



Soziale Überlegungen bei öffentlichen Ausschreibungen

Eine politische Wahl!

"Vorbeugen ist besser als heilen"

Herausgeber: Werner Buelen, EFBH
Autoren: Susanne Wixforth, ArbeiterKammer, Wien
Jan Cremers, Tilburg Law School

Brüssel, September 2015



Projekt durchgeführt mit
finanzieller Unterstützung der
Europäischen Kommission

Dieses Projekt wurde finanziert mit der Unterstützung der Europäischen Kommission.

Die Verantwortung für diese Publikation übernimmt ausschließlich der Autor und die Kommission haftet nicht für die Nutzung der darin enthaltenen Informationen.

Alle Rechte vorbehalten.

Nichts aus dieser Veröffentlichung darf in irgendeiner Form oder auf irgendeine Weise - elektronisch, mechanisch, durch Fotokopie, Aufzeichnung oder ein anderes Verfahren - reproduziert, in einer Datenbank gespeichert oder übertragen werden, ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers.

Während die Informationen in der Publikation als richtig gelten, übernehmen weder der Herausgeber noch die Verfasser jegliche Haftung für aus dem Inhalt der vorliegenden Publikation entstehende Verluste, Schäden oder Haftungen aller Art seitens der Nutzer oder anderer Personen.

Inhalt

1.	Vorwort	5
2.	Einleitung	7
3.	Rechtliche Bewertung der neuen EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe	9
3.1.	Möglichkeiten für soziale Überlegungen	12
3.2.	Gütezeichen und Zertifizierung.....	14
3.3.	Richtlinien – Außergesetzliche Bestimmungen.....	15
3.4.	Ausschluss von BieterInnen die nicht die geltenden Arbeitsbedingungen anwenden.....	15
3.5.	Niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot.....	17
3.6.	Ungewöhnlich niedrige Angebote	18
3.7.	Vergabe von Unteraufträgen und Auslagerung von Arbeitnehmern – Entsendung, Zeitarbeitsbüros und andere Auslagerungsmethoden	19
3.8.	Zukunft	20
4.	Der Europäische Gerichtshof und die sozialen Aspekte in öffentlichen Ausschreibungen – eine Übersicht	22
4.1	Einleitung	22
4.2	Kurze Bestandsaufnahme	23
4.3	Die Auswirkungen der "Auslagerung von Arbeitnehmern" – externe Beschäftigung: Die Urteile über Entsendung, Outsourcing, Insourcing (Arbeitsvermittlung), Zeitarbeitsbüros.....	26
5.	Best practices	29
5.1.	Preventive measures to avoid that the public procurement procedure is abused/circumvented	29
5.2.	Legislative measures to fight social dumping practices – fair level playing field.....	33
5.3.	Transparency measures for sub-contracting chains	39
5.4.	Strengthening of main contractor's liability	44
5.5.	Most economically advantageous price – lowest price	47
5.6.	Social Considerations	51
5.7.	Exclusion grounds	62
5.8.	Control.....	64
5.9.	Role of trade unions.....	70
5.10.	Outsourcing of workers.....	75

Umsetzung und Anwendung der EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge mit besonderem Augenmerk auf soziale Aspekte und faire und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle

1. Vorwort

Seit vielen Jahren frage ich mich, warum es so schwierig ist, die Umsetzung und Anwendung einer selbstverständlichen Regel herbeizuführen, von der alle der Meinung sind, dass diese "die richtige Vorgehensweise ist". Denn jeder ist damit einverstanden, dass unsere öffentlichen Behörden unser Geld wie ein guter Familienvater und ethisch korrekt verwenden müssen.

Gewerkschaften, Umweltschutzverbände und Organisationen für fairen Handel fordern ständig, dass unser Geld nicht nur hochwertige Dienstleistungen oder Produkte bringen, sondern auch, dass unser Geld (1) die Entwicklung hochwertiger Standards für die Sozialpolitik der öffentlichen Hand unterstützen sollte, (2) zu einer fairen sozialen Marktwirtschaft beitragen sollte und (3) eine Verbesserung der Sozialstandards beabsichtigten sollte.

Die EU-Richtlinien über öffentliche Ausschreibungen 2004/17/EG und 2004/18/EG haben deutlich unsere drei Forderungen berücksichtigt und wichtige soziale Verbesserungen in die heutige EU-Gesetzgebung über öffentliche Ausschreibungen eingebracht.

Wenn wir wissen, dass sich die öffentlichen Ausgaben in der EU für Waren, Arbeiten als und Dienstleistungen (ohne öffentliche Versorgungsdienstleistungen) im Jahr 2013 auf insgesamt 1.786,61 Milliarden beliefen, könnte auf jeden Fall etwas Positives unternommen werden können. Leider aber muss die EU-Gesetzgebung zunächst umgesetzt werden, bevor sie in der Praxis angewendet wird. In dieser großen Grauzone verfügen unsere Mitgliedstaaten und öffentlichen Behörden über einen großen Ermessensspielraum, wie sie die vor Kurzem verabschiedeten "sozialen Standards" implementieren und wenden wollen. Auch wenn manche "Sozialstandards" in Stein gemeißelt sind, ihre effektive Anwendung bleibt eine politische Entscheidung.

Mit diesem Leitfaden versucht die Europäische Föderation der Bau- und Holzarbeiter ihre angeschlossenen Mitgliedsverbände in den verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und Anwendung der vor Kurzem verabschiedeten Richtlinien über öffentliche Aufträge zu unterstützen. Wir haben noch bis April 2016, um die neuen EU-Vorschriften in nationale Gesetzgebung umzusetzen.

Der Leitfaden besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil enthält eine Beurteilung der heutige Gesetzgebung und Rechtsprechung der EU und zeichnet die Linien, innerhalb derer wir "Sozialstandards" in öffentlichen Ausschreibungen umsetzen und anwenden können. Der zweite Teil enthält eine Übersicht von verschiedenen bewährten Praktiken, die auf nationaler Ebene übernommen werden würde könnten.

Ohne die tätige Unterstützung der bestellten Sachverständigen und der benannten Ansprechpartner aus den nationalen Gewerkschaften im Baugewerbe wäre es niemals möglich gewesen, die bewährten Praktiken in Bezug auf die wirksame Umsetzung von Sozialstandards in den nationalen Rechtsvorschriften über das öffentliche Ausschreibungen zu sammeln.

Für das akribische Sammeln und systematische Sortieren und Verarbeiten der großen Informationsmenge über bewährte Praktiken in einem lesbaren Leitfaden sorgten Susanne Wixforth und Jan Cremers. Wir sind ihnen sehr dankbar dafür, dass sie diese schwierige Aufgabe erledigt haben.

Anerkennung schulden wir auch den Mitgliedern des Lenkungsausschusses, die ihre Erfahrungen einbrachten und das gesamte Projekt betreuten und leiteten.

Dieser Leitfaden ist das Ergebnis eines von der Europäischen Kommission finanzierten Projekts der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter.

Werner Buelen

Projektleiter

2. Einleitung

Öffentliche Ausschreibungen werden oft als eine rein rechtliche Angelegenheit betrachtet, die von großen Anwaltskanzleien und komplizierten rechtlichen Überlegungen beherrscht wird. Ziel dieses Projekts war es deshalb, einen praktischen Leitfaden für die Gewerkschaften hinsichtlich des Umsetzungsprozesses der neuen EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe zu verfassen.¹ Besondere Aufmerksamkeit wird den bewährten Praktiken gewidmet, weil sie eine gute Übersicht der gesetzlichen Möglichkeiten gibt unter Berücksichtigung der immer noch leitenden Grundsätze der Richtlinie, d. h. Transparenz und Nichtdiskriminierung. Es sei auch darauf hingewiesen, dass gesetzlich festgelegte Grundsätze ohne Vorbeugung, Kontrolle und Durchsetzung nicht eingehalten werden. Deshalb wurden bewährte Praktiken im Zusammenhang mit schwarzen und weißen Listen sowie andere innovative Kontrollmechanismen aufgenommen als wichtiges Instrument, um die guten Absichten in der täglichen Realität der Arbeitnehmer im Bausektor in der Praxis zu leben.

Kennzeichnend für das Baugewerbe sind die komplexe Struktur zeitlich begrenzter und ortsveränderlicher Baustellen, komplizierte Subunternehmungsketten, ein hohe Arbeitsunfallrate und der erhebliche Sozialbetrug. Dies alles kann und muss mittels Gesetzgebung über öffentliche Ausschreibungen verbessert bzw. bekämpft werden. Das Besondere in diesem Zusammenhang ist auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine dreifache Rolle hat: als Gesetzgeber, Verbraucher und Partner in dreiseitigen Verhandlungen, die den Rahmen für die Arbeitsbedingungen festlegen.

Auf diese Weise bilden die öffentlichen Aufträge auch einen sehr wichtigen Bereich für politische Aktion im Bereich der sozialen Anliegen und Belange hinsichtlich der Gesundheit und der sozialen Sicherheit. Außerdem bürdet die Finanz- und Wirtschaftskrise den öffentlichen Auftraggebern neue Aufgaben auf:

Erstens müssen sie sich als Trendsetter für berufliche, Sicherheits- und Gesundheitsfragen bemühen. Öffentliche Bau- und Infrastrukturarbeiten stellen einige der wichtigsten Segmente der öffentlichen Ausgaben dar. Öffentliche Aufträge, die direkt in den Anwendungsbereich der europäischen Richtlinien fallen, vertreten jährlich 422 Milliarden EUR oder 2,6% des BIP der EU (Zahlen von 2013). Wegen der anhaltenden Finanz- und Wirtschaftskrise ist das öffentliche Beschaffungswesen der wichtigste Treiber der Bauwirtschaft. Deshalb erwarten die Gewerkschaften, dass die öffentlichen Auftraggeber die öffentlichen Aufträge nicht dem billigsten Bauunternehmer, sondern dem wirtschaftlich günstigsten Anbieter zuschlagen.

Zweitens ist es so, dass in Zeiten einer massiven und bis 50% betragenden Jugendarbeitslosigkeit von den öffentlichen Auftraggebern erwartet wird, dass sie jungen Menschen Chancen gibt, indem sie praktische Ausbildungsmaßnahmen für Lehrlinge oder Auszubildende als Zuschlagskriterium handhabt.

Drittens hat sich herausgestellt, dass insbesondere der Bausektor für Sozialdumpingpraktiken und ungleiche Wettbewerbsbedingungen anfällig ist. Tarifverträge und die Verantwortung und die Haftung des Auftragnehmers werden wegen Subunternehmungsketten systematisch untergraben.

Die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe bietet mehr Spielraum um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber diese politischen Aufgaben erfüllen. Trotzdem bevorzugen nationale Regierungen immer noch den geringsten Widerstand und entscheiden sie sich für geringfügige Anpassungen der nationalen

¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

Gesetzgebung bei der Umsetzung der Richtlinie. Die Gewerkschaften sind aufgerufen, entschieden gegen diese Tendenz zu kämpfen, möglichst bald Qualitätsnormen in Bezug auf berufliche, Gesundheits- und Sicherheitsfragen in öffentlichen Vergabeverfahren zu formulieren und diese möglichst viel in verbindlichen Rechtsvorschriften festlegen zu lassen.

Die Gewerkschaften sind für **Transparenz** (es geht hier vor allem um klare und kontrollierbare Vorschriften) und **Erzwingbarkeit** und deshalb stehen sie dem gesellschaftlich verantworteten Unternehmen, Rahmenvereinbarungen oder andere unverbindlichen Vereinbarungen zurückhaltend gegenüber. Die Gewerkschaften sollten im nationalen Umsetzungsprozess von folgenden Grundsätzen ausgehen:

- Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Umsetzung und Anwendung der EU-Richtlinien ist eine politische Überlegungspflicht und nicht nur eine rechtliche Angelegenheit;
- Die Anwendung von Sozialstandards bei öffentlichen Ausschreibungen sollte beispielhaft sein, gewährleisten, dass die öffentlichen Mittel gut verwendet werden und verlangen, dass hohe Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und Sicherheitsstandards am Arbeitsplatz angewandt werden;
- Die Festlegung der Verpflichtung, um soziale Belange zu respektieren ist nicht nur im Interesse der Gewerkschaften, sondern auch der Unternehmen, die diesen Verpflichtungen nachkommen. Die Gesetzgebung in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen ist deshalb ein Werkzeug, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen;
- Die Bekämpfung des Sozialdumpings ist auch ein politisches Ziel, denn auf diese Weise kann man die zusätzlichen Kosten verringern, für die die ganze Gesellschaft nach der Ausführung öffentlicher Aufträge aufkommen muss. Der öffentliche Auftraggeber hat insbesondere in Bezug auf folgende Themen eine Vorreiterrolle zu spielen:
 - die Einhaltung und die Berücksichtigung nationaler Tarifverträge;
 - die Etablierung eines gediegenen Systems von Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen auf allen Ebenen;
 - die öffentlichen Ausschreibungen als Hebel benutzen um zu versichern, dass junge Arbeitnehmer die Möglichkeit bekommen, qualitativ eine hochwertige Ausbildung in Anspruch zu nehmen.

3. Rechtliche Bewertung der neuen EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe

(Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG)

Von der öffentlichen Hand bezogene Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen stellen einen bedeutenden Anteil des Bruttoinlandsprodukts (BIP) in Europa dar. Durchschnittlich entspricht dieser Anteil ungefähr 1/5 (19,7% im Jahr 2010) des gesamten BIP der EU, von 10,5% des BIP in Zypern bis 30,6% in den Niederlanden.² In Europa schlagen mehr als 250.000 ausschreibende Instanzen öffentliche Aufträge zu. Ein großer Teil dieser Waren, Dienstleistungen und Arbeiten unterschreiten die EU-Schwellenwerte.³ Wenn öffentliche Ausschreibungen nicht den EU-Vorschriften über öffentliche Aufträge unterliegen, müssen die vergebenden Behörden selbst beurteilen, ob die Ausschreibung auch für die wirtschaftlichen Akteure in anderen Mitgliedstaaten von Bedeutung sein kann. Wenn nicht, trifft die EU-Gesetzgebung nicht zu. Generell werden aber alle großen Arbeiten und Projekte den neuen Vorschriften unterliegen, die im April 2016 in Kraft treten wird. Erwartungsgemäß werden die neuen Vergabevorschriften erweiterte Möglichkeiten zum Vorgehen gegen soziale Probleme bieten. Die öffentlichen Auftraggeber werden beim Zuschlag eines öffentlichen Auftrags neben anderen Kriterien auch soziale Aspekte berücksichtigen können und der Preis wird nicht mehr den einzigen bestimmenden Faktor darstellen. In der "alten" Richtlinie (2004/18/EG) war der Begriff "wirtschaftlich günstigstes Angebot" bereits als Alternative für den niedrigsten Preis eingeführt worden. Die Einführung von sozialen Überlegungen beschränkte sich jedoch hauptsächlich auf die Ausführung eines Auftrags. In der neuen Richtlinie wird das Konzept "wirtschaftlich günstigstes Angebot" viel detaillierter ausgearbeitet und es ist möglich, Qualitätskriterien in die Spezifikationen, die Ausführungsbedingungen und die Zuschlagskriterien aufzunehmen.

Die Aufnahme von Sozialklauseln in öffentliche Aufträge kann öffentliche Auftraggeber und Lieferanten verpflichten, schutzbedürftige Menschen zu schützen, benachteiligte Menschen zu unterstützen, die soziale Wirtschaft zu entwickeln, die Umwelt zu schützen und andere soziale Zielsetzungen und Vorteile für die Gesellschaft zu fördern während der Ausführung des Auftrags als Zuschlagskriterium festzuhalten. Ohne gediegenen Entwurf ist eine solche Politik aber zum Scheitern verurteilt. Deshalb muss die Umsetzung gründlich überwacht werden und müssen Praxismaßnahmen sowohl vor wie nach der Ausschreibung bewertet und kontrolliert werden. Die Initiativen müssen gut vorbereitet sein. Unterdessen haben die Mitgliedstaaten die Vorbereitung der Umsetzung begonnen und einige Initiativen sind vielversprechend. Trotzdem gibt es bereits erste Hinweise auf Mitgliedstaaten, die sich für eine schlichte statt ehrgeizige Umsetzung entscheiden. Dies ist oft auf den Widerstand der öffentlichen Auftraggeber zurückzuführen. Sie bevorzugen einfache Verfahren: Wenn sie das Modell mit dem niedrigsten Preis wählen, riskieren sie weniger Gerichtsverfahren, als wenn sie sich für das wirtschaftlich günstigste Angebot entscheiden.

Diese kann beispielsweise dazu führen, dass Sozialklauseln nicht angewendet werden und, dass der niedrigste Preis letzten Endes als grundsätzliches Zuschlagskriterium den Ausschlag gibt. Die möglichen Anreize, zur Förderung der grünen und sozialen öffentlichen Auftragsvergabe beizutragen, würden dann ausscheiden, auch wenn die gesetzlichen Hindernisse für die Annahme von Sozialkriterien und Kriterien für die Förderung der

² Schulten T., K. Alsos, P. Burgess, K. Pedersen (2012) *Pay and other social clauses in European public procurement*, WSI/HBS, Düsseldorf.

³ 207.000 EUR für alle Dienstleistungsaufträge, alle Wettbewerbe, subventionierte Dienstleistungsaufträge, alle Lieferaufträge, die von Lokalbehörden ausgehen, und 5.816.000 EUR für alle Bauaufträge, alle Konzessionsverträge für öffentliche Arbeiten, subventionierte Bauaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden ausgehen.

Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung in der Theorie beseitigt worden sind. Der Bericht aus Portugal⁴ zeigt beispielsweise, dass die Regierung der Aufnahme von sinnvollen sozialen Überlegungen in den Beschaffungsprozess sehr zurückhaltend gegenübersteht, nur unter Bezugnahme auf die Empfehlung, dass "es jederzeit möglich ist, dass die technischen Spezifikationen so festgelegt werden, dass hinsichtlich der Eigenschaften der zu beziehenden Waren oder durchzuführenden Bauarbeiten die Tatsache berücksichtigt wird, dass auch Personen mit einer Behinderung oder andere Benutzer sie benutzen können müssen." Schlussfolgerung lässt sich deshalb sagen, dass diese Verfahren sehr negativ zu beurteilen sind, insbesondere im Hinblick auf die sozialen Rechte und die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer. Weil er sich auf die wirtschaftlichen Zuschlagskriterien konzentriert, wird der Wirtschaftsteilnehmer während der Ausführung auf die Subunternehmer Druck ausüben, damit sie die veranschlagten Kosten nicht überschreiten. Dies geschieht häufig, indem die Kosten der Sozialeinrichtungen (Überbevölkerung der Schlafplätze, Abwesenheit von Kantinen, usw.), der Sicherheitsausrüstung und der Gesundheitsvorkehrungen auf ein Mindestmaß reduziert werden. Die betroffenen Arbeitnehmer müssen oft selbst ihre eigene Sicherheitsausrüstung kaufen und für die Aufenthaltskosten aufkommen. Der Zuschlag zum niedrigsten Preis bedeutet oft, dass die Subunternehmer unten ganz unten in der Subunternehmungskette die Zeche zahlen müssen. Die Untervergabepraktiken verschärfen sogar noch das Problem wegen der größeren Undurchsichtigkeit und des befristeten Charakters.

Deshalb müssen die Gewerkschaften im heutigen Verfahren zur Umsetzung der neuen EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe unbedingt ihren jeweiligen nationalen Regierung deutlich machen, dass, wenn diese den öffentlichen Auftrag dem niedrigsten Bieter zuschlagen statt die größeren Nutzen für die Dauer des Auftrags und die Vorteile auf lange Sicht, dies letzten Endes viel höhere Kosten für den Staatshaushalt mit sich bringen wird. Entscheidet man sich für den niedrigsten Preis, gefährdet man nicht nur die Qualität der Arbeitsplätze und der Preise, sondern läuft man selbst auch ein viel höheres Risiko des Konkurses des Bieters oder seiner Unterauftragnehmer, was zu hohen zusätzlichen Kosten führt. Dänische Gewerkschaften untersuchten beispielsweise vor Kurzem die vermeintlichen Kosteneinsparungen von 15% bis zu 20% dank der Auslagerung von lokalen Pflegedienstleistungen. Die Gewerkschaften entdecken, dass dieser Unterschied nur möglich war, indem Personal mit geringerem Bildungsniveau und Teilzeitbeschäftigte beschäftigt wurden, denen keine Überstunden ausbezahlt wurden. Einsparungen auf dem Rücken der Arbeitnehmer und eine niedrigere Pflegequalität brachten offenbar nur eine fiktive Einsparung mit sich.

Der Bericht aus Irland⁵ zeigt, die irischen Vorschriften für öffentliche Vergaben im Hinblick auf die Einhaltung der Arbeitsstandards den Bieter und den öffentlichen Auftraggebern auch nur sehr wenige Pflichten auferlegen. Hier spielen ministerielle Anweisungen, Mechanismen der "soft law" (Rundschreiben, Empfehlungen usw.) und administrativer Ermessensspielraum eine wichtige Rolle. Es fehlen offenbar systematische Angaben über das Ausmaß, in dem die Musterklauseln benutzt und - viel wichtiger noch - durchgesetzt werden. Einhaltungsklauseln haben einen vertraglichen (statt gesetzlichen) Charakter. Jede darauffolgende Strafe wegen Vertragsbruch muss deshalb vertraglich vorgesehen werden (und wird auch den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts unterstellt, einschließlich der Auslegung und, wenn notwendig, des Urteils der Gerichte). Auch hier gibt es offenbar einen Mangel an zuverlässigen Informationen darüber, ob solche Vertragsstrafen (in der Regel) vorgesehen bzw. verhängt werden.

Dies wird durch die Statistiken der irischen Gewerbeaufsicht (NERA) bestätigt. Diese belegen, dass es mit der Einhaltung von Vereinbarungen auf öffentlichen Baustellen signifikante und anhaltende Probleme gibt. Während der ersten Jahreshälfte 2010 führte NERA beispielsweise 191 Inspektionen im Bausektor durch und

⁴ Bericht eingereicht von Bruno Monteiro Instituto de Sociologia, Universidade do Porto.

⁵ Bericht eingereicht von Prof. Michael Doherty, Maynooth University Department of Law, Maynooth University, County Kildare, Irland.

stellte sie fest, dass die Arbeitsgesetzgebung nur 43% der Fälle eingehalten wurde.⁶ Öffentliche Auftraggeber betrachten dies angeblich wie eine "Ergänzungsübung" und strengen sich nicht wirklich zugunsten einer besseren Handhabung an.⁷ Das Problem ist offenbar weit verbreitet, aber im Bausektor besonders akut.

Erstens vertraten die Informanten die Meinung, dass sich die öffentlichen Behörden während der Vergabephase fast ausschließlich für den Preis interessieren und nicht wirklich prüfen, wie der Bieter seine aus der Arbeitsgesetzgebung hervorgehenden Pflichten erfüllen wird. Wegen des harten Wirtschaftsklimas hat das Problem in den letzten Jahren nur zugenommen.

Zweitens, weil die Musterklauseln über die Arbeitsgesetzgebung vertraglicher Art sind, stehen bestimmte öffentliche Auftraggeber offenbar sehr zurückhaltend Klauseln gegenüber, die eine Aussetzung der Zahlungen androhen, weil sie befürchten, in kostspielige Gerichtsverfahren verwickelt werden zu können.

Drittens gibt es einige allgemeine Probleme mit der Durchsetzung. Die Handhabungsbehörden sind weitgehend von den erhaltenen Informationen in Fällen der vermutlichen Nichteinhaltung abhängig. Deshalb spielen die Gewerkschaften überall, wo auch immer sie anwesend sind, eine wichtige Rolle um sicherzustellen, dass Maßnahmen aufrechterhalten werden. Der gewerkschaftliche Organisationsgrad nimmt in den vergangenen Jahren in Irland genauso wie in den meisten EU-Mitgliedstaaten ab und in anderen Sektoren sind die Gewerkschaften nur begrenzt (wenn überhaupt) anwesend. Die geringere Fähigkeit der Gewerkschaften, um ihre traditionelle Rolle von "Polizist" zu spielen, ist eine zusätzliche Belastung für die Ressourcen der Durchsetzungsbehörden. Für die öffentlichen Behörden ist die Durchführung einer Untersuchung gegen einen ausländischen Dienstleistungserbringer - ganz sicher, wenn dieser nur während einer bestimmten Zeit im Hoheitsgebiet tätig ist - logistisch schwierig und beansprucht sie sehr viele Ressourcen. Auch wenn eine Beschwerde berechtigt erscheint, bleibt es problematisch, Sanktionen gegen im Ausland ansässige Unternehmen zu verhängen.

Obwohl man in Irland in der Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen Klausel in Bezug auf die Einhaltung der Arbeitsgesetzgebung in die öffentlichen Aufträge aufnimmt, sei noch dahingestellt, inwieweit diese effizient zur Durchsetzung der Arbeitsnormen beitragen.

Die Frage ist also, ob die neuen Vorschriften die Integration von Sozialklauseln in Verträge über öffentliche Aufträge und die Maximierung der sozialen Vorteile und Wertes im Vergabeverfahren gewährleisten können. Nach Ansicht des EGB enthält die Richtlinie verschiedene positive Dimensionen:

- Sie bietet eine starke Plattform zur Erzwingung wichtiger Forderungen wie der Einhaltung der Tarifverträge, Arbeits- und Entlohnungsbedingungen, der Einhaltung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzwerkzeuge, der Ausbildung der Arbeitnehmer und der für Lehrlinge und anderer sozialen Kriterien.
- Sie erweitert die Möglichkeit um Nachhaltigkeitskriterien und sonstige sozialpolitischen Aspekte zu integrieren.
- Sie kann der Tatsache ein Ende bereiten, dass man sich vom billigsten Angebot blendet lässt, denn dieses Kriterium wurde deutlich abgebaut.

⁶ Die Zahlen beziehen sich nicht ausschließlich auf öffentliche Baustellen, aber laut dem Vertreter von NERA wurde der Großteil der Inspektionen auf solchen Baustellen durchgeführt:

<http://www.employmentrights.ie/en/media/NERA%20Quarterly%20Update%20-%20June%202010.pdf>.

⁷ Die Richtlinien für öffentliche Auftraggeber, die auf der Webseite für nationale öffentliche Ausschreibungen veröffentlicht sind, verweisen tatsächlich nirgendwo auf die Einhaltung der Arbeitsgesetzgebung:

<http://www.procurement.ie/sites/default/files/Public-Procurement-Checklist.pdf>.

- Sie ermöglicht eine künftige öffentliche Beschaffungspolitik, die zur Verwendung öffentlicher Mittel zur Förderung des sozialen Zusammenhalts und der wirtschaftlichen Entwicklung, der qualitätsvollen Beschäftigung und qualitätsvoller Dienstleistungen, Waren und Bauarbeiten beiträgt.⁸
- Sie ist ein Versuch, um die Transparenz in der Zulieferkette zu verbessern.
- Sie stellt ein Mittel zur Bekämpfung des sozialen Dumpings dar.

Die Richtlinie legt Ziele in Bezug auf soziale Belange fest. Viel hängt aber von der Umsetzung in nationale Gesetzgebung ab. Man sollte ernsthaft über die Definition und die Gewährleistung bzw. Förderung sozialer Überlegungen⁹ nachdenken, aber auch wie die Überwachung der Anwendung und Einhaltung der Mindestlöhne verbessert werden kann.

3.1. Möglichkeiten für soziale Überlegungen

Die Europäische Kommission versuchte schon im Jahr 2011 zu verdeutlichen, wie soziale Aspekte in öffentliche Aufträge eingebracht werden können, als sie einen Leitfaden über sozial verantwortete öffentliche Ausschreibungen veröffentlichte.¹⁰ Der Leitfaden ist ein Werkzeug, der den Behörden zu helfen, auf soziale verantwortete Weise und im Einklang mit den EU-Vorschriften Waren und Dienstleistungen zu kaufen. Er deutet auch hin auf den Beitrag, die die öffentlichen Auftraggeber zur Förderung einer stärkeren sozialen Eingliederung leisten können. Der Titel mag vielversprechend sein, allerdings sind die guten Absicht der Europäischen Kommission "um den Markt in einer sozial verantwortlicheren Richtung zu lenken und auf diese Weise allgemein zur nachhaltigen Entwicklung beizutragen" weiterhin eingezwängt, weil sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen und weiterhin dem Dogma des Wettbewerbs - also auch des Lohnwettbewerbs - zwischen den Mitgliedstaaten unterliegen und auf diese Weise die Anwendbarkeit von Tarifverträgen einschränkt.

Deshalb will Art. 18 Absatz 2 der neuen Richtlinie die Einhaltung der Arbeitsbedingungen garantieren, die entweder gesetzlich oder kraft Tarifverträgen am Arbeitsplatz gelten. Wenn all dieses gut umgesetzt, müssten die neuen Vorschriften gewährleisten, dass die Tarifverträge bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren im Endeffekt am Arbeitsplatz angewendet werden. Die verpflichtete Gewährleistung, dass Wirtschaftsteilnehmer die geltenden Arbeitsbedingungen einhalten, liegt bei den Mitgliedstaaten, nicht bei den vergebenden lokalen, regionalen oder nationalen öffentlichen Behörden. Der Übergang vom fast "obligatorischen" Zuschlag an den günstigsten Bieter zur optionalen Aufnahme von Sozialklauseln in das Vergabeverfahren bildet auch eine Herausforderung für die Gewerkschaften und die NRO haben, die sich für eine Ausweitung der Vergabevorschriften eingesetzt haben. Jetzt ist es ihre Aufgabe, in Tuchfühlung zu bleiben. Lokale, regionale und nationale Behörden können sich nicht länger hinter dem Dogma des günstigsten Angebots verstecken.

Die Beschäftigung entsandter Arbeitnehmer im Rahmen eines öffentlichen Auftrags kann - je nach der nationalen Umsetzung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern - Auswirkungen auf die Art der Tarifverträge haben, die einem Unternehmen auferlegt werden können. Ein öffentlicher Auftrag, bei dem keine

⁸ Anhang 14 enthält eine Liste von "sozialen und sonstigen Dienstleistungen" mit einem Wert über 750.000 Euro. Die Richtlinie sieht für diese Dienstleistungen eine "Sonderregelung" vor.

⁹ New EU framework on public procurement – ETUC key points for the transposition of Directive 2014/24/EU, EGB, Brüssel, Oktober 2014.

¹⁰ Europäische Kommission (2011), *Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen*, Brüssel.

entsandten Arbeitnehmer im Einsatz sind, muss auf jeden Fall mit dem gesamten Arbeitsrecht und den Tarifverträgen, die am Arbeitsplatz gelten, ausgeführt werden.

Die Frage ist auch, welche sozialen Überlegungen angesprochen werden müssen. In allen Phasen der Ausschreibung oder gibt es auch Elemente die sich dem Ganzen entziehen, beispielsweise die technischen Spezifikationen oder die Ausschreibungsbedingungen? Die Richtlinie verweist in diesem Stadium nicht auf Art. 18 Absatz 2. Eine öffentliche Behörde kann immer noch die Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen versichern, indem sie Bedingungen für die Ausführung der öffentlichen Aufträge vorschreiben. Weil Art. 18 Absatz 2 eindeutig eine Verpflichtung beinhaltet und die entsprechende Einhaltung in den verschiedenen Stufen des Vergabeverfahrens geprüft werden muss, wäre es sinnvoll, dass die Umsetzungsvorschriften auch einen Verweis auf die verpflichteten sozialen Überlegungen in den technischen Spezifikationen enthalten, denn die Nicht-Einhaltung einer technischen Spezifikation ist ein Kriterium für die Nichtberücksichtigung. Der Bieter kann diesen Fehler nicht mehr rückgängig machen, indem er "Süßigkeiten" - beispielsweise ein längere Garantiefrist - anbietet.

Die Ausführungsbedingungen können insbesondere mit sozialen Überlegungen in Verbindung stehen, ohne dass diese Gegenstand des Auftrags sind. Gemäß Erwägungsgrund 99 können sie unter anderem Berufsbildung vor Ort oder die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vorrangig machen. Ein anderes wichtiges Kriterium ist die Qualität des Personals, einschließlich seiner Organisation, Qualifikation und Erfahrung, weil die Qualität des Personals die Qualität der Auftragsausführung beeinflussen kann (Art. 62 Absatz 2 Buchstabe b und Erwägungsgrund 94). Dies kann beispielsweise die Pflicht beinhalten, um während der Auftragsausführung Bildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche bereitzustellen oder im Wesentlichen die grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) einzuhalten. Praktika oder Lehren sind ein wichtiges Instrument, um die Ziele der Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu erreichen. Sie versichern ja die angemessene Ausbildung junger Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeitsqualität, der technische Fähigkeiten, der Arbeitsstandards und der Risikoprävention. Deshalb sollte dies ein wichtiger Aspekt bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags sein, denn nur, wenn so kann die wichtige sozialpolitische Rolle erfüllt werden, die darin besteht, ausreichend geeignete Arbeitsplätze für die junge Generation bereitzustellen. Diese Möglichkeit bestand immer schon bei allen öffentlichen Ausschreibungen, wird jetzt aber in der neuen Richtlinie dank der Einführung des "besten Preis-Leistungs-Verhältnisses" verstärkt. Die öffentlichen Auftraggeber sollten ermutigt werden, Vergabekriterien zu wählen, mit denen sie qualitätsvolle Bauaufträge, Lieferungen und Dienstleistungen erwerben oder beziehen können (Erwägungsgrund 92), einschließlich der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Personals. Angesichts der inakzeptabel hohen Arbeitslosigkeit in der EU - vor allem unter den jungen Menschen - spielt die öffentliche Vergabepolitik eine entscheidende Rolle um diejenigen Wirtschaftsteilnehmer zu unterstützen, die Praktika bzw. Lehrstellen anbieten. Für diese Möglichkeit entschied man sich beispielsweise in Norwegen und Österreich, wo das Angebot von Praktika bzw. Lehren im sich bewerbenden Unternehmen ein Zuschlagskriterium bzw. eine Bedingung für die Auftragsausführung bei der Auswahl des besten Angebots.

Die guten Beispiele dürfen uns jedoch nicht vom Problem ablenken, wie die Einhaltung dieser gesetzlichen Verpflichtungen überprüft werden muss und wie die öffentlichen Auftraggeber dies alles kontrollieren werden. Dass dies nicht unmöglich ist, beweist eine andere bewährte Praktik aus Österreich, wo das "Lohn- und Antidumpinggesetz" verabschiedet wurde. Dieses Gesetz baut Kontrollrechte auf den Baustellen ein, verbindet verschiedene beteiligte Behörden miteinander, erweitert die Informationen an Arbeitnehmer über Verletzungen von Tarifverträgen und sieht erhebliche Strafen vor.

Schließlich wurde der neue Begriff "Lebenszykluskostenrechnung" (Art. 68) in der Richtlinie eingeführt. Im Baugewerbe war das Konzept Lebenszyklus - von der Wiege bis zur Bahre oder vom Zeichenbrett bis zur Umsetzung - immer stark verknüpft mit Sicherheit und Gesundheitsschutz (sowohl auf der Baustelle wie in Bezug

auf die Produkte) für alle Benutzer (die Arbeitnehmer in der gesamten Produktionskette, das Publikum und den Endkunden). Obwohl das Konzept der "Lebenszykluskostenrechnung" vielleicht nicht für den Sozialschutz und die Förderung angemessener Löhne verwendet werden kann, könnte der Aspekt der Gesundheit der Arbeitnehmer aber wohl ein Handlungsfeld für die Gewerkschaften darstellen.

3.2. Gütezeichen und Zertifizierung

Gütesiegel sind ein Gütezeichen oder ein Entwurf von Authentifizierung, auf Grund dessen der Verbraucher prüfen kann, ob ein Produkt oder eine Dienstleistung bestimmte Qualitätskriterien erfüllt. Dieser Aspekt könnte für die Gewerkschaften wichtig sein, je nachdem die sozialen Kriterien im Markt Akzeptanz finden (z. B. eco-bau, Design für Alle). Er unterscheidet sich einerseits von der sozialen Verantwortung der Unternehmen, die eine freiwillige Selbstverpflichtung von Unternehmen ist, in ihrem Verhalten soziale Belange zu berücksichtigen, und andererseits ein gesellschaftliches Statement, welches eine Momentaufnahme der Tätigkeiten auf dem Gebiet der nachhaltigen Entwicklung eines Unternehmens ist. In seinem "Max Havelaar"-Urteil entschied der EuGH, dass ein öffentlicher Beschaffer nicht auf spezifische Gütezeichen verweisen darf, um einige Zusatzpunkte zu erteilen bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Der EuGH bestätigte seine Doktrin des Auftragsgegenstands. Deshalb kann dieses Konzept nicht in die Spezifikationskriterien im Hinblick auf den Produktionszyklus (eine bestimmte Verpackungsart, zum Beispiel) aufgenommen werden. Es wäre nützlich im Handel, steht aber in Verbindung zum Auftragsgegenstand. Art. 43 der Richtlinie bietet übrigens die Möglichkeit eines alternativen Systems, wobei bestimmte Gütezeichenanforderungen festgehalten werden um nachzuweisen, dass die betroffenen Dienstleistungen oder Lieferungen den erforderlichen sozialen Merkmalen entsprechen. Auf diese Weise hat der europäische Gesetzgeber den engen Rahmen des EuGH rückgängig gemacht. Die Gütezeichen müssen sich allerdings auf Kriterien beziehen, die in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, das Gütezeichen muss in einem offenen und transparenten Verfahren festgelegt werden, an dem alle Akteure sich beteiligen können, und das Gütezeichen muss von einer Drittpartei festgelegt werden. Obwohl die Kodifikation der Abnahmekriterien von sozialen Gütezeichen grundsätzlich nur zu begrüßen ist, wird sich deren Anwendung als schwierig erweisen, weil die Bedingungen streng sind und ihre Anwendung optional.

Zertifikate sind sicherlich eine Möglichkeit, bereits im Vorfeld die Kontrollmöglichkeiten einzubauen und die Qualitätsstandards im Bausektor abzusichern. Man muss aber gut zusehen auf wen diese Standards definiert. Darf der Sektor, der reguliert werden muss, so etwas selbst tun? Wenn es dazu kommt, ist es selbstverständlich, dass die Vorschriften im Bereich der Gesundheits-, Berufs- und Sicherheitsschutzmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer sicherlich nicht ausreichen werden, sondern dass man versuchen wird, die Ausgaben heruntergespielt werden, indem die geforderten Standards auf ein Mindestmaß reduziert werden. Werden die Standards von einer öffentlichen Instanz festgelegt und sind die Gewerkschaften oder Arbeitnehmervertreter am Verfahren zur Festlegung von Zertifikaten beteiligt, dann können sie eine wichtige Rolle spielen und ein "Werkzeug" im Spezifizierungs- und Zuschlagsverfahren einerseits und in Bezug auf die Bedingungen für die Auftragsausführung andererseits sein. Dazu gehören auch die Aufstellung von Listen von Unternehmen, die die besonderen und von der zuständigen Behörde vorgeschriebenen Qualitätskriterien erfüllen, sowie das Mittel der sozialen Ausweise. Diese bilden gemeinsam "ein Hilfsmittel für die Zertifizierung individueller Arbeitnehmer, das sichtbare und sicher gespeicherte elektronische Daten enthält zum Nachweis, dass der Arbeitgeber des Arbeitnehmers und/oder der Arbeitnehmer selbst spezifische soziale und/oder sonstige (beispielsweise

angesichts der beruflichen Qualifikationen, der Berufs-/Sicherheits-/Gesundheitsschutzausbildung, des Sozialschutzes/der Sicherheitsthemen, usw. vorausgesetzte) Bedingungen erfüllt hat".¹¹

3.3. Richtlinien – Außergesetzliche Bestimmungen

Obwohl anscheinend außergesetzliche Vorschriften auf den ersten Blick kein Mittel sind, um "qualitativ bessere" Vergaben herbeizuführen, können sie trotzdem einen Anfang darstellen und schließlich zur Anordnung verbindlicher Regeln beitragen. Oft haben Vereinbarungen (z. B. die sogenannten "Sozialklauseln" in Tarifverträgen in Finnland oder den Niederlanden, oder "Towards 2016" in Irland) zwischen Gewerkschaften und Unternehmen in einem bestimmten Sektor zum Zweck, die Qualität der Ausbildung und der Sicherheit auf der Baustelle zu verbessern und werden sie anschließend auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ausgedehnt. Wenn große öffentlicher Beschaffer ihren Dienststellen außerdem anweisen, bestimmte soziale Kriterien zu berücksichtigen, zeigt das "Naming-and-Shaming" (Anprangern) erhebliche Wirkung.

Bei öffentlichen Ausschreibungen können auf diese Weise von den Behörden und den Unternehmen ausgearbeitete Richtlinien einen Anfang bilden dort, wo die föderale Struktur oder das Fehlen einer zentralen Beschaffungsstelle keine verbindlichen gesetzgeberischen Maßnahmen erlauben. In diesem Fall können Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern einen spezifischen Halt bieten und kann die Nichteinhaltung zwei Folgen haben:

1. Die Rechtfertigungsnotwendigkeit: wenn der Ausführer eines öffentlichen Auftrags die Qualitätsrichtlinien nicht anwendet, muss er begründen, warum er dies unterlässt.
2. Naming-and-Shaming: Die Gewerkschaften können die Abweichung von den in Richtlinien festgelegten Qualitätsstandards veröffentlichen und eine weiße und schwarze Liste derjenigen Unternehmer erstellen, diese Richtlinien wohl bzw. nicht einhalten.

3.4. Ausschluss von BieterInnen die nicht die geltenden Arbeitsbedingungen anwenden

In Art. 56 der Richtlinie steht, dass die öffentlichen Auftraggeber entscheiden können, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 genügt. Man kann daher schlussfolgern, dass die revidierte Richtlinie es den einzelnen EU-Mitgliedstaaten ermöglicht, Pflichtgründe für den Ausschluss von BieterInnen von öffentlichen Vergabe festzuhalten, unter anderem wenn ein Bieter gegen die Arbeitsgesetze (zusätzlich zu den Steuervorschriften) verstößt. Auf Grund dieser Änderungen können öffentliche Instanzen tatsächlich Unternehmen auf eine schwarze Liste setzen und verhindern, dass diese an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen. Das Wort "können" im Art. 56 statt "müssen" widerspricht eindeutig dem Geist des Art. 18 Absatz 2, der eindeutig eine Verpflichtung beinhaltet. Hoffentlich können die Umsetzungsgesetze helfen, um deutlich zu machen, dass die öffentlichen Behörden in dieser Hinsicht keine Wahl haben: einem Bieter, der die geltende Arbeitsgesetzgebung oder die geltenden Tarifverträge am Arbeitsplatz nicht einhält, kann ein öffentlicher Auftrag nicht zugeschlagen werden. Außerdem verpflichtet der Art. 18 Absatz 2 die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Diese müssen geeignete Durchsetzungsmaßnahmen umfassen, die die wirksame Anwendung von Art. 18 Absatz 2 versichern. In diesem Zusammenhang gibt der

¹¹ Soziale Ausweise im europäischen Bausektor, Januar 2015, EFBH, Abschlussbericht.

Erwägungsgrund 39 mehr Aufklärung: Die diesbezüglichen Verpflichtungen könnten sich in Auftragserfüllungsklauseln widerspiegeln. Ferner sollte es möglich sein, Klauseln zur Sicherstellung der Einhaltung von Tarifverträgen in öffentliche Aufträge aufzunehmen. Die Nichteinhaltung der einschlägigen Verpflichtungen könnte als schwere Verfehlung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers betrachtet werden, die dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann.

Die Ausschlussgründe werden in Art. 57 weiter definiert: Vergebende Behörden dürfen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber mit jedem geeigneten Mittel vor oder nach dem Vergabeverfahren nachweisen kann, dass der Unternehmer gegen Art. 18 Absatz 2 verstößt. Außerdem müssen die Mitgliedstaaten den Zeitraum bestimmen, innerhalb dessen der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen gilt. Wird die Ausschlussfrist nicht kraft eines Urteils oder auf andere Weise festgelegt, darf der Ausschluss nicht mehr als drei Jahre ab dem Tag der Zuwiderhandlung dauern.

Deshalb müssen die in Art. 18 Absatz 2 festgelegten Kriterien als ebenso wichtig wie die Leitprinzipien des Vergaberechts - Transparenz, Gleichheit und Angemessenheit - angesehen werden.

Art. 59 führt ein vereinfachtes Verfahren ein: die Verwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung, in Form einer aktualisierten Eigenerklärung des Unternehmers als vorläufiger Nachweis. Es ist von grösster Bedeutung, dass bei der Umsetzung dieser Bestimmung Aufmerksamkeit gewidmet wird. Diese Dokumente lassen sich ziemlich einfach missbrauchen und es ist absolut notwendig, dass die öffentliche Behörde oder eine vertrauenswürdige dritte Partei alles angemessenen prüft. Daher wäre es vernünftig, eine gesetzliche Verpflichtung zur eingehenden Überprüfung des Wirtschaftsteilnehmers aufzunehmen.

Eine der wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit dem Ausschluss sind die erforderlichen Nachweise. Ist es beispielsweise gerechtfertigt, dass Unternehmen signifikante oder anhaltende Mängel bei der Durchführung vorangehender öffentlicher Aufträge aufwiesen oder wenn derartige Mängel zur vorzeitigen Beendigung eines Vertrags, Schäden oder anderen Sanktionen geführt haben? Und muss dieser Nachweis unbedingt auf Erfahrungen im eigenen Hoheitsgebiet basieren oder reichen Missbräuche bei grenzüberschreitender Einstellung und Verstößen in anderen Ländern aus? Kann Deutschland beispielsweise einen Bieter ausschließlich auf der Basis eines negativen Berichts der luxemburgischen Gewerbeaufsicht ausschließen? Kann ein Unternehmen, das in Frankreich wegen Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen von den Gewerkschaften gerichtlich belangt wurde, auf Grund des französischen Urteils in Belgien ausgeschlossen werden?¹² Es ist also eindeutig notwendig, die Art der Mängel, die erforderlichen Beweise und die Befugnisse der öffentlichen Behörden zu definieren. Man sollte erwägen, eine gesetzliche Unterrichtungspflicht für den Wirtschaftsteilnehmer einführen um zu prüfen, ob der Bieter gegen die soziale Sicherheit, die Gesetzgebung über Sozialdumping oder andere Gesetze verstoßen hat, wenn entsprechende relevante Datenbanken in den Mitgliedstaaten existieren.

¹² Ein berüchtigtes Beispiel ist Atlanco-Rimec. Dieser Subunternehmer war Gegenstand verschiedener gerichtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen. Können diese im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten verhängten Sanktionen für den Ausschluss des betroffenen Unternehmens benutzt werden? (siehe auch den Teil des Leitfadens über bewährte Praktiken).

3.5. Niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot

Den niedrigsten Preis zum Hauptzuschlagskriterium machen wäre sicherlich nicht so problematisch, wenn die Spezifikationen und Vertragsbedingungen schon würden die Aspekte Arbeit, Sicherheit und Gesundheit beinhalten würden. Denn wenn man diese Aspekte bereits unter den Spezifikationen definiert, stehen sie nicht in Verbindung mit Vertragsgegenstand, sondern mit dem bietenden Wirtschaftsteilnehmer. Wenn sie außerdem nicht erfüllt sind, bilden sie vorgeschriebene Gründe für den Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren. Gemäß Art. 57 können Wirtschaftsteilnehmer auch ausgeschlossen werden, wenn sie gegen Bestimmung international oder national anerkannter Sozialstandards verstoßen haben. Außerdem kann eine Verpflichtungserklärung, wonach der Bieter die Kernarbeitsnormen der ILO einhalten wird, als eine Voraussetzung für die Vertragsausführung verlangt werden.

Die Richtlinie ebnet aber auch den Weg für die obligatorische Anwendung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. In diesem Zusammenhang führt sie das Konzept des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ein (Art. 67 Absatz 2). Dieses Konzept wird als zwingender Begriff dafür benutzt, welches Angebot die vergebende Behörde als bestes aller Bieter berücksichtigt. Eines der Zeile der von der Europäischen Kommission angekündigten Revision war es, einerseits ein Gleichgewicht zwischen den sozialen und ökologischen Bedürfnisse herbeizuführen und andererseits Hindernisse für die Eröffnung des Binnenmarkts zu vermeiden. Aus dem zweiten Grund hat die Europäische Kommission leider kein eigenes Kapitel über die sozialen Pflichtklauseln aufgenommen, sodass der Zuschlag eines öffentlichen Auftrags einzige und alleine auf der Grundlage einer Bewertung des Preises nicht ausgeschlossen werden kann. Dies sollte die Gewerkschaften aber nicht davon abhalten, zu fordern, dass solche Klauseln in die nationale Gesetzgebung aufgenommen werden, weil das Kostenkriterium nur zu einem Abwärtsdruck auf die Arbeitsbedingungen und die Qualität der Dienstleistung führt. Auch wenn die öffentlichen Auftraggeber zwangsweise den Preis oder die Kosten (Art. 67) beurteilen müssen, dürfen sie trotzdem auch ein Preis-Leistungs-Verhältnis berücksichtigen, das zusätzliche Qualitätskriterien - wie in Artikel 67 Absatz 2 angegeben - beinhaltet. Die Erwägungsgründe 97 und 99 der Richtlinie verdeutlichen den Anwendungsbereich von Art. 67 folgendermaßen: "Im Hinblick auf eine bessere Einbeziehung sozialer und ökologischer Überlegungen in die Vergabeverfahren sollte es den öffentlichen Auftraggebern darüber hinaus gestattet sein, von Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung [...] Gebrauch zu machen, einschließlich von Faktoren, die mit dem spezifischen Prozess der Herstellung [...], Lieferungen oder Dienstleistungen [...] und den damit verbundenen Bedingungen [...]." Diese können umfassen: "[Maßnahmen] zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte [...]" und "[...] Derartige Kriterien oder Bedingungen können sich unter anderem auf die [...] Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für [...] Jugendliche [...] beziehen".

Es obliegt also den Mitgliedstaaten, zu entscheiden über die Einführung der obligatorischen Anwendung des Grundsatzes des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Vergabeverfahren und welche soziale Kriterien sie anwenden. Im nationalen Umsetzungsverfahren können die Mitgliedstaaten geneigt sein, eine optionale Anwendung des Prinzips des wirtschaftlich günstigsten Angebots mit der Begründung vorzusehen, dass dies Preissteigerungen mit sich bringen könnte. Gegen diese Argumentation wird in der neuen Bestimmung in Artikel 67 Absatz 3 die Möglichkeit verbindlicher Bestimmungen in sektorspezifischen Rechtsvorschriften geboten. Über diese Option wird in Österreich diskutiert, und zwar um ein branchenspezifisches wirtschaftlich günstigstes Angebot im Bausektor aufzuerlegen. In diesem Zusammenhang darf man nicht vergessen, dass die Einhaltung der am Arbeitsplatz geltenden Arbeitsgesetze und Tarifverträge nicht als Kriterium betrachtet werden dürfen, das ein Element eines besten Preis-Leistungs-Verhältnisses darstellt. Es ist nur eine alleinstehende Verpflichtung.

3.6. Ungewöhnlich niedrige Angebote

Erfahrungen belegen, dass in einem grenzüberschreitenden Rahmen mindestens einige Unternehmen (und Arbeitnehmer) bereit sind, Arbeiten zu weit unter den nationalen Standards liegenden Löhnen und Arbeitsbedingungen auszuführen, insbesondere im Baugewerbe, in der Landwirtschaft, dem Reinigungssektor und anderen Dienstleistungssektoren.¹³ Diese kann unter dem Vorwand des "freien Dienstleistungsverkehrs" zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten bei öffentlichen Ausschreibungen führen. Verschiedene Länder haben versucht, gegen dieses Problem anzugehen.

In der Richtlinie aus dem Jahr 2004 stand der Hinweis, dass eine vergebende Behörde aus verschiedenen Gründen eine Erklärung für ein "ungewöhnlich niedriges" Angebot verlangen kann, unter anderem, die Angabe, dass die Bieter [...] den Verpflichtungen hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben, die dort gelten, wo die Bauarbeiten auszuführen sind. Um die Geltendmachung von Lohn- und sonstigen Sozialklauseln zu verbessern, enthalten die meisten deutschen Landesgesetze über öffentliche Ausschreibungen Detailbestimmungen über diese Rechte und manchmal sogar die Verpflichtung zur Prüfung der am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen durch die vergebenden Behörden, insbesondere bei einem "ungewöhnlich niedrigen Angebot", meist als Angebot definiert, das mindestens 10% niedriger als das zweitniedrigste Angebot ist.¹⁴

In manchen Ländern sieht die allgemeine Beschaffungspolitik vor, dass die Arbeitsbedingungen nur bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten kontrolliert werden, insbesondere in Ländern, die die IAO-Übereinkommen nicht ratifiziert haben. In solchen Fällen enthalten die Beschaffungsregeln nur einen sehr allgemeinen Hinweis für die Fälle, in denen die Arbeitsbedingungen teilnehmender Unternehmen bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot untersucht werden müssen.¹⁵ Im Laufe der Jahre haben jedoch immer noch zu viele öffentliche Instanzen sich für die niedrigsten Kosten entschieden und entscheiden sie sich immer noch dafür und kümmerten sie sich kaum um soziale Vergabekriterien, nicht zuletzt wegen ihrer finanziellen Engpässe, sondern auch wegen des schwerfälligen Verfahrens und des Personalmangels.

Wird diese Situation auf Grund der neuen Vorschriften besser? Der Wortlaut in der Richtlinie sieht einen Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten vor, die sich auf die Einhaltung der in Art. 18 Absatz 2 festgeschriebenen Pflichten oder auf die in Art. 71 (Vergabe von Unteraufträgen) festgeschriebenen Pflichten beziehen können. Erstens muss die Frage beantwortet werden, inwieweit die vergebende Behörde verpflichtet ist, bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten die Arbeitsbedingungen zu überprüfen. Art. 69 schreibt an und für sich vor, dass die vergebende Behörde den Wirtschaftsteilnehmer verpflichten muss, die in seinem Angebot vorgeschlagenen Preis oder Kosten zu erläutern, bevor sie das Angebot ablehnt. Wie der EGB zu Recht erläutert hat, sind die öffentlichen Behörden nicht verpflichtet, eine Erläuterung zu verlangen, die insbesondere mit der Einhaltung von Art. 18 Absatz 2 in Verbindung steht. Nach Ansicht des EGB ist dies eine Lücke in der Richtlinie und muss sie in der Umsetzungsgesetzgebung entfernt werden. Bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten müssen die öffentlichen Behörden systematisch eine Erläuterung über die Einhaltung von Art. 12 Absatz 2 verlangen (EGB, 2014). Art. 69 verweist auch auf die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten mittels eines Informationsaustausches. Was die Arbeitsbedingungen betrifft, scheint diese Zusammenarbeit jedoch zu

¹³ Cremers J. (2011), *In search of cheap labour in Europe*, CLR/International Books, Brüssel/Utrecht.

¹⁴ Siehe Schulten et al. (2012).

¹⁵ Das estnische Gesetz über öffentliche Ausschreibungen vom Jahr 2007 besagt, dass "wenn die vergebende Behörde feststellt, dass der Wert eines Angebots ungewöhnlich niedrig ist, die vergebende Behörde Informationen über die am Ort der Auftragsausführung geltenden Vorschriften für den Schutz der Arbeitnehmer und die Arbeitsbedingungen verlangen muss" (zitiert in Schulten et al., 2012). Das Vereinigte Königreich, Lettland und Litauen haben ähnliche Bestimmungen.

beschränken auf die zu Entsendung und bietet sie keine Antwort auf die Fragen im Zusammenhang mit allgemeinen Erfahrungen mit Verstößen wie im Kapitel 3 erwähnt.

3.7. Vergabe von Unteraufträgen und Auslagerung von Arbeitnehmern – Entsendung, Zeitarbeitsbüros und andere Auslagerungsmethoden

In den letzten Jahrzehnten wurden genug Beweise gesammelt um zum Schluss zu kommen, dass die Inanspruchnahme von Subunternehmungsketten die häufigste Methode für die Umgehung der geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsgesetzgebung ist. Marc Tarabella, Berichterstatter des Europäischen Parlaments, erfand den Begriff "sozial dauerhafter Produktionsprozess" und definierte ihn als einen Prozess, der die Sicherheit und den Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer respektiert und die Sozialstandards einhält. Er hat daher vorgeschlagen, die stufenweise Subunternehmung zu beschränken, indem eine Schwelle von drei aufeinander folgenden Unterauftragnehmern festgehalten wird und die gesamte Subunternehmungskette für die Einhaltung der Grundrechte, der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer und der aktuelle Arbeitsgesetze haftet. In diesem Sinne wurden einige Fortschritte erzielt, auch wenn die neue Richtlinie keine verbindlichen Schwellenwerte enthält.

De Mitgliedstaaten werden gebeten, den neuen Spielraum zu benutzen und geeignete Maßnahmen zu treffen um möglichst die Einhaltung der Sozialstandards zu kontrollieren. Art. 71 verweist auf die Einhaltung der Bestimmungen aus dem Art. 18 Absatz 2 im Falle der Subunternehmung. Die genannten Verpflichtungen gelten auch für Subunternehmer. Die unklare Formulierung dieses Artikels wurde schon oft beanstandet. Auf den ersten Blick etablieren die neuen Regeln den Grundsatz der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Allerdings scheint sich dieser auf die einheimischen Arbeitnehmer zu beschränken. Es ist nicht klar, was eingehalten werden muss, wenn die Unternehmen entsandte Arbeitnehmer beschäftigen. Wenn man sich auf den EuGH verlässt für eine Situation, die vom Gesetzgeber nicht in klarer und transparenter Weise geregelt worden ist, verspricht das nichts Gutes. In früheren Urteilen (Rüffert) entschied der EuGH, dass, wenn eine Behörde ein Lohnniveau auferlegt, das zwar tarifvertraglich festgeschrieben, aber nicht für allgemein verbindlich erklärt worden ist, dies gegen die Entsenderichtlinie und den Vertrag verstößt. Laut EuGH ist eine solche Verpflichtung ein "Hindernis" für die Dienstleistungsfreiheit. Der EGB schlussfolgert mit Recht: Würde man die Auslegung der Richtlinie 96/71/EG durch den EuGH streng anwenden, könnte man gleichsam ein ganzes Stück von der neuen Gesetzgebung über öffentliche Aufträge in bestimmten Mitgliedstaaten über Bord werfen. Dies könnte auch weitere Fragen über die Legitimität des EuGH als Mitgesetzgeber aufwerfen. Wenn die neue Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe in Kraft tritt, muss man sich fragen, ob eine Sache Rüffert noch mal möglich wäre (EGB, 2014).

Deshalb muss die Beschäftigung entsandter Arbeitnehmer im Rahmen öffentlicher Aufträge immer sorgfältig geprüft werden. Eine einfache Eigenerklärung eines Subunternehmers darf da nicht ausreichen. Die Richtlinie über die Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG erläutert die Umstände, in denen Entsendung verwendet werden kann. Briefkastenfirmen ohne realen Niederlassungsort im Herkunftsland und Unternehmen, die ständig entsandte Arbeitnehmer beschäftigen, können nicht behaupten, dass die Bestimmungen der Richtlinie 96/71/EG auf sie zutreffen würden. Solche Arbeitnehmer müssen wie inländische Arbeitnehmer behandelt werden. Art. 71 Absatz 6 erläutert, dass die Ausschlussgründe auch für die Subunternehmer gelten und definiert diese Maßnahmen detaillierter: Die Haftungsregelung kann auch für Subunternehmer gelten. Bei Verstoß gegen die IAO-Arbeitsbedingungen und sonstige Vereinbarungen aus dem Anhang X der Richtlinie kann der Wirtschaftsteilnehmer gesetzlich verpflichtet werden, solche Subunternehmer zu ersetzen. Diese Bestimmungen können auf die Lieferanten erweitert werden. Wenn ein Lieferant bei der Ausführung eines

Liefervertrags gegen die in Art. 18 Absatz 2 aufgeführten Normen verstößt, kann dies eine zwingender Ausschlussgrund sein, wie dies im nationalen Recht festgelegt worden ist. Außerdem müssten die Feststellung derartiger Praktiken und vergleichbare Erfahrungen mit Missbräuchen in anderen Mitgliedstaaten für den Ausschluss von Bietenden ausreichen.

Der Tendenz, wobei die vertragliche Haftung des Hauptauftragnehmers durch unendlich lange Subunternehmerketten geschwächt wird, sollte durch die Einführung eines gesetzlichen Schwellenwerts Einhalt geboten werden. Dies wäre möglich mit einer Begrenzung der Subunternehmungskette bis auf die Ebene des Subsubunternehmers. Außerdem müsste der Bieter verpflichtet werden, die wesentlichen Aufgaben des Bauauftrags zu erledigen und den öffentlichen Auftraggeber zu unterrichtet über und ihn zu bitten um die Erlaubnis für den Einsatz von Unterauftragnehmern. Des Weiteren müsste die Haftung des Generalunternehmers deutlich im Gesetz definiert werden. Dies bedeutet, dass der Generalunternehmer für die Nichteinhaltung oder die mangelhafte Ausführung haftbar gemacht wird. Diese Haftung ist in den Mitgliedstaaten jedoch sehr unterschiedlich geregelt. Obwohl auf den ersten Blick strenge gesetzliche Verpflichtungen in Kraft zu sein scheinen, gelten sie bei näherem Hinsehen nicht. Das ist beispielsweise in Österreich der Fall, wo die Haftung mit dem Konkurs des Subunternehmers endet. Ohne Fördermittel (in Österreich der Insolvenz-Entgeltfonds) werden die Arbeitnehmer der Subunternehmer einfach nicht für ihre Arbeit bezahlt. Deshalb ist es sehr wichtig, die Empfehlung von Marc Tarabella zu übernehmen und die Haftung des Generalunternehmers festzuschreiben, unabhängig von der wirtschaftlichen Lage des Subunternehmers. Dies bedeutet eine uneingeschränkte und strenge Haftung.

3.8. Zukunft

Seit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1957 bildeten die Grundprinzipien der Freizügigkeit von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital die wichtigsten Eckpfeiler für die Schaffung eines großen europäischen Binnenmarkts. Der Ansatz der Gemeinschaft war deshalb vor allem wirtschaftlich, auch wenn die sechs Gründerstaaten der Gemeinschaft nicht die sozialen Aspekte für die Zukunft vernachlässigten: Die Idee war, dass ein duales System, wobei die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft für die Schaffung eines Binnenmarkts einsteht und die Mitgliedstaaten ihre unterschiedlichen nationalen Sozialsysteme und Systeme der Tarifverhandlungen und Mindestlöhne verantwortlich behalten würden, sowohl die wirtschaftlichen Entwicklung wie das Sozialmodell in Europa gegenseitig verbessern würde. Diese Idee wurde aber nicht verwirklicht, weil es zur Seite geschoben wurde im Zuge der Erweiterung der EU, der Liberalisierung der Märkte, der Zunahme der Wanderarbeitnehmer und der weltweit operierenden Industrie. Diese Entwicklungen wirken sich zunehmend negativ auf die Arbeitsbedingungen und Lohnverhältnisse im Bausektor aus. Außerdem geht die Liberalisierung mit der Beseitigung des Verwaltungsaufwands und ihrer Ersetzung durch intelligente Instrumente einher. Selbstregulierung und "Selbstreinigung" sind die neuen eingeschrumpften Hilfsmittel, wie sie auf EU-Ebene vorgeschlagen werden.

Die Gewerkschaften müssen sich diesen Tendenzen vehement widersetzen, vor allem in der Bauwirtschaft mit ihren typischen Merkmalen wie der hohen Mobilität, dem arbeitsintensiven Charakter, dem spezifischen und komplexen Produktionsprozess, den zahlreichen Arbeitsplätzen, der hohen Arbeitsunfallrate und den vielen Sozialbetrugsfällen. Deshalb ist eine wirksame Überwachung der Einhaltung der sozialen Verpflichtungen, der Arbeits- und Lohnbedingungen, der Einhaltung der Sicherheits- und Gesundheitsschutztools, der Ausbildung der Arbeitnehmer und Lehrlinge absolut notwendig.

Angesichts der anhaltenden Haushaltszwänge und des wirtschaftlichen Drucks, die auf die öffentlichen Auftraggeber abgewälzt werden, könnte man schlussfolgern, dass es notwendig ist, eine Aufsichtsbehörde zu gründen, um die Auftragsausführung durch die beiden Vertragspartner - sowohl die vergebende öffentliche Behörde wie den Wirtschaftsteilnehmer und alle seinen Subunternehmer - zu überwachen. Diese Kontrollinstanz könnte eine Aufsichtsinstanz oder ein auf Ausschreibungen spezialisierter Staatsanwalt sein. Um die Fokussierung auf soziale, Gesundheits- und Sicherheitsaspekte in den Ausschreibungsverfahren in die Praxis umzusetzen, ist die Beteiligung der Gewerkschaften als Arbeitnehmervertreter ein wichtiges gemeinsames Ziel auf EU-Ebene.¹⁶

¹⁶ Ein guter Anfang oder ein gutes Beispiel ist die nationale Vereinbarung zwischen den Gewerkschaften und dem Baugewerbe im Vereinigten Königreich: <http://www.njceci.org.uk/national-agreement/>.

4. Der Europäische Gerichtshof und die sozialen Aspekte in öffentlichen Ausschreibungen – eine Übersicht

4.1 Einleitung

Die im öffentlichen Beschaffungswesen geltenden Regeln und Verfahren spielten eine wichtige Rolle seit dem Start des Projekts für die Verwirklichung eines Binnenmarktes Anfang der 80'er Jahre in der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Ziel der Vorschriften in Bezug auf die öffentlichen Ausschreibungen war die Eröffnung der von mit öffentlichen Mitteln finanzierten Projekte für den Wettbewerb im gesamten Binnenmarkt. Die Europäische Kommission initiierte ein Paket legislativer Maßnahmen, bestehend aus Richtlinien für öffentliche Bauaufträge, Dienstleistungen und Konzessionen. Die Regeln für die öffentlichen Ausschreibungen mussten einen gesetzlichen Rahmen schaffen, der sowohl den Zugang für alle europäischen Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen und effiziente öffentliche Ausgaben gewährleistet.

Diese Regeln sollten eine wichtige Auswirkung auf die wirtschaftliche Gesamtleistung der EU haben. Anfang der 90er Jahre kam die Europäische Kommission mit dem Entwurf für eine Gesetzgebung für das öffentliche Beschaffungswesen. Es handelte sich um eine rein "technische Angelegenheit", die nicht mit sozialen oder ökologischen Überlegungen "infiziert" werden durfte. Offiziell wurde verkündet, dass das Unionsrecht neutral war hinsichtlich sozialer Überlegungen in öffentlichen Ausschreibungen, solange die allgemeinen Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung eingehalten wurden. Das vorherrschende Argument war, dass der effizienteste Weg, um das Geld der Steuerzahler in der kostengünstigsten Weise für die Gesellschaft auszugeben, darin bestand, das niedrigste Angebot zu finden. Die öffentlichen Ausschreibungen wurden deshalb sehr lange vom bornierten Dogma des niedrigsten Angebots beherrscht, ohne die Folgen für die Arbeiter oder die Umwelt zu berücksichtigen.

Die vergebenden öffentlichen Behörden, die soziale oder ökologische Kriterien vorschreiben wollten, wurden und werden immer noch mit einem schwerfälligen Verfahren konfrontiert. Der EuGH erklärte das Ausschreibungsverfahren oft für nichtig. Weil aber die meisten öffentlich ausgeschriebenen Projekte mit Einsatz von Lohnarbeitern durchgeführt werden und weil die Ausgaben für Löhne und andere Arbeitsbedingungen bei der Einreichung des Angebots berechnet werden müssen, gibt es eine starke Beziehung zwischen den Arbeitnehmerrechten und öffentlichen Aufträgen. Verschiedene Mitgliedstaaten haben außerdem eine lange Tradition, wobei sie ihre öffentlichen Ausschreibungen für die Förderung verschiedener sozialpolitischer Ziele benutzen (Ahlberg und Bruun, 2012).

Die Richtlinien an sich basieren auf Artikeln und Grundsätzen, die mit dem Binnenmarkt und der Rechtsprechung verbunden sind. Im Laufe der Jahre hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) festgelegt, wie die Artikel der europäischen Verträge und die Grundsätze der wirtschaftlichen Freiheiten des Binnenmarktes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auszulegen sind. In bestimmten Fällen akzeptierte der EuGH soziale Überlegungen in Ausschreibungsverfahren. In der Rechtssache **Europäische Kommission gegen Frankreich** (C-225/98) erlaubte der EuGH, dass die Fähigkeit des Bieters, die Arbeitslosigkeit zu, als zusätzliches Zuschlagskriterium benutzt werden darf, auch wenn dies nicht mit dem Vertragsgegenstand in Verbindung stand.

In anderen Fällen jedoch - insbesondere die in Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern - zeigten die Europäische Kommission und der EuGH (seit den 80er Jahren), dass sie das Ausmaß begrenzen wollten, in dem manche Mitgliedstaaten verbindliche Ziele für die Sozial- (oder Umwelt-)politik in öffentlichen Ausschreibungen anwenden. In einigen Urteilen schwächte der EuGH die anzuwendende Sozialgesetzgebung und die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, um die Einhaltung durch den Bieter zu prüfen, ab, insbesondere die

Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Formulierung von Arbeitsstandards und Bestimmungen, die alle Wirtschaftsteilnehmer und jeder, der in ihrem Hoheitsgebiet Arbeiten ausführt, einzuhalten haben.

Außerdem lehnte der EuGH einseitig Teile des nationalen Rechtsrahmens (Arbeitsnormen und Arbeitsbedingungen) ab, die auf der Arbeitsgesetzgebung und Tarifverhandlungen basierten. Bei Verstößen, in denen Arbeitsrechte angefochten werden, misst der EuGH offenbar den vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen, die in den nationalen Systemen von Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen festgelegt worden sind, wenig Bedeutung bei, auch wenn die Bieter gleich behandelt wurden. Die Urteile des EuGH über Entsendung (insbesondere in den Rechtssachen **Luxemburg** und **Rüffert**) führten eine Situation herbei, in der die heimischen Dienstleister Vorschriften der nationalen Gesetzgebung einhalten mussten, während ausländische Dienstleister nicht diesen Verpflichtungen nachkommen mussten. Der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) kam 2008 zum Schluss, dass das Urteil in der Rechtssache Rüffert die Entsenderichtlinie vom Jahre 2004, die ausdrücklich Sozialklauseln erlaubte, aufhob.

Das Urteil ignorierte das Recht des Mitgliedstaates und öffentlicher Behörden, um öffentliche Ausschreibungen für die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs auf der Grundlage der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer grenzübergreifender Dienstleistenden zu benutzen, weil diese nach Ansicht des EuGH mit der Entsendungsrichtlinie unvereinbar seien. Es erkannte auch nicht die Rechte von Gewerkschaften an, um Lohngleichheit und gleiche Arbeitsbedingungen und die Einhaltung von tarifvertraglich vereinbarten Normen am Arbeitsplatz für entsandt Arbeitnehmer zu fordern, die die gleichen sind für alle Bieter, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, und die die in der Entsenderichtlinie anerkannten Mindeststandards überschreiten.

4.2 Kurze Bestandsaufnahme

Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs in Bezug auf Sozialklauseln bei öffentlichen Aufträgen im Laufe der Jahre beeinflussten weitgehend die Revision der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge und sie prägten auch die Auslegung durch die nationalen Gerichte. In dieser Übersicht fassen wir einige der am meisten relevanten Urteile und anderer legislativer Aktionen der Europäischen Kommission und des EuGH zusammen.

Eine der ersten Rechtssachen und noch unter das alte System der Richtlinie 71/305/EWG des Rates fallend, aber mit ernsthaften Folgen für die öffentlichen Ausschreibungen und die sozialen Angelegenheiten war die sogenannte Rechtssache **Beentjes** (C-31/87) mit Urteil im Jahr 1988. Das Verfahren war die Folge einer nationalen Rechtsstreitigkeit zwischen einem Bieter und dem niederländischen Staat. Zusammengefasst urteilte der EuGH, dass ein soziales Kriterium für die Auftragserfüllung - in diesem Fall musste das Unternehmen, dem der Auftrag zugeschlagen wurde, Langzeitarbeitslose beschäftigen - im Vergabeverfahren benutzt werden darf, wenn es alle einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts erfüllt. Der EuGH urteilte: "Die Bedingung der Beschäftigung von **Langzeitarbeitslosen** ist mit der Richtlinie vereinbar, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führt. Eine solche besondere zusätzliche Bedingung muss in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden."

Das Urteil des EuGH in der Sache Beentjes wurde in der Rechtssache **Nord-Pas-de-Calais** (C-225/98) wiederholt. Hier sei darauf hingewiesen, dass dies eine Sache der Europäischen Kommission gegen den französischen Staat war. Die Europäische Kommission versuchte das positive Ergebnis der Rechtssache Beentjes für soziale Überlegungen zu neutralisieren. Die vergebende Region hatte in ihrer Bekanntmachung als Zuschlagskriterium die Fähigkeit der Ausführer, um **die lokale Arbeitslosigkeit zu bekämpfen**, aufgenommen. Die Europäische Kommission argumentierte, dass beschäftigungsbezogene Angelegenheiten zwar als Bedingung für die Auftragsausführung betrachtet werden können, dass aber solche Elemente nicht als Zuschlagskriterium benutzt

werden konnten. Der EuGH lehnte dieses Argument ab, weil die Europäische Kommission nicht nachweisen konnte, dass das Kriterium diskriminierend wirkte oder, dass es nicht in der Bekanntmachung des Auftrags veröffentlicht worden war. Nach Ansicht des EuGH durften die ausschreibenden Instanzen ein derartiges Zuschlagskriterium benutzen vorausgesetzt, dass es in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, war.

Es sei darauf hingewiesen, dass beide Fälle hauptsächlich auf **allgemeine Bedingungen der "Sozialpolitik"** verwiesen, aber nicht auf Arbeitsbedingungen oder andere mit Arbeitnehmerrechten verbundene Bestimmungen. In seinen Urteilen sagte der EuGH nicht, dass das Auferlegen von Arbeitsbedingungen mit der Richtlinie vereinbar ist. Die Schlussfolgerungen der Europäischen Kommission auf Grund dieser Urteile waren deshalb widersprüchlich. Laut der Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, können diese sozialen Aspekte nur als eine Art zweitrangiges und nicht ausschlaggebendes Zuschlagskriterium bei der Wahl zwischen zwei ansonsten identischen Angeboten benutzt werden.¹⁷

2002 folgte ein Urteil in einer nächsten interessanten Rechtssache. Inzwischen wurde auf die Anfang der 90er Jahre revidierten Richtlinien (vor allem Richtlinie 92/50) verwiesen. In der **Rechtssache Concordia Bus Finland gegen Helsingin** (C-513/99) urteilte der EuGH, dass ein öffentlicher Auftraggeber das Recht hatte, Umweltbelange in die Zuschlagskriterien aufzunehmen. Dieses Urteil war aus zwei Gründen relevant: Erstens befand der EuGH, dass **Zuschlagskriterien nicht rein wirtschaftlicher Art sein müssen**. Zweitens befand der EuGH: "(...) Richtlinie 92/50 schließt die Möglichkeit nicht aus, dass der Auftraggeber im Rahmen der Beurteilung, welches Angebot wirtschaftlich am günstigsten ist, Umweltschutzkriterien anwendet", solange die festgelegten Kriterien um zu beurteilen, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist, in Übereinstimmung mit allen in der Richtlinie 92/50 festgelegten Verfahrensvorschriften - insbesondere den Vorschriften über Werbung - angewendet werden. Die Bedeutung dieses Urteils geht sogar weiter als die unmittelbaren Folgen im konkreten Fall selbst. Der EuGH formulierte an und für sich einen **Bezugsrahmen für vergebende Behörden**. Man dürfe derartige ökologische Kriterien berücksichtigen, wenn **die Kriterien mit Gegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen**; sie der vergebenden Behörde keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit geben; sie ausdrücklich in den Spezifikationen oder in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags angegeben sind und in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, sind.

In einer Rechtssache aus dem Jahre 2003 (**Wienstrom gegen Österreich**, C-448/01) wurde folgende Begründung übernommen: Richtlinie 92/50 kann nicht so ausgelegt werden, dass jedes **Vergabekriterium**, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, **notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss**. Trotzdem schlussfolgerte der EuGH das ein Verstoß vorlag, weil das Vergabekriterium nicht die Anforderungen enthielt, die eine wirksame Kontrolle der von den Bietern erteilten Informationen ermöglichen. Der EuGH hielt fest, dass das Ausschreibungsverfahren mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Vergaberechts unvereinbar war.

In der **Rechtssache Lianakis** (C-532/06) verdeutlichte der EuGH, dass deutlich zwischen den Auswahl- und Vergabekriterien unterschieden werden muss. Hinsichtlich der Transparenz und Gleichbehandlung müssen alle Elemente, die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Ermittlung des **wirtschaftlich günstigsten Angebot** und ihrer relative Bedeutung berücksichtigt werden, im Voraus deutlich veröffentlicht werden. Dies bedeutet jedoch, dass die Auslegungsspanne der vergebenden Behörden begrenzt wird und die vergebenden Behörden nicht

¹⁷ Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM[2001] 566 endg.

Angeboten, die "sozialer" als andere sind, den Vorrang werden einräumen dürfen, wenn diese nicht im Voraus und ausreichend detailliert die relevanten Kriterien festgelegt haben.

Um die Belastung für lokale öffentliche Auftraggeber für die Ausarbeitung der Vergabekriterien und Zuschlagsquoten zu erleichtern, haben öffentliche Auftraggeber angefangen, auf Gütezeichen zu verweisen statt Spezifikationen für den Auftragsgegenstand zu erstellen. Der EuGH erlaubte in der **Rechtssache Max Havelaar** (C-368/10) grundsätzlich, dass **soziale oder ökologische Kriterien** - in diesem Fall Produkte aus der biologischen Landwirtschaft - **begünstigt werden dürfen**. Auf einen Bauauftrag angewendet, bedeutet dieses Urteil, dass ein Unternehmen, dessen Produkt den technischen Spezifikationen entspricht, nicht Inhaber eines Umweltgütezeichens sein muss. Es muss nur beweisen, dass das Produkt diesen technischen Spezifikationen entspricht. Unter Berücksichtigung der Vielfalt der nationalen und europäischen Gütezeichen hat dieses Urteil zwei Konsequenzen: a) Die vergebenden Behörden dürfen soziale Kriterien einführen und b) die Verwaltungsvorschriften für Unternehmen werden begrenzt, weil sie keine spezifischen Gütezeichen erwerben müssen, sondern nur nachweisen müssen, dass sie die erforderlichen Qualifikationen erfüllen.

Das Bewusstsein, dass öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der sozialen Belange eine Vorreiterrolle übernehmen sollte, hat bei den Auftraggebern auf Bundes- und Landes- oder lokaler Ebene zugenommen. Nordrhein-Westfalen schrieb beispielsweise vor, dass in allen öffentlichen Ausschreibungen die **Mindestlöhne** eingehalten werden müssen. Die Stadt Dortmund legte es so aus, dass jeder Subunternehmer, egal wo seine Niederlassung ist und wo die Dienstleistung erfolgt, die deutschen Mindestlöhne zahlen muss.

In diesem Fall beauftragte die **deutsche Bundesdruckerei** einen polnischen Betrieb mit dem Hauptgegenstand des Auftrags. Der EuGH urteilte, dass die deutschen Mindestlöhne in einem solchen Fall nicht gelten. Gemäß dem internationalen Recht scheint es logisch zu sein, dass die gerichtliche Zuständigkeit eines Mitgliedstaats an den Grenzen seines Hoheitsgebiets aufhört. Trotzdem stützte sich der EuGH nicht auf dieses Argument, sondern verwies auf die Grundsätze des Binnenmarktes. Diese Denkweise ist eine ziemlich zynische Argumentation, denn der EuGH befand: "Indem diese Regelung in einer solchen Situation ein festes Mindestentgelt vorgibt, das dem entspricht, das erforderlich ist, um eine angemessene Entlohnung der Arbeitnehmer des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die in diesem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten zu gewährleisten, aber keinen Bezug zu den in dem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten hat, in dem die Leistungen im Zusammenhang mit dem betreffenden öffentlichen Auftrag ausgeführt werden, und damit den in dem letztgenannten Mitgliedstaat ansässigen Nachunternehmern die Möglichkeit vorenthalten würde, aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, geht sie nämlich über das hinaus, was erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird."

Daraus können wir zwei Sachen lernen: Erstens, dass der EuGH die Herrschaft des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten immer noch für wichtiger hält als andere Grundsätze. Zweitens, dass die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet werden sollten, einen Teil oder den Großteil des Auftragsgegenstands selbst auszuführen, wenn sie diese Art von Einmischung durch den Mitgesetzgeber der EU vermeiden wollen. Außerdem muss die Subunternehmerkette gesetzlich begrenzt werden.

Diese Maßnahmen würden einen unlauteren Wettbewerb zum Nachteil der Arbeitnehmer und auf Grund der Löhne verhindern.

4.3 Die Auswirkungen der "Auslagerung von Arbeitnehmern" – externe Beschäftigung: Die Urteile über Entsendung, Outsourcing, Insourcing (Arbeitsvermittlung), Zeitarbeitsbüros

Die Entsendungsvorschriften waren Gegenstand einiger Urteile des EuGH. Das Ergebnis dieser Rechtssachen zeigte, dass der EuGH und die Europäische Kommission zusammen eine enge und restriktive Auslegung der Entsenderichtlinie wollen und dies hat wichtigen Implikationen für die Vergabe öffentlicher Aufträge.

Die Mitgliedstaaten entschieden sich für einen unterschiedlichen Ansatz für das Ausmaß, in dem öffentliche Auftraggeber Insourcing bzw. Outsourcing in Anspruch nehmen können. Belgien beispielsweise arbeitete Vorschriften für Leiharbeiter aus. Sie müssen angemeldet sein und eine minimale Ausbildung absolvieren. In Norwegen und Österreich bestimmte der Gesetzgeber, dass Subunternehmungsverträge und Zeitarbeitskräfte rechtlich denselben Status haben. Infolgedessen werden die erlaubten Niveaus von "Leiharbeit" automatisch reduziert. Aus den Erfahrungen in bestimmten Mitgliedstaaten geht aber hervor, dass die Begrenzung der Kette der ausgelagerten Arbeiten nicht ausreicht, um den Druck auf die Löhne zu senken. Im Vereinigten Königreich beispielsweise schreibt der Auftraggeber Vertragsbedingungen vor, einschließlich der Verpflichtung für den Subunternehmer um die Geldstrafen wegen der Nichteinhaltung der zwingenden gesetzlichen Vorschriften zu zahlen, auch wenn gerade sie das schwächste Glied der gesamten Kette sind.

In verschiedenen Rechtssachen (z. B. Rüffert und Laval) beschränkt die EuGH-Auslegung der Bestimmung im Vertrag über den freien Dienstleistungsverkehr die Möglichkeit, Arbeitsnormen durch Mechanismen wie Tarifverhandlungen und Sozialklauseln in öffentlichen Aufträgen festzuschreiben (Van Hoek en Houwerzijl 2011). Auf diese Weise greifen diese Urteile direkt in die Möglichkeit ein, verbindliche Vorschriften über die Arbeitsbedingungen aufzunehmen. Die wichtigste Frage ist hier, inwieweit diese mit dem Gemeinschafts- oder Unionsrecht vereinbar sind. Nach den Rechtssachen Laval und Rüffert bedeutet die vorgeschlagene Neutralität, dass wenn ein öffentlicher Auftrag von Arbeitnehmern, die aus einem anderen Land entsandt werden, ausgeführt wird, die vergebende Behörde das Angebot für einen öffentlichen Auftrag nicht von der "Einhaltung der Bedingungen aus egal welchem Tarifvertrag" abhängig machen kann. Diese Einschränkung gilt nicht, wenn die Arbeiten von Arbeitnehmern lokaler Unternehmen ausgeführt werden (Ahlberg & Bruun, 2012).

Der EuGH ist auch deutlich in der **Rechtssache** des Verstoßes von der **Europäischen Kommission gegen das Großherzogtum Luxemburg**. Laut dem EuGH ist die Liste von Vorschriften in der Entsenderichtlinie in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erschöpfend und versteht sie sich nicht als eine Aufzählung von Mindestrechten. In der Erwägung 32 der Rechtssache gegen Luxemburg urteilt der EuGH, dass der Spielraum für zusätzliche verbindliche Bestimmungen sich beschränkt auf Vorschriften, "die nach ihrer Art und ihrem Ziel den zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses gerecht werden" (Rechtssache C-319/06). Laut dem EuGH dürfen die Mitgliedstaaten nicht einseitig die öffentliche Ordnung festlegen, die verbindliche Bestimmungen zusätzlich zu den in der Richtlinie festgelegten Mindestanforderungen rechtfertigt. Diese Einschränkung durch den EuGH bedeutet in der Praxis, dass ein **besserer Schutz als was minimal in der Entsendungsrichtlinie vorgesehen ist¹⁸**, nicht den ausländischen Unternehmen mit ihren entsandten Arbeitnehmern auferlegt werden kann. Wie oben dargelegt, führen die Urteile des EuGH zu einer Situation, in der ausländische Dienstleistungsanbieter nicht verbindliche Regeln aus dem nationalen Recht einhalten müssen, während inländische Dienstleistungsanbieter diese wohl einhalten müssen.

¹⁸ Erwägungsgrund 17: "Die im Gastland geltenden zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz dürfen jedoch nicht der Anwendung von Arbeitsbedingungen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, entgegenstehen."

Diese rechtliche Anpassung durch den EU-Mitgesetzgeber ist für die Gewerkschaften unakzeptabel, weil sie den guten Willen der öffentlichen Auftraggeber und der nationalen Gesetzgeber untergräbt, die ungleiche Arbeitsbedingungen bekämpfen wollen: einerseits gibt es Arbeitnehmer, die örtlichen Tarifverträgen unterliegen, und andererseits gibt es Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die mit niedrigeren Löhnen kompensiert werden können. Es spricht für sich, dass wenn man den Binnenmarkt auf diese Art auslegt und weiterhin an der Doktrin des "Marktzugangs" festhält, dies die sozialen Spannungen steigern wird. Die Schlussfolgerung des EuGH in der **Rechtssache Bundesdruckerei gegen Stadt Dortmund** (C549 / 13) ist offenbar der zynische Höhepunkt einer solchen Marktlehre: "Indem diese [nationale] Regelung in einer solchen Situation ein festes Mindestentgelt vorgibt, [...] aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, geht sie nämlich über das hinaus, was erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird."

Mit einer ähnlichen **Rechtssache** (C-115/2014) setzt sich der Europäische Gerichtshof noch als Vorabentscheidungsersuchen auseinander. Das Postunternehmen **Regiopost GMB** reichten eine Klage gegen die Stadt Landau ein wegen der verpflichteten Anwendung von Mindestlöhnen auf Grund des Landestariftreuegesetz von Rheinland-Pfalz [= Gesetz über die Einhaltung der Tarifverträge und Mindestlöhne bei öffentlichen Aufträgen]. Der Mindeststundenlohn beträgt 8,70 EUR. Im Anschluss auf die Rechtssache Rüffert bat das Oberlandesgericht von Koblenz um eine Vorabentscheidung des EuGH, nämlich, dass dieser vom Staat auferlegte Mindestlohn gegen das EU-Recht verstößen würde, weil es Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten mit niedrigeren Lohnniveaus den Zugriff auf den Markt entnehme. Weil aber dieses Bundesland nur Mindestlöhne für öffentliche und nicht für private Aufträge festlegt, verstehen sie sich nicht als allgemein geltende Mindestlöhne. Ein Urteil wird noch dieses Jahr erwartet. Trotzdem muss man erstens berücksichtigen, dass die betroffene Maßnahme in Übereinstimmung mit Art. 3 Absatz 1 der Entsenderichtlinie gesetzlich angeordnet wurde. Es ist also eine Maßnahme vom Staat und nicht nur ein Tarifvertrag. Zweitens muss der von der deutschen Bundesregierung festgelegte Mindestlohn von 8,5 EUR ab dem 1. Januar 2015 gehandhabt werden. Deshalb sind mindestens ab diesem Tag die in Artikel 3 Absatz 1 der Entsendungsrichtlinie festgelegten Bedingungen erfüllt.

Noch mehr Hoffnung kann man aus dem jüngsten Urteil in der Rechtssache C-413/13 schöpfen: "Schein selbstständige". Auf Grund dieses Urteils erlaubt der EuGH, dass in einem Tarifvertrag festgelegte Mindestlöhne und Arbeitsbedingungen auch für "**Schein selbstständige**" gelten. Das Urteil wurde verkündet in einem von der niederländischen Gewerkschaft **FNV KIEM** angestrengten **Verfahren**, die die Einstufung von freiberuflichen Musikern als einzelne "Unternehmen" angefochten hat. Auf Grund der niederländischen Wettbewerbsvorschriften sind die Gewerkschaften nicht berechtigt, mit ihren Arbeitgebern kollektiv Vergütungen für selbstständige Arbeitnehmer auszuhandeln. Der entsprechende Tarifvertrag legte Mindesttarife nicht nur für die im Rahmen eines Arbeitsvertrags beschäftigten Aushilfsmusiker fest, sondern auch für Aushilfsmusiker, die im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags tätig werden und nicht als "Arbeitnehmer" im Sinne des Tarifvertrags anzusehen sind (die "selbständigen Aushilfsmusiker"). Das Urteil des EuGH besagt, dass **Schein selbstständige**, mit anderen Worten Dienstleistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden, **die tarifvertraglichen Arbeitnehmerrechte in Anspruch nehmen können**.

Ein letzter Fall, der hier noch erwähnt werden sollte, ist eine **finnische Rechtssache von polnischen Arbeitnehmern**, die unterbezahlt wurden (Sähköalojen ammattiliitto ry gegen Elektrobudowa Spółka Akcyjna, C-396/13). Im Urteil betonte der EuGH, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die entsandten Arbeitnehmern zugesichert werden, in der Gesetzgebung des Aufnahmestaats festgelegt werden müssen (solange diese Bedingungen für "allgemeingültig, verbindlich und transparent" erklärt worden sind). In dieser Rechtssache bestreitet der ausländische Subunternehmer die Befugnis der Gewerkschaften im Gastland zur Anstrengung eines Gerichtsverfahrens an, weil das Arbeitsverhältnis auf dem Recht des Herkunftslandes beruhe.

Der EuGH musste also urteilen über die Frage, ob das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, wie in der EU-Charta der Grundrechte festgelegt, angesichts der gemäß der Entsenderichtlinie erteilten Rechte, von der Regel gesperrt werden kann, wonach die Gesetzgebung im Herkunftsland den Vorrang hat (die die Erteilung von Rechten auf Grund des Arbeitsverhältnisses untersagte). Der EuGH urteilte, dass die **Gewerkschaft im Aufnahmestaat befugt ist**, beim vorlegenden Gericht **Klage zu herben**, weil die Klagebefugnis nach dem finnischen Verfahrensrecht geregelt ist, und weil die Entsenderichtlinie eindeutig besagt, dass Fragen in Bezug auf **Mindestlöhne der Gesetzgebung des Aufnahmestaates unterliegen**, egal welche die für das Arbeitsverhältnis anwendbare Recht ist. Diesem Urteil zufolge kann ein **Unternehmen im Aufnahmestaat gerichtlich belangt werden** und dies könnte direkte Folgen für künftige Ausschreibungsverfahren in diesem Land haben.

Die Beschäftigung entsandter Arbeitnehmer muss aber sorgfältiger geprüft werden. Die neue Richtlinie über die Durchsetzung von Richtlinie 96/71/EG erläutert die Umstände, in denen Entsendung verwendet werden kann. Unternehmen ohne realen Niederlassungsort im Herkunftsland (Briefkastenfirmen) und Unternehmen, die dauern entsandte Arbeitnehmer beschäftigen, können nicht die Bestimmungen der Richtlinie (Richtlinie 2014/67/EG) in Anspruch nehmen. Weil der Erwägungsgrund 37 der neuen Richtlinie der vom EuGH verwendeten Doktrin des "Marktzugangs" unverhältnismäßige Bedeutung beimisst, ist es nicht vernünftig, diese Bestimmung in nationales Recht umzusetzen.

5. Best practices

Precondition for the recording of best practices within the framework of this project was that they can demonstrate a tangible and measurable positive real output with regard to social considerations within the public procurement procedure.

5.1. Preventive measures to avoid that the public procurement procedure is abused/circumvented

France

Key point/background – Black list

The law relating to the posting of workers was introduced in July 2014 (**loi n°2014-790 du 10 juillet 2014**) to reinforce the controls and penalties against undertakings employing posted workers at conditions less advantageous than local workers.

Description of the measure in discussion/already in place

One element of this new legislation is the introduction of a black list, which will be published on a website. This list contains for a maximum time limit of two years all companies which have breached the above mentioned law, i.e. have been convicted for illegal employment. The requirement of publishing this information is imposed by the judge when deciding that a breach of labour law has occurred. The internet website is to be put into force by the Ministry of Labour.

Ireland

Key point/background – Exclusion from public procurement

The Irish public procurement market is undergoing a period of transformation. Traditionally, a semi-centralised procurement system operated in Ireland with various central government departments, local authorities and semi-state bodies held individually responsible for their own procurement requirements. The formalisation and establishment of a new Office of Government Procurement ("OGP") indicated a national movement towards a centrally controlled purchasing system. The OGP commenced operations in 2014, and together with four key sectors (Health, Defence, Education and Local Government), takes responsibility for sourcing all goods and services on behalf of the Public Service. The three overriding goals of the office are:

- To integrate procurement policy, strategy and operations in one office,
- To strengthen spend analytics and data management,
- To secure significant savings

Description of the measure in discussion/already in place

Within the process of adopting the three new EU public procurement Directives, the OGP launched a public consultation on the transposition of the new Directives on 31st October 2014.

The OGP is now considering how it will transpose the discretionary clauses laid out in the 2014 EU Procurement Directives. The OGP considers a mandatory exclusion of economic operators from procurement procedures for a certain time-span in the following transgressions:

- poor performance,
- submission of low-tenders and
- failure to comply with employment legislation.

Italy

Key point/background – White list

One of the biggest problems in public tenders in Italy is the existence of corruption and criminal organizations' interests in public procurement procedures.

In the course of the last 30 years many governments have attempted to fight this phenomenon. In 2010 the government adopted a measure called "White List".

Description of the measure in discussion/already in place

To fight corruption, the government established a new agency called ANAC (National Anti-Corruption Authority) in 2014. The tasks of ANAC are to prevent corruption in public administration bodies as well as to control and supervise public procurement.

To support this measure, a White List was established. In the White List are registered those companies that are authorized to participate in public procurement procedures as contractors or subcontractors. Every employer, employee or supplier active on a worksite, having any form of contract relation to the contractor, must be checked as to links with criminal organizations.

The authorisation is subject to various controls and can be revoked. Companies which are cancelled from the list are prohibited to take part in public procurement procedures.

The precondition to be cancelled from the list is that the companies or persons with legal liability in the company have been condemned for corruption, fraud, or are suspected or involved in investigations related to connection with criminal organizations.

The White List also takes into account criteria relating to good reputation with regard to the company as a whole as well as to the members of the management. The White List is managed by the "Prefettura" (territorial entities of the central government) and is accessible to public authorities.

Italy

Key point/background – Centralised procurement body

Public procurement in Italy is characterised by a very inhomogeneous federal structure. Therefore, the government envisages a massive reduction of the number of public administration agencies that can call for tenders (actually about 30,000). This large number of entities makes it difficult to control public tenders (for instance, what kind of tenders, based on which standards, the quality level of work performed, duration of a worksite). This unstructured approach brings about a lack of control as well as criminal infiltration and corruption.

Description of the measure in discussion/already in place

The aim is to strongly reduce the number of bodies which can call for tenders, merging them in order to ensure the best quality of procedures and technical specification as to design and management of public procurement procedures as well as more control opportunities with regard to the contract performance.

Malta

Key point/background – Exclusion from public procurement; black list

The government aims to tackle precarious employment in the procurement of public works by means of a new legal notice (L.N. 65 of 2015. Public procurement (Amendment) regulations, 2015). It notes that companies breaching public procurement regulations or the Employment Act could be liable to being blacklisted for between six months and two years.

Description of the measure in discussion/already in place

The measure is to be carried out by the Director of Employment and Industrial Relations who shall request the Commercial Sanctions Tribunal to blacklist an individual from participating in procedures for the award of public contracts if he:

- (a) has been found guilty of an offence in terms of the Employment and Industrial Relations Act;
- (b) has failed to provide employees with a written contract of service;
- (c) has failed to provide employees with a detailed pay slip containing all relevant details;
- (d) failed to deposit wages or salaries by direct payment on the employee's bank account;
- (e) fails to provide the relevant bank statements of wages and salaries deposited and copies of detailed pay-slips which are to be made available as and when required by the Director of Industrial and Employment relations;

(f) has subcontracted a public contract to another person employing the same employees of the principle contractor to carry out the same or similar duties for the execution of the said public contract.

In the run-up to introducing this legal notice, the government blacklisted two companies from public contracts for two years because of precarious work. During this time period the convicted party will be banned from bidding for government tenders.

Since the beginning of 2015, bidders for public contracts have also been obliged to offer a minimum hourly rate equivalent to the basic wage for civil servants.

Finally, the government has increased the number of inspectors to carry out more frequent onsite inspections.

UK

Key point/background - Blacklisting

In the UK procurement practice is somewhat elusive from the involvement of trade unions.

Comparable to Italy, a vast number of public administration agencies exists which all have their own processes and minimal governance.

Description of the measure in discussion/already in place

Some UK public bodies have written into procurement procedures statements on blacklisting due to the persecution and exclusion of trade union members carrying out legitimate trade union business on the grounds of health and safety. Some Statements are worded more strongly than others. An extract from Cambridge City Council is below:

'Cambridge City Council deplores the illegal practice of blacklisting within the construction industry and will ensure that any company known to have been involved in blacklisting practices that have not indemnified their victims will not be invited to tender for contracts until they have:

- 1 Identified the steps taken to remedy blacklisting for all affected workers
- 2 Identified the steps taken to ensure blacklisting will not happen again
- 3 Given assurances that they do not employ individuals who were named contacts involved in "The Consulting Association", providing black lists with members of trade unions to private companies.

UNITE's view is that all public bodies can adopt this practice with one common statement on this key blacklisting issue. There is legislation already in place to allow for this all be it not very strong and it is a known fact that the companies involved in the UK blacklisting scandal have not been subject to any penalties. On blacklisting there are 3 key issues that need to be addressed –

- Stopping blacklisters tendering for public funded contracts.
- Public bodies having the ability to terminate contracts, if a company is found to be blacklisting after the contract award.
- Heavy and realistic fines for perpetrating companies.

UK/Scotland

Key point/background - Combat black-listing

In Scotland certain companies offer a list of persons that engage in trade union's activities against payment. This practice is prohibited by the Employment Relations Act 1999 (Blacklists) and by the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.

Description of the measure in discussion/already in place

In order to ensure that blacklisting is not used in connection with the performance of public contracts in Scotland, the government put in place two measures:

Any company which engages in or has engaged in blacklisting of employees or potential employees is considered to have committed an act of grave misconduct in the course of its business and should be excluded from bidding for a public contract.

The contract will be terminated if a supplier is found to have breached relevant blacklisting legislation during the course of the contract.

Switzerland

Key point/background – Positive and negative list

Today the provisions on Public procurement are regulated on two distinct legal levels (federal and cantonal level): in the "Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen" (BöB, federal) and the "Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen" (IVöB). Both provisions are in process of reform.

In order to allow the contracting authorities to control the compliance with the contract conditions and to better comply with the target of sustainable procurement, as much transparency as possible about the bidder market has to be obtained. This includes knowledge about the location of contract performance and of production as well as about the whole delivery and sub-contractor chain. Self-declarations by the bidders are not sufficient, an in depth examination by the contracting authority is necessary. To support this control, a positive list has been established in some cantons and a negative list is aimed to be established at the occasion of the transformation of the new Directive into Swiss law by the Trade Unions.

Description of the measure in discussion/already in place

The positive list includes all companies that have undergone an in-depth control and have proven to fulfil all legal conditions in order to participate in public procurement procedures. Such a list has been established in the Kanton of Zurich by the Trade Union "Unia" in order to ensure the subcontractor's accountability. The Trade Union aims at implementing this kind of positive list also for the procurement sector. The list should include only those companies which are not in breach with their obligations of payment of social security contributions, taxes, as well as minimum tariffs. Moreover, the establishment of a negative list is planned, which enumerates all excluded bidders. This comprises bidders that violated working condition standards and other relevant legal

obligations (social or wage dumping, discrimination) within the last 10 years. Such companies shall not be allowed to participate in public procurement procedures for this time span (i.e. 10 years). This centralised negative list shall be maintained for the whole territory of Switzerland and constantly be up-dated. Details should be regulated by way of ordinance.

5.2. Legislative measures to fight social dumping practices – fair level playing field

Austria

Key point/background – Combat against social dumping, equal pay for equal work in the same place

The construction sector is characterised by mobile working conditions and the employment of workers coming from the whole EU, often sent by companies without establishment in the country of the construction site. This offers a wide field of application of different, often unfair, labour conditions and wages.

Point of departure: An actual case

Members of the Financial Police, inspecting a building site came across 21 Polish, four Hungarian and one Slovenian citizen, who were carrying out dry wall installation work. Based on the written results of the interrogations it was established that the contracts for work were false, and by declaring “bogus self-employment” attempts had been made to conceal the true nature of the working relationships.

Legal assessment of the case: The Financial Police carries out inspections to check whether the Austrian wage provisions are adhered to. Here too, it must actually be checked on the basis of circumstances, whether the workers involved are “bogus self-employed”, hence, workers who only pretend to be self-employed, but who in reality are employees. If this is the case it will be checked whether the wages the people concerned receive, at least correspond to the relevant collective agreement (here: building and construction industry—workers). If the applicable basic wage is undercut, it is a case of wage dumping. The pretence client, who is in fact the employer, would then be confronted with a high administrative fine and moreover could expect procedures to withdraw the trade licence respectively—if it concerns a foreign employer—being banned from being active in Austria for several years.

Description of the measure in discussion/already in place

In order to prevent unfair labour conditions when awarding construction works within public procedure, companies that were held liable by an administrative decision have to be excluded of the bidding procedure, as they cannot fulfil the specification criteria. Non-fulfilment of specification criteria is a knock-out reason.

Requiring the adherence to Austrian wages is one thing, their practical implementation another. It had only been provided for that workers could assert their entitlements under civil law. A posted Hungarian iron bender for example who continues only to be paid in accordance with Hungarian provisions for his work in Austria, may sue for the difference to the Austrian Collective agreement for the building and construction industry. However, practice shows that this has hardly ever happened. In most cases, workers earn more abroad than in their native country, hence the incentive to claim the difference does hardly exist. Apart from that workers must expect that they will no longer be employed once they lodged their claim. Hence, in case of short-term posted or cross-border transferred workers, the sheer possibility to assert any claims themselves is not suited for enforcement. Moreover, the risk of the employer is very low. At worst he has only to pay what he would have to pay in the first place. Hence, trade unions and chambers of labour have requested for

years that Austria sets up an official control mechanism with the power to impose sanctions if the wages and salaries provided for are not adhered to.

In 2011, Austria implemented the Anti-Wage and Social Dumping Act (Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz – LSDB-G), which stipulates a wide range of possibilities for the public administration to supervise the compliance of Austrian legislation referring to wages. This law is inspired by the principle of “equal pay for equal work in the same place” in order to prevent competition at the expense of wages. As the Posting of Workers Directive also includes cross-border transfer, this principle also applies to temporary workers, who are transferred/loaned from one Member State to another.

The LSDB-G now includes an official control mechanism for the wages and salaries provided for. Most provisions refer exclusively to employers from other EU and third countries with no establishment in Austria, employing workers with usual working place in Austria, posted to Austria or within a temporary employment agreement. Central provision is that any such employer has to pay the wages as set in the relevant legal (by law or ordonnance) or collective agreement. Any violation is regarded as an administrative statutory offence and penalised.

This mechanism does not only apply to posted but to all workers. That means, if a domestic employer underpays his workers, he can expect sanctions. However, the competence of the authorities varies. Whilst the local control for cross-border workers who have been posted or transferred is carried out by the Financial Police, workers, who have their usual place of work in Austria, are checked by the respective Regional Health Insurance Fund. If the Regional Health Insurance Fund finds that wage dumping exists, it will notify the regional administrative authority. The latter will then take legal action and, if applicable, impose the penalty on the employer.

In cases with cross-border reference, the Financial Police will in general not file the complaint itself, but use a separate institution at the Regional Health Insurance Fund, in Vienna the so-called LSDB Competence Centre. The Financial Police will therefore carry out a rough check on site and then forward the file to the LSDB Competence Centre to conduct an in-depth check. If the latter finds that the determined basic wage has been undercut, it will file a complaint.

Apart from the authorities mentioned, the Construction Workers’ Holiday and Severance Pay Fund is also called to carry out checks and file complaints within the scope of its responsibility.

The level of sanctions orientates itself on the Aliens’ Employment Act. The penalties range between € 1,000 and € 10,000 for each employee. In case of wage dumping affecting more than three workers, the range of penalties per employee is automatically increased. In this case, it lies between € 2,000 and € 20,000 per employee, and in the case of repeated infringement between € 4,000 and € 50,000.

Concrete example for the calculation of penalties: If a construction company would speculate that by underpaying wages provided for by the collective agreement it would obtain a competitive advantage over its competitors and if inspectors find that wage dumping on the building site has taken place in case of 5 workers, the employer’s minimum penalty would be € 10,000 (2.000×5) respectively the penalties would range between € 10,000 to € 100,000. In the case of repeated infringement, the minimum penalty would be € 20,000 and the range of penalties € 20,000 to € 250,000. The employer could also expect his trade licence to be withdrawn or—in case of a foreign employer—being banned from working in Austria for at least one year.

However, the application of the law was hampered by the fact that it mainly depended on the workers’ willingness to initiate proceedings in case of abuse.

Therefore, in 2015, the LSDB-G has been amended according to the requests of Austrian Chamber of Labour and Trade Union in order close loopholes relating to control and workers’ information:

- Extension of the above mentioned authorities’ power of control: besides the basic salary they are empowered to assess the correctness of compensation for overtime, extra allowances, special remunerations and bonuses. Before the recast, they were only competent to control the correctness of the basic salary.

- If the employer is not able to provide the wage records on the construction site, the new penalties amount from 1000€ to 10 000 € per worker. Thus, the non-provision of records is threatened by the same penalties as the non-payment of the correct wages.
- The statutory period of limitation for cases of wage dumping has been extended from one to three years. Hence, unpaid wages and connected legal titles can be called up for the last three years.
- The limit of prosecution has also been extended from 1 to 3 years. Within this time span the competent authorities can enact onsite controls and refer eventual violations to the administrative authorities.
- In case that wage dumping against a worker has been legally established by the regional administrative authority (authority of first instance), all the employees of the relevant company have to be informed. This measure was deemed to be necessary in order to assure that all employees become aware of the eventual incorrectness of their payment roll and are able to seek redress.

France

Key point/background – Ex-ante in depth control

The Social Security Act (loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 sur le financement de la sécurité sociale) was amended in 2013 to reinforce the liability of contracting authorities for ex-ante in depth control.

Description of the measure in discussion/already in place

Prior to the award of a contract amounting to a sum above 3000 euro, the contracting authority has

- to check if the client contractor has fulfilled all social and tax obligations;
- to ask for the necessary documents to prove that the future client company is in conformity with social and labour law and has not been convicted for illegal employment;
- to check if the client contractor has paid the due social security contributions.

In case the contracting authority did not comply with this control liability, it is jointly held liable for the due contributions if it turns out that the client contractor employs illegal workers.

Germany

Key point/background – Combat against abusive wage cutting and control mechanisms

Construction and other services, which are comprised by the workers' posting law, are only allowed to be attributed to such companies, which have signed a written obligation that they will pay their employees the remuneration amounting to the sum and corresponding to the conditions determined in the tariff contract to which the employee is bound under the workers' posting law. This legal obligation is set in 14 of the 16 German Länder.

Description of the measure in discussion/already in place

As for other cases, where tariffs do not exist, the minimum wage of 8,8 € as set specifically for public procurement contracts has to be applied in case of public tenders outside the scope of application of sector-specific minimum wages. In Bremen (one of the German Länder), the federal legislator has established a central "special commission minimum wage" liable for the implementation and control. For this purpose, the federal law provides that the contracting authority has to agree with the contracting company that the tendering authority is allowed to undertake controls and to assess the payroll accounting, relating to the workers employed for the accomplishment of the public contract.

Furthermore, it has to be agreed that the contracting authority is empowered to question the workers on the wages paid and their working conditions.

Moreover, § 16 al. 3 of the Tariff Adherence and Public Procurement Act of Bremen stipulates the general obligation of all contracting authorities to inform the “special commission minimum wage” about any awarded construction or service contract. The special commission registers these informations by an electronic collection system. The choice of control samples is further undertaken by the special commission on basis of the reported contracts. Within the selection process focus is put on such cases of public contracts which are typical for low wage sectors. The control is carried out by the contracting authority in close cooperation with the “financial control black labour”, responsible for minimum wage controls outside public procurement.

In case that these controls reveal breaches threatened by penalties, they are reported to the competent authority “finance control black labour”.

Moreover, within the context of sanctions specifically applying in public procurement cases, the federal law foresees a contractual penalty amounting to 1% for each breach of the minimum tariff, in case of repeated breaches up to 10% of the value of the contract value. The main contractor is liable for the abiding by the tariff applicable by the sub-contractors, which are employed for the execution of the contract. If manifold breaches occur, the contracting company may be dismissed without notice and asked for damages compensation.

And finally: The contracting company can be banned from any further public procurement procedure for an exclusion period of 2 years by a respective registration in the public procurement register.

Similar central control authorities exist in federal laws of Berlin, Nordrhein-Westfalen and Hamburg .

Italy

Key point/background - Combat against irregularity in payments of salaries and contributions

The construction sector in Italy is characterized by a low level of workers' rights. This fact is linked to several reasons. The most important one being that in general the award criteria applied in public procurement procedures is the lowest price. Trade Unions CGIL,CISL,UIL engage to improve the relevant legislation. Abuse of workers goes hand in hand with contribution evasion, unclear labour relations, absence of controls on construction sites by competent authorities, attempts of infiltration by organized crime in public procurement, lack of respect of health and safety measures especially with regard to subcontractors.

Description of the measure in discussion/already in place

To fight against abuses of payment of salaries and contributions, the Italian Public Procurement Act states that every company participating in a public procedure must produce a document certifying that payments of contributions to public social insurance agencies were correctly disbursed, including insurance against work injuries and pension contributions. This document is issued by “Cassa Edile” in accordance with national insurance companies for safety and pensions. “Cassa Edile” is a part of the bilateral relationship entity. It is a bipartite organism composed by Trade unions and employers’ representatives of national collective agreements (Sistema Bilaterale delle Costruzioni) and it is an entity established by the national collective agreement for construction workers that ensures the payment of a part of the workers' salary, such as vacation pay and other rights established by collective agreements.

This relevant document is called “DURC” (Certification of Labour Compliance, Documento Unico di Regolarità Contributiva).

If companies cannot provide this document to the contracting authority, they are automatically excluded from public tenders procedures.

The DURC is fully computerized and the contractors have to hand it over for every SAL (state of advancement of works) before asking the relevant compensation for accomplished works from the contracting authority. DURC is managed by "Cassa Edile", INPS (National Institute of Social Pensions) and INAIL (National institute of injuries on workplace).

Unfortunately, some loopholes have still to be closed: This system does not guarantee the payment of the monthly salaries. Some companies just pay the contributions in order to receive the DURC, which they have to hand over to contracting authority, without subsequently paying the monthly salaries to their workers.

Latvia

Key point/background - Prevention of wage dumping

Practice shows that the client contractors in the construction sector often pay a wages to their employees, which do not even amount to the average wage in the sector. In many cases under table pay is involved. To prevent spreading of gray economics, the "State Revenue Service" introduced amendments to the existing public procurement law.

Description of the measure (which will come into force on August 1, 2015)

All contracting authorities are obliged to evaluate if the tender is not abnormally cheap. All economic operators have to prove that their employees and the their subcontractor's employees are receiving at least 80% of the average hourly wage rate in the specific profession based on the relevant NACE code, for the first nine months of the last year. For example if company X is participating in the tender on January 1, 2015, then it has to prove that for the period between January 1, 2014 and September 1, 2014 (nine months) it has paid its employees at least 80% of the average hourly wage rate in the relevant sector based on the applicable NACE code. The amount of the average hourly wage rate for various sectors and professions is established by the State Revenue Service. These average hourly wage rates are publicly available on its website:

<https://www.vid.gov.lv/default.aspx?tabid=11&id=6864&hl=1>

Norway

Key point/background - Administrative regulation on wages and working conditions in public procurement

In implementing ILO convention 94 (Convention concerning labour clauses in public contracts), an administrative regulation on wages and working conditions in public procurement was introduced. The regulation has since been evaluated by the EFTA court of justice and has been adjusted accordingly.

It aims at ensuring that public procurement contributes to creating a level playing field and fair competition and does not contribute to creating distortions in the labor market. The administrative regulation is also introduced to fulfill the obligations set out in the Posting of Workers Directive.

Description of the measure in discussion/already in place

The administrative regulation stipulates that companies, which provide services and construction work to public authorities, are obliged to apply wages and working conditions equal to those determined by generally applicable regulation or national collective agreements.

Portugal

Key point/background - Level playing field, public procurement portal

The «Instituto da Construção e do Imobiliário» (InCI) is the regulating entity for the construction and real estate sector in Portugal. The entitlement to exercise any of those activities is issued under its supervision (e.g. «construction authorization», «registration of the entity», «real estate operating licence»). Alongside, it tries to improve a «modern» and «competitive» market in those sectors through an «inspecting and supervisory action».

Description of the measure in discussion/already in place

From 2009 onwards, this institution, placed under the aegis of the Portuguese Ministry of Economics and Employment, publishes annual reports on the situation of these sectors, relying specifically on the data gathered through the «portal BASE», the «public procurement portal». The «portal BASE» was part of the new «Código de Contratos Públícos» (CCP) [«Public Contracts Code»], created to transpose the European norms (Directive 2004/18/EC) into the Portuguese legislation. The official reports highlight two distinctive aspects of this portal. First, it gathers in a single electronic portal all the information concerning public procurement in Portugal (being the first European Member State doing so). Even if there are 8 electronic platforms for the public procurement, those are accessible and connected with the «portal BASE» (InCI, 2013: 7, 16-17). Second, it seems to involve relatively high proportions of the total of contracts from the public procurement. Since 2009, tender procedures in Portugal must be performed through an electronic platform. The electronic public procurement rate in Portugal is 75% (2010), whereas the EU average is estimated to be less than 5%» (InCI, 2012: 9). For 2011, practically 62% of the procurement procedures were carried out using the electronic platforms for public procurement, a percentage that goes to 92% considering only the procedures related to values above the limits set in the EU Public Procurement Directives. The «InCI» states that the principal virtues of such electronic procurement are the «accountability» and «transparency» of the public organizations regarding public spending, besides offering exhaustive and immediate statistical information that any company or citizen can access.

5.3. Transparency measures for sub-contracting chains

Austria

Key point/background – Limitation of subcontracting chain

Austrian institutions are often confronted with workers' claims against their employers of the construction sector relating to unpaid wages. Mostly, they come from other EU countries and cannot even identify who their employing company is, nor its name nor location. Of course, they are not able to identify the main contractor for whom their employer, normally a sub-contractor, was working. In most of the cases it turns out that the sub-contractor went bankrupt and did neither pay social contributions nor the workers' wages, in which case the workers can refer to the publicly funded "Insolvenz-Entgelt-Fonds" (supplied by employers' contributions and public funds) to be reimbursed. This is a very unsatisfactory situation especially in the case of contracting authorities who tend to award the bid with the lowest price. However, it often turns out to be the most expensive one in those cases that the sub-contractor goes bankrupt and the public has to pay the workers' wages.

Description of the measure in discussion/already in place

Following the lead initiative of the Austrian social partners of the construction sector (amidst others Gewerkschaft Bau-Holz) the Austrian legislator proposed to cut the sub-contractor's chain at the second level except in case that the contracting authority allows to employ further sub-contractors for certain specified crafts and where this is objectively justified. However, this is not admissible for the critical tasks of the craft (§ 83 Abs 5 and 240 Abs 5 , draft Austrian Public Procurement Law).

Austria

Key point/background – Exclusion of subcontractors for critical tasks; ÖBB

ÖBB is the Austrian railway company in public ownership. It goes without saying that for safety and security reasons of its passengers, the main factor for ÖBB's construction activities is the quality of the construction performance. The economic pressure on bidders is high, the market situation is strained. To improve profits, the client contractors more and more often recur to the business model of subcontracting.

Description of the measure in discussion/already in place

In 2014, ÖBB decided to set the following priorities: The critical tasks have to be carried out by the economic operator whose technical and economic specification had been verified by an in depth assessment when awarding the contract.

As quality often is watered down by the employment of too many subcontractors, ÖBB decided to include new award criteria into its tenders:

- At least 50% of the critical tasks have to be carried out by way of own performance
- Main subcontractors have to fulfil all specification criteria. They have to carry out 80% of the work by own performance
- Prior to the employment of any subcontractor, ÖBB has to consent
- Sub-subcontracting is restricted
- In case of reasonable grounds that a breach of these obligations has occurred, a contractual penalty applies.

Since June 2014, about 30 projects amounting to a total volume of ca. € 400 million have been awarded on basis of these principles.

Denmark

Key point/background - subcontracting and exclusion grounds

During 2014, a tripartite working group has been elaborating a proposal for a new law on public procurement on the basis of the new EU Public Procurement Directives.

Description of the measure being discussed

The proposal was presented to the Danish parliament on 18 March 2015 and is expected to enter into force in October 2015.

In the remarks for the proposal it says that social provisions can be used as long as they comply with the EU-law and Danish law. The trade union participates in several working groups in this area and works intensely with this subject.

It currently requests the right of the client to approve all subcontractors prior to their employment. Moreover, trade union asks for the exclusion of subcontractors that proved to be fraudulent in the past.

France

Key point/background – Better framework for subcontracting

Subcontracting is an important case for the French trade unions. Frequently, client contractors roll over practically the whole subject matter of the contractual tasks on subcontractors, thus completely watering down the liability and in the end leaving society with the costs of non-compliance with the contractual obligations.

Description of the measure in discussion/already in place

Article 54 of the Public Procurement Act foresees the admissibility of subcontracting. However, the contracting authority can demand that certain tasks which are deemed to be essential for the contract have to be undertaken by the client contractor himself. This provision is further defined by the Law concerning sub-contracting (loi du 31 décembre 1975) specifying that although subcontracting is admissible, a significant part comprising certain essential tasks of the contract has to be undertaken by the main contractor.

Italy

Key point/background and measure – Subcontractors and involvement of trade unions

An important measure to ensure transparency for subcontractors is the obligation to forward to the contracting authority the list of subcontractors to be involved in the execution of the works prior to the beginning of construction works on the site. The access to the construction site is subject to authorization. Authorization is issued by the contracting authority. The following persons are endowed for inspection: representatives of the public entity, the labour inspectorate or the Health and Safety authority. Breaches of relevant legal provisions are threatened by administrative sanctions.

Description of the measure in discussion/already in place

Article 118, indent 6 of the Public Procurement Code (Decreto legislativo 163/06) establishes that "Prior to the beginning of the work, the contractor as well as the subcontractors through him shall provide the client with documentation confirming that the social security authorities, including the Local Construction Fund, have been notified of the work and provided by a copy of the plan according to the provisions in paragraph 7 (plan on safety at work place)." In order to enable the payment of the amounts due on completion of various stages of the work and completion of the work as a whole,

the contractor, and through him, the subcontractors shall provide the client authority or administration with a Single Insurance Contribution Payment Certificate (DURC). The DURC is mandatory to perform construction contracts under a building permit. The effect of this regulation is that all the employers in the construction sector must abide by the applicable collective agreements, otherwise the certificate is not issued. As a consequence, a tenderer who does not apply the sector-specific collective agreement is excluded from the tendering procedure.

Moreover, prior to the beginning of works the contracting company has to send a "Preliminary Note", indicating every person involved in the works to the competent authority (Labour Inspectorate and Health and Safety Agency).

The national collective bargaining agreement for construction workers also foresees that the contractors have to inform local trade unions about the number of subcontractors, the collective bargaining agreement applied to the workers, the number of workers involved in the execution of the works and the duration of works.

Italy

Key point/background and measure – Requirement of the client contractor to perform certain tasks

The Italian Public Procurement Code provides specific rules for the protection of the rights of workers executing a public contract as well as for the selection of contractors and subcontractors.

Description of the measure in discussion/already in place

The subcontractor must be authorised by the contracting authority which verifies the content of the contract, the kind of activity subcontracted and the qualifying requirements of the subcontractor. Moreover, only a maximum of 30% of the value of the prevailing work (so called "categoría", which must be specified in the tender) for which the contract is to be awarded can be subcontracted to a third party. Further subcontracting is not allowed.

Netherlands

Key point/background – Code of conduct formulated by the client contractors

In 2008 a group of large contractors formulated a code of conduct. The main aim of the code was to elaborate a fair and transparent treatment in a chain of production among clients, contractors, subcontractors and suppliers. Moreover, the code also included several principles for a more social and sustainable procurement. As a follow-up of the initiative, an independent association *Bewuste Bouwers* (Conscience Builders) was formalised in 2010 with five basic principles: transparency, safety, sustainability, quality and social conduct. (<http://www.bewustebouwers.nl/organisatie>)

Description of the measure in discussion/already in place

The client contractors stated that they expected public and private clients to take more account of societal effects of the building activities. Therefore, the work should be based on price and quality, with more room for innovation.

Part of the code is the notion of the joint liability of the client and the main contractor. Together with the client the contractors shall guarantee a safe and healthy workplace, with social and sustainable working methods. The involved companies have agreed to integrate the principles of the code in their daily business.

Communication is the key value in the approach and the safety applies to the workers, visitors and the local residents. On the website of the association several projects are listed, which received a site related certificate as a result of the observance of the principles of the code. Auditors may visit the

sites to assess the compliance with the principles and the certificate can be withdrawn in case of a negative audit. In 2013 a (completely revised) handbook was produced. Unfortunately, the chapter on the social dimension is superficial, apart from the health and safety norms. There is mostly reference to clean facilities and to the engagement of minorities and apprentices.

Hitherto, observers signal that the principles have not become popular; even the main procurement offices that deal with public tenders often do not know about the existence of the code. Nevertheless, according to a recent article on the association's website the code has produced some effects. The authors cite several examples where the local authorities have integrated the code in their tender. An ad random glance over the 854 certificated and registered sites reveals that especially ecological concerns and the relationship with other stakeholders, like the clients or the local residents in the neighbourhood of a building project (noise nuisance, waste management), have become a core aspect of the application of the code (<http://www.bewustebouwers.nl/wp-content/uploads/2014/10/Bouwend-NL-artikel-Jansma-en-provincie-Friesland-sept-2014.pdf> visited 23-03-2015).

Norway

Key point/background - Limitation of the number of subcontracting levels under the main contractor

Both public control authorities, the trade unions and several research institutions claim that the more levels under the main contractor, the less transparency and control. From this factor derives more social dumping and crime in the construction sector. By shortening the contracting chain it will be easier to put in place control mechanisms to secure compliance with legislation. Several local communities have already adopted maximum levels in the contracting chain, and experience shows that the big contractors quickly adapt to such legislation.

The Norwegian government is working on the implementation of the new EU Public Procurement Directive. The Norwegian Construction Trade Unions intend to campaign for the inclusion of good practices that have been established by local authorities into national law.

Description of the measure in discussion/already in place

In 2015, the government will change legislation so as to have the possibility to limit the maximum number of admissible subcontracting levels in the subcontracting chain in public procurement. It is expected that it will be left to local and regional authorities to stipulate the limitation according to local preferences and necessities. The parliamentarian opposition has proposed to have an absolute maximum limit of 2 levels under the main contractor.

Public procurement giants like Statsbygg (public property owner), Veivesenet (Road construction) and Forsvarsbygg (Defence property) already apply a limit of two levels of subcontractors in their procurement policy.

Norway

Key point/background - Contractor clause and demand of own employees

Originally, this regulation was introduced to combat misuse of false self-employment. Today the regulation is also used to tackle misuse of obscure work contracts and to reduce the number of hired workers with temporary contracts, a business model incompatible with the legislation on regular work contracts. This measure aims at supporting reliable companies contracting a large number of permanent employees and possessing own competence. Experience shows that these companies are more trustworthy and often are organized workplaces ("Union Workplaces- Safer Workplaces").

Description of the measure in discussion/already in place

In the administrative regulation on public procurement a provision stipulates that the contracting company shall dispose of own employees. For construction work executed in Norway the main contracting authority can define as a specification criterion for a contract to be executed that the construction work has to be performed by the contracting company and its own employees, or by subcontractors and their employees or by employing legally hired workforce. The main contractor can demand that the employment of single person companies, which are not the main contractor or a subcontractor, has to be justified.

Slovenia

Key point/background – Combat against lenient payment discipline

In the Republic of Slovenia the Public Procurement Act lays down the mandatory actions required of contracting authorities and tenderers in awarding public supply contracts, public service contracts and public works contracts. The competent authority is the Public Procurement Directorate. Due to increasing lack of payment discipline, which affected subcontractors as vulnerable participants in public procurement, the legislator's attention was turned on the regulation of this legal area to avoid that subcontractors "plunge" as a result of the principal contractor's default. It aims at reinforcing the strength and resistance of the subcontracting chain, indirectly benefitting the subcontractor's workers.

Description of the measure in discussion/already in place

In order to ensure financial discipline, the Public Procurement Act includes provisions in case the client contractor employs subcontractors. In such a case, the contracting authority is entitled to pay directly to subcontractors, on the basis of endorsed invoices or statements. Furthermore, the main contractor is obliged to attach endorsed invoices or status reports of his subcontractors to his own invoice or statement. Violation of these provisions is considered to be grave misconduct and is punishable.

Spain

Key point/background – Limitation of subcontracting chain

The signatories of the general construction industry agreement expressed to the parliamentary groups and the government the need to regulate outsourcing in the construction sector. This consultation resulted in the Act 32/2006 of 18 October, which regulates this subject matter.

Description of the measure in discussion/already in place

The measure is twofold: On the one hand, it limits the subcontracting chain to maximum two levels of companies. The main contractor can subcontract any work package such as for example shuttering, provided that the subcontractor has a company structure (offices), equipment, tools and machinery, as well as offers training for his employees

On the other hand, it establishes a minimum percentage (30%) of workers to be employed with permanent contracts at every level of the subcontracting chain. These provisions showed a practical improvement as to workers' conditions and a significant reduction of risks resulting from the mere fact of temporary employment.

5.4. Strengthening of main contractor's liability

Austria

Key point/background - Liability of general contractor with reference to public procurement (§ 7 c of Austrian labour contract alteration act)

This legislation aims at resolving the problem that public contracts, mainly in the construction sector, are awarded to companies, which at the end of the day do not carry out the contract by themselves but shift at least parts of the works to be carried out by other companies. Those companies often do not fulfill their contractual obligations by paying the wages, taxes and social security contributions for their workers but go bankrupt. The payment obligation is shifted to the Insolvency-Compensation Fund. The final result is that the client contractor earns the reward for its performance whereas society bears the cost.

Description of the measure in discussion/already in place

indent 2 of § 7 stipulates the main contractor's liability as follows:

- The main contractor is liable as guarantor for all wage claims of workers. The main contractor's liability only comes into being if the obligation has been claimed unsuccessfully against the primary debtor before court.
- The same is valid in cases that the subcontractor passes the whole or part of the contract to further subcontractors against contractual agreement.

Indent 3 refers explicitly to the construction sector without special reference to public procurement law. The main contractor is generally held liable as deficiency guarantor. This means that the guarantor can be held liable in the first place, even if insolvency proceedings relating to the main debtor (e.g. the subcontractor) has not been opened. The same is valid in case that the main contractor is of unknown current location at the maturity of the payment.

This general liability is limited insofar as the workers' claims for remuneration have to be asserted by judicial procedure within 6 months after having accomplished their performance, otherwise the main contractor's liability expires.

However, the main loophole is opened by the provision that the liability of the main contractor expires in case of judicial declaration of bankruptcy of the subcontractor. A case of legislative contradiction! In conclusion, it has to be stated that the aim of the above mentioned provision is well intentioned, however, it still needs improvement:

First of all it takes for granted that the workers concerned know that their production site has been established within a public procurement contract. Secondly, they have to know their client contractor. But even if they have this information, they lack the right of access to the public procurement contract. There is no transparent, freely accessible register in Austria, which offers information about public contracts, which main contractor has been awarded and which subcontractors were assigned. Hence, it is impossible to establish if incompetent or insolvent subcontractors have been contracted. As this is the pre-condition for the main contractor's liability according to indent 2, it is practically unenforceable.

The second alternative in indent 3 is limited to the construction sector. The systematic social dumping within this sector is based on the establishment of an opaque chain of subcontractors, at the end of which is to be found a company established for the only reason to make workers work without payment and to transfer the payment obligation to the insolvency-compensation fund. If the direct liability access to the main contractor is excluded in case of insolvency of the subcontractor, then in most of the cases the - at first sight straight forward and efficient - liability proves to be quite powerless.

Therefore, an expert group „combat of social dumping“ has been established which also aims at the improvement of the main contractor's liability, as the current legal situation provides for the total elimination of responsibility in case of the insolvency of the subcontractor. Hence, the system still relies on the last piece of the chain. Until the workers have obtained all necessary information, insolvency of the subcontractor occurred and the main contractor's liability expires. The positive side of a new proposal is the information obligation. According to this, the company has to inform the workers within 14 days about all subcontractors and passed on construction works. In case of deficiency, the main contractor is held liable for all passed on construction works, until he provides the information requested.

France

Key point/background – Joint liability of client contractors and subcontractors for the compliance with minimum wages

Article 5 of the law of 10.7.2014 imposes a joint obligation to abide by the payment of minimum wages based on law or collective agreements.

Description of the measure in discussion/already in place

In case that the building contractor or the contracting authority is informed about any non-payment of the due wages by the client contractor or subcontractors, they are obliged to immediately put an end to this situation. They have to provide a written prove to the administrative authority that the wages have been paid. At the same time, the responsible control agent has to be informed. In case that the contracting authority respectively the building contractor breaches this obligation, he is held jointly responsible with the subcontractor to pay the salary, penalty and contributions.

Germany

Key point/background – Liability for minimum wage throughout the subcontractors' chain

Often the main contractor offers calculation details within his bid that covers the wages as set by collective agreements. However, by employing sub-contractors, in many cases these wages are not paid at all or a much lower salary is offered. In many cases, the workers on the site are not employed but act as bogus self-employed contractors on whom collective agreements, minimum wages and minimum health and workers' protection rights do not apply.

To combat these unfair practices, many German Länder introduced the liability of the main contractor to pay minimum wages or wages as set in collective agreements, if the subcontractor fails to do so.

Description of the measure in discussion/already in place:

§ 14 Arbeitsentgeltgesetz (Act on the Work's Remuneration – relating to sector specific tariff minimum wages) and § 13 Mindestlohngesetz (Act on Minimum Wages – relating to the newly introduced minimum wage applicable in the whole country) stipulate that the legal minimum wage is owed throughout the subcontractor chain and regardless of culpability by the main contractor. From this follows that in case of bankruptcy of one of the sub-contractors, the workers can ask regress from the main contractor. The same accounts for the payment liability for social contributions. This liability brings about the obligation of the contracting authority to carry out a plausibility assessment of the bid, the requirement of a guarantee of the client contractor for regular and timely payment of the minimum wage, as well as the obligation of the main contractor to undertake all measures to oblige his subcontractors to undertake the same obligations. This guarantee further includes the agreement on an information or even necessity of consent by the contracting authority if subcontractors are employed. Additionally, enforceable securities to mitigate the liability risk of the contracting authority

are often agreed on, as well as the right of the contracting authority to step back from the contract in case of non-payment of the minimum wage.

Switzerland

Key point/background – Joint liability of contractors' chain; compulsory control of negative list

This measure includes a twofold aim: Firstly, to avoid the shifting of risks from the client contractor to the weakest part of the contracting chain. Secondly, to oblige the main contractor to undertake certain control steps prior to any employment of sub-contractors.

Description of the measure in discussion/already in place

The client contractor is held jointly and wholly liable for the non-payment of minimum wages and non-compliance with working conditions by the sub-contractors. Moreover, sub-contractors that are enumerated on the black list are to be excluded from any contract. The sub-contractor has to prove the compliance with working security and working conditions.

However, the client contractor is held reliable on basis of civil law only in case that the subcontractor was sued without success or cannot be sued. The client contractor can free himself from liability if he is able to prove he undertook a due diligence assessment of the subcontractor's application of minimum wages and legally binding working conditions. This he can achieve by providing convincing evidence by relevant documents.

5.5. Most economically advantageous price – lowest price

Austria

Key point/background – Initiative “Fair Procurement”

This initiative originates from the construction sector, where the social partners – companies of the construction sector and the trade union of the construction sector (Gewerkschaft Bau Holz) – decided to take decisive steps against:

- on the one hand unfair competition by companies not abiding by legal standards and collective agreements;
- on the other hand wage dumping and non-compliance with workers' rights.

The success of the initiative until now – public procurement, normally considered to be a boring issue for specialised lawyers, was made presentable for Joe Citizen – is to be explained by the joint action between representatives of companies and the sector-specific trade union.

Description of the measure in discussion/already in place

In its article 67 indent 2 the new EU Procurement Directive paves the way for mandatory application of the most economically advantageous price in a specific sector. Implementation into national legislation implies that the contracting authority is not allowed to refer to price only as a criterion but has to establish at least one more quality criterion. This seems at first sight simple and an easy way to achieve better working conditions and to reduce predatory price competition on the workers' shoulders. However, a lot of fine tuning is necessary in order to avoid bogus criteria, like for example a longer time of guarantees or other so called “zero-criteria”. With a view to the strong opposition of the contracting authorities, it seems even to be necessary to establish a list of criteria that are deemed to be valid in order to establish the best price-quality ratio within the meaning of article 67 indent 2 EU Procurement Directive.

Of course, the initiative also tackles the issue of sub-contracting chains by proposing a) the limitation to maximum two levels b) the equation of personnel leasing agencies and affiliated companies with sub-contracting companies.

Moreover, the initiative proposes a ban from procurement procedures for a period of 12 months in case of legally binding statement of infringement of labour rights.

By now, the Austrian government has forwarded a draft which includes the main demands of the initiative for public consultation.

Bulgaria

Key point/background – Award criterion “most economically advantageous tender”; metro Sofia

Bulgarian public procurement is characterised by price dumping often resulting in the bankruptcy of the bidder, followed by non-payment of sub-contractors and their workers involved.

Therefore, when the expansion of the metro network in Sofia was decided, a combination of strong exclusion grounds and award criteria to prevent social dumping were set by the contracting authority.

Description of the measure in discussion/already in place

At the specification stage, strong exclusion grounds and clear contract performance conditions were determined ex-ante. The most economically advantageous price was set as award criterion. Sub-contractors had to proof their economic and technical performance capacity. The final payment of the contracting authority was only to be effected after the written proof of the client contractor that he has paid all sub-contractors, as well that all public debts (social security, taxes) have been cleared. Moreover, in 2006 a Chamber of Builders has been established. Any company that intends to

participate in a public tender has to be registered with this Chamber. Prerequisite to its registration is the fulfilment of a number of social criteria requirements.

Italy

Key point/background – Award criterion “adequate and sufficient” labour cost

In order to avoid that the contract is awarded to a contractor on the basis of the lowest price on the shoulders of the workers’ wages, a new mechanism has been introduced in order to ensure that the wages of the most representative collective agreement are paid.

Description of the measure in discussion/already in place

When the awarding criterion is based on the criterion of the lowest price, the contracting authority has to assess that the economic value of the tender is “adequate and sufficient to cover the labour and safety measures cost” and if it is “reasonable compared to the size and characteristics of the works”. The adequate and sufficient labour cost is calculated on the basis of tables that are periodically collected by the Ministry of Labour, based on economic values of welfare and social security rules provided by collective agreements signed by the comparatively most representative trade unions.

Poland

Key point/background - Abnormally low tender

Lowest price is usually a reason for distortion of competition and cause of social dumping. Reliable companies cannot be competitive in circumstances when other companies are offering abnormally low tenders. This is the reason, why exclusion of bids with an abnormally low price is such an important tool for contracting authorities. However, as experience in Poland shows, this can only be a first step to prevent social dumping.

Description of the measure already in place (since October 19, 2014)

According to Public procurement law article 90.1., the bid has to be assessed if the price of a tender appears to be abnormally low in relation to the subject matter of a contract and raises doubts of the contracting authority as to the possibility of performing the subject matter of a contract. This clarification is mandatory, if the price is lower than 30% of the contract value or the arithmetic average of prices of all submitted tenders. The clarification obligation includes the submission of evidence in particular as regards: the economic method of contract performance, technical solutions chosen or the exceptionally favorable conditions for performance of contract available to the economic operator, the originality of the economic operator's design, and finally labour costs, the amount of which may not be lower than the minimum wage established.

Serbia

Key point/background – ILO Convention 94; scoring of social award criteria

After the ratification of the ILO Convention 94 (Convention concerning labour clauses in public contracts) in the National Assembly of the Republic of Serbia which made its provisions part of the national legislation, and thanks to the initiative made by the Autonomous Trade Union of Road Maintenance Workers of Serbia, the creation of the conditions for the application of the provisions and the spirit of this Convention was launched.

Description of the measure in discussion/already in place

Within these efforts the following activities and measures were taken: The Autonomous Trade Union of Road Maintenance Workers of Serbia and the Ministry of Construction, Traffic and Infrastructure agreed to form a Working Group that would take measures to provide for the application of the provisions of the ILO Convention 94.

In accordance with this agreement and the decision of the Ministry issued on 2.10.2014, this Working Group was formed, comprising representatives of the Ministry of Construction, Traffic and Infrastructure, Central Registry for Mandatory Social Insurance, Ministry of Finances (The Tax Administration), Ministry of Labour (Labour Inspectorate), Agency for Business Entities and Autonomous Trade Union of Road Maintenance Workers of Serbia. The working group was endowed with the following tasks:

- To determine criteria to set the level of compliance of business entities with the legal obligations undertaken through contracts in the field of traffic infrastructure, as well as in relation to the design, construction and supervision of standards and recommendations of good practice set by the ILO, and as to the monitoring of financial, business, technical, and human resource capacities;
- To create a preliminary list of business entities and other organizations which abide by the established criteria.

According to these tasks, the Working Group established the following criteria:

- Criterion that indicates the number of persons employed for an indefinite period of time, for a fixed period of time and the number of persons hired on the basis of contracts for temporary and occasional jobs;
- Criterion that indicates the frequency of light and heavy injuries at the workplace;
- Criterion relating to “undeclared work”,
- Criterion relating to the indebtedness of the business entity and to the contribution to the public revenue (taxes, contributions for mandatory social insurance – retirement and disability insurance, health insurance and insurance for the case of unemployment).

These criteria correspond to a „scoring“, that is processed by an index. Certain criteria have positive implications while the others have negative implications. Multiplying the values of the criteria with the index, one manages to achieve the equalization of values of all criteria in order to avoid the dominance of certain criteria over the others.

Assessment example for the number of points based on a specific case:

1. The Company has 759 permanently employed workers, multiplied by the factor 3 leads to 2277 points;
2. There are 236 employees working for a fixed period of time which is multiplied by the factor 2 scoring 472 points;
3. There was one serious occupational injury, multiplied by the factor 500, thus scoring 500 points;
4. There happened 5 smaller injuries which are multiplied by 100, scoring 500 points;
5. There was no undeclared work reported;
6. Debt based on public revenues is 2.912.407.170,06 dinars, divided by the index 100.000 scores 29.124.07.

Adding the points for positive criteria and then reducing them by the points for the negative criteria sums up to **27.375,07** which is the number of points relevant for the awarding procedure.

According to the above mentioned criteria a list has been established, containing about 540 business entities out of which almost one half have negative results.

In the next period the Working Group has the task to quarterly update the list.

At the same time, starting with the second half of 2015, the „Central Registry for Mandatory Social Insurance“ has the obligation to start updating and sending monthly data about the type of employment relation of hired people and data about the basis (paid salaries and wages) on which contributions are paid as well as the amount of these contributions.

The Working Group made a recommendation for amendments of the Law on Public Procurement in accordance with the previously mentioned criteria.

In any case, already the adoption and publishing of this list has had a positive effect on the behaviour of the contractors and subcontractors especially when it comes to the public contracts, or labour clauses in public contracts. This activity, for example, led to the improvement as to the regularity in payments of salaries and contributions, as well as with regard to the type of employment of people hired leading to the predominance of permanently employed workers.

It is obvious that there is still a lot of work ahead of trade unions, however, it is certain that they will manage to establish a system where the public contracts will be awarded only to such employers, who respect labour clauses, or to those, who regularly pay salaries and contributions for mandatory social insurance and whose employees have a permanent contract, as well as those who do not have reported labour related injuries.

Switzerland

Key point/background – Mandatory inclusion of quality criteria in the awarding procedure

According to the demand of the Swiss trade unions, the bids have to be assessed not only on the basis of the price but also on quality criteria. This is necessary to secure that the contracting authorities can fulfil their tasks relating to social policies. Such provisions already exist in some “Kanton” and shall be introduced on federal level. Moreover, criteria that aim at releasing the pressure on workers by employing them on normal contract conditions, thus not passing on the risk, shall account for additional points in the award weighting.

Description of the measure in discussion/already in place

The relevant provision (art 31 the Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVÖB which is under reform process) shall be amended in such a way that the bids have to be assessed on the basis of price and quality criteria. The quality criteria are cited in the legal provision and comprise amidst others life cycle costs, delivery conditions, sustainability, client-related service. The public authority awards the contract only to such companies that guarantee the compliance with minimum working conditions at the location of performance. These include minimum tariffs regardless of whether they have been declared binding, the standard working conditions and, where such provisions do not exist, the factual working conditions according to the principles of the relevant profession and location of performance. If necessary, equally represented entities have to be heard. Such entity could be a “Tripartite Commission” as it has already been established by the legislation on dispatched workers on basis of the relevant EU directive (art. Art. 5 Entsendegesetz).

In case the contracting authority does not use capacity oriented variable working times, this fact qualifies for a positive award criterion (new Art 31). Moreover, any company that employs apprentices shall be awarded with extra points within the awarding procedure, as Trade Unions have demanded.

5.6. Social Considerations

Austria

Key point/background – Joint consideration of social aspects in contract conditions; City of Vienna

The Vienna administrative body (Magistrat der Stadt Wien) regularly sets the conditions and modalities for all its subordinate contracting authorities. These conditions are established according to the result of a coordination procedure between subordinate authorities as well as its outsourced companies under public ownership. These conditions and modalities ("general procurement conditions of the City of Vienna) explicitly refer to the application of certain social clauses, control mechanisms and right of withdrawal in case of violation of contractual clauses. This set of rules is declared mandatory by ordonnance of the chief civil servant of City of Vienna.

Description of the measure in discussion/already in place

The first relevant clause refers to the ban of exploitative child labour which opens the right of withdrawal from the contract. The client contractor is held liable for all subcontractors and providers. The second set of clauses refers to subcontracting, causing the major problem with regard to the contract performance. The general conditions establish a ban to subcontract the whole subject matter of the contract. Subcontracting is only admissible after the explicit consent of the contracting authority. The same accounts for the change of the subcontractor. The contracting authority has the right to refuse a change in case of lacking qualification or violation of the ban of exploitative child labour.

Moreover, the liability for the contract performance remains with the main contractor. The same accounts for personnel leasing.

Although the City of Vienna could have included many more social and vocational aspects into these general contracting conditions, they are a good basis to agree on more in the future.

Austria

Key point/background – Apprenticeship; Guidelines – City of Vienna

At the beginning of 2013, City of Vienna started a pilot project aiming at setting priority to companies offering training for young people when directly awarding public contracts. This measure emphasizes the willingness of the City to give preferential treatment to such socially responsible companies. To support its tendering entities, City of Vienna devised a so called "work tool".

Description of the measure in discussion/already in place

The pilot project takes into consideration that not all Member States offer "dual" training like it is typical for Austria and Germany and therefore refers to a wider definition, taking also into consideration also comparable methods of training. Those companies, which have trained at least one apprentice for at least three months within the last three years shall achieve special points within the award evaluation.

Also, the measure only applies in the construction sector when direct award is possible, that is with tendering limits below the thresholds of the EU Procurement Directive and with no relevance for the internal market.

In order to alleviate the burden on the contracting authority, the register of client contractors (Auftragnehmerkataster Österreich) reports the apprentices of the registered companies on a yearly basis and makes it evident for the contracting authorities.

Belgium

Key point/background – One specialised regional helpdesk ‘RenoWatt’

Basic aim is to assist local initiatives in the field of energy friendly procurement that focus on the creation of long-term and sustainable employment.

Description of the measure in discussion/already in place

Starting point of the project was the creation of the GRE (Groupement Redéploiement Economique) in 2004 after the announcement of the closure of an Arcelor Mittal plant. Basic reasoning is that with a large majority of the public building stock dating back 20 years, there is a lot to win with an ambitious energy saving renovation project (of 60% of the existing stock) that targets the decrease of the total of the energy consumption. In total 10 regional organisations in the Liège region participate. A unique helpdesk has been created. Important earmarks are the social responsible procurement of the different sites and the recreation of jobs. The trade unions back up this project and participate in the working group that looks after sustainable and socially responsible procurement (for instance, with long-term employment perspectives).

Belgium

Key point/background – Prioritise social responsible procurement

The (regional or national) government formulates a policy that prioritises social issues in procedures and provisions.

Description of the measure in discussion/already in place

The council of the Brussels region formulated already in 1998 the obligation to include social and employment concerns in the procurement regulation (for projects of 750,000 euro and beyond). It created an intermediary office (Actiris). Actiris is engaged as a coordinator that has the task to promote and control the use of social clauses in the procurement of works and services.

Between 2008 and 2013, thirty educational and informative campaigns have been launched for tendering authorities in order to promote social clauses. A helpdesk was financed to assist with eventual barriers in the formulation of social and sustained conditions. In participating communities the future procurement plans were assessed with a view of tracing possibilities for responsible procurement. The regional authority installed also an Alliance for Employment – Environment – Sustainable construction. An assessment of the functioning of the helpdesk led to an update of the circular that illustrated and explained the possibility to work with social clauses.

Denmark

Key point/background - Fight against social dumping, fair wage.

In June 2014 a Circular on Labour Clauses in Public contracts was presented. The circular states that all central authorities (ministries, executive agencies etc.) must apply labour clauses in accordance with ILO Convention no. 94 ensuring that employees of enterprises that provide services to public authorities and contracting entities are granted common pay and working conditions.

Description of the measure already in place (since July 1, 2014)

More specifically, the circular states that the contracting authority must set requirements in the contract to ensure that workers employed by contractors and sub-contractors who contribute to the performance of the contract receive due payment (including special allowances), hours of work and other working conditions which are not less favourable than those established for work of the same character under a collective agreement, contracted by the most representative organisations of

workers and employers in Denmark in the trade or industry concerned and being applicable throughout the Danish territory.

The contract must include provisions that specify the documentation requirements to be met by the contractor. Furthermore the contracting authority is obliged to carry out the necessary control of whether the contractor and any sub-contractors comply with the labour clause.

A part of the Circular recommends that also all local councils and regional authorities apply labour clauses in construction and civil engineering contracts. This is also reflected in the agreement of 3rd June 2014 between the government and the municipalities (LGDK) regarding the finances for 2015, where it says that “The government and Local Government Denmark (LGDK) ... agree that labour clauses must be expanded to all local supply contracts regarding construction work...”.

The Circular has resulted in a more positive climate as to labour clauses in connection with public clients, and since last summer many local governments have introduced such clauses – both labour and training clauses.

Denmark

Key point/background – Labour Clauses, enforcement control

The Danish trade unions in BAT are working closely with local governments and the public authorities in order to prevent social dumping. We try to influence the decision makers where ever we can and have representatives in several governmental working groups regarding social dumping.

For some time BAT has been pushing for the implementation of the circular on Labour Clauses that was presented in June 2014. It continuously tests the ability of the clauses to enforce fair wage and working conditions and prevent social dumping. For the time being the challenge now is the enforcement of the clauses and the control of the demands in the clauses. BAT’s assessment is that this part is totally up to the unions.

Description of the measure in discussion/already in place

The Danish construction unions in BAT have initiated a project focusing on the building projects with construction costs of more than 65 mio. Euro. The project consists amongst others to contact the clients in order to start a dialogue and a corporation regarding a forthcoming building project. BAT offers support regarding a range of issues, e.g. input regarding labour clauses, information about bidding companies, exchange of information regarding legal cases and incidents with contractors and subcontractors. It also provides information for foreign companies regarding the Danish model.

BAT has a website that focus on exchange of information among all the local unions in Denmark. Here we can tell good stories regarding the contact to clients, health and safety, successful ways of organising etc. We have plans about expanding with experience regarding foreign companies that may benefit others. It is an easy way to get in contact with colleagues around the country (

<http://batkartellet.dk/Overblik-og-inspiration.asp>)

At another website BAT has collected information about labour clauses for the benefit of politicians, local unions, public authorities etc. Here the best examples of labour clauses around the country can be found (<http://arbejdsklausuler.dk/>)

France

Key point/background – Joint liability of client contractors and subcontractors; alarm mechanism concerning the sleeping facilities at the site

Articles 4 and 5 of the law of 10.7.2014 impose an alarm obligation on the building contractor ("maître d'ouvrage") and the contracting authority.

Description of the measure in discussion/already in place

Both, client contractor and the building contractor have to immediately inform the labour inspectorate if they get aware of the breach of rules concerning the workers' sleeping facilities, thus breaching "the human dignity" as defined in the Penalty Code. The administrative authority imposes on the client contractor and all subcontractors the obligation "to achieve a result". The addressees of this injunction are jointly liable. In case of non-compliance the administrative authority is in charge of providing decent sleeping facilities at the expense of the client contractor and subcontractors.

Ireland

Key point/background – Social clauses project group; Grangegorman Development and Developed Schools Build Programme; enhancement of apprenticeship; reintegration of unemployed

Irish public procurement policy tends to be more concerned about 'levelling the playing field' for small and medium size enterprises ("SMEs"). The vast majority of the government guidance documents encourage the use of social clauses which promote the participation of SMEs in tender competitions. By contrast, the State has been reluctant, to date, to use public procurement to prevent social dumping and to ensure compliance with sub-contractors rights.

Prior to the establishment of the OGP (Office of Government Procurement), public procurement policy did not encourage the inclusion of social clauses in public contracts.

Description of the measure in discussion/already in place

Within six months of its establishment, the OGP created a "Social Clauses Project Group". The aim of the pilot project is to identify public contracts where social clauses could be deployed to contribute to employment or training opportunities for long term unemployed. The project is concentrating on examining the use of social clauses in contracts where employers are likely to be employing additional workers to deliver the contract. The project is in particular reviewing the use of social clauses in two current contracts: Grangegorman Development (The Grangegorman Development Agency is a statutory agency established in 2006 by the Irish Government under the Grangegorman Development Agency Act 2005 to redevelop the former St. Brendan's Hospital grounds in Dublin City Centre) and Developed Schools Build Programme. In the Developed Schools Build Programme, the social clauses included in the Public Works contracts require that:

- "10% of the aggregate time worked on site to have been undertaken by individuals who have been registered on a national unemployment register within the EU for a continuous period of at least 12 months immediately prior to their employment on the project,
- 2.5% of the aggregate time worked on site to have been undertaken by individuals who are employed under a registered scheme of apprenticeship or other similar national, accredited training or educational work placement arrangement. The Department of Social Protection, through its Intreo offices, is providing support to the contractors in meeting their obligations under the contract by providing suitable candidates to match the skills requirements from those long-term unemployed construction workers (Government Speech, 17th October 2014 by Minister Simon Harris, Second Stage Speech – Social Clauses in Public Procurement Bill 2013; available at: <http://www.per.gov.ie/minister-simon-harris-td-second-stage-speech-social-clauses-in-public-procurement-bill-2013/>).

Early results indicate that approximately 48 long term unemployed people have been hired across fifteen sites out of a total workforce of 440.

Ireland

Key point/background – Joint liability; Health and Safety

The Safety, Health and Welfare at Work Act 2005 places responsibility on all stakeholders (employers, temporary work agencies, contractors, designers, suppliers) for the protection of health and safety at the workplace.

Description of the measure in discussion/already in place

The employer-employee relationship arises if an employee is working in the capacity of an employee, regardless of whose employee he or she is and if he or she is under an employer's direction and control. The employer's duty of care cannot be passed to another party in order to discharge it. Thus, when a worker is dispatched by his or her employer to work for another party (including an independent subcontractor) the general employer's care to the workers remains. The same accounts if a subcontractor comes onto the employer's property and negligently causes injury or loss to the employer's workers, the general employer retains liability.

Ireland

Key point/background – Joint liability; Health and Safety

For the time being, Ireland chose the option to make use of 'model' contracts (with labour law compliance clauses) which is not a legal/ obligation imposed on public procurers, but rather is Government policy and advised as best practice (Circular 1/11 from the Department of Public Expenditure and Reform, Circular 1/11: Model Tender and Contract Documents for Public Service and Supplies Contracts

(<http://www.procurement.ie/sites/default/files/PER%20%20Circular%201%20of%202011-1.pdf>)

makes it clear that the new suite of standardised documents for public procurement is provided as an aid to contracting authorities and, whilst their use is recommended as good practice, the documents and explanatory notes (including the Circular itself) are not intended to confer rights on third parties. However, this set of model contract could serve as a basis for further legal steps into the direction of mandatory compliance.

Description of the measure in discussion/already in place

A suite of 'Standard Forms of Contracts' were launched in 2011 (See the website of the National Procurement Service; www.procurement.ie). In essence, the new public contracts contain model labour law compliance clauses, which make it the responsibility of the principal contractor to ensure that all its representatives and subcontractors:

- Comply with appropriate rates of pay and conditions of employment;
- Apply the terms of any applicable Registered Employment Agreement for the sector;
- Make appropriate deductions from payments to workers required by law;
- Keep proper records (including time sheets, leave records, wage deductions, wage books and copies of pay slips) and produce these records for inspection and copying by any persons authorised by the client;
- Respect the right under law of workers to be members of trade unions;
- Observe, in relation to the employment of workers on the site, the Safety, Health and Welfare at Work Act 2005 and all labour legislation, codes of practice and legally binding determinations of the Labour Court.

The contracts provide that where non-compliance occurs, contracting authorities can take whatever corrective action is considered necessary and appropriate, within the terms of the contract, including the proportionate withholding of payments to ensure compliance. Contracting authorities may also provide in their contracts for random checks of the records of contractors and subcontractors to assess compliance with the requirements of labour law, as appropriate. The construction contracts require mandatory checks to be completed in cases where the contract sum is expected to exceed €30 million; and the duration of the work is expected to exceed 18 months (Guidance Note for Public Works Contracts, published on 30.4.2007 by the National Public Procurement Policy Unit of the Department of Finance).

It should be emphasised, however, that the use of these 'model' contracts (with labour law compliance clauses) is not a legal obligation imposed on public procurers, but rather is Government policy and advised as best practice. Circular 1/11 from the Department of Public Expenditure and Reform makes it clear that the new suite of standardised documents for public procurement is provided as an aid to contracting authorities and, whilst their use is recommended as good practice, the documents and explanatory notes (including the Circular itself) are not intended to confer rights on third parties.

Undertakings tendering for public contracts for services, therefore, in line with the EU Directives, must supply a statement confirming that they have 'taken account' of their obligations relating to employment protection and working conditions (Circular 1/11: Model Tender and Contract Documents for Public Service and Supplies Contracts:

(<http://www.procurement.ie/sites/default/files/PER%20%20Circular%201%20of%202011-1.pdf>)

However, how compliance with labour law requirements is to be monitored is not stated.

Contracting authorities may prescribe special conditions relating to the performance of a public contract that is to be awarded, provided that those conditions are compatible with EU Law and are specified in the relevant contract; in particular, those conditions may deal with social and environmental matters (Circular 1/11: Model Tender and Contract Documents for Public Service and Supplies Contracts:

(<http://www.procurement.ie/sites/default/files/PER%20%20Circular%201%20of%202011-1.pdf>).

Italy

Key point/background – Health and safety; identification card

Italian law prescribes specific obligations for the client and the contracting authority or to improve health and safety conditions of the workers. Both are responsible for the coordination and implementation of prevention and protection measures.

Description of the measure in discussion/already in place

The client contractor is in charge of all preliminary checks on the reliability of the contracting undertaking and of its compliance with its obligations for workplace safety. All employers involved in the subcontracting chain must cooperate in the activities informing each other.

To this end, the client contractor is required to prepare the single document of the follow-up risks assessment (DUVRI), which lists all measures taken to combat the risk of interference to be adjusted in the light of the development of the ongoing works. The DUVRI has to be attached to the contract agreement. The client contractor and subcontractor must then equip workers executing the contract with a special identification card.

Lithuania

Key point/background – Social considerations

A working group composed of 21 members has been established by the Ministry of Economy of Lithuania on 18 April 2014. The Lithuanian Trade Union Solidarumas is represented in this group by its vice-president. It has the task to submit proposals for the implementation of the EU Public Procurement Directives into Lithuanian Law.

Description of the measure being discussed

According to the draft Law on Public procurement, the principal award criteria shall be the most economically advantageous, rather than the lowest price.

According to the group's opinion, the lowest price does not represent the most desirable result from a societal perspective as it often brings about social dumping at the expense of workers, hence the lowest price is not considered to be a socially responsible policy.

Moreover, the draft foresees the obligation of the contracting authority to check if the due minimum wage is paid and if part of the salary is paid "under the desk".

The Lithuanian Trade Union "Solidarumas" organised a round table discussion on social economy on 24 April 2014 in Vilnius in cooperation with the European Economic and Social Committee and the Ministry of Social Security and Labour. The main purpose of this conference was to initiate a discussion and dissemination of information on social enterprises, social economy and social entrepreneurship, and encourage involvement of social partners in Lithuania.

Netherlands

Key point/background - Contracting of 'social return on investment'; apprenticeship and unemployed workers

A case in the city of Dordrecht that started in the late 1990 shows how local authorities can work with social criteria. By the end of the 1990s the city had an unemployment rate that was substantially higher than the national average. The local government decided for a program that was called 'social return on investment' (SROI). Key principle in all procurement procedures (exceeding 50,000 euro) became that bidders had to spend at least 5% of the tender price for the creation of apprenticeship places or the contracting of unemployed. At the beginning this principle was legally challenged by one contractor, but the arbitration council for the building sector backed up the local community policy.

Description of the measure in discussion/already in place

Since then the city has used the SROI-principle (on average 40-50 projects a year). From 2000-2010, the principle has been also used in larger projects of urban development and social housing. Part of these projects were based on private capital, with no or just a minority participation of the community. The local community decided to impose the same principle to private property developers. Over the years, this initiative has created a large impact. The unemployed are contracted by institutes specialised in training or reintegration for a period of two years. These institutes provide the contractor with staff. Their payment is based on the collective agreement for the construction sector. In one project it was estimated that with this approach an additional 350 unemployed (for a period 5 to 6 years) could be engaged.

The SROI-method has become popular all over the country and has expanded from the tenders for construction and infrastructure sectors to other tenders. In fact, a whole new 'industry' of offices specialised in assisting in SROI-methods came into being. The success of the SROI-approach was completed with an official statement of the central government in 2011. As of 1 July 2011, the government ordered the application of a 5% social return on investment in all governmental tenders (works and services) beyond a threshold of 250,000 euro.

Norway

Key point/background – Health and safety measures

Local and regional measures introduced in public procurement are plentiful. One of the most talked of is a model which has been introduced in Skien municipality. The mayor of Skien stated the following when asked to justify this comprehensive regulatory framework:

"We could no longer sit still and observe such serious social dumping, work site crime and black market development at construction sites of municipal contracts. We have had too many scandals"

Description of the measure in discussion/already in place

Skien has taken advantage of all legal possibilities offered by legislation and regulations to stop social dumping and crime on work sites of public contracts. The model serves as an example for different measures introduced at local level all over Norway. The following obligations are put on contractors:

- Work is to be performed by the contractor and his employees or subcontractors and its employees. A contractor has to prove by documents that a majority of his workers have a certificate of completed apprenticeship.
- The main contractor demands a written justification for the necessity of the use of self-employed, subcontractors and hired-in work force
- Norwegian is the main language on all work sites on public contracts. This means that at least one person of each work team has to speak Norwegian in order to ensure the technical quality and security of the working place.
- The contracting authority does not allow the employment of more than one level under the main contractor in the contract chain
- The company has to be a training company and all major contracting partners have to employ apprentices
- All workers are registered in all public records, also foreign workers
- Wages and other pecuniary benefits shall be paid out to a Norwegian bank account
- Documentation is required that no worker is granted wages and working conditions less favorable than what follows from a national collective agreement or what is the norm for the specific place and occupation
- In breach of the regulation, where self-cleaning is not possible, the contract may be terminated and the company will be banned for two years from public procurement contracts or works for the municipality.

Norway

Key point/background – Compulsory vocational training - Registered training companies

The obvious motivation for the subsequently described measure is to secure access to apprenticeships in industry, which in turn strengthens skill training in Norway, which in turn strengthens the competitive position.

Even more important for the trade unions, the results of such legislation improve the trustworthiness and standing of the companies. To become a training company requires to prove training competence within the company. Having apprentices implies regular evaluations in a timely manner. All experience shows that companies, which employ apprentices, are more reliable companies within a socio-economic aspect.

Description of the measure in discussion/already in place

Current national legislation comprises a provision, which opens the possibility to oblige a contracting company taking part in a public procurement procedure to be an approved/registered training company according to the Education Act.

In Norway, precondition to become a skilled worker is the accomplishment of two years of school education and two years as an apprentice in a training company. To be able to provide such education, a company has to prove that it is capable of securing the necessary vocational content. As a consequence, it then becomes a certified company.

So far, the request to employ apprentices on construction sites within the context of a public contract and the application of the legislation on approved training companies has been voluntary for local and regional authorities.

However, the government announced its intention to make the relevant legislation compulsory. This means that any company wishing to bid for a public procurement contract has to be approved as a training company according to the law.

Moreover, the government aims at introducing legislation to secure that any contracting company winning a public bid employs apprentices on site if the construction work or service refers to a branch in need of apprenticeships.

Poland

Key point/background - Inclusion of social aspects

To provide contracting authority with a tool for socially responsible public procurement the criterion of social aspects was explicitly included into the legal provisions. However, practice shows that Article 91.2 is only the first tool to raise awareness of this aspect by contracting authorities. A lot of action has to be undertaken by trade unions in order to bring this provision to life.

Description of the measure already in place (since October 19, 2014)

According to article 91.2 of the Public Procurement Act, contract award criteria shall be the price or the price and other criteria linked to the subject matter of a contract, in particular quality, functionality, technical parameters, environmental aspects, social aspects, innovative aspects, service, period of contract performance and operating costs.

Poland

Key point/background - Minimum salary, safety and health conditions

During construction, especially if work is carried on for long time periods, the minimum requirements for safety and health, the minimum wage and different tax rates may increase. Therefore the contracting authority is obliged to adapt and pay its open debts accordingly.

Description of the measure already in place (since October 19, 2014)

According to article 142.5 of the Public Procurement Act, a contract concluded for a period longer than 12 months shall contain provisions for a suitable modification of remuneration rates payable to the economic operator, in case of change in:

- 1) the rate of tax on goods and services,
- 2) the amount of minimum wage determined under Art. 2 para. 3-5 of the Act of 10 October 2002 on minimum wages,
- 3) the rules on social insurance or health insurance or the rate of social security or health insurance contributions,

if these changes will affect the cost of contract performance by the economic operator. This legal provision was stipulated in order to ensure that price increases will not be rolled over to the workers as the weakest part of the chain and that they profit from eventual wage increases.

Sweden

Key point/background – fight against regional unemployment; Örebrö

The area of Örebrö is characterised by a high unemployment rate. Therefore, when in 2013 it came to the renovation and reconstruction of regional infrastructure, it introduced social considerations to be respected when awarding public procurement contracts.

Description of the measure in discussion/already in place

These social criteria comprised: The proof of an effort of regional employment of 15%. One third of the involved workers should come from the sub-regional area and at least 50 to 80 persons should have regular employment at the contractor's or sub-contractor's level.

Moreover, further award points were foreseen for the employment of long-term unemployed people and the development of the workers, trainees as well as other forms of education on the job.

Sweden

Key point/background – centralised procurement company setting social criteria, Göteborg

Goteborg Municipality has established a procurement company that manages the process of stipulating social criteria for public procurement contracts. Its task is to support the municipal administration and companies in procurement procedures.

Since 2014, 7 municipal companies in Göteborg included social criteria in 25 procedures which resulted in 40 new jobs.

Description of the measure in discussion/already in place

The procurement company established a control system that verifies that the supplier paid taxes and has not been involved in tax fraud. Moreover, the contract performance is monitored by regular inspections and on-site visits.

Sweden

Key point/background – fight against regional unemployment; Göteborg

In order to prevent increasing unfair competition by not complying with legal provisions aiming at the workers' protection, Sweden has introduced stricter obligations on persons hiring workers.

Description of the measure in discussion/already in place

The temporary work agency is obliged to assess the work environment at the construction site. The hirer has to assume the same responsibility as for his own workers, that is to say he has to undertake the same safety measures for the agency workers as he would have done for his own employees. This responsibility applies regardless of the length of the assignment.

UK

Key point/background – Social covenant (apprenticeship, approved labour supply companies, principle of direct employment)

UK plans the construction of a new reactor at the nuclear power station Hinkley Point. As the construction and the involved feed-in tariffs guaranteed for 30 years to the private company operating the power station was not undisputed, the client company and its contractors agreed with a covenant including several social considerations.

Description of the measure in discussion/already in place

The client and its contractors are committed to a fair and transparent recruitment policy. All parties to this agreement will actively ensure that the engagement of labour is based on the individuals' ability to meet the needs of the project and to undertake the work for which they are being recruited. Contractors are expected to be thorough and rigorous in making selection decisions (e.g. by holding competence-based interviews). Contractors should provide unsuccessful candidates with the reasons for their non-selection. Successful candidates are offered training support for the acquisition of the necessary skills. The delivery of the skills development programme will be monitored with the engagement of the accredited Union representatives. Moreover, the primary contractors and the trade union will develop a plan for the employment of a significant number of traditional and adult apprentices to improve regional socio-economic benefit. The commitment amounts to at least 500 persons.

The client contractor committed himself to the principle of direct employment, which means employment under an employment contract with the associated income tax.

In case of recurrence to a labour supply company, these workers must also be employed under the terms and conditions of the social covenant. The labour supply company must be drawn from a list of supply companies approved by the competent body (JPB) and their engagement must be agreed by the JPB in advance of them coming onto site. No payroll companies or other organisations with an equivalent purpose are to be used on the construction site.

Finally, all parties agree that it is unlawful and unacceptable for any party to use or make any reference to any form of blacklist.

UK

Key point/background – Contract notices that refer to living wage payments

Public sector employers have taken a variety of approaches to inserting living wage considerations into contract notices when services are put out for tender. An accreditation process has been put into place by Living Wage Foundation. It requires the employer to submit a written plan to the foundation which sets out how they intend to implement the living wage among their contractors. If the employer satisfies the criteria set out by Living Wage Foundation, he qualifies for a "living wage employer".

The branches of the trade union UNISON can request a copy of the plan and if not satisfied with the employer's progress in complying with the plan, a complaint can be sent to the Living Wage Foundation.

Description of the measure in discussion/already in place

The contract of London Borough (LB) of Camden for architectural, construction, engineering and inspection services stipulates that bidders need to be aware that, should they be short-listed, they will be asked to propose solutions to deliver the social, economic and environmental benefits specified in the invitation to tender and to pay the National or London Living Wage to employees including their sub-contractors working on LB Camden contracts in accordance with the criteria established by the Living Wage Foundation.

5.7. Exclusion grounds

Austria

Key point/background – Lack of confirmation of payment of social security contributions

Strong exclusion grounds are a good measure to control the compliance with the most important legislative provisions referring to social aspects. To this end, normally an in depth assessment is necessary, a self-declaration by the client contractor and sub-contractors is not sufficient.

Description of the measure in discussion/already in place

Draft Section 19 indent 1 of the Federal Act on Public Procurement stipulates that contracting authorities are only allowed to assign the contract to authorised, qualified and reliable (sub)contractors. Reasons for exclusion are, among others: serious professional misconduct, especially non-compliance with tax, labour and social law. The bidders have to prove that they have fulfilled their obligation to pay the social security contributions in their home state by presenting a confirmation of the social security bodies or by an affidavit. The contracting authority has to obtain this information from the central Administrative Penalty Register of the Federal Ministry of Finance. This screening relates to the entire subcontracting chain. The subcontracting of the entire construction work is illegal and subcontracting is only permitted when the subcontractor also holds the legally required authorisation, qualification and reliability. The consequences for a tenderer who does not comply with these provisions are extensive: The exclusion of a tenderer is justified if his quote is based on a calculation for staff costs which is not in line with the regulations which apply in Austria regarding for example the payment for overtime.

Finland

Key point/background – Exclusion of companies from bidding process

The protection of workers' rights in subcontracting chains is foreseen in the "Liability Act". The Act is seen as a means to combat undeclared work. Within this context, the social partners proposed to amend the existing rules by excluding a company from public procurement procedures, which has seriously neglected the below mentioned liability , and to increase resources for monitoring and control.

Description of the measure in discussion/already in place

The client contractor has the obligation to undertake an in depth assessment on the reliability of a candidate subcontractor or temporary work agency before concluding a contract with them. This check includes also the information on the applicable collective agreement, as well as the fulfilment of obligations with regard to social security and fiscal law. This liability is also valid in case that the subcontractor is a foreign company. In case of breach of this obligation to check, a negligence fee is imposed amounting from 1600 euro up to 16 000 euro.

France

Key point/background – Combat of unfair competition

Article 14 of the Law of 10.7.2014 foresees that any company which wants to participate in public procurement procedures in France has to provide the proof that it concluded an insurance contract covering the relevant risks. This is seen as a measure to fight unfair competition caused by companies that do not conclude such a contract to cover their 10 years' responsibility after completion of construction works.

Description of the measure in discussion/already in place

Any bidder has to provide the proof that it concluded a 10 years' insurance contract. The 10 years' responsibility coverage by the insurance must be provided during the awarding procedure. In case the projected bidder cannot provide this proof he has to be discarded.

France**Key point/background – Preclusion for future procurement procedures for a certain time span**

Article 10 of the Law of 10.7.2014 foresees the temporary exclusion for a company that has been held liable for the breach of certain legal provisions relating amongst others to bogus working contracts.

Description of the measure in discussion/already in place

In case of a breach relating to bogus working contracts, temporary employment, employment of illegal workers or of foreign workers without work permit by administrative act, the administrative authority may establish a temporary exclusion from public procurement procedures not exceeding 6 months. The timespan has to be fixed according to the gravity of the breach.

Latvia**Key point/background - Exclusion ground – employment of illegal workers**

In the construction sector the practice of shadow economy including payment under the table and unregistered employment is widespread. Black economy in Latvia amounts to around 23% and in construction it amounts to approximately 48%, of which a big part is to be attributed to the construction sector. Public authorities, however, shall not show any tolerance for economic operators who are active in the hidden economy or who are practicing any illegal activities.

Description of the measure already in place

According to Public procurement law (article 39) 2 b), an economic operator can qualify as candidate for public procurement tender only after having submitted an extract from the police penalty register to the contracting authority, confirming that in the last year before the contract award the relevant company did not make use of unregistered employment.

5.8. Control

Austria

Key point/background – Interconnection of data banks

In Austria, some data-banks about different violations of provisions relating to working conditions in the construction sector exist. Besides the general register concerning administrative penalties and the register relating to convictions according to the Foreign Employment Act, two further evidences have been established: the register relating to wage and social dumping convictions (Lohn- und Sozialdumping-Verwaltungsstrafevidenz (LSStE; § 7I AVRAG) and the registration office of the Construction Workers' Holiday and Severance Pay Fund (BUAK, Bauarbeiter-Urlaubskasse). The latter has been assigned by law the task to collect all data of foreign and local construction companies maintaining construction sites on the Austrian territory. This data bank offers the possibility to provide all declarations regarding official registration, payment performance and employment structure of the workers on a concrete construction site on a daily basis.

Description of the measure in discussion/already in place

Within the ongoing discussion as to the recast of the Austrian Public Procurement Act, it has been proposed to impose a legal three-fold obligation on the contracting authority:

- 1.) Pre-qualification confirmation – ex-ante: The qualification of the bidder including his subcontractors is only assumed if – in addition to the confirmation of payment of social security contributions and of absence of convictions according to the LSStE - the BUAK confirms that all obligations have been fulfilled by the bidder. In case that the bidder cannot provide such confirmation, the company has to be excluded from the tendering procedure.
- 2.) Contract performance – request of registration confirmation: The contracting authority shall inquire every three months at the BUAK, if the registration of all workers has been effected by the client contractor for the relevant construction site. In case of non-compliance, the contracting authority has to undertake administrative and civil proceedings.
- 3.) Request of registration and payment confirmation prior to the payment of works' compensation: Only after confirmation by BUAK that all wages have been paid, the contracting authority shall be allowed to pay the agreed fee to the client contractor.

Austria

Key point/background - On-site access control and principle of building contractor

Vienna Lines is a publicly owned company, 50% it is owned by the City of Vienna, 50% by the Federal Government. Its competence is the construction of new subway lines and its extensions. Its annual investment put to tender amounts to 700 million Euro. When executing constructions, Vienna Lines acts as building contractor and does not employ a general contractor. Thus, responsibility is not watered down.

Description of the measure in discussion/already in place

The design and management remains with Vienna Lines during the whole construction process. For each construction section, a project team is appointed which is responsible for the supervision of quality, costs and construction time on site. All sub-contractors employed are checked, they have to fulfil all technical and economic specifications as set out in the tender. If a new sub-contractor is proposed, he has to apply for a permit by Vienna Lines. Moreover, Vienna Lines checks if the sub-contractor has been condemned for illegal employment of foreign persons or wage dumping.

By daily site inspections, Vienna Lines project team can identify illegal sub-contractors.

Belgium

Key point/background – Establishment of a data bank; cross-border control

With the enlargement of the European Union and the establishment of a huge internal market of cross border workers without harmonised working conditions, Belgium decided to introduce flanking measures to secure as much as possible a level playing field for workers from which ever jurisdiction they are sent to work. They aim at finding a balance between the free movement of services and the obligation to guarantee posted workers a minimum level of social protection by means of efficient enforcement measures. Apart from a new cooperation agreement for the inspections services and a joint and several liability for principal contractors and clients, it also provides for the introduction of LIMOSA (<http://fr.workpocket.be/1/3/declaration-obligatoire-limosa/>), a computerised system on cross-border employment.

Description of the measure in discussion/already in place

The use of LIMOSA is twofold:

First, it comprises a general ex-ante registration obligation for posted workers, self-employed persons and trainees. The registration can be undertaken electronically prior to the employment at the National Social Security Office by the employer, who will receive an electronic receipt as proof of registration. In order to improve the enforcement of this obligation, not only the employers, but also the end users and clients must control the compliance with the registration obligation. The company for whom the posted workers shall carry out a job must also electronically register the identification details of the posted worker or self-employed as well as of the posted worker's employer. Only having complied with this task, the user is able to release himself from joint liability.

Second, it is a central registry containing information for the benefit of the inspection services and other governmental services and hence a useful tool to be further developed for control purposes. Moreover, it is proposed to use LIMOSA for further purposes, especially with regard to the control of compliance with minimum wages. If the contractor or subcontractor does not pay the minimum wage, the fellow contractor is obliged to withhold an amount and to transfer it to the Federal Public Service Employment. The observation of the procedure could be effected by existing entities, which are the National Social Security Office, the social inspectorate or the PDOK (Employers' Service for the Organisation and Control of the Social Security Schemes).

Belgium

Key point/background - Individual on-site registration

The construction sector is confronted with a huge number of fraud cases. Unreliable market players are infiltrating the construction market in such a way that it becomes disrupted and reliable undertakings are confronted with a level of unfair competition which makes it nearly impossible for them to survive.

Description of the measure in discussion/already in place

An agreement of the social partners proposes an obligation of individual registration to achieve a traceable identification of all persons working on the construction site. This should be combined with a withholding obligation and the liability for wages. Any person present at the site needs to be in possession of a badge, which at the same time serves as a pre-condition for entry onto the site. Thus, the badge should allow to determine who has worked when on the site. In case that the badge is not used, the contractor is threatened by a penalty.

France/Netherlands

Key point/background – Coordinated control actions; Labour Agency Atlanco-Rimec

Three years after the European Federation of Building and Woodworkers launched a forceful campaign against Irish temporary work agency Atlanco Rimec to protest against its exploitation of thousands of foreign workers from various Eastern European countries, the first results are visible.

Description of the measure in discussion/already in place

On 14 March 2015, the French construction company Bouygues, as the main contractor of Atlanco Rimec, was summoned to pay damages of €150,000 and pay back €22 million to the French social security and tax authorities. The judgement in the first instance referred to the deliberate creation of complex, cross-border structures with the aim of illegally employing some 500 Polish and Romanian workers over a period of several years. This social fraud took place at a construction site in Flamanville.

On 18 March 2015, an interlocutory judgment in the Netherlands ordered Atlanco to pay €500,000 to a blocked account as an advance on the final claim. Atlanco must also make all the requested documents available immediately and comply with the collective labour agreement for the Dutch construction sector. The final Judgement is expected in June 2015. The sentence was handed down in respect of the illegal posting of 180 Portuguese and 25 Polish workers to a Dutch construction site, Avenue 2 in Maastricht. In its defence, Atlanco attempted to apply pressure by trying to have Dutch union leaders held personally accountable for ‘damaging the image of Atlanco’. This claim was dismissed.

Although this is an example for successful cross-border cooperation, sadly enough, Atlanco Rimec’s social fraud is just the tip of the iceberg. Every day, thousands of workers are exploited as cheap labour, with no form of social protection.

Ireland

Key point/background - In depth assessment of specification criteria

Recent guidelines on facilitating SME participation in public procurement set out, as one of the guiding principles, that contracting authorities should allow tenderers at the time of tendering only to declare that they have the relevant and proportionate capacity (as specified in the contracting authority's tender documentation) necessary to undertake the contract (Circular 10/10 Facilitating SME Participation in Public Procurement: <http://www.procurement.ie/publications/circular-1010-facilitating-sme-participation-public-procurement>).

Description of the measure in discussion/already in place

When suppliers have passed this first stage and have been shortlisted to the tender award stage, the contracting authority should seek verification or evidence of the tenderer's financial and technical capacity to fulfil the contract. Suppliers will be requested to provide the necessary documentation, such as bank statements, audited accounts, proof of professional indemnity, etc. If a contracting authority is using the one-step Open Procedure, only the selected winning tenderer will be requested to provide their financial and professional information.

Although labour law compliance is not yet mentioned here - tax compliance is emphasised- this can be a starting point of assessment of social and labour criteria within the implementation of the new EU directives.

Ireland

Key point/background - Data sharing, joint liability and exclusion

Labour inspectorate statistics point to a significant continuing compliance problem in relation to public works sites. In the first half of 2010, for example, the Labour Inspectorate (NERA) carried out 191 inspections in the construction sector and found a labour law compliance rate of just 43 per cent.¹⁹ It is felt that public procurers tend to see these as 'box ticking' exercises and no real effort is made at enforcement.²⁰ The problem, it seems, whilst general, is particularly acute in the construction sector. At the awarding stage, the informants were of the view that public authorities are concerned almost exclusively with price and undertake no real checks on how the tenderer intends to account for its labour law obligations. This problem has intensified in recent years given the harsh economic climate. Thus, it appears that, although Irish public procurement practice is to include labour law compliance clauses in public contracts, the extent to which these are effective in enforcing labour standards is questionable.

Description of the measure in discussion/already in place

The Irish Congress of Trade Unions therefore has suggested that companies must be required to demonstrate their track record and monitored for continued compliance, and enforcement mechanisms must be strengthened and included in contracts.

It also proposed the exclusion of companies that consistently breach legal obligations including employment rights obligations from tendering for public procurement contracts.

In that regard, a provision for data sharing between those responsible for public procurement contracts and Revenue, Social Protection, the Health and Safety Authority and the Labour Inspectorate (NERA) should be included as part of the transposition process.

An additional tool within this context is the provision for a system of joint and several liability throughout the subcontracting chain as the only effective way to ensure compliance

Sweden

Key point/background – Compliance control with working conditions

The Swedish trade unions hold the opinion that the new directive implies an obligation of the purchaser to take measures in order to ensure that the supplier respects labour legislation and the conditions of the collective agreements that normally apply to the current work at the place where the work is performed. This means that the contracting company is obliged to either abide by collective agreements or otherwise shows that it offers at least equivalent levels of wages and employment conditions. As to works performed outside Sweden, which in practice concerns mainly supply contracts, the contracting authority is obliged to undertake measures to ensure that ILO core conventions are respected and that labour regulations and collective agreements are in force, where the work is applied. Today, the situation has gone so far that trustworthy companies abiding by collective agreements are not participating in public procurement procedures, because of unfair competition practices of other companies that for example have no costs for contractual pensions for their employees. It is absolutely unacceptable that society contributes to those wages and employment conditions and that employees are dismissed without retirement insurance and other benefits.

¹⁹ The figures do not relate solely to public works sites, but according to the NERA representative, the vast majority of inspections were carried out at such sites.

<http://www.employmentrights.ie/en/media/NERA%20Quarterly%20Update%20-%20June%202010.pdf>.

²⁰ Indeed, the guidelines for contracting authorities published on the national public procurement website make no reference at all to labour law compliance; <http://www.procurement.ie/sites/default/files/Public-Procurement-Checklist.pdf>

Description of the measure in discussion/already in place

Where a collective agreement with a Swedish trade union exists, the contracting authority may assume that the trade union as well as its members at the work-site exercise the control on working conditions. If the supplier (the awarded company) already has signed a collective agreement with a Swedish trade union, the latter will have access to the workplace and therefore can control the working conditions. The right to exercise control over working conditions in favor of trade unions derives from the collective agreement with the supplier. With regard to the stipulations of the new EU-Directive, in future, the contracting authority has to undertake action against the supplier in case of violation of agreed working conditions. This is already the case now, if the competent trade union officially reports such breaches.

When no collective agreement between a Swedish trade union and the contracting company or supplier exists, the exigencies as to control by the contracting authority increase. The contracting authority has to seek the appropriate documentation to verify that the conditions as set by collective agreements are met. When the work is done abroad, an effective control is naturally more difficult to achieve. It can be achieved by joint actions between the trade unions of the two countries as has been successfully done in the Atlanco-Rimec case.

However, in Sweden itself the problem remains that a “two class society of workers” exists: If works are performed by posted staff, pursuant to the Laval judgement, only the minimum conditions stipulated in the Posted Workers Directive apply on them. Should domestic workers perform the works, it goes without saying that all provisions as set in collective agreements have to be applied. From this derives an unacceptable discrimination of workers depending on the origin of their employer. This problem derives from the fact that in Sweden most of the provisions referring to working conditions are set in individual collective agreements which are not binding all over the territory. Therefore, the Swedish trade unions demand that at the occasion of the implementation of the new EU-Directive, the legislator should clearly stipulate that the contracting authority has to ensure that the suppliers are applying working conditions according to those stipulated in collective agreement. By such legislation, the provisions become binding all over the territory, thus satisfying the pre-conditions of the Laval-judgement.

Switzerland

Key point/background – Two level control mechanism

In order to prevent unfair competition based on circumvention of compliance with minimum working conditions as well as minimum wages, efficient control mechanisms have to be established.

This is envisaged to be done in Switzerland by a mandatory two-level control.

Description of the measure in discussion/already in place

The client company has to be obliged to undertake regular controls relating to the compliance of all relevant legal provisions on the location of the contract performance.

The contracting authorities have to ask regularly for appropriate proves of compliance and to undertake on-site controls.

In case the companies do not undertake their control obligations themselves, they have to convey these obligations to an equally represented control entity or the competent authority (“Tripartite Commission”, art. 7 Entsendegesetz and art. 360 Obligationenrecht). The federal government and each canton established such a “tripartite commission”, which is composed of an equal number of employers’ and employees’ representatives as well as representatives of the state.

In order to allow the control entity to fulfil its tasks, the contracting authority has to refer all necessary information and provide all documents. The bidder has to prove the compliance with workers' protection provisions and working conditions. The control authorities regularly refer their results and measures undertaken to the contracting authority. Should any violations occur, they have to be reported in the negative list.

UK

Key point/background – Gangmasters Licensing Authority (GLA)

The introduction of one liaison office on the basis of article 4 of the Posting of Workers Directive as one single contact point for cooperation between the competent authorities of the various Member States is held as an important first step to improve the tracing of infringements of minimum labour standards.

Description of the measure in discussion/already in place

The GLA is considered to be a best practice itself. The GLA maintains compliance with the licensing standards of the Gangmasters Licensing Act through a proactive enforcement approach, involving an exchange of information with government departments and inspection of companies, interviews with workers and the client contractors. Information to undertake this approach is received from trade unions, exploited workers etc. Were the non-compliance relates to the activities of a licensed labour provider, the appropriate solution will normally be to issue additional licence conditions. For more extreme non-compliance licence revocation may be considered by GLA. In the most severe cases, and for identified unlicensed labour providers and labour users using unlicensed providers, prosecution will normally be the consequence, followed by a criminal investigation. Should other offences be discovered by the GLA investigation, including a labour provider operating without a licence (GLA offence), but also operating false records in relation to his workforce (false accounting, no GLA offence), GLA investigates all offences and refers the case to Defra Legal, the Procurator Fiscal or Public Prosecution Service (NI) to consider bringing charges for both, the GLA and non-GLA offences. As an example for cross-border cooperation, the case of poorly treated Bulgarian workers posted to the UK should be mentioned. The GLA identified bogus posted workers, who were employed by licensed and unlicensed Bulgarian recruitment agencies, together with the Bulgarian competent authority. This good practice was made part of a formal agreement between Bulgarian and UK authorities. The GLA bases its work on this partnership approach which allows it to discover instances of cross-border exploitation of migrant workers from other EU and third countries.

5.9. Role of trade unions

Netherlands

Key point/background – Agreement with the client (and/or the main contractor)

The trade unions have developed a strategy that focuses on negotiations in the preparatory stage of a project with the aim to conclude agreements on social issues, so-called 'covenants'. In these covenants the client (and/or the main contractor) and the trade unions settle rules and prescriptions with regard to compliance with collective agreements and labour legislation.

Description of the measure in discussion/already in place

Given the broad range of potential clients (local or regional governments, large contractors in utilities, like RWE, the national railways or the airports) the covenants cover a wide spectrum of different issues. Through negotiations the effort is made to come to tailor-made agreements. With local authorities (for instance the city of Rotterdam) the agreements usually cover all projects with the authority as main or partial customer. Most often the employers' side is also included in the talks or as signatory. Examples of the issues covered are:

- Compliance with sector specific collective agreements and pay provisions in the whole chain of (sub)contracting,
- Respect for general labour legislation and in particular compliance with health and safety and other relevant legislation,
- Fight against practices with bogus self-employed or the use of fake subcontractors,
- Monitoring and close examination of abnormal low tenders,
- Restriction of the use of temporary workers; for instance only through registered recruitment agencies,
- More attention to the inclusion of vulnerable groups on the labour market and a stronger focus on (re)training.

The monitoring of the respect for the agreed rules is very often included in the agreement. This can be either done by specific rights for trade union officers (information rights, site visits, publications and office hours on site), or by the office installed by the social partners in construction that facilitates the implementation of the collectively agreed working conditions (Technisch Bureau Bouwnijverheid - TBB). The TBB has the right to visit the sites and contractors have the duty to cooperate with the office.

Portugal

Key point/background – Quadripartite commission

According to the most important construction trade union («Sindicato da Construção de Portugal», «SCP»), in principal, the characterization of the public procurement procedures is highly negative, especially regarding the workers' social rights and working conditions. The priority on the lowest price implies that subsequently the contracting company will put financial pressure on the subcontractors in order to meet with the planned costs by cutting expenditure in social facilities (overcrowding of sleeping sites, absence of canteens, etc.), security equipment, and health services. In some cases the workers must buy themselves the security equipment and pay for the accommodation. The priority on costs means that often the lowest tender «wins»: This implies the transfer of costs down alongside the «contractual pyramid». The subcontracting practices make the situation even worse since it promotes a higher invisibility and casualness.

Description of the measure in discussion/already in place

The trade union therefore put forward proposals aiming at a change in the construction panorama in Portugal within the context of the implementation of the new EU-Procurement Directives, pointing to the need of improving the control of transparency, enforcement and fulfilment of public contracts. In that sense, in particular three measures are suggested:

- (a) the constitution of «quadripartite commissions», with members of the trade-union, the public work inspection service, the local municipality of the construction site, and the employer's association;
- (b) to impose on the companies that want to apply for a public contract the pre-requirement of employing at least 50% of the necessary workforce for the accomplishment of the contracted construction; and
- (c) a preliminary inspection that only enables the work to start when all the accommodations and social facilities for workers are in accordance with the number of workers and the legal regulations.

Spain

Key point/background – Improvement of safety, TPC (Tarjeta Profesional de la Construcción; professional construction card)

In the construction sector, questions of compliance with health and safety issues and its control is of utmost importance. The general construction industry agreement (CGSC), undertaken between the trade union and the industry, provides for mechanisms related to health and safety and includes trade unions into the control procedures.

Description of the measure in discussion/already in place

The measure is twofold: Firstly, the "TPC" (Tarjeta Profesional de la Construcción; professional construction card) was introduced, which includes basic training in occupational risk prevention and also requires a specific training for any employment in the construction sector in addition to the basic skills. Workers active in the construction sector and unemployed, who have worked in the sector over the last five years can take the TPC.

FLC (Fundación Laboral de la Construcción) is the responsible entity for the release of the TPC and for the selection of the companies, which can provide the necessary training for the TPC.

The FLC is a bipartite organism composed of employers (CNC) and trade unions (MCA-UGT and CCOO construcción y servicios), which are signatories for the 5th General Construction Industry Agreement, the most important collective agreement.

Secondly, trade unions together with employers' representatives concluded agreements with various public authorities for joint monitoring to follow-up the execution of all types of public works with a view to secure the compliance with occupational safety and health issues.

There are to be distinguished two different types of agreements:

- a) The agreements between Trade Union, employers' associations and Building Ministry concern the possibility of the trade union to visit the major infrastructure projects (roads, bridges, airports, railway works) to check safety and health conditions.
- b) The agreements between trade unions, employers' associations and autonomous regions and city councils concern the right to visit civil works, i.e. construction sites of public housing and underground works.

Sweden

Key point/background – Negotiation and right to veto of trade unions

The Co-Determination Act provides that trade unions have the right to negotiate and to veto the employer's plan to engage a certain (unreliable) contractor. This is based on the consideration that increased social and economic responsibilities of employers for employees bear also the risk that employers will try to evade the application of labour law and collective agreements by using other forms of contracts in order to evade their obligations. As ex-post control and legal disputes often prove to fall on stony ground, the government decided to opt for the trade union's right to negotiate and veto which could help to prevent contract practices which aim at cutting workers' rights.

Description of the measure in discussion/already in place

Section 38 (3) of the Co-Determination Act assigns trade unions the right to ask the employer for information about the envisaged subcontractor and the conditions under which his employees work, their education as to work environment issues, wages, tax conditions etc., which trade unions deem to be necessary to judge whether the future contractor is likely to fulfil his duties.

This way, the employer is automatically obliged to undertake an assessment of the envisaged contractor.

In sectors characterised by subcontracting, social partners developed simplified information procedures as an alternative to those foreseen by legislation, which can be implied on the condition that the employer is registered for income tax and VAT, as well as a company and that he is bound by a collective agreement. Having carried out this assessment, the employer establishes a list of the contractors he wants to use in future. In the absence of trade union's dissent, the employer is then free to contract the companies of his list.

This negotiation and selection procedure is a useful tool to induce the employer to select reliable contractors, mostly such bound by collective agreements (if he wants to avoid the more burdensome procedure foreseen by law). To further simplify the procedure, the Swedish Construction Federation has elaborated standard contract conditions (UW 2004) for all works to be subcontracted in the construction sector.

Moreover, the client contractor often prefers to select subcontractors bound by collective agreement, because they are less likely to be exposed to industrial action.

Further to this information procedure, the Co-Determination Act stipulates a veto right in public procurement procedures covering all situations where the employer plans to engage workers without a permanent contract with his company. However, the trade union can veto against a tenderer only in such cases for which exclusion is foreseen in the EU-Directive. Moreover, the right to veto only applies if the employer is bound by a collective agreement covering the work performed and only at the level of client and first contractor.

Switzerland

Key point/background – Right of trade union to file law suits

In order to enforce the correct application of law it is useful and necessary to involve the parties concerned. Often, the individual workers are put under pressure and are generally in a weak condition to file law suits against the company for which they work and hope to further be employed. Therefore, it is necessary to enable the trade union to take action.

Description of the measure in discussion/already in place

In order to avoid that bids are awarded to client companies that proved to not comply with the relevant legal provisions relating to working conditions, such bidders must be discarded. The relevant legal legitimation to request such exclusion shall be established in favour of employees' organisations for any public procurement award (whichever amount).

UK

Key point/background – Olympic Games Memorandum of Agreement

In the UK, alongside the outsourcing of orders to the private sector, a two-tier workforce emerged. In the absence of legally binding provisions, trade unions campaigned and negotiated the introduction of codes of practices from 2001 onwards to reverse this trend. The practice was reaffirmed and extended by the central government.

Description of the measure in discussion/already in place

These efforts culminated in the Olympic Games Memorandum of Agreement seeking to ensure direct employment and to guarantee minimum rates according to the collective agreements. The social partners and clients signed a Memorandum of Agreement which recognises the relevant collective agreements. This Agreement was regulated by the client (Olympic Delivery Authority), who was empowered to undertake a monitoring coordinating role, whilst the partners of the agreement were to periodically review the progress, identify areas of concern and agree on solutions. The Memorandum applied to all subcontractors.

UK

Key point/background – Inclusion of trade unions to control contract performance

In 2012, trade unions and employer representatives concluded the National Agreement for the Engineering Construction Industry (NAECI Agreement, <http://www.njceci.org.uk/national-agreement/>) for the time period 2013-2015.

The key objective of the NAECI is to continue to supply a modern, robust national employment relations structure in the construction sector that

- Enables the UK engineering construction industry employers and clients to remain competitive
- Provides attractive terms and conditions and greater security of employment for a competent, motivated, productive and competitive industry workforce and
- Establishes a sound foundation for further improvements to industry productivity, resourcing and employment relations.

Description of the measure in discussion/already in place

The NAECI agreement comprises detailed provisions on

- Continuous education and training measures to improve workers' and apprentices' skills
- Safety issues set out in a separate booklet setting out detailed provisions on current industry good practice for employers, employees, trade unions and safety representatives
- Payment including pension, welfare benefits and bereavement leave, and working hours according to the sector specific collective agreements

Key element of the agreement are

- a) NAECL being funded on the principle of direct employment
- b) The establishment of two control mechanisms:
Shop Stewards and statutory Trades Union Site Safety Representatives can request detailed documentation on the issues regulated under the agreement and access to the site
- c) A dispute settlement by a formal, written grievance procedure (internal resolution)
- d) On site meeting and dispute adjudication panel (external resolution)

The NAECL thus provides a sound basis for public procurement procedures: It ensures that client contractors and sub-contractors being signatories to this agreement will abide by the principle labour, health and safety issues and pay the minimum wages foreseen in the UK. It grants trade unions' representatives the right to access to the construction sites. Therefore, they have the possibility to control the working conditions, supported by various dispute settlement procedures.

5.10. Outsourcing of workers

Finland

Key point/background – Posted workers and role of trade unions

So far, the majority of the posted workers in Finland have been Estonians and the most common sector where they work has been the construction sector.

In order to avoid social dumping and discriminatory treatment, several control mechanisms have been established.

Description of the measure in discussion/already in place

In the construction sector, every person, either Finnish or foreign, shall have a Finnish tax number and shall be registered to the public tax number register before starting work at site in Finland. If a worker's tax number does not figure in the tax number register, the worker cannot start to work in Finland. According to the Finnish Occupational Safety and Health Act (738/2002), any person working at a construction site has to wear an identification card. The data content of the card is prescribed in the Act. Also, the worker's tax number has to be printed on the identification card.

In order to support information exchange with other Member States, a Liaison Office was established. Additionally, in spring 2011, the IMI system has been put into operation. It is used if a posting company does not have a representative in Finland or if the representative neglects his obligations.

Finnish social partners do not have a role in the IMI information exchange process. However, in practice Finnish OSH (Labour) inspectors might need advice from social partners when IMI request relate to collective agreements. This is connected with the Finnish Employment Contracts Act (55/2001), according to which the regional occupational, safety and health authorities must act in close cooperation with the social partners in particular when supervising the observance of collective agreements. In addition, regular (2 to 4 times a year) meetings are held between the occupational, safety and health administration, the Confederation of Finnish Construction Industries and the Finnish Construction Trade Union, focussing on the combat of grey economy.

France

Key point/background – Law Relating to the posting of workers

The law n°2014-790 (loi n°2014-790 du 10 juillet 2014) is the relevant piece of legislation regarding posted workers. It aims at reinforcing the controls and sanctions against companies that make use of posted workers in an abusive way.

Description of the measure in discussion/already in place

The new element introduced into the legislation is the "joint liability", allowing to declare responsible the client contractor for the abusive actions undertaken by one of his subcontractors. These comprise the employment of illegal workers, non-payment or partial payment of wages as well as the use of letter-box companies located in other Member States with a view to employ French workers in France under the status of posted workers.

Ireland

Key point/background – Towards 2016

In order to combat bogus self-employment, agency work and so on, a number of labour law compliance measures were agreed by the social partners in "Towards 2016" mainly in response to two major disputes in 2005. The first involved the Irish subsidiary of a Turkish company, Gama Construction Ireland Ltd, which exploited Turkish workers posted to Ireland to work on public works

contracts. The second concerned Irish Ferries, which reflagged its vessels to Cyprus and sought to replace its Irish workers with temporary agency workers, primarily from Latvia and were to be paid less than half the Irish minimum wage. These two cases brought the problem of posted workers and migrant agency work onto national stage.

Description of the measure in discussion/already in place

By consequence, a new labour inspectorate was established, the national Employment Rights Authority NERA), with the special task to undertake regular controls on construction sites.

NERA was established to secure compliance with employment rights legislation and to foster a culture of compliance in Ireland through five main functions:

- Information
- Inspection
- Enforcement
- Prosecution
- Protection of young persons in employment

a) Inspection

Inspectors, duly appointed and authorised by the Minister for Jobs, Enterprise & Innovation, visit employers, carry out inspections of records and speak to relevant persons as part of their role of ensuring compliance with employment-related legislation. Any breaches of legislation identified will be explained and discussed with the employer, and he/she will be given a set time period within which to rectify these and to provide proof to the inspector that the issues have been resolved. Failure to comply with the legislation can result in prosecution and the NERA has a prosecution unit.

b) Enforcement Services Unit

The Enforcement Services Unit can seek to have a determination of the Labour Court or the Employment Appeals Tribunal enforced through the Courts Service in certain specific circumstances. Generally where such an award is made in favour of an employee, the employer has six weeks to implement it. If the employer fails to do so within this period, the employee or the employee's trade union may make an application to the Courts for an order directing the employer to carry out the determination. Where they are not in a position to do so, they can refer the matter to the Enforcement Services Unit, which may in certain circumstances, make an application to the Courts for an order on their behalf.

c) Protection of young persons

NERA also has rights in the protection of young persons in employment.

Norway

Key point/background – Trade union's right of co-determination in case of outsourcing

In a number of collective agreements specific rights of co-determination were set for cases of hiring workers for a fixed term/specific task as well as hiring for labour with a view to give the employees' representatives the opportunity to exchange views with the management. The agreements are complemented by law in order to combat social dumping especially by hired labour and involving subcontractors who do not pay the minimum wages.

Description of the measure in discussion/already in place

The basis of these agreements is to be found in the 2005 Act on working environment, working time and dismissal protection. This law leaves only a narrow scope for lawful hiring for a fixed term or specific task, including agency work. Thus, outsourcing of a work is only lawful if warranted by the nature of the work and if the requested works differs from the work ordinarily performed in the undertaking. Moreover, if the hiring of workers exceeds 10% of the hirer's employees or if its duration exceeds one year, an agreement is required with the employees' representatives. Thus, the control

of outsourcing beyond a certain limit is laid into the hands of trade unions' representatives at the work place.

Further to this narrow scope left by legislation, based on collective agreements, the employer is required to inform and consult with workers' representatives before making a relevant decision, to provide information on terms and conditions of the workers concerned. The client undertaking is obliged to ensure that the (sub)contractors are in line with the Posting Directive. The representatives have the right for information concerning the lodging and residence conditions for workers of a foreign (sub)contractor when staying in Norway.

Sweden

Key point/background – Certificate for compliance with ethical and professional standards

The social partners elaborated a private authorisation for such temporary work agencies that commit themselves to uphold high ethical and professional standards as employers and companies. In combination with the possibility to appoint a coordinator to improve work environment, this initiative based on private agreement proved to be efficient.

Description of the measure in discussion/already in place

The employer's responsibility for the workers' health and safety is one of the subject matters of the authorisation programme all companies have to participate in. Within this authorisation programme the client has to undertake all necessary precautions to protect the agency worker from health damages of accidents as well as to provide safety equipment. The agency and agency's safety delegate are entitled to visit the client at any time during the assignment to check whether the work environment is acceptable. In the negative case, the agency is entitled to immediately withdraw the workers and terminate the contract after consultation with the client's safety delegate. Moreover, the "Work Environment Act" allows the appointment of a coordinator at construction sites whose task is to prevent the risks that can arise due to the specific risk that various companies with different skills work at the same site.

UK

Key point/background – Combat of false self-employment

The UK government announced that it would tackle the use of employment intermediaries facilitating false self-employment to avoid employment taxes, hence the introduction of new legislation in July 2014. The Finance Act 2014 includes this specific legislation relating to "On Shore Employment Intermediaries: False self-employment".

Description of the measure in discussion/already in place

The new legislation provides that agency workers of the employment business will be taxed as employees if they are subject to a right of direction, supervision and control by the client. Under the new legislation the responsibility falls upon Employment Businesses to prove if a worker is employed or self-employed and will be liable for up to 6 years of unpaid tax and national insurance if a seemly self-employed worker is subsequently found not to be truly self-employed.

Chronologic list of judgements referred to in the text:

European Court of Justice rulings	
C-31/87 – Gebroeders BeentjesBV vs the Netherlands	Social criterion of contract performance relating to the employment of long-term unemployed persons is compatible
C-225/98 – European Commission vs France; Nord-Pas-de-Calais	Combat of local unemployment is admissible as an award criterion
C-513/99 - Concordia Bus Finland versus Helsingin (Finland)	Frame of reference for contracting authorities: quality criteria may be taken into account when the criteria are linked to the subject-matter of the contract
C-448/01 - Wienstrom vs Austria	Award criteria must not be purely economical
C-341/05 – Un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet ;Sweden	Preclusion of application of more favourable conditions of non-binding collective agreements than those set by national law
C-438/05 - International Transport Workers Federation v Viking Line ABP; Sweden	Preclusion of application of more favourable conditions of non-binding collective agreements than those set by national law
C-346/06 – Dierk Rüffert vs Niedersachsen (Germany)	The obligation to pay wages set by regional collective agreements for posted workers is not admissible
C-532/06 – Lianakis, preliminary ruling (Greece)	Need to stipulate from the very outset the weighing of award and sub-criteria
C-368/10 – European Commission vs Netherlands; Max Havelaar	Economic and technical specification, contract conditions, award criteria - sustainability criteria in the form of quality labels are admissible
C-549/13 - BundesdruckereiGmbH vs Stadt Dortmund (Germany)	Minimum wages - applicability
C-396/13 - Satakunnan käräjäoikeus (Finnland); reference for a preliminary ruling	Mandatory pay clauses – posted workers
C 413/13 – Dutch union FNV KIEM (Netherlands); reference for a preliminary ruling	Collective agreements are applicable to „bogus self-employed workers“
C-115/14 – Regio Post GmbH vs Stadt Landau (Germany)	Pay clauses – posted workers

European Federation
of Building
and Woodworkers



**Europäische Föderation der Bau-
und Holzarbeiter (EFBH)**

B – 1000 Brüssel

Tel.: +32/2/227 10 40

Fax: +32/2/219 82 28

E-Mail: info@efbh.be

www.efbw.be