

De juridiske rammer for at stille arbejdsklausuler

1. Indledning

Arbejdsklausuler vil kun finde anvendelse som kontraktvilkår. Såfremt det anvendes arbejdsklausuler i kontrakten bør dette fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Man må ikke stille krav om, at en leverandør skal have overenskomst, da det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet

2. Offentliggørelse

Såfremt der i kontraktmateriale bliver stillet krav om, at leverandøren skal overholde ILO-konventionen nr. 94 bør dette fremgå og offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

3. Udelukkelse/udvælgelsen

Udvælgelsen

I udvælgelsesfasen skal ordregiver vurdere tilbudsgivernes generelle egnethed til at afgive et tilbud. Vurderingen af tilbudsgivernes generelle egnethed skal ske i overensstemmelse med kriterierne om finansiell og økonomisk formåen og faglig og teknisk viden eller evne, som er fastsat i udbudsdirektivets art. 47 – 52.

Når det drejer sig om tilbudsgivernes/ansørgernes egnethed, er udgangspunktet, at ordregivere ikke må tage sociale hensyn ved undersøgelsen af virksomhedernes økonomiske, finansielle eller tekniske formåen.

Eksempelvis er de kriterier, der nævnes i udbudsdirektivets artikel 48 vedrørende tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen udtømmende angivet. En ordregiver, kan således udelukkende tage de oplyste kriterier i betragtning.

Social dumping er ikke blandt de kriterier, de opregnes i bestemmelsen. Arbejdsklausuler kan således ikke inddrages som et kvalitativt udvælgelseskriterium.

Sådanne krav kan eventuelt implementeres i kontraktvilkårene. Således kan man eksempelvis indføre en klausul i kontrakten, hvor man bemærker, at leverandørens manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af leverandørens erhverv med henvisning til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d). Man kan i den forbindelse tilføje, at vurderingen af om en fejl som den nævnte kan anses for en "alvorlig fejl" i artikel 45- stk. 2, litra d)'s forstand, vil afhænge af om leverandøren har udvist hensigt eller uagtsomhed i tilstrækkelig grad.

Der er dog i medfør af bestemmelsen i artikel 48 mulighed for at kræve oplysninger om virksomhedernes erfaring og faglige dygtighed.

Den kvantitative

En ordregiver kan i henhold til udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3 begrænse antallet af tilbudsgivere. Når ordregiver efter udvælgelsen i henhold til udbudsdirektivets artikel 47-52 (den kvalitative udvælgelse) har et større antal ansøgere end det antal ansøgere, som ordregiver på forhånd har fastsat, har ordregiveren mulighed for at foretage en kvantitativ udvælgelse. En sådan udvælgelse skal ske på grundlag af **objektive og ikke-diskriminerende** kriterier angivet i udbudsbekendtgørelsen. Sådanne kriterier behøver ikke være kriterier omfattet af de i artikel 48 oplyste, hvorfor der som led i den kvantitative udvælgelse kan stilles krav vedrørende social dumping, så længe kriterierne er "objektive og ikke-diskriminerende".`

Udelukkelsen

Der er på nuværende tidspunkt, i henhold til EU's Udbudsdirektiv, ikke er mulighed for at udelukke tilbudsgivere, såfremt de tidligere ikke har levet op til ILO-konventionen nr. 94.

I henhold til artikel 45, stk. 1 har en ordregiver kun pligt til at udelukke leverandører fra at deltage i et udbud i tilfælde, hvor der er afsagt en endelig dom vedrørende en af følgende forhold: Hvidvaskning af penge, bestikkelse, svig og/eller deltagelse i en kriminel organisation.

I henhold til artikel 45, stk. 2 har en ordregiver mulighed for at udelukke en leverandør fra udbuddet f.eks. hvis der er tvivl om faglig hæderlighed på grund af en endelig dom for et strafbart forhold, alvorlige fejl i faglige anliggender, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret, manglende betalinger til social sikring og manglende betalinger af skat og afgifter.

I forbindelse med arbejdet med det nye udbudsdirektiv arbejdes der dog på at udvide offentlige ordregiveres mulighed for at lægge dårlige erfaringer til grund for en udelukkelse. Der er således stillet forslag om, at leverandører kan udelukkes, såfremt disse har udvist betydelige og vedvarende mangler i udførelsen af en forpligtelse i henhold til en tidligere aftale med en offentlig ordregiver, eller en tidligere kontrakt med en ordregiver, som førte til en erstatning, opsigelse af en kontrakt eller andre tilsvarende sanktioner. Det nye udbudsdirektiv forventes vedtaget ultimo 2013, hvorefter arbejdet med den danske udbudslov fortsætter.

4. Kravspecifikation

Såfremt der skal anvendes arbejdsklausuler skal disse fremgå af kontraktvilkårene, og ikke kravspecifikationen. Dette som følge af, at kravspecifikationen kun må indeholde kriterier, som relaterer sig direkte til væsentlige træk eller egenskaber ved produktet eller ved fremstillingsprocessen, jf. definitionen af "Tekniske specifikationer" i punkt 1, litra b), i bilag VI til Udbudsdirektivet.

5. Tildelingen

For at et kriterium skal kunne anvendes som et tildelingskriterium skal bl.a. følgende betingelser være opfyldt:

- Tildelingskriteriet skal være tilknyttet kontraktens genstand
- Tildelingskriteriet skal være specifikt og målbart

Krav vedrørende overholdelse af præceptive regler f.eks. social dumping som stilles i forbindelse med indkøb af varer, man påtænker at købe, relaterer sig ikke til kontraktens genstand som sådan, hvorfor det kan være svært at opfylde betingelsen om tilknytning til kontraktens genstand.

Den ordregivende myndighed skal ved udfærdigelsen af deres tilbud formulere sine tildelingskriterier på en sådan måde, at alle tilbudsgivere har mulighed for at fortolke dem på samme måde. Ordregiver skal desuden sikre sig, at de oplysninger, tilbudsgiverne afgiver på baggrund af de opstillede kriterier, skal kunne måles og kontrolleres i den efterfølgende evaluering. Krav om overholdelse af regler vedrørende eksempelvis social dumping er i udgangspunktet ikke målbare kriterier.

Krav i relation til tilbudsgivernes generelle forhold som f.eks. overholdelse af præceptive regler vedrørende social dumping kan således ikke inddrages som tildelingskriterium.

6. Kontrakten

I kontraktens vilkår kan man kræve, at leverandøren og dennes underleverandører i forbindelse med levering kontraktens genstand sikrer eventuelle arbejdere i Danmark løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er ringere end dem, der i henhold til en gældende kollektiv overenskomst, voldgiftskendelse, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art indenfor vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres, jf. ILO konvention nr. 94.

Det er vigtigt, at det af kontrakten fremgår, hvilke krav der kan stilles til dokumentation.

Derudover skal det af kontrakten fremgå, hvordan myndigheden kan håndhæve og kontrollere overholdelsen af arbejdsklausulen samt hvilke konsekvenser det har, hvis arbejdsklausulen ikke overholdes.

Kontrol

Den ordregivende myndighed kan overveje at indsætte bestemmelser, der giver mulighed for at kontrollere opfyldelsen af en arbejdsklausul. I den forbindelse bør der foretages en konkret overvejelse om, hvornår og hvordan dokumentation eventuelt skal indhentes. I denne afvejning bør der indgå, hvilke kompetencer og ressourcer der kræves for at gennemgå og vurdere eventuel dokumentation. Det vil sige, at såfremt der kræves dokumentation forpligter det også ordregiver at forholde sig til den. Dette bør derfor indgå i overvejelserne.

Misligholdelse og bod

Ordregiver skal tage stilling til, hvad der sker, hvis leverandøren ikke overholder arbejdsklausulen, og hvordan uenighed om, hvorvidt kravet er opfyldt, skal håndteres. Herunder kan det overvejes, om der skal anvendes bodsbestemmelser ved manglende opfyldelse af arbejdsklausulen.