



An den Grossen Rat

12.5376.02

BVD/P125376
Basel, 24. April 2013

Regierungsratsbeschluss vom 23. April 2013

Motion Heidi Mück und Konsorten zur „Änderung des Beschaffungsgesetzes: Senkung des Anteils der öffentlichen Hand für die Unterstellung unter das Gesetz“

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 7. Februar 2013 die nachstehende Motion Heidi Mück und Konsorten dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen:

„Das Gesetz über öffentliche Beschaffungen regelt das Verfahren und die Bedingungen für öffentliche Vergabungen. Es sorgt unter anderem auch für den Schutz der ArbeitnehmerInnen vor Lohn-dumping, indem es zum Beispiel ausländische Anbietende verpflichtet, für die Arbeiten vor Ort die geltenden Gesamtarbeitsverträge oder die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen dauernd und vollumfänglich einzuhalten. Nachdem die Grossbaustelle der Messe Basel aufgezeigt hat, dass verschiedene Lücken in der Gesetzgebung bestehen, die es der öffentlichen Hand offenbar erschweren, bei Verstössen gegen geltende Arbeitsbedingungen auf Baustellen, an denen sie beteiligt ist, einzugreifen, ist es an der Zeit, diese Lücken zu schliessen.

Eine Möglichkeit dafür ist die Verringerung des Anteils, den die öffentliche Hand an ein Bauprojekt zahlen muss, damit es unter das Beschaffungsgesetz fällt.

Unter § 4 Geltungsbereich heisst es in Abs. 3 Kanton und Gemeinden sorgen dafür, dass das Gesetz über öffentliche Beschaffungen auch angewendet wird:

- a) durch Organisationen und Unternehmen, an denen Gemeinwesen mehrheitlich beteiligt sind; und
- b) auf Objekte und Leistungen, welche die Gemeinwesen mit mehr als 50% der Gesamtkosten subventionieren.

Gerade die Messebaustelle ist ein gutes Beispiel, dass es hier Änderungsbedarf gibt, fällt sie doch mit 49% Aktienbeteiligung der öffentlichen Hand am Auftraggeber MCH Group nicht unter das Beschaffungsgesetz.

Aus diesem Grund bitten die Unterzeichnenden den Regierungsrat, das Beschaffungsgesetz dergestalt zu ändern, dass es auch auf Organisationen und Unternehmen angewendet werden kann, an welchen Gemeinwesen mit 25% und mehr beteiligt sind, respektive auf Objekte und Leistungen, welche die Gemeinwesen mit 25% und mehr der Gesamtkosten subventionieren.

Heidi Mück, Urs Müller-Walz, Patrizia Bernasconi, Mustafa Atici, Mirjam Ballmer, Talha Ugur Camlibel, Dominique König-Lüdin, Salome Hofer, Sibel Arslan, Ursula Metzger Junco P., Jürg Meyer, Urs Schweizer, Martin Lüchinger“

Wir nehmen zu dieser Motion wie folgt Stellung:

1. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Motion

Das Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates vom 29. Juni 2006 (SG 152.100) bestimmt über die Motion in § 42 Abs. 1 und 2 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 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 20. Mai 1999 (SG 914.100) vorzulegen. Der Geltungsbereich des Beschaffungsgesetzes soll ausgedehnt werden und neu auch für Organisationen und Unternehmen gelten, an denen die Gemeinwesen (Kantone und Gemeinden) nur noch zu 25% oder mehr beteiligt sind oder für Objekte und Leistungen, welche die Gemeinwesen mit 25% oder mehr subventionieren. Bisher musste diese staatliche Beteiligung gemäss § 4 Abs. 3 des Beschaffungsgesetzes in beiden Fällen über 50% betragen. Damit wollen die Motionärinnen und Motionäre erklärermassen bei Bauprojekten wie etwa dem kürzlich abgeschlossenen Messeneubau den Arbeitnehmerschutz erhöhen, denn das Beschaffungsgesetz verlangt die Einhaltung lokaler Gesamtarbeitsverträge.

Neben den in § 42 GO genannten Voraussetzungen für eine rechtlich gültige Motion darf der Motionsinhalt nicht gegen höherrangiges Recht verstossen. Zu prüfen ist, ob die neue Bestimmung nicht gegen Bundes-, interkantonales oder internationales Recht verstösst. Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens muss bei kantonalen Gesetzen demnach darauf geachtet werden, dass sie in erster Linie mit folgenden übergeordneten einschlägigen Rechtserlassen übereinstimmen: WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422), Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.05268), Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) und Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, mit Änderung vom 15. März 2001 (IVöB; SG 914.501). Je nach Thematik gibt es noch weitere zu beachtende Bundeserlasse, wie z.B. das Bundesgesetz über 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).

Am unmittelbar wichtigsten für die kantonale Gesetzgebung ist dabei die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), da diese Vereinbarung der Umsetzung der internationalen Vereinbarungen auf kantonaler Ebene dient und auch im Einklang mit weiterem übergeordnetem Recht, wie etwa dem Binnenmarktgesetz des Bundes steht. Der revidierten IVöB von 2001 sind mittlerweile alle Kantone beigetreten. Die Kantone sind aufgrund der IVöB verpflichtet, der Vereinbarung entsprechende kantonale Beschaffungsgesetze zu erlassen (Art. 3 IVöB).

Der bisherige § 4 Beschaffungsgesetz Basel-Stadt zu den Auftraggebenden wurde mit der Absicht erlassen, dass er inhaltlich Art. 8 IVöB betreffend Auftraggeberin und Auftraggeber nicht widerspricht (siehe zum Ganzen Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 29. April 1998, Nr. 8820 und Bericht der Grossratskommission vom 16. April 1999, Nr. 8901). Die mit der Motion angestrebte Teilregelung, dass schon Objekte und Leistungen, die ab 25% vom Gemeinwesen subventioniert werden, dem Beschaffungsgesetz unterstellt sein sollen, würde nicht mehr mit der entsprechenden Regelung der IVöB übereinstimmen. In Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB werden nur Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert werden, der Vereinbarung unterstellt. Es stellt sich die Frage, ob dieser Teil der Motion im Falle ihrer Umsetzung einen unzulässigen Verstoss gegen die IVöB darstellen würde. Die IVöB ist eine Rahmenordnung für die Kantone, so wie auch die internationale Übereinkommen den Sinn von Mindestvorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen haben (siehe

dazu die Veröffentlichungen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz BPUK, auf www.bpuk.ch). Für den Kanton Basel-Stadt bedeutet dies, dass er in seiner Gesetzgebung die Mindestvorgaben der IVöB umsetzen muss und sie nicht unterschreiten darf. Es spricht streng juristisch betrachtet jedoch nichts dagegen, dass er bezüglich des Adressatenkreises seines kantonalen Gesetzes strengere Vorschriften erlässt, indem er den Kreis der dem Gesetz unterstellten Adressaten vergrössert. Die Vorschriften der IVöB wären darin immer noch enthalten und somit eingehalten. Das Gleiche gilt auch für die weitere mit der Motion angestrebte Teilregelung, dass die Mehrheitsbeteiligung von über 50% des Staates an Organisationen und Unternehmen in einer Beteiligung ab 25% umgewandelt werden soll: Nach den übrigen Absätzen von Art. 8 IVöB für die dem Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeberschaft, ist – verkürzt gesagt – entscheidend, dass es um einen Auftrag für öffentliche Zwecke und Aufgaben geht. Dementsprechend sind einerseits in gewissen Fällen sogar private Unternehmen der Vereinbarung unterstellt, andererseits gilt sie nicht für kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten von Trägern kantonalen und kommunalen Aufgaben. Im Übrigen wurde bereits beim Erlass des kantonalen Beschaffungsgesetzes in ähnlicher Weise festgehalten, dass der Adressatenkreis von § 4 im Einklang mit dem Binnenmarkgesetz über das WTO-Übereinkommen hinausginge (siehe Ratschlag Nr. 8820, S.12).

Bezüglich der Einhaltung der IVöB ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Ziel der IVöB neben der Durchsetzung der Staatsverträge auch die Harmonisierung der kantonalen Vergaberegeln ist, was sich unter anderem an den Vorschriften der IVöB zum sog. „von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich“ zeigt. Die Kantone haben sich auch aus diesem Grund verpflichtet, mit der IVöB zu vereinbarende Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 1 und 3 IVöB, siehe u.a. Clerc, Galli, Lang, Moser, die Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 1. Band, 2. Auflage 2007, S. 30). Diesem Harmonisierungsziel würde durch eine Abweichung von den Grundvorgaben der IVöB bewusst nicht entsprochen. Hier stellt sich die Frage nach einem gewissen Widerspruch zur IVöB, der aber letztlich nicht klarerweise die rechtliche Unzulässigkeit der Motion nach sich ziehen kann.

