



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 15.10.2001
KOM(2001) 566 endelig

KOMMISSIONENS FORTOLKNINGSMEDDELELSE

**om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og
mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter**

INDHOLDSFORTEGNELSE

RESUMÉ.....	3
INDLEDNING	4
I OFFENTLIGE KONTRAKTER, SOM ER OMFATTET AF DIREKTIVERNE	6
1.1. Fastlæggelse af kontraktgenstanden.....	6
1.2. Tekniske specifikationer	7
1.3. Udvælgelse af ansøgere eller tilbudsgivere.....	9
1.3.1. Udelukkelse af ansøgere eller tilbudsgivere på grund af manglende overholdelse af den sociale lovgivning.....	10
1.3.2. Hensyntagen til sociale aspekter ved undersøgelsen af ansøgernes eller tilbudsgivernes tekniske formåen	11
1.4. Kontrakttildeling	12
1.4.1. Kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige tilbud	12
1.4.2. "Det supplerende kriterium"	14
1.5. Unormalt lave tilbud	15
1.6. Kontraktens udførelse	15
II OFFENTLIGE KONTRAKTER, SOM IKKE ER OMFATTET AF DIREKTIVERNE	17
III SOCIALE BESTEMMELSER, DER FINDER ANVENDELSE PÅ OFFENTLIGE KONTRAKTER.....	18
3.1 Indledning	18
3.2 Hvilke arbejdsretlige bestemmelser finder anvendelse?	20
3.2.1 Hvilke grænser sætter fællesskabsretten for anvendelsen af nationale bestemmelser?20	
3.2.1.1 Traktaten	20
3.2.1.2 Afledt ret, som er særlig relevant i forbindelse med offentlige kontrakter	21

RESUMÉ

- Formålet med denne meddelelse, der er en opfølgning på Kommissionens meddelelse af 11. marts 1998 om "*Offentlige indkøb i Den Europæiske Union*"¹, er at kortlægge de muligheder, der findes i eksisterende regler i fællesskabsretten, for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter. Denne meddelelse er også en del af de foranstaltninger, der blev annonceret i den social- og arbejdsmarkedspolitiske dagsorden, vedtaget af Det Europæiske Råds møde i Nice i december 2000². Dagsordenen udgør en del af den integrerede europæiske tilgangsvinkel til at opnå de fornyelser på det økonomiske samt social- og arbejdsmarkedspolitiske område, som blev beskrevet i Lissabon. Hensigten med den er især at sikre et positivt og dynamisk samspil mellem den økonomiske politik, social- og beskæftigelsespolitikken, der gensidigt styrker hinanden.
- Indførelse af andre muligheder og især iværksættelse af fremgangsmåder, der er mere vidtgående end de eksisterende udbudsdirektiver, ville kræve, at EU's lovgivende myndigheder ændrer bestemmelserne.
- Alle medlemsstaternes relevante bestemmelser på det sociale område, herunder bestemmelserne til gennemførelse af EU's lovgivning på dette område, er bindende for de ordregivende myndigheder, for så vidt de er forenelige med fællesskabsretten. Det gælder bl.a. bestemmelserne om arbejdstagernes rettigheder og arbejdsvilkår.
- Manglende overholdelse af visse sociale forpligtelser kan under visse omstændigheder medføre udelukkelse af en bydende. Det er op til Medlemsstaterne at fastlægge, i hvilke tilfælde dette gælder.
- Det er først og fremmest på udførelsesstadiet, dvs. efter kontrakttildelingen, at en offentlig kontrakt kan være et middel for de ordregivende myndigheder til at fremme sociale målsætninger. De har nemlig mulighed for at kræve, at kontraktleveren overholder bestemmelser, der vedrører den måde, hvorpå kontrakten skal udføres, og som er forenelige med fællesskabsretten. Disse bestemmelser kan omfatte foranstaltninger til fordel for bestemte kategorier af personer og positive særforanstaltninger på beskæftigelsesområdet.
- Udbudsdirektiverne giver i øvrigt forskellige muligheder for i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter at tage hensyn til sociale aspekter, der vedrører de udbudte produkter eller ydelser, især ved fastlæggelsen af tekniske specifikationer og udvælgelseskriterier.
- I forbindelse med kontrakter, der ikke er omfattet af direktiverne, kan offentlige indkøbere frit forfølge sociale målsætninger inden for rammerne af EF-traktatens almindelige bestemmelser og principper. Det påhviler medlemsstaterne at tage stilling til, hvorvidt de ordregivende myndigheder kan eller skal fremme sådanne målsætninger ved hjælp af offentlige kontrakter.

¹ KOM(98) 143.

² "Social- og arbejdsmarkedspolitisk dagsorden", KOM(2000) 379 af 28.6.2000.

INDLEDNING

Denne meddelelse, der følger op på *Meddelelse om offentlige indkøb i Den Europæiske Union* af 11. marts 1998, har til formål at kortlægge de muligheder, der findes i de eksisterende regler i fællesskabsretten, for at tage hensyn til sociale aspekter ved indgåelsen af offentlige kontrakter. Den skal således gøre det muligt at inddrage forskellige sociale aspekter i offentlige kontrakter på den mest hensigtsmæssige måde og dermed bidrage til en bæredygtig udvikling, dvs. både økonomisk vækst, social fremgang og hensyn til miljøet.

Udbudspolitikken er en af bestanddelene i politikken for det indre marked. De direktiver, der gælder på dette område³, skal sikre "gennemførelsen af frie varebevægelser" og "gennemførelsen af etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser for så vidt angår offentlige kontrakter"⁴. For at nå disse mål skal der ske en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, som kan sikre, at kontrakterne udbydes effektivt og uden forskelsbehandling, og at man ved at vælge det bedste tilbud anvender de offentlige midler på bedste måde. Samordningen skal give de ordregivende myndigheder⁵ mulighed for at opnå det bedste forhold mellem kvalitet og pris, samtidig med at de overholder visse regler for udvælgelse af ansøgere i henhold til objektive kriterier og for tildeling af kontrakten alene på grundlag af prisen eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et sæt objektive kriterier.

Politikken for det indre marked kan gennemføres samtidig med forfølgelsen af andre mål, f.eks. på det sociale område.

Social- og arbejdsmarkedspolitikken har spillet en central rolle i skabelsen af Europas økonomiske styrke gennem udviklingen af en enestående samfundsmodel.⁶ Økonomiske fremskridt og social samhørighed er komplementære størrelser, der sammen med et højt beskyttelsesniveau og en forbedret miljøkvalitet støtter en bæredygtig udvikling og er et centralt element i den europæiske integrationsproces. EU har som mål at fremme beskæftigelsen og den sociale beskyttelse, forbedre leve- og arbejdsvilkårene og fremme livskvaliteten.⁷ Den social- og arbejdsmarkedspolitiske dagsorden, der blev vedtaget på Det Europæiske Råd i Nice i december 2000, udgør en del af den integrerede europæiske tilgangsvinkel til at opnå de fornyelser på det økonomiske samt social- og arbejdsmarkedspolitiske område, der blev beskrevet i Lissabon. Hensigten er bl.a. at sikre et positivt og dynamisk samspil mellem den økonomiske politik, beskæftigelsespolitikken og

³ Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF; Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF.

⁴ Dette mål nødvendiggør "gennemsigtighed med hensyn til fremgangsmåder og praksis ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, for at overholdelsen af forbuddet mod begrænsninger bedre kan kontrolleres, og for at forskellene mellem konkurrencebetingelserne for virksomhederne fra de enkelte medlemsstater samtidig kan mindskes" (sjette betragtning i Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 210 af 21.7.1989, s. 1).

⁵ I denne meddelelse omfatter udtrykket "ordregivende myndighed" også de i direktiv 93/38/EØF omhandlede "ordregivere", medmindre andet er anført.

⁶ Forord til meddelelsen om den social- og arbejdsmarkedspolitiske dagsorden, KOM(2000) 379.

⁷ Meddelelse fra Kommissionen om fremme af grundlæggende arbejdsnormer og forbedring af de sociale styringssystemer i en globaliseret økonomi, KOM(2001) 416 af 18.7.2001.

social- og arbejdsmarkedspolitikken samt at skabe en politisk enighed, som mobiliserer alle de vigtigste aktører med henblik på sammen at arbejde hen mod det nye strategiske mål.⁸

I Amsterdam-traktaten fastslås det desuden, at en af Den Europæiske Unions prioriteringer er at fjerne uligheder og fremme lige muligheder for mænd og kvinder i forbindelse med alle EU's politikker og aktiviteter. I traktatens artikel 13 fremhæves ligeledes nødvendigheden af at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling⁹. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som højtideligt blev bekendtgjort i Nice, bekræfter EU's målsætning, hvorefter de grundlæggende rettigheder skal integreres fuldt ud i alle EU's politikker og aktioner.¹⁰

De nugældende udbudsdirektiver indeholder ingen særlige bestemmelser om socialpolitiske målsætninger i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt.¹¹ Som anført i ovennævnte meddelelse fra 1998 er det imidlertid Kommissionens opfattelse, at den nuværende fællesskabsret om offentlige kontrakter indeholder en række muligheder, der - hvis de benyttes rigtigt - skulle gøre det muligt at nå det tilsigtede mål.

Udtrykket "sociale aspekter", således som det anvendes i denne meddelelse, dækker over yderst forskellige betydninger og områder. Det kan henvise til foranstaltninger vedrørende overholdelse af grundlæggende rettigheder, principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling (f.eks. af mænd og kvinder), national social lovgivning samt fællesskabsdirektiverne på dette område¹². Udtrykket "sociale aspekter" dækker også over bestemmelser om fortrinsstilling (f.eks. vedrørende indslusning på arbejdsmarkedet af dårligt stillede eller udstødte personer og positive særforanstaltninger, navnlig i forbindelse med bekæmpelse af arbejdsløshed og social udstødelse).

Denne meddelelse har til formål at gøre opmærksom på de muligheder, der findes i den på offentlige kontrakter anvendelige fællesskabsret, for på bedste måde at tage hensyn til sociale aspekter i forbindelse med disse kontrakter. I meddelelsen gennemgås de forskellige faser i indgåelsen af en offentlig kontrakt, og det anføres for hver af disse faser, hvorvidt og i hvilket omfang der kan tages hensyn til sociale aspekter.

⁸ Forord til ovennævnte meddelelse om den social- og markedspolitiske dagsorden, der blev vedtaget den 28.6.2000.

⁹ Artikel 13 omfatter enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

¹⁰ Jf. ovennævnte meddelelse om grundlæggende arbejdsnormer, del 3.

¹¹ De eneste bestemmelser, der udtrykkeligt henviser til sociale bestemmelser, findes i artikel 23 i direktiv 93/37/EØF, i artikel 28 i direktiv 92/50/EØF og i artikel 29 i direktiv 93/38/EØF. For så vidt angår artikel 9 i direktiv 93/37/EØF, hvori der er fastsat en særlig tildelingsprocedure i forbindelse med planlægning og opførelse af socialt boligbyggeri, skal det erindres, at denne bestemmelse, der går tilbage til 1970'erne, udelukkende havde til formål at give medlemsstaterne mulighed for at tildele kontrakter om opførelse af socialt boligbyggeri til en hovedentreprenør, som både skulle stå for planlægningen og opførelsen. De øvrige relevante bestemmelser i direktivet, bl.a. vedrørende udvælgelse og tildeling, gælder også.

¹² På EU-plan findes der nemlig en række retskrifter, der kan finde anvendelse, også i forbindelse med offentlige kontrakter. Det drejer sig navnlig om forskrifter vedrørende sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen (f.eks. Rådets direktiv 89/391/EØF af 12.6.1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet, EFT L 183 af 29.6.1989, s. 1, eller direktiv 92/57/EØF af 24.6.1992 om minimumsforskrifter for sikkerhed og sundhed på midlertidige eller mobile byggepladser), arbejdsvilkår og anvendelse af arbejdsretten (f.eks. direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.12.1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, EFT L 18 af 21.1.1997, s. 1) samt varetagelse af arbejdstagernes rettigheder ved overførsel af virksomheder (direktiv 2001/23/EF af 12.3.2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter, EFT L 82 af 22.3.2001, s. 16, (kodificering af direktiv 77/187/EØF)).

Det skal erindres, at det under alle omstændigheder er EF-Domstolen, der i sidste instans fortolker fællesskabsretten.

Hvis det skønnes, at det nuværende regelsæt om offentlige udbud ikke giver tilstrækkelige muligheder for inddragelse af sociale aspekter, vil det være påkrævet at ændre udbudsdirektiverne. Det bør bemærkes, at ændringsforslagene til direktiverne, der blev vedtaget af Kommissionen den 10. maj 2000, udtrykkeligt nævner betingelser for udførelse af en kontrakt, som har til formål at skaffe beskæftigelse til dårligt stillede eller udstødte personer eller at bekæmpe arbejdsløshed.¹³

I OFFENTLIGE KONTRAKTER, SOM ER OMFATTET AF DIREKTIVERNE

1.1. Fastlæggelse af kontraktgenstanden

Første lejlighed til at inddrage sociale aspekter i forbindelse med en offentlig kontrakt findes forud for det stadium, der er omfattet af udbudsdirektiverne, og vedrører valget af kontraktgenstand, eller med andre ord: "hvad ønsker jeg som offentlig myndighed at lade udføre eller at indkøbe"? På dette stadium har de ordregivende myndigheder rig lejlighed til at tage hensyn til sociale aspekter og til at vælge en vare eller tjenesteydelse i overensstemmelse med deres sociale målsætninger. I hvilken udstrækning det faktisk sker, afhænger især af den ordregivende myndigheds bevidsthedsniveau og viden.

Som påpeget af Kommissionen i dens meddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter varierer mulighederne for at inddrage miljøhensyn, alt efter hvilken type kontrakt det drejer sig om.¹⁴ Det samme gælder sociale aspekter. Det er i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, der bl.a. indebærer muligheden for at foreskrive en bestemt udførelsesmåde, at de ordregivende myndigheder bedst kan tage hensyn til sociale problemstillinger. I forbindelse med offentlige indkøbskontrakter er mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter - ud over de grundlæggende valgmuligheder vedrørende kontraktgenstanden ("hvad skal jeg købe?") - mere begrænsede. En ordregivende myndighed kan f.eks. vælge at købe varer eller tjenesteydelser med det formål at opfylde en bestemt kategori af personers behov, specielt dårligt stillede eller udstødte personer.¹⁵ I den forbindelse bør det påpeges, at tjenesteydelseskontrakter, der har et socialt sigte, i de fleste tilfælde vedrører de i bilag I B til direktiv 92/50/EØF eller bilag XVI B til direktiv 93/38/EØF omhandlede tjenesteydelser og derfor ikke er

¹³ Jf. betragtning 22 i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, KOM(2000) 275 endelig (EFT C 29 E af 30.1.1, s. 11-111), der vedrører artikel 23, stk. 3, i forslaget, og forslag til direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om vand- og energiforsyning samt transport, KOM(2000) 276 endelig (EFT C 29 E af 30.1.1, s. 112-188), der vedrører artikel 33, stk. 3, i forslaget.

¹⁴ Jf. kapitlet om fastlæggelse af kontraktgenstanden i fortolkningsmeddelelsen om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter, KOM(2001) 274 endelig, vedtaget af Kommissionen den 4.7.2001.

¹⁵ Nogle tjenesteydelseskontrakter, der er beregnet på en bestemt social kategori, har som sådanne et socialt sigte (kontrakter vedrørende uddannelse af langtidsledige f.eks.). Et andet eksempel er kontrakter vedrørende køb af edb-udstyr/-tjenesteydelser til handicappede.

omfattet af de mere detaljerede procedureregler i direktiverne, bl.a. bestemmelserne om udvælgelse og kontrakttildeling¹⁶ (jf. nedenfor, kapitel II, sidste afsnit).

Hvis der er forskellige muligheder for at tilfredsstille de ordregivende myndigheders behov, kan disse frit kontraktligt fastlægge, hvilken kontraktgenstand de finder mest tilfredsstillende i forhold til deres sociale mål, også ved brug af alternative bud (se afsnit 1.2 nedenfor).

Denne frihed er dog ikke ubegrænset. Som offentlig organisation skal den ordregivende myndighed overholde fællesskabsrettens bestemmelser og principper, nærmere bestemt principperne om frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i EF-traktatens artikel 28-30 (tidl. 30-36) og 43-55 (tidl. 52-66).¹⁷

Dette indebærer, at genstanden for en offentlig kontrakt ikke må fastlægges med det formål eller det resultat, at kontrakten forbeholdes nationale virksomheder til skade for virksomheder fra andre medlemsstater.

Eksisterende social og anden lovgivning, hvad enten det drejer sig om fællesskabsret eller om national lovgivning, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan også påvirke - herunder begrænse - valgmulighederne.

I det store og hele har de ordregivende myndigheder, når de fastlægger, hvilke produkter eller tjenesteydelser de ønsker at købe, frihed til – også ved brug af alternative tilbud - at vælge varer, tjenesteydelser eller arbejder, der svarer til deres idéer på det sociale område, forudsat at dette valg ikke begrænser adgangen til det pågældende marked til skade for tilbudsgivere fra andre medlemsstater.

Under alle omstændigheder skaber det ikke særlige problemer i forhold til udbudsdirektiverne, at en kontrakt er bestemt til at møde et "socialt" formål (f. eks. opførelse af en skole, et hospital eller et alderdomshjem), da sådanne kontrakter skal tildeles efter bestemmelserne i disse direktiver, i det øjeblik de falder ind under deres anvendelsesområde.

Den ordregivende myndigheds valg af kontraktgenstand omsættes i første omgang til tekniske specifikationer.

1.2. Tekniske specifikationer

Som allerede påpeget af Kommissionen i ovennævnte meddelelse om integration af miljøhensyn i offentlige kontrakter¹⁸ indeholder udbudsdirektiverne¹⁹ en række bestemmelser, i henhold til hvilke de tekniske specifikationer, som varerne,

¹⁶ For eksempel tjenesteydelser inden for sundheds- og socialvæsen, undervisning og erhvervsuddannelse eller fritidsaktiviteter og kulturelle aktiviteter. De i bilag I B til direktiv 92/50/EØF og bilag XVI B til direktiv 93/38/EØF anførte tjenesteydelser er nemlig kun omfattet af udbudsdirektivernes bestemmelser om tekniske specifikationer og om offentliggørelse af meddelelser om tildeling af kontrakter. Indgåelsen af kontrakter om sådanne tjenesteydelser er dog fortsat omfattet af traktatens bestemmelser, hvilket bl.a. indebærer en passende gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgiverne.

¹⁷ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om Det indre marked og miljøet, KOM (1999) 263 endelig udg. af 8.6.1999, s. 8 og 9.

¹⁸ Jf. kapitel II, punkt 1, i ovennævnte meddelelse. Heri uddyber Kommissionen navnlig begrebet "teknisk specifikation" som omhandlet i udbudsdirektiverne.

¹⁹ Jf. artikel 14 i direktiv 92/50/EØF, artikel 8 i direktiv 93/36, artikel 10 i direktiv 93/37/EØF og artikel 18 i direktiv 93/38/EØF.

tjenesteydelserne eller arbejderne skal opfylde, skal være anført i udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne.

Ifølge udbudsdirektiverne har de ordregivende myndigheder altså mulighed for at fastlægge tekniske specifikationer, der beskriver genstanden for indkøbet eller ydelsen nærmere, for så vidt det sker i overensstemmelse med disse direktiver og ikke bevirker, at en eller flere tilbudsgivere udelukkes eller gives en fortrinsstilling.²⁰

I ovennævnte meddelelse påpeger Kommissionen bl.a., at udbudsdirektivernes bestemmelser om tekniske specifikationer finder anvendelse, uden at dette anfægter medlemsstaternes obligatoriske tekniske forskrifter, forudsat at disse er forenelige med fællesskabsretten.²¹ Disse forskrifter kan omfatte krav vedrørende f.eks. produktsikkerhed, sundhed og hygiejne eller handicappedes adgang til bygninger og offentlige transportmidler (for eksempel adgangsstandarder vedrørende bredden af gange og døre, handicaptoiletter og adgangsramper) eller til bestemte produkter og tjenesteydelser (f.eks. på det informationsteknologiske område).²²

I forbindelse med f.eks. bygge- og anlægsarbejder kan de ordregivende myndigheder således være forpligtet af bestemmelserne i direktiv 92/57/EØF om sundhed og sikkerhed på byggepladser²³. Dette direktiv har virkninger på den tekniske tilrettelæggelse af byggepladser, hvilket i udbudsbetingelserne for en bestemt kontrakt kan udmønte sig i særlige tekniske forskrifter, der har til formål at beskytte arbejdstagernes samt tredjemands sundhed og sikkerhed på byggepladsen. Det drejer sig bl.a. om foranstaltninger for at undgå arbejdsulykker, f.eks. skiltning, opbevaring af farlige produkter og fastlæggelse af køreruter for byggemaskiner.

Ud over sådanne specifikationer, hvori er indarbejdet en lovgivning på det sociale område, findes der tilfælde, hvor tekniske specifikationer af social karakter objektivt beskriver et produkt eller en ydelse.²⁴

De ordregivende myndigheder kan navnlig forlange, at de ønskede produkter fremstilles efter en bestemt metode, hvis denne metode er nødvendig for, at produktet i forhold til andre, konkurrerende produkter opfylder den ordregivende myndigheds behov.²⁵ Anvendelse af en "social mærkning", der går på en virksomheds "sociale" holdning, er omhandlet i afsnit 1.3.2 i denne meddelelse.²⁶

²⁰ Jf. artikel 8, stk. 6, i direktiv 93/36/EØF, artikel 10, stk. 6, i direktiv 93/37/EØF, artikel 14, stk. 6, i direktiv 92/50 og artikel 18, stk. 5, i direktiv 93/38/EØF.

²¹ Herved forstås, at de i alt væsentligt skal stemme overens med Domstolens retspraksis vedrørende foranstaltninger, der ved deres virkninger svarer til kvantitative restriktioner.

²² For at nå målet om "et informationssamfund for alle" opfordres de ordregivende myndigheder gennem initiativet eEurope til at sørge for, at personer med særlige behov så vidt som overhovedet muligt får adgang til informationsteknologier, og at retningslinjerne for initiativet "webtilgængelighed" vedtages.

²³ I henhold til dette direktiv skal de ordregivende myndigheder tage hensyn til arbejdstagernes sundhed og sikkerhed på byggepladser, både ved indgåelsen og udførelsen af bygge- og anlægskontrakter.

²⁴ For eksempel et krav om køb af edb-udstyr/-tjenesteydelser til blinde. Sådanne krav beskriver produktets tekniske egenskaber og har følgelig tilknytning til kontraktgenstanden.

²⁵ Som anført i ovennævnte meddelelse om mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter er krav, der ikke har tilknytning til selve produktet eller ydelsen, f.eks. et krav vedrørende en virksomheds ledelsesform, ikke tekniske specifikationer som omhandlet i udbudsdirektiverne og kan derfor ikke gøres gældende. Således vil krav om anvendelse af genbrugspapir i virksomhedens kontorer, at der skal anvendes en særlig metode til affaldsbehandling eller at særlige befolkningsgrupper skal ansættes (etniske mindretal, handicappede, kvinder), ikke kunne betragtes som "tekniske specifikationer".

²⁶ En "social mærkning", der går på en virksomheds "sociale" holdning, kan ikke i øjeblikket betragtes som en "teknisk specifikation" som omhandlet i udbudsdirektiverne.

Herudover kan de ordregivende myndigheder tage hensyn til alternative tilbud.²⁷ De ordregivende myndigheder kan således vælge det tilbud, der bedst svarer til deres finansielle og sociale prioriteringer, under overholdelse af mindstekravene i udbudsbetingelserne. Alternativer kan f.eks. være forskellige tekniske løsninger med hensyn til et produkts ergonomiske karakteristika eller med henblik på at sikre handicappedes adgang til et bestemt udstyr eller en bestemt tjenesteydelse, herunder online eller elektroniske og edb-relaterede værktøjer eller tjenesteydelser.

1.3. Udvalgelse af ansøgere eller tilbudsgivere

Direktiverne omfatter to vigtige sæt bestemmelser om udvælgelse.

De indeholder dels en udtømmende liste over tilfælde, hvor ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold kan medføre, at han udelukkes fra at deltage i et udbud. Det drejer sig i det væsentlige om konkurs, dom for strafbar handling, alvorlig fejl i forbindelse med erhvervsudøvelse eller manglende betaling af bidrag til sociale sikringsordninger. Udelukkelseskriterierne skal fortolkes indskrænkende. Hvorvidt de ordregivende myndigheder vil anvende bestemmelser om udelukkelse, forbliver dog fakultativt.

Ifølge direktiverne skal tilbudsgivernes eller ansøgernes egnethed til at deltage i et udbud eller afgive tilbud desuden undersøges på grundlag af kriterier vedrørende deres økonomiske, finansielle og tekniske formåen.²⁸ Direktiverne indeholder en udtømmende liste over kvalitative udvælgelseskriterier, dvs. de kriterier for teknisk, økonomisk og finansiell formåen, der kan begrunde valget af ansøgere eller tilbudsgivere.²⁹ Det vil derfor være i strid med de nuværende direktiver at anvende andre udvælgelseskriterier end de i direktiverne omhandlede.

I den tidligere omtalte Beentjes-sag vurderede Domstolen, at en betingelse om beskæftigelse af langtidslidende ikke vedrørte undersøgelsen af tilbudsgivernes egnethed på grundlag af deres økonomiske, finansielle og tekniske formåen (præmis 28).³⁰ Kommissionen bemærker i denne sammenhæng, at de ordregivende myndigheder har mulighed for at pålægge betingelser for kontraktens udførelse og for på dette stadium at inddrage en betingelse vedrørende beskæftigelse af langtidslidende (jf. nedenfor, afsnit 1.6).

I henhold til direktiverne kan en række oplysninger anvendes som bevis for ansøgernes eller tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen i forbindelse med en bestemt kontrakt. Listen over oplysninger er ikke udtømmende. Enhver anden dokumentation, som den ordregivende myndighed forlanger, skal dog være "egnet", dvs. af en sådan art, at den kan bevise tilbudsgivernes egnethed i snæver

²⁷ Alle udbudsdirektiverne indeholder bestemmelser om muligheden for, at de ordregivende myndigheder, når kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan tage hensyn til alternative tilbud fra tilbudsgiveren, som opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte mindstekrav. De ordregivende myndigheder kan i udbudsbetingelserne præcisere, hvilke mindstekrav til tekniske specifikationer alternativterne skal opfylde, og hvilke særlige krav de skal leve op til. Hvis alternative tilbud ikke accepteres, skal de ordregivende myndigheder angive dette i udbudsbekendtgørelsen (artikel 24 i direktiv 92/50/EØF, artikel 16 i direktiv 93/36/EØF, artikel 19 i direktiv 93/37/EØF og artikel 34, stk. 3, i direktiv 93/38/EØF).

²⁸ Artikel 15 i direktiv 93/36/EØF, artikel 18 i direktiv 93/37/EØF, artikel 23 i direktiv 92/50/EØF og artikel 31, stk. 1, i direktiv 93/38/EØF.

²⁹ I dom af 21. september 1988, sag 31/87, Beentjes, fastslog Domstolen, at det af udbudsdirektivernes bestemmelser fremgår, "at de ordregivende myndigheder kun kan foretage undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af kriterier baseret på deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet" (præmis 17).

³⁰ I dom af 10. februar 1982, sag 76/81, Transporoute, præmis 9 og 10, afviste Domstolen ligeledes et kriterium vedrørende en virksomhedsleders hæderlighed, da dette ikke var omfattet af de bevismidler, der er tilladt efter direktivet, og som er udtømmende opregnet heri (71/305/EØF), med hensyn til virksomheders økonomiske og finansielle formåen.

økonomisk og finansiel forstand i forbindelse med en bestemt kontrakt.³¹ I forbindelse med de oplysninger, der kan anmodes om i dag med henblik på at vurdere tilbudsgiveres økonomiske og finansielle formåen, kan der ikke henvises til forhold af social karakter.

Direktivernes bestemmelser vedrørende dokumentation for teknisk formåen gør det i et vist omfang muligt at tage hensyn til sociale aspekter. Disse muligheder gennemgås i det følgende (jf. nedenfor, afsnit 1.3.2).

Det fremgår af direktiverne³², at de oplysninger, der kræves til belysning af såvel den økonomiske og finansielle formåen som den tekniske formåen, skal være begrænset til at vedrøre kontraktgenstanden.

Inden for forsyningsvirksomhed har de ordregivende myndigheder større skønsmuligheder, eftersom der i artikel 31, stk. 1, i direktiv 93/38/EØF kun er fastsat et krav om anvendelse af "objektive kriterier og regler", som fastlægges på forhånd og stilles til rådighed for interesserede ansøgere eller tilbudsgivere.

1.3.1. Udelukkelse af ansøgere eller tilbudsgivere på grund af manglende overholdelse af den sociale lovgivning

I ovennævnte meddelelse fra 1998 erindrede Kommissionen om, at de nugældende udbudsdirektiver indeholder bestemmelser, som gør det muligt på udvælgelsesstadiet at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der overtræder den sociale lovgivning, herunder bestemmelserne om lige muligheder.

Direktiverne muliggør udelukkelse af en tilbudsgiver, "som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor han er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land".³³

De muliggør endvidere udelukkelse af en tilbudsgiver, "som ved en retskraftig dom er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed", eller "som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret".³⁴

En tilbudsgiver, som ved en retskraftig dom er dømt for ikke at have overholdt den nationale lovgivning vedrørende f.eks. "sort" arbejde, kan efter ovennævnte bestemmelser udelukkes fra at deltage i et offentligt udbud.³⁵

Direktiverne gør det endvidere muligt for de ordregivende myndigheder i medlemsstater, der har vedtaget bestemmelser herom i deres nationale lovgivning, at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, som har overtrådt bestemmelserne i den pågældende lovgivning, fra at deltage i et udbud.

³¹ Jf. ovennævnte Transporoute-dom, præmis 9.

³² Jf. f.eks. artikel 32, stk. 4 i direktiv 92/50/EØF.

³³ Jf. artikel 20, litra e), i direktiv 93/36/EØF og artikel 24, litra e), i direktiv 93/37/EØF, som artikel 31, stk. 2, i direktiv 93/38/EØF og artikel 29, litra e), i direktiv 92/50/EØF henviser til.

³⁴ Jf. artikel 20, litra c) og d), i direktiv 93/36/EØF og artikel 24, litra c) og d), i direktiv 93/37/EØF, som artikel 31, stk. 2, i direktiv 93/38/EØF og artikel 29, litra c) og d), i direktiv 92/50/EØF henviser til.

³⁵ En dom for manglende overholdelse af forbuddet mod at beskæftige illegal arbejdskraft kan i henhold til artikel L 362.-6.2 i den franske arbejdslovgivning medføre midlertidig udelukkelse (i op til 5 år) eller definitiv udelukkelse fra deltagelse i offentlige kontrakter.

På den baggrund kan man forestille sig tilfælde, hvor tilbudsgivere, som har overtrådt lovgivningen på det sociale område, kan udelukkes, fordi der er tale om en overtrædelse, som udgør en alvorlig fejl, eller en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed. En sådan udelukkelsesklausul kan f.eks. være manglende overholdelse af bestemmelser om ligebehandling eller sundhed og sikkerhed eller om bestemte kategorier af personer.³⁶ En ordregivende myndighed kan f.eks. udelukke en indenlandsk tilbudsgiver, som ikke har gennemført foranstaltninger til fremme af lige muligheder som krævet i den nationale lovgivning i den ordregivende myndigheds land, hvis manglende overholdelse af denne lovgivning udgør en alvorlig fejl i den pågældende medlemsstat.

Begrebet alvorlig fejl er endnu ikke defineret i EU-lovgivningen eller i retspraksis.³⁷ Det er derfor op til medlemsstaterne at afgrænse det i den nationale lovgivning og bl.a. afgøre, om manglende overholdelse af visse sociale forpligtelser udgør en alvorlig fejl.

1.3.2. *Hensyntagen til sociale aspekter ved undersøgelsen af ansøgernes eller tilbudsgivernes tekniske formåen*

I udbudsdirektiverne er fastsat, ved hvilke midler ansøgerens eller tilbudsgiverens tekniske formåen kan bevises. Direktiverne indeholder en udtømmende liste over oplysninger og dokumentation, der kan kræves af ansøgere eller tilbudsgivere som bevis for deres tekniske egnethed, afhængigt af kontraktens art, volumen og formål.³⁸ Det betyder, at ethvert særligt krav, den ordregivende myndighed stiller til ansøgerens eller tilbudsgiverens tekniske formåen, skal udspringe af én af de i direktiverne nævnte oplysninger.

Formålet med udvælgelsesfasen er at identificere de tilbudsgivere, som ifølge den ordregivende myndighed er i stand til at udføre den pågældende kontrakt. De krav, der stilles, skal derfor være direkte tilknyttet kontraktgenstanden.³⁹

På dette stadium i udvælgelsen har den ordregivende myndighed mulighed for at forlange oplysninger om tilbudsgivernes erfaring og faglige dygtighed.⁴⁰ Den kan f.eks. kontrollere virksomhedens personales sammensætning og ledelse, tekniske udstyr og kvalitetskontrolsystem for at sikre sig, at den pågældende virksomhed - på baggrund af personalets kvalifikationer og de midler, den råder over - er i stand til at opfylde kontrakten.

³⁶ I Spanien udgør en overtrædelse af lovgivningen om beskæftigelse af handicappede en alvorlig fejl, der kan føre til udelukkelse af den pågældende tilbudsgiver. I Frankrig har der været omkring tredive tilfælde af udelukkelse på grund af manglende overholdelse af arbejdslovgivningen (der f.eks. pålægger virksomheder med over 100 ansatte at beskæftige 2 handicappede; virksomhedslederen kan pålægges en sanktion af det franske arbejdstilsyn, hvorefter en ordregivende myndighed kan udelukke ham med den begrundelse, at han har begået en alvorlig fejl).

³⁷ Final Report on the Falcone Study on procurement and organised crime (1998) – Volume I: 24.5.1999 - Institute of Advanced Legal Studies – University of London.

³⁸ Artikel 23 i direktiv 93/36/EØF, artikel 27 i direktiv 93/37/EØF og artikel 32 i direktiv 92/50/EØF.

³⁹ I artikel 32, stk. 2, i direktiv 92/50/EØF anføres det udtrykkeligt, at disse krav skal fastsættes efter arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres.

⁴⁰ I forbindelse med tjenesteydelseskontrakter kan tjenesteydernes evne til at udføre bestemte tjenesteydelser bl.a. vurderes på grundlag af deres faglige dygtighed, effektivitet, erfaring og pålidelighed (artikel 32, stk. 1, i direktiv 92/50/EØF). jf. ovennævnte dom i Beentjes-sagen, præmis 37.

Hvis kontrakten kræver særlig faglig dygtighed på det "sociale" område, vil særlig erfaring legitimt kunne anvendes som et kriterium i forbindelse med bedømmelsen af ansøgenes tekniske kunnen og viden.⁴¹

I forbindelse med de oplysninger, der er tilladt ifølge udbudsdirektiverne⁴², kan der kun tages hensyn til virksomhedens "sociale holdning" (der også betegnes som dens "sociale ansvar"⁴³), hvis denne holdning er udtryk for virksomhedens tekniske evne som omhandlet ovenfor til at udføre en given kontrakt.

1.4. Kontrakttildeling

Når ansøgerne eller tilbudsgiverne er udvalgt, går den ordregivende myndighed i gang med at bedømme tilbuddene med henblik på tildeling af kontrakten.

Der gælder forskellige regler for henholdsvis udvælgelsen af ansøgere eller tilbudsgivere og for kontrakttildelingen.

Ved tildelingen af offentlige kontrakter giver udbudsdirektiverne⁴⁴ mulighed for at anvende to typer kriterier, nemlig den laveste pris, som det ikke er nødvendigt at kommentere her, og "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Hvis kontrakttildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal den ordregivende myndighed ifølge direktiverne i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre de kriterier, den påtænker at lægge til grund, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først. Heraf følger, at den ordregivende myndighed ikke alene skal anføre samtlige de kriterier, som den påtænker at anvende ved vurderingen af tilbuddene, men også er forpligtet til ved vurderingen ikke at anvende andre kriterier end dem, der er anført i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

1.4.1. Kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige tilbud

I udbudsdirektiverne er der som eksempler anført en række kriterier, som de ordregivende myndigheder kan anvende som grundlag, når de skal finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud.⁴⁵ Der kan også anvendes andre kriterier.

⁴¹ Specifik erfaring med ledelse af en vuggestue f.eks. eller med uddannelse af langtidslædere.

⁴² Blandt de oplysninger, der udtømmende opregnes i udbudsdirektiverne til godtgørelse af en tilbudsgivers tekniske formåen, kan især nævnes: (1) en liste over arbejder udført i de sidste 5 år ledsaget af attester for korrekt udførelse for de vigtigste arbejders vedkommende eller en liste over de vigtigste tjenesteydelser præsteret i de sidste 3 år; (2) en beskrivelse af teknisk udstyr, foranstaltninger, der er truffet til kontrol af kvaliteten, samt undersøgelses- og forskningsfaciliteter; eller (3) oplysning om teknikere eller tekniske organisationer, som ansøgeren kan anvende til udførelsen af kontrakten, uanset om de tilhører leverandørens virksomhed eller ej, især om sådanne, som er ansvarlige for kvalitetskontrol.

⁴³ "Ansvarlighed" og "social kapacitet" er karakteristiske begreber i forbindelse med den udvikling, der får virksomheder til gradvist at indarbejde flere og flere sociale, etiske (og miljømæssige) aspekter i deres virksomheds- og investeringspolitik og i nogle tilfælde ikke nøjes med blot at overholde den sociale lovgivning. Holdningen i virksomhederne til social ansvarlighed varierer meget efter sektor og nationale eller endog regionale kulturelle forskelle. I sin grønbog "Fremme af en europæisk ramme for virksomhedernes sociale ansvar", KOM(2001) 366 af 18.7.2001, understreger Kommissionen betydningen af virksomhedernes sociale ansvar, eftersom det kan bidrage positivt til at opfylde det strategiske mål, der blev vedtaget i Lissabon (jf. punkt 6 i grønbogen). Med denne grønbog ønsker Kommissionen at skabe en bred debat om, hvordan EU kan fremme virksomhedernes sociale ansvarlighed i EU og på internationalt plan (punkt 7). På markedet udvikler der sig desuden i øjeblikket forskellige former for frivillige "sociale mærkninger". I sin ovennævnte grønbog definerer Kommissionen begrebet "social mærkning" som værende "ord og symboler på produkter, der søger at påvirke forbrugernes købsbeslutninger ved at give sikkerhed for en virksomheds aktiviteter samfundsmæssige og etiske virkninger på andre interessenter".

⁴⁴ Artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, artikel 30 i direktiv 93/37/EØF, artikel 36 i direktiv 92/50/EØF og artikel 34 i direktiv 93/38/EØF.

⁴⁵ De kriterier, der er anført som eksempler, er pris, leveringstid eller færdiggørelsestid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetik og funktion, teknisk værdi, kundeservice og teknisk bistand.

I udbudsdirektiverne stilles der generelt to betingelser med hensyn til de kriterier, der anvendes til bestemmelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Først og fremmest skal princippet om ikke-forskelsbehandling overholdes⁴⁶; dernæst skal de anvendte kriterier være til økonomisk fordel for den ordregivende myndighed. Domstolen har bekræftet, at formålet med udbudsdirektiverne er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling, når de ordregivende myndigheder indgår kontrakter, og for at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske⁴⁷.

Fælles for alle kriterier anvendt til bedømmelse af tilbud er, at de, i lighed med de som eksempler anførte, skal vedrøre arten af den udbudte ydelse eller betingelserne for kontraktens gennemførelse⁴⁸. De skal give den ordregivende myndighed mulighed for at sammenligne tilbuddene objektivt, således at den kan afgøre, hvilket tilbud bedst opfylder dens behov i forbindelse med en bestemt kontrakt. Et tildelingskriterium skal gøre det muligt at vurdere de iboende egenskaber ved et produkt eller en tjenesteydelse.

Tildelingskriterierne skal derfor være knyttet til kontraktgenstanden eller til betingelserne for kontraktens gennemførelse.⁴⁹

Sociale kriterier er ikke nævnt som eksempler i direktiverne. Hvis man imidlertid ved "socialt kriterium" forstår et kriterium, der gør det muligt at vurdere f.eks. kvaliteten af en tjenesteydelse for mindre privilegerede personer⁵⁰, så er et sådant kriterium, hvis det bidrager til valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud i direktivernes forstand, legitimt.

Til gengæld vil det være i strid med de gældende udbudsdirektiver at reservere markedsandele til en bestemt kategori af leverandører⁵¹ eller at anvende prispræferencer⁵². Det samme gælder kriterier for, i hvilket omfang tilbudsgiverne vil anvende en bestemt kategori personer eller har indført et ligestillingsprogram, med andre ord, kriterier, som ikke har noget at gøre med genstanden for en bestemt kontrakt eller med dennes udførelsesbetingelser. De gældende direktiver giver ikke mulighed for at anvende sådanne kriterier, som ikke bidrager til valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet deres mål er at give mulighed for at vurdere et produkts eller en ydelses iboende egenskaber. Sådanne kriterier ville desuden være

⁴⁶ Et kriterium, som favoriserer lokale tilbudsgivere, og som gør det sværere for potentielle tilbudsgivere, der er etableret i andre medlemsstater, at få tildelt kontrakten og levere de ydelser, som er genstand for kontrakten, ville udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser som anført i EF-traktatens artikel 49 (tidl. artikel 59).

⁴⁷ Dom af 3. oktober 2000, sag C-380/98, University of Cambridge, præmis 17, hvor Domstolen henviser til dom af 15. januar 1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, præmis 33, og til dom af 10.11.1998, BFI Holding, i sag C-360/96, Sml. I, s. I-6821, præmis 42 og 43). Jf. også dom af 1. februar 2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Den Franske Republik, almenyttige boligselskaber, præmis 41 og 42.

⁴⁸ Præmis 35 i Generaladvokat Darmons forslag til afgørelse af 4.5.1988 i ovennævnte Beentjes-sag.

⁴⁹ Jf. f.eks. artikel 30, stk. 1, i direktiv 93/37/EØF. Jf. også fodnote 23 til generaladvokat Colomers forslag til afgørelse af 5. juni 2001 i forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini.

⁵⁰ I forbindelse med en kontrakt, der har til formål at levere edb-tjenester til samtlige ansatte i en kommune (tjenesteydelser - Bilag I A), kan et kriterium vedrørende den metode, som tilbudsgiveren foreslår anvendt for at sikre en tjenesteydelse af høj kvalitet, der løbende og på tilfredsstillende måde opfylder handicappedes særlige behov, være et af de kriterier, der skal tages hensyn til ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

⁵¹ I USA er 20 % af kontrakterne reserveret "small minority businesses", dvs. virksomheder kontrolleret af minoriteter. USA har indsat en undtagelsesbestemmelse herom i aftalen om statslige indkøb.

⁵² Visse kategorier af tilbudsgivere får en prispræference, i henhold til hvilken et tilbud afgivet af A, selv om det er højere end B's, betragtes som svarende til B's, forudsat at A anvender en bestemt social politik, f.eks. en aktiv politik for ligestilling mellem mænd og kvinder.

uforeneligt med de forpligtelser, som medlemsstaterne har indgået som led i aftalen om statslige indkøb i Verdenshandelsorganisationens regi.⁵³

Kriterier, som inddrager sociale aspekter, kan anvendes ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, i tilfælde hvor de indebærer en økonomisk fordel for den ordregivende myndighed, som er knyttet til det produkt eller den tjenesteydelse, der udgør kontraktgenstanden⁵⁴.

Det er et spørgsmål, om begrebet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" indebærer, at hvert af de valgte tildelingskriterier skal indebære en direkte økonomisk fordel for den ordregivende myndighed, eller om det er tilstrækkeligt, at hvert af kriterierne er måleligt i økonomisk forstand, uden at det udgør en direkte økonomisk fordel for den ordregivende myndighed i forbindelse med den pågældende kontrakt.

Dette spørgsmål er blevet indbragt for EF-Domstolen i sag C-513/99. Dommen forventes afsagt ved udgangen af 2001. Sagen drejer sig om et miljøproblem, som ud fra en analogi kan bidrage til at besvare spørgsmål vedrørende sociale aspekter.⁵⁵

Såvel i grønbogen⁵⁶ som i ovennævnte meddelelse om offentlige indkøb⁵⁷ har Kommissionen klart taget stilling til fordel for førstnævnte fortolkning.

Kommissionen bemærker, at de ordregivende myndigheder har mulighed for at pålægge betingelser for kontraktens udførelse og på dette stadium tage hensyn til forfølgelsen af visse sociale målsætninger (jf. nedenfor, afsnit 1.6).

1.4.2. "Det supplerende kriterium"

Dette begreb er udviklet af EF-Domstolen.⁵⁸

Det dukkede op for første gang i forbindelse med ovennævnte Beentjes-sag, hvor Domstolen fandt, at et kriterium om beskæftigelse af langtidslidende ikke havde forbindelse med undersøgelsen af en ansøgers økonomiske, finansielle eller tekniske egnethed og heller ikke med tildelingskriterierne i direktivet. Domstolen fandt desuden, at dette kriterium ikke desto mindre er foreneligt med udbudsdirektiverne, hvis det er i overensstemmelse med alle de relevante principper i fællesskabsretten.

⁵³ En række signatarstater har udtrykkeligt indført forbehold, der indebærer, at de ordregivende myndigheder kan anvende et socialt kriterie ved kontrakttildeling. USA har f.eks. indført en undtagelse, der gør det muligt at forbeholde visse kontrakter, især for minoriteter. Forbehold af denne art er derimod ikke en del af EU's forpligtelser overfor sine partnere. Generelt må sådanne kriterier betragtes som stridende mod direktivernes bestemmelser, specielt bestemmelserne om kontrakttildeling.

⁵⁴ I en sag, som Kommissionen har behandlet, havde en ordregivende myndighed hovedsagelig anvendt følgende kriterier ved tildelingen af en kontrakt til en lokal transportvirksomhed: virksomhedens beliggenhed i lokalsamfundet, hvilket dels gav skatteindtægter, dels skabte fast arbejde; leverandørens indkøb i lokalsamfundet af større mængder materiel og tjenesteydelser med gunstig virkning for beskæftigelsen i dette lokalsamfund. Kommissionen fandt, at disse kriterier ikke kunne danne grundlag for de ordregivende myndigheders vurdering af tilbuddene, idet de ikke gav mulighed for at måle den økonomiske fordel i forbindelse med den ydelse, som kontrakten vedrørte, og heller ikke indebar nogen fordel for den ordregivende myndighed. Dette første klagepunkt vedrørte overtrædelsen af bestemmelserne om tildeling i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50/EØF. Desuden udgjorde disse kriterier en diskrimination af de andre tilbudsgivere, idet de ved sammenligningen af tilbuddene gav en fordel for den ene leverandør, der var etableret i lokalsamfundet. Der var derfor tale om en overtrædelse af det generelle forbud mod forskelsbehandling mellem leverandører af tjenesteydelser som anført i artikel 3 i direktiv 92/50/EØF.

⁵⁵ Sag C-513/99, Stagecoach Finland Oy Ab, offentliggjort i EFT C 102 af 8.4.2000, s. 10.

⁵⁶ Grønbog om offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden, KOM(1996) 583 af 27.11.1996.

⁵⁷ Jf. punkt 4.3 i ovennævnte meddelelse fra 1998 for så vidt angår inddragelse af miljøhensyn ved tildeling af kontrakter. (Jf. også punkt 48 i meddelelsen om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter, KOM(89) 400, vedtaget af Kommissionen den 22.9.1989 (EFT C 311 af 12.12.1989)).

⁵⁸ Se præmis 29 i ovennævnte Beentjes-sag og dom af 26.9.2000 i sag C-225/98, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik ("skolebygninger – Nord-Pas-De-Calais") (Sml. 2000, I, s. 7445).

I sag C-225/98 fandt EF-Domstolen, at⁵⁹ de ordregivende myndigheder kan stille betingelser i forbindelse med bekæmpelse af arbejdsløshed, forudsat at de tilgodeser alle fællesskabsrettens grundlæggende principper, og kun i det omfang, hvor disse myndigheder står over for to eller flere prismæssigt ækvivalente tilbud. Denne betingelse blev i det foreliggende tilfælde af den pågældende medlemsstat betragtet som et ikke afgørende tillægskriterium, efter at tilbuddene var blevet sammenlignet ud fra et rent økonomisk synspunkt. Med hensyn til anvendelsen af et tildelingskriterium, som vedrører bekæmpelse af arbejdsløshed, har Domstolen præciseret, at dette ikke må bevirke en direkte eller indirekte forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre af Fællesskabets medlemsstater, og at det udtrykkeligt skal nævnes i udbudsbekendtgørelsen, for at entreprenørerne skal kunne skaffe sig kendskab til, at der stilles en sådan betingelse.

Dette kunne ligeledes finde anvendelse på andre betingelser inden for det sociale område.

1.5. Unormalt lave tilbud

De gældende udbudsdirektiver⁶⁰ begrænser sig til at forpligte de ordregivende myndigheder til at anmode tilbudsgivere, hvis tilbud forekommer dem unormalt lave i forhold til ydelsen, om yderligere forklaringer, før de kan forkaste tilbuddet. Den ordregivende myndighed skal undersøge det pågældende tilbuds sammensætning, og hvis det forekommer den mindre troværdigt, kan den forkaste det, men er ikke forpligtet til det i henhold til direktiverne. I de medlemsstater, som har vedtaget bestemmelser herom, kan de ordregivende myndigheder dog være forpligtet til at forkaste unormalt lave tilbud ved manglende overholdelse af f.eks. arbejdsretlige bestemmelser.

I direktiverne nævnes en række eksempler på elementer, som den ordregivende myndighed kan tage hensyn til, nemlig besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, tekniske løsninger og tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser. Elementer i tilknytning til manglende overholdelse af arbejdsmiljø- eller arbejdsmarkedsbestemmelser kan, som de nuværende direktiver er udformet, tages i betragtning i forbindelse med afvisning af et tilbud, der er unormalt lavt i forhold til ydelsen. I overensstemmelse med den overordnede målsætning i direktiverne henhører de praktiske bestemmelser om en sådan vurdering under national ret, idet det dog forudsættes, at disse bestemmelser skal gennemføres på kontradiktorisk grundlag.

1.6. Kontraktens udførelse

Sociale målsætninger kan fremmes ved at anvende kontraktbestemmelser eller betingelser for udførelse af kontrakten, forudsat at det sker under overholdelse af fællesskabsretten og især at de hverken direkte eller indirekte har diskriminerende virkninger i forhold til bydende fra andre medlemsstater⁶¹.

⁵⁹ Se herom den almindelige beretning om Den Europæiske Unions virksomhed 2000, punkt 1119, s. 407.

⁶⁰ Artikel 27 i direktiv 93/36/EØF, artikel 30 i direktiv 93/37/EØF, artikel 37 i direktiv 92/50/EØF og artikel 34, stk. 5, i direktiv 93/38/EØF.

⁶¹ Eksempelvis vil en bestemmelse, der kræver, at tilbudsgiveren ved udførelsen af en bygge- og anlægskontrakt beskæftiger et bestemt antal eller en bestemt procentdel langtidsløse eller unge lærlinge, uden at det kræves, at der er tale om arbejdsløse eller lærlinge fra en bestemt region eller tilknyttet en national organisation, ikke i sig selv udgøre en forskelsbehandling mod tilbudsgivere fra andre medlemsstater.

De ordregivende myndigheder kan udforme bestemmelser vedrørende kontraktens udførelse. Kontraktens udførelsesfase er ikke i øjeblikket reguleret i udbudsdirektiverne.

Udførelsesbestemmelserne eller -betingelserne skal dog overholde fællesskabsretten, og nærmere bestemt må de ikke have en direkte eller indirekte diskriminerende virkning på tilbudsgivere fra andre lande (jf. nedenfor, afsnit 3.2).

Desuden skal gennemførelsen af disse bestemmelser eller betingelser ske i overensstemmelse med samtlige procedureregler i direktiverne, bl.a. reglerne om offentliggørelse.⁶² De må ikke være (skjulte) tekniske specifikationer. De må heller ikke have tilknytning til hverken vurderingen af tilbudsgivernes egnethed på grundlag af deres økonomiske, finansielle og tekniske formåen eller tildelingskriterierne.⁶³ "Kontraktvilkåret må ingen indflydelse have på vurderingen af tilbudsgiverens evne til at udføre det pågældende arbejde eller på kontrakttildelingskriterierne".⁶⁴

Desuden skal disse betingelser af hensyn til gennemsigtigheden være nævnt i udbudsbekendtgørelsen, således at de er kendt af samtlige ansøgere eller tilbudsgivere.⁶⁵

Endelig skal udførelsen af offentlige kontrakter under alle omstændigheder ske under overholdelse af alle relevante gældende bestemmelser på bl.a. det sociale og det sikkerhedsmæssige område. (jf. kapitel III).

Udførelsesbetingelsen er en forpligtelse, som skal accepteres af den, som kontrakten indgås med, og som vedrører udførelsen af kontrakten. Det er derfor i princippet tilstrækkeligt, at tilbudsgiverne ved afgivelse af tilbud forpligter sig til at opfylde dette krav, hvis de får tildelt kontrakten. Et tilbud fra en tilbudsgiver, som ikke accepterer en sådan betingelse for udførelsen, vil ikke være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne og kan derfor ikke komme i betragtning.⁶⁶ Til gengæld skal udførelsesbetingelserne ikke være opfyldt ved forelæggelsen af tilbuddet.

De ordregivende myndigheder har en lang række muligheder for at fastlægge kontraktbestemmelser af social art. I det følgende nævnes eksempler på særlige supplerende betingelser, som den ordregivende myndighed under overholdelse af ovennævnte vilkår kan kræve af kontraktthaveren, og som gør det muligt at tage hensyn til sociale målsætninger:

- at denne ansætter jobsøgende, især langtidsledige, eller gennemfører uddannelse af arbejdsløse eller unge ved udførelsen af kontrakten

⁶² Jf. præmis 31 i ovennævnte Beentjes-dom.

⁶³ Jf. præmis 28 i ovennævnte Beentjes-dom.

⁶⁴ Ovennævnte meddelelse om de *regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter*, punkt 59.

⁶⁵ "Med henblik på at opfylde direktivets formål, nemlig at sikre udviklingen af en effektiv konkurrence på udbudsområdet, skal de kriterier og betingelser, der gælder for hvert udbud, endelig offentliggøres på passende måde af de ordregivende myndigheder" (jf. ovennævnte Beentjes-dom, præmis 21).

⁶⁶ Det fremgår af Domstolens retspraksis i dom af 22. juni 1992, sag C-243/89, Storebælt, at den ordregivende myndighed har pligt til at afvise tilbud, der ikke stemmer overens med udbudsbetingelserne, for ikke at overtræde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, der er grundlæggende for udbudsdirektiverne.

- at denne ved udførelsen af kontrakten gennemfører foranstaltninger, der skal fremme lige muligheder for mænd og kvinder eller etnisk og racemæssig mangfoldighed⁶⁷
- at denne overholder substansen i ILO's grundlæggende konventioner ved udførelsen af kontrakten, hvis disse ikke allerede er gennemført i den nationale lovgivning
- at denne med henblik på udførelse af kontrakten ansætter et større antal handicappede end krævet i den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor kontrakten udføres eller i kontraktøverens medlemsstat.

Det skal bemærkes, at det forekommer vanskeligere at indføre kontraktbestemmelser vedrørende udførelsesformen i forbindelse med indkøbskontrakter, idet indførelse af bestemmelser, der kræver ændring af organisationen, strukturen eller politikken i en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, kan være diskriminerende eller udgøre en uberettiget hindring for samhandelen.

II OFFENTLIGE KONTRAKTER, SOM IKKE ER OMFATTET AF DIREKTIVERNE

Udbudsdirektiverne finder kun anvendelse på bestemte kontrakter, især kontrakter, hvis værdi er lig med eller over det i direktiverne fastsatte relevante tærskelbeløb.

Fællesskabsretten giver medlemsstaterne ansvaret for at afgøre, om offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af fællesskabsdirektiverne, skal underkastes de nationale bestemmelser på området.

Medlemsstaterne er også - inden for de grænser, der er fastsat i fællesskabsretten - frit stillet med hensyn til at afgøre, om offentlige kontrakter, der ikke omfattes af direktiverne, kan - eller skal - anvendes til at opfylde andre målsætninger end den, der tilsigtes med udbudsdirektiverne, nemlig "bedste forhold mellem kvalitet og pris".

Med forbehold af den nationale lovgivning på området kan de ordregivende myndigheder for disse kontraktors vedkommende fortsat frit fastlægge og anvende sociale udvælgelses- og tildelingskriterier i forbindelse med deres udbudsprocedurer, forudsat at de overholder de generelle bestemmelser og principper i EF-traktaten⁶⁸, hvilket bl.a. indebærer en passende gennemsigtighed og ligebehandling af tilbudsgiverne.

Fremgangsmåder, hvorved kontrakter forbeholdes for visse personkategorier, f.eks. handicappede ("beskyttede værksteder") eller arbejdsløse, vil kunne være tilladte. De pågældende praktiske foranstaltninger må dog ikke udgøre en direkte eller indirekte

⁶⁷ I forbindelse med en tjenesteydelsesaftale kan det f.eks. dreje sig om iværksættelse af en politik til fremme af etnisk og racemæssig mangfoldighed på arbejdspladsen i form af instrukser rettet til personer med ansvar for ansættelse, forfremmelse og uddannelse af personalet; eller det kan dreje sig om udpegelse ved kontraktøverens af en person med ansvar for iværksættelse af en sådan politik på arbejdspladsen.

⁶⁸ For yderligere oplysninger herom, jf. kapitel III i ovennævnte fortolkningsmeddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter.

forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemsstater⁶⁹ eller en uberettiget hindring for samhandelen⁷⁰. Således vil en reservering af kontrakter til fordel for nationale tilbudsgivere være i modstrid med EF-traktatens bestemmelser og generelle principper. Hvis deltagelsen i udbuddet til gengæld også er åben for beskyttede værksteder fra andre medlemsstater, vil der ikke nødvendigvis være tale om forskelsbehandling. Men kontrakttildelingen skal ske under overholdelse af især principperne om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed⁷¹ (jf. også kapitel III).

Ud over de kontrakter, der ikke er omfattet af direktiverne, bør det bemærkes, at de ordregivende myndigheder også har et vist råderum i forbindelse med kontrakter vedrørende de i bilag I B til direktiv 92/50/EØF og bilag XVI B til direktiv 93/38/EØF anførte tjenesteydelser. De fleste tjenesteydelser med "socialt" sigte (f.eks. tjenesteydelser inden for sundheds- og socialvæsen) henhører under disse bilag. Sådanne kontrakter er nemlig kun omfattet af udbudsdirektivernes bestemmelser om tekniske specifikationer og om offentliggørelse (meddelelse om tildeling af kontrakter). Direktivernes detaljerede bestemmelser om udvælgelse af ansøgere og tildeling af kontrakter finder ikke anvendelse på dem. Indgåelse af sådanne tjenesteydelseskontrakter er dog omfattet af den nationale ret og af traktatens bestemmelser og principper som anført ovenfor.

III SOCIALE BESTEMMELSER, DER FINDER ANVENDELSE PÅ OFFENTLIGE KONTRAKTER

3.1 Indledning

Det skal straks slås fast, at selv om udbudsdirektiverne ikke indeholder særlige bestemmelser herom, skal udførelsen af en offentlig kontrakt, efter at den er tildelt, ske i fuld overensstemmelse med alle nationale, internationale og europæiske standarder, love, bestemmelser og forpligtelser, der obligatorisk finder anvendelse på det sociale område. Der skal i givet fald henvises til disse forpligtelser i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. I henhold til de nuværende udbudsdirektiver⁷² har de ordregivende myndigheder mulighed for i udbudsbetingelserne at henvise til - eller kan af en medlemsstat forpligtes til at henvise til - den eller de nationale myndigheder, hos hvilke tilbudsgiverne kan få relevante oplysninger om, hvilke forpligtelser der gælder i henhold til

⁶⁹ I Det Forenede Kongerige fandtes der en fortrinsordning, "Priority Suppliers Scheme" (program for fortrinsberettigede leverandører), der tog sigte på at fremme ansættelse af handicappede arbejdstagere i forbindelse med offentlige leverancer. I henhold til denne ordning kunne virksomheder, der var opført på en speciel liste, forelægge et nyt tilbud for at matche det med det laveste tilbud. Denne fordel havde tilbudsgivere fra andre medlemsstater ikke. Denne ordning blev afskaffet ved forhandlingerne om det kodificerede direktiv 93/36/EØF og i 1994 erstattet af en ordning, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten, "Special Contract Agreement". Ordningen finder nu anvendelse på arbejdsgivere, der beskæftiger handicappede, i hele EU, og anvendelsen er begrænset til kontrakter, hvor kontraktværdien er under tærsklerne.

⁷⁰ Artikel XXIII i aftalen om offentlige kontrakter (vedrørende undtagelser til aftalen) giver mulighed for, at aftalens parter kan indføre eller anvende foranstaltninger vedrørende varer fremstillet af eller tjenesteydelser leveret af handicappede eller af personer på filantropiske institutioner eller i fængsler, forudsat at disse foranstaltninger ikke er et middel til vilkårlig eller uberettiget forskelsbehandling og ikke udgør en skjult hindring for den internationale handel. Denne mulighed er ikke gennemført i direktiverne.

⁷¹ Jf. Domstolens dom af 18.11.1999 i sag C-275/98, Unitron, og dom af 7.12.2000 i sag C-324/98, Telaustria.

⁷² Artikel 23 i direktiv 93/37 (bygge- og anlægsarbejder), artikel 28 i direktiv 92/50 (tjenesteydelser) og artikel 29 i direktive 93/38 (forsyningsvirksomhed).

bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsvilkår, og som skal overholdes på det sted, hvor arbejdet eller tjenesteydelsen udføres.⁷³

Til disse forpligtelser hører bl.a. pligten til at iagttage de nationale bestemmelser, der er baseret på fællesskabsdirektiverne om sociale aspekter. I forbindelse med offentlige kontrakter er direktiverne om arbejdstagernes sundhed og sikkerhed, direktiverne om overførsel af virksomheder og om udstationering af arbejdstagere (jf. nedenfor, afsnit 3.2.1.2) samt de nyere direktiver om ligebehandling særlige relevante.⁷⁴

Nogle af Den Internationale Arbejdsorganisations (ILO's) konventioner kan også være forpligtende på denne måde.⁷⁵ De grundlæggende, internationalt anerkendte arbejdsstandarder i form af de af ILO fastlagte principper og rettigheder gælder selvfølgelig ubetinget i medlemsstaterne.⁷⁶

Tilbud fra tilbudsgivere, som ikke har taget hensyn til forpligtelserne i henhold til de af den ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne anførte bestemmelser om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsvilkår, kan ikke betragtes som værende i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. I øvrigt kan tilbud fra tilbudsgivere, der ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til forpligtelserne vedrørende f.eks. arbejdsvilkår, forekomme unormalt lave i forhold til opgaven og blive afvist alene af denne grund (jf. ovenfor, afsnit 1.5).

Der er adskillige gange blevet stillet spørgsmål⁷⁷ vedrørende fortolkning og anvendelse af sociale love og bestemmelser, som skal overholdes ved indgåelsen af offentlige kontrakter, og som åbenbart er vanskelige at afgrænse i forbindelse med disse kontrakter, især i udførelsesfasen. Navnlig stilles der ofte spørgsmål om anvendelsen af arbejdsretten og bestemmelserne om arbejdsvilkår på arbejdstagere, der er udstationeret af en virksomhed med henblik på at udføre en tjenesteydelse i en anden medlemsstat, eftersom disse forhold spiller en særlig rolle i forbindelse med tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud. Tilfælde, hvor kontraktmodtageren overtager alle eller en del af den tidligere kontraktghavers ansatte, er ligeledes et spørgsmål, der hyppigt opstår i forbindelse med offentlige kontrakter.

⁷³ I henhold til de eksisterende udbudsdirektiver er de ordregivende myndigheder, der gør brug af den mulighed, disse direktiver giver dem, og anfører ovennævnte oplysninger i udbudsbetingelserne, også forpligtet til at sikre, at tilbudsgiverne ved udarbejdelsen af deres tilbud faktisk har taget hensyn til deres forpligtelser i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsvilkår, ved at anmode tilbudsgiverne om at angive dette i deres tilbud. På den måde kan tilbudsgiverne i givet fald få de nødvendige oplysninger om de sociale forpligtelser, de skal efterkomme på det sted, hvor kontrakten udføres, hvis den tildeles dem, og ved udarbejdelsen af deres tilbud tage hensyn til omkostningerne i forbindelse med disse forpligtelser.

⁷⁴ Direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT 2000 L 180/22) og direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000 L 303/16).

⁷⁵ Navnlig konvention nr. 87 af 9.7.1948 og nr. 98 af 1.7.1949 (om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger); konvention nr. 29 af 28.6.1930 og nr. 105 af 25.6.1957 (afskaffelse af tvangsarbejde); nr. 111 af 25.6.1958 (forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv); nr. 100 af 29.6.1951 (ligeløn og ikke-forskelsbehandling); og nr. 138 af 26.6.1973 og nr. 182 af 17.6.1999 (mindstealder for beskæftigelse og forbud mod de værste former for børnearbejde).

⁷⁶ Jf. ovennævnte meddelelse fra Kommissionen om grundlæggende arbejdsnormer, hvori Kommissionen præciserer, at da en hurtig ratificering i samtlige EU-medlemsstater af ILO's otte kernekonventioner er en naturlig følge af EU's forpligtelse til at fremme grundlæggende arbejdsnormer, vedtog den den 15. september 2000 en henstilling til medlemsstaterne om ratificering af den nyeste kernekonvention, dvs. ovennævnte konvention nr. 182 (henstilling offentliggjort i EFT L 243 af 28.9.2000).

⁷⁷ Disse spørgsmål tager ofte udgangspunkt i hensynet til arbejdstagernes sociale beskyttelse og arbejdsvilkår. I øvrigt har Domstolen anerkendt målet om at sikre arbejdstagernes sociale beskyttelse som et tvingende alment hensyn, der kan berettige nationale foranstaltninger, som begrænser udøvelsen af en af de grundlæggende rettigheder i fællesskabsretten (dom af 17. december 1981, sag C-279/80, Webb, Sml., s. 3305; dom af 3. februar 1982, sag 62/81 og 63/81, Seco og Desquenne & Giral, Sml., s. 223; dom af 27. marts 1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 345; dom af 28. marts 1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905; og dom af 23. november 1999, sag C-369/96 og C-376/96, Arblade).

En evaluering af omfanget af relevante sociale forpligtelser kan desuden spille en vigtig rolle i forbindelse med behandling og efterprøvning af tilbud, der mistænkes for at være unormalt lave.

Kommissionen ønsker i denne meddelelse at gøre opmærksom på omfanget af disse fællesskabsbestemmelser og -forpligtelser, der er særlig relevante i forbindelse med besvarelsen af disse spørgsmål.

3.2 Hvilke arbejdsretlige bestemmelser finder anvendelse?

Med hensyn til nationale, internationale og europæiske standarder og bestemmelser, der obligatorisk finder anvendelse på det sociale område, bør der skelnes mellem situationer af grænseoverskridende karakter og andre situationer (der i princippet kan betragtes som rent nationale).

I "nationale" situationer er de ordregivende myndigheder, tilbudsgiverne og kontrahenterne forpligtet til som et minimum at overholde alle forpligtelser vedrørende social beskyttelse og arbejdsvilkår, herunder forpligtelser, der henhører under kollektive og individuelle rettigheder, som følger af den gældende arbejdslovgivning, af retspraksis og/eller af kollektive overenskomster, forudsat at disse er forenelige med EU-lovgivningen og med fællesskabsrettens almindelige bestemmelser og principper, herunder navnlig princippet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling.

I grænseoverskridende situationer er det navnlig krav begrundet i tvingende almene hensyn, som gælder i værtslandet (Fællesskabet har oprettet en fortegnelse over disse bestemmelser i direktiv 96/71/EF – jf. pkt. 3.2.1.2 nedenfor), der skal overholdes af tjenesteyderne, og dette skal ske uden at berøre ligebehandlingsprincippet.

I begge situationer kan der dog ydermere gælde bestemmelser, som er mere gunstige for arbejdstagerne (og som i givet fald også skal overholdes), for så vidt de er forenelige med fællesskabsretten.

3.2.1 Hvilke grænser sætter fællesskabsretten for anvendelsen af nationale bestemmelser?

3.2.1.1 Traktaten

Da de relevante bestemmelser kun kan anvendes, hvis de er forenelige med fællesskabsretten, rejses spørgsmålet om, hvilke grænser og restriktioner der er fastsat i fællesskabsretten.

Som anført af EF-Domstolen i Arblade-dommen⁷⁸, fremgår det af Domstolens faste praksis, at EF-traktatens artikel 49 (tidl. artikel 59) ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med et hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende

⁷⁸ Ovennævnte Arblade-sag, især præmis 33-39.

tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende.⁷⁹ Selv om dette område ikke er harmoniseret, kan den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, i øvrigt kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtslandet område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvori han er etableret.⁸⁰ Når en medlemsstats nationale love anvendes på tjenesteydere, som er etableret i andre medlemsstater, skal de desuden sikre opfyldelsen af den målsætning, de har, og ikke være mere vidtgående end det, der er nødvendigt, for at denne målsætning kan opfyldes.⁸¹

Blandt de tvingende almene hensyn, som Domstolen allerede har anerkendt, skal nævnes beskyttelse af arbejdstagerne⁸², herunder arbejdstagerne i byggebranchen⁸³. Derimod kan rent administrative hensyn ikke begrunde en medlemsstats fravigelse af EF-bestemmelserne, især hvis den pågældende fravigelse hindrer eller begrænser udøvelsen af en af de grundlæggende rettigheder, som udspringer af fællesskabsretten.⁸⁴ De tvingende almene hensyn, der begrundet de materielle bestemmelser i en lovgivning, kan imidlertid også begrunde nødvendige kontrolforanstaltninger med henblik på at sikre, at de materielle bestemmelser overholdes.⁸⁵

Udelukkelse fra deltagelse i et offentligt udbud af en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, under henvisning til, at den ikke er medlem af den nationale kollektive overenskomst, der gælder i den berørte sektor i den ordregivende myndigheds land, er således ikke blot i strid med udbudsdirektiverne, men kan tillige udgøre en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser og i givet fald af etableringsretten.⁸⁶

3.2.1.2 Afledt ret, som er særlig relevant i forbindelse med offentlige kontrakter

Direktiv 96/71/EF (udstationering af arbejdstagere)

I henhold til Domstolens retspraksis⁸⁷ er fællesskabsretten ikke til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, navnlig vedrørende mindsteløn, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret.

⁷⁹ Jf. dom af 25. juli 1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12; dom af 9. august 1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14; dom af 12. december 1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25, og dom af 9. juli 1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 18, samt præmis 10 i ovennævnte Guiot-sag.

⁸⁰ Jf. navnlig ovennævnte Webb-sag, præmis 17; dom af 26. februar 1991, sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 17; sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727, præmis 18; ovennævnte Säger-sag, præmis 15; ovennævnte Vander Elst-sag, præmis 16, og ovennævnte Guiot-sag, præmis 11.

⁸¹ Jf. navnlig ovennævnte Säger-sag, præmis 15; dom af 31. marts 1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32; dom af 30. november 1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og ovennævnte Guiot-sag, præmis 11 et 13.

⁸² Jf. ovennævnte Webb-sag, præmis 19; Rush Portuguesa-sag, præmis 18, samt Seco og Desquenne & Giral-sag, præmis 14.

⁸³ Jf. ovennævnte Guiot-sag, præmis 16.

⁸⁴ Jf. bl.a. dom af 26. januar 1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 45.

⁸⁵ Jf. ovennævnte Rush Portuguesa-sag, præmis 18, og ovennævnte Arblade-sag, præmis 61-63 og 74. I sidstnævnte dom bekræftede Domstolen, at den sociale beskyttelse af arbejdstagerne er vigtig, og at visse kontrolforanstaltninger med henblik på at sikre denne er berettigede, men tilføjede, at disse kontrolforanstaltninger kun og især accepteres "i mangel af et organiseret system med samarbejde eller udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, som foreskrevet i artikel 4 i direktiv 96/71" (jf. ovenfor, afsnit II.3.2). Det organiserede system med samarbejde eller udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, der her er tale om, vil således gøre visse kontrolforanstaltninger overflødige efter udløbet af fristen for gennemførelse af dette direktiv (16. december 1999). Jf. også svar på skriftlig forespørgsel nr. E-00/0333 af Barbara Weiler.

⁸⁶ Jf. generaladvokatens forslag til afgørelse af 5. april 2001 i sag C-493/99, Kommissionen mod Tyskland.

⁸⁷ Bl.a. i dom af 27. marts 1990 i ovennævnte Rush Portuguesa-sag, præmis 18.

Med udgangspunkt i denne retspraksis fra Domstolen og bestemmelserne i Romkonventionen af 1980⁸⁸ har direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser til formål at koordinere medlemsstaternes lovgivning, således at de bindende bestemmelser af generel interesse bliver ens på EU-plan, og således at medlemsstaternes "muligheder" bliver til forpligtelser på EU-plan i tværnationale situationer. Denne EF-retsakt er et forsøg på at sikre både de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i traktaten, og beskyttelsen af arbejdstagerne og har til formål at give større juridisk sikkerhed for de virksomheder, der leverer tjenesteydelserne, og for de udstationerede arbejdstagere i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser. I sin egenskab af EF-arbejdsret er der tale om en tekst, som giver arbejdstagerne en stor beskyttelse. Med henblik herpå indeholder direktivet en fortegnelse over regler for den minimumsbeskyttelse, som arbejdsgivere, der udstationerer arbejdstagere som beskrevet ovenfor, skal overholde i værtslandet. Direktivet gør det ligeledes muligt at sikre, at der i forbindelse med offentlige kontrakter anvendes ens spilleregler over for alle tilbudsgivere, og at der er juridisk klarhed om de elementer, der skal tages i betragtning ved udarbejdelsen af tilbud.

Denne "hårde kerne" af bindende regler for minimumsbeskyttelsen er baseret dels på lovbestemmelser, dels på kollektive overenskomster, der finder generel anvendelse (som anført i direktivet), og vedrører følgende områder:

- maksimal arbejdstid og minimal hviletid
- mindste antal betalte feriedage pr. år
- mindsteløn
- betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer
- sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen
- beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge
- ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

Det skal bemærkes, at i henhold til direktivet skal bestemmelser, der er fastsat ved kollektive overenskomster, der finder generel anvendelse, obligatorisk anvendes i *bygge- og anlægssektoren*.⁸⁹ Medlemsstaterne *kan* dog udvide anvendelsen af disse bestemmelser til andre sektorer. De bestemmelser, som er fastsat ved lov, anvendes i alle sektorer.

Med direktivet om udstationering af arbejdstagere indføres der således en række "sociale klausuler" i forholdet mellem en leverandør af tjenesteydelser, der opererer i

⁸⁸
⁸⁹

Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, EFT L 266 af 9.10.1980.

I direktivet om udstationering af arbejdstagere præciseres det i artikel 3, hvad der forstås ved kollektive overenskomster eller voldgiftskendelser, "der finder generel anvendelse" (artikel 3, stk. 1 og 8). Under alle omstændigheder skal anvendelsen af disse kollektive overenskomster ske under overholdelse af princippet om ligebehandling som anført i sidste afsnit i artikel 3, stk. 8. I henhold hertil foreligger der ligebehandling, "når nationale virksomheder, som befinder sig i en tilsvarende situation, på arbejdsstedet eller i den pågældende sektor er underkastet samme forpligtelser på de i stk. 1, første afsnit, nævnte områder som udstationeringsvirksomhederne og skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger".

en medlemsstat, og en modtager af tjenesteydelser, der kan være en offentlig myndighed, der befinder sig i en anden medlemsstat (værtsmedlemsstaten). En leverandør af tjenesteydelser, som udstationerer arbejdstagere i værtsmedlemsstaten, skal overholde en række arbejdsretlige minimumsbestemmelser, der er gældende i denne medlemsstat.

Direktiv 2001/23/EF (varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder)

En virksomheds overtagelse som følge af en udbudsprocedure af visse aktiviteter, som hidtil har været udført af en anden virksomhed, kan falde ind under anvendelsesområdet for direktivet om overførsel af virksomheder. En sådan overførsel kan nemlig ske som led i tildelingen af kontrakter vedrørende offentlige tjenester⁹⁰, som led i en privatisering af en sektor i forbindelse med overførsel af en enhed ved en administrativ koncession⁹¹ eller i forbindelse med en tildeling af en offentlig kontrakt, f.eks. en tjenesteydelseskontrakt⁹².

Det gældende EF-direktiv på området⁹³ har til formål at sikre en fortsættelse af det bestående ansættelsesforhold for alle, der er beskyttet som arbejdstagere i henhold til den nationale arbejdsretlige lovgivning⁹⁴, uanset karakteren af de opgaver, som de pågældende personer udøver⁹⁵.

Det vigtigste og afgørende kriterium for, om direktivet om overførsel af virksomheder finder anvendelse, og specielt om der er tale om en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet⁹⁶ efter overførslen, hvilket navnlig fremgår af, om de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter fortsættes eller genoptages⁹⁷. Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.⁹⁸ Når det skal vurderes, om der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, må der tages hensyn til samtlige de omstændigheder, som kendetegner den pågældende transaktion. Alle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke bedømmes isoleret af den nationale dommer, som skal foretage denne vurdering.⁹⁹

Selv om den omstændighed, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem overdrageren (dvs. den tidligere kontrakthaver) og erhververen (den nye

⁹⁰ Jf. f.eks. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om medlemsstaternes håndtering af krav vedrørende offentlig trafikbetjening og indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening inden for personbefordring med jernbane og ad vej og indre vandveje, KOM(2000) 7 af 26.7.2000, særlig artikel 9, stk. 3.

⁹¹ Dom af 14. september 2000, sag C-343/98, Collino. Der er tale om en sag, hvor en virksomhed, der præsterer offentlige telekommunikationsydelser, og som drives af et offentligt organ, der er integreret i statsadministrationen, i medfør af afgørelser, som er truffet af offentlige myndigheder, med en administrativ koncession mod vederlag overføres til et privat selskab, som er oprettet af et andet offentligt organ, der ejer selskabets samlede kapital.

⁹² Dom af 25. januar 2001, sag C-172/99, Oy Liikenne, om busdrift.

⁹³ Ovennævnte direktiv 2001/23/EF.

⁹⁴ Jf. dom af 11. juli 1985, sag C-105/84, Danmols Inventar, dom af 19. maj 1992, sag C-29/91, Sophie Redmond Stichting, og dom af 10. december 1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Schez Hidalgo m.fl.

⁹⁵ Ovennævnte Collino-sag.

⁹⁶ Dom af 14. april 1994, sag C-392/92, Schmidt; dom af 19. september 1995, sag C-48/94, Rygaard, dom af 26. september 2000, sag C-175/99, Mayeur.

⁹⁷ Dom af 18. marts 1986, sag C-24/85, Spijkers, dom af 11. marts 1997, sag C-13/95, Süzen, og dom af 10. december 1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Hernández Vidal, samt dom af 2.12.1999 i sag C-234/98, Allen m.fl. og ovennævnte Oy Liikenne-sag.

⁹⁸ F.eks. ovennævnte sager Süzen, Hidalgo m.fl., Allen m.fl. og Oy Liikenne.

⁹⁹ Ovennævnte sager Spijkers, Süzen, Sanchez Hidalgo m.fl. og Hernández Vidal.

kontraktthaver), kan pege i retning af, at der ikke foreligger en overførsel i direktivets forstand, er det ikke afgørende i denne forbindelse.¹⁰⁰ Direktivet finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden.¹⁰¹

Som det er blevet bekræftet i den for nylig afsagte dom i ovennævnte Oy Liikenne-sag¹⁰², medfører det ikke specifikke problemer med hensyn til anvendelsen af direktivet om overførsel af virksomheder, at overførslen sker i forbindelse med en procedure for tildeling af offentlige kontrakter. De to direktiver er i øvrigt ikke uforenelige med hensyn til deres målsætning.¹⁰³ Det fremgår i øvrigt af EF-Domstolens retspraksis vedrørende offentlige kontrakter, at de ordregivende myndigheder har pligt til at oplyse tilbudsgiverne om samtlige betingelser, som er forbundet med udførelse af en kontrakt, således at tilbudsgiverne kan tage hensyn hertil ved udarbejdelsen af deres tilbud. En erhvervsdrivende skal således kunne bedømme, om han, hvis han tildeles kontrakten, vil have interesse i at købe væsentlige aktiver af den nuværende kontraktpart og i at overtage hele eller en del af hans personale, eller om han ville være forpligtet til at gøre det, og om han i givet fald ville befinde sig i en situation med overførsel af virksomhed i direktiv 2001/23/EF's forstand.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Dom af 10. februar 1988 i sag C-324/86, Tellerup, "Daddy's Dance Hall", og ovennævnte sager Süzen, Hidalgo m.fl., Mayeur og Oy Liikenne.

¹⁰¹ Ovennævnte sager Tellerup, Süzen, Hidalgo m.fl., Mayeur og Oy Liikenne. Direktivet finder også anvendelse, hvis beslutningen om overførsel er truffet ensidigt af den offentlige myndighed (kommune) (dom af 19. maj 1992, sag C-29/91, Sophie Redmond Stichting). Den omstændighed, at den tjenesteydelse, der overføres, er blevet koncessioneret af en offentlig myndighed, såsom en kommune, kan ikke udelukke anvendelsen af direktivet, når aktiviteten ikke vedrører udøvelsen af offentlig myndighed (ovennævnte sager Collino (præmis 32) og Hidalgo m.fl. (præmis 24)). En reorganisering af den offentlige forvaltning eller en overførsel af forvaltningsopgaver mellem offentlige myndigheder er derimod ikke en overførsel af virksomheder (dom af 15. oktober 1996, sag C-298/94, Henke; jf. ovennævnte Mayeur-sag).

¹⁰² Se især præmis 21/22.

¹⁰³ Jf. også generaladvokat Légers forslag til afgørelse i ovennævnte sag C-172/99, især præmis 28 til 37; jf. dommens præmis 22.

¹⁰⁴ Ovennævnte dom i Oy Liikenne-sagen, præmis 23.