

Metoder til at modvirke lavtlønskonkurrence i Danmark

Af professor, dr. jur. Ruth Nielsen,
Handelshøjskolen København

1. Indledning

I EU landene er de typiske måder at modvirke lavtlønskonkurrence på
lovbestemt mindsteløn
kollektive overenskomster
almengyldighed af kollektive overenskomster.

Lovbestemt mindsteløn findes i de fleste EU lande bortset fra de nordiske og Tyskland og almenyldige overenskomster findes i alle andre EU lande end Danmark, Sverige og England.¹

I Danmark findes der hverken lovbestemt mindsteløn eller almenyldige kollektive overenskomster. Her udgør almindelige, ikke almenyldige, kollektive overenskomster den primære måde at modvirke lavtlønskonkurrence på. Reglerne herom suppleres af forskellige andre regelsæt.

2. Begrænsning i udlændinges adgang til det danske arbejdsmarked

Efter udlændingelovens § 13 skal udlændinge have arbejdstilladelse for at tage lønnet eller ulønnet beskæftigelse, for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller for mod eller uden vederlag at udføre tjenesteydelser i Danmark.

Efter § 14 er forskellige kategorier af udlændinge fritaget for arbejdstilladelse. Det gælder navnlig udlændinge, der er statsborgere i et andet nordisk land, og udlændinge, der har krav på fri bevægelighed efter EU-reglerne herom.

Efter udlændingelovens § 15 kan der knyttes betingelser til en arbejdstilladelse. Indenrigsministeren fastsætter nærmere regler om arbejdstilladelser, herunder om tilladelsernes indhold og varighed og om de betingelser, der kan knyttes til en tilladelse. Efter lovens § 16 kan Arbejdsministeren fastsætte regler om, at en udlænding, som har arbejdstilladelse eller er fritaget herfor, skal være medlem af en arbejdsløshedskasse, og om, at den, der beskæftiger en udlænding, skal underrette arbejdsformidlingen. Der har tidligere været bekendtgørelser herom, men de blev ophævet i 1995.²

¹ Se nærmere COM(2000) 113 final, Industrial Relations in Europe – 2000.

² BEK nr 675 af 09/08/1995.

3. Ligeløn

Historisk har lavtlønskonkurrence mod mænd været et af de midler, danske kvinder har brugt for at sikre sig en plads på arbejdsmarkedet. I mellemkrigstiden var Kvindeligt Arbejderforbund således modstander af ligeløn,³ der først fik støtte fra 1951 og fremefter efter ratifikationen af ILO konvention nr 100 om ligeløn fra 1950.

På EU niveau blev ligelønsreglerne oprindeligt indført i EF-Traktaten (nu artikel 141 EF) efter krav fra Frankrig for at modvirke lavtlønskonkurrence fra lande, der praktiserede mindre ligeløn end Frankrig. De nuværende danske ligelønsregler følger EU-reglerne.

4. Kollektive kampskridt for at modvirke lavtlønskonkurrence

Under en bestående overenskomst er der fredspligt for det forbund, der har indgået overenskomsten og dette forbunds medlemmer.

Der kan derimod som hovedregel anvendes kollektive kampskridt til støtte for krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, i tilfælde hvor der ingen overenskomst er.

Det er en arbejdsretlig grundsætning, at et fagforbund ikke lovligt kan etablere konflikt over for en arbejdsgiver med henblik på at opnå overenskomst om et arbejdsområde, der allerede er dækket af en overenskomst med et andet forbund, når de konkurrerende organisationer begge er medlemmer af Landsorganisationen i Danmark. En fravigelse fra denne grundsætning kræver meget stærke grunde.⁴

I andre tilfælde er hovedreglen, at et forbund ikke er afskåret fra at kræve overenskomst, blot fordi arbejdet allerede er dækket af overenskomst med en konkurrerende lønmodtagerorganisation.

Hvis fx en fremmed arbejdsgiver bringer lavtlønnet arbejdskraft til Danmark, og den lave løn har støtte i en kollektiv overenskomst, afskærer den allerede indgåede overenskomst ikke kollektive kampskridt i Danmark.

Til støtte herfor kan fx henvises til Arbejdsrettens domme i et par sager anlagt af Kristelig Arbejdsgiverforening mod LO,⁵ hvor Arbejdsretten udtalte, at det er den almindelige regel i dansk arbejdsret, at en fagforenings adgang til at anvende kollektive kampskridt med henblik på opnåelse af overenskomst alene er betinget af en faglig interesse, som har en passende styrke og aktualitet. Dette var utvivlsomt tilfældet i de foreliggende situationer, og retten fandt det uden betydning, at det arbejde, der søgtes overenskomstdækket, allerede var omfattet af overens-

³ Se nærmere Anne Olsen: Kvindeligt Arbejderforbund – mellem kvindekraft og partikraft i Anne Margrete Berg, Lis Frost og Anne Olsen (red): Kvindefolk. En danmarkshistorie fra 1600 til 1980, bd 2, Kbhvn 1984 s 237 (om løntrykkeri).

⁴ Citeret fra Arbejdsrettens dom af 9. december 1999 i AD 99.470 .

