

HORTEN



Dansk Forening for Europaret

Medlemsmøde om udbudsret og
arbejdsklausuler/sociale klausuler

14. november 2013

Advokat Andreas Christensen

Dagens program

- > Velkomst og introduktion til arrangementet

- > De udbudsretlige rammer
 - > Generelt om sociale hensyn ved udbud
 - > Særligt om arbejdsklausuler (ILO 94)

- > De kommunalretlige rammer
 - > De ydre rammer for de saglige og de ikke-saglige hensyn
 - > Hvad kan vi lære af Fair Trade-udtalelsen?

Først... Hvad taler vi egentlig om?

- > Social dumping ⇒ bestemmelser om løn- og ansættelsesvilkår
- > Mangel på lærlinge- og praktikpladser ⇒ krav om en vis andel lærlinge mv.
- > Sociale hensyn til vanskeligt stillede i øvrigt (langtidsledige, personer med varigt nedsat arbejdsevne) ⇒ krav om særlige tiltag/en særlig andel

- > Muligheden for at bruge sit indkøb til at få "noget mere" end kerneydelsen
- > Samlebetegnelse: Sociale klausuler – men er i virkeligheden en række varierende bestemmelser, som må vurderes forskelligt

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?

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

Sociale klausuler

- > 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.”

Sociale klausuler

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

Sociale hensyn i andre faser af et udbud

- > **Valg af kontraktgenstand**
- > *Særligt handicapvenlig bygning*
- > *Køb af uddannelsesforløb, der er særligt egnede for langtidsledige*
- > *Køb af hjælpemidler*
- > Vær opmærksom på udbudsdirektivets artikel 23 – tekniske specifikationer

Sociale hensyn i andre faser af et udbud

- > **Udvælgelsen**
- > Artikel 45 udelukkelse
- > Egnethedsvurdering
- > Prækvalifikation

- > Vanskeligt at inddrage "brede" sociale hensyn

Sociale hensyn i andre faser af et udbud

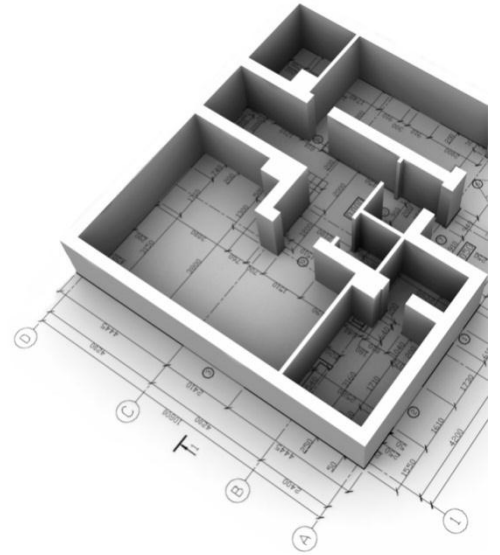
> **Tildeling**

- > Muligt at lægge vægt på "brede" sociale hensyn ved tildelingen – eksempelvis et generelt ønske om at sikre beskæftigelsen?
- > Udbudsdirektivets artikel 53 nævner ikke sociale hensyn – men bestemmelsen er ikke udtømmende.
- > Concordia-dommen – mulighed for at inddrage brede miljømæssige hensyn ved tildelingen. Gælder det også sociale hensyn – eksempelvis at lade tilbudsgiverne konkurrere på, hvor mange langtidslidende de vil gøre brug af i forbindelse med et konkret projekt?
- > Tvivlsom retsstilling – nyere litteratur synes at åbne op for, at der kan inddrages brede sociale hensyn ved tildelingen.

Socialøkonomiske virksomheder

- > Socialøkonomisk virksomhed = non-profit virksomhed, som fungerer organisatorisk uafhængig af den offentlige sektor og som har et socialt, sundheds- eller miljømæssigt formål
- > Mulighed for at tilgodese socialøkonomiske virksomheder ved et udbud?
- > Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelser af 1. juli 2011 og tidligere af 24. juni 2008

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.*
[...]

Beskæftigelsesministeriets notat fra september 2008

- > *"En anden væsentlig forskel mellem situationen i Danmark og Tyskland end [ovenstående?] vedrørende reguleringen af mindsteløn er, **at Danmark i modsætning til Tyskland har ratificeret ILO konvention 94.** Danmark er således folkeretligt forpligtet i henhold til konventionen, og kan ikke – uden at opsige konventionen – undlade at anvende de i konventionen angivne overenskomster i forbindelse med udbud, der er dækket af konventionen."*
- > EUF art. 351 (tidligere 307 EF)
- > *De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i traktaterne. ...*

ILO 94

- > ILO Konvention 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter
- > Ratificeret af Danmark ved kgl. resolution af 22. juli 1955
- > Bekendtgørelse nr. 1 af 04. januar 1957 om Danmarks ratifikation af den af den Internationale Arbejdskonference i Geneve i året 1949 vedtagne konvention om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

ILO 94

- > ILO 94 artikel 2, stk. 1:
- > *“Kontrakter, på hvilke nærværende konvention finder anvendelse, skal indeholde bestemmelser, der tilsikrer vedkommende arbejdere en løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres,*
- > *a) i henhold til kollektiv overenskomst eller anden anerkendt forhandlingsform mellem arbejdsgiver- og arbejderorganisationer, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejderne i vedkommende fag eller industri; eller*
- > *b) i henhold til voldgiftskendelse; eller*
- > *c) i henhold til nationale love eller administrative forskrifter.”*

ILO 94

- > Artikel 1, stk. 2: *"Den kompetente myndighed skal bestemme, i hvilket omfang og på hvilken måde konventionen skal finde anvendelse på kontrakter, der tildeles af andre end centrale myndigheder."*
- > Cirkulæreskrivelse af 18. maj 1966 om gennemførelse af den af Den internationale Arbejdskonference vedtagne konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter:
- > *"I kontrakter, der for **statskassens regning** indgås af en central myndighed (ministerierne eller de direkte herunder hørende institutioner), ..."*

ILO 94

- > **Cirkulæreskrivelse af 27. juni 1990 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde**
- > *"Efter konventionens artikel 1, stk. 2, skal den kompetente myndighed bestemme, i hvilket omfang og på hvilken måde konventionen skal finde anvendelse på kontrakter, der tildeles af andre end centrale myndigheder.*
- > *Dette er nu blevet aktuelt i forbindelse med gennemførelse af EF-direktivet om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktivet indeholder ikke bestemmelser om arbejdsklausuler, men det må anses for ønskeligt, at der skabes klarhed på dette punkt ikke mindst af hensyn til deltagerne i offentlige licitationer. Det vil bl.a. være hensigtsmæssigt at undgå forskel på vilkårene for kontraktsparterne alt efter, om det er en statslig eller en kommunal myndighed, der står som bygherre for et offentligt bygge- og anlægsarbejde.*
- > **Arbejdsministeriet henstiller derfor herved**, efter drøftelse med repræsentanter for Amtsrådsforeningen, Kommunernes Landsforening og Københavns og Frederiksberg kommuner, til alle kommuner og amtskommuner **om, at der optages en arbejdsklausul i alle kontrakter vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder** efter tilsvarende retningslinier som dem, der gælder for statslige kontrakter, jf. cirkulæreskrivelsen fra 1966.

ILO 94

- > Vil kommuner, der ikke er direkte forpligtet af ILO 94 konventionen, lovligt kunne fastsætte arbejdsklausuler i overensstemmelse med konventionen?
- > Rapport fra udvalget om modvirkning af social dumping – oktober 2012:
- > I rapporten når udvalget (tværministeriel arbejdsgruppe) frem til, at der ikke er noget til hinder for, at det ved lov pålægges kommuner at anvende arbejdsklausuler i overensstemmelse med ILO 94.
- > *“Konventionen rejser en række problemstillinger i forhold til udstationeringsdirektivet og EU-udbudsdirektiverne (udbudsdirektivet samt forsyningsvirksomhedsdirektivet), som analyseres nedenfor. Men sammenfattende er det udvalgets opfattelse, at ILO konvention nr. 94 og Danmarks implementering heraf er i overensstemmelse med EU-retten, og de mulige initiativer i afsnit 12.10 er efter udvalgets opfattelse indenfor EU-rettens rammer.”*

De kommunalretlige rammer



Hvad er en kommune?

- > Kendetegnet ved demokrati, krav om legitimitet, tvunget skattefinansiering
- > Medfører krav om at kommunen alene kan varetage saglige interesser
- > Ofte afgrænset sådan, at kommunens opgavevaretagelse skal komme "alle eller en sagligt afgrænset kreds" til gode
- > Kan kommunen sagligt varetage de interesser, som sociale klausuler tilsigter?

De notorisk ikke-saglige interesser

- > Den klassiske kommunalret:
 - > **Partipolitiske interesser** er ikke saglige
 - > **Religiøse interesser** er ikke saglige

- > Leder også til:
 - > **Fagforeningsinteresser** er ikke saglige
 - > **Organisationsmæssige interesser** er ikke saglige
 - > Se Indenrigsministeriets udtalelse af 1. juli 1999 og embedsmandsrapporten fra april 2003 om almindelige betingelser for serviceydelser (ABS-rapporten, se Bilag 1, side 33-34)

De notorisk saglige interesser...

- > Den klassiske kommunalret
 - > Interesser der er forbundet med varetagelsen af kommunens interesse i kerneydelsen - **pris, kvalitet**
 - > **Beskæftigelse, uddannelse** af unge – se bet. 1153, december 1988, og side 22 i Fair Trade-udtalelsen
- > Leder også til
 - > **Leveringssikkerhed**, se ABS-rapporten, Bilag 1

Betingelsen er – som altid – proportionalitet: Den fornødne forbindelse mellem klausulens indhold og det hensyn, kommunen ønsker at varetage

Vurderingen af andre interesser

- > Hensynet til at undgå social dumping?
- > Lidt mere eksistentielt – hvilket hensyn er det, kommunerne ønsker at varetage? Hensynet til den enkelte ansatte? Et bredere samfundsmæssigt hensyn?
- > Social dumping –
er det alt andet end danske løn- og ansættelsesvilkår?

Kommunen som modelarbejdsgiver

- > Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes Fair Trade-politik
- > Omhandler en indkøbspolitik, der har til formål at "bidrage til at forbedre arbejds- og levevilkårene for nogle af verdens fattigste bønder og arbejdere i Afrika, Asien og Syd- og Mellemamerika"
- > Statsforvaltningen Midtjylland havde vendt tommelfingeren ned
- > Økonomi- og Indenrigsministeriet nikkede til ordningen efter en vurdering af dels almennytteskriteriet og dels lokalitetsprincippet

Fair Trade-udtalelsen – 1

- > "i såvel internationale som i danske sammenhænge antages, at private virksomheder bør tage et samfundsansvar i deres aktiviteter"
- > "udtryk for en generel forudsætning om, at aktører, der har mulighed for det, bør tage et samfundsansvar, og at det gælder såvel private virksomheder som offentlige myndigheder"
- > "Det nærmere indhold af det samfundsansvar, som en kommune uden hjemmel i den skrevne lovgivning kan påtage sig i forbindelse med sin opgavevaretagelse, lader sig næppe entydigt afgrænse"
- > "Afgrænsningen må endvidere ske under hensyn til internationalt anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet"

Fair Trade-udtalelsen – 2

- > "Efter praksis kan kommuner endvidere i udbudskontrakter indsætte en såkaldt arbejdsklausul. En arbejdsklausul indebærer, at leverandøren skal sikre arbejderne løn- og arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres. Praksis har baggrund i ILO-konvention 94 (fra 1949 og ratificeret af Danmark i 1955) om arbejdsklausuler, som forpligter statslige myndigheder – men ikke kommuner - til at indsætte arbejdsklausuler. Formålet med konventionen er at imødegå social dumping ved arbejde, der udføres for det offentlige samtidig med, at den understreger statens forpligtelse som "modelarbejdsgiver" for så vidt angår løn- og arbejdsvilkår."
- > "at det således er lovligt, at en kommune udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold" (Hortens fremhævnning)

Fair Trade-udtalelsen – 3

”Ministeriet finder således, at det må lægges til grund, at kommuner i deres indkøbspolitik kan fastsætte, at de ønsker at leve op til internationale anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, herunder at indkøbspolitikken lever op til en række forskellige hensyn, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet, jf. pkt. 2 c: Sikring af ordentlige arbejdsvilkår, rimelige sociale forhold, overholdelse af menneskerettigheder, en økonomisk og miljømæssig bæredygtig produktion mv.

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder imidlertid ikke, at det vil være lovligt, at en kommunal indkøbspolitik indebærer, at der ydes tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner, ligesom en kommune ikke som led i sin indkøbspolitik lovligt kan fremsætte udenrigspolitiske standpunkter, jf. de ovenfor omtalte kommunalretlige grundsætninger herom.” (Hortens fremhævning)

Statsforvaltningens brev af 22. oktober 2013

- > Københavns Kommune har anmodet Statsforvaltningen om at vurdere, om Københavns Kommune lovligt kan anvende en nærmere beskrevet social klausul
- > Statsforvaltningen konkluderer, at:
 - > *"Statsforvaltningen må henholde sig til denne retsopfattelse og har således ikke grundlag for at anse arbejdsklausuler som dem, Københavns Kommune ønsker at benytte, for ulovlige, idet klausulerne svarer til indholdet af den citerede tekst."*
 - > *"Denne retsopfattelse"* og den *"citerede tekst"* som Statsforvaltningen henviser til, er Økonomi- og Indenrigsministeriet udtalte sig den 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes anvendelse af Fair Trade-klausuler i indkøbskontrakter mv.

Så hvad ved vi nu?

- > Den kommunalretlige problemstilling er herefter næppe et issue
- > Det afgørende er dog, hvordan er begrundes ordregivers anvendelse af klausulen
- > Tilbage står dog den EU-retlige problemstilling...

Fair Trade udtalelsen – forholdet til udbudsretten

- > "Det tilkommer ikke Økonomi- og Indenrigsministeriet som kommunal tilsynsmyndighed at udtale sig om, hvorvidt der i forbindelse med et udbud og med hjemmel i udbudsdirektivet kan fastsættes krav om, at de ønskede ydelser skal være Fairtrade mærkede."
- > Udtalelsen kan altså **ikke** anses som en blåstempling af, at klausulen er i overensstemmelse med udbudsretten!

Fait Tade udtalelsen – udbudsretten

- > Se også EU-domstolens dom i sag C-368/10 (Max Havelaar)
- > *73 Som anført i denne doms præmis 37 anvendes mærket MAX HAVELAAR til at beskrive fair trade-produkter, som er købt fra organisationer, som består af små producenter fra udviklingslande til en fordelagtig pris og på fordelagtige betingelser i forhold til dem, som bestemmes af markeds kræfterne. Det fremgår af sagsakterne, at dette mærke er baseret på fire kriterier, nemlig at den pris, som betales, skal dække alle omkostninger og omfatte en supplerende præmie i forhold til markedsprisen, at produktionen skal være finansieret på forhånd, og at der mellem importøren og producenterne skal bestå langvarende handelsrelationer.*
- > *74 Det må konstateres, at sådanne kriterier ikke svarer til definitionen af tekniske specifikationer i punkt 1, litra b), i bilag VI til direktiv 2004/18, eftersom denne definition udelukkende vedrører egenskaberne ved selve produkterne, deres fremstilling, emballering eller anvendelse og ikke betingelserne, under hvilke leverandøren har købt dem fra producenten.*
- > *75 Overholdelsen af disse kriterier er derimod omfattet af begrebet »Betingelser vedrørende kontraktens udførelse« som omhandlet i dette direktivs artikel 26.*

Kontakt



Advokat Andreas Christensen
ac@horten.dk



**Philip Heymans Allé 7
2900 Hellerup**

Tlf. 3334 4000
Fax 3334 4001
E-mail: info@horten.dk

www.horten.dk

HORTEN