



An den Grossen Rat

12.5375.02

BVD/P125375
Basel, 24. April 2013

Regierungsratsbeschluss vom 23. April 2013

Motion Dominique König-Lüdin und Konsorten betreffend „Beschaffungsgesetz: Einschränkung der Weitergabe an Subunternehmen“

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 7. Februar 2013 die nachstehende Motion Dominique König-Lüdin und Konsorten dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen:

„Während den vergangenen Wochen sind Verstösse gegen die Flankierenden Massnahmen, die die Personenfreizügigkeit regeln und einen geordneten Ablauf garantieren sollten, Gegenstand öffentlicher und politischer Kritik gewesen. Ein Problem bei der Umsetzung der gesetzlichen Grundlagen betrifft das Subunternehmertum und im Besonderen die Ketten von Subunternehmen, die von den Generalunternehmen ihre Aufträge erhalten und diese wiederum an weitere Subunternehmen weitergeben. Die Verantwortlichkeiten sind nicht bis ins letzte Glied geregelt. Vor allem wenn es um Verstösse gegen die geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen geht, ist es kaum möglich, die Gesetze zu vollziehen.

Eine Möglichkeit um diesem Tun einen Riegel zu schieben ist, die endlosen Ketten der verschiedenen Subunternehmen zu beschränken. Daher sollen in Zukunft alle Anbietenden, welche einen Auftrag im Kanton erhalten, die Aufträge nur direkt an Subunternehmen weitergeben können. Die Subunternehmen müssen dann vertraglich verpflichtet werden, die Aufträge selbst auszuführen und dürfen diese nicht weitergeben. Dies muss für alle Anbietenden nach §4 des Beschaffungsgesetzes gelten und zusätzlich dort, wo die Öffentliche Hand mehrheitlich beteiligt ist oder als Subventionsgeber auftritt.

Die Unterzeichnenden verlangen deshalb vom Regierungsrat, die entsprechenden Änderungen, resp. Ergänzungen im Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 20. Mai 1999 wie folgt vorzunehmen:

2. Nachweis und Kontrolle

§6.

³ Wer Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporäre Arbeitskräfte einsetzt, hat nachzuweisen, dass die Arbeitsbedingungen gemäss §5 dieses Gesetzes eingehalten werden.

⁴ Die Anbietenden sind dafür verantwortlich, dass die von ihnen eingesetzten Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporären Arbeitskräfte die Bestimmungen dieses Gesetzes einhalten. Dies gilt auch für General- oder Totalunternehmeraufträge.

Neu:

⁵ Die Anbietenden dürfen Subunternehmen einsetzen für ihre Aufträge. Die Subunternehmen müssen sich gegenüber den Anbietenden verpflichten, die Aufträge selbst auszuführen. Eine Weitergabe der Aufträge ist nicht möglich.

Dominique König-Lüdin, Urs Müller-Walz, Elisabeth Ackermann, Stephan Luethi-Brüderlin, Mustafa Atici, Talha Ugur Camlibel, Gülsen Oeztürk, Heidi Mück, Jürg Meyer, Urs Schweizer, Martin Lüchinger, David Wüest-Rudin, Tanja Soland“

Wir nehmen zu dieser Motion wie folgt Stellung:

1. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Motion

§ 42 Abs. 1 und 2 GO bestimmen Folgendes:

- ¹ In der Form einer Motion kann jedes Mitglied des Grossen Rates oder eine ständige Kommission den Antrag stellen, es sei der Regierungsrat zu verpflichten, dem Grossen Rat eine Vorlage zur Änderung der Verfassung oder zur Änderung eines bestehenden oder zum Erlass eines neuen Gesetzes oder eines Grossratsbeschlusses zu unterbreiten.
- ² Motionen können sich nicht auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates oder den an ihn delegierten Rechtssetzungsbereich beziehen.

Mit der vorliegenden Motion soll der Regierungsrat verpflichtet werden, dem Grossen Rat einen Entwurf zu einer Änderung respektive Ergänzung des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 20. Mai 1999 (SG 914.100) vorzulegen. Der neu beizufügende Absatz 5 will allfällig beigezogene Subunternehmen verpflichten, die Aufträge selbst auszuführen. Eine Weitergabe soll nicht mehr möglich sein. Damit hoffen die Motionärinnen und Motionäre, den in letzter Zeit festgestellten Verstössen gegen die flankierenden Massnahmen, welche auch schon u.a. in der Schriftlichen Anfrage Urs Müller-Walz „betreffend Arbeitnehmer- und KMU-Schutz durch bilaterale Verträge mit der EU akut gefährdet“ thematisiert worden sind (RRB vom 3. Juli 2012), einen Riegel zu schieben.

Bereits anlässlich der Schaffung des Beschaffungsgesetzes im Jahre 1999 wurde darüber diskutiert, ob der Beizug von Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und von temporären Arbeitskräften zuzulassen sei (vgl. Bericht der Grossratskommission Nr. 8901 vom 16. April 1999 zum Ratschlag und Entwurf 8820 zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen und Bericht zu zwei Anzügen, S. 6f.). Dies wurde bejaht unter der Bedingung, dass diese den gleichen Arbeitsbedingungen unterstellt seien wie das eigene Personal. Wörtlich heisst es im Bericht: „Der Beizug von Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und von temporären Arbeitskräften soll ausdrücklich erlaubt sein. Sie müssen jedoch den gleichen Arbeitsbedingungen unterstellt sein wie das eigene Personal. Die Beauftragten haben die nötigen Nachweise zu erbringen.“ Die entsprechende Rechtsnorm im Beschaffungsgesetz findet sich in § 6 und zwar in den Abs. 3 und 4:

„§ 6.

...

³ Wer Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporäre Arbeitskräfte einsetzt, hat nachzuweisen, dass die Arbeitsbedingungen gemäss § 5 dieses Gesetzes eingehalten werden.

⁴ Die Anbietenden sind dafür verantwortlich, dass die von ihnen eingesetzten Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporären Arbeitskräfte die Bestimmungen dieses Gesetzes einhalten. Dies gilt auch für General- oder Totalunternehmeraufträge.“

Die Motionärinnen und Motionäre wollen den im Jahre 1999 getroffenen Entscheid, den Beizug von Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und von temporären Arbeitskräften zuzulassen, nicht aufheben. Sie wollen diesen bloss darauf beschränken, dass inskünftig beigezogene Subunternehmen Aufträge selber zu erledigen haben und diese nicht nochmals weitergeben dürfen. Die heute praktizierte, mehrfache Auftragsweitergabe soll mit dem neuen Absatz 5 verhindert werden. Inländische wie ausländische Firmen, die einen dem Submissionsgesetz unterliegenden Auftrag erhalten, haben diesen selber oder durch einen einzigen beigezogenen Subunternehmer zu erledigen.

Zu prüfen ist, ob die neue Bestimmung nicht gegen Bundes-, interkantonales oder internationales Recht verstösst. Zu denken ist insbesondere an das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02.), das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422.), das Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhnen (Entsendegesetz, EntsG) vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, mit Änderungen vom 15. März 2001 (SG 914.501). Hiezu kann festgestellt werden, dass die vorgeschlagene Beschränkung der Auftragsweitergabe keine dieser höherrangigen Rechtsnormen tangiert.

Der neue Abs. 5 spricht einzig von Subunternehmen. Es fehlen die in § 6 Abs. 3 und 4 des Beschaffungsgesetzes erwähnten Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporären Arbeitskräfte. Der Klarheit wegen wäre zu empfehlen, auch in Abs. 5 diese Bezeichnungen zu wiederholen, da sich die Intension der von den Motionärinnen und Motionären formulierten Bestimmung zweifelsfrei auf alle vom Hauptunternehmen zugezogenen Beauftragten – Nachunternehmen oder einzelne Arbeitnehmer – richtet (vgl. zur Problematik der Bezeichnungen: Peter Gauch, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, Ziff. II, 2.2, in: Festschrift Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 152 ff.).

Mit der Motion wird die Änderung eines Gesetzes beantragt. Das fällt eindeutig in die Zuständigkeit des Grossen Rates als Gesetzgeber. Die Motion verlangt nicht etwas, das sich auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates bezieht. Die Motionärinnen und Motionäre fordern, dass inskünftig keine kaskadenähnliche Weitergabe von Aufträgen mehr möglich sein soll. Anbietende, denen ein Auftrag zugeteilt worden ist, dürfen auch weiterhin ein Subunternehmen, eine Unterakkordantin oder einen Unterakkordanten und temporäre Arbeitskräfte beziehen. Allerdings müssen sich diese verpflichten, die Arbeiten selbst auszuführen. Eine Weitergabe des Auftrages ihrerseits soll nicht mehr möglich sein.

2. Zum Inhalt der Motion

In der Motion wird dem Regierungsrat beantragt, zuhanden des Grossen Rates eine Änderung des Beschaffungsgesetzes auszuarbeiten, die eine kaskadenähnliche Weitergabe von Aufträgen verbietet, so dass sich zukünftig Subunternehmen gegenüber den Anbietenden verpflichten müssen, die Arbeiten selbst auszuführen.

2.1 Ausgangslage

2.1.1 Gesetzliche Regelung im Kanton Basel-Stadt

Gemäss § 3 des Beschaffungsgesetzes gilt das Gesetz für die Vergabe von Bauaufträgen, Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen. Vorliegend soll einzig die Situation in Bezug auf die Bauaufträge beleuchtet werden, da sich die Frage von Subunternehmerketten bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht oder nur am Rande stellt. Unterbreitet ein Anbieter in einem dieser drei Auftragsgattungen ein Angebot, so hat er nach § 6 Beschaffungsgesetz gegenüber den Auftraggebenden den Nachweis zu erbringen, dass die Gesamtarbeitsverträge (GAV) oder bei deren Fehlen die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen dauernd und vollumfänglich eingehalten werden. Zudem haben die Anbietenden für die von ihnen eingesetzten Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten und temporäre Arbeitskräfte nachzuweisen, dass diese die Bestimmungen des Beschaffungsgesetzes ebenfalls einhalten. Damit soll sichergestellt werden, dass bei sämtlichen Aufträgen der öffentlichen Hand die GAV befolgt werden beziehungsweise die Orts- und Branchenüblichkeit beachtet wird. Gemäss Absatz 4 von § 6 Beschaffungsgesetz sind dafür die Anbietenden, und damit auch die General- oder Totalunternehmer, verantwortlich.

2.1.2 Gesetzliche Regelung auf Bundesebene

Stammen die Anbietenden aus dem Ausland, ist in Bezug auf die Haftung der Anbietenden im Baugewerbe das Entsendegesetz zu beachten, das die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen regelt. Die vom Parlament im Rahmen des 2. Entwurfs der Entsendegesetzesrevision verabschiedete Verstärkung der Solidarhaftung wird auf den 1. Juli 2013 in Kraft treten. Ein Erstunternehmer wird demnach für die gesamte Vertragskette von Subunternehmen haftbar, d.h. er kann zivilrechtlich auf Lohnnachzahlungen belangt werden, wenn Subunternehmen zwingende Lohn- und Arbeitsbedingungen missachten. Er haftet subsidiär für Subunternehmen, wenn diese nicht von den Arbeitnehmenden direkt belangt werden können. Erstunternehmen werden damit in die Pflicht genommen, indem sie vorgängig überprüfen müssen, ob ihre Subunternehmen die Vorschriften einhalten. Jedes Subunternehmen muss gegenüber dem Erstunternehmen darlegen können, dass es sich in Bezug auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen an geltendes Schweizer Recht hält. Nur wenn der Erstunternehmer die Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht nachweisen kann, wird er von der Haftung befreit.

Im Übrigen ist der Entwurf 1 der Entsendegesetzesrevision, mit der neue Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit und Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen von Schweizer Arbeitgebenden gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen oder erleichtert allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge eingeführt wurden, bereits am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Die neu eingeführte Lohnmeldung wird per 1. Mai 2013 umgesetzt.

2.1.3 Vertragliche Regelungen

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt, das für die meisten Baustellen des Kantons zuständig ist, vereinbart vertraglich die Anwendung der SIA Norm 118. Gemäss Art. 29 Abs. 3 dieser wichtigen Norm darf der Unternehmer ein Subunternehmen nur dann beiziehen, wenn der Werkvertrag dies allgemein oder für eine bestimmte Arbeit vorsieht. Soweit der Vertrag eine Beiziehung nicht vorsieht, bedarf sie der ausdrücklichen Erlaubnis des Bauherrn. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung hat der Unternehmer für die Arbeit des Subunternehmens wie für seine eigene einzustehen.

Für den Fall der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen durch den Unternehmer oder von ihm eingesetzten Dritten (d.h. Subunternehmen, Unterakkordantinnen oder Unterakkordanten usw.) sieht der Werkvertrag des BVD eine Konventionalstrafe vor. Zudem hat der Kanton auch das vertragliche Recht, die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften jederzeit zu überprüfen resp. überprüfen zu lassen.

Bei grösseren Aufträgen, die immer häufiger an einen General- oder Totalunternehmer vergeben werden, wird der Beizug von Dritten zur Erfüllung dieser Projekte praxisgemäss noch eingehender geregelt. So muss der General- oder Totalunternehmer beispielsweise dem Kanton mitteilen, welche Subunternehmen und Subsubunternehmen er beiziehen wird. Dem Kanton steht ein Vetorecht zu, d.h. er kann ein Subsubunternehmen aus wichtigen Gründen jederzeit, somit auch nach Beginn der Arbeiten, ablehnen. Als wichtiger Grund gilt dabei insbesondere, wenn das Subsubunternehmen die Arbeitsbedingungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Auch in diesen Fällen wird vertraglich die Bezahlung einer Konventionalstrafe festgelegt. Zur Sicherstellung dieser Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Beauftragung von Subsubunternehmen stehen, wird der Kanton zusätzlich vertraglich berechtigt, auf allfällig geleistete Erfüllungsgarantien (Bankgarantien) zurückzugreifen. Liegen keine entsprechenden Erfüllungsgarantien vor, beansprucht der Kanton die Hinterlegung eines angemessenen Geldbetrages auf einem Kautionskonto.

Falls es sich im Einzelfall ausnahmsweise als erforderlich erweist, können bei Dienstleistungs- und Lieferungsaufträgen analoge vertragliche Regelungen vorgesehen werden.

2.2 Würdigung der Anliegen der Motion

Nach Auffassung der Motionärinnen und Motionären ist es kaum möglich, die oben genannten gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen einzuhalten, was sie durch die Einschränkung von Subunternehmerketten verbessern möchten.

Im Gegensatz zu einer vertraglichen Festlegung der Vertragskette im konkreten Fall, soll die vorgeschlagene gesetzliche Einschränkung auf Beschaffungen jeglicher Art Anwendung finden können, nicht nur auf grössere Bauvergaben. Aus Sicht des Regierungsrates ist es jedoch nicht sinnvoll, die gesetzliche Ausgestaltung des Vergaberechts zu sehr auf die Vergabe von Bauleistungen (und auf damit in Zusammenhang stehende branchenspezifische Problematiken) auszurichten. Würden solche Einschränkungen im Gesetz vorgeschrieben, würde dies den Ausgestaltungsspielraum der Vergabebehörden bei der Festlegung von sinnvollen, auftragspezifischen Vergabekriterien unnötig einschränken und könnte sogar zu letztlich ungünstigen Zuschlägen bei öffentlichen Aufträgen oder allenfalls sogar zur Verunmöglichung eines Verfahrens führen.

Zudem erweist sich der Beizug von Subsubunternehmen aufgrund der erforderlichen Spezialisierung oftmals als notwendig. Der Kanton als Bauherr ist im Einzelfall sogar aus bau- oder sicherheitstechnischen Gründen verpflichtet, Subsubunternehmen zuzulassen. Auch beispielsweise bei zeitlichen Verzögerungen und den damit verbundenen Kapazitätsanpassungen oder aus Gründen der Effizienz kann der Beizug von Subsubunternehmen bei grösseren Bauvorhaben sinnvoll oder allenfalls sogar erforderlich sein.

Die vorgeschlagene Einschränkung im Beschaffungsgesetz ist deshalb nicht praxistauglich. Die Arbeitsteilungen bzw. Spezialisierungen haben im Laufe der Zeit zugenommen. Es bedarf in aller Regel mehrerer Unternehmen, um einen Auftrag auszuführen. Dies gilt insbesondere, wenn der Zuschlag eines Grossprojektes an einen General- oder Totalunternehmer erfolgt. Gibt dieser beispielsweise die Hochbauarbeiten an ein Bauunternehmen weiter, so dürften diese Spezialarbeiten nicht mehr weitervergeben werden. Eine gesetzliche Bestimmung, die eine Leistungserbringung durch den Anbietenden und seine Subunternehmen festlegt, würde somit gerade bei Grossaufträgen auch den freien Wettbewerb vor allem in Bezug auf Angebote von General- und Totalunternehmern erheblich einschränken. Kleinere Betriebe würden so faktisch ausgeschlossen, und es würde dem Kanton verunmöglicht, eine fachlich gerechtfertigte Untervergabe von Aufträgen zuzulassen.

Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, hat der Bund zudem mit der Haftung des Erstunternehmers bei Subunternehmerketten ein starkes Instrument für die rechtliche Sanktionierung missbräuchlicher Untervergaben geschaffen. Denn jeder Erstunternehmer riskiert mit der Solidarhaftung zivilrechtliche Klagen, wenn er seine Subunternehmerkette nicht sehr bewusst auswählt.

Um Missbräuche wirkungsvoll verhindern zu können, wie sie jüngst (auf nicht staatlichen) Baustellen aufgetreten sind, sind die vertraglichen Steuerungsmöglichkeiten das effizienteste Mittel. Bei Bedarf oder Zweifeln an der Rechtschaffenheit von Subsubunternehmen steht es dem Kanton als Bauherr im Einzelfall frei, Subunternehmerketten vertraglich zu verbieten. Zudem hat er bei General- oder Totalunternehmeraufträgen ein Vetorecht bezüglich Subunternehmen und weiteren beigezogenen Dritten wie Subsubunternehmen.

Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, wie und durch wen die gewünschte gesetzliche Anpassung überprüft werden soll. Die vertraglichen Beziehungen können vom Kanton als Auftraggeber besser und damit griffiger überprüft und bei einem allfälligen Verstoss sanktioniert werden. Auch ohne gesetzliche Regulierung ist es schon heute möglich, Verfehlungen nachzugehen und diese zu ahnden. Eine Umsetzung der Motion würde demgegenüber den – insbesondere bei der Umsetzung von Grossprojekten erforderlichen – Gestaltungsspielraum seitens öffentlich-rechtlicher Bauherrschaft und der am Vergabeverfahren beteiligten Anbieter unnötig einschränken.

Die zulässige Anzahl an Untervergaben im Beschaffungsgesetz starr auf eine Weitervergabe zu beschränken, macht aus den dargelegten Gründen keinen Sinn. Aufgrund der ausreichenden

vertraglichen Regulierungsmöglichkeiten, dem Bedürfnis und der beschaffungsrechtlichen Pflicht des Kantons, auch kleineren Unternehmen die Möglichkeit einer Teilnahme an Grossprojekten zu schaffen sowie dem Erfordernis des Kantons, fachlich gerechtfertigte Untervergaben jederzeit zulassen zu können, ist die geforderte gesetzliche Anpassung abzulehnen. Die Lösung allfälliger Probleme beim Beizug von Subsubunternehmen ist nicht über eine neue zusätzliche Regelung im Beschaffungsgesetz herbeizuführen. Hierzu reicht das bestehende Instrumentarium aus, das genügend Möglichkeiten bereitstellt, um die Unternehmen einerseits zur Einhaltung der einschlägigen Schutzbestimmungen zu verpflichten und andererseits bei einer Missachtung der Bestimmungen die fehlbaren Unternehmen zu sanktionieren. Das Bau- und Verkehrsdepartement sowie das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt, Amt für Arbeit (AWA) sind bereits im Austausch, um sowohl auf staatlichen wie auch auf nicht staatlichen Baustellen eine noch effizientere Kontrolle der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu erreichen.

3. Antrag

Auf Grund dieser Stellungnahme beantragen wir Ihnen, die Motion Dominique König-Lüdin und Konsorten betreffend „Beschaffungsgesetz: Einschränkung der Weitergabe an Subunternehmen“ dem Regierungsrat nicht zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin