

Advokatfirmaet Horten

22-08-2013

Arbejdsklausuler i Københavns Kommunes kontrakter med private udførere, advokatfirmaets j.nr. 159618

Tilsynet

Advokatfirmaet Horten skrev den 13. juni 2013 til Statsforvaltningen Hovedstaden. På vegne af Københavns Kommune anmodedes statsforvaltningen om at afgive en udtalelse om, hvorvidt kommunen lovligt i alle tjenesteydelses-, drifts- og bygge- og anlægskontrakter kan anvende arbejdsklausuler.

Statsforvaltningen
Storetorv 10
6200 Aabenraa
>

JOURNAL NR.: 2013-613/97

SAGSBEHANDLER: KATHAR

DIREKTE TELEFON:

Telefon: 7256 7000
EAN-Nr. 5798000362222
tilsynet@statsforvaltningen.dk
www.statsforvaltningen.dk

Horten oplyste, at Københavns Kommune – i lighed med mange andre kommuner – i kontrakter om anlægsopgaver og tjenesteydelser i flere år har stillet krav om, at leverandørerne på forskellige måder tager sociale tiltag, herunder anvendt ILO-konvention 94 som et led i de CSR-krav, som kommunen stiller i forbindelse med indgåelse af leverandørkontrakter.

Kommunen ønsker at fortsætte hermed og anvende følgende arbejdsklausul som et standardvilkår i de kontrakter om anlægsopgaver og tjenesteydelser, som har en værdi på over 1 mio. kr.:

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.

Formålet er ved en øget indsats at modvirke, at Københavns Kommune gennem de kontrakter, som kommunen indgår med private leverandører, medvirker til social dumping i forbindelse med udførelse af opgaver for kommunen.

I forbindelse med en revision af disse krav og som følge af omtale i medierne, hvor kommunens mulighed for at

EKSPEDITIONSTID:
MANDAG - ONSDAG: 09.00-15.00
TORSDAG: 13.00-17.00
FREDAG: 09.00-12.00
TELEFONTID:
MANDAG-ONS D A G : 09.00-15.00
TORSDAG: 13.00-15.00
FREDAG: 09.00-15.00

anvende sociale klausuler er blevet udfordret, ønsker Københavns Kommune imidlertid sikkerhed for, at de arbejdsklausuler, som kommunen anvender, er lovlige.

Horten oplyste i sit brev til statsforvaltningen, at Københavns Kommune vurderer, at kommunen inden for kommunalfuldmagtens rammer lovligt kan indsætte et standardvilkår om, at kommunens leverandører skal overholde en arbejdsklausul, der indebærer, at leverandørens (og eventuelle underleverandørers) ansatte har løn- og arbejdsvilkår, der svarer til, hvad der er almindeligt på egnen. Til støtte for denne vurdering henvises til folkeretlige regler, til tilkendegivelser fra ministre og ministerier mv. samt til de kommunale tilsynsmyndigheders praksis.

Endvidere bemærkedes, for så vidt angår anvendelsen af arbejdsklausulen som et standardvilkår i kontrakter vedrørende anlægsopgaver og tjenesteydelser med en værdi på over 1 mio. kr.:

- at den tidligere praksis, hvorefter der skulle foretages en konkret vurdering af om vilkåret kunne anvendes, var begrundet i karakteren af det hensyn, som vilkåret blev båret af: Der skulle være en konkret kobling mellem hensynet til f.eks. leveringssikkerhed og behovet for at indsætte klausulen, og
- at der ikke er behov for en sådan konkret vurdering, når formålet med at indsætte arbejdsklausulen er det generelle hensyn til at undgå social dumping.

Endelig nævntes, at Københavns Kommunes anvendelse af arbejdsklausulen vil ske i overensstemmelse med den uskrevne retsgrundsætning om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Den 14. juni 2013 var der telefonisk kontakt om sagen mellem Københavns Kommune og statsforvaltningen. Kommunen ønskede oplyst, om statsforvaltningen kunne afgive udtalelse inden den 1. september 2013 over det rejste spørgsmål. Det drejede sig om et spørgsmål med stor politisk bevågenhed i kommunen, og der ønskedes en afklaring senest det nævnte tidspunkt, fordi resultatet kunne få betydning for de kommende budgetforhandlinger. Statsforvaltningen kunne ikke give tilsagn om en udtalelse inden det nævnte tidspunkt, men pegede på muligheden for i stedet at søge en udtalelse fra Økonomi- og Indenrigsministeriet på grund af sagens principielle karakter.

Statsforvaltningen blev ved mail af 3. juli 2013 orienteret om Økonomi- og Indenrigsministeriets brev af 28. juni

2013 til Københavns Kommune. Brevet er et svar på kommunens anmodning af 18. juni 2013 om ministeriets stillingtagen til muligheden for at anvende arbejdsklausuler. Ministeriet afslog at tage stilling til kommunens anmodning om en forhåndsudtalelse, forinden statsforvaltningen havde haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet. Ministeriet skrev bl.a.:

Det er op til statsforvaltningen at vurdere, om der er grundlag for at tage et spørgsmål op til behandling, lige så vel som det er op til Københavns Kommune at vurdere, om der er anledning til at anmode statsforvaltningen om en forhåndsudtalelse.

Det følger af ovenstående, at Økonomi- og Indenrigsministeriet ikke på det foreliggende grundlag kan tage stilling til kommunens spørgsmål om anvendelse af arbejdsklausuler.

Økonomi- og Indenrigsministeriet kan dog generelt udtale som sin umiddelbare opfattelse, at ministeriet er enig med advokatfirmaet Horten i de elementer, som skal inddrages i overvejelserne om, hvorvidt kommunen kan anvende arbejdsklausuler, dvs. ILO-konventionen 94, Arbejdsministeriets cirkulære nr. 115 af 27. juni 1990 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, rapport fra den tværministerielle arbejdsgruppe til modvirkning af social dumping (2012) og myndighedernes initiativer i forlængelse heraf, de betragtninger om samfundsansvar, som er kommet til udtryk i Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om anvendelse af Fair Trade-hensyn, samt Indenrigsministeriets udtalelse af 1. juli 1999 om kommuners mulighed for at stille krav til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunens leverandører.

Der kan endvidere henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilkendegivelse vedrørende anvendelse af Fairtrade-hensyn i EU-udbud, jf. <http://www.kfst.dk/udbudsomraadet/regler-og-vejledninger-mm/kommentarer-til-retspraksis/konkurrence-og-forbrugerstyrelsens-kommentar-til-oekonomi-og-indenrigsministeriets-udtalelse-om-aarhus-kommunes-mulighed-for-at-varetage-fair-trade-hensyn/>.

Statsforvaltningen Hovedstaden er som følge af en lovændring nedlagt pr. 1. juli 2013, og tilsynet med alle landets kommuner er overgået til enhedsorganisationen Statsforvaltningen. Det gælder også den foreliggende sag.

Statsforvaltningen finder ikke at kunne påtage sig at afgive en udtalelse som ønsket. Her følger en nærmere begrundelse for denne beslutning.

Statsforvaltningen fører det statslige tilsyn med landets kommuner. Det sker i henhold til kapitel VI i styrelsesloven¹.

Statsforvaltningen påser herved, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, jf. styrelseslovens § 48, stk. 1. Til denne lovgivning hører, ud over skreven ret, ulovbestemte retsgrundsætninger mv., herunder de såkaldte kommunalfuldmagtsregler.

Statsforvaltningen fører i henhold til styrelseslovens § 48, stk. 3, ikke tilsyn, i det omfang særlige klage- eller tilsynsmyndigheder kan tage stilling til den pågældende sag.

Udbudsdirektivet² gælder blandt andet for alle offentlige myndigheder. Direktivet fastsætter bl.a. procedureregler og regler om udvælgelse af leverandører, tilbudsvurdering og kontrakttildeling. Det indeholder bestemmelser om, hvilke krav til en ydelse en kommune – under den forudsætning, at det i øvrigt er lovligt for kommunen at varetage dette hensyn – kan fastsætte i et udbud.

