

Bundesamt für Bauten und Logistik
Sekretariat Beschaffungskommission
des Bundes
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Bern, 15. November 2008

Vernehmlassungsantwort: Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen Stellung zu nehmen, und unterbreite Ihnen folgende Bemerkungen:

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Bisher war das Beschaffungsrecht des Bundes so ausgestaltet, dass davon die auf nationaler wie kantonaler Ebene geltenden Bestimmungen bezüglich der Löhne und Arbeitsbedingungen nicht tangiert wurden. Der vorliegende Gesetzesentwurf weicht von diesem Grundsatz ab. Er hat deshalb eine destabilisierende Wirkung auf die Löhne und Arbeitsbedingungen und schwächt die sozialpartnerschaftlichen Regelungen. Aus diesem Grund lehnt Travail.Suisse die vorgeschlagene Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) ab.

2. Rechtsvergleich und Vergleich zum europäischen Recht

Gemäss der vorgeschlagenen Totalrevision gelten für schweizerische Anbieter die Arbeitsbedingungen ihres Herkunftsortes. Die können in gewissen Fällen allerdings schlechter sein als die Arbeitsbedingungen am Leistungsort. Für ausländische Anbieter gelten aber die Arbeitsbedingungen am Leistungsort. Damit schafft der Gesetzesentwurf eine Ungleichbehandlung. Diese Ungleichheit ist nicht vereinbar mit den Verpflichtungen, welche die Schweiz mit den EU-Staaten sowie im Rahmen der WTO eingegangen ist.

Zum einen gilt im Beschaffungswesen das bilaterale Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Danach verpflichten sich die Vertragspartner zur Nichtdiskriminierung (Art. 6). Zum anderen herrscht zwischen der Schweiz und der EU die

„kleine Dienstleistungsfreiheit“. Seitens der Wettbewerbskommission wird deshalb auf eine drohende Verletzung des Diskriminierungsverbots hingewiesen, wenn das Herkunftsortsprinzip nur für Inländer gilt. Eine allfällige zulässige Diskriminierung der europäischen Anbieter nach Art. 6 Abs. 4 des bilateralen Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen müsste zumindest notifiziert und im Anhang aufgeführt werden. Der Bundesrat hat dies jedoch nicht avisiert.

Die Erfahrungen mit den flankierenden Massnahmen zeigen, dass die EU sehr genau die Markteintrittshürden in der Schweiz beobachtet und allfällige Diskriminierungen vehement anprangert. Die Folge einer Ungleichbehandlung im Beschaffungsrecht wäre, dass europäische Firmen die gleichen Anforderungen für die Teilnahme am Beschaffungsverfahren wie schweizerische Firmen verlangen würden und somit nach den Arbeitsbedingungen ihres Herkunftsortes ausschreiben dürften. Damit würden schweizerische Betriebe faktisch vom öffentlichen Beschaffungswesen ausgeschlossen.

Für Travail.Suisse ist es daher zwingend, diese Ungleichbehandlung bzw. mögliche Diskriminierung zu verhindern. Dies, indem beide - inländische wie ausländische - Anbieter sich bei Ausschreibungen an die Arbeitsbedingungen des Leistungsortes halten müssen.

3. Zu den einzelnen Punkten

3.1. Teilvereinheitlichung (Artikel 1)

Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz wird durch verschiedene Erlasse geregelt. Auf staatsvertraglicher Ebene sind sowohl WTO-Abkommen als auch bilaterale Abkommen CH / EU massgebend. Die innerstaatliche Umsetzung erfolgt auf Bundesebene (Beschaffungen des Bundes) über das BöB und auf Stufe der Kantone über eine interkantonale Vereinbarung und die kantonale Gesetzgebung. Grundsätzlich ist die Harmonisierung des Beschaffungsrechts wünschenswert. Da der Bund aber gegenüber den Kantonen keine umfassende Gesetzgebungskompetenz in Fragen des Beschaffungsrechts hat, kann sich die Vereinheitlichung nur auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beziehen. Im Übrigen haben die Kantone zahlreiche wesentliche Harmonisierungsschritte bereits autonom vollzogen.

Die Systematik des Gesetzes überzeugt nicht. So ist etwa nicht klar, welche Bereiche der Bund abschliessend regelt und wo Raum für kantonales Recht besteht (Art. 6 Ventw. BöB). Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz über die öffentlichen Beschaffungen auf kantonalen Ebene mit dem Erlass des Binnenmarktgesetzes (Art. 5 und 9) bereits ausgeschöpft. Gestützt auf seine Binnenmarktkompetenz kann der Bund den Kantonen keine weit reichenden Vorschriften über ihre Beschaffungen auferlegen.

