatsächlich zu liefernden Produkte (Milch, Kakao und Zucker) und betrafen nicht etwa das übrige bzw. allgemeine Wirtschaftsverhalten des Anbieters, so dass ein ausschliesslicher Produktebezug gesichert war. Gemäss dem 4. Absatz des 46. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2004/18 darf zudem eine Vergabestelle im Sinne von Zulassungsbedingungen «Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen» aufstellen, welche «insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutzniesser/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören», soweit das den Vergleich und eine objektive Beurteilung der Offerten nicht gefährdet. Aus dem Umstand, dass der 46. Erwägungsgrund die Nutzniesser bzw. Nutzer der zu beschaffenden Leistungen als Zielgruppe der sozialen Aspekte der Auftragsausführung lediglich beispielhaft nennt, schliesst der Gerichtshof, dass sich die sozial motivierten Bedingungen der Auftragsausführung auch auf die Produzenten der Leistung (und deren Arbeitnehmende) beziehen können.

Mit Bezug auf das «Knock-out-Kriterium», wonach nur solche Anbieter zugelassen wurden, die bezüglich ihres allgemeinen Geschäftsgebarens «die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten» erfüllen und in diesem Zusammenhang aufzeigen, wie sie «zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion» beitragen, stellte der Gerichtshof fest, dass dieses Kriterium «allgemein und nicht spezifisch im Zusammenhang mit dem streitigen Auftrag formuliert» war, dass aber Eignungskriterien (wie auch technische Spezifikationen oder sonstige Bewerbungsbedingungen) nur in auftragsbezogener Art zulässig sind und nicht die übrigen bzw. allgemeinen Tätigkeiten und Leistungen des Bieters betreffen dürfen.

## Anmerkungen

Was gilt in der Schweiz?

1. Klar ist auch hier zunächst, dass Label und Gütesiegel ganz allgemein nicht in einem ausschliesslichen Sinne aus-

geschrieben werden dürfen, sondern dass immer auch eine gleichwertige andersartige Erfüllung der materiellen Standards möglich sein muss.

2. Nach meinem Dafürhalten ist die im Rahmen der Produktion erfolgende und einen tieferen Preis bewirkende, systematische und grobe Verletzung von *Gesetzen, die am Produktionsstandort anwendbar sind*, oder von universellen ILO-Mindeststandards (vgl. Art. 7 Abs. 2 VöB; dazu insb. STEINER, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Studie im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz, 2. aktualisierte Fassung, Bern 2010, S. 27 ff., S. 29 ff.) stets ein Ausschlussgrund, weil solches Gebaren zu unlauterem Wettbewerb führt. Das gilt unabhängig auch davon, ob der Anbieter, sein Subunternehmer oder ein sonstwie in die offerierte Leistung Involvierter die Verletzung zu verantworten hat, und unabhängig davon, wessen Staates anwendbares Recht missachtet wird (vgl. auch STEINER, Studie 2010, S. 29 ff., der auf der Bundesebene einen Ausschlussgrund in der Verletzung von ins jeweilige Landesrecht umgesetzten ILO-Vorschriften sowie in jener der ILO-Mindeststandards – insb. des Verbots der Zwangs- und der Kinderarbeit – erkennt).

3. Ökologisch orientierte Zuschlagskriterien sind auch nach schweizerischem Vergaberecht grundsätzlich erlaubt, und zwar nicht nur dort, wo es um die Vermeidung von direkten Folgekosten (Betrachtung des Lebenszyklus) geht, sondern auch mit Bezug auf die Umweltverträglichkeit des Produktes selber und überdies mit Bezug auf die ökologischen Auswirkungen der Produktion der zu beschaffenden Leistung (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB; Art. 27 Abs. 2 VöB [vgl. auch Erläuternder Bericht VöB 2010, S. 19]; § 32 Abs. 1 VRöB; HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1405 ff., S. 1412, S. 1415 ff.; STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Studie im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes, Aarau 2006, S. 78 f., S. 81 ff.). Dabei brauchen die Anforderungen an die Produktion im Endprodukt nicht notgedrungen einen Niederschlag zu finden; «Ökostrom» kann insofern eine zulässige Grösse sein.

4. Dasselbe gilt jedenfalls auf der Bundesebene aufgrund des Art. 27 Abs. 2 VöB auch für sozial motivierte Zuschlagskriterien, denn das Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» (das neben dem Lebenszyklusansatz genannt und daher nicht mit diesem zu verwechseln ist) ist nicht nur in ökologischer, sondern ebenso in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht zu verstehen (Erläuternder Bericht VöB 2010, S. 19). Auch der § 32 Abs. 1 VRöB spricht schlicht von der «Nachhaltigkeit», sodass es nicht abwegig scheint, diesen Begriff nicht nur in wirtschaftlicher und ökologischer, sondern auch in sozialer Hinsicht zu lesen, solange es ausschliesslich um das zu beschaffende Produkt geht (zum Einbezug von Allgemeininteressen eingehend HAUSER, a.a.O., S. 1408 f.). STEINER (ELR 2012, S. 136) tritt mit Bezug auf das europäische Recht für eine zurückhaltende Gewichtung ein und insbesondere auch dafür, dass soziale Kriterien weniger stark gewichtet werden als ökologische, weil ansonsten der Wirtschaftlichkeitsbegriff überstrapaziert werde. Wenn aber die ökologische Herstellung von Strom nach dem EuGH (C-448/01 vom 4.12.2003,

Rn. 30 ff. und Rn. 35 ff.) und auch nach STEINER (ELR 2012, S. 136) zu 45 Prozent gewichtet werden darf, und wenn es zutrifft, dass damit allein der Herstellungsprozess und keine physisch vorhandene Eigenschaft des Produkts bewertet wird, ist m.E. kein Grund dafür erkennbar, dass die Berücksichtigung ökologischer Produktionsaspekte (die sich nicht im Produkt auswirken) a priori als wichtiger betrachtet werden könnte als jene von sozialen Produktionsbedingungen (die sich nicht im Produkt auswirken). Eine andere Frage ist es, wie stark ökologische und soziale Aspekte zusammengekommen gewichtet werden dürfen. – Mit Bezug auf das BÖB geht STEINER (Studie 2010, S. 34f.; zur IVöB S. 35 f.) davon aus, dass es de lege lata an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für sozial orientierte Zuschlagskriterien fehlt. Das Kriterium der «Ästhetik» und je nachdem auch jenes der «Umweltverträglichkeit» in Art. 21 Abs. 1 BÖB zeigen m.E. indes, dass das Gesetz den Wirtschaftlichkeitsbegriff äusserst breit versteht und auch immaterielle Produkteigenschaften als relevant erachtet, sodass nicht gesichert ist, ob es bei sozial orientierten Kriterien wirklich um einen ausserhalb des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes liegenden Aspekt geht, der eine Erweiterung des Art. 21 Abs. 1 BÖB erforderte.

5. Ökologisch orientierte zwingende Produkthanforderungen (betreffend die Auswirkungen des beschafften Produktes und jene seiner Herstellung auf die Umwelt) sind nach meinem Dafürhalten im Sinne von weit verstandenen «Technischen Spezifikationen» zulässig (vgl. auch STEINER, Studie 2006, S. 69 ff.), jedenfalls solange der Wettbewerb durch sie nicht ausgeschlossen wird (ansonsten gelten die strengen Regeln über die Freihandvergabe wie in anderen solchen Fällen auch: vgl. Art. XV:1 lit. b GPA).

6. Die zwingende Anforderung, das beschaffte Produkt müsse aus gerechten Produktionsbedingungen und fairem Handel stammen, kann nach dem EuGH keine Technische Spezifikation sein, weil es hier nicht um die Beschaffenheit oder Technik der Herstellung des Produkts geht. Ob das geltende Recht in der Schweiz solche Anforderungen zulässt, ist eine häufig gestellte Frage, etwa im Zusammenhang mit der Beschaffung von Naturstein oder Berufsbekleidung. Meiner Ansicht nach ist diese Frage dem Grundsatz nach im Sinne der unter dem Vorbehalt der Diskriminierung und der Wettbewerbsvernichtung sehr weit gehenden Definitionsfreiheit der Vergabestelle zu bejahen (so bezüglich des Art. 26 der Richtlinie 2004/18 auch die Generalanwältin KOKOTT in ihren Schlussanträgen zum referierten Urteil, Rn. 88; STEINER, ELR 2012, S. 135): Die Vergabestelle darf grundsätzlich genau das beschaffen, was sie will, ohne sich dafür spezifisch vergaberechtlich rechtfertigen zu müssen; insbesondere der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsatz greift im Rahmen der Definitionsfreiheit nicht. Sie darf auch Qualitätsanforderungen aufstellen, die ihr keinen direkten wirtschaftlichen Nutzen (ausser vielleicht der Förderung ihres guten Rufes) einbringen, wie zum Beispiel eine attraktive

Fassadengestaltung eines zu bauenden Hauses. Die Herkunft eines Produktes aus gerechter Produktion und fairem Handel kann heute angesichts der immer weiter reichenden Folgen allen Handelns bei vielen Erzeugnissen mit gutem Grund als relevante immaterielle Eigenschaft des Produktes selbst betrachtet werden – ganz ähnlich der Ästhetik, die viel damit zu tun hat, ob und wie gut ein Produkt seinem Besitzer behagt. Deswegen ist die ausgeschriebene zwingende Anforderung, Fair-Trade-Produkte zu offerieren, kein «government by procurement», sondern eine auf das ausgeschriebene Produkt beschränkte und weiter gehende Bemühungen nicht voraussetzende Ausschreibungsspezifikation. Damit liegt eine solche Anforderung dort, wo gleichwohl ein Markt besteht (ansonsten gelten die Regeln der Freihandvergabe), im Rahmen der weiten Definitionsfreiheit der öffentlichen Auftraggeberin (die im Zusammenhang mit solchen Anforderungen selbstredend transparent und gleichbehandelnd vorzugehen hat). Der entsprechende Wettbewerb kann dabei über zahlreiche Qualitäts- und Effizienzmechanismen funktionieren; auch wenn die Preise höher liegen als auf dem Weltmarkt, heisst das nicht, dass sie alle gleich wären. Wohl bezweckt das System des fairen Handels die Schaffung und Belebung eines Parallelmarktes, welcher aufgrund verschiedener freiwilliger Verpflichtungen der Teilnehmer (insb. der mächtigen Abnehmer) andere Gesetze und Preise kennt als der «gewöhnliche» Weltmarkt, doch weil die Definitionsfreiheit der öffentlichen Auftraggeberin dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht unterworfen ist – die Vergabestelle muss nicht die günstigste Lösung ausschreiben, die denkbar wäre –, spielt es vergaberechtlich keine Rolle, dass Produkte aus fairem Handel grundsätzlich teurer sind als ihre Pendants vom «gewöhnlichen» Weltmarkt.

7. Unzulässig, weil verpöntes direktes «government by procurement», ist es hingegen, von den Bietern ein allgemeines Engagement in ökologischer oder sozialer Hinsicht zu verlangen (vgl. STEINER, Studie, 2010, S. 36 f.: «Erkenntnis, dass «Unternehmererziehungsprogramme» nicht ins Vergaberecht gehören»). Dass es demgegenüber mitunter zulässig ist, ein allgemeines Qualitätssicherungssystem zu verlangen, ändert nichts, denn diese Anforderung ist direkt auf die Qualität der Auftragserfüllung ausgerichtet und greift nur deswegen ins gesamte Unternehmen, weil ein rein projektbezogenes Qualitätsmanagement häufig nicht dieselbe Qualität versprechen kann wie ein solches, eingebettet in ein allgemeines, unternehmensweites Qualitätsmanagement. Soweit eine sozialverträgliche und umweltgerechte Leistungserbringung ausnahmsweise tatsächlich nur bei unternehmensweiten Massnahmen möglich ist, sodass diese Massnahmen als nötig erscheinen, dürfen wohl auch soziale und ökologische Produkthanforderungen mit der Forderung nach allgemeinen Massnahmen, etwa einem allgemeinen Umweltmanagementsystem, verbunden werden.