



DANSK FORENING FOR UDBUDSRET

ARBEJDSKLAUSULER I OFFENTLIGE KONTRAKTER – ER KLAUSULER OM LØN- OG ANSÆTTELSESVILKÅR LOVLIGE OG HVORDAN KAN DE BLIVE LOVLIGE?

Andreas Christensen, advokat (H) og partner

Tirsdag d. 4 feb. 2014

GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

- Udbudsdirektivet:

Udgangspunkt: Ordregivende myndigheder skal agere som markedsaktører og skal derfor identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud

Modifikation: Der er dog visse ikke direkte økonomiske hensyn, som det er sagligt for offentlige myndigheder at lægge vægt på, ex. miljøegenskaber

- Hvad med de sociale hensyn?
- Concordia-dommen (C-513/99) – mulighed for at inddrage brede miljømæssige hensyn ved tildelingen. Gælder det også sociale hensyn – eksempelvis at lade tilbudsgiverne konkurrere på, hvor mange langtidsledige de vil gøre brug af i forbindelse med et konkret projekt?

GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

- Udbudsdirektivets artikel 26

”Betingelser vedrørende kontraktens udførelse

De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.”

GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

- **Klassisk dom fra EF-domstolen – C-31/87 Beentjes**
- En hollandsk ordregivende myndighed ville i et udbud forpligte tilbudsgiverne til at ansætte langtidsledige
- **Vedrørende inddragelsen af sociale klausuler udtalte EF-domstolen:**

Et sådant krav er lovligt, hvis:

1. det tydeligt fremgår af udbudsmaterialet som kontraktkrav, og
2. kravet hverken er direkte eller indirekte diskriminerende overfor tilbudsgivere fra andre medlemsstater

GENERELT OM SOCIALE HENSYN VED UDBUD

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om sociale hensyn ved offentlige indkøb (2004) - **Betingelser for lovligheden af sociale klausuler:**

- **Offentliggørelse:** Det sociale kontraktvilkår skal fremgå af udbudsmaterialet
- **Saglighed:** Det sociale hensyn skal være sagligt begrundet
- **Ikke-diskriminerende:** Det sociale kontraktvilkår må ikke bevirke, at udenlandske leverandører udelukkes fra eller får vanskeligere ved at komme i betragtning til kontrakten
- **Proportionalitet:** Omfanget af de sociale hensyn skal stå mål med den opgave, der udbydes. Vilkåret må ikke forpligte leverandøren ud over den konkrete kontrakt
- **Eksportforbud:** Det sociale kontraktvilkår må generelt ikke knyttes til ydelser, opgaver eller produkter, der produceres eller leveres i andre lande

Vejledning fra KFST om klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud – februar 2013 – Om handler **Følg eller forklar princippet**

Ny vejledning om sociale klausuler fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelse forventes klar i 2014

SÆRLIGT OM ARBEJDSKLAUSULER

EKSEMPEL PÅ ARBEJDSKLAUSUL:

- Entreprenøren forpligter sig til, at de ansatte, som Entreprenøren og dennes underentreprenører beskæftiger med henblik på Kontraktens opfyldelse, har løn- og ansættelsesvilkår, der ikke er mindre gunstige end de løn- og ansættelsesvilkår, som i henhold til kollektiv overenskomst, lovgivning eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet skal udføres.
- [...]
- *Overholder Entreprenøren ikke samtlige ovennævnte krav, og medfører dette et berettiget krav fra arbejdstagerne på yderligere løn, kan ordregiver tilbageholde vederlag til Entreprenøren med henblik på at sikre arbejdstagerne de nævnte løn og ansættelsesvilkår.*
- *Ordregiver kan ophæve nærværende kontrakt med øjeblikkelig virkning, hvis nærværende klausul overtrædes, eller hvis Entreprenøren undlader at fremskaffe relevant dokumentation*

UDSTATIONERINGSDIREKTIVET

- **Udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1:**
- *Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:
 - ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller
 - ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter:*

UDSTATIONERINGSDIREKTIVET

- **Udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8:**
- *Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal **overholdes af alle virksomheder** inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.*
- *Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder **generel anvendelse**, jf. første afsnit, kan medlemsstaten **beslutte** at lægge følgende til grund:*
- *de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er **alment gældende for alle** tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller*
- *de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og **som gælder på hele** det nationale område*
- *såfremt deres anvendelse på de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder på de områder, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, i nærværende artikel, ikke medfører forskelsbehandling mellem disse virksomheder og de øvrige virksomheder, der er nævnt i dette afsnit, og som befinder sig i en tilsvarende situation.*

UDSTATIONERINGSLOVEN

- *§ 6 a. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde som over for danske arbejdsgivere anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.*
- *Stk. 2. Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.*

RÜFFERT-DOMMEN (C-346/06)

- Præmis 30: *Det følger heraf, at der ved en foranstaltning som den i hovedsagen foreliggende ikke er fastsat en lønsats på en af de måder, der fremgår af artikel 3, stk. 1, første afsnit, første og andet led, samt artikel 3, stk. 8, andet afsnit, i direktiv 96/71.*
- Præmis 31: *Nævnte bestemmelse kan især ikke fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de **ufravigelige regler** om minimumsbeskyttelse. For så vidt angår de områder, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g), fastlægger direktivet nemlig udtrykkeligt den grad af beskyttelse, som værtsmedlemsstaten kan kræve iagttaget af virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, i forhold til deres arbejdstagere, der er udstationeret på denne værtsmedlemsstats område. [...]*

DET NYE UDBUDSDIREKTIV – PRÆAMBELTRAGTING 37 OG 39

- (37) **Med henblik på en hensigtsmæssig integration af de miljømæssige, sociale og arbejdsmarkedsmæssige krav** i de offentlige udbudsprocedurer er det særlig vigtigt, at medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder træffer relevante foranstaltninger til at **sikre overholdelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, der gælder de steder, hvor bygge- og anlægsarbejderne udføres eller tjenesteydelserne leveres, og som er resultatet af love, bestemmelser, bekendtgørelser og afgørelser både nationalt og på EU-plan samt kollektive aftaler, forudsat at disse regler og deres anvendelse er i overensstemmelse med EU-retten**. Desuden bør forpligtelser i kraft af de internationale aftaler, der er ratificeret af alle medlemsstaterne og opført på listen i bilag X finde anvendelse under kontraktens gennemførelse. Dette bør dog ikke på nogen måde hindre anvendelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne.
- De relevante foranstaltninger bør anvendes i overensstemmelse med EU-rettens grundlæggende principper, navnlig med henblik på at sikre ligebehandling. Sådanne relevante foranstaltninger bør anvendes i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF(12) og på en måde, der sikrer ligebehandling og hverken direkte eller indirekte diskriminerer økonomiske aktører fra andre medlemsstater.
- (39) De relevante forpligtelser kan afspejles i kontraktklausuler. **Det bør også være muligt i offentlige kontrakter at medtage klausuler, der sikrer overholdelse af kollektive aftaler i overensstemmelse med EU-retten**. Tilsidesættelse af de relevante forpligtelser kan betragtes som en alvorlig forsømmelse fra den økonomiske aktørs side, og kan medføre, at denne økonomiske aktør udelukkes fra udbudsproceduren.

GENNEMSIGTIGHED

- Udbudsdirektivets artikel 2

”Principper for indgåelse af kontrakter

*De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en **gennemsigtig** måde.”*

- Et krav om at tilbudsgiver har alle oplysninger om udbuddet.
- Tilbudsgiver kan se hvilke overenskomster der bliver henvist til og at indholdet i denne overenskomst fremgår klart nok til at tilbudsgiver kan udregne løn- og arbejdsvilkår for arbejdet.

Horten Advokatpartnerselskab
Philip Heymans Allé 7
DK-2900 Hellerup, Copenhagen

Tel. 3334 4000
Fax 3334 4001
info@horten.dk