

Eidg. Finanzdepartement EFD

[direktion@bbl.admin.ch](mailto:direktion@bbl.admin.ch)

Bern, 1. Juli 2015

## **Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen, zur Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV) Stellung nehmen zu können.

### **Grundsätzliches**

#### **Schutz der Löhne und Arbeitsbedingungen muss im Zentrum stehen**

Dem öffentlichen Beschaffungswesen kommt eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung zu. Öffentliche Beschaffungen entsprechen einem Anteil am Bruttoinlandprodukt von knapp 8 Prozent. Von der Beschaffung von Bund, Kantonen und Gemeinden hängen somit über 300'000 Arbeitsplätze ab. Bund, Kantone und Gemeinden haben im Bereich der Beschaffung demzufolge eine Marktmacht, welche die Verhältnisse auf dem Schweizer Arbeitsmarkt wesentlich beeinflussen kann. Das Beschaffungswesen des Bundes und der Kantone darf nicht so ausgestaltet werden, dass davon destabilisierenden Auswirkungen auf Löhne und Arbeitsbedingungen, aber auch auf sozialpartnerschaftliche Regelungen ausgingen. An dieses Prinzip muss sich die Reform des BöB, aber auch des Ivöb halten.

Der Staat ist als Auftraggeber nicht einzig an den Primat des günstigsten Angebots gebunden. Vielmehr ist das Beschaffungswesen auch ein Instrument zur Gestaltung wirtschaftspolitischer Spielräume des Staates. Der schweizerische Arbeitsmarkt ist von regionalen Unterschieden geprägt. Aus diesem Grund kennt die Schweiz nebst national geltenden Gesamtarbeitsverträgen auch regionale GAV. Der vorliegende Entwurf missachtet die regionale Austarierung der Arbeitsbedingungen in grober Weise.

Der SGB begrüsst das Vorhaben einer Modernisierung und Anpassung der vorliegenden Rechtsgrundlagen an die GPA-Vorgaben. Wir stellen jedoch fest, dass die vorliegenden Revisionstexte durch eine Arbeitsgruppe des Bundes und der Kantone verfasst wurden. Der SGB und seine Verbände wurden im Vorfeld nicht einbezogen. Dies, obwohl die vorliegenden Vorschläge nicht eine bloße Anpassung an die GPA-Vorgaben beinhalten, sondern Totalrevisions-Charakter vorweisen.

Der SGB bittet den Bundesrat deshalb dringend, für die Ausarbeitung der eigentlichen Vorlage vor der parlamentarischen Beratung eine Runde mit den Sozialpartnern und insbesondere mit den Gewerkschaften einzuberufen. Die hier präsentierte Vorlage ist für die Gewerkschaften zentral und hat grosse Schnittpunkte mit dem Dossier der Personenfreizügigkeit und der Flankierenden Massnahmen (FlaM) und muss als solche mit den Gewerkschaften detailliert analysiert werden. Dies wurde aus unverständlichen Gründen nicht getan und muss zwingend nachgeholt werden.

Insbesondere stellen wir fest, dass die Resultate der SECO-Expertengruppe „Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktmassnahmen“ zur Verbesserung der Durchsetzung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht in der Ausarbeitung der Vorlage berücksichtigt wurden, was u.E. völlig inakzeptabel ist und viele der gravierenden inhaltlichen Schwächen der hier präsentierten Vorlage erklärt.

### **Gefährdung der Arbeitsbedingungen durch die Vorlage**

Der vorliegende Entwurf fördert, so wie er ausgestaltet ist, die Verschlechterung von Lohn- und Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmenden. Wir stellen nämlich fest, dass die vorliegenden Reformvorschläge systemisch inkongruent sind mit den Bestimmungen des Schweizer Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb, weil Arbeitgeber mit schlechten Lohn- und Arbeitsbedingungen für ihre Arbeitnehmer in der Tendenz bevorzugt werden könnten und so Arbeitgeber mit guten Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsnachteil hätten und unlauter konkurrenziert werden würden.

So regelt insbesondere der zentrale Art. 7 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), dass die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen unlauter ist, insofern Konkurrenten die Arbeitsbedingungen nicht einhalten, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt bzw. berufs- oder ortsüblich sind.

In diesem Sinne ist es ein Eckpfeiler des Schweizer Lauterkeitsrechts, dass sich konkurrenzierende Anbieter insbesondere an die ortsüblichen Arbeitsbedingungen und speziell an die Löhne der entsprechenden Branche halten müssen. Diese Orts- und Branchenüblichkeit wird anhand des Leistungsortsprinzips gemessen (bzw. am Vorliegen eines NAV oder [ave] GAV). Die vorliegende Reform hält sich nicht an diese Lauterkeitsregeln und will paradoxerweise gerade im Beschaffungswesen des Bundes Art. 7 UWG ausser Kraft setzen, also keine gleich langen Spiesse für direkte Konkurrenten. Arbeitsbedingungen werden so gefährdet. Dies ist inakzeptabel.

