

# **BL\_GERICHTE 810 2007 334 vom 21. November 2007**

BL Gerichte, 2007-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_810\\_2007\\_334](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_2007_334)

FR: BL\_GERICHTE 810 2007 334 du 21 novembre 2007

IT: BL\_GERICHTE 810 2007 334 del 21 novembre 2007

## **Regeste**

Nachweis der Einhaltung eines Gesamtarbeitsvertrages

## **Erwägungen**

### **E. 2**

In der Beurteilung der vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerde ist die Kognition des Kantonsgerichts gemäss § 45 lit. a und b VPO darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen bzw. zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin ein allfälliges Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob diese den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt hat. Die Überprüfung der Angemessenheit der Zuschlagsverfügung dagegen ist dem Kantonsgericht verwehrt (§ 45 lit. c VPO e contrario).

### **E. 3**

Bevor die Streitsache einer materiellen Beurteilung unterzogen werden kann, ist festzuhalten, welche gesetzlichen Grundlagen massgeblich sind. Offeriert wurden die Arbeiten allesamt zu einem Preis von über Fr. 500'000.--. Aufgrund dieser Offertpreise hatte die Vergabebehörde gemäss Ziff. 1 der Submissionsverordnung vom 12. September 2000 der Stadt Liestal in Verbindung mit § 12 des BeG und § 7 BeV jedenfalls ein offenes Vergabeverfahren durchzuführen. Des Weiteren ist das BGBM anwendbar, welches von den Kantonen und den Gemeinden unabhängig von irgendwelchen Schwellenwerten die Sicherstellung der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im öffentlichen Vergabewesen verlangt. Nicht anwendbar ist bei den vorliegenden Offertpreisen das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (vgl. Art. 7 IVöB).

### **E. 4**

Mit der vorliegenden Beschwerde wird geltend gemacht, dass die Beigeladene den massgeblichen GAV des Baugewerbes nicht einhalte. Sie habe lediglich bestätigt, dass sie die Bestimmungen des "Grünen Arbeitsvertrages VGS" einhalte. Vorliegend gehe es aber um Arbeiten im Tiefbau, weshalb der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (GAV Bauhauptgewerbe) eingehalten werden müsse. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, es sei durchaus üblich, dass Sportplätze von Gartenbaufirmen erstellt würden. Die Arbeiten könnten denn auch sowohl dem Tiefbau als auch dem Gartenbau zugeordnet werden.

#### **E. 4.1**

Vorweg ist festzuhalten, dass die in den Offertunterlagen vorgenommene Formulierung, es sei eine "Bestätigung über die Einhaltung des für ihr Gewerbe gültigen Arbeitsvertrages

oder den Nebenvertrag in allen Teilen des GAV gemäss § 1 der kantonalen Beschaffungsverordnung (nur bei GAVgeregelten Branchen)" einzureichen, sehr ungeschickt - wenn nicht sogar unklar - ausgefallen ist. Zumindest geht aber daraus unzweifelhaft hervor, dass die Einhaltung eines GAV verlangt wird und der Nachweis über die Einhaltung gemäss § 1 BeV zu erbringen ist. Damit werden die Anforderungen doch genügend klar genannt, zumal die allenfalls verbleibende Unklarheit von keiner Partei gerügt wurde.

#### **E. 4.2**

Wenn der Einwand der Beschwerdeführerin zutrifft, dass die ausgeschriebenen Arbeiten dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen sind, dann ist offensichtlich, dass die Beigeladene den Nachweis der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Bauhauptgewerbe nicht erbracht hat. Daran ändert auch nichts, dass der GAV Bauhauptgewerbe per 30. September 2007 gekündigt wurde. Im Zeitpunkt der Einreichung der Offerte hatte der GAV Bauhauptgewerbe unbestrittenermassen noch Geltung. Die Frage, ob die Arbeiten dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen sind oder nicht, kann - wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden - offen gelassen werden.

#### **E. 4.3**

Ist davon auszugehen, dass die zu vergebenden Arbeiten in das Gebiet des Baunebengewerbes, in concreto in den Gartenbereich, fallen, so stellt sich die Frage, ob die Beigeladene den Nachweis der Einhaltung von GAV-Regelungen in diesem Gebiet zu erbringen hat. Im Vergabeverfahren gilt grundsätzlich das sogenannte Sitzprinzip, d.h. es müsste also ein GAV am Sitz des Anbietenden eingehalten werden. Solche bestehen aber im Gärtnergewerbe am Sitz der Beigeladenen (Kanton Solothurn) nicht. Hingegen besteht ein Gesamtarbeitsvertrag für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft.

##### **E. 4.3.1**

In einem Entscheid aus dem Jahre 2000 hat das damalige Verwaltungsgericht (heute Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) entschieden, dass - wenn es am Sitzort keine Gesamtarbeitsverträge gibt - die Gesamtarbeitsverträge am Ausführungsort, also im Kanton Basel-Landschaft, eingehalten werden müssen und bei deren Fehlen die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen (VGE vom 13. Dezember 2000, in: BLVGE 2000, S. 254 ff.). Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass GAVunterstellte und nicht GAVunterstellte Betriebe aufgrund des übergeordneten Bundes- und Verfassungsrechts gleich zu behandeln sind. Weder im Beschaffungsgesetz noch in der dazugehörigen Verordnung sei aber der Fall geregelt, in welchem die Arbeitsvergabe an Anbietende aus Branchen, die nicht GAV-geregelt sind, in Frage steht. Dabei handle es sich offensichtlich um eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu schliessen sei. Das Gericht hat weiter ausgeführt, "dass Anbietenden aus nicht GAVgeregelten Branchen, die sich keinem branchenverwandten GAV unterstellt haben, deswegen nicht aus einem Submissionsverfahren ausgeschlossen werden dürfen. Gesetz und Verordnung enthalten für diese dritte Kategorie von Anbietenden kein Instrumentarium, das eine sozialpolitisch erwünschte Kontrolle über Arbeitsbedingungen, Löhne und Sozialleistungen ermöglicht. Dieselbe Konstellation besteht jedoch auch bei ausländischen Anbietenden, die nach dem WTO-Übereinkommen den inländischen Anbietenden gleichgestellt sind. Das BeGe verlangt in § 5 Abs. 4 von ausländischen Anbietenden für die Arbeit vor Ort die Einhaltung

von im Kanton Basel-Landschaft geltenden Gesamtarbeitsverträgen und bei deren Fehlen die Einhaltung von orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Das Gericht kommt zum Schluss, dass bei inländischen Anbietenden aus nicht GAVgeregelten Branchen dieselben Kontrollmöglichkeiten gegeben sein müssen."

#### **E. 4.3.2**

Für das Gärtnergewerbe gibt es einen gültigen GAV für die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, der zum grossen Teil mit Bundesratsbeschluss vom 14. Dezember 2004 allgemeinverbindlich erklärt wurde. In diesem Bundesratsbeschluss wird in Art. 2 Abs. 4 festgehalten, dass die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV über die Arbeits- und Lohnbedingungen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Art. 1 und 2 der dazugehörigen Verordnung auch für Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz gelten, die zwar ausserhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Gesamtarbeitsvertrages, also ausserhalb der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, ihren Sitz haben, sofern sie im Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages, also in den Kantonen Basel-Stadt oder Basel-Landschaft, Arbeiten ausführen.

#### **E. 4.3.3**

Somit müssen sowohl nach der Lückenfüllung durch das Verwaltungsgericht (vgl. oben Ziff. 4.3.1) wie auch nach der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft durch den Bundesrat (vgl. oben Ziff. 4.3.2) Gartenbaubetriebe, die im Kanton Basel-Landschaft oder Basel-Stadt Arbeiten ausführen wollen, den angeführten Gesamtarbeitsvertrag einhalten bzw. sie müssen den Nachweis erbringen, dass sie den Gesamtarbeitsvertrag für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft einhalten. Gemäss § 1 Abs. 2 BeV kann dieser Nachweis durch eine Bestätigung der Paritätischen Kommission oder einer Beschaffungsstelle einer andern kantonalen Verwaltung oder eines vom Anbietenden unabhängigen Treuhandbüros, welches über die notwendige Fachkompetenz und Unabhängigkeit für Revisionen verfügt, erbracht werden. Ein solcher Nachweis liegt nicht vor und schon gar nicht von einer der drei genannten Stellen. Es besteht lediglich eine allgemein gehaltene Selbstbestätigung der Beigeladenen, dass sie "sämtliche GAV-Regelungen" einhalte. Dies genügt den Anforderungen bezüglich Nachweis der Einhaltung der GAV-Bestimmungen vorliegend in keiner Weise.

#### **E. 4.4**

Die Beigeladene hat ausserdem eine Bestätigung eingereicht, dass sie den "Grünen Arbeitsvertrag VSG" für das Gärtnergewerbe, welcher gerade kein Gesamtarbeitsvertrag ist, einhalte. Es ist nun zu prüfen, ob allenfalls mit dieser Bestätigung - abgesehen von den formellen Anforderungen - nachgewiesen werden kann, dass damit auch die GAV-Bestimmungen eingehalten werden. Dies wäre dann der Fall, wenn der "Grüne Arbeitsvertrag VSG" - zumindest lohnässig - dem Gesamtarbeitsvertrag für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft gleichwertig wäre. Vergleicht man die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen über die Mindestlöhne nach dem regionalen GAV per 1. Januar 2005 mit den Löhnen gemäss "Grünem Arbeitsvertrag VSG" (Lohnregulativ per 1. Januar 2006), wird ersichtlich, dass die Löhne des GAV durchwegs höher sind. Demzufolge kann die Beigeladene mit dem Nachweis der Einhaltung des "Grünen Arbeitsvertrages VSG" nicht belegen, dass sie die

Minimalstandards des Gesamtarbeitsvertrages Gartenbau einhalte.

