



Kwestie społeczne w zamówieniach publicznych

Wybór polityczny!

“Lepiej zapobiegać niż leczyć”

Wydawca: Werner Buelen, EFBWW

Autorzy: Susanne Wixforth, Arbeiterkammer Wien
Jan Cremers, Tilburg Law school

Bruksela, wrzesień 2015r.



Projekt zrealizowany przy
wspieraniu finansowym Komisji
Europejskiej

Niniejszy projekt został zrealizowany przy wsparciu finansowym Komisji Europejskiej.

Jego publikacja odzwierciedla jedynie stanowisko autora a Komisja Europejska nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek wykorzystanie zawartych w niej informacji.

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Żadna część niniejszej publikacji nie może być powielana, przechowywana w systemach wyszukiwania lub przekazywana w jakiegokolwiek formie lub w jakikolwiek sposób, elektroniczny, mechaniczny, za pomocą fotokopii, nagrania lub w inny sposób, bez zgody wydawcy.

Mimo, że informacje zawarte w niniejszej publikacji można uznać za prawidłowe, ani wydawca, ani autorzy nie ponoszą odpowiedzialności za straty i szkody poniesione przez użytkowników lub jakiegokolwiek zobowiązania powzięte przez nich lub inne osoby, wynikłe z treści niniejszej publikacji.

Treść

1.	Przedmowa	5
2.	Wprowadzenie	7
3.	Ocena prawna nowej dyrektywy UE w sprawie zamówień publ.	9
3.1.	Możliwości włączenia aspektów społecznych.....	12
3.2.	Etykiety i certyfikaty.....	14
3.3.	Wytyczne - Regulacje pozaustawowe	15
3.4.	Wykluczenie oferentów nie przestrzegających obowiązujących warunków pracy	15
3.5.	Najniższa Cena lub Oferta Najkorzystniejsza Ekonomicznie.....	16
3.6.	Rażąco niskie oferty	17
3.7.	Podwykonawstwo i eksternalizacja pracowników - Delegowanie, agencje zatrudnienia i inne środki outsourcingu	19
3.8.	Perspektywy	20
4.	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz aspekty społeczne w zamówieniach publicznych - przegląd	22
4.1.	Wprowadzenie	22
4.2.	Krótki spis	23
4.3.	Wpływ "eksternalizacji pracowników" - zatrudnienie zewnętrzne: orzecznictwo w zakresie delegowania pracowników, out-sourcing, in-sourcing (rekrutacji), agencje zatrudnienia....	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	74

Wdrażanie i stosowanie dyrektywy UE w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z położeniem nacisku na aspekty społeczne i zapewnienie równych szans wszystkim potencjalnym oferentom

1. Przedmowa

Przez wiele lat zadawałem sobie pytanie, dlaczego tak trudno jest wdrażać i stosować wspólnie rozsądne reguły, co do których wszyscy zgadzają się, że "są słuszne"? Wszyscy przyznają, że władze publiczne powinny wydawać nasze pieniądze mądrze i sprawiedliwie z punktu widzenia etycznego.

Związki zawodowe, organizacje działające na rzecz środowiska i sprawiedliwego handle, nieustannie domagają się, by nasze pieniądze, oprócz dostarczania wysokiej jakości usług lub produktów, (1) wspierały rozwój wysokich standardów w koncepcji publicznych polityk społecznych, (2) przyczyniały się do rozwoju uczciwej społecznej gospodarki rynkowej oraz (3) przyczyniały się do podwyższenia poziomu standardów społecznych.

Dyrektywy UE w sprawie zamówień publicznych (2014/24/UE; 2014/25/UE; 2014/23/UE) wyraźnie uwzględniły nasze trzy żądania, wprowadzając istotną poprawę aspektów społecznych w zakresie zamówień publicznych w obecnym prawodawstwie UE.

Jeśli weźmiemy pod uwagę, że łączne wydatki publiczne UE na towary, roboty i usługi (z wyłączeniem usług komunalnych –[prąd, woda, gaz, ogrzewanie]) wynosiły 1786. 61 mld w 2013 roku, dojdziemy do wniosku, że z pewnością trzeba będzie zrobić coś pozytywnego. Niestety, prawodawstwo UE musi najpierw zostać wdrożone, a później zastosowane w praktyce. W tym ogromnym szarym obszarze, nasze państwa członkowskie i władze publiczne mają ogromny margines wyboru sposobów wdrażania i stosowania nowo przyjętych "standardów społecznych". Nawet jeśli niektóre "standardy społeczne" są wykute w kamieniu [niezmienne], ich zastosowanie pozostaje wciąż funkcją wyboru politycznego.

Wydając niniejszy przewodnik, Europejska Federacja Budownictwa i Przemysłu Drzewnego, stara się wesprzeć swoich członków z różnych państw członkowskich w dziedzinie wdrażania i stosowania nowo przyjętych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Do kwietnia 2016r., transpozycja nowych przepisów do prawa krajowego musi zostać zakończona.

Niniejszy przewodnik zawiera dwie części. Pierwsza, poświęcona jest ocenie obecnego prawodawstwa unijnego i orzecznictwa, i wskazuje kierunki możliwego wdrożenia i stosowania "standardów społecznych" w zamówieniach publicznych. Druga część to przegląd różnych najlepszych praktyk, które mogą posłużyć jako możliwe wzory działania na poziomie krajowym.

Bez aktywnego wsparcia ekspertów i osób kontaktowych wyznaczonych przez poszczególne krajowe związki zawodowe sektora budowlanego, powstanie zbioru najlepszych praktyk w celu wyróżnienia skutecznych przykładów wdrażania standardów społecznych w ustawodawstwie krajowym w sprawie zamówień publicznych, nie byłoby możliwe.

Pragniemy wyrazić naszą wdzięczność Pani Susanne Wixforth i Panu Jan(owi) Cremers(owi), za drobiazgową i trudną pracę zbioru, przesortowania i usystematyzowania ogromu informacji na temat najlepszych praktyk, w celu stworzenia czytelnego przewodnika.

Uznanie należy się również członkom komitetu sterującego, którzy w oparciu o własne doświadczenia, zarządzali projektem i monitorowali go.

Niniejszy przewodnik jest wynikiem realizacji projektu Europejskiej Federacji Budownictwa i Przemysłu Drzewnego, finansowanego przez Komisję Europejską.

Werner Buelen
Kierownik projektu

2. Wprowadzenie

Zamówienia publiczne uważane są często za sprawę natury czysto prawnej, opanowanej przez wielkie kancelarie prawnicze i wiążącej się ze skomplikowanymi aspektami prawnymi. W związku z takim stwierdzeniem, celem przyświecającym niniejszemu projektowi było stworzenie praktycznego przewodnika dla związków zawodowych w procesie wdrażania nowej Dyrektywy UE w sprawie Zamówień Publicznych¹. Skoncentrowano się na najlepszych praktykach, ponieważ oferują one pożyteczny przegląd działań możliwych w ramach najważniejszych zasad przewodnich dyrektywy, a mianowicie przejrzystości i niedyskryminacji. Należy również zauważyć, że nie będzie można urzeczywistnić zasad zawartych w przepisach dyrektywy bez odwołania się do prewencji, kontroli i egzekwowania prawa.

Dlatego też najlepsze praktyki w odniesieniu do czarnych i białych list, a także inne innowacyjne mechanizmy kontroli, zostały uwzględnione jako ważne narzędzie służące przełożeniu dobrych intencji na praktykę życia codziennego pracowników sektora budowlanego.

Specyfiką branży budowlanej jest złożona struktura tymczasowych i mobilnych miejsc pracy, skomplikowane łańcuchy podwykonawców w połączeniu z wysokim wskaźnikiem wypadkowości w miejscu pracy, a także oszustw socjalnych, co należy i można poprawić wprowadzając określone przepisy w sprawie zamówień publicznych. Inną specyficzną cechą branży jest trojaka rola ustawodawcy: ustawodawcy, klienta i partnera ustalającego ramowe warunki pracy w negocjacjach trójstronnych.

Stąd, zamówienia publiczne są bardzo ważnym obszarem działań politycznych w aspekcie socjalnym, zdrowia i zabezpieczeń społecznych. Ponadto kryzys finansowy i gospodarczy postawił przed podmiotami publicznymi [public contractors] nowe zadania:

Po pierwsze, muszą one zobowiązać się do pełnienia roli wzorców do naśladowania w kwestiach pracy, zdrowia i bezpieczeństwa. Roboty publiczne w budynkach i obiektach infrastruktury, stanowią największą część wydatków publicznych. Zamówienia publiczne bezpośrednio objęte przez dyrektywy europejskie reprezentują 422 EUR miliardów rocznie czyli 2,6% PKB UE (dane za rok 2013). W utrzymującym się kryzysie finansowym i gospodarczym, zamówienia publiczne są główną siłą napędową dla sektora budowlanego. Dlatego też związki zawodowe oczekują od podmiotów publicznych udzielania zamówień publicznych na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, w miejsce wyboru najtańszego wykonawcy.

Po drugie, przy bardzo wysokiej stopie bezrobocia młodzieży, dochodzącej czasem do 50%, należy oczekiwać od podmiotów prawa publicznego umożliwienia młodym ludziom dostępu do rynku pracy poprzez ustalenie klauzuli stażu (nauki zawodu) jako jednego z kryteriów wykonania zamówienia.

Po trzecie, sektor budowlany okazał się szczególnie podatny na praktyki dumpingu socjalnego i nierównego traktowania (nieuczciwej konkurencji). Zasady układów zbiorowych i odpowiedzialności głównych wykonawców konsekwentnie rozmywają się w łańcuchach podwykonawstwa.

¹ Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych i uchylające dyrektywę 2004/18/WE i dyrektywy 2014/23/UE i 2014/25/UE.

Nowa dyrektywa UE w sprawie zamówień publicznych oferuje wystarczające pole manewru, aby umożliwić podmiotom prawa publicznego realizację przypisanych im zadań politycznych. Często jednak, przy transpozycji dyrektywy, rządy krajowe wybierają najmniejszą linię oporu, decydując się na minimalne dostosowanie prawa krajowego. Związki zawodowe powinny zdecydowanie sprzeciwić się tym tendencjom i lepiej wykorzystać nadarzącą się sposobność, ustalając standardy jakości odnoszące się do kwestii pracowniczych, ochrony zdrowia i bezpieczeństwa, których należy przestrzegać zgodnie z procedurami zamówień publicznych, i które w miarę możliwości należy starać się przenieść na pole prawodawstwa wiążącego.

Związki zawodowe popierają zasadę **przejrzystości** (są to jasne i podlegające kontroli zasady) i **egzekwowania** [przepisów], a więc z niechęcią odnoszą się do CSR [Odpowiedzialność Społeczna Przedsiębiorstw- Corporate Social Responsibility], umów ramowych lub jakichkolwiek innych rozwiązań niewiążących. Zasady proponowane przez związki zawodowe w trakcie procesu wdrażania dyrektywy w prawie krajowym, powinny być następujące:

- uwzględnienie aspektów społecznych podczas wdrażania i stosowania dyrektyw UE jest zobowiązaniem politycznym, które należy uwzględnić, a nie tylko kwestią prawną;
- stosowanie standardów społecznych w przetargach publicznych musi być wzorem, ma zapewnić, że pieniądze publiczne są dobrze wydatkowane, i wprowadzić wymóg stosowania rzeczywiście wysokich standardów społecznych edukacyjnych, zdrowotnych i bezpieczeństwa w miejscu pracy;
- postanowienie o obowiązku przestrzegania aspektów społecznych nie leży tylko w interesie związków zawodowych, ale również w interesie firm, które przestrzegają tych zobowiązań. Prawo zamówień publicznych jest zatem instrumentem do zagwarantowania wszystkim równych szans, w celu uniknięcia zakłóceń konkurencji;
- walka z dumpingiem socjalnym jest również celem politycznym, na rzecz zmniejszenia kosztów umów delegowania, ponoszonych przez społeczeństwo jako całość. Podmioty prawa publicznego powinny odgrywać wiodącą rolę, zwłaszcza w odniesieniu do:
 - zgodności z, i przestrzegania umów zbiorowych,
 - ustanowienie solidnego systemu stosunków przemysłowych na wszystkich poziomach i
 - wykorzystanie zamówień publicznych jako dźwigni w celu zapewnienia dostępu wysokiej jakości szkoleń młodym pracownikom.