Zwar droht Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB und neu Art. 13 Abs. 1 E-IVöB Fall bei Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen den Ausschluss aus dem Verfahren an, was Ausdruck der Erkenntnis ist, dass es unlauter ist, wenn ein Wettbewerber sich durch Nichteinhaltung dieser Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Zentral ist, dass so keine Nivellierung der Arbeitsbedingungen nach unten geschieht. Genau dies ist jedoch der Fall, wenn das Herkunftsortsprinzip dem Leistungsortsprinzip vorgezogen wird, wie das offensichtlich vorliegend im neuen BöB-Entwurf gemacht wird (Erläuternden Bericht VE BöB, S. 20 zu Art. 14 VE BöB).

Wir erinnern daran, dass Art. VIII lit. h GPA hier kein Hindernis stellt zum Schutz der Schweizer Lohn- und Arbeitsbedingungen. Nach dieser Vorschrift steht keine Bestimmung der Buchstaben a-g (des Art. VIII GPA) entgegen, dass ein Anbieter wegen Sozial- oder Lohndumping ausgeschlossen wird, sofern dies mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung vereinbar ist. Dasselbe gilt auch nach Art. VIII des GPA 2012, der z.B. im Rahmen einer nicht abschliessenden Liste etwa die Nichtbezahlung von Steuern als Ausschlussgrund nennt. Aus der ratio dieser Bestimmung ergibt sich auch die Zulässigkeit des

Ausschlussgrundes gemäss Art. 11 lit. d BöB, welcher die Einhaltung der Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann (Art. 8 lit. b und lit. c BöB) durchsetzen soll. In diesem Sinne möchte der SGB auch in Erinnerung rufen, dass die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards gem. Leistungsortprinzip sowohl in der Schweiz als auch in der EU "zum Acquis" gehört (Erläuternder Bericht VE BöB, S. 20 zu Art. 14 Abs. 1 und 2).

All die oben erwähnten Prinzipien werden von den vorliegenden Reformen ignoriert: Während ausländische Anbieter, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, den am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu Recht weiterhin genügen müssen, werden die Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz neu aus dem Leistungsortprinzip entlassen. Neu sollen nur noch diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten werden, die an ihrem Sitz oder Niederlassungsort Geltung haben, unbesehen vom branchenüblichen Lohnniveau, GAV- oder NAV-Bestimmungen am Leistungsort. Dies steht im direkten Widerspruch zu Art. 7 UWG und ist nicht akzeptabel. Der Bund muss seine eigenen Standards einhalten und muss für gleich lange Spiesse unter den direkten Konkurrenten sorgen. Nur so können die Arbeitsbedingungen konsequent geschützt werden.

### **Schutz der Arbeitsbedingungen und gleich lange Spiesse nötig**

Der SGB fordert den Bund auf, auch und gerade im öffentlichen Beschaffungsrecht, einem wichtigen Segment der Schweizer Volkswirtschaft, die Prinzipien des Lauterkeitsrechts zu respektieren und sich nicht in Widerspruch mit dem eigenen Recht (UWG) zu begeben. Arbeitgeber, welche gute Arbeitsbedingungen vorweisen, müssen vor unlauterer Konkurrenz geschützt werden. Deshalb schlägt der SGB folgende Massnahmen vor, welche für gleich lange Spiesse und für den Schutz von Arbeitsbedingungen in der Schweiz sorgen würden. Diese würden auch die Diskussionen der Expertengruppe „Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktmassnahmen“ zur Verbesserung der Durchsetzung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigen und eine Kongruenz zwischen der vorliegenden Modernisierung des Vergaberechts des Bundes sowie Diskussionen rund um FlaM sicherstellen.

#### **1 Eingrenzung von Subunternehmerketten**

Eines der Hauptprobleme in der Vergabe von öffentlichen Aufträgen ist, dass sich in den letzten Jahren immer längere Subunternehmerketten in der Vergabe von öffentlichen Beschaffungen, insbesondere in der Baubranche, etabliert haben. So verlieren sowohl Auftraggeber wie auch Kontrollorgane die Übersicht über die Einhaltung von Arbeits- und Lohnbedingungen. Je länger die Subunternehmerkette, desto wahrscheinlicher sind Fälle von Lohn- und Sozialdumping und unlauterem Wettbewerb durch Nicht-Einhaltung von Arbeitsbedingungen.

Der Bund hat dies erkannt und hat eine Subunternehmerhaftung eingeführt mit der Solidarhaftung gemäss Art. 5 Entsendegesetz (EntsG). Diese Massnahmen sind nun im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes nachzuvollziehen sowie zu verbessern.

Dazu ist die Subunternehmerkette im öffentlichen Beschaffungswesen einzuschränken. Beim Einsatz eines Generalunternehmens ist eine Subunternehmerebene zu erlauben. Es macht aber grundsätzlich keinen Sinn, dass der Bund hier unendliche Subunternehmerketten erlaubt. Nur so kann Art. 14 VE BöB umgesetzt werden. Art. 14 VE BöB soll deshalb weiter ausführen, dass die Subunternehmerkette auf eine Ebenen zu beschränken ist.

Weiter soll die Auftraggeberin das Recht haben, einen Subunternehmer als ungeeignet abzulehnen. Die Liste der Subunternehmen soll der zuständigen paritätischen Kommission zur Stellungnahme vorlegen werden.

Zudem muss Art. 14 VE BÖB eine Solidarhaftung in Analogie von Art. 5 EntSG vorsehen.

## **2 Transparenz in der Subunternehmer-Vergabekette**

Auf jedem Fall ist die Subunternehmer-Vergabekette bei der Vergabe klar zu deklarieren und zu registrieren und sie muss mit einem zu schaffenden Branchenregister abgeglichen werden. Es muss vor der Vergabe sichergestellt werden, dass sich Unternehmen, die sich in der Subunternehmer-Vergabekette befinden, in der Vergangenheit keine Verletzung von GAV-, NAV oder orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen, von Arbeitsgesetz-Bestimmungen (ArG), des Schwarzarbeitsgesetzes (BGSA) oder des EntSG zu Schulden haben kommen liessen.

Diese Transparenzvorgabe im Sinne einer verbindlichen Subunternehmer-Liste muss den Stakeholdern vorgängig zugänglich gemacht werden, muss also auch den Sozialpartnern mitgeteilt werden. Die gesetzliche Grundlage dazu könnte in Art. 40 VE BÖB geschaffen werden und die konkreten Ausführungsbestimmungen im VE VöB, Art. 31 ff. (Liste sowie Veröffentlichungen).

Für den Fall, dass sich Anbieter nicht an diese Bestimmungen zur Begrenzung von Subunternehmerketten halten, sind effektive Strafen einzuführen.

## **3 Einführung eines Branchenregisters**

Art. 14 VE BÖB ist so zu ändern, dass die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Artikel 6 BGSA sowie der Gleichbehandlung von Frau und Mann durch die Anbieterinnen obligatorisch zu kontrollieren ist.

Zu diesem Zweck muss die Auftraggeberin dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Diese sind in einem öffentlichen Branchenregister einzutragen. Die Anbieterin muss die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen nachweisen. Dazu ist eine vorgängige, objektive Risikoanalyse durch ein geeignetes Organ zu verlangen. Insbesondere dürfen die Anbieterin und die Subunternehmerin nicht in ein zu schaffendes Negativregister wegen Verletzungen von GAV, NAV oder orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen, von Arbeitsgesetz-Bestimmungen (ArG), des Schwarzarbeitsgesetzes (BGSA) oder des EntSG registriert worden sein. Diese Bestimmung ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach zu gestalten.

## **4 Konsequente Respektierung regionaler Arbeits- und Lohnbedingungen**

Der SGB fordert, dass das Leistungsortprinzip konsequent Anwendung finden muss im Beschaffungsrecht des Bundes. Die unbesehene Durchsetzung eines Herkunftsortsprinzips würde Art. 7 UWG widersprechen und unlauteren Wettbewerb mit sich bringen und daraus folgend eine Nivellierung der Arbeitsbedingungen nach unten.

Der Anbieter muss die Einhaltung der branchen- und ortsüblichen Arbeitsbedingungen am Ausführungsort durch eine Bestätigung der paritätischen Vollzugsorgane oder eines von Arbeitgebern und ArbeitnehmerInnen bzw. einer Behörde geführten Berufsregisters, die aufgrund einer vorangehenden Kontrolle über die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen ausgestellt

wird, glaubhaft darlegen. Dies gilt ebenso für Subunternehmer, welche vom Anbieter zugezogen werden.

## 5 Lohngleichheit

Weiter muss der Anbieter vorgängig anhand konkreter Dokumentation beweisen, dass er die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern einhält. Die Selbstdeklaration ohne Nachweis ist dazu nicht ausreichend. Der SGB empfiehlt die obligatorische Verwendung eines Instruments wie der von der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) entwickelten Deklaration inkl. Nachweispflicht. In diesem Sinne ist Art. 30 VE BöB zu konkretisieren, um Rechtssicherheit zu schaffen. Die Richtigkeit der Selbstdeklarationen muss mit regelmässigen Kontrollen überprüft werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen.

Freundliche Grüsse

**SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



Paul Rechsteiner  
Präsident



Luca Cirigliano  
Zentralsekretär