In jedem Fall gilt es zu beachten, dass das Beschaffungsgesetz im Allgemeinen, wie auch das kantonale Beschaffungsgesetz im Besonderen nur für die Vergabe von Aufträgen wie Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen, die der Erfüllung *öffentlicher* Aufgaben dienen, gilt (siehe § 3 Beschaffungsgesetz) und nicht für rein kommerzielles Handeln. Das wird noch einmal in § 4 Abs. 3 Beschaffungsgesetz zum Adressatenkreis mit der Formulierung „Soweit der Zweck der Beschaffung oder die Spezialgesetzgebung dafür Raum lassen ...“ betont.

Weiter müssen durch eine Motion auch die allgemeinen höherrangigen Bestimmungen eingehalten werden, wie etwa die Bestimmungen der Bundesverfassung über die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Im vorliegenden Fall soll es möglich sein, private Unternehmen oder private Objekte, an denen der Kanton oder die Gemeinden nur zu 25% Prozent beteiligt sind, bzw. nur zu 25% Finanzierungshilfe leisten, dem gesamten kantonalen öffentlichen Beschaffungsrecht zu unterstellen mit dem Ergebnis, dass auch in diesen Fällen kostenträchtige und zeitintensive Vorgaben und Spezialverfahren für die Auftragsvergabe eingehalten werden müssen. Die Unternehmen würden dadurch unter anderem in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt. Eingriffe in verfassungsmässige Rechte sind nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig (Art. 36 BV). Im vorliegenden Fall kann aber allenfalls die Vorgabe, dass das Beschaffungsrecht nur für im öffentlichen Interesse liegende Aufträge zur Anwendung kommt, dafür verwendet werden, einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit noch genügend zu rechtfertigen. Demnach kann hier nicht von vornherein von einem eindeutigen Verstoß der Motion gegen übergeordnetes Recht gesprochen werden.

Somit ist folgendes Fazit zu ziehen: Mit der Motion wird vom Regierungsrat die Vorlage eines Gesetzesentwurfes beantragt. Der Erlass von Gesetzesbestimmungen fällt in die Zuständigkeit des Grossen Rates. Zudem verlangt die Motion nicht etwas, das sich auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates oder den an ihn delegierten Rechtsetzungsbereich bezieht. Die Motion verstösst, jedenfalls nicht von vornherein, gegen höherstehendes Recht.

Die Motion ist aufgrund dieser Erwägungen grundsätzlich als rechtlich zulässig anzusehen.

2. Zum Inhalt der Motion

In der Motion wird dem Regierungsrat eine Änderung von Art. 4 des Beschaffungsgesetzes beantragt, so dass zukünftig Organisationen und Unternehmen dem Beschaffungsgesetz unterstehen sollen, an denen die Gemeinwesen mit 25% und mehr beteiligt sind, respektive auf Objekte und Leistungen, welche die Gemeinwesen mit 25% und mehr der Gesamtkosten subventionieren. Das erklärte Anliegen der Motion ist der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Grossbauprojekten wie dem kürzlich abgeschlossenen Messeneubau.

Eine Herabsetzung des Anteils der Beteiligung von 50% auf 25% würde sehr viel mehr Anwendungsfälle bringen, als die von den Motionärinnen und Motionären avisierten, grossen Bauprojekte. Die vorgesehene Änderung würde zunächst nicht nur Bauprojekte, sondern auch sämtliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge betreffen.

