

K E N D E L S E

Dansk Byggeri
(selv)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 147-263455 af 28. juli 2014 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om ”Nyt Hospital Herlev”, delprojekt A – EA01 Råhus. Der er tale om én ud af 16 fagentrepriser ved udbygning af Herlev Hospital, delprojekt A, med hospitalets akutrelaterede funktioner på i alt ca. 56.000 m², anlæggelse af et større antal parkeringspladser og opførelse af et parkeringshus. Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Udbudsbetingelserne blev udsendt til de prækvalificerede virksomheder den 1. april 2015, og fristen for afgivelse af tilbud var den 15. juni 2015. Fire ud af fem prækvalificerede virksomheder afgav tilbud.

Den 7. juli 2015 indgav klageren, Dansk Byggeri, klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. Dansk Byggeri er klageberettiget organisation i medfør af nu lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 3, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 4.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Dansk Byggeri har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsmaterialet at pålægge tilbudsgiverne fuldt ud at kompensere en underentreprenørs ansatte, hvis underentreprenøren ikke lever op til udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsmaterialet at pålægge tilbudsgiverne at betale bod til regionen, hvis en underentreprenør ikke lever op til udbudsmaterialets krav til løn- og arbejdsvilkår.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsmaterialet at pålægge tilbudsgiverne at betale bod til regionen, hvis en underentreprenør har ladet arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at kræve den udbudte opgave leveret med respekt for nationale og internationale love og regler uden nærmere at angive, på hvilke punkter de internationale love og regler skal overholdes.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip ved i udbudsmaterialet at bestemme, at manglende overholdelse af krav, der ikke er præcist og fyldestgørende beskrevet, skal anses som en væsentlig mangel.

Region Hovedstaden har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende beskrivelse af udbygningen af Herlev Hospital og betingelser for deltagelse:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Nyt Hospital Herlev bliver et af Region Hovedstadens store områdehospitaler med forventning om i 2018 at dække et optageområde på omkring 435 000 borgere, og for særlige lægefaglige specialer ca. 750 000 borgere – samt have omkring 825 senge.

Nærværende udbygningsprojekt, delprojekt A, for Herlev Hospital omhandler en udbygning for disponering af de primære akutrelaterede funktioner. Byggeriet indeholder en akutmodtagelse indeholdende observationsafsnit, et akut operationsafsnit, en intensiv afdeling, et fødeafsnit, en neonatalafdeling og sengeafdelinger for kardiologi, gynækologi, obstetrik, en gastroenhet samt et pædiatrisk afsnit.

I forbindelse med delprojekt A skal der udføres:

- udbygning af de akutte funktioner i alt ca. 56 000 m²
- landskab/anlæg på ca. 10 hektar
- parkering i terræn til 200 p-pladser
- parkeringshus til 500 p-pladser
- center for fordybelse og tro på ca. 260 m².

Arbejderne på hospitalsbygningerne og tilhørende udearealer fordeles på i alt 16 stor- og fagentrepriser: EA01 Råhus, EA02 Lukning, EA03 Aptering, EA04 Murer, EA05 Gulv, EA06 Maler, EA07 Skiltning, EA08 El, EA09 Elevatorer, EA10 CTS, EA11 VVS, EA12 Ventilation, EA13 Rørpost, EA14 Gartner, EA15 Byggeplads og EA16 Skurby.

Opførelse af parkeringshuset udbydes som en selvstændig hovedentreprise, EA17 P-hus.

Samtidig med delprojekt A udbydes ligeledes center for fordybelse og tro, EA18 CFT, i en selvstændig hovedentreprise. Dette er et selvstændigt fondsfinansieret projekt, der udføres sideløbende med de øvrige entrepriser.

Hver af de i alt 18 entrepriser udbydes med en separat udbudsbekendtgørelse, og de udbydes alle parallelt.

Nærværende udbud EA01 Råhus vedrører følgende arbejder:

- pladsstøbt beton
- betonelementleverance
- betonelementmontage
- konstruktionsstål
- jord

- jordarbejder for ledninger
- afløb i jord
- befæstelser.
- ...

III.2) Betingelser for deltagelse

...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

...

... Ansøgere, og hvis ansøger er et konsortium det samlede konsortium, skal vedlægge dokumentation for, at ansøger på ansøgningstidspunktet ville kunne stille en sædvanlig entreprenørgaranti, jf. AB 92, § 6. Ved erklæringens udfærdigelse kan det lægges til grund, at garantien skal udgøre 29 400 000 DKK ekskl. moms.

...”

Som en del af det samlede udbudsmateriale indgik udkast til betinget entreprisekontrakt, og det er nogle af bestemmelserne i dette udkast, som Dansk Byggeris påstande vedrører. Af udkastet til betinget entreprisekontrakt fremgår:

” ...

10.1.1 Generelt

Entreprenørens ydelser skal leveres med respekt for nationale og internationale love og regler vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorrupition, det vil sige:

- FN's deklARATION om menneskerettigheder
- ILO's deklARATION om arbejdstagerrettigheder
- Rio deklARATIONEN om miljø og udvikling
- FN's konvention mod korrupition

Dette indebærer bl.a., at hverken Entreprenøren eller dennes underentreprenører/-leverandører må benytte sig af konventionsstridig børne- og voksenarbejdskraft.

10.1.2 Løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår

Entreprenøren skal sikre, at ansatte hos Entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører, som medvirker til at opfylde kontrakten i Danmark, er sikret løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de

inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område.

Entreprenøren skal sikre, at ansatte hos Entreprenøren og dennes underentreprenører/-leverandører orienterer de ansatte om gældende arbejdsvilkår

10.1.3 Misligholdelse

Overholder Entreprenøren ikke de ovennævnte krav (pkt. 10.1.1 og 10.1.2), foreligger der væsentlig misligholdelse af Aftalen.

10.1.4 Afhjælpning af forholdet og sanktioner

Medfører misligholdelsen et berettiget krav på udbedring fra de ansatte, er Entreprenøren forpligtet til straks at foretage afhjælpning, således at den ansatte fuldt ud kompenseres for den mindre gunstige løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og/eller andre arbejdsvilkår, som Entreprenøren eller dennes eventuelle underleverandører har budt til ansatte i forbindelse med udførelse af opgaver under denne entreprisekontrakt.

Såfremt Entreprenøren skal betale yderligere løn til de ansatte i henhold til ovenstående bestemmelse, betaler Entreprenøren tillige en bod til Bygherren svarende til 0,5 promille af entreprisensummen, dog minimum kr. 5.000, pr. arbejdsdag, hvor Entreprenøren har undladt at betale retmæssig løn.

Bygherren kan foretage tilbagehold i betalingerne til Entreprenøren indtil de ansatte er sikret de nævnte ansættelsesvilkår.

...

10.2 Anvendelse af udenlandsk arbejdskraft

...

10.2.2 Hvis Entreprenøren anvender udenlandske underentreprenører

Ved anvendelse af udenlandske underentreprenører, er Entreprenøren forpligtet til at sikre, at den udenlandske underentreprenør har ladet sig registrere i Register for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) hos Erhvervsstyrelsen, jf. de til enhver tid gældende reglerne herom. Registreringen skal være foretaget senest ved arbejdets påbegyndelse.

Dokumentation fra underentreprenøren for registrering i RUT skal være tilgået Entreprenøren senest 3 dage efter arbejdets påbegyndelse. Hvis Entreprenøren ikke modtager dokumentationen indenfor fristen, eller hvis dokumentationen viser, at underentreprenøren har angivet urigtige oplysninger, er Entreprenøren forpligtet til at anmelde forholdet til Arbejdstilsynet. Entreprenøren skal på Bygherrens anmodning fremlægge dokumentation for, at der er sket korrekt registrering i RUT.

Såfremt Entreprenøren ikke fremlægger dokumentation for egen registrering i RUT, eller fremlægger Entreprenøren ikke efter Bygherrens anmodning dokumentation for underentreprenørers registrering i RUT, anses dette som en mangel. Det anses ligeledes som en mangel, hvis dokumentationen viser, at Entreprenøren eller underentreprenøren har angivet urigtige oplysninger. Bygherren er berettiget til at foretage tilbagehold i betalingerne indtil manglen er udbedret.

...

Såfremt Entreprenøren har ladet opgaven udføre af personer uden gyldig opholdstilladelse eller arbejdstilladelse, hvor en sådan er påkrævet, og uanset hvorledes dette er konstateret, og uanset hvorvidt opgaven måtte være udført via underentreprenører/leverandører, skal Entreprenøren betale en bod til Bygherren svarende til 0,5 promille af entreprisummen, dog minimum kr. 5.000, pr. arbejdsdag hvor overtrædelsen har pågået.

...”

Dansk Byggeri rettede ved brev af 21. maj 2015 henvendelse til Region Hovedstaden, idet de nævnte bestemmelser i udkastet til betinget entreprisekontrakt efter Dansk Byggeris opfattelse indeholder krav i strid med de grundlæggende EU-retlige principper om proportionalitet og gennemsigtighed.

Ved brev af 27. maj 2015 fastholdt regionen, at de stillede krav var lovlige.

I det følgende vil betegnelsen CSR blive anvendt. CSR står for Corporate Social Responsibility eller Corporate Sustainability and Responsibility og omfatter bl.a. arbejdsklausuler med kædeansvar.

Region Hovedstaden har henvist til vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter (vejledning nr. 9472 af 30. juni 2014) fra beskæftigelsesministeriet. Det fremgår under overskriften ”1.4. Finanslovsaftalen for 2013” bl.a.:

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

Af ”Aftale om regionernes økonomi for 2014” mellem regeringen og regionerne fremgår:

” ...

14. Vækst og beskæftigelse

...

Øget brug af sociale klausuler og arbejdsklausuler

Der er herudover behov for at fremme, at arbejdstagere har ordentlige arbejdsvilkår, og at der er uddannelses- og praktikpladser til dem, der er under uddannelse. Regeringen og Danske Regioner er på den baggrund enige om:

- Arbejdsklausuler skal søges udbredt til alle regionale udbudskontrakter inden for bygge- og anlægsarbejde samt øvrige udbudskontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt. Det vil styrke indsatsen mod social dumping og sikre arbejdsvilkår på overenskomstmæssige vilkår. Regeringen og Danske Regioner er enige om at gøre status for udbredelsen af arbejdsklausuler som led i økonomiforhandlingerne for 2015.
- Regionerne skal fortsat overveje brugen af sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i relevante udbud efter ”følg eller forklar-princippet”. Der udarbejdes vejledningsmateriale om, hvordan dette gøres som en integreret del af udbudsprocessen.

...”

Dansk Byggeri har oplyst, at kontrakter med kædeansvar er blevet mere og mere udbredt blandt offentlige bygherrer. Dansk Byggeri har i 2015 spurgt alle landets kommuner, om den enkelte kommune i forbindelse med arbejdsklausuler stiller krav om kædeansvar på bygge- og anlægsområdet. Undersøgelsen viser, at 29 kommuner anvender kædeansvar med økonomisk hæftelse, 24 kommuner anvender kædeansvar uden økonomisk hæftelse, 17 kommuner overvejer at anvende kædeansvar, 26 kommuner anvender ikke kædeansvar og 2 kommuner har ikke deltaget i undersøgelsen.

Region Hovedstaden har fremlagt ”Faktaark” af 14. maj 2008 med regeringens handlingsplan for virksomheders samfundsansvar. Heraf fremgår:

”FN’s principper for samfundsansvar

Dette faktaark indeholder oplysninger om FN’s principper for samfundsansvar ...

...

FN's Global Compact er verdens største frivillige netværk for samfundsmæssigt ansvar. I alt har 4131 virksomheder tilsluttet sig Global Compact, heraf 54 danske virksomheder.

Kernen i Global Compact er nedenstående ti principper:

De ti principper i Global Compact:

Menneskerettigheder

1. Virksomheden bør støtte og respektere beskyttelsen af internationalt erklærede menneskerettigheder; og
2. sikre, at den ikke medvirker til krænkelse af menneskerettighederne.

Arbejdstagerrettigheder

3. Virksomheden bør opretholde forretningsfriheden og effektivt anerkende retten til kollektiv forhandling;
4. støtte udyddelsen af alle former for tvangsarbejde;
5. støtte effektiv afskaffelse af børnearbejde; og
6. afskaffe diskrimination i relation til arbejds- og ansættelsesforhold.

Miljø

7. Virksomheden bør støtte en forsigtighedstilgang til miljømæssige udfordringer;
8. tage initiativ til at fremme større miljømæssig ansvarlighed; og
9. opfordre til udvikling og spredning af miljøvenlige teknologier.

Anti-korruption

10. Virksomheden bør modarbejde alle former for korruption, herunder afpresning og bestikkelse

Principperne er baserede på internationalt vedtagne konventioner, som Danmark har tilsluttet sig. Det drejer sig om:

- FN's universelle menneskerettighedsdeklaration
- ILO'[s] deklaration om fundamentale principper og rettigheder i arbejdslivet
- Rio-deklarationen om miljø og udvikling
- FN's konvention mod korruption

Når en virksomheden har tilsluttet sig Global Compact er den forpligtet til:

- At ændre sin forretningsdrift, så Global Compact og de ti principper bliver en del af strategien, kulturen og de daglige aktiviteter
- At leve op til forventningen om at fremme Global Compact i offentligheden gennem diverse kommunikationskanaler (eksempelvis pressemeddelelser, taler etc.)
- At beskrive hvordan virksomheden i praksis støtter Global Compact i en årlig rapport eller lignende (fremskridtrapportering)

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 - 3

Dansk Byggeri har gjort gældende, at den tilbudsgiver (hovedentreprenør), som Region Hovedstaden indgår kontrakt med, ikke har mulighed for at sikre, at eventuelle underentreprenører lever op til kravene i udkastet til betinget entreprisekontakt pkt. 10.1.2, idet hovedentreprenøren alene i kontrakterne med eventuelle underentreprenører kan medtage bestemmelser, der forpligter underentreprenørerne til at leve op til kravene i pkt. 10.1.2. Hovedentreprenøren kan herudover medtage bestemmelser i underentreprisekontrakterne, der inden for rammerne af gældende lovgivning giver hovedentreprenøren mulighed for at føre kontrol med, at underentreprenørerne rent faktisk lever op til kravene i pkt. 10.1.2, ligesom hovedentreprenøren vil kunne aftale passende misligholdelsesbeføjelser med underentreprenørerne, hvis kravene ikke efterleves. Hovedentreprenøren har derimod ingen indflydelse på, om en underentreprenør – enten bevidst eller som følge af fejl – tilsidesætter klare forpligtelser i underentreprisekontrakten til at leve op til kravene i pkt. 10.1.2.

Forpligtelsen i udkastet til betinget entreprisekontakt pkt. 10.1.4 til at kompensere de ansatte og til at betale bod til bygherren, hvis en underentreprenør ikke lever op til kravene i pkt. 10.1.2, er alene afhængig af, om underentreprenøren de facto har undladt at efterleve kravene uden hensyn til, om hovedentreprenøren har gjort, hvad der er muligt for at sikre, at kravene til løn- og ansættelsesforhold efterleves. Forpligtelsen til at kompensere underentreprenørens ansatte og til at betale bod til bygherren kan således blive aktualiseret af forhold, som hovedentreprenøren er uden indflydelse på. En forpligtelse eller en sanktion, der er afhængig af forhold, som den forpligtede ikke har indflydelse på, er ikke egnet til at påvirke den forpligtedes adfærd.

Bestemmelsen i udkastet til betinget entreprisekontakt pkt. 10.1.4 er således ikke egnet til at sikre, at kravene i pkt. 10.1.2 efterleves.

Endvidere eksisterer der allerede et fagretligt system i overenskomsterne, der sikrer løn- og arbejdsvilkår i forbindelse med opfyldelsen af entreprise-

kontrakter i Danmark. Bestemmelsen i pkt. 10.1.4, som griber ind i dette system uden iagttagelse af de krav til retssikkerhed, der ligger i det fagretlige system, er derfor ikke nødvendig for at sikre efterlevelsen af kravene i pkt. 10.1.2.

Hovedentreprenørens økonomiske risiko som følge af kravet om kompensation af underentreprenørens ansatte kan være betydelig og er vanskelig – og i mange tilfælde umulig – at vurdere i forbindelse med afgivelsen af tilbud. Hovedentreprenørens administrative og økonomiske byrde med at finde frem til underentreprenørens ansatte og opgøre korrekt kompensation vil være betydelig. Hovedentreprenøren kan ikke forventes at være i besiddelse af – og har ikke krav på at få udleveret – de nødvendige oplysninger i form af f.eks. timesedler fra de pågældende ansatte. Vanskelighederne med at finde frem til en underentreprenørs ansatte og til at opgøre kompensationen er ikke en administrativ og økonomisk byrde som følge af en hovedentreprenørs brug af underentreprenører, men derimod en direkte følge af regionens uproportionale krav. Kravet om kompensation til underentreprenørens ansatte står derfor ikke i et rimeligt forhold til det formål, der søges opfyldt med kravet, og det er derfor i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip.

En hovedentreprenørs hæftelse for en underentreprenørs manglende efterlevelse af løn- og arbejdsvilkår og hovedentreprenørens forpligtelse til at betale bod i tilfælde af en underentreprenørs manglende efterlevelse af løn- og arbejdsvilkår kan ikke sammenlignes med det sædvanlige entrepriseretlige ansvar, som en hovedentreprenør har for sine underentreprenørers arbejde. En hovedentreprenør, der konstaterer ikke-kontraktmæssige forhold ved en underentreprenørs arbejde har i mange tilfælde mulighed for at foranledige de ikke-kontraktmæssige forhold udbedret, typisk af den pågældende underentreprenør, således at hovedentreprenøren kan levere kontraktmæssig ydelse til bygherren og derved undgå bod eller andre sanktioner. Hvis det ikke er muligt at få underentreprenøren til at foretage udbedring, har hovedentreprenøren mulighed for enten selv eller ved anden underentreprenør at sørge for kontraktmæssig ydelse.

Forpligtelsen til at betale bod til Region Hovedstaden, jf. pkt. 10.1.4 og pkt. 10.2.2, aktualiseres allerede på det tidspunkt, hvor hovedentreprenøren konstaterer underentreprenørens manglende efterlevelse af kravene til løn- og arbejdsvilkår. Selv i de tilfælde, hvor hovedentreprenøren har ført behørig

kontrol med underentreprenørens efterlevelse af kravene og i denne forbindelse konstateret manglende efterlevelse, har hovedentreprenøren ikke indflydelse på, om betingelserne for at ifalde bod aktualiseres. Hovedentreprenørens hæftelse efter pkt. 10.1.4 og 10.2.2 adskiller sig derved væsentligt fra det ansvar, som en hovedentreprenør sædvanligvis har for sine underentreprenørers ydelse.

Bestemmelserne i håndhævelsesdirektivet (direktiv 2014/67/EU) artikel 12, stk. 1 og 5, skal forstås således, at det vil være i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip at holde en hovedentreprenør, der har udnyttet alle muligheder for at sikre, at underentreprenørerne overholder kravene til løn- og arbejdsvilkår, ansvarlig, hvis underentreprenørerne alligevel ikke lever op til de stillede krav. Bestemmelserne i direktivet er vejledende for vurderingen af, om regionens krav om, at hovedentreprenørerne skal kompensere underentreprenørernes ansatte og betale bod til regionen, er i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip – også selvom håndhævelsesdirektivet endnu ikke er implementeret i dansk ret.

Da der er andre og mere velegnede metoder til at sikre løn- og arbejdsvilkår, som f.eks. kontraktligt ansvar for hovedentreprenøren eller krav om, at hovedentreprenøren og dennes underentreprenører skal erklære at ville overholde ordregiverens krav til løn- og arbejdsvilkår, er bestemmelserne i udkastet til betinget entreprisekontrakt pkt. 10.1.4 og 10.2.2 i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Dansk Byggeri har i forhold til påstand 3 navnlig gjort gældende, at hovedentreprenøren kan medtage bestemmelser i kontrakterne med eventuelle underentreprenører, hvor forpligtelsen i udkastet til entreprisekontrakt pkt. 10.2.2 til ikke at anvende personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse videreføres, ligesom hovedentreprenøren også kan medtage bestemmelser, der giver hovedentreprenøren mulighed for at føre kontrol med, at underentreprenørerne ikke lader arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse. Hovedentreprenøren har ikke herudover mulighed for at sikre, at eventuelle underentreprenører lever op til kravene i pkt. 10.2.2. Hovedentreprenøren har ingen indflydelse på, om en underentreprenør tilsidesætter klare forpligtelser i underentreprisekontrakten til ikke at lade arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse.

Forpligtelsen i pkt. 10.2.2 til at betale bod til bygherren, hvis en underentreprenør har ladet arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse, er alene afhængig af, om underentreprenøren de facto har antaget sådanne personer, og det er uden betydning, om hovedentreprenøren kan bebrejdes, at disse personer har udført arbejdet. Forpligtelsen gælder således også den hovedentreprenør, der har gjort, hvad der er muligt for at sikre, at underentreprenøren ikke lader arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse. En sanktion, der er afhængig af forhold, som den forpligtede ikke har indflydelse på, er ikke egnet til at påvirke den forpligtedes adfærd.

Bestemmelsen i pkt. 10.2.2, sidste afsnit, om betaling af bod til bygherren, hvis en underentreprenør lader arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse, er derfor i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at ”kædeansvaret” ikke er i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip. Hovedentreprenøren er nærmere end bygherren til at sikre, at underentreprenøren overholder sine forpligtelser efter kontrakten, ligesom det selvfølgelig er op til hovedentreprenøren at sikre, at kravene i kontrakten mellem bygherren og hovedentreprenøren videreføres til eventuelle underentreprenører. Der er intet usædvanligt eller udbudsretligt problematisk ved, at en hovedentreprenør over for bygherren hæfter for underentreprenørens forhold og udførelse af opgaver. Det følger da også af almindelige obligationsretlige principper, at hovedentreprenøren er ansvarlig for mangler i ydelsen, uanset om manglen skyldes en eventuel underentreprenørs forhold, og uanset om hovedentreprenøren har haft vanskeligt ved at kontrollere den pågældende underentreprenørs forhold. Dette gælder både udførelsesfejl og andre tilsidesættelser af hovedentreprenørens kontraktforpligtelser over for bygherren, herunder CSR-forpligtelser. Det er et grundlæggende princip i dansk og international entrepriseret, at hovedentreprenøren hæfter for underentreprenørens manglende efterlevelse af bygherrens krav. Der er i den henseende ingen relevant sondring mellem udførelsesfejl og eksempelvis CSR-krav.

Grundessensen i et kædeansvar er at sikre, at forpligtelser efter kontrakten, som er pålagt ordregiverens direkte kontraktpart – konkret en entreprenør – ikke kan omgå eller gøres illusoriske ved, at entreprenøren lader dele af eller hele arbejdet udføre ved underentreprenører. Kædeansvaret skal med

andre ord sikre, at eventuelle underentreprenører er underlagt samme forpligtelser over for bygherren, som entreprenøren er. Det er et almindeligt og sædvanligt obligationsretligt princip og kontraktuelt krav, også i entrepriseretten, at en kontraktpart hæfter for sine underentreprenørers forhold og ydelser på samme måde, som han hæfter for sine egne.

Håndhævelsesdirektivet er et klart eksempel på, at beskyttelse af sædvanlige arbejdstagerrettigheder er et legitimt hensyn, der ikke strider mod almindelige EU-retlige principper af nogen art. Det fremgår af direktivet, at en effektiv håndhævelse er et nøgleelement, og effektiv beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder er et spørgsmål, der giver særlig anledning til bekymring i "underkontrahentkæder". Det er i dette lys, at direktivets artikel 12 skal læses og fortolkes. Med direktivet forpligtes medlemsstaterne til at indføre et kædeansvar eller tilsvarende håndhævelsesforanstaltninger inden for byggeriet inden implementeringsfristens udløb. Desuden har medlemsstaterne mulighed for at indføre kædeansvar i andre brancher også. Som anført af Dansk Byggeri har medlemsstaterne efter artikel 12, stk. 5, mulighed for at implementere det obligatoriske kædeansvar på en sådan måde, at en entreprenør, der har udvist "rettidig omhu", kan friholdes fra kædeansvaret, men at medlemsstaterne kan vælge en sådan implementering betyder ikke, at et "almindeligt" objektive kædeansvar, som regionen har fastsat, strider mod det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Eventuelle administrative og økonomiske ekstrabyrder som følge af hovedentreprenørens brug af underentreprenører er ikke udbudsretligt relevante.

Det fagretlige system i Danmark regulerer området for overenskomstdækkede virksomheder. Erfaringsmæssigt kan der ved byggerier i Danmark være involveret byggefirmaer, der ikke er overenskomstdækkede, og i disse situationer er det fagretlige system i forhold til mæglingsmøder, tvistløsning m.v. ikke anvendeligt. Entreprisekontraktens pkt. 10.1.4 griber i øvrigt ikke ind i det fagretlige system, idet det fagretlige system regulerer forholdet mellem andre parter, end kontrakten gør. Det fagretlige system regulerer således forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, mens kontraktbestemmelsen regulerer kontraktrelationen mellem bygherre og arbejdsgiveren. Entreprenøren er altid nærmere end bygherren til at sikre, at også underentreprenørerne sikrer løn- og ansættelsesvilkår i overensstemmelse med arbejdsklausulen i pkt. 10.1.2.

Udbudsreglerne er i det væsentlige procedureregler, der regulerer det offentlige indkøb og processen frem mod kontraktindgåelse. Udbudsreglerne normerer kun i et beskedent omfang det efterfølgende kontraktforhold med reglerne om ændringer som den mest markante undtagelse. Reglerne har derimod et begrænset anvendelsesområde efter kontraktindgåelse, ligesom reglerne kun i meget begrænset omfang normerer myndighedernes adgang til at fastsætte de kontraktvilkår, som myndigheden finder relevante og hensigtsmæssige – i hvert fald når kontraktkravene ikke er diskriminerende.

Udgangspunktet er, at ordregiveren i forhold til udbudsreglerne stort set har frit valg i forhold til, hvilke ydelser ordregiveren ønsker at anskaffe, og på hvilke vilkår anskaffelsen skal ske, så længe ordregiveren ikke overtræder ligebehandlingsprincippet. Det EU-udbudsretlige proportionalitetsprincip vedrører derfor som altovervejende udgangspunkt selve udbudsprocessen og ikke indholdet i den udbudte kontrakt. Det er kun helt undtagelsesvis, at det EU-retlige proportionalitetsprincip kan antages også at gælde for f.eks. sanktionsbestemmelserne i en kontrakt. Det er ikke udbudsreglernes formål at normere eksempelvis størrelsen på en bod i en kontrakt, så længe denne ikke er diskriminerende. Byrdefulde kontraktvilkår som eksempelvis en høj bod ”sanktioneres” af tilbudsgiverne ved, at de enten afstår fra at afgive tilbud eller indlægger en ekstra risikopræmie i deres tilbud. Også dette taler for, at det under alle omstændigheder alene er i ganske begrænsede og græle tilfælde, at sanktioner i en udbudt kontrakt kan anses for uproportionale i den forstand, at det er et udbudsretligt problem.

Det er op til ordregiveren at vurdere, om eventuelle økonomiske konsekvenser i form af forhøjede tilbudspriser ved eksempelvis kædeansvar står mål med de hensyn, der ønskes varetaget. Det normeres hverken af udbudsreglerne eller af det EU-retlige proportionalitetsprincip. Det vil være overordentligt indgribende over for regionen og andre offentlige ordregivere, hvis klagenævnet i denne sag kommer frem til, at udbudsreglerne er normerende for, hvilke ikke-diskriminerende kontraktkrav en ordregiver, eksempelvis efter en politisk beslutning, kan opsætte i forhold til samfundsansvar m.v. Et sådant resultat vil række langt videre end til spørgsmålet om kædeansvar og arbejds klausuler. Grænserne for sådanne CSR-krav sættes af helt andre regelsæt end udbudsreglerne, herunder bevillingsretlige regler og almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om økonomisk saglig forvaltning.

Ad påstand 4

Dansk Byggeri har gjort gældende, at deklARATIONERNE og konventionerne, som fremgår af udkastet til betinget entreprisekontrakt pkt. 10.1.1, ikke i sig selv indeholder lovgivningsmæssige forpligtelser. De er udformet med henblik på, at der nationalt fastsættes regler til opfyldelse af konventionerne. En generel henvisning til internationale deklARATIONER og konventioner lever derfor ikke op til kravet om gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2.

Region Hovedstanden har ikke nærmere angivet, hvad tilbudsgiverne skal gøre for at overholde de nævnte deklARATIONER/konventioner. Der er derfor tvivl om, hvilke foranstaltninger tilbudsgiverne skal iagttage for at leve op til forpligtelserne i dem. Bestemmelsen i pkt. 10.1.1 er derfor i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Dansk Byggeri har ikke indsigelser mod, at en ordregiver ønsker, at deres leverandører lever op til grundlæggende menneskerettigheder eller andre krav om samfundsansvar, men Dansk Byggeris indsigelser går på, at manglende overholdelse af krav, der er uklart beskrevet, betragtes som en væsentlig misligholdelse.

En uklar og overordnet beskrivelse af kontraktkrav medfører en usikkerhed i forhold til, hvilke krav tilbudsgiverne skal overholde, og dermed, hvad der reelt bydes på. Usikkerheden om, hvad der reelt bydes på, er egnet til at stille tilbudsgivere, der ikke tidligere har arbejdet for Region Hovedstaden eller andre offentlige udbydere, der anvender tilsvarende formuleringer i deres udbudsmateriale, herunder navnlig tilbudsgivere fra andre medlemsstater, ringere end tilbudsgivere, der tidligere har arbejdet for regionen. Dette indebærer en nærliggende risiko for, at tilbudsgiverne ikke behandles lige.

Bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, og i det nye udbudsdirektivs artikel 57, stk. 5, kan ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om kravet i pkt. 10.1.1 er i overensstemmelse med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Betingelserne for udelukkelse i de to direktiver er – i modsætning til kravene i pkt. 10.1.1 – klart og entydigt beskrevet, ligesom de situationer, hvor der efter direktiverne kan eller skal ske udelukkelse, er udtømmende angivet.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at princippet om gennemsigtighed ikke er overtrådt ved at kræve, at nationale og internationale love og regler

skal overholdes. Regionen er for så vidt enig med Dansk Byggeri i, at de nævnte fire deklARATIONER/konventioner ikke i sig selv angiver, hvilke krav der konkret stilles til tilbudsgiverne under udførelsen af råhusentreprisen. Dette fremgår da også af ordlyden af bestemmelsen, hvorefter ”[e]ntreprenørens ydelser skal leveres med respekt for nationale og internationale love og regler vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorrupsion”. Formålet er at signalere nogle relativt overordnede principper om samfundsansvar m.v., som regionen forventer, at leverandørerne agerer i overensstemmelse med eller med respekt for, når der udføres opgaver for regionen.

De fire deklARATIONER/konventioner er af FN’s Global Compact omsat til ti principper, der også er meget overordnede og på ”programerklæringsniveau”. Både de fire deklARATIONER/konventioner og de ti principper fra FN’s Global Compact anvendes standardmæssigt i en lang række større offentlige indkøbers CSR-krav. CSR-kravene har en bred anvendelse, og de har været anvendt konsekvent af samtlige fem regioner i flere hundrede anskaffelser i en årrække. Seriøse entreprenører vil ikke være bekymrede for, om de kan overholde de overordnede principper om samfundsansvar, som kan udledes af de fire deklARATIONER/konventioner. Da kravene er så overordnede, grænsende til programerklæringsniveau, er det vanskeligt at forestille sig, at seriøse leverandører er nervøse for, om regionen i tvivlstilfælde kan sanktionere bestemmelserne over for entreprenørerne – ikke mindst i lyset af, at ydelserne netop blot skal ske med ”respekt for” de fire deklARATIONER/konventioner.

Det betyder imidlertid ikke, at bestemmelsen er ligegyldig eller indholdsløs. Grove tilsidesættelser af grundlæggende menneskerettigheder, korrupsion m.v. under udførelsen af en konkret opgave for Region Hovedstaden er uacceptabelt og uforeneligt med at være leverandør til regionen. De fire anførte deklARATIONER/konventioner har derfor til formål at signalere, at grundlæggende menneskerettigheder m.v. skal overholdes, og ingen tilbudsgivere kan være i tvivl om dette i lyset af bestemmelsen i pkt. 10.1.1.

Gennemsigtighedsprincippet er udledt af ligebehandlingsprincippet og derfor uløseligt forbundet hermed. Bestemmelsen i pkt. 10.1.1 er på ingen måde diskriminerende eller forskelsbehandlende. En eventuel uklarhed om det præcise indhold af bestemmelsen har derfor ingen forrykkende effekt mellem tilbudsgiverne. En eventuel uklarhed i bestemmelsen har derimod som

eneste konsekvens, at det gør den kontraktuelle håndhævelse vanskeligere for regionen, idet det efter almindelige obligationsretlige principper er vanskelige at påstå væsentlig misligholdelse af uklare krav. Også dette forhold er almindeligt kendt i entrepriseretten. Regionen vil derfor formentlig have vanskeligt ved at sanktionere andet end klare overtrædelser af principperne i de fire deklARATIONER/konventioner, men det er helt almindeligt, at det forholder sig således med CSR-krav, der stort set undtagelsesvist er overordnet og generelt formulerede.

Det er grundlæggende ikke udbudsreglernes formål at normere hensigtsmæssigheden, formuleringen eller sanktionerne i konkrete kontraktklausuler, så længe disse hverken er i strid med ligebehandlingsprincippet eller forbuddet mod nationalitetsdiskrimination.

Både i udbudsdirektiv 2004/18/EU artikel 45, stk. 1, og i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) artikel 57 er det tillagt stor vægt, at leverandøren til en offentlig kontrakt overholder de helt grundlæggende regler om samfundsansvar, arbejdstagerrettigheder, menneskerettigheder m.v. Artikel 57 er til dels indeholdt i udbudslovens §§ 135 - 137. Det er herefter som udgangspunkt uforeneligt med at være leverandører til offentlige myndigheder i EU, hvis man ikke kan efterleve nogle ret basale og overordnede krav om et relevant samfundsmæssigt ansvar, herunder sikre arbejdstagerrettigheder og forebygge børnearbejde m.v.

Det fremgår ikke af udbudsdirektivet – hverken det gamle eller det nye – hvad konsekvensen er, hvis en leverandør ikke overholder de grundlæggende regler om samfundsansvar efter kontraktindgåelse. Dette skal i stedet håndteres kontraktuelt i den udbudte kontrakt, ligesom det er gjort i kontraktens pkt. 10.1.1.

Ad påstand 5

Dansk Byggeri har gjort gældende, at bestemmelsen i udkastet til betinget entrepriseaftale pkt. 10.1.1 om overholdelse af internationale deklARATIONER og konventioner er upræcis og ikke fyldestgørende, idet den ikke indeholder en tilstrækkelig beskrivelse af de krav, som Region Hovedstaden stiller til tilbudsgivernes ydelse.

Manglende overholdelse af forpligtelsen i pkt. 10.1.1 betragtes som en væsentlig misligholdelse, jf. udkastets pkt. 10.1.3. Det er i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip at anse manglende overholdelse af upræcise og ufyldstgørende beskrevet forpligtelser som en væsentlig – og dermed hævebegrundende – misligholdelse af en entreprisekontrakt.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen ikke har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip. Der er et politisk ønske om, at leverandørerne skal respektere nogle helt grundlæggende principper om menneskerettigheder m.v., og det er vanskeligt at forestille sig, at der kan ske meget grovere tilsidesættelser af de kontraktuelle forpligtelser over for Region Hovedstaden end f.eks. tilsidesættelse af helt grundlæggende menneskerettigheder under udførelsen af den konkrete opgave for regionen. Det er derfor ikke uproportionalt, at en tilsidesættelse betragtes som væsentlig misligholdelse, og det er i øvrigt ikke udbudsreglernes formål at sanktionere dette valg fra regionens side.

Det strider ikke mod det EU-retlige proportionalitetsprincip, at overtrædelse af grundlæggende principper om samfundsansvar, menneskerettigheder m.v. er væsentlig misligholdelse. Det er tværtimod meget vanskeligt at forestille sig, at sådanne forhold ikke skulle være væsentlig misligholdelse. Det forhold, at der ved en potentiel overtrædelse af bestemmelsen er behov for en sædvanlig aftalefortolkning, herunder af de fire deklARATIONER/konventioner og en konkret subsumtion af den potentielle overtrædelse, medfører ikke, at bestemmelsen er udbudsretlig betænkelig.

Klagenævnet udtaler:

Der er både i Danmark og i EU et øget politisk fokus på, at der ved større byggerier og ved større anskaffelser i øvrigt fastsættes arbejdsklausuler og sociale klausuler. Formålet er at undgå situationer, hvor det viser sig, at den offentlige udbyders medkontrahent ved udførelsen af den konkrete ordre har ansatte, der arbejder under kritisable forhold. Det fremgår klart bl.a. af den vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter (vejledning nr. 9472 af 30. juni 2014) fra beskæftigelsesministeriet og ”Aftale om regionernes økonomi for 2014” mellem regeringen og regionerne, som Region Hovedstaden har henvist til. Tilsvarende fremgår af præambelbetragtning 105 i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU).

Ad påstand 1 - 3

Region Hovedstaden har i udbudsbetingelsernes udkast til betinget entrepris aftale fastsat krav om, at entreprenøren skal sikre, at ansatte hos entreprenøren selv og hos eventuelle underentreprenører er sikret løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, som gælder for arbejde af samme art i henhold til overenskomst indgået mellem arbejdsmarkedets parter i Danmark, jf. pkt. 10.1.2. Hvis entreprenøren eller underentreprenøren ikke overholder bestemmelsen, er entreprenøren forpligtet til fuldt ud at kompensere den ansatte for den mindre løn, længere arbejdstid og/eller andre ringere arbejdsvilkår, som entreprenøren eller en eventuel underentreprenør har budt den ansatte ved udførelsen af opgaverne under kontrakten. Hvis der skal betales yderligere løn til den ansatte, skal entreprenøren endvidere betale en bod til bygherren, jf. pkt. 10.1.4.

Der er dermed indført et kædeansvar, således at en hovedentreprenør gøres økonomisk ansvarlig for en eventuel underentreprenørs forsømmelser af forpligtelser over for ansattes krav på løn og arbejdsvilkår svarende til forholdene på det danske arbejdsmarked. Derved sikres, at en kontraktforpligtelse ikke omgås eller gøres illusorisk ved, at entreprenøren lader dele af eller hele arbejdet udføre af en underentreprenør.

Regionen har på samme måde fastsat bestemmelser om, at entreprenøren er ansvarlig, hvis arbejdet udføres af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse, hvor en sådan tilladelse er påkrævet, og der er desuden fastsat en sanktion i form af en bod til bygherren, hvis bestemmelsen overtrædes, jf. pkt. 10.2.2.

Dansk Byggeri har som erhvervs- og arbejdsgiverorganisation inden for byggeri, anlæg og byggeindustri klaget over de fastsatte arbejdsklausuler med kædeansvar. Dansk Byggeri har gjort gældende, at bestemmelserne strider mod det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Proportionalitetsprincippet, der udtrykkeligt er nævnt i præambelbetragtning 2 til udbudsdirektivet, er et grundlæggende princip, som skal iagttages ved indgåelse af offentlige kontrakter. Princippet har til formål at sikre, at de beslutninger, som træffes, og den foranstaltning, som sættes i værk, er forholdsmæssige sammenholdt med de mål, som ønskes opnået. Der skal efter princippet således foretages en bedømmelse af foranstaltningens eg-

nethed til at varetage det hensyn, som er målet med foranstaltningen, og en vurdering af nødvendigheden af foranstaltningen, dvs. om det pågældende hensyn kunne være varetaget med en mindre indgribende foranstaltning.

Anvendelsen af proportionalitetsprincippet under et udbud har navnlig betydning ved fastsættelsen af udvælgelseskriterierne. Disse må ikke gå videre, end hvad der er rimeligt og nødvendigt i forhold til den udbudte opgave. Princippet sætter dog også visse grænser for unødigt byrdefulde kontraktvilkår. Udbudsdirektivets artikel 26 indeholder således følgende bestemmelse:

”De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten, og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.”

De kontraktvilkår, som ordregiveren fastsætter, skal således være forenelige med fællesskabsretten, som proportionalitetsprincippet er en del af.

Udbudsdirektivets artikel 26 er videreført i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) artikel 70, som dog er udvidet i forhold til artikel 26. Artikel 70 er implementeret i dansk ret med udbudslovens § 176, der har følgende ordlyd:

”En ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 163, og skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.”

Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at proportionalitetsprincippet ikke finder anvendelse i forhold til vurderingen af, om varetagelsen af de hensyn, der ligger bag et kontraktkrav, er de omkostninger værd, som kravet vil medføre. Proportionalitetsprincippet finder derimod anvendelse i forhold til vurderingen af, om et krav til kontraktens gennemførelse kunstigt indskrænker konkurrencen.

Klagenævnet lægger til grund, at Region Hovedstaden med fastsættelsen af arbejdsklausuler med kædeansvar har haft til hensigt at sikre, at alle, der er

beskæftiget ved det udbudte byggeri, aflønnes med danske lønninger, således at de alle sikres løn- og ansættelsesvilkår fra et bestemt niveau. De ansatte ved ikke-overenskomstdækkede virksomheder, som ikke ”gribes” af det fagretlige system i Danmark, sikres med de fastsatte arbejdsklausuler med kædeansvar løn- og arbejdsvilkår, som svarer til forholdene på det danske arbejdsmarked, og arbejdsklausulerne supplerer således umiddelbart det fagretlige system.

En hovedentreprenør kan selv sikre sin overholdelse af kontraktvilkårene i forhold til egne ansatte, men kan også sikre sig i forhold til eventuelle underentreprenører ved at videreføre arbejdsklausulerne i kontrakterne med underleverandørerne for på den måde at sikre sig, at omkostningerne endeligt bæres af den underentreprenør, der ikke overholder arbejdsklausulen. Den omstændighed, at en hovedentreprenør ved arbejdsklausuler med kædeansvar hæfter over for bygherren for en underleverandørs manglende overholdelse af en arbejdsklausul, er i overensstemmelse med sædvanlige obligationsretlige principper inden for entrepriseretten, hvor hovedentreprenøren ved f.eks. mangler ved underentreprenørens arbejde er henvist til efterfølgende at rette et krav mod underentreprenøren.

Region Hovedstadens fastsættelse af arbejdsklausuler med kædeansvar findes herefter at udgøre en passende foranstaltning til at opnå, at alle, der er beskæftiget ved det udbudte byggeri, sikres løn- og arbejdsvilkår, som svarer til forholdene på det danske arbejdsmarked, og klausulerne kan som følge heraf ikke anses for kunstigt at indskrænke konkurrencen. Det er i den sammenhæng uden betydning, hvis opfyldelsen af arbejdsklausulen med udbetaling af kompensation til en underentreprenørs ansatte fører til øgede administrative og økonomiske byrder for hovedentreprenøren. En tilbudsgiver kan lade sådanne potentielle administrative og økonomiske byrder indgå ved fastsættelsen af tilbudsprisen.

Det udgør heller ikke en overtrædelse af proportionalitetsprincippet, at udkastet til betinget entreprisekontrakt indeholder bestemmelser om, at hovedentreprenøren skal betale bod til regionen, hvis en underentreprenør ikke lever op til kravene til løn- og arbejdsvilkår (pkt. 10.1.4), og at hovedentreprenøren skal betale bod til regionen, hvis en underentreprenør har ladet arbejdet udføre af personer uden gyldig opholds- eller arbejdstilladelse (pkt. 10.2.2). Hovedentreprenøren vil også kunne videreføre disse bodsbestemmelser til underentreprenøren.

Region Hovedstaden har efter det anførte ikke handlet i strid med proportionalitetsprincippet.

Klagenævnet tager derfor ikke påstandene til følge.

Ad påstand 4 og 5

Region Hovedstaden har i udkastet til betinget entreprisekontrakt pkt. 10.1.1 fastsat, at entreprenørens ydelser skal leveres med respekt for nationale og internationale love og regler vedrørende menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorruption, og der er henvist til FN's deklARATION om menneskerettigheder, ILO's deklARATION om arbejdstagerrettigheder, Rio deklARATIONEN om miljø og udvikling og FN's konvention mod korruption. Overtrædelse af bestemmelsen er en væsentlig misligholdelse af kontrakten, jf. pkt. 10.1.3.

Dansk Byggeri har klaget over, at regionen ikke har angivet, på hvilke punkter de internationale love og regler skal overholdes, og at dette er i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Pkt. 10.1.1 indeholder ikke en opregning af, hvilke krav tilbudsgiverne konkret skal overholde ved udførelsen af den udbudte opgave. Den valgte entreprenør og eventuelle underentreprenører skal "blot" handle med respekt for nationale og internationale regler om menneskerettigheder m.v., som fremgår af de fire deklARATIONER/konventionER. Entreprenøren skal ved udførelsen af den udbudte opgave således handle med respekt for nogle overordnede principper om samfundsansvar m.v.

Selv om bestemmelsen ikke fastsætter konkrete krav for entreprenøren i forhold til de fire deklARATIONER/konventionER, medfører dette ikke, at kontraktvilkåret er i strid med gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet har i den forbindelse navnlig lagt vægt på, at de fire internationale deklARATIONER/konventionER indeholder grundlæggende samfundsprincipper om menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorruption, som er af en sådan karakter, at enhver oplyst tilbudsgiver er bekendt med dem, at gennemsigtighedsprincippet primære formål er at skabe gennemsigtighed om udbuddet, herunder om udbudsformen og de fastsatte udbudsbetingelser, at princippet som en del af udbudsreglerne derfor ikke skal bringes i

anvendelse på et kontraktvilkår om samfundsansvar m.v., som må håndteres kontraktuelt, og at vilkåret om samfundsansvar m.v. i øvrigt ikke er diskriminerende eller i strid med ligebehandlingsprincippet.

Dansk Byggeri har endvidere anført, at det er i strid med proportionalitetsprincippet at anse manglende overholdelse af upræcise og ufyldstgørende beskrevne krav i pkt. 10.1.1 som en væsentlig misligholdelse af entreprisekontrakten.

Klagenævnet lægger til grund, at Region Hovedstaden ved det fastsatte vilkår har haft til hensigt at sikre sig, at den udbudte opgave bliver udført på en måde, som ikke strider mod menneskerettigheder eller mod grundlæggende arbejdstagerrettigheder, og udføres på en miljøbevidst måde og uden anvendelse af korrupsion. Hvis en entreprenør eller en eventuel underentreprenør klart overtræder de anførte deklARATIONER/konventioner, vil der foreligge så grove forhold, at disse må anses for en væsentlig misligholdelse af kontrakten.

På denne baggrund, og da vilkåret om væsentlig misligholdelse ikke er diskriminerende eller i strid med ligebehandlingsprincippet, er proportionalitetsprincippet ikke overtrådt.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Dansk Byggeri skal i sagsomkostninger til Region Hovedstaden betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig