

Vergabe News Nr.

26

Die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen

ist Voraussetzung für die Teilnahme an einem öffentlichen Beschaffungsverfahren. Welche Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sind nach dem revidierten Recht bei einer Leistungserbringung im Inland für inländische Anbieterinnen massgeblich? Diejenigen am Ort der Leistung oder diejenigen am Sitz der Anbieterin? Dieser Newsletter verschafft einen Überblick.

walderwyss rechtsanwälte



Von Pandora Kunz-Notter
Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com



und Meike Pauletzki
MLaw, Trainee Lawyer
Telefon +41 58 658 55 11
meike.pauletzki@walderwyss.com

Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen: Leistungsortsprinzip oder Herkunftsortsprinzip?

Wir möchten Sie mit diesem Newsletter darüber informieren, was nach dem revidierten Beschaffungsrecht für inländische Anbieterinnen bei einer Leistungserbringung im Inland gilt.

Revision des Beschaffungsrechts

Das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (revBöB) wird am 1. Januar 2021 in Kraft treten. Auch die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (revVöB) wurde verabschiedet. Erste Kantone werden ihr voraussichtlich ab Jahresende beitreten. Mit der Revision wurden die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone bzw. Gemeinden mehrheitlich angeglichen. In Art. 12 Absatz 1 revBöB/revVöB besteht allerdings eine Differenz betreffend die Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen bei einer Leistungserbringung im Inland.

Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen

Gemäss ständiger Praxis müssen Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungswesen minimale Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen (Arbeitszeiten, Mindestlöhne, Lohnzulagen und Sozialleistungen) einhalten, sowohl während des Vergabeverfahrens als auch während der Vertragsdauer. Bereits heute ist Usanz, bei innerschweizerischen Vergaben die Einhaltung der inländischen Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen und bei internationalen Vergaben mindestens die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu verlangen. Die Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen stellen allgemeine Teilnahmebedingungen bzw. vergabe-

rechtliche Grundvoraussetzungen dar (siehe Art. 12 Abs 1 und 2 revBöB/revVöB).

Leistungsortsprinzip nach Art. 12 Abs. 1 revBöB

Im Zuge der Revision des Beschaffungsrechts war umstritten, welche Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen bei Beschaffungen des Bundes mit einer Leistungserbringung im Inland massgebend sein sollten: die Bedingungen am Ort der Leistung (Leistungsortsprinzip) oder die am Sitz- oder Niederlassungsort der Anbieterin (Herkunftsortsprinzip). Der Bundesrat hatte differenziert vorgeschlagen, dass für Beschaffungen mit Leistungserbringung im Inland das Leistungsortsprinzip für ausländische Anbieterinnen und das Herkunftsortsprinzip für inländische Anbieterinnen (in Übereinstimmung mit dem Binnenmarktgesetz) gelten solle. Mit dem Vorschlag des Bundesrates hätte nicht zuletzt der administrative Aufwand für schweizweit tätige Unternehmen verringert werden sollen, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Regelungen hätten verifizieren und einhalten müssen. Entgegen dem Vorschlag des Bundesrates entschied sich das Parlament, dass das Leistungsortsprinzip bei einer Leistungserbringung im Inland für alle Anbieterinnen gelten solle, auch für inländische Anbieterinnen (Art. 12 Abs. 1 revBöB). Demnach sind je nach Leistungsort unterschiedliche Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen einzuhalten.

Freier Marktzugang nach dem Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz (BGBM) strebt die Schaffung eines Binnenmarktes Schweiz an, auf welchem sich die Wirtschaftsteilnehmer möglichst frei von kantonalen und kommunalen Marktzugangsschranken entfalten können. Es gewährleistet, dass natürliche und juristische Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). In Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 BGBM statuiert Art. 2 BGBM das Herkunftsortsprinzip.

Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM). Das Herkunftsortsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

Das Binnenmarktgesetz bildet den Rahmen für die Beschaffung der Kantone und Gemeinden. Folglich ist das Herkunftsortsprinzip bei Beschaffungen der Kantone und Gemeinden hinsichtlich der Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Doch das Herkunftsortsprinzip gemäss BGBM gilt nicht absolut. Es kann im Einzelfall zugunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden, sofern überwiegende öffentliche Interessen dies zwingend erfordern und diese Interessen nicht bereits durch die Bestimmungen des Herkunftsortes geschützt werden können (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM). Die Rechtsprechung ist restriktiv:

Es ist unzulässig, ausserkantonale Anbieterinnen zu verpflichten, einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) am Leistungs-ort beizutreten. Sie dürfen nur dann verpflichtet werden, die GAV-Bestimmungen einzuhalten, wenn dies auch anders als durch einen GAV-Beitritt nachgewiesen werden kann.

Herkunftsortsprinzip nach Art. 12 Abs. 1 revIVöB

Anders als der Bund sind die Kantone und Gemeinden an die Vorgaben des BGBM gebunden. Das Herkunftsortsprinzip gemäss BGBM musste demnach bei der Revision der IVöB berücksichtigt werden. Folglich gilt nach Art. 12 Abs. 1 revIVöB eine differenzierte Regelung für ausländische und inländische Anbieterinnen. Demnach haben ausländische Anbieterinnen immer die am Leistungs-ort geltenden Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen einzuhalten (Leistungsortsprinzip). Demgegenüber haben Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz wie bisher die Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen einzuhalten, die an ihrem Sitz oder Niederlassungs-ort Geltung haben (Herkunftsortsprinzip). Das Herkunftsortsprinzip kann allerdings im Einzelfall zugunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden. Die Kantone können gestützt auf Art. 63 Abs. 3 revIVöB Ausführungsbestimmungen zu Art. 12 revIVöB erlassen.

Überblick Differenz Art. 12 Abs. 1 revBöB/revIVöB

Hinsichtlich der einzuhaltenden Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen ergibt sich für die im Inland zu erbringenden Leistungen folgendes Bild:

Beschaffung von	Bund	Kantone und Gemeinden
Rechtsgrundlage	Art. 12 Abs. 1 revBöB	Art. 12 Abs. 1 revIVöB; Art. 5 Abs. 1 BGBM
Inländische Anbieterinnen	Leistungsortsprinzip	Herkunftsortsprinzip
Ausländische Anbieterinnen	Leistungsortsprinzip	Leistungsortsprinzip

Die Regelungen auf Bundes- und Kantonebene sind inkonsistent, nicht jedoch systemwidrig. Inländische Anbieterinnen können ihren Anspruch auf freien Marktzugang bei Beschaffungen des Bundes nicht geltend machen, da die Vergabestellen des Bundes nicht vom BGBM erfasst sind. So konnte der Bund für die inländischen Anbieterinnen das Leistungsortsprinzip in Art. 12 Abs. 1 revBöB vorsehen. Demgegenüber konnte das Leistungsortsprinzip für die Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden im revIVöB nicht eingeführt werden, da dies einer unzulässigen Marktbeschränkung gemäss BGBM gleichkäme. Folglich sieht Art. 12 Abs. 1 revIVöB in Übereinstimmung mit dem BGBM für inländische Anbieterinnen das Herkunftsortsprinzip vor.

Nachweise und drohende Sanktionen

Die Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen kann von der Auftraggeberin oder einem Dritten kontrolliert werden. Auf Verlangen haben die Anbieterinnen nachzuweisen, dass sie und ihre Subunternehmer die massgeblichen Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen einhalten (Art. 12 Abs. 5 revBöB/revIVöB). In der Praxis erfolgt dieser Nachweis häufig durch eine schriftliche Selbstdeklaration oder Bestätigung der Anbieterinnen. Die Anbieterinnen sichern damit verbindlich zu, dass sie die entsprechenden Vorschriften einhalten.

Die Sicherstellung und Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen können während des Beschaffungsverfahrens sowie nach Vertragsabschluss erfolgen. Bei Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen (Gesamt-)

Preisen müssen die Auftraggeberinnen zweckdienliche Erkundigungen einholen, ob die Teilnahmebedingungen wie z.B. Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen erfüllt sind (Art. 38 Abs. 3 revBöB/revIVöB).

Verstösst eine Anbieterin gegen die Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen, so wird sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen oder aus einem Verzeichnis gestrichen oder der ihr erteilte Zuschlag widerrufen. Bei besonders schweren Verstössen kann sie auch von zukünftigen Vergabeverfahren der Vergabestelle ausgeschlossen oder gebüsst werden (Art. 44 und 45 revBöB/revIVöB). Die Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen wird regelmässig in den Vergabevertrag aufgenommen und ein Verstoss gegebenenfalls mit einer Konventionalstrafe bedroht.

Hinweis an inländische Anbieterinnen

Mit der Revision des Beschaffungsrechts wurden die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone bzw. Gemeinden mehrheitlich angeglichen. Differenzen bleiben hinsichtlich der einzuhaltenden Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen. Diese richten sich bei einer Leistungserbringung im Inland für inländische Anbieterinnen bei Beschaffungen des Bundes nach dem Leistungsortsprinzip (Art. 12 Abs. 1 revBöB) und bei Beschaffungen der Kantone oder Gemeinden nach dem Herkunftsortsprinzip (Art. 12 Abs. 1 revIVöB).

In der Praxis bestätigen die Anbieterinnen häufig mittels Selbstdeklaration, dass sie die massgebenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten. Wenn sie dies bestätigen, müssen sie auch wissen, welche Bestimmungen für den konkreten Auftrag massgebend sind. Bei Beschaffungen des Bundes müssen inländische Anbieterinnen vor der Angebotseingabe prüfen, welche Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen am Leistungsort

gelten und ob sie diese einhalten. Dies ist insbesondere hinsichtlich ortsfremder Bedingungen manchmal mit Unsicherheiten verbunden. Hier empfiehlt sich je nachdem eine Klärung der Rechtslage, damit die Anbieterin keine Falschangabe in der Selbstdeklaration abgibt. Denn eine Falschangabe in der Selbstdeklaration kann zu den oben erwähnten Sanktionen führen.

Vergabe News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020