3. Ocena prawna nowej dyrektywy UE w sprawie zamówień publ.

(Dyrektywa UE 2014/24 / UE z dnia 26 lutego 2014 r w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18 / WE)

Towary, usługi oraz roboty pochodzące z zamówień publicznych stanowią znaczną część produktu krajowego brutto (PKB) w Europie. Średnio, wartości tej odpowiada prawie jedna piąta (19,7% w 2010 roku) całkowitego PKB w UE która wynosi od 10,5% PKB na Cyprze do 30,6% w Holandii.² Ponad 250 000 europejskich instytucji zamawiających korzystała z zamówień publicznych. Duża część tych towarów, usług i robót budowlanych pozostaje poniżej progów UE³. W przypadku zamówień, nie objętych przepisami UE dotyczącymi zamówień publicznych, do samych instytucji zamawiających należy ocena, czy dane zamówienie może zainteresować podmioty gospodarcze innych państw członkowskich. W przypadku odpowiedzi negatywnej, prawo wspólnotowe nie będzie miało zastosowania. Jednak ogólnie rzecz biorąc, wszystkie większe roboty i projekty będą podlegać przepisom zreformowanego systemu, który wejdzie w życie w kwietniu 2016r. Oczekuje się, że w ramach nowych przepisów dotyczących zamówień publicznych, zwiększą się możliwości wprowadzenia aspektów społecznych [do kryteriów]. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty, instytucje zamawiające będą mogły rozważyć aspekty społeczne jako jedno spośród wielu kryteriów, zaś cena przestanie być głównym czynnikiem decydującym. W "starej" dyrektywie (2004/18/WE) pojęcie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zostało już wprowadzone jako alternatywa dla najniższej ceny. Jednak integracja kwestii społecznych była ograniczona głównie do etapu realizacji zamówienia. W nowej dyrektywie, pojęcie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (MEAT - *the most economically advantageous tender*) zostało opracowane szczegółowiej, pozwalając na włączenie kryteriów jakości do warunków specyfikacji, warunków umowy i procedur udzielania zamówień.

Włączenie klauzul społecznych do zamówień publicznych może wymagać od nabywców publicznych i dostawców, ochrony członków słabszych grup społecznych, wspierania osób w niekorzystnej sytuacji, rozwoju gospodarki społecznej, ochrony środowiska oraz promowania innych celów społecznych i korzyści dla wspólnoty w trakcie realizacji projektu, zgodnie z warunkami umowy udzielonego zamówienia. Jednak bez odpowiedniego (dość przyzwoitego) projektu, polityka ta nie powiedzie się. W związku z tym, transpozycję dyrektywy należy dokładnie śledzić, zaś działania praktyczne muszą podlegać ocenie i być monitorowane od początku do końca, czyli na etapach: przed- i po-zamówieniu. Inicjatywy muszą być dobrze przygotowane. W międzyczasie, państwa członkowskie rozpoczęły już przygotowania do wdrożenia dyrektywy i trzeba przyznać, że niektóre inicjatywy są obiecujące. Niemniej wystąpiły też pierwsze sygnały z państw członkowskich, które zdecydowały się na prostą i mało ambitną transpozycję. Często ze względu na opór podmiotów prawa publicznego. Podmioty te wolą bowiem proste procedury: wybór modelu najniższej ceny oznacza mniejsze prawdopodobieństwo sporów sądowych, co może mieć miejsce przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty przetargowej.

Takie podejście może spowodować brak zastosowania klauzul społecznych, pozostawiając dużą swobodę w wyborze najniższej ceny, która pozostanie podstawowym kryterium oceny.

Znikną potencjalne bodźce stymulujące inicjatywy ekologiczne, i uwzględniające kryteria społeczne w zamówieniach publicznych, mimo, że przeszkody prawne dla przyjęcia kryteriów społecznych i wymogów promowania zrównoważonego rozwoju, zostały teoretycznie usunięte. Raport z

² Schulten T., K. Alsos, P. Burgess, K. Pedersen (2012) *Płaca i inne klauzule społeczne w zamówieniach publicznych*, WSI/HBS, Düsseldorf.

³ **207 000 EUR to wartość** wszystkich zamówień na usługi, wszystkich konkursów, subsydiowanych zamówień na dostawy, zamówień o świadczenie usług, zamówień instytucji zamawiających **poniżej szczebla centralnego i 5 186 000 EUR** na wszystkie roboty budowlane, roboty budowlane w koncesji, zamówienia na roboty budowlane subsydiowane przez instytucje administracji centralnej.

Portugalii⁴ pokazuje na przykład, że rząd bardzo niechętnie umieszcza znaczące kwestie społeczne w procedurach udzielania zamówień, odnosząc się tylko do zalecenia, że "zawsze, kiedy jest to możliwe, w specyfikacjach technicznych należy umieścić takie wymagania, które bezpośrednio charakteryzują dany produkt lub obiekt budowlany – jako dostępny dla osób niepełnosprawnych lub jakichkolwiek innych użytkowników." Nasuwa się wniosek, że procedury te należy ocenić bardzo negatywnie, zwłaszcza w odniesieniu do praw socjalnych pracowników i warunków pracy. Skupienie się na ekonomicznych kryteriach przyznawania zamówień oznacza, że w trakcie realizacji umowy wykonawca będzie naciskać na podwykonawców, aby zmieścili się w planowanych kosztach. Często zmieszczenie się w granicach kosztowych realizowane jest poprzez zmniejszenie wydatków na obiekty socjalne (przeludnienie miejsc do spania, brak stołówek, itp), urządzenia zabezpieczające i dostęp do świadczeń zdrowotnych. Często pracownicy muszą sami zadbać o bezpieczny sprzęt i zapłacić za zakwaterowanie. Przyznanie zlecenia najniższemu cenowo oferentowi, oznacza często przeniesienie kosztów w dół piramidy podwykonawstwa. Praktyki podwykonawstwa pogarszają bowiem problem ze względu na większą niewidoczność i przypadkowość (lekceważenie przepisów).

Dlatego też, w ramach bieżącej procedury rewizji nowych dyrektyw UE w sprawie zamówień, nieodzwonne jest, by związki zawodowe przekonały odpowiednie rządy krajowe, że przyznanie zamówienia ofercie o najniższym koszcie, nie bacząc na szerszą ocenę korzyści w całym okresie obowiązywania umowy, jak i korzyści długoterminowych, oznacza w końcu dla budżetu publicznego zapłacenie znacznie wyższej ceny. Wybór najniższej ceny nie tylko pociąga za sobą pogorszenie jakości miejsc pracy i cen, ale często wiąże się z ryzykiem bardzo prawdopodobnej upadłości oferenta lub jego podwykonawców, co powoduje wysokie koszty następne. Dla przykładu, duńskie organizacje związkowe zbadały niedawno przypadek oszczędności rzędu 15-20% osiągniętych poprzez outsourcing lokalnych usług opieki zdrowotnej. Związkowi udało się ustalić, że różnica ta była wynikiem zatrudnienia pracowników o niższym poziomie umiejętności i w niepełnym wymiarze czasu pracy, pozbawiając ich zapłaty za nadgodziny. Podsumowując, cięcia kosztów kosztem pracowników i obniżenie jakości świadczonych usług, to tylko hipotetyczne oszczędności.

Jak wynika z raportu z Irlandii⁵, irlandzkie przepisy dotyczące zamówień publicznych, nakładają również niewielkie obowiązki w zakresie zgodności z normami pracy tak na oferentów jak i na instytucje zamawiające. Jest to obszar, w którym wytyczne ministerialne, mechanizmy "miękkiego prawa" (okólniki, zalecenia, etc.) i pewna doza dowolności interpretacyjnej przez administrację, odgrywają dużą rolę. Wydaje się, że brak jest systematycznych danych na temat stosowania klauzul wzorcowych i, co najważniejsze, ich egzekwowania.

Klauzule zgodności są z natury umowne (a nie ustawowe -wynikające z przepisów prawa); oznacza to, że każda kara za naruszenie przepisów umowy musi być przewidziana w umowie i wynikać z niej (podlega ona ponadto ogólnym zasadom prawa umów [handlowych], w tym interpretacji prawa i, jeśli to konieczne, będzie przedmiotem orzecznictwa sądowego). Na tym polu ponownie spotykamy się z niedostatkami rzetelnych informacji na temat tego, czy kary są (powszechnie) przewidziane w klauzulach umów i / lub egzekwowane.

Potwierdzają to statystyki Irlandzkiej Inspekcji Pracy (NERA), które wskazują na znaczący i stale utrzymujący się problem zgodności w odniesieniu do miejsc realizacji robót publicznych. Na przykład w pierwszej połowie 2010 roku, NERA przeprowadziła 191 kontroli w sektorze budowlanym. Na podstawie wyników kontroli stwierdzono, że wskaźnik przestrzegania przepisów prawa pracy wynosił tam tylko 43 %.⁶ Wydaje się, że zamawiający (udzielający zamówień publicznych) postrzegają je tylko

⁴ Przekazany przez Bruno Monteiro – Instituto de Sociologia - Universidade do Porto

⁵ Raport przekazany przez Prof. Michael Doherty, Maynooth University Department of Law, Maynooth University, Co. Kildare, Irlandia

⁶ Dane nie dotyczą wyłącznie miejsc robót publicznych; niemniej według przedstawiciela NERA, zdecydowana większość kontroli przeprowadzono w takich miejscach.

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

jako ćwiczenie typu "rubryki do zaznaczenia/pola do odhaczenia", brak natomiast prawdziwych starań o egzekucję tych przepisów⁷. Problem wydaje się występować wszędzie, jednak jest on szczególnie dotkliwy w sektorze budowlanym.

Po pierwsze, informujący byli zdania, że na etapie przyznawania zamówienia, władze publiczne są zainteresowane niemal wyłącznie ceną i nie podejmują żadnych wysiłków w celu przeprowadzenia kontroli co do sposobu, w jaki oferent zamierza rozliczać się ze swoich zobowiązań wynikających z prawa pracy. Problem ten nasilił się w ostatnich latach ze względu na "surowy klimat gospodarczy".

Po drugie, skoro klauzule wzorcowych przepisów prawa pracy nie mają charakteru wiążącego (mają charakter umowny), wydaje się, że istnieje duża niechęć ze strony publicznych instytucji zamawiających co do umieszczania klauzul płatności u źródła, z powodu obawy, że w rezultacie zostaną uwikłane w kosztowne postępowania sądowe.

Po trzecie, w związku z egzekwowaniem przepisów pojawia się wiele problemów natury ogólnej. Organy wykonawcze (ścigania) w dużym stopniu liczą na otrzymanie informacji o podejrzewanych niezgodnościach. W rezultacie, związki zawodowe, tam gdzie są obecne, odgrywają ważną rolę w zapewnieniu działań na rzecz egzekwowania prawa. Jednak uzwiązkowienie w Irlandii, podobnie jak w większości państw członkowskich UE, spada w ostatnich latach, zaś obecność a zatem rola związków zawodowych jest stosunkowo ograniczona w wielu sektorach (jeśli w ogóle istnieje). Zmniejszenie zdolności związków zawodowych do wypełniania swojej tradycyjnej "policyjnej" roli, stanowi dodatkowe obciążenie dla państwowych organów ścigania. Bowiem prowadzenie sprawy przeciwko zagranicznemu dostawcy usług, w szczególności w jednej jurysdykcji i w ograniczonym okresie czasu, to zadanie logistycznie trudne i wymagające dużych nakładów. Nawet, jeżeli roszczenie może zostać uznane za dopuszczalne, egzekwowanie nakazów sądowych wobec przedsiębiorstw mających siedzibę za granicą pozostaje problematyczne.

Mimo, że irlandzka praktyka zamówień publicznych przewiduje włączenie klauzuli przestrzegania prawa pracy w umowach zamówień publicznych, stopień, w jakim będzie ona skuteczna w egzekwowaniu standardów pracy, pozostaje kwestią wątpliwą.

Zatem pytanie brzmi, czy w świetle nowych przepisów, włączenie klauzul społecznych do umów zamówień publicznych oraz maksymalizacja korzyści społecznych i wartości w procedurze udzielania zamówień publicznych, mogą zostać zagwarantowane. Według EKZZ, dyrektywa zawiera kilka pozytywnych aspektów:

- Stworzenie silniejszej platformy nacisku w stosunku do kluczowych wymagań, takich jak poszanowanie umów zbiorowych, warunków pracy i płatności, zgodności z narzędziami bezpieczeństwa i higieny pracy, szkolenia pracowników i możliwości praktyk zawodowych oraz innych kryteriów społecznych.
- Rozszerzenie możliwości włączenia zrównoważonych kryteriów i innych aspektów społecznych polityki.
- Może położyć kres skupieniu uwagi na najtańszej ofercie skoro wymóg najniższego kosztu jako obowiązkowo stosowanego kryterium został znacznie zmniejszony
- Jest to szansa dla przyszłej polityki zamówień, która przyczyni się do wykorzystania środków publicznych do promowania spójnego rozwoju społecznego i gospodarczego, zatrudnienia i dobrej jakości usług, towarów i robót⁸.

⁷ Rzeczywiście, w rozdziale : wytyczne dla instytucji zamawiających opublikowane na krajowej stronie internetowej zamówień publicznych, zamawiający nie odwołuje się w ogóle do przestrzegania prawa pracy; <http://www.procurement.ie/sites/default/files/Public-Procurement-Checklist.pdf>

⁸ W załączniku XIV znajduje się lista "usług społecznych i innych", których wartość przekracza 750 000 euro. Dyrektywa przewiduje łagodniejszy system dla tych usług.

- Jest to próba poprawy przejrzystości w łańcuchach podwykonawstwa
- Jest to środek walki z dumpingiem socjalnym.

Dyrektywa określa cele w odniesieniu do kwestii społecznych. Jednak wiele zależy od transpozycji do prawa krajowego. Należy nie tylko zastanowić się jak zdefiniować i zagwarantować/promować aspekty społeczne⁹, ale także jak poprawić kontrolę stosowania i przestrzegania minimalnego wynagrodzenia.

3.1. Możliwości włączenia aspektów społecznych

Komisja Europejska już w 2011 roku podjęła próbę wyjaśnienia, w jaki sposób aspekty społeczne mogą znaleźć drogę do zamówień publicznych, publikując Przewodnik o odpowiedzialności społecznej w Zamówieniach Publicznych¹⁰. Przewodnik oferuje instytucjom publicznym narzędzia wsparcia w celu zakupu towarów i usług w sposób społecznie odpowiedzialny, zgodny z przepisami UE. Podkreśla także, że zamówienia publiczne mogą przyczynić się do stymulowania większej integracji społecznej. Choć tytuł brzmi obiecująco, pod koniec tekstu przewodnika dobre intencje Komisji Europejskiej "w celu ukierunkowania rynku na działania bardziej odpowiedzialne społecznie, a tym samym ogólnego przyczynienia się do zrównoważonego rozwoju", pozostają jak uwięzione w jarzmie obowiązkowego związku z przedmiotem danego zamówienia publicznego, jak również dogmatu [swobodnej] konkurencji między państwami członkowskimi, obejmującej również konkurencję płacową, ograniczając w ten sposób możliwości stosowania umów zbiorowych.

Dlatego art 18.2 nowej dyrektywy ma na celu zapewnienie zgodności z warunkami pracy, które obowiązują w miejscu pracy, zawarte w przepisach prawa [ustawowe] i/lub w układach zbiorowych. Jeśli nowe przepisy zostaną odpowiednio wdrożone, powinny one zapewnić stosowanie układów zbiorowych obowiązujących w miejscu pracy w wyniku procedury zamówień publicznych. Obowiązek zapewnienia, że podmioty gospodarcze działają zgodnie z obowiązującymi warunkami pracy spoczywa na państwach członkowskich, a nie na lokalnych, regionalnych lub krajowych zamawiających instancjach publicznych. Przejście od prawie "obowiązkowego" kryterium przydziału zamówienia oferentowi najniższej ceny do opcjonalnego stosowania klauzul społecznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowi również wyzwanie dla związków zawodowych i organizacji pozarządowych, które zabiegały o rozszerzenie zasad udzielania zamówień publicznych; teraz do nich należy trzymanie ręki na pulsie. Samorządy lokalne, regionalne i krajowe zamawiające instancje publiczne nie będą już miały możliwości zastaniania się dogmatem najtańszej oferty.

Korzystanie z pracowników delegowanych w kontekście zamówień publicznych zgodnie z określonymi konsekwencjami dla układów zbiorowych obowiązujących w danym przedsiębiorstwie, w zależności od transpozycji dyrektywy w sprawie delegowania pracowników do prawa krajowego. Jednak zamówienie publiczne, które nie wiąże się z użyciem pracowników delegowanych, musi zostać zrealizowane zgodnie ze wszystkimi przepisami prawa pracy i układami zbiorowymi obowiązującymi w miejscu pracy.

Powstaje zatem pytanie, gdzie można wprowadzić kwestie społeczne; czy możliwość ta istnieje na wszystkich etapach udzielania zamówień, czy na niektórych etapach mogą one zostać wyłączone, na

⁹ Nowe ramy UE w dziedzinie zamówień publicznych - EKZZ kluczowe punkty transpozycji dyrektywy 2014/24 / UE, EKZZ, Bruksela, październik 2014.

¹⁰ Kupowanie z uwzględnieniem kwestii społecznych: przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych, Komisja Europejska, 2011 Bruksela.

przykład ze specyfikacji technicznych lub w warunkach zamawiającego? Dyrektywa nie odnosi się do art. 18.2 na tym szczególnym etapie. Władze publiczne może zapewnić zgodność z obowiązującymi warunkami pracy poprzez określenie tego rodzaju warunków na etapie realizacji umowy. Jednakże, ponieważ zapisy art 18.2 są wyraźnie wiążące/obowiązkowe, zaś poszanowanie tych zapisów powinno być wielokrotnie sprawdzane w kolejnych etapach postępowania, wydaje się, że w procesie transpozycji dyrektywy do prawa krajowego, zawarcie odniesienia o obowiązkowym uwzględnieniu aspektów społecznych już na etapie specyfikacji technicznych byłoby sensowne, skoro niespełnienie specyfikacji technicznej stanowi kryterium wyłączenia z uczestnictwa w procedurze. Oznacza to, że oferent nie może pozwolić sobie na wypełnienie tej luki [nadrobienie] przez zaoferowanie innych "prezencików", jak na przykład dłuższy przedział czasu gwarancji.

Warunki realizacji zamówienia mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych bez konieczności związku z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z motywem 99, mogą sprzyjać między innymi przeprowadzeniu szkolenia zawodowego w miejscu pracy lub walce z bezrobociem. Innym ważnym kryterium jest jakość personelu, w tym jego organizacja, kwalifikacje i doświadczenia, każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają istotny wpływ na poziom realizacji zamówienia (art 67.2 (b) i motyw 94). Mogą one na przykład obejmować obowiązek przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodych w trakcie realizacji zamówienia lub przestrzegania podstawowych postanowień Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP). Kształcenie zawodowe (nauka zawodu) jest ważnym narzędziem do osiągnięcia celów strategii Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju, sprzyjającego włączeniu społecznemu. Zapewnia ono odpowiednie szkolenie młodych pracowników w celu osiągnięcia właściwych umiejętności w pracy, zdobycia umiejętności technicznych, zapewnienia standardów pracy i zapobiegania ryzykom. Dlatego też, przy udzielaniu zamówienia publicznego, ważnym aspektem, który powinien zostać uwzględniony w celu spełnienia ważnej roli społeczno-politycznej, jest zapewnienie odpowiednich miejsc pracy dla młodego pokolenia. Możliwość ta zawsze istniała w zamówieniach publicznych, jednak została wzmocniona przez nową dyrektywę, wprowadzającą pojęcie „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”. Instytucje zamawiające powinny być zachęcane do wyboru kryterium przyznania zamówienia, umożliwiającego im uzyskanie wysokiej jakości robót budowlanych (motyw 92), w tym organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do wykonania danego zamówienia. Z uwagi na niedopuszczalnie wysoką stopę bezrobocia w UE, zwłaszcza wśród młodego pokolenia, polityka zamówień publicznych ma kluczowe znaczenie we wspieraniu tych wykonawców, którzy oferują staże zawodowe. Opcja ta została wybrana na przykład w Norwegii i w Austrii, gdzie przy wyborze najlepszej oferty, możliwość odbycia praktyk zawodowych w firmie oferenta jest kryterium wyboru i odpowiednio jednym z warunków realizacji zamówienia.

Niemniej, wymienione dobre przykłady nie powinny odwracać uwagi od sposobów weryfikowania realizacji zobowiązań prawnych i możliwości kontroli przez zamawiającego. Przykładem świadczącym o tym, że weryfikacja nie jest niemożliwa jest jedna z najlepszych praktyk, stosowana w Austrii, gdzie ustawa o "anty-dumpingu socjalnym i płacowym" została wprowadzona w celu możliwości przeprowadzania surowych kontroli na budowach, we współpracy z różnymi odpowiednimi władzami, w celu lepszego rozpowszechniania informacji o naruszaniu umów zbiorowych wśród pracowników i stosowania znacznych kar.

Wreszcie, pojęcie "Rachunku kosztów cyklu życia (art 68)" zostało niedawno wprowadzone do dyrektywy. Zastosowanie koncepcji cyklu życia w sektorze budownictwa - obejmujące wszystkie koszty w trakcie cyklu życia robót budowlanych « od kotłyski do grobu » lub od deski kreślarskiej do wykonania projektu- miało zawsze bardzo silny bezpośredni związek z bezpieczeństwem, zdrowiem i higieną pracy (w stosunku do obiektu i produktu) dla wszystkich użytkowników (pracowników w całym łańcuchu produkcji, społeczeństwa i użytkowników końcowych). Chociaż pojęcia rachunku kosztów cyklu życia prawdopodobnie nie można zastosować w stosunku do ochrony socjalnej i promowania godnej płacy, aspekt zdrowia pracowników może stać się polem działania organizacji związkowych.

3.2. Etykiety i certyfikaty

Etykieta jakości to znak lub identyfikacja wizualna uwierzytelnienia, pozwalające konsumentowi na identyfikację produktu lub usługi, odpowiadających określonym kryteriom jakości. Koncepcja ta może mieć znaczenie dla związków zawodowych, jako, że kryteria społeczne zdobywają rynek (np. eko-Bau, Design für Alle). Należy zauważyć, że różni się ona od koncepcji odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw [CSR], która oznacza dobrowolne zobowiązanie firmy do uwzględnienia kwestii społecznych w swej działalności, a która z punktu widzenia społecznego, jest fotografią ex post działania firmy na rzecz zrównoważonego rozwoju. W swym wyroku "Max Havelaar", ETS stwierdził, że nabywca publiczny nie może powołać się na określone etykiety w celu udzielenia szeregu dodatkowych punktów przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. ETS potwierdził przedmiot doktryny zamówienia publicznego. Dlatego też koncepcja, o której mowa nie może obejmować kryteriów specyfikacji stosowanych w cyklu produkcyjnym (szczególny rodzaj opakowania na przykład), które mogą być użyteczne w handlu, ale nie mają związku z przedmiotem zamówienia publicznego. Wreszcie, art. 43 nowej dyrektywy oferuje opcjonalny system pozwalający na wprowadzenie wymogu określonej etykiety jako środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane specyficzne cechy społeczne. Tak więc, wąskie ramy ETS zostały przez ustawodawcę uchylone. Jednakże wymóg etykiety musi być nadal związany z przedmiotem danego zamówienia publicznego i jako kryterium, przyjmowany w drodze otwartej i przejrzystej procedury, ze wszystkimi zainteresowanymi stronami i ustalony przez osobę trzecią. Mimo, że kodyfikację warunków dopuszczalności etykiet społecznych należy przyjąć z zadowoleniem, jej zastosowanie okaże się zasadniczo trudne, gdyż warunki udzielania zamówień są rygorystyczne a jej stosowanie nie jest obowiązkowe.

Certyfikaty stanowią z pewnością możliwość narzucenia kontroli ex ante w celu zapewnienia standardów jakości w sektorze budowlanym. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, kto wyznacza standardy. Czy sektor ma być regulowany przez instancję, która jest w tym celu wyposażona? Jest oczywiste, że takie przepisy nie będą wystarczające w odniesieniu do aspektów bezpieczeństwa, zdrowia i higieny pracy, nastąpi raczej minimalizacja kosztów poprzez minimalizację wymaganych standardów. Jeżeli standardy będą ustalane przez instytucję publiczną, jeżeli związki zawodowe lub przedstawiciele pracowników przyjmą stanowcze stanowisko w odniesieniu do procedury ustanawiającej certyfikaty, standardy te będą mogły wówczas odegrać ważną rolę i posłużyć jako narzędzie w ramach procedury specyfikacji i przyznawania zamówień, a także w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia. Również w tym zakresie należy popierać stworzenie krótkich list, obejmujących przedsiębiorstwa spełniające określone kryteria jakości, określone przez właściwe władze publiczne, jak i narzędzie tzw. karty tożsamości społecznej. Stałyby się one "narzędziem indywidualnej certyfikacji pracownika, która zawiera widoczne i bezpiecznie przechowywane dane elektroniczne, których celem jest poświadczenie, że konkretne i/lub inne wymagania społeczne (np. kwalifikacje zawodowe, szkolenia/bezpieczeństwo/zdrowie i higiena pracy, kwestie ochrony socjalnej/problemy zabezpieczeń społecznych,...) zostały spełnione przez pracodawcę zatrudniającego danego pracownika i / lub samego pracownika."¹¹

¹¹ karty tożsamości społecznej w europejskim sektorze budownictwa, styczeń 2015 r EFBWW, Raport końcowy

3.3. Wytyczne - Regulacje pozaustawowe

Mimo, że regulacje pozaustawowe na pierwszy rzut oka nie wydają się być środkiem do osiągnięcia "lepszego jakości" zamówień publicznych, to mogą okazać się punktem wyjścia, aby wreszcie ustalić wiążące zasady. Często zdarza się, że układy (np. tak zwane "klausule społeczne" w układach zbiorowych pracy w Finlandii i w Holandii, czy "W kierunku 2016r." w Irlandii) zawarte pomiędzy związkami zawodowymi i spółkami specyficznych sektorów, mają na celu poprawę poziomu szkoleń i bezpieczeństwa w miejscu pracy (na placu budowy), zaś ich zakres staje się następnie obowiązujący na całym terytorium państwa członkowskiego (w danym sektorze). Co więcej, jeśli poważni nabywcy publiczni zalecają przestrzeganie określonych kryteriów społecznych, znaczny efekt uzyskuje się przez wskazanie i zawstydzenie instytucji, które zawiodły, nie dostosowując się do tych zaleceń.

Zatem w przypadku zamówień publicznych, wytyczne opracowane przez instytucje zamawiające i kontrahentów, mogą stać się punktem wyjścia tam, gdzie struktura federalna lub brak centralnego organu zamawiającego, nie pozwalają na zastosowanie wiążących środków prawnych. W tym przypadku, wytyczne mogą stanowić szczególne wsparcie dla instytucji zamawiających zaś ich niezastosowanie może mieć dwojakie skutki:

1. Konieczność uzasadnienia: Jeżeli podmiot publiczny nie stosuje się do wytycznych jakościowych, będzie musiał wyjaśnić, dlaczego odmówił ich przestrzegania.
2. Nazwać i zawstydić: Związki zawodowe mogą ujawniać stwierdzone odchylenia od norm jakościowych, określonych w wytycznych oraz sporządzać białe i czarne listy – wykonawców, którzy stosują lub odrzucają wytyczne.

3.4. Wykluczenie oferentów nie przestrzegających obowiązujących warunków pracy

Artykuł 56 dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, jeżeli przetarg nie jest zgodny z art. 18.2. Można więc śmiało stwierdzić, że zrewidowana dyrektywa oferuje poszczególnym państwom członkowskim UE pewne pole manewru dla ustalenia obowiązujących zasad wykluczania dostawców z uczestnictwa w konkursach przetargowych, również na podstawie stwierdzenia naruszenia przepisów pracy (obok [naruszenia przepisów] podatkowych). Modernizacja systemu zamówień publicznych pozwala organom publicznym na sporządzenie czarnej listy takich firm, uniemożliwiając tym samym ich wybór w przetargach publicznych. Użycie słowa "może" w art. 56, zamiast słowa "należy" pozostaje najwyraźniej w sprzeczności z duchem art.18.2, który ma wyraźnie charakter obowiązkowy. Niemniej transpozycja prawa wspólnotowego może skutecznie rozwiązać wątpliwości co do tego, że instytucje publiczne nie mają wyboru w tej sprawie: oferent nie przestrzegający obowiązujących przepisów prawa pracy lub układów zbiorowych w miejscu pracy, nie może uzyskać zamówienia. Ponadto art.18.2 nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia stosownych działań [kontrolnych]. Mechanizmy te powinny również obejmować odpowiednie środki przymusu w celu zapewnienia rzeczywistego stosowania art. 18.2. W tym kontekście motyw 39 przynosi dalsze wskazówki: Stosowne zobowiązania mogłyby znaleźć odzwierciedlenie w klauzulach umownych. Powinna także istnieć możliwość wprowadzenia do umów (w sprawie zamówień publicznych) klauzul zapewniających przestrzeganie układów zbiorowych zgodnie z prawem unijnym. Nieprzestrzeganie stosownych zobowiązań można uważać za poważne naruszenie przez danego wykonawcę, mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia.

Podstawy wykluczenia są dodatkowo określone w art. 57: instytucja zamawiająca ma możliwość wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, jeżeli można wykazać za pomocą odpowiednich środków naruszenie art. 18.2, przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, państwa członkowskie muszą ustalić przedział czasowy, w którym wykluczenie z procedur udzielania zamówień publicznych jest ważne. Jeżeli okres wykluczenia nie został ustalony wyrokiem w inny sposób, wykluczenie nie może przekraczać trzech lat od daty naruszenia.

W związku z tym, kryteria określone w art. 18.2, należy uznać za zasady udzielania zamówień publicznych równie ważne jak zasady naczelne, takie jak przejrzystość, równe traktowanie i adekwatność.

Art. 59 wprowadza uproszczoną procedurę: stosowanie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESDP), polegającego na aktualizowanym oświadczeniu własnym wykonawcy, służącym jako wstępny dowód. Jest niezwykle ważne, by zwrócić uwagę na ten przepis w okresie transpozycji. Nadużycia w stosowaniu tego dokumentu są bowiem stosunkowo łatwe, dlatego odpowiednia weryfikacja przez instytucję zamawiającą lub wiarygodną osobę trzecią, jest absolutną koniecznością. W związku z tym, rozsądne byłoby nałożyć na podmiot publiczny obowiązek prawny dogłębnego zbadania (sytuacji).

Jedną z kluczowych kwestii związanych z wykluczeniem, są niezbędne dowody. Powstaje pytanie czy uzasadnione byłoby [wykluczenie] np. w przypadku, gdy wykonawca wykazał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. I czy tego rodzaju dowody muszą koniecznie opierać się na doświadczeniach z terytorium krajowego, czy też wystarczające jest stwierdzenie nadużycia w zakresie transgranicznej rekrutacji pracowników i naruszeń w innych krajach? Na przykład, czy jest możliwe, by Niemcy wykluczyły oferenta na podstawie negatywnego raportu luksemburskiej inspekcji pracy? Czy firma, która została pozwana do sądu przez związki zawodowe we Francji za nieprzestrzeganie warunków pracy, może zostać wykluczona w Belgii w oparciu o orzeczenie sądu?¹² Istnieje wyraźna konieczność określenia typu nieprawidłowości, niezbędnych dowodów i kompetencji władz. Ponadto, należy rozważyć nałożenie na podmioty publiczne obowiązku informacji prawnej, tak by w celu sprawdzenia, czy oferent nie naruszył zabezpieczeń społecznych, praw socjalnych lub innych przepisów antydumpingowych, istniały odpowiednie bazy danych w państwach członkowskich.

3.5. Najniższa Cena lub Oferta Najkorzystniejsza Ekonomicznie

Ustalenie najniższej ceny jako głównego kryterium udzielenia zamówienia nie musi być problemem, jeśli kryteria specyfikacji i warunków umowy zawierają już aspekty związane z prawem pracy, zdrowiem i higieną pracy. Zdefiniowanie tych aspektów na poziomie specyfikacji ma tę zaletę, że nie jest związane z przedmiotem zamówienia, lecz z **przedsiębiorstwem będącym klientem**. Co więcej, jeśli nie są one spełnione, istnieją obowiązkowe podstawy do wykluczenia z postępowania przetargowego. Na podstawie art.57, klient może również wykluczyć wykonawcę, który naruszył przepisy międzynarodowe lub krajowe uznanych norm społecznych. Ponadto, można wezwać wykonawcę do złożenia oświadczenia, w którym zobowiązuje się do przestrzegania podstawowych standardów pracy MOP, jako warunku wykonania zamówienia.

¹² notorycznym przykładem jest Atlanco-Rimec. Ten podwykonawca był przedmiotem kilku orzeczeń sądowych i decyzji administracyjnych; Czy tezy orzeczenia mogą być przydatne w innych regionach, aby wykluczyć tę firmę? (Zob. też rozdział podręcznika: Najlepsze Praktyki)

Dyrektywa otwiera niemniej drogę do obowiązkowego stosowania najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (MEAT - *the most economically advantageous tender*). W tym kontekście, wprowadzono pojęcie najlepszej stosunku jakości do ceny (Art 67.2). Pojęcie to staje się nadrzędnym terminem odnoszącym się do propozycji, którą instytucja zamawiająca uważa za najlepsze rozwiązanie wśród oferowanych.

Jednym z celów rewizji dyrektywy wg Komisji Europejskiej, było zachowanie równowagi między potrzebą uwzględnienia aspektów społecznych i środowiskowych a zarazem uniknięciem przeszkód w otwarciu jednolitego rynku. Dla tego ostatniego powodu, Komisja Europejska nie włączyła niestety specjalnego rozdziału dotyczącego obowiązkowych klauzul społecznych, co oznacza, że udzielenie zamówienia na podstawie kosztu lub tylko oceny cenowej nie jest wykluczone.

Jednak nie powinno to uniemożliwiać Związkom Zawodowym wzywania do ich uwzględnienia w ustawodawstwach krajowych, jako, że kryterium samego kosztu powoduje silną presję na obniżenie standardów i warunków pracy oraz jakości usług. Mimo, że cena lub koszt są obowiązkowym elementem (Art. 67), podlegającym ocenie przez instytucje zamawiające, to instytucje te mogą uwzględniać najlepszy stosunek jakości do ceny, co powoduje włączenie dodatkowych kryteriów jakości wymienionych w art 67.2 i w motywach 97 i 99 dyrektywy, określonych w następujący sposób: "Ponadto, by lepiej uwzględniać kwestie społeczne i środowiskowe w postępowaniach o udzielanie zamówień, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość stosowania kryteriów udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług..., łącznie z czynnikami związanymi z konkretnym procesem produkcyjnym, dostarczeniem lub obrotem i jego warunkami w odniesieniu do tych robót budowlanych, ... " co może zawierać ... "środki mające na celu ochronę zdrowia personelu biorącego udział w procesie produkcji" i ... " Takie kryteria lub warunki mogą odnosić się ... do wdrożenia działań szkoleniowych dla ludzi młodych ... ".

Zatem państwa członkowskie mają wolną rękę w podjęciu decyzji o wprowadzeniu obowiązkowego stosowania zasady MEAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia i o kryteriach społecznych, które wprowadzą do procedur. W ramach procesu wdrażania dyrektywy, państwa członkowskie mogą być skłonne do przyjęcia fakultatywnego stosowania zasady MEAT twierdząc, że może ona spowodować wzrost ceny. W związku z takim rozumowaniem, nowe przepisy zawarte w art.67.3 oferują pewne wyjście, pozwalając na wprowadzenie obowiązkowych przepisów w określonym sektorze. Ta opcja jest dyskutowana w Austrii, a mianowicie wprowadzenie obowiązkowego stosowania zasady MEAT w sektorze budowlanym.

W tym kontekście należy przypomnieć, że poszanowanie prawa pracy i układów zbiorowych w miejscu pracy, nie mogą być traktowane jako kryterium na szali wagi w ocenie najlepszego stosunku jakości do ceny. Są one bowiem obowiązkiem niezależnym od innych obowiązujących kryteriów.

3.6. Rażąco niskie oferty

Doświadczenia wykazały, że w kontekście transgranicznym co najmniej kilka firm (i pracowników) jest skłonnych do wykonywania pracy na wynagrodzenia i według standardów pracy znacznie poniżej norm krajowych, szczególnie w budownictwie, rolnictwie, sprzętaniu i w innych rodzajach usług¹³. This can lead to abnormally low tenders in public procurement under the flag of the 'free provisions of services'. Several countries have tried to tackle this problem.

¹³ Cremers J. (2011), W poszukiwaniu taniej siły roboczej w Europie, CLR /International Books, Brussels/Utrecht

Dyrektywa z 2004r. zawierała zapis pozwalający instytucji zamawiającej żądania wyjaśnień co do "rażąco niskiej" oferty z wielu powodów, w tym wymagania, by oferent wykazał zgodność z przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy obowiązujących w miejscu, gdzie zamówienie ma być realizowane. W celu poprawy egzekwowania wynagrodzenia i innych klauzul społecznych, na przykład, większość regionalnych niemieckich zasad udzielania zamówień publicznych zawierała szczegółowe przepisy dotyczące tych praw, a czasem nawet obowiązek instytucji zamawiających do monitorowania firm wykonawczych, w szczególności w przypadku "rażąco niskiej oferty", zwykle definiowanej jako oferty, której wartość jest co najmniej o 10% niższa od kolejnej niskocenowej oferty¹⁴.

W niektórych krajach ogólnie przyjętą polityką jest monitorowanie warunków pracy tylko w przypadku rażąco niskich ofert, w szczególności w krajach, które nie ratyfikowały konwencji MOP. W takiej sytuacji istnieją tylko bardzo ogólne odniesienia w krajowych regulacjach systemu zamówień publicznych, zgodnie z którymi warunki pracy firm wykonawczych muszą być uwzględniane w przypadku rażąco niskich ofert¹⁵.

Jednak z biegiem lat wciąż zbyt wiele organów publicznych, nie tylko ze względu na ich ograniczenia finansowe, ale także ze względu na uciążliwe procedury i brak kompetentnych pracowników, kierowało się po prostu - i zamierza kierować się nadal - podejściem wyboru najniższych kosztów i nie przejmowało się kryteriami społecznymi w udzielaniu zamówień.

Czy sytuacja ta poprawiła się wraz modernizacją przepisów? W dyrektywie znajdujemy sformułowanie przewidujące wykluczenie rażąco niskich ofert, które mogą wywodzić się z nieprzestrzegania obowiązków określonych w art 18.2 lub są niezgodnie z obowiązkami określonymi w art. 71 (o podwykonawstwie). Przede wszystkim należy odpowiedzieć sobie na pytanie w jakim stopniu instytucja zamawiająca jest zobowiązana do sprawdzania warunków pracy w przypadku rażąco niskich ofert. Art. 69 przewiduje bowiem, że w przypadku niskich ofert, władze publiczne są zobowiązane do zażądania wyjaśnień od oferenta przed odrzuceniem oferty. EKZZ prawidłowo zauważyła, że władze publiczne nie są wyraźnie zobowiązane do żądania wyjaśnień związanych konkretnie z poszanowaniem art. 18.2. EKZZ jest zdania, że jest to luka, którą należy się zająć podczas transpozycji dyrektywy do przepisów krajowych. W przypadku rażąco niskich ofert, zamawiające instytucje publiczne muszą systematycznie żądać wyjaśnień w odniesieniu do poszanowania przepisów art. 18.2 (EKZZ 2014).

W art. 69 znajduje się również odniesienie do współpracy między państwami członkowskimi, w drodze wymiany informacji. Jednak co do warunków pracy, to wydaje się ono być ograniczone do delegowania pracowników, a tym samym nie rozwiązuje kwestii dotyczących ogólnych naruszeń przepisów, o którym mowa w rozdziale 3.4.

¹⁴ Zob.Schulten et al (2012)

¹⁵ Estońska ustawa o zamówieniach publicznych z 2007r stanowi, że "jeżeli instytucja zamawiająca uzna, że wartość przetargu jest rażąco niska" , żąda wówczas informacji na temat przepisów obowiązujących w miejscu wykonywania zamówienia publicznego, które regulują ochronę pracowników i warunków pracy "(cytat z Schulten et al, 2012). Wielka Brytania, Łotwa i Litwa mają podobne przepisy.

3.7. Podwykonawstwo i eksternalizacja pracowników - Delegowanie, agencje zatrudnienia i inne środki outsourcingu

W ostatnim dziesięcioleciu zebrano wystarczające dowody, by dojść do wniosku, że stosowanie łańcuchów podwykonawstwa jest jednym z kluczowych kanałów dla obchodzenia obowiązujących warunków pracy i prawa pracy. Sprawozdawca Parlamentu Europejskiego Marc Tarabella opracował koncepcję "społecznie zrównoważonego procesu produkcji", określając ją jako proces zapewniający poszanowanie zdrowia i bezpieczeństwa pracowników oraz standardów społecznych. Eurodeputowany zaproponował więc ograniczenie kaskadowego podwykonawstwa przez wprowadzenie ograniczenia do trzech kolejnych podwykonawców i wprowadzenia zasady odpowiedzialności w całym łańcuchu podwykonawstwa w zakresie poszanowania praw podstawowych, zdrowia i bezpieczeństwa pracowników oraz obowiązujące przepisy prawa pracy. W tym duchu osiągnięto pewien postęp, choć i w nowej dyrektywie można znaleźć nie wiążące ograniczenia.

Państwa członkowskie powinny skorzystać z nowopowstałego rozszerzenia pola manewru w celu ustalenia jak najskuteczniejszych i szeroko zakrojonych stosownych instrumentów kontroli zgodności ze standardami społecznymi. Art. 71 odnosi się do przestrzegania postanowień art. 18.2 również przez podwykonawców. Obowiązki, o których mowa w przepisach artykułu odnoszą się bowiem również do nich. Artykuł ten był wielokrotnie krytykowany ze względu na niejasne sformułowania. Na pierwszy rzut oka, nowe przepisy ustanawiają zasadę równego traktowania w miejscu pracy. Jednakże jej zastosowanie wydaje się ograniczać tylko do pracowników krajowych. Nie jest jasne, jakie przepisy mają zastosowanie w przypadku firm korzystających z pracowników delegowanych. Według orzecznictwa ETS, sytuacja, w której ustawodawca nie wypowiada się w określonym przedmiocie w sposób jasny i przejrzysty, nie jest zbyt obiecująca [pod względem egzekwowania prawa]. We wcześniejszych orzeczeniach (Rüffert) ETS uznał, że nakładając jako obowiązkową, stawkę wynagrodzenia ustalonego w układzie zbiorowym, podczas, gdy nie jest ona powszechnie lub wszędzie stosowana, organ publiczny będzie działać wbrew dyrektywie dotyczącej delegowania pracowników i postanowieniom Traktatu.

Według ETS, tego rodzaju obowiązkowe przepisy stwarzają "barierę" dla swobodnego świadczenia usług. EKZZ słusznie stwierdza, że "Jeżeli postulowana przez ETS logiczna wykładnia dyrektywy 96/71/WE miałyby być stosowana ściśle, to cała połać nowych przepisów prawa w sprawie zamówień publicznych, powinna potencjalnie zostać uchylona w niektórych państwach członkowskich. W takiej sytuacji nasuwa się pytanie co do prawomocności ETS jako współustawodawcy. Trzeba się będzie zastanowić, czy kolejna sprawa Rüffert będzie jeszcze mogła mieć miejsce, kiedy nowa dyrektywa w sprawie zamówień publicznych wejdzie w życie (EKZZ, 2014).

Dlatego korzystanie z delegowanych pracowników ma zostać dokładnie przeanalizowane w ramach zamówień publicznych. Zwykłe oświadczenie złożone przez samego podwykonawcę nie powinno być wystarczające. Dyrektywa w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71/WE precyzuje okoliczności, w których można korzystać z pracowników delegowanych. Firmy krzaki [dosł. przedsiębiorstwa działające na zasadzie "skrzynki pocztowej"] bez rzeczywistego miejsca prowadzenia działalności w kraju pochodzenia, i firmy trwale korzystające z pracowników delegowanych, nie mogą powoływać się na przepisy dyrektywy 96/71/WE. W konsekwencji, pracownicy powinni być traktowani jako pracownicy krajowi. Art 71.6 precyzuje, że podstawy wyłączenia dotyczą podwykonawców i w szczególności definiuje środki jakie należy podjąć: System odpowiedzialności może zostać przewidziany także dla podwykonawców. W przypadku naruszenia standardów pracy MOP i innych standardów określonych w załączniku X do dyrektywy, instytucja zamawiająca może nakazać wykonawcy zastąpienie podwykonawcy, [w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia]. Zakres tych przepisów można rozszerzyć na dostawców. Oznacza to, że jeżeli

dostawca, podczas wykonywania umowy dostawy, naruszy obowiązki wymienione w art 18.2, może to spowodować jego obowiązkowe wykluczenie, jeśli zostało ono zdefiniowane jako takie w prawie krajowym. Ponadto, rzeczywiście takie praktyki i porównywalne nadużycia w innych państwach członkowskich powinny stać się wystarczającą podstawą do wykluczenia kandydatów.

Również tendencja rozmywania odpowiedzialności umownej głównego wykonawcy za pomocą nieskończenie długich łańcuchów podwykonawstwa, powinna zostać ukrócona przez wprowadzenie ograniczeń prawnych. Można to zrobić na przykład poprzez ograniczenie łańcucha na poziomie drugiego z kolei podwykonawcy. Ponadto, oferent powinien być zobowiązany do wykonywania krytycznych, kluczowych zadań oraz powiadomić kontrahenta władz publicznych lub jakichkolwiek innych podwykonawców prosząc o jego zgodę. Ponadto odpowiedzialność głównego wykonawcy powinna być jasno określona przez prawo. Oznacza to, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania, główny wykonawca powinien być pociągnięty do odpowiedzialności. Jednakże ten obowiązek ustalany jest w bardzo różny sposób w poszczególnych państwach członkowskich. A zatem, choć na pierwszy rzut oka wydawać się może, że obowiązują surowe przepisy prawne to przy przyjrzeniu się z bliska, nie obowiązują. Dzieje się tak na przykład w Austrii, gdzie odpowiedzialność kończy się bankructwem podwykonawcy. Gdyby nie fundusze pomocowe (w Austrii Insolvenz-Entgeldfonds), pracownicy podwykonawców po prostu nie otrzymaliby zapłaty za pracę. Zatem bardzo ważne jest, by przestrzegać zaleceń Marca Tarabelli, czyli ustalenia odpowiedzialności głównego wykonawcy niezależnie od sytuacji finansowej podwykonawców, co oznacza odpowiedzialność bez ustalenia winy lub bezwzględną odpowiedzialność [za cudze czyny niezależnej od przestanki winy].

3.8. Perspektywy

Od czasu utworzenia Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w 1957 roku, podstawowe zasady wolnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału, stanowiły pierwsze filary w budowie szerokiego wspólnego rynku europejskiego. Podejście Wspólnoty cechowało wówczas przede wszystkim zainteresowanie gospodarką, nawet jeżeli sześć założycielskich państw członkowskich nie zaniedbywało aspektów społecznych, które miały zostać rozpatrzone w przyszłości: koncepcja zakładała podwójny system ; Europejska Wspólnota Gospodarcza miała za zadanie stworzenie jednolitego rynku, zaś państwa członkowskie mogły utrzymać różne krajowe systemy społeczne i układów zbiorowych lub płac minimalnych, które miały wzajemnie korzystnie wpłynąć zarówno na rozwój gospodarczy jak i na model społeczny w Europie. Idea ta nie została jednak zrealizowana zaś w wyniku rozszerzenia UE, liberalizacji rynków, rosnącej liczby pracowników migrujących i globalnego przemysłu zaniechano jej wprowadzenia w życie. Taki rozwój wydarzeń wywiera rosnący negatywny wpływ na warunki pracy i płac w sektorze budowlanym. Ponadto, liberalizacja idzie w parze ze zniesieniem biurokracji i zastąpienia jej inteligentnymi instrumentami (upraszczania procedur). Samoregulacja i 'samooczyszczanie się', to nowe instrumenty *szczupłego zarządzania* proponowane na poziomie UE.

Związki zawodowe powinny wyraźnie przeciwstawiać się takim tendencjom, zwłaszcza w branży budowlanej, charakteryzującej się takimi cechami jak wysoki poziom mobilności, intensywność pracy, specyficzny i złożony proces produkcyjny, liczne miejsca pracy, wysoka częstotliwość wypadków i wszelakie formy oszustw socjalnych. Dlatego skuteczna kontrola przestrzegania obowiązku ubezpieczeń społecznych, warunków pracy i płacy, zgodności z narzędziami bezpieczeństwa i higieny pracy, szkolenia pracowników i organizacji stażu (nauki zawodu) w miejscu pracy, jest nieodzowna.

Mając na uwadze ograniczenia budżetowe i presję ekonomiczną ciążącą na instytucjach zamawiających, jedynym wnioskiem może być tylko konieczność powołania organów kontrolnych, mających za zadanie nadzór realizacji zamówienia przez obu kontrahentów: Instytucji zamawiającej i wykonawcy-klienta, w tym wszystkich podwykonawców. Mógłby to być *regulator* [urząd kontrolujący

prawidłowość działania] lub prokurator zamówień publicznych. Aby doprowadzić do realizacji zamierzonego 'nowego' nacisku na aspekty społeczne, zdrowia i bezpieczeństwa w procedurach zamówień publicznych, należy zgodzić się co do tezy, że włączenie związków zawodowych jako przedstawicieli pracowników, musi stać się ważnym wspólnym celem na poziomie UE.¹⁶

¹⁶ Jako punkt wyjścia lub dobry przykład może służyć krajowe porozumienie między związkami zawodowymi w Wielkiej Brytanii i branżą budowlaną: <http://www.njceci.org.uk/national-agreement/>

4. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz aspekty społeczne w zamówieniach publicznych - przegląd

4.1 Wprowadzenie

Zasady i procedury, które należy stosować w przypadku zamówień publicznych, odgrywały ważną rolę już od momentu stworzenia projektu rynku wewnętrznego (wówczas) Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w połowie lat osiemdziesiątych. Celem regulacji zamówień publicznych było otwarcie rynku projektów finansowanych z pieniędzy publicznych, dla konkurencji z całego rynku wewnętrznego. Komisja Europejska zaproponowała pakiet legislacyjny złożony z dyrektyw udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i koncesje. Zasady udzielania zamówień publicznych miały na celu stworzenie otoczenia prawnego gwarantującego wszystkim europejskim przedsiębiorstwom dostęp do zamówień publicznych w tym samym czasie oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych.

Zasady miały mieć istotny wpływ na ogólne wyniki gospodarcze UE. Na początku lat dziewięćdziesiątych, Komisja Europejska przedstawiła wstępne opracowanie prawodawstwa w dziedzinie zamówień jako "kwestię czysto techniczną", która nie powinna być "zanieczyszczona" rozważaniami natury społecznej czy środowiskowej. Oficjalna wersja była taka, że przepisy UE w sprawie zamówień publicznych uznaje się za neutralne w kwestiach społecznych, o ile tylko ogólne zasady przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, są przestrzegane. Dominowało wówczas przekonanie, że najskuteczniejszy sposób wydatkowania pieniędzy podatników i przyniesienie najlepszych korzyści społeczności, to wybór najtańszej oferty. W konsekwencji, zamówienia publiczne były przez dłuższy czas zdominowane przez wąski dogmat najniższej ceny, nie biorąc pod uwagę skutków tego podejścia na pracowników i środowisko.

Natomiast ci z **kontrahentów publicznych**, którzy chcieli zastosować kryteria społeczne lub środowiskowe borykali się i nadal borykają z uciążliwością procedur. Często zdarzało się, że postępowanie przetargowe zostało unieważnione przez ETS. Niemniej, jako, że większość projektów zamówień publicznych jest wykonywana poprzez pracę zarobkową, a koszty wynagrodzeń i innych ustaleń dot. warunków pracy, muszą być wliczone w koszty przy składaniu ofert, istnieją zatem silne powiązania między prawami pracowniczymi i projektami zamówień publicznych. Poza tym, niektóre państwa członkowskie mają długą tradycję wykorzystywania zamówień publicznych w celu promowania różnych celów polityki społecznej (Ahlberg i Bruun, 2012).

Dyrektywy jako takie są oparte na artykułach i zasadach rządzących rynkiem wewnętrznym i na orzecznictwie. Od lat Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) określa, w jaki sposób artykuły traktatów europejskich oraz zasady wolności gospodarczej rynku wewnętrznego muszą być interpretowane w dziedzinie zamówień publicznych. W niektórych przypadkach, ETS przyjął pojęcie względów społecznych w procedurach zamówień publicznych. Na przykład, w sprawie **Komisja Europejska przeciwko Francji** (C-225/98), ETS stwierdza, że zdolność oferenta do przyczynienia się do walki z bezrobociem może zostać uznana jako dodatkowe kryterium udzielenia zamówienia, mimo że nie jest ono związane z przedmiotem zamówienia.

Niemniej w innych przypadkach, w szczególności dotyczących delegowania pracowników, Komisja Europejska i Europejski Trybunał Sprawiedliwości wykazały (od lat osiemdziesiątych i później) chęć ograniczenia sposobów wdrażania celów obowiązkowej polityki społecznej (lub środowiskowej) w zamówieniach przez niektóre państwa członkowskie. Niektóre z orzeczeń ETS rozmywiają stosowanie obowiązujących przepisów ustawodawstwa socjalnego oraz możliwości kontrolowania zgodności umów na zamówienia przez państwa członkowskie, w szczególności w odniesieniu do kompetencji państw członkowskich w sformułowaniu obowiązkowych standardów pracy i przepisów

obowiązujących wszystkie przedsiębiorstwa i wszystkich wykonujących pracę zarobkową na określonym terytorium.

Ponadto, część krajowych ram regulacyjnych (w zakresie standardów pracy i warunków pracy), opartych na przepisach prawa pracy i układów zbiorowych, została jednostronnie wykluczona przez ETS. W sprawach o naruszenie praw pracowniczych rozpatrywanych przez ETS, wydaje się, że Trybunał przywiązuje niewielką wagę do warunków pracy, zawartych w przepisach krajowych systemów stosunków przemysłowych, nawet jeśli oferenci byli traktowani jednakowo. Orzeczenia ETS dotyczące delegowania (zwłaszcza w **sprawach Luksemburg i Rüffert**) stworzyły sytuację, w której dostawcy usług krajowych podlegali bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa krajowego, którego musieli przestrzegać, podczas gdy zagraniczni dostawcy usług nie mieli przymusu wywiązania się z tego obowiązku. Europejska Konfederacja Związków Zawodowych (ETUC/EKZZ), uznała w 2008 roku, że orzeczenie *Rüffert* to ignorowanie dyrektywy o zamówieniach publicznych z 2004r, która wyraźnie pozwoliła na zastosowanie klauzul społecznych.

W wyroku nie uznano prawa państw członkowskich ani władz publicznych do wykorzystywania zamówień publicznych jako instrumentu mającego na celu przeciwdziałanie nieuczciwej konkurencji przez dostawców usług transgranicznych z perspektywy warunków pracy pracowników, ponieważ zostało to uznane za niezgodne z dyrektywą delegowania. W wyroku nie uznano również prawa związków zawodowych do żądania równych płac i warunków pracy oraz przestrzegania wspólnie uzgodnionych standardów mających zastosowanie do pracowników delegowanych w miejscu pracy, równych dla wszystkich oferentów niezależnie od narodowości, oprócz minimalnych standardów określonych w dyrektywie delegowania.

4.2 Krótki spis

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie klauzul społecznych w zamówieniach publicznych na przestrzeni lat miały decydujący wpływ na zmiany dyrektyw w sprawie zamówień i przyczyniły się do ukształtowania prawa według wykładni dokonanej przez sądy krajowe. W przeglądzie tym streścimy niektóre z najbardziej istotnych orzeczeń i innych inicjatyw legislacyjnych Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Jedną z pierwszych spraw, rozpatrywaną jeszcze w starym systemie dyrektywy Rady 71/305 / EWG, z poważnym wpływem na kwestie zamówień publicznych i aspekty społeczne, była tzw. sprawa **Beentjes** (C-31/87) z 1988 roku. Źródłem sporu jest skarga krajowego oferenta przeciwko państwu holenderskiemu. W skrócie, ETS orzekł, że kryterium społeczne wykonania zamówienia, wymagające od wykonawcy zatrudniania osób długotrwale bezrobotnych, może zostać zastosowany w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego, jeżeli jest on zgodny ze wszystkimi odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego. ETS stwierdził, że "warunek dotyczący **zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych** jest zgodny z dyrektywą, jeśli nie powoduje bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji oferentów z innych państw członkowskich Wspólnoty. Ponadto, tego rodzaju specyficzne warunki muszą być wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu".

Stanowisko ETS w sprawie *Beentjes* powtórzyło się w **sprawie Nord-Pas-de-Calais** (C-225/98). Należy podkreślić, że chodzi o sprawę: Komisja Europejska przeciwko państwu francuskiemu. Komisja Europejska starała się zneutralizować orzeczenie *Beentjes*, które trzeba ocenić pozytywnie w perspektywie względów społecznych. Region jako instytucja zamawiająca umieścił zdolność wykonawców do **zwalczania lokalnego bezrobocia** jako jedno z kryteriów udzielenia zamówienia. Komisja Europejska argumentowała, że choć kwestie związane z zatrudnieniem mogą być traktowane jako warunek realizacji zamówienia, nie mogą stać się kryterium udzielenia zamówienia. ETS odrzucił ten argument, gdyż Komisja Europejska nie mogła wykazać, że kryterium było

dyskryminujące lub nie zostało opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu. Według ETS, instytucje zamawiające mogą wykorzystać takie kryterium udzielenia zamówienia pod warunkiem, że jest to zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego; w szczególności zasady niedyskryminacji. Należy zauważyć, że oba przypadki, o których mowa odnoszą się głównie do **ogólnych warunków "polityki społecznej"**, a nie do warunków pracy lub innych przepisów dotyczących praw pracowniczych. Orzeczenia ETS nie stwierdzają, że zalecenia dot. warunków pracy są zgodne z dyrektywą. Wnioski wyciągnięte z tych spraw przez Komisję są również wewnętrznie sprzeczne. Według komunikatu interpretacyjnego Komisji Europejskiej, kwestie społeczne mogą być włączane do zamówień publicznych jedynie jako dodatkowe kryteria udzielania zamówień, które nie są decydujące, ale które mogą być wykorzystane do podjęcia decyzji, w ostatecznym rozstrzygnięciu pomiędzy ofertami równorzędnymi.¹⁷

Kolejna ciekawa sprawa, w międzyczasie odnosząca się do zrewidowanych dyrektyw z początku lat 90' (w szczególności dyrektywy 92/50), została rozpatrzona w roku 2002. W **sprawie Concordia Bus Finland przeciwko Helsingin**(C-513/99), ETS uznał, że zamawiający ma prawo do uwzględnienia kwestii ochrony środowiska w kryteriach udzielenia zamówienia. Znaczenie tego orzeczenia było dwojakie: po pierwsze, ETS uznał, że **kryteria udzielania niekoniecznie muszą być natury czysto ekonomicznej**, po drugie ETS stwierdził, że "dyrektywa 92/50 nie wyklucza możliwości włączenia przez instytucję zamawiającą kryteriów odnoszących się do ochrony środowiska przy ocenie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie", tak długo, jak kryteria przyjęte w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, są stosowane zgodnie ze wszystkimi zasadami proceduralnymi ustanowionymi w dyrektywie 92/50, a w szczególności zasadami dotyczącymi reklamy. Znaczenie orzeczenia wykracza poza bezpośrednie skutki dla sprawy. ETS sformułował w istocie **ramy prawne dla instytucji zamawiających**; kryteria ekologiczne mogą być brane pod uwagę, **jeżeli są związane z przedmiotem zamówienia**; organ zamawiający nie ma nieograniczonej swobody wyboru; kryteria są wyraźnie wymienione w specyfikacji lub w ogłoszeniu o przetargu; są ponadto zgodne ze wszystkimi podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności zasady niedyskryminacji.

W sprawie z 2003r, (**Wienstrom przeciwko Austrii**, C-448/01), zastosowano następujące rozumowanie: dyrektywa 92/50 nie może być interpretowana w ten sposób, że wszystkie **kryteria udzielenia zamówienia** ustalone przez instytucję zamawiającą w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, **niekoniecznie muszą mieć charakter czysto ekonomiczny**. Jednak ETS uznał za naruszenie sytuację, w której kryterium udzielenia zamówienia nie zostało uzupełnione wymogami, pozwalającymi na skuteczną weryfikację informacji przekazanych przez oferentów. Tak więc, ETS stwierdził, że procedura udzielenia zamówienia jest niezgodna z zasadami prawa wspólnotowego w dziedzinie prawa zamówień publicznych.

W **sprawie Lianakis** C-532/06 ETS stwierdził, że kryteria selekcji [związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania] i kryteria udzielenia zamówienia muszą się od siebie wyraźnie różnić. Dla zachowania zasad przejrzystości i równego traktowania, wszystkie elementy uwzględnione przez instytucję zamawiającą przy wyłonieniu **oferty najkorzystniejszej ekonomicznie** oraz ich względne znaczenie [współczynniki wagi], muszą być wcześniej sprecyzowane i opublikowane. Oznacza to, że margines interpretacji instytucji zamawiających zostanie zmniejszony i zamawiający stracą wsparcie w priorytetowym traktowaniu ofert nastawionych bardziej "społecznie" niż inne, jeśli nie ustalili odpowiednich kryteriów z wyprzedzeniem i w wystarczająco szczegółowy sposób.

¹⁷ Zob. Komunikat Komisji Europejskiej w sprawie możliwości uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych KOM(2001) 566 z 2001 roku..

W celu zmniejszenia obciążenia lokalnych kontrahentów publicznych przy ustalaniu kryteriów udzielania zamówień i przyznawania ocen, kontrahenci publiczni zaczęli odwoływać się do **etykiet** w miejsce używania specyfikacji technicznej do opisu przedmiotu zamówienia. ETS uznał **sprawę Max Havelaar** (C-368/10) za dopuszczalną, jako, że w zasadzie, **kryteria społeczne i środowiskowe** - w tym przypadku produktów pochodzących z upraw ekologicznych - **mogą być preferowane**. Zastosowanie tej decyzji do zamówienia na prace budowlane oznacza, że przedsiębiorstwo, którego produkt spełnia specyfikacje techniczne nie musi starać się o 'ekoetykietę'. Po prostu należy umożliwić podmiotowi gospodarczemu udowodnienie, że jego produkt spełnia określone wymagania techniczne. [W celu wykazania równoważności należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie]. Mając na uwadze szeroki zakres etykiet krajowych i europejskich, znaczenie tej decyzji jest dwojakie: a) nabywcy publiczni mogą wprowadzić kryteria społeczne i b) wymogi administracyjne dla przedsiębiorstw są ograniczone, ponieważ nie muszą one wskazać się posiadaniem konkretnych etykiet ; Wystarczy by udowodniły, że spełniają wymagane kwalifikacje.

Świadomość, że podmioty publiczne muszą odegrać wiodącą rolę we wprowadzeniu aspektów społecznych, wzrosła zarówno na szczeblu federalnym jak i lokalnym. Tak więc, Nordrhein-Westfalen przewiduje, że **minimalne płace** muszą być stosowane we wszystkich zamówieniach publicznych. Dortmundzie interpretować ten przepis w ten sposób, że każda podwykonawca, niezależnie od ich siedziby i miejsca świadczenia usług, musi zapłacić niemieckie płace minimalne.

W tej sprawie, **niemiecka Staatsdruckerei** [C-549/13] Bundesdruckerei GmbH] zleciła główny przedmiot zamówienia polskiej firmie. ETS uznał, że w takim przypadku, niemieckie płace minimalne nie mają zastosowania. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego, wydaje się logiczne, że zakres jurysdykcji (władzy sądowej) państwa członkowskiego, kończy się na granicach jego terytorium. Jednakże ETS [w swej wykładni prawa] nie odniósł się do powyższego argumentu, ale do zasad rynku wewnętrznego. Rozumowanie, które wkrada się do argumentacji ETS-u można uznać za dość cyniczne, kiedy Trybunał stwierdza, że [niemieckie] przepisy krajowe wykraczają poza ramy tego, co jest konieczne, aby zapewnić, że cel ochrony pracowników zostanie osiągnięty, podczas gdy ... " poprzez nakazanie w takiej sytuacji określonej płacy minimalnej, która odpowiada płacy wymaganej do zapewnienia godziwego wynagrodzenia pracownikom państwa członkowskiego instytucji zamawiającej w kontekście kosztów utrzymania istniejących w tym państwie członkowskim, ale jednak nie ma związku z kosztami utrzymania istniejącymi w państwie członkowskim (w tym przypadku, Polska), w którym zostaną zrealizowane świadczenia dotyczące rozpatrywanego zamówienia publicznego, co w konsekwencji pozbawiłoby podwykonawców mających siedzibę w tym ostatnim państwie członkowskim odniesienia konkurencyjnej korzyści z różnic istniejących między odpowiednimi stawkami płac, wykraczają poza to, co jest niezbędne do zapewnienia osiągnięcia celu ochrony pracowników. "

Wnioski, które należy wyciągnąć z tego przypadku są dwojakiej natury: po pierwsze, ETS uporczywie podkreśla przewagę zasady (swobodnej) konkurencji między państwami członkowskimi w stosunku do innych zasadach. Po drugie, aby uniknąć tego rodzaju ingerencji współustawodawcy unijnego, kontrahenci publiczni powinni zażądać od głównego wykonawcy, zobowiązania do samodzielnego wykonania całości lub głównej części przedmiotu umowy zamówienia. Dodatkowo, łańcuch podwykonawców powinien zostać ograniczony ustawowo.

Środki te powoliłyby uniknąć nieuczciwej konkurencji kosztem pracowników i w oparciu o różnice w wynagrodzeniach.

4.3 Wpływ "eksternalizacji pracowników" - zatrudnienie zewnętrzne: orzecznictwo w zakresie delegowania pracowników, out-sourcing, in-sourcing (rekrutacji), agencje zatrudnienia

Zasady delegowania były przedmiotem szeregu orzeczeń ETS. Wyniki rozpatrywanych spraw wykazały, że ETS i KE idą w kierunku wąskiej i restrykcyjnej interpretacji dyrektywy delegowania, co wiąże się z surowymi konsekwencjami dla procedur udzielania zamówień publicznych.

Państwa członkowskie wybrały inne podejście w stosunku do stopnia, w jakim insourcing/ outsourcing może być stosowany przez kontrahentów publicznych. Belgia na przykład wprowadziła uregulowanie dla pracowników agencji tymczasowych ustalając, że muszą być akredytowani i przejść minimalne szkolenie. W Norwegii i Austrii, ustawodawca wprowadził przepis uznający podwykonawstwo i tymczasowe umowy o pracę za ten sam typ umów. W związku z tym, dopuszczalny poziom "prac zleczanych" automatycznie się zmniejszył. Jednak doświadczenia w niektórych państwach członkowskich pokazują, że ograniczenie łańcucha zleczanych robót nie wystarczy, aby zmniejszyć presję płacową. Na przykład w Wielkiej Brytanii, to zazwyczaj klient-wykonawca egzekwuje przestrzeganie warunków umowy, w tym zapłacenia kary przez podwykonawców za nieprzestrzeganie obowiązujących przepisów, nawet jeśli jest najsłabszym partnerem w łańcuchu.

W kilku sprawach (jak widać na przykładach Rüffert i Laval), interpretacja postanowień traktatu dotyczących swobodnego przepływu usług, dokonana przez ETS, ogranicza możliwość ustalenia standardów pracy poprzez takie mechanizmy, jak układy zbiorowe i klauzule społeczne w umowach zamówień publicznych (Van Hoek i Houwerzijl, 2011). Orzeczenia ETS-u wpływają w ten sposób bezpośrednio na możliwość zalecania obowiązujących przepisów w odniesieniu do warunków pracy. Kluczowym pytaniem jest, co oznacza, że kryteria społeczne są zgodne z prawem wspólnotowym (lub UE). Sugerowana neutralność uwzględniając przypadki orzecznictwa takie jak Laval i Rüffert oznacza, że kiedy umowa jest realizowana przez pracowników delegowanych z innego kraju, instytucja zamawiająca nie może uznać, że uczestnictwo w zamówieniu publicznym będzie "uzależnione od przestrzegania warunków jakiegokolwiek układu zbiorowego", choć ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli praca jest wykonywana przez pracowników zatrudnionych przez lokalne firmy (Ahlberg & Bruun, 2012).

ETS wypowiada się również stanowczo w sprawie sporu o naruszenie przepisów, wszczętego przez **Komisję Europejską przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga**. Według ETS-u, lista wskazówek w dyrektywie delegowania dotyczących pracy i warunków pracy jest raczej wyczerpująca, a nie minimalistyczna czyli oparta na minimalnych podstawach prawnych. W [argumencie](#) 32 sprawy Luksemburga, ETS stwierdza, że zakres dodatkowych obowiązkowych przepisów prawa krajowego jest ograniczony do tych przepisów "które zgodnie z ich rodzajem i celem należy rozumieć jako bezwzględnie obowiązujące przepisy, które odpowiadają nadrzędnym względem interesu publicznego" (ETS w sprawie C-319 / 06). Według ETS, do państw członkowskich nie należy określenie jednostronnej polityki publicznej, która uzasadnia dodatkowe zasady obowiązkowe, poza minimalnymi podstawami prawnymi wymienionymi w dyrektywie. To ograniczenie wprowadzone przez doktrynę ETS oznacza w praktyce, że **wyższy poziom ochrony [pracowniczej] niż minimalna, jak określono w dyrektywie delegowania**¹⁸ nie może zostać nałożony na przedsiębiorstwa zagraniczne w stosunku do ich pracowników delegowanych. Jak wyjaśniono wcześniej, orzeczenia ETS stworzyły sytuację, w której przedsiębiorstwa zagraniczne świadczące usługi nie muszą przestrzegać obowiązujących przepisów, które jako bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa krajowego, muszą być przestrzegane przez usługodawców krajowych.

¹⁸ Rozpatrzenie 17: ". Bezwzględnie obowiązujące przepisy minimalne w zakresie ochrony [pracowniczej] obowiązującej w kraju przyjmującym, nie mogą uniemożliwiać stosowania warunków zatrudnienia, które są korzystniejsze dla pracowników"

Dostosowanie prawa przez współustawodawcę (UE) jest niedopuszczalne z punktu widzenia związków zawodowych, gdyż podważa, gdyż podważa dobrą wolę kontrahentów publicznych i przepisów krajowych w walce z nierównymi warunkami pracy: z jednej strony pracownicy w stosunku do których mają zastosowanie lokalne układy zbiorowe, zaś z drugiej, pracownicy z innych krajów UE, którzy mogą otrzymywać niższe płace. Oczywiście jest, że interpretacja terminu wspólnego rynku skłaniająca się w stronę doktryny "wchodzenia w rynek", zwiększy napięcia społeczne. Końcowa argumentacja ETS-u w sprawie **Bundesdruckerei vs Stadt Dortmund** (C549 / 13), wydaje się być cynikiem zwieńczeniem doktryny rynkowej: "poprzez nakazanie w takiej sytuacji określonej płacy minimalnej, która odpowiada płacy wymaganej do zapewnienia godziwego wynagrodzenia pracownikom państwa członkowskiego instytucji zamawiającej w kontekście kosztów utrzymania istniejących w tym państwie członkowskim, ale jednak nie ma związku z kosztami utrzymania istniejącymi w państwie członkowskim, w którym zostaną zrealizowane świadczenia dotyczące rozpatrywanego zamówienia publicznego, co w konsekwencji pozbawiłoby podwykonawców mających siedzibę w tym ostatnim państwie członkowskim odniesienia konkurencyjnej korzyści z różnic istniejących między odpowiednimi stawkami płac, wykraczają poza to, co jest niezbędne do zapewnienia osiągnięcia celu ochrony pracowników."

Podobna **sprawa** toczy się nadal przed Trybunałem Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (C-115/2014) w trybie prejudycjalnym. Firma **RegioPost GmbH** złożyła skargę przeciwko miastu Landau z powodu obowiązkowego stosowania płacy minimalnej zgodnie z ustawą w sprawie obowiązku stosowania stawek określonych umowami zbiorowymi (Landestariftreugesetz Rheinland-Pfalz). Stawka ta wynosi 8,70 euro. Powołując się na orzecznictwo wspólnotowe ETS w sprawie Rüffert, Trybunał Koblencji, uznał, że to minimum jest niezgodne z prawem UE, co oznacza wykluczenie rynku dla przedsiębiorstw z innych państw członkowskich o niższym poziomie płac. Ponieważ ustawa, o której mowa przewiduje jedynie minimalne stawki obowiązkowe dla zamówień publicznych a nie dla umów prywatnych, nie mamy do czynienia z powszechnie stosowaną płacą minimalną. Oczekuje się, że wyrok zapadnie w tym roku. Jednakże, należy pamiętać, że po pierwsze, środek ten jest zapisany ustawowo, zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy delegowania, co oznacza, że jest przepisem prawa krajowego a nie tylko układu zbiorowego. Po drugie, od 1.01.2015, obowiązkowa płaca minimalna 8,5 euro, zgodnie z prawem federalnym, musi być przestrzegana. W związku z tym, przynajmniej od tego momentu, warunki wstępne, wskazane w Art 3§ 1 tej dyrektywy delegowania są spełnione.

Dalszą nadzieję budzi niedawny wyrok w przekazanej sprawie C-413/13: "fikcyjnych pracowników samozatrudnionych". Z orzeczenia ETS-u wynika, że płace minimalne i warunki zatrudnienia określone w umowie zbiorowej mają zastosowanie do " **fikcyjnych samozatrudnionych [pracujących na własny rachunek]** ". **Sprawa** została wniesiona przez **holenderską organizację związkową FNV Kiem**, która zaskarżyła zaklasyfikowanie niezależnych muzyków, jako poszczególnych "firm". Zgodnie z holenderskim prawem konkurencji, związki zawodowe nie miały prawa do negocjacji umów zbiorowych z pracodawcami w sprawie wynagrodzeń pracowników samozatrudnionych. Jednak holenderski zbiorowy układ pracy określa minimalne stawki nie tylko dla 'zastępców' pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, ale także dla 'zastępców' tych pracowników, którzy wykonywają tę działalność w oparciu o umowy o świadczenie usług, a którzy nie są uznawani jako "pracownicy" w umowie (bez stosunku pracy - samozatrudnieni zastępcy). Orzeczenie ETS stwierdza, że **pozornie pracujący na własny rachunek**, innymi słowy, usługodawcy, w sytuacji porównywalnej z sytuacją pracowników, **mogą korzystać z praw pracowniczych zapisanych w układzie zbiorowym**

Ostatni przypadek, o którym należy wspomnieć to **fińska sprawa polskich pracowników**, którzy otrzymywali niższe płace w stosunku do krajowych (Sähköalojen ammattiliitto ry przeciwko Elektrobudowa Spółka Akcyjna, C-396/13). W ostatecznym wyroku ETS podkreślił, że warunki zatrudnienia gwarantowane pracownikom delegowanym mają być zdefiniowane przez prawo przyjmującego państwa członkowskiego (o ile warunki te są określone jako "powszechnie stosowanie, wiążące i przejrzyste"). W rozpatrywanym przypadku, zagraniczny podwykonawca zakwestionował fakt, że skarżące związki zawodowe w państwie przyjmującym miały odpowiednią legitymację

procesową (były uprawnione, by wnieść sprawę do sądu), biorąc pod uwagę, że stosunek pracy opierał się na przepisach krajowych dot. zawierania umów. Tak więc, ETS musiał podjąć decyzję w kwestii prawa do skutecznego środka odwoławczego, tak jak określono w Karcie Praw Podstawowych, czyli czy roszczenie na podstawie dyrektywy o delegowaniu pracowników, może być zablokowane przez regułę kraju pochodzenia, która zabrania cesji roszczeń pracowniczych wynikających ze stosunku pracy. ETS orzekł, że **związek zawodowy w kraju przyjmującym był uprawniony** do wniesienia skargi, jako, że ich wniosek procesowy opierał się na fińskim prawie procesowym, a dyrektywa o delegowaniu pracowników wyraźnie stanowi, że kwestie dotyczące **minimalnej stawki płac są regulowane**, niezależnie od prawa właściwego dla stosunku pracy, **przez prawo państwa przyjmującego**. W tym wyroku ETS zdecydował, że **przedsiębiorstwo może być pozwane do sądu w państwie przyjmującym**, co może mieć bezpośredni wpływ na przyszłe przetargi w tym kraju.

Jednak samo korzystanie z pracowników delegowanych musi być dokładnie zbadane. Nowa dyrektywa w sprawie egzekwowania dyrektywy 96/71 / WE wyjaśnia okoliczności, w których delegowanie można wykorzystać. Firmy bez rzeczywistego miejsca prowadzenia działalności w kraju pochodzenia (spółki - skrzynki pocztowe -letterbox) i firmy korzystające z delegowanych pracowników na stałe, nie mogą udawać, że opierają się na przepisie dyrektywy (dyrektywa 2014/67 / EG). Motyw 37 nowej dyrektywy przyznaje dysproporcjonalnie dużą moc doktrynie "wejścia na rynek" stosowanej przez ETS, dlatego też wydaje się mądre i roztrpne, by tego przepisu nie transponować do prawa krajowego.

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 ordinance) 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 x 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 or 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 Públicos» (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 “categoria”, 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 parliamentary 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 amongst 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 (“maitre 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; Örebro

The area of Örebro 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.

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

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; § 71 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.

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>

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.

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 legitimization 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.njeci.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) NAECI 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 NAECI 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 wells 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 seemingly 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 Ruffert 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 (Finland); 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



**European Federation of Building
and Woodworkers (EFBWW)**

B – 1000 Brussels

Tel.: +32/2/227 10 40

Fax: +32/2/219 82 28

E-mail: info@efbh.be

www.efbww.org