

Horten
Philip Heymans Allé 7
2900 Hellerup
Tlf +45 3334 4000
Fax +45 3334 4001
www.horten.dk

Andreas Christensen
Dir +45 3334 4226
Mob +45 5234 4226
ac@horten.dk
Sekretær Jette Nim Larsen
Dir +45 3334 4197
jnl@horten.dk

J.nr. 159618

13. maj 2013

- **KØBENHAVNS KOMMUNES INDSÆTTELSE AF ARBEJDSKLAUSUL I LEVERANDØRKONTRAKTER – KOMMUNALRETTLIG OG UDBUDSRETTLIG VURDERING**

HORTEN

1. Indledning og baggrund

Københavns Kommune har anmodet om en vurdering af, om kommunen lovligt kan indføre en række nærmere beskrevne bestemmelser ("arbejdsklausulen") i kontrakter med kommunens private leverandører.

Formålet med arbejdsklausulen er ifølge kommunen både sikring af arbejdstagerrettigheder samt at modvirke social dumping.

Kommunen ønsker, at arbejdsklausulen skal være obligatorisk i alle tjenesteydelses-, drifts-, bygge- og anlægskontrakter over 1 mio. kr., mens kommunen efter en konkret vurdering vil kunne vælge at anvende klausulen i kontrakter under 1 mio. kr.

Arbejdsklausulen vil bl.a. medføre, at der i kontraktbilag om sociale og etiske hensyn ved kommunens indkøb som § 2, stk. 2, indsættes følgende bestemmelse:

"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."

Herudover vil arbejdsklausulen for leverandøren af ydelsen bl.a. indebære følgende:

- (i) Krav til medarbejderens ansættelsesforhold og identifikation

Heri ligger, at alle medarbejdere inden arbejdets påbegyndelse skal orienteres af leverandøren om egnens gældende løn- og arbejdsvilkår. Endvidere, at medarbejderne inden arbejdets påbegyndelse skal have modtaget et ansættelsesbevis. Leverandøren er herudover ansvarlig for, at der kun anvendes medarbejdere med gyldig opholds- og arbejdstilladelse. Medarbejdere skal på forlangende kunne dokumentere deres identitet ved fremvisning af billedlegitimation.

- (ii) Krav til ophold på arbejdspladsen, orientering om underleverandører samt krav til skiltning

Dette krav medfører, at kommunen i god tid inden opstart af leverandøren skriftligt skal orienteres om, hvilke underleverandører leverandøren anvender ved sin opfyldelse af kontrakten. Kommunen kan ifølge klausulen kræve, at leverandøren ved skiltning oplyser, hvilke virksomheder der udfører arbejde på arbejdspladsen. Herudover er leverandøren underlagt kommunens instruktioner omkring ophold på arbejdspladsen.

- (iii) Krav om registrering af udenlandske tjenesteydere

Leverandøren er på egne og underleverandørers vegne forpligtiget til at sikre overholdelse af en eventuel anmeldelsespligt til RUT-registret og på eget initiativ sende en kvittering for anmeldelsen til kommunen.

Arbejdsklausulen indeholder herudover bestemmelser om dokumentation for overholdelse af klausulens bestemmelser, frister, sanktioner samt kommunens mulighed for at foretage uanmeldte kontrolbesøg.

Nedenfor har vi i vurderet lovligheden af arbejdsklausulen og den tilhørende vejledning i henhold til den kommunalretlige regulering (afsnit 2) og i henhold til udbudsretten (afsnit 3).

Vores samlede vurdering og anbefaling følger af afsnit 4.

2. Kommunalretlig vurdering af arbejdsklausulen

Arbejdsklausulen indeholder en række forskellige bestemmelser, som hver må vurderes konkret i forhold til kommunalretten.

For så vidt angår selve forpligtelsen (arbejdsklausulens pkt. 1) er det tvivlsomt, om en sådan bestemmelse generelt kan indsættes i kommunens kontrakter. Dette vil blive nærmere uddybet lige nedenfor i pkt.2.1.

I det omfang arbejdsklausulens punkter 1.1 – 5 efter en kommunalretlig vurdering i øvrigt giver anledning til bemærkninger, fremgår dette af pkt. 2.2 nedenfor.

Det bemærkes i den forbindelse, at de kommunalretlige grundsætninger ikke er til hinder for, at kommunen ved kontraktindgåelse indsætter krav om, at leverandøren følger gældende lovgivning. Det giver således ikke anledning til bemærkninger, at kommunen eksempelvis indsætter krav om gyldige arbejds- og opholdstilladelser, krav om ansættelsesbevis, anmeldelse til RUT-register mv. i det omfang kravene allerede følger af lovgivningen.

2.1 Særligt om forpligtelsen – arbejdsklausulens pkt.1

Forpligtelsen i arbejdsklausulens pkt. 1 har som anført ovenfor følgende ordlyd:

"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."

Bestemmelsen har ifølge vejledningen til formål at sikre arbejdstagerrettigheder og modvirke socialdumping.

Spørgsmålet om, hvorvidt kommunen i sine kontrakter med private leverandører kan indsætte en sådan bestemmelse og herigennem varetage hensyn til arbejdstageres løn- og ansættelsesforhold er ikke direkte reguleret i den skrevne lovgivning.

2.1.1 ILO-konvention 94

Bestemmelsen i arbejdsklausulens pkt. 1 svarer til ILO-konvention 94.

Konventionen er tiltrådt af Danmark og er efterfølgende gennemført i dansk ret ved et cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter (Beskæftigelsesministeriets cirkulære nr. 115 af 27. juni 1990 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde).

Det følger af cirkulæret, at alle statslige myndigheder i visse offentlige kontrakter er forpligtede til at indsætte arbejdsklausuler for at undgå social dumping, samt – for at understrege statens forpligtelse som "modelarbejdsgiver" – for så vidt angår de ansattes løn- og arbejdsvilkår.

I cirkulæret henstilles, at også kommunerne anvender sådanne arbejdsklausuler i forbindelse med indgåelse af aftaler om bygge- og anlægsarbejder.

2.1.2 Kommunalfuldmagten

Der er udover det i punkt 2.1.1 anførte ikke i den skrevne lovgivning fastsat regler, der udtrykkeligt omtaler kommuners mulighed for at indføre arbejdsklausuler og varetage arbejdstagerrettigheder ved kontraktindgåelse.

Da cirkulæret om ILO-konventionen i forholdet til kommunerne alene indeholder en henstilling samt alene er gennemført i form af et cirkulære, kan spørgsmålet ikke anses for udtømmende reguleret i den skrevne lovgivning.

Københavns Kommunes mulighed for at anvende den ønskede arbejdsklausul skal derfor vurderes efter de uskrevne grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse – de såkaldte kommunalfuldmagtsregler.

2.1.2.1 Kommunalfuldmagtens grundsætninger om lovlige kommunale hensyn

Kommunalfuldmagtens grundsætninger om lovlige kommunale hensyn indebærer bl.a., at en kommune ved indgåelse af aftaler alene kan varetage hensyn, som er saglige i forhold til den eller de opgaver, som den pågældende aftale vedrører, eller – for så vidt det ikke strider mod magtfordrejningsgrundsætningen – saglige i forhold til andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage.

Det beror således som udgangspunkt på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille til en leverandør, og kommunens krav skal være begrundet i varetagelsen af en saglig kommunal interesse.

De nærmere rammer herfor kan bl.a. udledes af tilsynsmyndighedernes praksis på området:

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser

Det følger af det tidligere Indenrigsministeriums udtalelse af 1. juli 1999,¹ at en kommune efter de offentligretlige retsgrundsætninger og kommunalfuldmagtsreglerne ikke lovligt kan varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser. Herudover følger det af udtalelsen, at en kommune heller ikke kan stille krav til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører af varer og tjenesteydelser, hvis dette sker ud fra hensynet til de ansatte.

Indenrigsministeriet fandt samtidig, at det i det konkrete tilfælde kunne være sagligt, at kommunen lagde vægt på, at ansættelsesvilkårene for kontraktpartens ansatte ikke var mindre gunstige, end hvad der i almindelighed ville gælde inden for den pågældende virksomhed eller industri. Det skal i så fald være sagligt begrundet, f.eks. i hensynet til at sikre den private. Konkret kan det således være sagligt, at en kommune lægger vægt på eksempelvis arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren, hvis dette konkret er af betydning for leverandørens mulighed for at udføre den pågældende opgave, herunder for at sikre kvalitet, pris eller overholdelse af en leveringsfrist. Ministeriet udtalte dog, at en kommune ikke lovligt kunne varetage sådanne saglige hensyn, ved – som betingelse for at den private aktør kunne udføre opgaver for kommunen – at stille et generelt krav om eller på anden måde generelt forudsætte, at leverandøren havde indgået overenskomst med en arbejdstagerorganisation.

HORTEN

Hensynet til pris, kvalitet og leveringssikkerhed

Under ledelse af det daværende Økonomi- og Erhvervsministerium blev der i april 2003 afgivet en embedsmandsrapport om almindelige betingelser for serviceydelser, ofte kaldet ABS-rapporten.²

Bilag 1 til rapporten vedrører udvalgte problemstillinger vedrørende medarbejderforhold, herunder kommunernes rammer for at fastsætte krav til løn- og ansættelsesforhold, når opgaver varetages af private aktører. På side 33-34 i bilag 1 fremgår:

"I det omfang dette må anses at være sagligt begrundet i kommunens varetagelse af hensynet til udførelsen af den opgave, som aftalen vedrører eller i et vist omfang andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage, kan en kommune således ved indgåelse af en aftale med en privat om udførelse af opgaver for kommunen lægge vægt på, hvilke løn- og ansættelsesvilkår den private ansatte har under udførelsen af opgaver for kommunen.

Fagforenings- og organisationsmæssige interesser og hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunernes leverandører af varer og tjenesteydelser er imidlertid ikke lovlige hensyn, som kommunerne kan varetage.

[...]

¹ 2. k.kt. j.nr. 1997/1220/461-1.

² <http://www.evm.dk/resources/oem/static/publikationer/html/abservice/index.htm>

Der kan som eksempler på hensyn, som kan være saglige, anføres, at en kommune – med henblik på at sikre at den private leverandør faktisk vil være i stand til at udføre den pågældende opgave i overensstemmelse med de krav til bl.a. kvaliteten i f.eks. borgerbetjeningen, pris og frister, som kommunen har fastsat – må antages lovligt at kunne lægge vægt på forhold som f.eks. arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren. Det må derfor ofte anses at være sagligt for kommunen at lægge vægt på forhold, som (også) vedrører løn- og arbejdsvilkår for kontraktpartens ansatte. Sådanne forhold kan eksempelvis vedrøre løn, informationsprocedurer i forhold til medarbejderne, arbejdets tilrettelæggelse, etablering af samarbejdsorganer og procedurer på personaleområdet, medarbejdernes kvalifikationer og efteruddannelse.

Hvorvidt det i det enkelte tilfælde er sagligt, at kommunen i forbindelse med en aftale stiller et bestemt krav eller ved valget af leverandør lægger vægt på et bestemt kriterium vedrørende medarbejderforhold, afhænger imidlertid, som det fremgår af ovenstående, af en konkret vurdering af, hvorvidt hensynet til varetagelsen af den kommunale opgave – eller efter omstændighederne andre opgaver, som kommunen lovligt kan varetage – kan begrunde kravet eller kriteriet."

HORTEN

Det vil således i henhold til rapporten ikke være sagligt, hvis Københavns Kommune fastsætter krav om visse løn- og ansættelsesvilkår ud fra et ønske om at varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller ud fra hensynet til de ansatte hos kommunernes leverandører. Derimod vil hensyn til leverandørens mulighed for at kunne udføre opgaven eller hensyn til kvalitet i ydelsen kunne udgøre en saglig begrundelse for at fastsætte sådanne krav.

Indholdet af rapporten svarer således til de rammer, der følger af Indenrigsministeriets udtalelse fra 1999, jf. ovenfor.

Varetagelse af andre almene hensyn

Økonomi- og Indenrigsministeriet har ved en helt ny udtalelse af 3. maj 2013 taget stilling til kommuners mulighed for at varetage samfundsmæssige hensyn i sin opgavevaretagelse.

Sagen handler om Aarhus Kommunes status som Fairtrade-by. Ministeriet udtalte, at Aarhus Kommune lovligt kan varetage Fairtrade-hensyn i sin opgavevaretagelse, herunder i forbindelse med indkøb og informationsindsats.

Ministeriet har herved lagt vægt på, at det i såvel internationale som i danske sammenhænge antages, at virksomheder bør tage et samfundsansvar i deres aktiviteter. Dette har fundet udtryk i en række såvel internationale som nationale initiativer, som ministeriet finder er udtryk for en generel forudsætning om, at både private virksomheder og offentlige myndigheder, der har mulighed for det, bør tage et samfundsansvar. Det følger således af ministeriets udtalelse, at en kommune inden for kommunalfuldmagtens rammer kan påtage sig et samfundsansvar og eksempelvis varetage Fairtrade-hensyn.

Følgende fremgår af udtalelsen vedrørende saglige hensyn og arbejdsklausuler:

"Det forhold, at der påhviler kommunalbestyrelsen en forpligtelse til at handle økonomisk ansvarligt, indebærer efter Økonomi- og Indenrigsministeriet ikke, at kommunalbestyrelsen er forpligtet til kun at lægge vægt på prisen, når den indkøber varer og tjenesteydelser, jf. herved tillige miljøbeskyttelseslovens § 6. Spørgsmålet er, hvilke hensyn det ud over prisen på ulovbestemt grundlag er sagligt at lægge vægt på.

Det er utvivlsomt sagligt at lægge vægt på produktets eller tjenesteydelsens kvalitet.

Det er endvidere sagligt at lægge vægt på beskæftigelsesformål, således at der for eksempel i forbindelse med en licitation vedrørende kommunale bygge- og anlægsarbejder lovligt kan stilles krav om, at der ved arbejdets udførelse ekstraordinært beskæftiges elever under erhvervmæssig uddannelse eller lærlinge, jf. Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2. udgave, 2010 side 191, samt betænkning nr. 1153/1988 om kommunerne og erhvervspolitikken, side 89.

Efter praksis kan kommuner endvidere i udbudskontrakter indsætte en såkaldt arbejdsklausul. En arbejdsklausul indebærer, at leverandøren skal sikre arbejderne løn- og arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres. Praksis har baggrund i ILO-konvention 94 (fra 1949 og ratificeret af Danmark i 1955) om arbejdsklausuler, som forpligter statslige myndigheder – men ikke kommuner – til at indsætte arbejdsklausuler. Formålet med konventionen er at imødegå social dumping ved arbejde, der udføres for det offentlige samtidig med, at den understreger statens forpligtelse som ”modelarbejdsgiver” for så vidt angår løn- og arbejdsvilkår.

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder, at det forhold, at det offentlige, herunder kommuner, i varierende omfang kan påtage sig et samfundsansvar, jf. ovenfor under pkt. 3, blandt andet gør sig gældende i forhold til de varer, som kommunen indkøber, og at det således er lovligt, at en kommune udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold.

Ministeriet finder således, at det må lægges til grund, at kommuner i deres indkøbspolitik kan fastsætte, at de ønsker at leve op til internationale anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, herunder at indkøbspolitikken lever op til en række forskellige hensyn, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet, jf. pkt. 2 c: Sikring af ordentlige arbejdsvilkår, rimelige sociale forhold, overholdelse af menneskerettigheder, en økonomisk og miljømæssig bæredygtig produktion mv."

Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse er således et udtryk for, at ministeriet som tilsynsmyndighed finder, at kommunerne inden for kommunalfuldmagtens rammer i et vist omfang kan påtage sig et samfundsansvar som "modelarbejdsgiver", herunder sikring af ordentlige arbejdsvilkår, i forhold til Fairtrade-klausuler.

I hvilket omfang en kommune kan varetage sociale og samfundsmæssige hensyn afhænger dog fortsat af en konkret vurdering, og udtalelse kan næppe tages til indtægt for, at kommunerne generelt kan varetage hensynet til arbejdstagerrettigheder, herunder hensyn til de ansattes løn- og ansættelsesforhold og modvirkning af social dumping, jf. nærmere herom nedenfor under pkt. 2.1.3.

2.1.3 Klausulens anvendelsesområde

Følgende fremgår af vejledningen til arbejdsklausulen om klausulens anvendelsesområde:

"Arbejdsklausulen er obligatorisk at anvende for tjenesteydelses-, drifts-, og bygge- og anlægskontrakter, der har en værdi på minimum 1 mio., kr. Københavns Kommune kan vælge at anvende klausulen for kontrakter under 1. mio. kr., hvis det efter en konkret vurdering af den enkelte opgave vurderes, at kravet er relevant, sagligt og proportionalt med den opgave, som skal udføres."

Der er ikke i praksis taget stilling til, om en kommune lovligt kan indføre en praksis, hvorefter der i alle kontrakter over et vist beløb – her 1 mio. kr. – skal indsættes en arbejdsklausul, der har til formål at sikre leverandørens ansatte og modvirke social dumping.

Det er i den forbindelse vores vurdering, at det for hver kontrakt for sig vil være nødvendigt at foretage en konkret vurdering af, om det påberåbte hensyn kan begrunde den ønskede klausul, og at denne vurdering ikke kan undlades under henvisning til kontraktsummen.

2.1.4 Vurdering af arbejdsklausulens overensstemmelse med kommunalfuldmagten

Det er på baggrund af den ældre praksis på området vores vurdering, at det vil være sagligt for kommunen at lægge vægt på hensynet til pris, kvalitet og leveringsssikkerhed, når kommunen i forbindelse med indgåelsen af leverandørkontrakter fastsætter kontraktvilkår. Efter omstændighederne vil disse hensyn også konkret kunne begrunde, at kommunen stiller krav til indholdet af løn- og ansættelsesvilkårene for leverandørens ansatte.

Der er derimod ikke praksis, der udtrykkeligt fastslår, at kommunen sagligt kan varetage hensyn til arbejdstagernes rettigheder samt modvirkning af social dumping. Hensynet er her karakteriseret ved både at rette sig mod den enkelte ansatte (dennes løn- og ansættelsesvilkår) samt den mere brede betragtning "social dumping", hvor det ikke er klart, hvem der bærer den interesse, der ønskes beskyttet.

Det giver anledning til tvivl, om den seneste udtalelse fra Økonomi- og Indenrigsministeriet generelt udvider kommunens mulighed for – gennem krav til løn- og ansættelsesvilkår – at varetage mere generelle samfundsmæssige hensyn i forbindelse med indkøb af serviceydelser og indgåelse af aftaler om bygge- og anlægsarbejder.

Imod en sådan udvidelse taler bl.a. det forhold, at udtalelsen vedrører Fairtrade, der primært sigter på at forbedre arbejdsvilkårene for fattige bønder i andre lande.

For en udvidelse taler på den anden side, at ministeriet i udtalelsen fremhæver ILO-konventioner – uden at dette i øvrigt er nødvendigt. I den forbindelse anfører ministeriet, at kommunerne efter praksis i udbudskontrakter kan indsætte en såkaldt arbejdsklausul, der indebærer, at leverandøren skal sikre arbejderne løn- og arbejdsvilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres. Det er dog ikke ganske klart, hvilken praksis ministeriet her henviser til, herunder om der alene sigtes til udbudsretlig praksis. Se hertil også afsnit 3 nedenfor med vores vurdering af de udbudsretlige rammer for at anvende ILO-klausuler.

Økonomi- og Indenrigsministeriet har telefonisk tilkendegivet, at der i udtalelsen ikke er taget stilling til, om de mere generelle samfundsmæssige hensyn, som i udtalelsen anerkendes i forhold til Fairtrade, vil kunne finde tilsvarende anvendelse i forhold til en arbejdsklausul/ILO-klausul.

Uanset, om kredsen af de hensyn, som en kommune lovligt kan lægge vægt på i forbindelse med indgåelse af aftaler, vil blive udvidet, må Fairtrade-udtalelsen dog formentlig forstås sådan, at kommunen under alle omstændigheder fortsat skal foretage en konkret vurdering af, om der er den fornødne sammenhæng mellem klausulen og det hensyn, kommunen ønsker at varetage.

Det er på denne baggrund vores vurdering, at kommunen som følge af praksis på området ikke generelt i sine kontrakter med leverandører kan indsætte en bestemmelse om, at leverandøren er forpligtiget til at sikre, at de ansatte har løn- og ansættelsesforhold, der ikke er mindre gunstige end de forhold, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres.

HORTEN

2.2 *Vurdering af arbejdsklausulens pkt. 1.1-5*

2.2.1 Pkt.1.1

Pkt.1.1 har følgende ordlyd:

"Alle medarbejdere skal inden arbejdets påbegyndelse have modtaget et ansættelsesbevis samt orienteres, af Leverandøren, om egnens gældende løn- og arbejdsvilkår. Leverandøren er endvidere ansvarlig for, at der kun anvendes medarbejdere med gyldig opholds- og arbejdstilladelse. Medarbejdere skal på forlangende kunne dokumentere deres identitet ved fremvisning af billedlegitimation."

Krav, der allerede følger af lovgivningen:

Det er ikke i strid med kommunalretten, at kommunen indsætter krav om ansættelsesbevis samt gyldig opholds- og arbejdstilladelse, i det omfang disse krav følger direkte af lovgivningen.

Da det kan være nødvendigt for at håndhæve bestemmelserne at kræve billedlegitimation, er et sådant krav efter vores umiddelbare vurdering også lovligt at indsætte.

Krav, der ikke følger af lovgivningen:

Da det er tvivlsomt, om kommunen i sine kontrakter uden at foretage en konkret vurdering kan indsætte en klausul, hvorefter leverandøren forpligtiger sig til at sikre de ansattes løn- og ansættelsesforhold, er det ligeledes tvivlsomt, om kommunen kan kræve, at leverandøren orienterer sine ansatte om disse vilkår. Et sådant krav vil alene kunne indsættes, hvis der efter en konkret er den fornødne sammenhæng mellem klausulen og det hensyn, kommunen ønsker at varetage.

2.2.2 Pkt.1.2-3-2.

Arbejdsklausulens pkt. 1.2 til og med pkt. 3.2 giver ikke anledning til bemærkninger i forhold til kommunalretten. Der er efter vores vurdering alene tale om bestemmelser, der enten følger af lovgivningen, eller som kommunen som kontraktpart i et aftaleforhold sagligt kan lægge vægt på.

Pkt. 4 har følgende ordlyd:

"Københavns Kommune eller en tredjepart vil i kontraktens løbetid løbende kunne foretage uanmeldte kontrolbesøg på arbejdspladsen for at sikre overholdelse af Arbejdsklausulen."

Kommunen kan foretage kontrolbesøg, i det omfang kommunen herved varetager en saglig kommunal interesse. En saglig interesse kan eksempelvis være hensynet til kvalitet eller leveringen af den aftalte ydelse. Kommunen kan derimod ikke lovligt varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser og som udgangspunkt heller ikke hensyn til de ansattes løn- og ansættelsesvilkår, jf. ovenfor under pkt. 2.1.

Dette indebærer, at kontrolbesøg ikke kan ske for at varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser.

Det er – som arbejdsklausulen er formuleret i dag – efter vores vurdering derfor ikke i overensstemmelse med kommunalfuldmagten generelt at indsætte en kontrolbestemmelse med ovennævnte indhold.

Det bemærkes for god ordens skyld, at kommunen ved at delegere udførelsen af kontrolbesøg til en tredjepart ikke kan udvide muligheden for at varetage hensyn til eksempelvis fagforeningsmæssige interesser eller arbejdstagernes interesser.

2.2.4 Pkt. 5

Bestemmelsen giver ikke anledning til bemærkninger.

3. Udbudsretlig vurdering af arbejdsklausulen

Dette afsnit gælder de af Københavns Kommunes kontrakter, som er omfattet af udbudsreglerne. Endvidere er afsnittet relevant for de kontrakter, som har en sådan grænseoverskridende interesse, at de EU-retlige principper finder anvendelse.

Udbudsdirektivets artikel 26 giver Københavns Kommune mulighed for at fastsætte sociale klausuler, i relation til en kontrakts udførelse, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- A) De sociale klausuler er knyttet til kontraktens genstand
- B) De sociale klausuler er nævnt i udbudsbekendtgørelsen
- C) De sociale klausuler er i overensstemmelse med EU-retten

Ad A)

De sociale klausuler skal vedrøre leverandørens opfyldelse af de pågældende kontrakter. Klausulen kan herefter alene regulere forholdene for de medarbejdere, der er beskæftiget med den pågældende opgave, og kun i den periode hvor opgaveløsningen for kommunen pågår. Dette følger af det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Ad B)

Københavns Kommune er forpligtet til at gøre tydeligt opmærksom på den sociale klausul i udbudsbekendtgørelsen, således at tilbudsgiveren kan tage højde for klausulen ved afgivelse af tilbud.

Ad C)

En social klausul må ikke stride mod EU-retten. I relation til sociale klausuler er særligt principperne om fri bevægelighed, ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigthed relevante. Hertil kommer udstationeringsdirektivet (herefter "Direktivet").

Direktivet regulerer følgende arbejdsforhold:

- Maksimal arbejdstid og minimal hviletid
- Mindste antal betalte feriedage pr. år
- Mindsteløn, herunder overtidsbetaling
- Betingelser for at stille arbejdstagere til rådighed, herunder vikarbureau
- Sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen
- Beskyttelsesforanstaltninger for gravide og børn og unge
- Ligebehandling samt andre regler om ikke-diskrimination

HORTEN

Af ovenstående forhold er løn og arbejdstid i Danmark ikke lovreguleret.

Retspraksis fra EU-dommene Rüffert³ og Laval⁴ viser, at det formentlig kan være i strid med Direktivet og retten til fri bevægelighed at stille andre krav til arbejdsvilkår end dem, der følger af Direktivet. Direktivet – og den danske implementering i udstationeringsloven – giver adgang til at stille krav om løn og arbejdsvilkår, der enten er fastsat ved lov, eller som svarer til kollektive overenskomster, der er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

De krav, som stilles til løn og arbejdstid i den af Københavns Kommunes påtænkte arbejdsklausul, må herefter svare til kollektive overenskomster, der er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Det lægges dog almindeligvis til grund, at den danske overenskomstmodel medfører, at de danske overenskomster ikke lever op til kravene i denne definition, og derfor ikke giver adgang til at stille krav om løn og arbejdsvilkår i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet.

³ Sag C-346/06

⁴ Sag C-341/05

ILO-konvention nr. 94:

Krav om bestemte løn- og ansættelsesvilkår er også reguleret af ILO-konvention 94, hvorefter der skal gives løn- og arbejdsvilkår svarende til de på egnen gældende. Arbejdsklausuler anvendes i vid udstrækning med henvisning til ILO-konventionen – også i forbindelse med kommunale udbud. Dette sker ofte selvom klausulerne ikke henviser til overenskomster, der er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Beskæftigelsesministeriet har i september 2008 skrevet et notat, hvori ministeriet argumenterer for, at Rüffert-dommen ville få et andet udfald, hvis sagen var foregået i Danmark. Beskæftigelsesministeriet lægger vægt på, at Danmark har ratificeret ILO konvention nr. 94 – i modsætning til Tyskland, som Rüffert-sagen udsprang fra. Danmark er derfor folkeretligt forpligtet til at anvende ILO-konvention 94 klausuler, hvilket EU-retten respekterer.

Forpligtelsen i ILO konvention nr. 94 omfatter imidlertid alene staten og ikke kommuner. Argumentet om den folkeretlige forpligtelse kan derfor næppe gøres gældende i relation til Københavns Kommune.

Der kan derfor næppe heller lægges vægt på, at det følger af udstationeringslovens § 2, at loven ikke berører anvendelsen af ILO-konvention nr. 94.

Det bemærkes dog, at der i Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes mulighed for at varetage Fair Trade-hensyn, som er gengivet ovenfor i afsnit 2, har anført, at:

"Efter praksis kan kommuner endvidere i udbudskontrakter indsætte en såkaldt arbejdsklausul. [...] Praksis har baggrund i ILO-konvention 94 (fra 1949 og ratificeret af Danmark i 1955) om arbejdsklausuler, som forpligter statslige myndigheder – men ikke kommuner - til at indsætte arbejdsklausuler.

[...]

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder, at det forhold, at det offentlige, herunder kommuner, i varierende omfang kan påtage sig et samfundsansvar, jf. ovenfor under pkt. 3, blandt andet gør sig gældende i forhold til de varer, som kommunen indkøber, og at det således er lovligt, at en kommune udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold."

(vores understregning)

Økonomi- og Indenrigsministeriet vurderer således, at en kommune lovligt kan anvende en arbejdsklausul i en udbudskontrakt. De nærmere omstændigheder ved Økonomi- og Indenrigsministeriets vurdering fremgår ikke af udtalelsen.

Det skal i øvrigt bemærkes, at det også i flere andre sammenhænge er blevet udtalt fra ministeriel side, at kommuner kan og bør gøre brug af ILO-konvention 94 ved udbud af bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. I en rapport fra 2012 fra Udvalget om modvirkning af social dumping⁵, nedsat under Beskæftigelsesministeriet vurderes det i øvrigt muligt ved lov at pålægge kommuner at gøre brug af ILO-konvention nr. 94.

4. Vurdering og anbefaling

4.1 Kommunalretten

De udfordringer, der er anført i afsnit 2 medfører samlet følgende vurdering af de kommunalretlige forhold:

Krav om konkret vurdering

Kommunen skal for alle kontrakter – uanset kontraktsummen – foretage en konkret vurdering af, om der er den fornødne sammenhæng mellem de krav, kommunen ønsker at stille til leverandøren (som ikke allerede følger af lovgivningen), og de hensyn som kommunen ønsker at varetage.

Denne vurdering kan således ikke undlades under henvisning til, at værdien af tjenesteydelses-, drifts-, bygge- eller anlægskontrakten overstiger 1 mio. kr.

Hvilke hensyn er saglige?

Ved vurderingen af, om kommunen kan indsætte en arbejdsklausul, er det ikke sagligt at lægge vægt på fagforeningspolitiske eller organisationsmæssige hensyn (se side 4 ovenfor).

Derimod er det i henhold til praksis sagligt at lægge vægt på hensynet til pris, kvalitet og leveringssikkerhed (se side 4-5 ovenfor).

Det giver anledning til betydelig tvivl, om kommunen sagligt kan lægge vægt på mere brede hensyn ud fra generelle betragtninger om kommunen som modelarbejdsgiver. Denne betragtning er alene anerkendt i den helt nye udtalelse om Fairtrade, som vedrører en klausul med et andet indhold.

Hvis kommunen ønsker at anvende arbejdsklausulen for – som modelarbejdsgiver – at varetage hensynet til at undgå social dumping og hensynet til de ansattes løn- og arbejdsvilkår, kan kommunen anmode statsforvaltningen om en vejledende udtalelse herom.

Hvis kommunen er indstillet på at tage risikoen for, at statsforvaltningen ikke anser dette hensyn som sagligt, kan kommunen allerede nu begynde at indsætte klausulen, jf. dog nedenfor om vores udbudsretlige vurdering. Kommunen vil for fremtiden skulle opgive at anvende klausulen, hvis statsforvaltningen måtte anse det bagvedliggende hensyn som usagligt.

⁵ Beskæftigelsesministeriet, Finansministeriet, Økonomi- og Indenrigsministeriet, Justitsministeriet, Skatteministeriet, Erhvervs- og Vækstministeriet, Transportministeriet og Social- og Integrationsministeriet har deltaget i udvalget.

På baggrund af det i afsnit 3 anførte, er det samlet vores vurdering, at det principielt ikke kan udelukkes, at EU-domstolen i lighed med de nævnte domme (Laval og Rüffert) vil kunne nå frem til, at danske kommuner, herunder Københavns Kommune, ikke er berettigede til at stille andre krav til løn- og arbejdsvilkår, end dem der følger af udstationeringsdirektivet og udstationeringsloven.

Dette kan herefter begrænse Københavns Kommune i at stille andre krav til kontraktparters løn- og ansættelsesvilkår, end vilkår der følger af en overenskomst indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Retsstillingen må dog betragtes som usikker, blandt andet på baggrund af den ovenfor citerede afgørelse fra Økonomi- og Indenrigsministeriet og de øvrige udtalelser fra ministeriel side, der har blåstemplet kommuners brug af arbejdsklausuler i henhold til ILO-konvention 94.

HORTEN

Med venlig hilsen
Horten

Rikke Søgaard Berth

Andreas Christensen