#### **E. 4.5**

Zu erwähnen bleibt, dass in der Ausschreibung im Amtsblatt fälschlicherweise auf § 21 BeV anstatt auf § 1 BeV verwiesen wurde ("Bestätigung über die Einhaltung des GAV gemäss § 21 der kantonalen Bewschaffungsverordnung"). Dabei handelt es sich offensichtlich um einen Verschieb, gibt doch der Verweis auf § 21 BeV ("Wenn die Ausschreibungsunterlagen nichts anderes bestimmen, muss das Angebot auf Schweizer Franken lauten") im Zusammenhang mit der Einhaltung des GAV keinen Sinn. In den Offertunterlagen wurde denn auch richtigerweise auf § 1 BeV hingewiesen.

#### **E. 5**

Gemäss § 8 Abs. 1 BeG wird vom Verfahren in der Regel u.a. ausgeschlossen, wer die Eignungskriterien nicht erfüllt oder nur teilweise erfüllt oder keinen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt (lit. c) oder Angaben und Nachweise nicht rechtzeitig beibringt oder von der zuständigen Stelle angeordnete Kontrollen nicht zulässt (lit. e). Nach dem oben Gesagten hat die Beigeladene den Nachweis der Einhaltung des GAV für das Gärtnergewerbe nicht erbracht, weshalb sie vom Verfahren gemäss § 8 Abs. 1 lit. c und e BeG hätte ausgeschlossen werden müssen. Deshalb braucht - wie bereits oben erwähnt (vgl. Ziff. 4.2) - auch der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob die ausgeschriebenen Arbeiten dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen sind. Dennoch sei an dieser Stelle erwähnt, dass an sich - wenn Arbeiten in der Ausschreibung ausdrücklich als "BKP 411 Erdarbeiten/Tiefbauarbeiten" umschrieben werden - der Schluss nahe liegt, dass es sich um Arbeiten aus dem Bauhauptgewerbe handelt und nicht um solche aus dem Baunebengewerbe. Eine allfällige diesbezügliche Unklarheit darf aber nicht zum Nachteil einer Offerentin gereichen (vgl. BGE 130 I 258 ff.) und führt in der Regel dazu, dass der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Vergabebehörde aufzufordern ist, präzisierende Angaben zu machen, welcher Gesamtarbeitsvertrag von ihr als massgebend erachtet wird, damit die Anbieter Gelegenheit haben, die Gleichwertigkeit ihres Gesamtarbeitsvertrages mit dem als massgebend erachteten anderen Gesamtarbeitsvertrag darzutun (BGE 130 I 265 E. 4.3). Vorliegend hätte somit die Beigeladene nachweisen müssen, dass die von ihr eingehaltenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen gleichwertig zum massgebenden Gesamtarbeitsvertrag gewesen wären. Da die Beigeladene den Nachweis der Einhaltung der Bestimmungen weder für den GAV Bauhauptgewerbe noch für den GAV Gartenbau erbracht hat, hätte sie jedenfalls vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Der Zuschlag an die Beigeladene ist demzufolge aufzuheben.

#### **E. 6**

Damit ist nachfolgend zu prüfen, an wen der Zuschlag zu ergehen hat, wenn die Beigeladene vom Verfahren ausgeschlossen werden muss und der erteilte Zuschlag aufgehoben wird. Beschliesst das Gericht die Aufhebung des Zuschlages, so kann es gemäss § 30 Abs. 4 BeG in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen. Ein reformatorischer Beschwerdeentscheid kann dann getroffen werden, wenn der Sachverhalt vollständig ist und sofern nur (noch) eine beschwerdeführende Partei für den Zuschlag in Frage kommt (vgl. André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: AJP 2000, S. 686). Gemäss der Beurteilungsmatrix folgt auf dem zweiten Platz die Beschwerdeführerin. Es ist unbestritten, dass diese alle

Eignungskriterien eingehalten hat und dass sie gestützt auf die Beurteilungsmatrix - nach der Beigeladenen - das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat. Zudem ist sie die einzige anbietende Partei, die den Zuschlagsentscheid angefochten hat. Mit dem Ausschluss der Beigeladenen aus dem Verfahren sind demzufolge vorliegend die Voraussetzungen gegeben, ausnahmsweise den Zuschlag direkt der Beschwerde führenden Partei zu erteilen, ohne die Angelegenheit mit verbindlichen Weisungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen. KGE VV vom 21. November 2007 (810 07 334)/GFD

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.