Travail.Suisse lehnt den Vorschlag zu einer Teilvereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungsrechts ab. Die Teilvereinheitlichung führt bei den einzuhaltenden Arbeitsbedingungen zu einer Nivellierung nach unten.

3.2 Geltungsbereich (Artikel 3-4)

a) Leistungen

Aus Anhang I Annex 4 des GPA, welches auf das heutige Böb verweist, ergibt sich, dass die obligatorische Sozialversicherungen vom Submissionsrecht ausgenommen sind. Travail.Suisse geht davon aus, dass dies auch unter dem totalrevidierten Böb der Fall sein wird. Travail.Suisse würde es entschieden ablehnen, dass in Zukunft auch obligatorische Sozialversicherungen, zu denen Bund, Kantone oder Gemeinden als Arbeitgeber verpflichtet sind, unterstehen sollten.

b) Beschaffungsstellen

Gegenüber dem geltenden Recht sieht Artikel 4 vor, dass neu zahlreiche Organisationen als Beschaffungsstellen gelten, „die direkt oder indirekt dem beherrschenden Einfluss einer Beschaffungsstelle nach Buchstabe a steht“. Betroffen sein könnten unter anderem der AHV-Fonds, generell die AHV und die IV, die kantonalen Ausgleichskassen, der Sicherheitsfonds BVG, die Suva, die Publica und zahlreiche andere öffentlich-rechtlichen Pensionskassen. Travail.Suisse lehnt die Unterstellung all dieser Sozialversicherungseinrichtungen unter das Böb ab.

3.3 Einzuhaltende Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen (Artikel 25 und 29)

a) Einhaltung der Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen in der Schweiz

Bisher wurden beim öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes nur Anbieter berücksichtigt, welche die leistungsortsüblichen Arbeitsbedingungen einhielten. Die Einhaltung der am Leistungsort geltenden GAV betrifft auch jene, die nicht allgemein verbindlich erklärt worden sind.

In der vorgeschlagenen Totalrevision wird dieser Grundsatz umgestossen. Vorgesehen ist, dass nur noch die staatlich festgelegten Arbeitsbedingungen, wie allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge oder Normalarbeitsverträge mit Mindestlohnvorschriften gelten sollen. Massgebend sind dabei nicht die am Leistungsort geltenden GAV, sondern bei schweizerischen Anbietern jene GAV, die am Ort ihres Sitzes oder Niederlassung gelten. Die bisher geltenden Voraussetzungen der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen sind in Art. 29 VEntw. BoeB lediglich als Kann-Bestimmung für einen möglichen Ausschlussgrund formuliert.

Travail.Suisse befürchtet daher, dass die Einführung des Herkunftsortsprinzips und die Aufhebung der zwingenden Einhaltung der GAV zu Lohndruck führen werden.

- Es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen: Ortsfremde Anbieter, die sich nicht an die regionalen/kantonalen GAV halten müssen und die über keinen GAV oder einen minderwertigen GAV verfügen, können günstiger offerieren und haben so einen Wettbewerbsvorteil zu Lasten der Arbeitsbedingungen.

- Es kommt zu Lohndumping: Bei den Arbeitsbedingungen ist eine Nivellierung nach unten zu befürchten. Denn um konkurrenzfähig zu bleiben, werden auch in den Kantonen mit besseren Arbeitsbedingungen die Löhne gedrückt. Denn es gibt bezüglich den Arbeitsbedingungen keinen einheitlichen Schweizer Binnenmarkt, sondern entscheidende Unterschiede zwischen den Regionen.
- Wenn am Prinzip der Einhaltung der Arbeitsbedingungen des Leistungsortes gerüttelt wird, werden die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit geschwächt. Denn diese folgen ebenfalls diesem Prinzip.
- Faire regionale GAV werden aussterben: Die Arbeitgeber werden wohl kein Interesse mehr an regionalen GAV haben, denn diese behindern sie bei der Teilnahme am Beschaffungsverfahren. Die Sozialpartnerschaft in den Kantonen wird massiv geschwächt. Gleichzeitig kann die Schwächung auf gesamtschweizerischer Ebene nicht aufgefangen werden. Der Abschluss von GAV, die landesweit gelten, ist schwieriger geworden - die Tendenz läuft klar auf eine Kantonalisierung hinaus.
- Der bürokratische Aufwand für die Beschaffungsstellen wächst: Beschaffungsstellen müssten die Einhaltung verschiedenster kantonaler GAV oder anderer Bestimmungen gewährleisten. So müssten nebst den am Leistungsort geltenden GAV (die für die einheimischen und ausländischen Anbieter massgeblich sind) noch zahlreiche kantonale GAV der ortsfremden Anbieter berücksichtigt werden.

Travail.Suisse lehnt die Einführung des Herkunftsortsprinzips bei Beschaffungen des Bundes in Art. 25 Abs. 3 Entw BoeB entschieden ab. Zudem müssen bei öffentlichen Beschaffungen weiterhin alle einschlägigen GAV eingehalten werden und nicht nur jene, die allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Die Nicht-Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Art. 29 Abs. 1 lit. a) muss als zwingender Ausschlussgrund in Art. 25 Abs. 1 aufgenommen werden.

Travail.Suisse fordert auch bei Beschaffungen der Kantone die zwingende Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Damit sind die im betreffenden Kanton geltenden GAV gemeint.

b) Einhaltung der Arbeitsbedingungen bei Beschaffungen im Ausland

Der Vorschlag, dass bei Beschaffungen im Ausland zumindest die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation eingehalten werden, wird ausdrücklich begrüsst. Damit dieses Kriterium in der Praxis auch wirklich angewendet wird, sind jedoch wirksame Kontrollen bzw. eine genaue Nachweispflicht unabdingbar.

3.4 Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau (Artikel 25 und 29)

Seit 1981 ist das Recht auf gleichen Lohn für Mann und Frau für gleichwertige Arbeit in der Bundesverfassung verankert. Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann trat 1996 in Kraft. Trotzdem verdienen die Frauen in der Schweizer Privatwirtschaft markant weniger als ihre männlichen Kollegen. Die geschlechterspezifische Lohndiskriminierung ist in den letzten Jahren kaum zurückgegangen. Die Umsetzung der Lohngleichheit kann durch die vorgesehenen individualrechtlichen Klagemöglichkeiten allein nicht bewerkstelligt werden. Der Staat muss mehr Verantwortung ergreifen.

Es ist deshalb notwendig, die Nichteinhaltung der Lohngleichheit als Ausschlussgrund aufzuführen. Als Unterstützung für die Unternehmen stellt das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EGB) das Selbsttestinstrument „LOGIB“ zur Verfügung. Die Beibehaltung der Konventionalstrafe ist ein wichtiges Instrument und muss noch verschärft werden.

Zudem fordert Travail.Suisse, dass als zuständige Instanz für Kontrollen bezüglich Einhaltung der Lohngleichheit auf Bundesebene das EGB eingesetzt und mit den notwendigen Ressourcen ausgestattet wird.

3.5 Kontrolle der Arbeitsbedingungen / Sanktionen

a) Überprüfung der Einhaltung der Ausschlussgründe

Die in Art. 25 genannten Ausschlussgründe greifen nur, wenn deren Einhaltung auch überprüft wird. Laut Art. 25 soll die Anbieterin auf Anfrage hin den Nachweis erbringen, dass sie die staatlich festgelegten Arbeitsbedingungen oder die Lohngleichheit einhält.

Für Travail.Suisse ist das nicht ausreichend. Die Anbieter müssen den Nachweis nicht nur auf Anfrage erbringen, sondern bei jeder Ausschreibung. Die Wendung „auf Anfrage“ ist in Art. 25 zu streichen. Zudem darf sich der Nachweis nicht auf eine Selbstdeklaration beschränken. Travail.Suisse fordert deshalb, dass zumindest auf Verordnungsstufe die Nachweispflicht der Anbieterin konkretisiert wird. Art. 25 ist zudem mit folgendem Abschnitt zu ergänzen: *Die Beschaffungsstelle führt Kontrollen über die Einhaltung der in Abs. 1 genannten rechtlichen Anforderungen durch. Sie kann Dritte mit der Kontrolle betrauen.*

Travail.Suisse begrüsst, dass auch Unternehmen, die sich früher nicht an die Anforderungen gemäss Art. 25 Abs. 1 hielten, vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden. Dabei müssen nicht nur *schwerwiegende Verletzungen* (Art. 26 Abs. 1 lit. a), sondern sämtliche Verletzungen zum Ausschluss führen.

b) Schwarze Listen

In den Erläuterungen zu Art. 26 wird aufgeführt, dass jede Beschaffungsstelle „schwarze Listen“ führen kann, welche Anbieterinnen aufführt, die die Lohngleichheit oder andere gesetzliche Anforderungen verletzen. Diese Lösung verschafft keine Übersicht und ist wenig wirksam. Sie macht möglich, dass eine Beschaffungsstelle Kenntnis hat, dass ein Unternehmen die Lohngleichheit oder die Arbeitsbedingungen verletzt, gleichzeitig eine andere Beschaffungsstelle an genau dieses Unternehmen einen Auftrag erteilt, weil sie nicht darüber informiert ist, dass das Unternehmen auf einer schwarzen Liste ist. Zudem fehlt dieser Massnahme eine gesetzliche Grundlage.

Travail.Suisse fordert eine gesetzliche Grundlage für das Führen von schwarzen Listen analog zu den bereits vorgesehenen Listen gemäss Art. 49 Entw. BöB. Zudem müssen die Listen zentral und einheitlich geführt und verwaltet werden.

c) Konventionalstrafen

Empfindliche Konventionalstrafen sind im erläuternden Bericht zur Vernehmlassung als mögliche Sanktion aufgeführt. Etwa die Kontrollen über die Einhaltung der Lohngleichheit benötigen eine gewisse Zeit (und auch Aufwand für Unternehmen), weshalb sie meistens nicht vor Vertragsabschluss durchgeführt werden können. Aus diesem Grund ist die Konventionalstrafe im Zusammenhang mit der Lohngleichheit ein zentrales Sanktionsmittel, das allerdings nur greift, wenn dessen Höhe für das Unternehmen schmerzhaft werden kann.

Deshalb fordert Travail.Suisse eine gesetzliche Verankerung der Konventionalstrafe. Zudem muss der Mindestbetrag von 10'000 Franken angehoben und der Maximalbetrag von SFR 100'000 signifikant erhöht werden.

3.6 Abgebotsrunden (Art. 47)

Heute sind bei kantonalen Beschaffungen Verhandlungen über den Preis nicht zulässig. Der Entwurf BöB will neu Abgebotsrunden für Beschaffungen auf allen Ebenen einführen. Travail.Suisse lehnt diese Möglichkeit ab, da von Abgebotsrunden ein beträchtliches Lohndumping-Potential ausgeht. Art. 47 ist zu streichen.

3.7 Schwächung des Rechtsschutzes (Art. 68 ff. und Art. 73)

Der Vorentwurf BöB schränkt den Rechtsschutz stark ein. Dieser gilt nur bei Beschaffungen im offenen oder selektiven Ausschreibungsverfahren (Art. 68). Für Beschaffungen im Einladungsverfahren (Bsp. bei Bauleistungen unter 2 Mio. CHF oder Güter unter 250'000 CHF) sind keine Beschwerdemöglichkeiten vorgesehen.

Ein ausgebauter Rechtsschutz schafft Transparenz und stärkt die korrekte Rechtsanwendung. Zuschläge an Anbieter, welche die geltenden Arbeitsbedingungen oder andere gesetzliche Vorgaben nicht einhalten, müssen ausnahmslos angefochten werden können. Zu einer solchen Beschwerde sollten auch die Arbeitnehmerorganisationen legitimiert sein (Art. 73).

Ebenfalls problematisch ist, dass bei Beschaffungen von hoher nationaler Bedeutung die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde kategorisch entzogen ist (Art. 76).

Travail.Suisse lehnt diese Vorschläge ab und fordert Beschwerdemöglichkeiten auch bei Beschaffungen im Einladungsverfahren.

Betreffend Beschwerdelegitimation (Art. 73) fordert Travail.Suisse, dass auch paritätische Kommissionen von allgemeinverbindlich erklärten GAV in Art. 73 aufgenommen werden. Damit wird gewährleistet, dass die Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen als Abschlussgrund besser zum Tragen kommt.

3.8 Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Art. 85)

Die Koordination von Informationen über die Rechtsanwendung wird einer Kommission übertragen, die paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzt ist.

Damit auch der Vollzug der Einhaltung der Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit kompetent beurteilt werden kann, fordert Travail.Suisse, dass auch die Sozialpartner und das Eidg. Büro für Gleichstellung Einsitz in diese Kommission nehmen können.

Wir danken Ihnen, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, für die Gelegenheit zur Stellungnahme, und hoffen, dass Sie unseren Bemerkungen Rechnung tragen werden.

Mit freundlichen Grüßen

Travail.Suisse

Martin Flügel
Präsident

Susanne Blank
Leiterin Wirtschaftspolitik