

VEJ nr 9472 af 30/06/2014 Gældende

Offentliggørelsesdato: 02-07-2014

Beskæftigelsesministeriet

Den fulde tekst

Vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

1. Baggrund

I forbindelse med offentlige myndigheders udbud er der forskellige regler, der skal iagttages. Der er dels EU's udbudsregler, dels EU's udstationeringsdirektiv. Endvidere er der ILO konvention nr. 94 om brug af arbejdsklausuler, som statslige myndigheder er forpligtet til at følge, mens det alene henstilles til regioner og kommuner at bruge arbejdsklausuler. Nedenfor redegøres kort for indholdet af disse regler og samspillet mellem disse.

1.1 Udbudsregler

Ved indgåelse af offentlige kontrakter, der overstiger tærskelværdierne i udbudsdirektiverne, er myndighederne underlagt EU's udbudsregler, herunder EUF-traktatens regler og principper samt procedurereglerne i udbudsdirektivet (direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004), forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004) og forsvarsdirektivet (direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009).

Derudover er offentlige ordregivere underlagt tilbudslovens udbudsregler (LBK nr. 1410 af 07/12/2007), når kontraktens værdi ligger under tærskelværdierne i udbudsdirektiverne, men overstiger tilbudslovens tærskelværdier.

I henhold til EU's udbudsregler kan offentlige myndigheder fastsætte betingelser vedrørende kontraktens udførelse. Offentlige myndigheder kan bl.a. fastsætte betingelser vedrørende løn- og arbejdsvilkår for arbejdstagerne.

For at en betingelse vedrørende kontraktens udførelse lovligt kan anvendes, er det efter EU's udbudsregler imidlertid en forudsætning, at betingelsen er:

1. Knyttet til kontraktens genstand

De betingelser, der stilles til kontraktens gennemførelse, skal angå fremstilling af de varer, levering af de tjenesteydelser eller udførelse af de bygge- og anlægsarbejder, som kontrakten vedrører.

2. Offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne

Betingelser for udførelse af kontrakten skal angives tydeligt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, således at virksomhederne kan tage højde herfor ved afgivelse af tilbud.

3. I overensstemmelse med grundlæggende principper i EU-retten

Offentlige myndigheder skal bl.a. være opmærksomme på, at betingelserne for gennemførelse af kontrakten er i overensstemmelse med EUF-traktatens grundlæggende regler om de fri bevægeligheder og de principper der kan udledes heraf, herunder principperne om ikke-diskrimination, gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet.

Det er i overensstemmelse med EU's udbudsregler, at offentlige myndigheder anvender arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, forudsat at ovennævnte betingelser er opfyldt.

1.2. ILO konvention nr. 94 om brug af arbejdsklausuler

ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget af den Internationale Arbejdskonference i 1949 og ratificeret af Danmark i 1955. Danmark er således folkeretligt forpligtet til at følge ILO konvention nr. 94. Konventionen kan opsiges hvert 10. år fra den dato, da konventionen første gang trådte i kraft. Det vil sige, at næste gang konventionen vil kunne opsiges er i 2022.

Konventionen er et egnet instrument til at imødegå social dumping ved arbejde, der udføres for det offentlige, samtidig med, at den understreger offentlige myndigheders ansvar som »modelarbejdsgiver«. Konventionen gælder alle kontraktforhold om byggeanlægsarbejder, fabrikation og udførelse eller ydelse af tjenester, som de centrale myndigheder, dvs. ministerier og tilhørende styrelser måtte indgå. Det er op til den enkelte medlemsstat at fastlægge om og på hvilken måde konventionen skal finde anvendelse på kontrakter, der tildeles af andre end de centrale myndigheder.

ILO-konvention nr. 94 er optrykt som bilag 1.

I Danmark blev konventionen oprindelig gennemført ved Arbejdsministeriets cirkulære af 18. maj 1966 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, hvor alle statslige myndigheder blev pålagt at indsætte arbejdsklausuler i alle offentlige kontrakter.

Cirkulæret blev suppleret af cirkulæreskrivelse nr. 115 af 27. juni 1990 med et fornyet pålæg til de statslige myndigheder og en henstilling til kommuner og amtskommuner om ligeledes at indsætte arbejdsklausuler efter samme retningslinjer, som gjaldt for statslige kontrakter. Cirkulæret fra 1990 omtalte kun brug af arbejdsklausuler indenfor bygge-anlægsarbejde, da kommuner og amtskommuner kun blev opfordret til at bruge arbejdsklausuler på dette område. I cirkulæret fra 1990 blev sat en tærskel ind, så brugen af arbejdsklausuler kan begrænses til kontrakter, der overskrider tærskelværdien for EU-udbud på bygge- anlægsområdet (pt. ca. 37 mio. kr).

1.3. Udstationeringsdirektivet og forholdet til ILO konvention 94

Udstationeringsdirektivet er i Danmark implementeret ved lov om udstationering af lønmodtagere. Udstationeringsdirektivet går i korthed ud på, at den udenlandske tjenesteyder i forbindelse med udstationering af lønmodtagere, skal overholde en kerne af minimumsrettigheder i værtslandet.

Kernen af beskyttede regler er:

- Maksimal arbejdstid og minimal hviletid
- Mindste antal betalte feriedage pr. år
- Mindsteløn, herunder overtidsbetaling
- Betingelser for at stille arbejdstagere til rådighed, herunder vikarbureauer
- Sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen
- Beskyttelsesforanstaltninger for gravide og børn og unge
- Ligebehandling samt andre regler om ikke-diskrimination

I Danmark er løn og arbejdstid reguleret via de kollektive overenskomster i modsætning til de fleste andre EU-lande, hvor mindstelønnen enten er fastsat ved lov eller ved det, som kaldes erga omnes overenskomster, altså overenskomster, der gælder for alle. I Danmark gælder overenskomsterne kun for de parter, som har indgået dem. Eftersom der ikke i Danmark er et lovkrav om overenskomst eller mindsteløn, kan en offentlig ordregiver ikke stille krav om, at en leverandør skal være omfattet af en overenskomst.

ILO konvention 94 har på den ene side et bredere anvendelsesområde end udstationeringsdirektivet, da konventionen ikke er begrænset til grænsoverskridende kontraktforhold. På den anden side har konventionen et smallere anvendelsesområde, da den kun vedrører offentlige kontrakter og ikke juridisk forpligtet kommuner og regioner. Det betyder, at der er en overlap mellem konventionen og direktivet, når det drejer sig om grænsoverskridende levering af tjenesteydelser til opfyldelse af en offentlig kontrakt.

Særligt efter EU-domstolens afgørelse i den såkaldte Rüffert-sag (C-346/06, Dirk Rüffert mod Land Niedersachsen afsagt 3. april 2008) er der blevet stillet spørgsmål ved forholdet mellem ILO konvention nr. 94 og Danmarks EU-retlige forpligtelser, herunder særligt kravene i udstationeringsdirektivet 1996/71/EF. Sagen handlede om brug af arbejdsklausuler i en tysk delstat, hvor domstolen kom frem til, at den tyske delstats brug af arbejdsklausuler i offentlige udbud var i strid med EU-retten.

Beskæftigelsesministeriet udarbejdede – i samarbejde med Udenrigsministeriet og Justitsministeriet – en analyse af dommen, som er sendt til Folketinget i september 2008. Det fremgår bl.a. af analysen af dommen, at Tyskland havde implementeret udstationeringsdirektivet anderledes end Danmark, og at Tyskland i modsætning til Danmark ikke havde ratificeret ILO konvention nr. 94 om brug af arbejdsklausuler. Domstolen tog ikke eksplicit stilling til ILO konvention nr. 94, da det ikke var relevant i den konkrete sag, og Beskæftigelsesministeriet konkluderede, at der ikke var belæg for, at Danmarks praksis vedrørende ILO konvention nr. 94 ikke kunne fortsætte uændret.

For yderligere information om brug af arbejdsklausuler kan der henvises til Rapport fra Udvalget om modvirkning af social dumping fra oktober 2012, jf.

http://bm.dk/upload/BEM/Files/Dokumenter/Pressemeddelelser/2012/Social_dumping_rapport.pdf

1.4. Finanslovsaftalen for 2013

Under finanslovsforhandlingerne for 2013 blev der opnået enighed om at øge brugen af arbejdsklausuler. Det blev således aftalt, at det eksisterende regelsæt om arbejdsklausuler skal moderniseres og gøres mere gennemsigtigt og tilgængeligt, så det bliver lettere at håndhæve og kontrollere brugen af arbejdsklausuler.

Endvidere er det aftalt at fjerne tærskelværdien på ca. 37 mio. kr. ved udbud for brug af arbejdsklausuler for de statslige bygge- og anlægsopgaver, så alle statslige myndigheder fremover skal benytte arbejdsklausuler ved alle udbud på bygge- og anlægsområdet. Herudover skal statslige ordregivere (herunder selskaber, som fuldt ud er ejet af statslige myndigheder og ikke er i konkurrence) benytte arbejdsklausuler ved alle offentlige udbud af bygge- og anlægsprojekter.

Endelig er der enighed mellem regering, kommuner og regioner om at øge brugen af arbejdsklausuler og kommuner og regioner opfordres til at bruge arbejdsklausuler i alle udbudskontrakter indenfor bygge- og anlægsarbejde, samt øvrige udbudskontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt.

2. Uddybende vejledning til de enkelte bestemmelser

Til § 1

Cirkulæret har til formål at gennemføre ILO konvention nr. 94 om brug af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Konventionen blev ratificeret af Danmark i 1955.

En arbejdsklausul efter cirkulæret er en klausul, der skal sikre ansatte løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Til § 2

Samtlige statslige myndigheder, dvs. samtlige ministerier med tilhørende styrelser og institutioner skal anvende arbejdsklausuler i alle kontraktforhold om bygge- og anlægsarbejder, fabrikation og udførelse eller ydelse af tjenester uanset kontraktens størrelse. Statslige myndigheder er ministerier og de institutioner, herunder styrelser, som direkte hører under pågældende ministerium.

Af stk. 2 fremgår det, at statslige ordregivere, herunder selskaber, som fuldt ud er ejet af statslige myndigheder og ikke er i konkurrence, skal anvende arbejdsklausuler ved kontrakter på bygge- og anlægsområdet. Det gælder fx Sund og Bælt Holding A/S (herunder bl.a. A/S Storebælt, Femern A/S mv.), Energinet.dk, Metroselskabet I/S, Udviklingsselskabet By og Havn I/S, Statens Ejendomssalg A/S, DSB Finansiell Stabilitet A/S samt Banedanmark.

Derimod er fx DONG ikke omfattet, da selskabet er i konkurrence med andre selskaber.

Det påhviler hvert enkelt ministerium at beslutte, om og på hvilken måde der skal anvendes arbejdsklausuler i øvrige kontrakter, cfr. stk. 2, der indgås af andre end de centrale myndigheder.

Efter ILO konvention nr. 94 er der ikke krav om brug af arbejdsklausuler for arbejde, der udføres for danske myndigheder udenfor Danmark. Men et ministerium kan positivt beslutte, at og på hvilken måde der skal anvendes arbejdsklausuler ved opgaver udført i udlandet for offentlige midler indenfor ministerområdet. I givet fald vil det som udgangspunkt være de løn-, arbejdstid- og arbejdsvilkår, som gælder indenfor pågældende industri eller fag på den »pågældende egn«, dvs. efter det udenlandske niveau, der hvor arbejdet udføres.

Der er ikke krav om brug af arbejdsklausuler i kontrakter, der vedrører indkøb af varer, der indgår i en leverandørs almindelige produktion eller varelager. Men hvis varerne fremstilles i særlig produktion for statslige myndigheder, skal der bruges arbejdsklausuler. Som eksempel kan nævnes, at hvis staten bestiller et antal uniformer til at blive syet i Danmark, skal der bruges arbejdsklausuler. I tvivlstilfælde vil det være op til det enkelte ministerium selv at afgøre, om der skal bruges arbejdsklausuler.

Til § 3

Ordregiver skal i kontrakten stille krav om, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Flere overenskomster, der er indgået med samme arbejdsgiverforening og under samme lønmodtagerorganisation og med vilkår, der må anses for ensartede og som samlet er landsdækkende, anses i denne forbindelse også som én overenskomst, som gælder på hele det danske område.

Leverandøren og eventuelle underleverandører er således forpligtet til at følge et niveau, som ikke er mindre gunstigt end overenskomstens mindsteniveau med hensyn til løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, uanset om den pågældende leverandør eller underleverandør er part i overenskomsten.

I ILO's henstilling nr. 84 til ILO konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter fremgår det bl.a., at arbejdsklausuler i offentlige kontrakter enten direkte eller ved henvisning til egnede bestemmelser i kollektive overenskomster bør foreskrive »den normale lønsats og satsen for overarbejde (herunder særlige ydelser), der ydes til de forskellige kategorier af arbejde«. Formentlig er det en oversættelsesfejl, at der i den danske version alene henvises til satsen for overarbejde og ikke lønsatsen. De særlige ydelser vedrører således både den normale lønsats og overarbejdsbetalingen. Det skal i øvrigt fremgå, hvordan arbejdstiden reguleres samt bestemmelser om ferie og sygeorlov.

Hvis der er tvivl om lønniveauet mv., kan der fx søges oplysning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer, som har overenskomst på området.

Til § 4

Efter EU-retten er det et krav, at betingelser om udførelse af kontrakten skal fremgå tydeligt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, således at virksomheden kan tage højde herfor ved afgivelse af tilbud. Derfor skal ordregiveren informere om kravet om brug af arbejdsklausuler i udbudsmaterialet.

Til § 5

Arbejdsklausulen skal fremgå af kontrakten mellem ordregiveren og leverandøren. Det skal endvidere fremgå af kontrakten, hvilke krav der stilles til dokumentation for brug af arbejdsklausul. Endelig skal det fremgå af kontrakten, hvilke sanktioner leverandøren eller underleverandøren kan blive pålagt for manglende overholdelse af arbejdsklausulen eller manglende overholdelse af dokumentationskravene.

Det skal fremgå af kontrakten på hvilken måde leverandøren kan dokumentere, at arbejdsklausulen er overholdt. Relevant dokumentation kan fx være lønsedler, lønregnskab, timesedler, tidsregistrering, e-indkomst, ansættelseskontrakter samt erklæring om overholdelse af arbejdsklausulen.

Det kan fremgå af kontrakten, at leverandøren – efter skriftligt påkrav herom – er forpligtet til inden for et nærmere fastsat antal arbejdsdage at sende dokumentation fra såvel egne som eventuelle underleverandørers arbejdstagere.

Det kan endvidere fremgå af kontrakten, at leverandøren på anmodning efter en nærmere fastsat frist skal dokumentere løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår for leverandørens og eventuelle underleverandørers ansatte, som medvirker til at opfylde kontrakten.

Det skal fremgå af kontrakten, at leverandøren og eventuelle underleverandører sikrer, at de ansatte får oplysninger om de vilkår, der følger af arbejdsklausulen.

Til § 6

Det skal fremgå af kontrakten, hvilke konsekvenser det har, hvis arbejdsklausulen ikke overholdes.

Ordregiver skal ved fastsættelse af sanktionsbestemmelser i kontrakten være opmærksom på, at arbejdsklausuler er en biforpligtelse til selve den udbudte kontrakt.

Konsekvensen skal være proportional i forhold til forseelsens karakter. Udover EU-rettens begrænsninger med hensyn til proportionalitet mv. er der aftalefrihed mellem ordregiver og leverandør med hensyn til håndhævelse.

Eksempelvis kan det fremgå af kontrakten, at hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne, kan ordregiver tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav. Det kan desuden fremgå af kontrakten mellem ordregiver og leverandør, at leverandøren kan hæfte for opfyldelse af arbejdstageres lønkrav mv. hos underleverandører.

Det kan endvidere fremgå af kontrakten, at hvis arbejdsklausulen ikke overholdes, kan ordregiveren pålægge leverandøren en bod. Bodens kan være aftalt til et bestemt beløb. Ved væsentlig misligholdelse af aftalen, fx ved gentagne alvorlige overtrædelser, kan kontrakten ophæves.

Til § 7

Det skal af kontrakten fremgå, hvordan kontrollen med, at leverandøren og eventuelle underleverandører overholder arbejdsklausulen, gennemføres. Det er op til den enkelte ordregiver at udstikke retningslinjer for, af hvem og hvordan der skal foretages kontrol.

For ordregiver vil det være et indicium for arbejdsklausulens overholdelse, hvis leverandøren er omfattet af en af de overenskomster, der henvises til i § 4. Det skyldes bl.a., at overenskomstdækkede virksomheder er omfattet af det arbejdsretlige system, som hurtigt og effektivt håndterer spørgsmål om manglende overholdelse af en overenskomstbestemmelse.

Ordregiver kan til brug for sin vurdering af, om leverandøren eller underleverandører har overholdt klausulen fx søge oplysning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer, som har overenskomst på området.

Til § 8

Efter cirkulærets § 8 opfordres kommuner og regioner til at bruge arbejdsklausuler i alle udbudskontrakter inden for bygge- og anlægsarbejde samt øvrige udbudskontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt.

Det er således op til den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd, om og i hvilket omfang der skal anvendes arbejdsklausuler i udbudskontrakter.

Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at bruge arbejdsklausuler, skal kommunalbestyrelsen eller regionsrådet ifølge udbudsreglerne informere om kravet om brug af arbejdsklausuler i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, jf. i øvrigt cirkulærets § 4.

Eftersom det er op til den enkelte kommunalbestyrelse og det enkelte regionsråd at tage stilling til anvendelsen af arbejdsklausuler i den enkelte kommune og region, beror det også på kommunalbestyrelsens eller regionsrådets beslutning, i hvilket omfang cirkulærets øvrige regler skal anvendes. Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at anvende arbejdsklausuler i overensstemmelse med det, der gælder på det statslige område, vil anvendelse af cirkulærets øvrige regler dog kunne sikre, at kommunalbestyrelsens eller regionsrådets beslutning herom efterleves.

Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at bruge arbejdsklausuler, skal kommunalbestyrelsen eller regionsrådet desuden sikre, at lovgivningen, herunder EU-retten, overholdes. En kommune eller en region må fx ikke stille et generelt krav om, at private leverandører, der skal udføre opgaver for kommunen eller regionen, skal have indgået en dansk overenskomst. Dette ville være i strid med principper om ligebehandling i dansk forvaltningsret, EU-udbudsreglerne og på EU-traktatsniveau.

Eksempler på formulering af kontraktvilkår mv.:

Eksempel på en formulering i udbudsbekendtgørelsen:
Det vil være et kontraktmæssigt krav, at leverandøren og eventuelle underleverandører sikrer medarbejderne løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Eksempel på en arbejdsklausul i kontrakten:
Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.
Leverandøren skal sikre, at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører orienterer de ansatte om de gældende arbejdsvilkår.

Eksempel på kontrol af overholdelse af krav:
Ordregiver kan til enhver tid udbede sig relevant dokumentation for, at løn- og arbejdsvilkår for arbejdstagerne lever op til den forpligtelse, som arbejdsklausulen fastsætter.
Ordregiver kan kræve, at leverandøren – efter skriftligt påkrav herom – inden for 10 arbejdsdage fremskaffer relevant dokumentation såsom løn- og timesedler, lønregnskab og ansættelseskontrakter fra såvel egne som eventuelle underleverandørers arbejdstagere.
Ordregiver kan til brug for sin vurdering af, om leverandøren eller underleverandører har overholdt klausulen søge rådgivning hos relevante arbejdsgiver- og/eller arbejdstagerorganisationer.
Eller
Leverandøren er forpligtet til inden for 10 dage efter skriftlig anmodning at udlevere et udtræk pr. medarbejder fra E-indkomst, med en oversigt over leverandørens indbetalte A-skat for de pågældende medarbejdere. For personale, hvor oplysningerne indberettes til andre landes skattemyndigheder, skal tilsvarende oplysninger udleveres.

Eksempel på håndhævelse af krav:
Hvis leverandøren ikke overholder sine forpligtelser i medfør af arbejdsklausulen, og hvis dette medfører et berettiget krav på yderligere løn fra arbejdstagerne kan ordregiver tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese sådanne krav.

Leverandøren kan endvidere pålægges at betale en bod på xx % af kontraktsummen til udbyder, hvis arbejdsklausulen ikke overholdes.
--

Beskæftigelsesministeriet, den 30. juni 2014

Vibe Westh