Klager over, at en kommune ikke overholder udbudsdirektivet, kan indbringes for Klagenævnet for Udbud af enhver der har retlig interesse heri³. Det tilkommer derfor i henhold til styrelseslovens § 48, stk. 3, ikke Statsforvaltningen at udtale sig om, hvorvidt der i forbindelse med et udbud og med hjemmel i udbudsdirektivet kan fastsættes en arbejdsklausul som den af Københavns Kommune skitserede. Det forhold, at de kommunale tilsynsmyndigheder er tillagt klageadgang til nævnet, indebærer ikke, at de har kompetence til at tage stilling til spørgsmål vedrørende overholdelse af udbudsdirektivet.

Udbudsdirektivet indeholder ikke i sig selv hjemmel til, at en kommunalbestyrelse kan påtage sig en bestemt opgave eller varetage et bestemt hensyn, f.eks. i forbindelse med indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægspro-

¹ Lov om kommunernes styrelse, lovbekendtgørelse nr. 971 af 25. juli 2013 med senere ændringer.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter som gennemført ved bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011.

³ Kapitel 3 i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne mv. med senere ændringer.

jekter. Sådan hjemmel beror på andre retsregler, herunder de uskrevne kommunalfuldmagtsregler.

Statsforvaltningen kan dermed udtale sig om, hvorvidt en kommune har hjemmel til i sine indkøbskontrakter – under overholdelse af udbudslovgivningen – at søge indsat en arbejdsklausul som den, Københavns Kommune påtænker at indsætte i sine indkøbskontrakter.

Statsforvaltningen beslutter ifølge styrelseslovens § 48 a, om der i en modtagen henvendelse eller oplysning er tilstrækkeligt grundlag for at rejse en tilsynssag. Tilsynet er dog pligtmæssigt i den forstand, at Statsforvaltningen skal undersøge en sag nærmere, hvis der foreligger oplysninger, som giver grund til at antage, at der er en vis sandsynlighed for en ulovlighed, som ikke er bagatelagtig.

Ifølge styrelseslovens § 50 kan Statsforvaltningen udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser. Det kan f.eks. ske som svar på en kommunalbestyrelses anmodning om en vejledende udtalelse. Det må anses for forudsat, at Statsforvaltningen normalt ikke udtaler sig om forståelsen af regler, hvis overholdelse den ikke fører tilsyn med.

Det må antages, at Statsforvaltningen ikke ved § 50 er forpligtet til at efterkomme en anmodning fra en kommune om retlig rådgivning eller f.eks. forhåndstilkendegivelse af en dispositions lovlighed, jf. herved Økonomi- og Indenrigsministeriets ovennævnte brev af 28. juni 2013. Statsforvaltningen må tilrettelægge sit arbejde og sin resourceanvendelse fortrinsvis med henblik på bedst mulig løsning af sine pligtmæssige tilsynsopgaver, idet kommunal sagsbehandling og beslutningsforberedelse normalt forudsættes udført i kommunens administration, eventuelt med ekstern konsulentbistand. Statsforvaltningen vil navnlig afgive vejledende udtalelser, hvor dette anses for den bedst egnede måde at udføre tilsynet på, eller hvor retstilstanden må anses for særligt tvivlsom. Statsforvaltningen vil være tilbageholdende med at udtale sig om en påtænkt kommunal beslutning af bredere politisk indhold på et tidspunkt, hvor denne beslutning endnu forhandles, og på en måde, så Statsforvaltningen ved en udtalelse kan komme til at påvirke det politiske valg mellem flere lovlige beslutningsmuligheder.

Statsforvaltningen afslår på det foreliggende grundlag at afgive den udtalelse, advokatfirmaet Horten på Københavns Kommunes vegne har anmodet om. Herved henvises til, at det rejste spørgsmål synes forholdsvis velbelyst i den foreliggende tilsynspraksis, hvortil Horten henviser. Desuden henvises til, at der ikke foreligger en beslutning

i Borgerrepræsentationen om at søge en arbejdsklausul som skitseret indsat i sine indkøbskontrakter. Statsforvaltningen vil ikke på forhånd afvise at afgive en udtalelse om lovligheden, hvis Borgerrepræsentationen træffer en sådan beslutning, men forinden ønsker Statsforvaltningens erklæring om dens lovlighed.

Københavns Borgerrepræsentation underrettes ved kopi af dette brev. Det offentliggøres endvidere snarest på www.statsforvaltning.dk

Venlig hilsen



Torben Sørensen
vicedirektør

/ Martin Basse