

Sociale klausuler – i lyset af forslaget til den nye udbudslov

Debat om lovforslaget til den nye udbudslov
Dansk Forening for Udbudsret, 15. januar 2015

Claus Berg, advokat (berg@bechbruun.com)

Oversigt

Hvad er sociale klausuler?

- Ingen almen, legal definition
 - ♦ Integration på arbejdsmarkedet
 - ♦ Forebyggelse og fastholdelse af medarbejdere
 - ♦ Samfundsansvar (CSR)
 - ♦ (Arbejdsklausuler)
- Udmøntning
 - ♦ Bindende krav/hensigtserklæringer
 - ♦ Kontrol/opfølgning
 - ♦ Sanktioner
- Den udbudsretlige kontekst
 - ♦ Principielt alle udbuddets faser
 - ♦ Kravspecifikation?
 - ♦ Udelukkelse/udvælgelse (egnethed)?
 - ♦ Tildelingskriterier?
 - ♦ Kontraktvilkår = hovedfokus

Oversigt

Regulering i dag

- Fokus på sociale klausuler som kontraktvilkår (UBD art. 26 "særlige betingelser")
- EUD-praksis, bl.a. Beentjes, Concordia, Wienstrom, Max Havelaar og senest Stadt Dortmund og Thermotec
- EU-Kommissionen: "Sociale hensyn ved indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved indkøb", 2011
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om "Sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud", 2013
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om "Sociale hensyn og miljøhensyn ved offentlige indkøb", 2014
- De gængse betingelser for lovlig brug af sociale klausuler:
 - ◆ Forvaltningsrettens krav om bl.a. hjemmel i lov eller anden retskilde (se bl.a. Økonomi- og indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 vedrørende Aarhus Kommunes varetagelse af fair trade-hensyn)
 - ◆ Sammenhæng med kontraktens genstand (i modsætning til eksempelvis krav om generel personale- eller arbejdsmiljøpolitik)
 - ◆ Angivelse i udbudsbekendtgørelse eller udbudsbetingelser
 - ◆ Overholdelse af EU-rettens grundlæggende regler og principper, herunder navnlig principperne om ikke-diskrimination og ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed

Oversigt

Forslaget til ny udbudslov

- Konklusion: Intet (ikke meget) nyt under solen?
- Udelukkelsesgrunde
 - ♦ § 135: "En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis:
 1. Ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler ..."
 - ♦ Efter omstændighederne selv om overtrædelsen ikke er fastslået ved en straffedom eller udgør en alvorlig fejl?
- Egnethed og udvælgelse
 - ♦ § 141, jf. § 153 og §§ 155-156
 - ♦ Fortsat udtømmende opstilling af egnethedskrav m.v., jf. Max Havelaar og art. 60, stk. 4 i det nye UBD
 - ♦ Dvs. som udgangspunkt fortsat ingen sociale klausuler i denne fase

Oversigt

- Tildelingskriterier

- ♦ Overruling af Kommissionens hidtidige opfattelse?
- ♦ § 160, stk. 3: "Ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet vurderes tilbuddet på grundlag af underkriterier som f.eks. kvalitative, miljømæssige eller **sociale aspekter** ..."
- ♦ § 161, stk. 2: "Underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten **for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder ...**

Stk. 3: Stk. 2 gælder, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af anskaffelsens materielle indhold."

- ♦ Præambel 99 til nyt UBD: "Foranstaltninger, der tager sigte på helbredsbeskyttelsen af det personale, som deltager i produktionen, eller fremme af social integration af dårligt stillede personer eller medlemmer af sårbare grupper i det personale, der udpeges til at gennemføre kontrakten eller uddanne sig i de færdigheder, der er nødvendige med henblik på den pågældende kontrakt, kan **også undergives tildelingskriterier** eller vilkår for gennemførelse af en kontrakt, såfremt de vedrører de bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten. **F.eks. kan sådanne kriterier eller vilkår bl.a. være forbundet med ansættelse af langtidsledige eller iværksættelse af uddannelsesinitiativer for ledige eller unge i løbet af gennemførelsen af den kontrakt, der skal tildes.** Ordregivende myndigheder kan i de tekniske specifikationer angive sådanne sociale krav, som direkte karakteriserer den pågældende vare eller tjenesteydelse, såsom adgangsmuligheder for handicappede eller design for samtlige brugere.

Oversigt

- Kontraktvilkår
 - ♦ § 174: "En ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 161, og skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale **eller beskæftigelsesrelaterede hensyn**".
 - ♦ Udvalgets lovbemærkninger, s. 246: "Som noget nyt får ordregiveren med bestemmelsen bedre mulighed for at integrere sociale og miljøhensyn til processen."
 - ♦ Næppe realitetsændring i forhold til nugældende retstilstand, jf. bl.a. Max Havelaar?

Kædeansvar

Hvad er kædeansvar?

- Ingen almen, legal definition
- Den gængse opfattelse
 - ◆ Kontraktvilkår
 - ◆ Hæftelse for forudgående led i omsætnings- og produktionskæden (udover sædvanlig hovedentreprenørhæftelse for underentreprenørens forsinkelse, mangler og andre ”inter partes”, kontraktuelle forpligtelser)
 - ◆ I princippet enhver kontraktuel forpligtelse, herunder biforpligtelse, herunder sociale klausuler, betaling af skat, moms mv.
 - ◆ ”Ordregiveransvar”?
- Udmøntning
 - ◆ Bindende krav/hensigtserklæringer
 - ◆ Kontrol/opfølgning
 - ◆ Sanktioner

Kædeansvar

- Regulering i dag
 - ♦ Ikke gældende danske eller EU-retlige regler om obligatorisk kædeansvar
 - ♦ Se dog håndhævelsesdirektivet om håndhævelse af udstationeringsdirektivet, maj 2014 om obligatorisk kædeansvar (eller andre passende håndhævelsesforanstaltninger) i første led inden for byggeriet (hæftelse for underentreprenørens udstationerede arbejdstagers løntilgodehavender m.v. – implementeringsfrist maj 2016)
- Er kontraktvilkår om kædeansvar i overensstemmelse med gældende dansk ret og EU-ret?
 - ♦ Dansk forvaltningsret, herunder krav om saglighed og proportionalitet
 - ♦ Anden dansk lovgivning, herunder persondataloven
 - ♦ EU-retten, herunder UBD art. 26 og EUD-praksis, se bl.a. Wolff & Müller (sag C-60/03):

” Article 5 of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, interpreted in the light of Article 49 EC, does not preclude, in a case such as that in the main proceedings, a national system whereby, when subcontracting the conduct of building work to another undertaking, a building contractor becomes liable, in the same way as a guarantor who has waived the defence of prior recourse, **for the obligation on that undertaking or that undertaking's subcontractors to pay the minimum wage to a worker** or to pay contributions to a joint scheme for parties to the worker after deduction of tax, social security contributions, payments towards the promotion of employment or other such social insurance payments (net pay), if the safeguarding of workers' pay is not the primary objective of the legislation or is merely a subsidiary objective.”
- Se også EUD's seneste blåstempling af "RUT"-ordninger (Thermotec-dommen)

Kædeansvar

- Forslaget til ny udbudslov
 - ♦ Gennemsigtighed om underentreprenørkæden
 - Egnethed og udvælgelse – se § 153, nr. 5 om beviserne for teknisk og faglig kapacitet: ”En angivelse af den forvaltning af forsyningskæden og de eftersporingsystemer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten”
 - Kontraktvilkår – se § 175, stk. 5: ”En ordregiver skal i forbindelse med indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter sikre, at der indsættes en kontraktklausul, som forpligter leverandøren til at oplyse navn, kontaktoplysninger samt juridisk repræsentant på de underleverandører, der benyttes i forbindelse med udførelse af kontrakten. Oplysningerne skal indleveres senest, når gennemførelsen af kontrakten påbegyndes, hvis de kendes på det tidspunkt ...
Stk. 3: En ordregiver kan i forbindelse med vareindkøbskontrakter kræve, at leverandøren oplyser navn og kontaktoplysninger på samt juridisk repræsentant for de underleverandører, der benyttes i forbindelse med udførelsen af kontrakten.
Stk. 4: En ordregiver kan kræve oplysningerne i stk. 2 og 3 vedrørende underleverandører længere nede i underleverandørkæden.”
 - ♦ ”Kædeudelukkelse”
 - Se § 175, stk. 5: ”En ordregiver kan kræve, at tilbudsgivere og ansøgere i forbindelse med deres ansøgninger og tilbud skal erklære, at underleverandører ikke er omfattet af en af de situationer, der medfører udelukkelse i henhold til §§ 133-135. Såfremt underleverandører er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i henhold til § 133-135, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren udskiftes.