

Bemærkninger til indførelsen af en formodningsregel

Under henvisning til Økonomiudvalgets møde i morgen, tirsdag den 23. november 2021, ønsker vi hermed at fremkomme med vores bemærkninger til den af forvaltningen foreslåede formodningsregel.

Vi har således med stor interesse læst Københavns Kommunes udkast til en såkaldt formodningsregel, som vi kan forstå alene, skal gælde i det her udbud, hvilket vi finder stærkt uhensigtsmæssigt.

Helt overordnet er vi af den opfattelse, at

1. kontraktbestemmelsen ikke er udtryk for en egentlig formodningsregel og at kontraktbestemmelsen derfor er overflødig og uden egentlig juridisk indhold
2. den omstændighed at kontraktbestemmelsen alene medtages i det her udbud synes at være i strid med den forvaltnings- og kommunalretlig lighedsgrundsætning

Det er således vores klare opfattelse, at det er stærkt uheldigt og ikke mindst misvisende, at Københavns Kommune bruger begrebet "formodningsregel" i forhold til kontraktbestemmelsen, al den stund, at Københavns Kommunes egen advokatforbindelse anfører i sit notat af den 18. november 2021, at formålet med kontraktbestemmelsen er, at

"...tydeliggøre, hvordan kommunen udøver vurderingen af, om en person, der udfører arbejde for en leverandør i en nærmere bestemt kontrakt, kan anses som "ansat" og dermed omfattes af arbejdsklausulen i kontrakten",

I forlængelse heraf henviser Københavns Kommunes advokater også til, at

Er dette tilfældet, foretager kommunen en samlet vurdering af sagens øvrige forhold for at foretage en endelig vurdering af, om der er tale om, at den pågældende udfører personligt arbejde i tjenesteforhold....

...

Vi har efter aftale med kommunen lagt til grund, at det vil blive tydeliggjort i den nye kontraktbestemmelse, at kommunens endelige vurdering vil afspejle gældende ret."

Bestemmelsen har således efter vores opfattelse ingen selvstændig juridisk værdi og er reelt udtryk for at man fra Københavns Kommunes side har valgt at medtage en bestemmelse i kontrakten, som er overflødig.

Endelig virker kontraktbestemmelsen til at være struktureret på en forudindtaget måde ved at den konsekvent henviser til "arbejdsgiver".

Det er vel vanskeligt at vide, i hvilket omfang der er tale om en arbejdsgiver, før man har vurderet de forskellige kriterier, og allerede derfor savner det mening at henvise til "arbejdsgiver".

Selvom der således ikke er tale om en egentlig formodningsregel, men en eller anden form for servicemeddelelse i forhold til, hvordan Københavns Kommune vurderer lønmodtagerbegrebet, ønsker vi alligevel at fremkomme med følgende forvaltningsretlige bemærkninger.

Københavns Kommune går formentligt imod den kommunalretlige lighedsgrundsætning

Kommunen er som bekendt omfattet af den forvaltnings- og kommunalretlige lighedsgrundsætning, som kommunen er forpligtet til at påse overholdelsen af i forbindelse med kommunens generelle arbejde med udbud og kontrakter. Lighedsgrundsætningen indebærer en forpligtelse for kommunen til at behandle lige forhold lige i retlig henseende. Når kommunen, som der lægges op til alene, nu indfører en "formodningsregel" i kontrakten om hjemmelevering af dagligvarer og ikke i andre kontrakter, herunder sådanne som i al væsentlighed må anses som lig med kontrakten om hjemmelevering af dagligvarer, handler kommunen efter Intervares opfattelse i strid med lighedsgrundsætningen.

Hensynet vedrørende de forestående ændringer af lovgivningen i Danmark og på EU-plan må således i lige så høj grad komme bydere på kontrakten om hjemmelevering af dagligvarer til gode som andre kontraktparter, idet det vil være lige så u hensigtsmæssigt i denne kontrakt at indføre en regulering, som efterfølgende kan vise sig anderledes end den lovgivning som måske er på vej. Dette ses således ikke sagligt at kunne begrunde en fravigelse af lighedsgrundsætningen.

Endvidere ses det forhold at kommunen har mange kontrakter på forskelligartede områder ikke at kunne begrunde, at bydere på kontrakten om hjemmelevering af dagligvarer forskelsbehandles i forhold til andre kontraktmodparter, idet en tilsvarende analyse og forberedelse ligeledes må komme bydere af kontrakten om hjemmelevering af dagligvarer til gode, idet kommunen jo også ved denne kontrakt er forpligtet til at foretage en tilstrækkelig og forsvarlig sagsoplysning.

Dette ses således heller ikke sagligt at kunne begrunde en fravigelse af lighedsgrundsætningen.

Afslutningsvis skal vi bemærke, at vi har vanskeligt ved at forstå, hvordan 3F ikke kan have bemærkninger til formodningsreglen, når 3F – i hvert fald i sagen vedrørende Intervare – har fremsat overenskomstkrav over for en lang række af transportvirksomhederne, hvilket man må formode skyldes, at 3F i hvert fald betragter transportvirksomhederne som selvstændige erhvervsdrivende.

Københavns Kommune bør afvente, at der eventuelt lovgives på området

På baggrund af ovenstående er det vores klare forhåbning at Københavns Kommune afventer at der lovgives på området, og at Økonomiudvalget ikke godkender at ovennævnte kontraktbestemmelse medtages i kontrakten

Med venlig hilsen

Intervare A/S