Gleichzeitig würden durch eine Erweiterung des Adressatenkreises in § 4 des Beschaffungsgesetzes nicht nur die Arbeitnehmerschutzbestimmungen von § 5 f. des Beschaffungsgesetzes zur Anwendung kommen, sondern auch sämtliche anderen Vorgaben des Gesetzes. Damit würden private Unternehmen, die eine Anschaffung oder ein Bauprojekt mehrheitlich, im äussersten Fall sogar zu 75% aus eigenen, nicht subventionierten Mitteln finanzieren, dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen und damit in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit empfindlich beschnitten. Hier schiesst die in der Motion verlangte Änderung von § 4 Abs. 3 Beschaffungsgesetz über das beabsichtigte Ziel des Arbeitnehmerschutzes, insbesondere bei grossen Bauprojekten, hinaus.

Wenn die Beteiligung des Kantons Basel-Stadt an einem ansonsten privaten Unternehmen oder einem Objekt nur noch 25% betragen muss, um für die Realisierung eines Projektes die komplexen Regeln des Beschaffungsrechts zwingend zur Anwendung zu bringen, stellt sich allenfalls auch die Frage nach der zukünftigen Entwicklung der staatlichen Beteiligung an privaten Unternehmen, die auch Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen.

Sämtliche Kantone sind der revidierten IVöB (Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen) beigetreten und haben sich verpflichtet, der Vereinbarung entsprechende kantonale Beschaffungsgesetze zu erlassen. Ziel der Interkantonalen Vereinbarung ist zum einen, die Einhaltung höherrangigen Rechts sicherzustellen. Zum anderen steht die Harmonisierung der kantonalen Regelungen im Vordergrund. In allen Kantonen kommt heute die Regelung über eine finanzielle Beteiligung der öffentlichen Hand von mehr als 50% zur Anwendung. Wenngleich die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Motion am Ende positiv ausgefallen ist, so hat das Justiz- und Sicherheitsdepartement Zweifel angemeldet und auf einen „gewissen Widerspruch zur IVöB“ hingewiesen. Die Umsetzung der Motion würde klar abweichen vom Harmonisierungsziel aller Kantone. Im Verhältnis zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt würde eine solche Abweichung besonders auffallen, haben die beiden Kantone ihre Beschaffungsgesetze doch übereinstimmend und als partnerschaftliches Geschäft erlassen.

Auch ohne Änderung des Beschaffungsrechts hat der Grosse Rat im Einzelfall die Möglichkeit, Kreditbeschlüsse mit Auflagen zu versehen. Beteiligt sich der Kanton massgeblich an einem grossen Bauprojekt, kann der Grosse Rat den dafür notwendigen Kredit an die Bedingung knüpfen, die Regeln des Beschaffungsrechts analog zur Anwendung zu bringen.

Die direkte Unterstellung unter das Beschaffungsrecht im Einzelfall bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Damit es nicht bei der analogen Anwendung der Submissionsregeln bleibt, ist das Beschaffungsgesetz um die Möglichkeit einer ad-hoc-Geltungserklärung zu ergänzen. Eine derar-

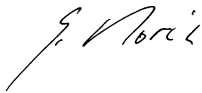
tige kantonale Regelung findet sich heute beispielsweise im Beschaffungsrecht des Kantons Graubünden (vgl. hierzu Art. 6 des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden). Der Grosse Rat kann mit einer entsprechenden Regelung damit bei massgeblichen Finanzierungsbeiträgen im Einzelfall die Unterstellung einer Unternehmung oder eines Beschaffungsvorhabens unter das Beschaffungsrecht beschliessen. Damit wird die Absicht der Motionärinnen und Motionäre gezielt erreicht, ohne unerwünschte Auswirkungen auf Private nach sich zu ziehen.

Wird die Motion vom Grossen Rat überwiesen, ist sie vom Regierungsrat zwingend umzusetzen. Die vorliegende Motion ist sehr präzise formuliert und lässt keinen Spielraum. Es wäre dem Regierungsrat nicht möglich, dem Grossen Rat statt der verlangten Änderung von § 4 Abs. 3 Beschaffungsgesetz die Änderung des Beschaffungsgesetzes zur Einführung einer Unterstellung im Einzelfall zu unterbreiten. Aus diesem Grund ist die Motion in einen Anzug umzuwandeln.

3. Antrag

Auf Grund dieser Stellungnahme beantragen wir Ihnen, die Motion Heidi Mück und Konsorten zur Änderung des Beschaffungsgesetzes „Senkung des Anteils der öffentlichen Hand für die Unterstellung unter das Gesetz“ in einen Anzug umzuwandeln und dem Regierungsrat zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin