

FØLGENOTAT TIL CSR-BILAG

Baggrund og begrundelser

1. Indledning og sammenfatning

Københavns Kommune har bedt os opdatere og nedskære kommunens CSR-bilag ("Kontraktbilag om sociale og etiske hensyn ved indkøb", version 10.06.13) samt udarbejde en oversigt over, hvad der er tilføjet henholdsvis skåret væk i forhold til det oprindelige udkast samt give begrundelse herfor. Det er et krav fra kommunens side, at CSR-bilaget skal regulere det samme som det oprindelige udkast, herunder også i forhold til sanktionsafsnittet, og samtidig således at CSR-bilaget skal være så kort og operationelt som muligt.

Københavns Kommunes ønske om betydelig nedskæring (fra oprindeligt 11 sider til omkring 4 sider) har medført mange tekstuelle ændringer, ligesom bestemmelser om f.eks. nærmere bestemt proaktiv adfærd, due diligence, CSR-politiker, dialogproces eller lignende, som leverandøren skal følge, helt er udeladt.

Det må samtidig have for øje, at CSR-bilaget ikke bliver så kort, at dette kommer på kant med udbudsreglernes konkretiseringskrav (afsnit 2 nedenfor) eller i øvrigt bliver så upræcist, at håndhævelse gøres illusorisk. Bilaget kan nedkortes yderligere ved helt at fjerne sanktionsbestemmelserne (pkt. 6) fra bilaget og i stedet alene regulere dette i kontrakten, jf. også nedenfor afsnit 3.10.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud og domstolene om rammerne for udbudsretlig anvendelse af CSR-forpligtelser er sparsom, hvorfor den fuldstændige retstilstand på området endnu ikke er klarlagt.

Samtidig skal det understreges, at vurderingen af hvorvidt de udbudsretlige krav (afsnit 2 nedenfor) er opfyldt, sker på grundlag af den konkrete situation. Københavns Kommune bør derfor i hvert enkelt tilfælde konkret overveje, hvorvidt der eventuelt er punkter eller krav i bilaget, der kan udgå, ligesom det konkret også

kan overvejes at indsætter yderligere mere produktspecifikke krav og sociale klausuler.

Afsnit 2 nedenfor indeholder en kort introduktion til den udbudsretlige ramme for anvendelse af kontraktuelle CSR-krav. Afsnit 3 indeholder bemærkninger og begrundelser til ændringerne af bilagets enkelte afsnit.

Nærværende følgenotat knytter sig til CSR-bilag version 22.10.13 og træder i sin helhed i stedet for tidligere versioner af følgenotatet.

2. Kort om den udbudsretlige ramme

Det følger af udbudsdirektivet art. 26 og præambelens 33. betragtning, at ordregiver kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, herunder sociale hensyn. Varetagelse af sociale hensyn forudsætter, at følgende betingelser er opfyldt:

- 1) Betingelserne skal overholde Traktaten og de grundlæggende principper om lighed, gennemsigtighed, proportionalitet, saglighed og ikke-diskrimination;
- 2) Betingelserne skal være knyttet til kontraktens udførelse/udførelsesmetoder (og ikke f.eks. tilbudsgivernes generelle egnethed), og
- 3) Betingelserne skal være offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Se om betingelse nr. 2 f.eks. EU Kommissionens vejledning ”Sociale hensyn ved indkøb”, 2010, side 43: *”Dette betyder, at regler for udførelse af kontrakten skal være knyttet til de opgaver, som er nødvendige for at fremstille de varer/levere de tjenesteydelser/gennemføre de bygge- og anlægsarbejder, som udbydes. En betingelse er ikke knyttet til udførelsen af kontrakten, hvis f.eks. ... den ... sætter begrænsninger for, hvad kontrahenten har lov til at gøre i forbindelse med en anden kontrakt.”*

Gennemsigtighedsprincippet stiller krav til CSR-forpligtelsens klarhed og præcisering, således at parterne kan vurdere rækkevidden heraf, se f.eks. EU-Domstolen i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene, pr. 109-111.

For at sikre at betingelserne har realistet, er det tillige en forudsætning, at ordregiver sikrer sig kontrol- og håndhævelsesmulighed i form af f.eks. ret til dokumenta-

tion samt behørig sanktionering, såfremt CSR-kravene ikke opfyldes af leverandøren. Ordregiver må ikke stille krav, som reelt ikke kan kontrolleres.

3. Kommentarer og begrundelser

3.1 Ad Tidligere indledende afsnit om "Parterne" og afsluttende afsnit med "Underskrift"

Afsnittene er slettet.

Afsnittene er unødvendige, da definition af parterne henholdsvis bilagets juridisk bindende karakter følger direkte af kontrakten og kontraktens underskrift.

3.2 Ad Pkt. 1 Generelle krav (tidligere "§ 1 Generelle krav")

Afsnittet er konkretiseret, herunder ved henvisning til, at CSR-forpligtelsen konkret giver sig udslag i de specifikke krav, der følger af bilagets bestemmelser.

For at gøre bilaget så kort som muligt er ordlyden af FN's Global Compact principper slettet (tidligere § 1, stk. 1). Tilbudsgiverne kan gøre sig bekendt med princippernes nærmere indhold ved en simpel internetsøgning.

3.3 Ad Pkt. 2 Leverandørens ansvar

Afsnittet er nyt.

Bestemmelsen sikrer overholdelse af kravet om, at kontraktvilkår er knyttet til kontraktens udførelse og ikke til leverandørens generelle egnethed, jf. ovenfor afsnit 2.

Princippet om hæftelse for underleverandører, jf. tidligere "§ 7 Underleverandører", er videreført i pkt. 2, sidste afsnit.

Med bilagets pkt. 2, andet afsnit, er samtidig indsat en model, der giver mulighed for at tage højde for, at leverandøren f.eks. ikke nødvendigvis har indflydelse på valg af underleverandører. Hvis kravene også omfatter underleverandører, som ordregiver konkret ikke har mulighed for at kontrollere, kan dette efter omstændighederne stride mod udbudsreglerne, jf. ovenfor afsnit 2.

Se også almindelige bemærkninger til Lov om mægling- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd (vedrørende overtrædelse af OECDs retlingslinjer

for Multinationale Virksomheder), pkt. 2.1.2.5, der fastlægger en ”nødvendig omhu”-standard samt udtaler, at ”*Det er dog væsentligt at understrege, at det ikke er hensigten at flytte ansvar fra leverandøren til virksomheden.*”

3.4 Ad Pkt. 3.1 Menneskerettigheder (tidligere § 2, stk. 1 Menneskerettigheder)

Afsnittet er sprogligt præciseret, men i øvrigt indholdsmæssigt uændret.

Følgende afsnit er slettet:

Der stilles således krav om, at Leverandøren overholder følgende grundlæggende konventioner og erklæringer:

- *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (LB. nr. 750 af 19. oktober 1998)*
- *FN's verdenserklæring om Menneskerettigheder (vedtaget den 10. december 1948)*

Endvidere skal Leverandøren som ovenfor anført overholde gældende lovgivning. Herved forstås:

- *Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Lov nr. 459 af 20. juni 1996 samt senere ændringer til denne)*
- *Lov om etnisk ligestilling (Lov nr. 374 af 28. maj 2003 samt senere ændringer til denne)*
- *Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. (lovbekendtgørelse nr. 626 af 29. september 1987 med senere ændringer til denne)*

Der er efter vores opfattelse tale om en unødvendig opstilling af forhold, der allerede følger af bilagets pkt. 3.1, første afsnit. Dertil kommer, at det ved at undlade den konkrete opstilling undgås, at der på grund af lovændring eller ny regulering, der ikke samtidig indføres i bilaget, kan skabes tvivl om forpligtelsens omfang.

I forlængelse af ovenstående er følgende afsnit tillige overflødiggjort og dermed slettet:

I det omfang Leverandøren helt eller delvist udfører Kontrakten uden for Danmark, og ovenstående lovgivning ikke gælder for Leverandøren, er Leverandøren forpligtet til at overholde den til enhver tid gældende lovgivning, der i formål svarer til den ovenfor anførte lovgivning, og som gælder for udførelsen i det pågældende land.

3.5 Ad Pkt. 3.2 Arbejdstagerrettigheder (tidligere § 2, stk. 2)

Afsnittet er sprogligt nedskåret og præciseret. Det materielle indhold er uændret, jf. dog bemærkningerne nedenfor.

Henvisningen til ILO konvention nr. 100 (1951) om ligeløn og nr. 111 (1958) om diskrimination er flyttet til bilagets pkt. 3.1 (Menneskerettigheder).

Følgende afsnit er slettet, da forpligtelsen heri efter det oplyste følger af ”Arbejdsklausul vedrørende sikring af arbejdstagerrettigheder i forbindelse med arbejde udført for Københavns Kommune”:

Leverandøren forpligtiger sig til at sikre at de ansatte, som Leverandøren og eventuelle underleverandører beskæftiger i Danmark med henblik på opgavens udførelse, har løn og ansættelsesforhold der ikke er mindre gunstige løn- og ansættelsesforhold end dem der gælder på den egn hvor arbejdet udføres, jf. ILO konvention nr. 94.

For at modvirke modsigelser og uklarhed bør det undgås, at samme forpligtelse følger af flere kontraktbilag. For en god ordens skyld bemærkes, at vi ikke har gennemgået eller revideret arbejdsklausulen.

Følgende henvisning er slettet, da leverandøren under alle omstændigheder er forpligtet til at overholde gældende lovgivning:

Leverandøren forpligter sig ved opfyldelsen af Kontrakten endvidere til at overholde gældende arbejdsmiljøkrav samt den til enhver tid gældende arbejdsmiljølovgivning.

3.6 Ad Pkt. 3.3 Miljø (tidligere § 2, stk. 3)

Leverandørens forpligtelser er sprogligt udbygget og konkretiseret.

Følgende afsnit er slettet som unødvendig gentagelse, ligesom henvisningen til lovningen er slettet, da leverandøren under alle omstændigheder er forpligtet til at følge gældende lovgivning:

Leverandøren garanterer herefter, at denne i hele kontraktperioden opfylder de for Kontrakten gældende miljøkrav samt den til enhver tid gældende miljølovgivning.

3.7 Ad Pkt. 3.4 Anti-korruption (tidligere § 2, stk. 4)

Leverandørens forpligtelse er konkretiseret.

Tidligere formulering om at leverandøren ”ikke på noget tidspunkt” måtte have modtaget endelig dom for korruption, indebærer potentielt et brud på proportionalitetsprincippet, ligesom kravet kan udlægges som om, at dette vedrører leverandørens generelle egnethed i højere grad end den konkrete anskaffelse, hvilket kan være i strid med udbudsreglerne, jf. ovenfor afsnit 2.

Aktører, der tidligere er dømt for korruption, udelukkes under udbudsprocessen, jf. nærmere udbudsdirektivet art. 45, stk. 1, litra b.

3.8 Ad Pkt. 4 Dokumentation (tidligere § 3)

Afsnittet er præciseret og udvidet.

Afsnittet er centralt for at sikre, at Københavns Kommune har den fornødne kontrol og indsigt til at kunne vurdere, hvorvidt CSR-kravene er opfyldt.

Kravet om ”Erklæring fra Leverandørens ledelse” er indsat for at skabe grundlag for en mere håndfast tilkendegivelse fra leverandørens side. Københavns Kommune kan dog efter omstændighederne ændre i dokumentationskravene, hvor det findes hensigtsmæssigt.

Bilagets pkt. 4, sidste afsnit, præciserer fristen for fremsendelse af dokumentation. Præciseringen sikrer, at det med sikkerhed kan forudsiges, hvornår der er tale om misligholdelse. Fristen er efter Københavns Kommunes ønske nedsat til 5 arbejdsdage (fra oprindeligt 20 arbejdsdage, jf. tidligere § 3, 1. afsnit), dog med mulighed for konkret aftalt forlængelse, således at der fristmæssigt er overensstemmelse med arbejdsklausulen. Københavns Kommune har ligeledes ønsket indsat en passus om, at ”*Fristen kan dog maksimalt forlænges til 10 arbejdsdage.*” Københavns Kommune er opmærksom på, at fristen ikke må være så kort, at denne i praksis er umulig for leverandøren at opfylde.

3.9 Ad Pkt. 5 Procedure ved begrundet mistanke (tidligere § 4)

Forpligtelsen for leverandøren til at redegøre for omstændighederne m.v. er udvidet og konkretiseret.

Også i lyset af Københavns Kommunes forudsætning om et helt kort og operationelt CSR-bilag er følgende afsnit slettet som unødvendig:

Såfremt Leverandøren bliver bekendt med forhold ved Leverandørens udførelse af Kontrakten, som kan udgøre en overtrædelse af en eller flere af de i § 2 nævnte love, konventioner, erklæringer og/eller øvrige krav, skal Leverandøren desuden uden unødigt ophold underrette Ordregiver herom.

Tilsvarende er angivelsen af, at Københavns Kommune vil foretage en ”konkret vurdering” slettet.

Tidsfristen for fremsendelse af dokumentation i pkt. 5.3 er præciseret, jf. tilsvarende ovenfor afsnit 3.8. Desuden er fristen efter Københavns Kommunes ønske nedsat til 10 arbejdsdage (fra oprindeligt 20 arbejdsdage, jf. tidligere § 5, sidste afsnit), dog med mulighed for konkret aftalt forlængelse. Københavns Kommune har ligeledes ønsket indsat en passus om, at ”Fristen kan dog maksimalt forlænges til 20 arbejdsdage.”

Følgende afsnit er slettet, da dialogmuligheden er indeholdt i pkt. 6.1, sidste afsnit:

Som alternativ til at ophæve kontrakten i henhold til § 5 kan Ordregiver vælge at indlede en dialog med Leverandøren om, hvordan det kan sikres, at Leverandøren fremadrettet overholder kontraktvilkårene. Dialogen kan, jf. bestemmelserne i § 3, bestå i, at Leverandøren skal indsende en beskrivelse af, hvilke praktiske tiltag, der iværksættes for at overholde bestemmelserne. Såfremt Ordregiver vælger at indlede denne dialog udelukker det ikke Ordregiver fra på et senere tidspunkt at ophæve kontrakten på baggrund af bestemmelserne i § 5.

3.10 Ad Pkt. 6 Sanktioner (tidligere § 5)

3.10.1 Pkt. 6.1 Ophævelse (tidligere § 5, stk. 1)

Sanktionsafsnittet er væsentligt nedskåret.

Det er vores anbefaling, at reguleringen af misligholdelse i videst muligt omfang følge af kontraktens misligholdelsesbestemmelser. I det omfang Københavns Kommune finder det relevant med supplerende, særlig regulering i selve bilaget, bør denne regulering være kort og præcis, ligesom der i kontraktens sanktionsafsnit i så fald bør indsættes en henvisning til bilaget. Også i lyset af Københavns Kom-

munes forudsætning om et helt kort og operationelt CSR-bilag bør opremsning, præcisering og skærpelse af dansk rets almindelige regler minimeres.

På denne baggrund er følgende afsnit slettet til fordel for to helt korte bestemmelser i pkt. 6.1:

Såfremt Leverandøren – eller en underleverandør – overtræder et eller flere af de i § 2 nævnte krav i forbindelse med udførelsen af Kontrakten, kan Ordregiver hæve Kontrakten helt eller delvist. Dette kræver dog, at minimum én af nedenstående omstændigheder foreligger:

- 1. Leverandøren – eller dennes underleverandører – dømmes ved en retskraftig dom for overtrædelse af en eller flere af de i § 2 nævnte love, konventioner, erklæringer og/eller øvrige krav.*
- 2. Leverandøren – eller dennes underleverandører – i redegørelsen i henhold til § 4 eller i øvrigt erkender en overtrædelse af en eller flere af de i § 2 nævnte love, konventioner, erklæringer og/eller øvrige krav.*
- 3. Leverandøren – eller dennes underleverandører – ikke i redegørelsen i henhold til § 4 har godtgjort med tilstrækkeligt sikkerhed, at de i § 2 nævnte love, konventioner, erklæringer og/eller øvrige krav ikke er overtrådt.*
- 4. Leverandøren ikke indenfor 20 arbejdsdage har fremsendt dokumentation i henhold til § 3.*
- 5. Leverandøren ikke indenfor 20 arbejdsdage fra Ordregivers anmodning, jf. § 4, har fremsendt skriftlig dokumentation for, at de i § 2 nævnte love, konventioner, erklæringer og/eller øvrige krav er overholdt.*

Såfremt Ordregiver ophæver Kontrakten helt eller delvist på baggrund af ovenstående, er Leverandøren ikke berettiget til erstatning eller anden økonomisk kompensation.

Ophæver Ordregiver Kontrakten, kan Ordregiver frit bestemme, om allerede afgivne ordrer skal opfyldes. Giver Ordregiver ikke besked om annullering af allerede afgivne ordrer samtidig med meddelelsen om ophævelsen, skal Leverandøren opfylde de allerede afgivne ordrer.

På baggrund af bestemmelsen i pkt. 6.1, sidste afsnit, kan Københavns Kommune foretage en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, herunder indlede dialog med leverandøren.

Desuden er følgende afsnit slettet, da dette potentielt udgør en overtrædelse af betingelsen om tilknytning til den konkrete kontrakt, jf. ovenfor afsnit 2:

Ophævelse kan endvidere ske, såfremt overtrædelsen sker i et andet kontraktforhold, og det ikke kan udelukkes, at der sker lignende overtrædelser i forbindelse af udførelsen af Kontrakten. Dette kræver dog tilsvarende at minimum én af ovenstående fem omstændigheder foreligger. (min understregning).

Såfremt Københavns Kommune bliver bekendt med sådan overtrædelse, kan kommunen gå frem efter bilagets pkt. 4 og 5.

Følgende afsnit er slettet, da disse overvejelser kan indgå i Københavns Kommunes samlede vurdering efter pkt. 6.1, sidste afsnit:

Ordregiver kan på trods af ovenstående undlade at hæve Kontrakten i følgende – ikke-udtømmende – tilfælde uden at dette medfører, at Ordregiver herved mister sine rettigheder i henhold til nærværende kontraktbilag:

- 1. Hvor der er tale om en enkeltstående, mere tilfældig overtrædelse af lovgivningen, som ikke med rimelighed kan bebrejdes Leverandøren.*
- 2. Hvor Leverandøren kan sandsynliggøre, at der ikke vil forekomme en tilsvarende overtrædelse igen.*

3.10.2 Pkt. 6.2 Bod (tidligere § 5, stk. 2 og stk. 3)

Københavns Kommune har ønsket bodsbestemmelserne bibeholdt i sin oprindelige form.

Bodsbetaling som generel sanktion er ikke nødvendigvis hensigtsmæssig i forhold til de CSR-krav, som bilaget omhandler. Konstaterer Københavns Kommune, at kravene ikke er opfyldt, resulterer dette typisk i, enten at kontrakten helt/delvist bringes til ophør, eller at parterne indleder dialog med henblik på at sikre fremtidig overholdelse. I forhold til CSR-kravene i dette bilag kan bod i praksis være vanskeligt håndterbart, herunder i forhold til start- og sluttidspunkt samt fastlæggelse af, hvad leverandøren kan og skal gøre for at misligholdelse bringes til ophør.

Med henblik på at optimere operationaliteten kan Københavns Kommune derfor overveje at undlade bodsbestemmelse. Alternativt alene at operere med én bodsbestemmelse, da dette er mere operationelt.

Tillige bør det overvejes, om ikke ugentlig eller månedlig bodsberegning efter omstændighederne kan opfylde det formål, som Københavns Kommune søger at varetage. Afhjælpning af CSR-overtrædelser kan ofte næppe ske fra dag til dag, ligesom afhjælpning kan involvere en dialogproces.

3.11 Ad Tidligere § 8 Fortolkning af kontraktbilagets indhold og udformning

Afsnittet er slettet.

Regulering af forholdet mellem kontrakt og bilag bør følge kontraktens bestemmelser herom.

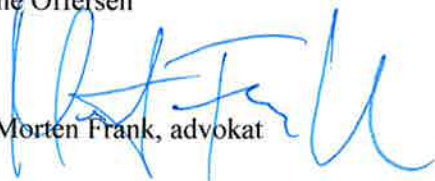
3.12 Ad Tidligere § 9 Lovvalg og værneting

Afsnittet er slettet.

Bestemmelser om lovvalg og værneting bør følge af kontrakten. Supplerende bestemmelser bør alene indsættes i bilaget, hvis Københavns Kommune ønsker, at lovvalg og værneting angående CSR-forpligtelser skal differentiere fra kontraktens generelle regulering. Dette kan umiddelbart ikke anbefales.

København, 22. oktober 2013

René Offersen


v/ Morten Frank, advokat