⁵ AD 98.632 og AD 98.702.

komst med en anden arbejdstagerorganisation, som stod i et frit konkurrenceforhold til det fagforbund, der havde iværksat strejke og blokade, og som ikke fandtes at have udvist passivitet af betydning med hensyn til udnyttelse af sin aktionsret. Da virksomhedernes nægtelse af at indgå overenskomst måtte anses for begrundet i den eksisterende overenskomstdækning, fandt retten ikke anledning til at tage stilling til, om det ville være lovligt at iværksætte konflikt til sikring af forbundets enkelte krav, herunder om anvendelse af en bestemt pensionsordning. Arbejdsretten udtalte videre, at en sympatikonflikt til understøttelse af en lovlig hovedkonflikt ikke i omfang og virkning må overskride grænsen for det rimelige under hensyn til vægten af de interesser, som konflikten tilsigter og lovligt kan tjene; og retten fandt ikke grundlag for at fastslå, at denne grænse var overskredet.

5. International privatretlige spørgsmål. Udstationering

Direktivet⁶ om udstationering er implementeret i Danmark ved udstationeringsloven,⁷ der trådte i kraft den 17.12.1999.

5.1 Generelt

I pkt 3 i præamblen til direktivet siges det at:

(3) gennemførelsen af det indre marked skaber et dynamisk miljø for udveksling af tjenesteydelser over grænserne ved at tilskynde et stigende antal virksomheder til midlertidigt at udstationere deres arbejdstagere med henblik på udførelse af arbejde i en anden medlemsstat end den, hvor de normalt er beskæftiget;

(5) en sådan fremme af tjenesteydelser over grænserne forudsætter fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres;

Ifølge direktivet skal Medlemsstaterne påse, at de virksomheder der er omfattet af direktivet, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på en række nærmere angivne områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres territorium, 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 et bilag til direktivet nævnte aktiviteter, der angår bygge- og anlægssektoren.:

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

⁷ LOV nr 933 af 15/12/1999.

I bemærkningerne til det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet siges det, at udstationeringsdirektivet må ses i lyset af den debat, der gennem nogle år havde været ført på europæisk plan om såkaldt social dumping. Betegnelsen social dumping anvendes i denne relation som udtryk for det forhold, at virksomheder, der udfører tjenesteydelser i et andet land, medbringer sit eget personale, hvis løn- og ansættelsesvilkår er på et lavere niveau end i det land, hvor arbejdet midlertidigt udføres. EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for tjenesteydelser bevirker, at virksomheder inden for EU uhindret skal kunne medbringe deres eget personale til udførelse af opgaver, hvilket har aktualiseret diskussionen om social dumping.

Spørgsmålet om hvilken lovgivning, der skal finde anvendelse i kontrakter med tilknytning til flere lande, afgøres efter Romkonventionen.⁸ Ved midlertidig udstationering af arbejdstagere fra et land (hjemlandet) til et andet (værtslandet) er det udgangspunktet, at lovgivningen i hjemlandet fortsat finder anvendelse, jf Romkonventionens artikel 6.

I forhold til fællesskabsretten kan anvendelsen af værtslandets regler virke som en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. EU-Domstolen har imidlertid i flere domme fastslået, at fællesskabsretten ikke afskærer medlemsstaterne fra at anvende deres lovgivning eller kollektive overenskomster på enhver person, som er beskæftiget, selv midlertidigt, på deres område.

Debatten om social dumping kombineret med EU-Domstolens praksis førte til vedtagelsen af udstationeringsdirektivet. EU-Domstolens godkendelse af den praksis, som nogle lande førte, gjorde, at et initiativ vedrørende en koordinering af landenes praksis på dette område ikke kunne siges at være i modstrid med traktatens princip om fri bevægelighed for tjenesteydelser, men snarere understøttede det. Som anført i direktivets præambel, betragtningerne 13 og 14, bør der ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af alle arbejdsgivere, som sætter arbejdstagere til at udføre midlertidigt arbejde på værtslandets område, uanset varigheden af udstationeringen. Direktivets kerne af regler er ifølge artikel 3, stk. 1, reglerne inden for følgende områder:

- a) Maksimal arbejdstid og minimal hviletid.
- b) Mindste antal betalte feriedage pr. år.
- c) Mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette gælder dog ikke for erhvervs-tilknyttede tillægspensionsordninger.
- d) Betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer.
- e) Sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen.

⁸ Romkonventionen af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal finde anvendelse i kontraktlige forpligtelser.

- f) Beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge.
- g) Ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

5.2 Vilkår der er reguleret i kollektive overenskomster.

Det er ikke alene vilkår, der fremgår af lovgivningen, der er omfattet af direktivet, men også vilkår, der fremgår af kollektive overenskomster, der finder generel anvendelse, dog som udgangspunkt kun inden for byggesektoren. Af direktivets artikel 3, stk. 8, fremgår det, at

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.

Det karakteristiske er, at overenskomster, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, ved lovgivningsmagts mellemkomst eller ved en administrativ afgørelse udstrækkes til også at gælde andre arbejdsgivere inden for det pågældende område, som ikke allerede er direkte omfattet af overenskomsten. Dette system kendes som nævnt ikke i Danmark.

I Danmark gælder kollektive overenskomster kun for de parter, der har indgået overenskomsten, eller som i øvrigt har erklæret at ville følge overenskomsten. Om en arbejdstager er omfattet af en overenskomst afhænger derfor af, om arbejdsgiveren ved aftale er bundet af en overenskomst.

Det fremgår imidlertid af direktivet, at lande som Danmark kan vælge at anvende deres overenskomster på virksomheder, der udstationerer arbejdstagere til landet. Det hedder således videre i artikel 3, stk. 8, at

hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, *kan* medlemsstaterne 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.

Det fremgår videre af direktivet, at det er en betingelse for at anvende et system som det danske, at det sikres, at der ikke sker forskelsbehandling mellem de udenlandske virksomheder, der skal følge overenskomstvilkår, samt nationale virksomheder »der befinder sig i en tilsvarende position«. Denne betingelse skal

sikre, at udstationeringsdirektivet ikke bruges som middel til en traktatstridig forskelsbehandling af udenlandske virksomheder i forhold til nationale.

I de møder, der blev afholdt mellem arbejdsmarkedets parter, de offentlige arbejdsgivere og Arbejdsministeriet, forud for implementeringen af udstationeringsdirektivet blev det drøftet, om Danmark skulle anvende muligheden for at anvende sine kollektive overenskomster på udstationerede arbejdstagere. Det blev antaget, at anvendelsen af kollektive overenskomster særlig ville være relevant for så vidt angår mindsteløn.

Der var enighed om, at man foreløbig bør afstå fra at udnytte muligheden. Denne konklusion er fremkommet efter en afvejning af på den ene side de principielle problemer, der vil være forbundet hermed, og på den anden side det aktuelle behov for udnyttelsen af direktivets mulighed. Blandt problemerne nævntes, at der i givet fald skal indføres en ordning til sikring af, at der ikke sker forskelsbehandling mellem udenlandske og danske virksomheder. I den forbindelse er det spørgsmålet, om den relevante overenskomst finder anvendelse på »alle tilsvarende virksomheder«, og i benægtende fald konsekvenserne heraf. For det andet skal udenlandske virksomheder på forhånd kunne oplyses om, hvad de pågældende vilkår er, særligt vedrørende mindsteløn. Den relevante overenskomst skal altså kunne identificeres, og det skal afklares, hvad mindstelønnen er.

Det blev i den forbindelse diskuteret, hvordan mindstelønsbegrebet skal forstås. Efter direktivets artikel 3, stk. 1, sidste afsnit, defineres mindsteløn i overensstemmelse med national lov og/eller praksis. Danske overenskomster indeholder groft sagt 2 forskellige lønsystemer, tidløn og præstationsløn, og inden for disse 2 hovedgrupper findes der varierende systemer. Som eksempel på en problemstilling, der ville skulle afklares, kan nævnes det spørgsmål, om en udenlandsk virksomhed ville kunne nøjes med at betale løn efter den gældende overenskomsts mindstesats, uagtet at en dansk virksomhed i samme situation ville være forpligtet til at betale en højere, individuelt bestemt løn som følge af medarbejdernes alder, anciennitet og kvalifikationer m.v.

Endelig ville der skulle tages stilling til, om man skal nøjes med direktivets udgangspunkt, hvorefter det kun er overenskomster inden for byggesektoren, der skal anvendes, eller om man skulle udnytte direktivets mulighed for at inddrage andre overenskomstområder. Hvis ikke alle overenskomstområder inddrages, ville der skulle ske en afgrænsning.

Ved det andet led i afvejningen – spørgsmålet om det konkrete behov – blev det lagt til grund, at der ikke for tiden er så store problemer med social dumping, at det ikke vil kunne løses ved fagforbundenes mulighed for på sædvanlig måde at forsøge at indgå overenskomst med de konkrete virksomheder. Der var dog enighed om, at situationen bør følges nøje, så man på et senere tidspunkt vil kunne anvende muligheden. Derfor blev det anbefalet, at der indsættes en revisionsbestemmelse i loven.

Resultatet blev, at den danske lov om udstationering ikke indeholder nogen regel om løn mv fastsat ved kollektive overenskomster, hvilket må anses for foreneligt med direktivet, der for så vidt angår løn kun er præceptivt i forhold til lovbestemt mindsteløn og visse almenyldige kollektive overenskomster, altså netop de reguleringsformer, der ikke benyttes i Danmark.

6. Sociale hensyn ved offentlige udbud

Det er omdiskuteret, i hvilket omfang der i forbindelse med offentlige kontrakter kan fremmes ”politiske” hensyn, herunder arbejdsmarkedspolitiske som fx krav om betaling af en vis løn.

6.1 Reguleringsramme

En række *almindelige forvaltningsretlige principper*, som fx den almindelige lighedsgrundsætning, forbudet mod magtfordrejning og proportionalitetsprincippet har betydning for, om det er lovligt at forfølge politiske formål ved tildelelse af offentlige kontrakter.

EU-direktiverne og dansk ret indeholder ikke et eksplicit krav om forretningsmæssighed. Der findes tværtimod en del danske regler der eksplicit foreskriver eller tillader ikke-kommerciel brug af offentlige udbud, ligesom Danmark har ratificeret ILO konvention nr 94, der forpligter centrale nationale ordregivere til at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, jf nedenfor.

Hvis man ønsker at benytte offentlige kontrakter som et politisk styringsinstrument, kan de politiske kriterier (miljø, arbejdsmarkedspolitik, mv) indlægges på forskellige stadier af udbudsprocessen, nemlig enten i kontraktvilkårene, som udvælgelseskriterier eller som tildelingskriterier, se nærmere i det følgende.

Europa Kommissionen fremsatte den 10. maj 2000 forslag⁹ til et direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, der kodificerer de tre ”klassiske” direktiver, der samles i én retsakt.

6.2 Kontraktvilkår

For det første kan politiske kriterier indgå som et *vilkår i den kontrakt, der udbydes*. Normalt vil udbudsmaterialet indeholde et kontraktudkast, som den vindende tilbudsgiver skal tilslutte sig. Hvis man fx ønsker at kombinere et beskæftigelsesprojekt for etniske minoriteter med et bygge- og anlægsarbejde, kan man udbyde en kontrakt, som dels handler om at få bygget et eller andet, dels om at få beskæftiget nogen fra den ønskede etniske gruppe. Her placeres det politiske kriterium som *kontraktvilkår*, fx beskæftigelse af en vis procentdel af en etnisk minoritet. Den kontrakt, der konkurreres om, har et (delvist) politisk indhold.

⁹ KOM(2000) 275.

Tilsvarende kan udbudsgiveren tænkes at sætte et lønvilkår ind som kontraktvilkår.

Efter EU-reglerne er det forbudt at benytte kontraktvilkår,¹⁰ der direkte eller indirekte diskriminerer pga nationalitet eller som i øvrigt hindrer den frie bevægelighed. Dette forbud kan illustreres med EU-Domstolens praksis.

I Storebælt-sagen¹¹ blev Danmark dømt for overtrædelse af art 28 EF, art 39 EF og art 49 EF samt bygge- og anlægsgdirektivet,¹² bla fordi A/S Storebæltsforbindelsen havde indbudt til at afgive bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel. Der må heller ikke indsættes kontraktvilkår, der henviser til nationale tekniske standarder. I Dundalk-sagen¹³ fastslog EU-Domstolen således, at en medlemsstat tilsidesætter sine forpligtelser efter art 28 EF, når den tillader, at en offentlig myndighed indsætter en klausul, hvorefter de materialer, der skal anvendes, skal være godkendt efter en national, teknisk standard. Det er også forbudt at kræve produkter af et bestemt mærke, jf UNIX-sagen,¹⁴ hvor EU-Domstolen fastslog, at Holland havde tilsidesat sine forpligtelser ved i en udbudsbekendtgørelse at undlade at tilføje angivelsen ”eller dermed ligestillet” efter en teknisk specifikation, hvorved der henvises til et produkt af et bestemt mærke (i sagen UNIX), idet udeladelsen heraf er i strid med art 28 EF.

Art, 3, stk 2 EF bestemmer at hensynet til ligestilling mellem kvinder og mænd skal integreres i alle Fællesskabets foranstaltninger og art 6 EF indeholder en tilsvarende bestemmelse om miljøhensyn. Disse krav om integration af ligestilling og miljø i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker på alle områder er et argument for at anse det for foreneligt med EU-retten at fremme disse mål også ved tildeling af offentlige kontrakter.

EU-Kommissionen udsendte i 1989 en meddelelse om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter,¹⁵ der for den juridiske dels vedkommende mest bestod af en fortolkning af EU-domstolens dom i Gebroeders Beentjes¹⁶ sagen. I denne fastslog EU-Domstolen, at en betingelse om at tilbudsgiver skulle beskæftige langtidsledige er forenelig med bygge- og anlægsgdirektivet, hvis den ikke bevirker en direkte eller indirekte forskelsbehandling pga nationalitet. En sådan betingelse skal nævnes i udbudsbekendtgørelsen og skal altså være kendt for alle potentielle og aktuelle tilbudsgivere fra starten af udbudsproceduren. 1989-meddelelsen er forholdsvis restriktiv i sin fortolkning af EU-retten.

¹⁰ Sml Storebælt-sagen, Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark [1993] Saml I-3353, hvor EU-Domstolen anså en ”køb dansk”-klausul for stridende mod art 28 EF, art 39 EF og art 49 EF og Dundalk og UNIX-sagerne.

¹¹ Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml 1993 I-3353.

¹² 71/305/EØF.

¹³ Sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Saml 1988 s 4929.

¹⁴ Sag C-359/93, Kommissionen mod Holland, Saml 1995 I-157.

¹⁵ KOM(89)400, EFT 1989 C 311.

¹⁶ Sag 31/87, Gebroeders Beentjes BV. mod Nederlandene, Saml 1988 s 4635.

I EU-Kommissionens meddelelse fra 1998 om offentlige indkøb i EU¹⁷ udtales, at hensigten om bedst mulig anvendelse af offentlige midler ikke udelukker, at der tages hensyn til miljømæssige og sociale aspekter eller til forbrugerbeskyttelse, ligesom noget sådant ej heller kræver ændring af de eksisterende regler. EU-Kommissionen har bebudet en fortolkningsmeddelelse om miljøhensyn ved offentlige udbud, men den er i skrivende stund endnu ikke udsendt.

GPA¹⁸ art VI åbner op for, at tekniske specifikationer, der fastsætter egenskaberne ved de varer eller tjenesteydelser, der ønskes indkøbt, kan omfatte krav til *produktionsprocesser eller produktionsmetoder*. Ved vurderingen af, om der ved beskrivelsen af en offentlig kontrakt, der ønskes indgået, kan stilles fx krav om miljørigtige produktionsmetoder, forbud mod børnearbejde og lignende, giver formuleringen i GPA et argument for en bekræftende besvarelse. Uanset at formuleringen i direktiverne ikke er ordret den samme, kan det efter tilpasningen af direktiverne til GPA¹⁹ ikke antages, at retsstillingen efter EU retten er forskellig fra GPA-reglen.

6.3 Udvælgelseskriterier

For det andet kan de politiske kriterier indgå som *udvælgelseskriterier* ved bedømmelse af, hvilke tilbudsgivere, der er kvalificerede, fx kun sådanne der har et godt arbejdsmiljø eller en etnisk personalepolitik eller betaler en vis løn.

Udbudsdirektiverne indeholder en række detaljerede regler om hvilke krav, der kan stilles for at anse leverandører for kvalificerede i teknisk og økonomisk henseende til at deltage i en udbudsforretning. Ansøgere eller tilbudsgivere, der ud fra visse objektive kriterier må forventes at være dårlige kontraktparter kan udelukkes, uanset hvor gunstigt deres tilbud lyder, fx fordi det har en meget lav pris. Hvert af udbudsdirektiverne om indkøb,²⁰ bygge- og anlæg²¹ og tjenesteydelser²² indeholder en liste over forhold hos leverandørerne, som følge af hvilke de ordregivende myndigheder uden yderligere undersøgelse kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, fx pga konkurs eller strafbart forhold.

Dårligt eksternt miljø, dårligt arbejdsmiljø, dårlig ligestillingsprofil i etnisk eller kønsmæssig henseende, lavt lønniveau og lignende kriterier er ikke eksplicit nævnt i direktiverne som kriterier for leverandørers egnethed. Det anses undertiden for et argument for, at sådanne hensyn skulle være forbudt som udvælgelseskriterium. Det er efter min vurdering en uholdbar fortolkning. De gene-

¹⁷ KOM(98)143.

¹⁸ Government Procurement Agreement (GPA) er en plurilateral aftale inden for WTO, som EU er part i.

¹⁹ Ved direktiv 97/52/EF.

²⁰ Art 20 i indkøbsdirektivet (93/36/EØF).

²¹ Art 24 i bygge- og anlægsdirektivet (93/37/EØF).

²² Art 29 i tjenesteydelsesdirektivet (92/50/EØF).

relle hensyn, der ligger bag reglerne, kræver, at der anvendes objektive, på forhånd tilkendegivne kriterier, som ikke på nogen måde, hverken direkte eller indirekte er diskriminerende pga nationalitet og som ikke lægger hindringer i vejen for den frie bevægelighed eller bryder ligebehandlingsprincippet. Politiske hensyn, som fx et menneskeretskriterium eller hensynet til overholdelse af en arbejdsklausul kan godt være foreneligt med disse principper.

EU-Domstolen har også antaget, at erfaring²³ kan indgå i udvælgelseskriterierne som en del af kravet til teknisk kunnen. Det er efter min vurdering vigtigt i forbindelse med politiske kriterier. Leverandører kan have eller mangle erfaring i miljørigtig produktion, etnisk personalepolitik, administration af en høj løns politik, osv, ligesåvel som de kan have eller mangle erfaring i at grave huller eller bygge broer. Bygge- og anlægstekniske erfaringer er klart lovlige udvælgelseskriterier i forhold til bygge- og anlægskontrakter, hvor de krævede erfaringer er relevante. På tilsvarende måde må socialtekniske og miljøtekniske erfaringer være lovlige udvælgelseskriterier i forhold til kontrakter, hvor disse erfaringer er relevante. Det hænger ikke sammen at tillade fx etnisk personalepolitik som kontraktvilkår, men forbyde at der lægges vægt på, om der er grund til at tro, fx fordi den pågældende har erfaring heri, at en leverandør kan administrere en etnisk personalepolitik.

6.4 Tildelingskriterier

Endelig kan politiske kriterier for det tredje tænkes benyttet som *kriterier for tildeling* af kontrakten. Kontrakten kan efter EU-reglerne enten tildeles til det billigste tilbud eller til det økonomisk mest fordelagtige. I sidstnævnte tilfælde er formuleringen i de nugældende regler.²⁴

- a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

I det forslag til kodificering af udbudsdirektiverne,²⁵ Kommissionen fremsatte i maj 2000, identificerede den 7 områder inden for hvilke der er behov for indholdsmæssige ændringer, heriblandt en styrkelse af bestemmelserne vedrørende tildelingskriterier og udvælgelseskriterier. Forslaget indfører i begrænsede udbud og udbud med forhandling en forpligtelse til kun at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, gennem forud bekendtgjorte objektive kriterier.

²³ I Beentjes sagen antog EU-Domstolen, at et kriterium om særlig erfaring i det arbejde, der skal udføres, er et lovligt kriterium om teknisk kunnen med henblik på efterprøvningen af entreprenørernes egnethed i den i det daværende bygge- og anlægsgesetz artikler 20 og 26 forudsatte betydning.

²⁴ Her citeret fra tjenesteydelsesdirektivets (92/50/EF) art 36.

²⁵ KOM(2000) 275.

I art 53 foreslås følgende formulering af tildelingskriterier, når der anvendes økonomisk mest fordelagtige tilbud:

b) når tildelingen sker på grundlag af det for de ordregivende myndigheder økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier, som er direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

I nedenstående oversigt er den gældende formulering gengivet i venstre spalte og den foreslåede i højre spalte. Forskellene i teksterne er kursiverede.

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

b) når tildelingen sker på grundlag af det for de ordregivende myndigheder økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier, *som er direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt*, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, *miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet*, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

Hvis man sammenligner de to formuleringer ses, at forskellene med hensyn til lovligheden af ikke-kommercielle tildelingskriterier går i forskellig retning.

I den foreslåede formulering henvises eksplicit til miljø, hvilket taler for en udvidelse til – i hvert fald visse – non-kommercielle hensyn.

På den anden side indsættes et krav om, at kriteriet skal være direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, hvilket taler for at der skal være en vis snævrere sammenhæng mellem en offentlig kontrakt og de non-kommercielle hensyn, der kan forfølges ved tildelingen af den pågældende kontrakt.

GPA art XIII indeholder regler om tildeling af kontrakter. Tildeling af kontrakter skal efter denne bestemmelse ske i overensstemmelse med de kriterier og væsentlige krav, der er fastsat i udbudsmaterialet. Medmindre en ordregiver af offentlige hensyn beslutter at undlade at indgå en kontrakt, skal den indgå kontrakten med den bydende, hvis bud

- enten er det laveste
- eller det, der findes at være mest fordelagtigt ud fra de specifikke vurderingskriterier, der er fastsat i bekendtgørelserne eller udbudsmaterialet

Sammenligner man EU-reglerne med GPA er der således den forskel, at GPA ikke benytter ordet ”økonomisk”, men blot taler om det mest fordelagtige tilbud.²⁶

Kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige tilbud kræver, at der sker en vurdering af de enkelte elementer i tilbuddet. Med henblik herpå angives i direktivet, at de ordregivende myndigheder kan basere sig på ”forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb: fx pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetik og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, service og teknisk bistand”. Denne liste er ikke udtømmende, men de elementer, der indgår i det økonomisk mest fordelagtige tilbud må være *objektive* kriterier, der kan anvendes ensartet på alle bud.

Alle kriterier, som de ordregivende myndigheder regner med at lægge til grund ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal være *anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne*. Kriterier, der ikke er blevet nævnt deri, kan ikke anvendes ved tildelingen af ordren. I direktiverne præciseres desuden, at kriterierne om muligt skal anføres i den præferenceorden, som de ordregivende myndigheder ønsker at anvende.

I Randstad-sagen²⁷ antog EU-Domstolen, at

39. selv om det i en procedure med offentlig licitation er tænkeligt, at Kommissionen vil vælge en virksomhed, hvis tilbud prismaessigt ligger højere end de andres, er denne omstændighed ikke eneafgørende;

40. andre faktorer oplyst af Kommissionen for at begrunde dens valg, navnlig Randstad' s referencer og den omstændighed, at de lønninger, firmaet betalte det midlertidige personale, i forhold til de af Kommissionen betalte priser var blandt de højeste, indgik i de overvejelser af teknisk art, som Kommissionen i medfør af finansforordningens artikel 59, stk. 2, var berettiget til at tage hensyn til ved sit valg.

6.5 Miljø

I Danmark bestemmer § 6 i miljøbeskyttelsesloven,²⁸ at offentlige myndigheder *skal* virke for lovens formål ved anlæg og drift af offentlige virksomheder samt ved indkøb og forbrug. Miljølovgivningen synes således at forudsætte, at der er vidtgående frihed på nationalt plan til at føre miljøpolitik ved hjælp af offentlige anskaffelser. Der er også udsendt et cirkulære²⁹ om miljø- og energihensyn ved

²⁶ Se for en diskussion af, om de forskellige formuleringer gør nogen forskel Krüger, Kai, Ruth Nielsen og Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Copenhagen 1998.

²⁷ Sag 56/77. Agence europeenne d'interims sa mod Kommissionen, Samling 1978 s 2215.

²⁸ Bestemmelsen er uddybet i Cirkulære nr 26 af 7.2.1995 om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb.

²⁹ Cirkulære nr 26 af 7.2.1995.

statslige indkøb til samtlige statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder. Det bestemmer bla, at:

§ 2. Alle statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder skal jf. § 51, nr. 7 i lov om miljøbeskyttelse, foretage miljøbevidst indkøb ved at inddrage miljøforhold ved indkøb af produkter og tjenesteydelser på lige fod med andre hensyn, f.eks. pris, kvalitet, leveringsbetingelser m.m.

De hensyn, miljøforhold her ligestilles med, fx pris, kvalitet, leveringsbetingelser mm, er nogle af dem, der sædvanligvis indgår i vurderingen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf foran.

I cirkulæret³⁰ om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver nævnes også arbejdsmiljøhensyn.

6.6 Uddannelse og oplæring af unge

I Danmark er der også udsendt et cirkulære³¹ om leverandørers uddannelses- og oplæringsindsats over for unge, der opfordrer til, at uddannelses- og oplæringsindsats for unge indgår som *kontraktvilkår* i offentlige aftaler. Som eksempler herpå kan angives, at andelen af beskæftigede unge under 25 år eller antallet af skriftlige aftaler om unges uddannelse og oplæring som led i ansættelsen skal være på et nærmere angivet niveau, der må anses for rimeligt ud fra leverandørernes forudsætninger, herunder gældende regler og kollektive aftaler. Kontraktvilkåret skal konkret udformes således, at det sidestiller nationale og udenlandske leverandører.

6.7 ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

ILO Konvention nr 94 og Rekommendation nr 84 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget i 1949. Danmark ratificerede konventionen i 1955.

Ifølge ILO-konvention nr 94 skal kontrakter, på hvilke den finder anvendelse (dvs offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter, mv indgået af *centrale* offentlige myndigheder), indeholde klausuler, der sikrer arbejdstagerne løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til kollektiv overenskomst, voldgiftskendelser, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres.

I forbindelse med bygningen af Øresundsbroen rejste den danske fagbevægelse over for den svenske spørgsmålet, om Sverige også burde ratificere konventionen. Spørgsmålet har været genstand for udredning og synes at være kon-

³⁰ Nr 42 af 1.3.1994.

³¹ Cirkulære nr 44 af 10.4.1997.

troversielt i Sverige.³² Ligesom i forhold til miljøhensyn, kan det være en hindring for fælles dansk-svenske kontrakter, at der skal være arbejdsklausuler i dem efter de danske regler, hvilket (måske) er forbudt efter de svenske regler.

Finansministeriet i Danmark har udsendt et cirkulære³³ om udbud og udlisitering af statslige drifts- og anlægsopgaver, der i § 13, stk 4, bestemmer:

Specifikationen efter stk 1 skal, i det omfang det måtte være relevant, tillige indeholde oplysninger om arbejdsretlige krav eller forhold, jf bla lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, lov om ligebehandling af kvinder og mænd, ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

6.8 Etnisk ligestilling, ligestilling mellem kvinder og mænd og lign

Udbudsdirektiverne indeholder ikke eksplicite bestemmelser om ligestillings-spørgsmål. I forbindelse med forberedelsen af tjenesteydelsesdirektivet foreslog Europa-Parlamentet i 1991,³⁴ at der indsattes følgende bestemmelse:

2. Dette direktiv er ikke til hinder for gennemførelsen af eksisterende eller fremtidige nationale, regionale eller lokale bestemmelser vedrørende tildelelse af offentlige tjenesteydelses- eller bygge- og anlægskontrakter, hvis formål er at fremme og sikre ligestilling for de svageste sociale grupper på arbejdsmarkedet (kvinder, handicappede, medlemmer af etniske mindretal, vandrende arbejdstagere, religiøse samfund, langtidsledige, bistandsklienter osv.), forudsat disse bestemmelser er forenelige med Traktaten og Fællesskabets internationale forpligtelser.

Forslaget blev ikke medtaget i Kommissionens forslag til tjenesteydelsesdirektivet.

6.9 Erhvervsministeriets rapport om sociale klausuler i offentlige kontrakter

I januar 2000 afgav et udvalg under det danske erhvervsministerium rapport om Sociale klausuler i offentlige kontrakter.³⁵ Udvalget skulle tage stilling til klausuler til fremme af etnisk ligestilling og beskæftigelse på særlige vilkår (aktivering, mv). Det er sammenfattende udvalgets opfattelse, at offentlige institutioner er berettigede til i forbindelse med indkøb – ud over at lægge vægt på pris og kvalitet mv – også at opstille kontraktvilkår om, at den virksomhed, der handles med, vil arbejde for etnisk ligestilling og for at støtte beskæftigelse på særlige vilkår. Rapporten opstiller eksempler på mulige sociale klausuler, og fremhæver, at det vil være naturligt, at ordregiver selv i sin egen personalepolitik

³² Se nærmere EU&Arbetsrätt 1998 nr 1, <http://www.niwl.se/euarb/98-1/01main.asp>.

³³ Nr 42 af 1.3.1994.

³⁴ EFT 1991 C 158, s. 101.

³⁵ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, 20.januar 2000, j nr 95-150-29.

lever op til de samme krav, som dem, der stilles til tilbudsgivere. Rapporten accepterer således sociale klausuler som kontraktvilkår, men stiller sig afvisende over for at de kan benyttes som udvælgelses- og tildelingskriterier. I denne henseende er rapporten efter min vurdering mere restriktiv end EU-retten. Denne tillader som nævnt, at erfaring benyttes som udvælgelseskriterium. Hvis der lovligt kan kræves etnisk personalepolitik som kontraktvilkår, må det også være lovligt at lade erfaring i at få en etnisk personalepolitik til at fungere, indgå i egnethedsvurderingen af tilbudsgivere. Hvis kontraktvilkåret om etnisk personalepolitik kan gradueres, således at man kan efterspørge en mest muligt etnisk integreret personalepolitik, må kriteriet om etnisk ligestilling også kunne benyttes som tildelingskriterium, idet nogle tilbudsgivere vil opfylde det i højere grad end andre og deres tilbud vil dermed i forhold til den kontrakt, der skal indgås, være økonomisk mere fordelagtige.

6.10 Sammenfatning

Det fremgår af ovenstående, at dansk ret er forholdsvis åben overfor andet end kommercielle hensyn. For så vidt angår de offentlige kontrakter, der indgås af centrale myndigheder, dvs staten, følger det klart at ILO konvention 94, at der kan stilles krav om overholdelse af de gængse kollektive overenskomster på arbejdsområdet. For så vidt angår andre offentlige ordregivere, fx kommuner og statslige selskaber, må det antages, at der gælder det samme.

For så vidt angår private ordregivere følger det af aftalefriheden, at man kan aftale hvad man vil, herunder knytte an til kollektive overenskomster.

7. Outsourcing. Entrepriser

7.1 Fagligt veto

Der findes ikke danske lovregler svarende til de svenske om fagligt veto overfor udlicitering. Det forekommer, at der indgås kollektive aftaler om, at sådanne spørgsmål skal forhandles med organisationerne.

Som eksempel kan nævnes en sag³⁶ vedrørende udlicitering af rengøringen ved dommerembederne. I følge en organisationsaftale, der omfattede rengøringsarbejdet ved dommerembederne, skulle der optages drøftelser mellem de berørte parter bla i tilfælde af ønske om overgang af rengøringsarbejdet til entreprise.

Arbejdsretten fandt, at sådanne drøftelser i tre tilfælde alene eller i hvert fald i det væsentlige havde bestået i en orientering om det faktisk passerede, og under disse omstændigheder kunne det ikke tillægges betydning, at der ikke fra forbundets side var fremkommet relevante indsigelser, som kunne være indgået i justitsministeriets overvejelser. Ministeriet havde herefter begået overenskomstbrud og idømtes derfor en bod på 150.000 kr.

³⁶ Arbejdsrettens dom af 5. oktober 1994 i sag AD. 93.473.

7.2. Virksomhedsoverdragelse

Outsourcing af arbejdsopgaver vil ofte være omfattet af virksomhedsoverdragelsesdirektivet.³⁷ Som eksempel kan nævnes en sag³⁸ om et rengøringsselskab overtog rengøringen for et hotel i entreprise. Rengøringen havde hidtil været udført af 3 stuepiger, hvoraf 2 fik ansættelse i rengøringsselskabet, som imidlertid ikke aflønnede dem i henhold til den overenskomst, der havde været gældende i forholdet mellem stuepigerne og hotellet. Det pågældende fagforbund påstod rengøringsselskabet tilpligtet at overholde denne overenskomst, idet man henviste til virksomhedsoverdragelsesloven, ligesom man krævede bod af selskabet. Selskabet tog ved domsforhandlingens begyndelse bekræftende til genmæle over for påstanden om at selskabet efter virksomhedsoverdragelsesloven var indtrådt i overenskomsten, men gjorde gældende, at man havde befundet sig i en undskyldelig retsvildfarelse. Arbejdsretten fandt ikke fuldt tilstrækkelig anledning til at pålægge selskabet bod.

Direktivet finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion. Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk.

Virksomhedsoverdragelsesdirektivet er implementeret i Danmark ved Loven³⁹ om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Et udvalg arbejder på revision af loven med henblik på implementering af ændringsdirektivet,⁴⁰ der skal være gennemført 17. juli 2001.

Entrepriseaftaler kan være omgåelse af kollektive overenskomster. Som eksempel kan nævnes en sag,⁴¹ hvor 5 chauffører ansat i et aktieselskab A blev afskediget efter at have tilkendegivet, at de ikke ønskede at overføres fra den gældende overenskomst G til en overenskomst L med lavere aflønning end G. Herefter blev A's kørselsopgaver udført af et reetableret ApS B, og tre af de fem chauffører blev ansat i B under overenskomsten L. B leasede A's fem lastbiler. Tre tilladelser til vognmandskørsel udstedt til A blev brugt af B, hvis kontor ejedes af A, og hvor A havde værksted. B's bogholderi, herunder beregning af løn til chaufførerne blev ført af A. Det lagdes til grund, at overtagelsen af kørslen for A var en afgørende forudsætning for, at B blev reetableret. B havde ca. 85% af sin omsætning hos A. Det lagdes til grund, at overdragelsen af kørselsfunktionerne alene havde haft til formål at undgå at skulle lønne efter gældende

³⁷ 77/187/EØF ændret ved 98/50/EF.

³⁸ Arbejdsrettens dom i sag AD 86.472 (AT 1987 s. 121).

³⁹ LOV nr 111 af 21/03/1979.

⁴⁰ 98/50/EF

⁴¹ AD 91.196 (AT 1992 s. 55).

overenskomst. Herefter fandtes det overenskomststridigt, at A havde afskediget de fem chauffører og A tilpligtedes fortsat at overholde overenskomsten G. Endvidere idømtes A 50.000 kr. i bod. Spørgsmålet om efterbetaling blev henskudt til afgørelse ad sædvanlig fagretlig vej, eventuelt ved faglig voldgift.