



Aalborg Kommune
Boulevarden 13
9100 Aalborg

Hørings svar om brug af arbejds- og uddannelsesklausuler i Aalborg Kommune

DI Aalborg takker for muligheden for at kommentere på kommunens udspil.

Som formand for DI Aalborg har jeg naturligvis forståelse for, at kommunen ønsker at tage et socialt ansvar. Brugen af klausuler har dog nogle uheldige økonomiske og juridiske konsekvenser, som jeg gerne vil gøre kommunen opmærksom på.

Brugen af klausuler medfører væsentlige omkostninger for både virksomhederne, kommunen selv og i sidste ende kommunens skatteborgere. Fornuftige leverandører indregner selvfølgelig alle omkostninger og risici i deres tilbud, når de byder på en offentlig opgave. Det betyder, at arbejdsklausuler og kædeansvar fører til dyrere offentlige opgaver uden at løfte kvaliteten af opgaverne, og uden nødvendigvis at ændre ansættelsesforholdene for de medarbejdere, som udfører opgaverne. Derudover kan klausulerne medføre, at nogle virksomheder helt afholder sig fra at byde på opgaven.

Helt grundlæggende mener DI's jurister, at klausulerne:

- er i strid med EU-retten, da indholdet i arbejdsklausulen rækker langt ud over de krav, man kan stille jf. EU's udstationeringsdirektiv og principperne om fri bevægelighed
- er i strid med kommunalfuldmagten, da en kommune ikke kan forfølge lønpolitiske mål
- er i strid med udbudsreglerne, da arbejdsklausulen bl.a. strider mod ligebehandlingsreglerne
- er for vidtgående ift. uddannelsesklausuler om brug af praktikanter og lærlinge
- ikke bør indeholde så vidtgående og uproportionale sanktioner for brud på de to typer klausuler, da der er tale om biforpligtelser til kontraktens genstand.

Løn- og arbejdsvilkår aftalestof mellem arbejdsmarkedets parter, og derfor skal den offentlige sektor ikke særskilt stille krav på dette område.

DI kan derfor ikke støtte kommunens brug af arbejdsklausuler.

Overenskomstdækning er et anliggende for arbejdsmarkedets parter

Hvis en virksomhed ikke har tegnet overenskomst, er det via den danske model muligt for fagbevægelsen at kræve overenskomst. Dette krav kan en fagforening stille til både danske og udenlandske virksomheder, der udfører opgaver i Danmark. Fagbevægelsen kan støtte kravet med varsel om konflikt imod virksomheden samt sympatikonflikter imod virksomheder, som modtager ydelser fra eller leverer til virksomheden uden overenskomst. Overenskomstdækning er således et anliggende for arbejdsmarkedets parter - ikke for Aalborg Kommune som ordregiver.

Brug af klausulen skal ske i henhold til dansk ret og EU-ret

Kommuner er ikke omfattet af ILO konvention 94 (herefter ILO 94). Det er kun statslige aktører, der er forpligtet til at overholde ILO 94. Kommunen kan derfor i sin forvaltning ikke finde juridisk dækning via henvisning til ILO 94.

EU-retten står over medlemslandenes nationale ret, og medlemslandene kan altså ikke anvende en national regel, som ville være i modstrid med EU-retten. Lovligheden af arbejdsklausulen afhænger derfor af, om kommunens brug af klausulen i øvrigt kan ske i henhold til dansk ret og EU-retten.

Aalborg Kommune kræver i den nuværende arbejdsklausul, at de ansatte, som leverandøren og eventuelle underleverandører beskæftiger i Danmark, ikke har mindre gunstige løn og ansættelsesforhold end dem, der gælder på den egn, hvor arbejdet udføres. Et sådant krav går videre end EU-retten, fordi det rækker ud over, hvad kommunen må kræve. Udstationeringsloven og EU-reglerne opstiller grænser for, hvilke krav man kan stille. Dette er vigtigt for leverandørerne, da de har brug for at vide, hvad de kan blive mødt af i et andet EU-land, når de gør brug af deres frie bevægelighed. EU-reglerne tillader eksempelvis ikke, at man stiller krav baseret på lokale overenskomster eller løn niveauer. Aalborg Kommune bør derfor være opmærksom på, at kommunen risikerer en sag for at bryde EU-retten ved at anvende den opstillede arbejdsklausul.

Manglende mulighed for at verificere "egnsnæssige løn- og arbejdsvilkår"

Selve klausulen refererer til "egnsnæssige løn- og arbejdsvilkår", men kommunen præciserer ikke, hvad dette begreb faktisk indeholder. En praktisk afledt konsekvens af den foreslåede arbejdsklausul vil være en usikkerhed for Aalborg Kommune, leverandøren og den eksterne bistand/tredjemand, som skal udføre kontrolbesøg, ift. at finde ud af, hvad "egnens gældende løn og arbejdsvilkår" rent faktisk skulle dække over. Selv i en ren dansk kontekst vil der være stor uenighed om indholdet og omfanget af en sådan referenceramme. Leverandøren vil således have særdeles svært ved at bevise, at man opfylder arbejdsklausulen grundet denne uklarhed og usikkerhed.

DI skal i den forbindelse fremhæve den såkaldte koncipist-/uklarhedsregel (in dubio contra stipulatorem), der helt basalt går ud på, at den part, der har konciperet de ord,

der skaber uklarheder under fortolkningen, må bære risikoen for denne uklarhed, dvs. i dette tilfælde Aalborg Kommune.

Krav om konkret vurdering ved hver kontrakt

Hverken Aalborg Kommune eller andre kommuner (se notat til Københavns Kommune¹) kan undlade at foretage en konkret vurdering af hver kontrakt for at beslutte, om der skal indsættes en arbejdsklausul eller ej. Aalborg Kommune kan derfor efter DI's opfattelse ikke per automatik indføre et udgangspunkt om at bruge arbejdsklausuler under henvisning til en kontraktsum på eksempelvis over 1. mio. kr.

Dette understøttes ligeledes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der i "Vejledning om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud" fra august 2013 fremhæver, at lovligheden af sociale klausuler i et offentligt udbud altid beror på en konkret vurdering i henhold til EU's udbudsregler.

Uddannelsesklausuler – praktikanter og lærlinge

Også i forhold til uddannelsesklausuler er det nødvendigt at påpege, at Aalborg Kommune ikke per automatik kan indføre en bestemmelse om at bruge sociale klausuler under henvisning til en bestemt varighed på projektet eller en på forhånd fastsat lønsum/kontraktsværdi.

Aalborg Kommune skriver, at det normalt vil være muligt at beskæftige 10 pct. praktikanter ud af det samlede timetal. Aalborg Kommune bør være opmærksom på, at 10 pct. er for høj en sats, som særligt mindre leverandører vil have svært ved at opfylde. Igen skal fremhæves, at brug af klausuler skal være baseret på en konkret vurdering i den enkelte udbudssituation. Der kan fx være særlige hensyn til sikkerhed, brug af eksperter til at løse opgaven, der ikke hænger sammen med et krav om at beskæftige praktikanter.

Bestemmelsen om dokumentationskrav, hvis det ikke er muligt at finde en praktikant/lærling (Uddannelsesklausulen, punkt 2) forekommer unuanceret. Et eksempel kunne være en leverandør, som annoncerer efter praktikanter og modtager to ansøgninger. Ingen af de to lever dog op til leverandørens krav til kvalifikationer. Bestemmelsen i klausulen kan forstås som om, at leverandøren i dette tilfælde vil være nødsaget til at antage en eller begge praktikanter trods det manglende kvalifikationsniveau. Dette vil udgøre en væsentlig ulempe og kan svække leverandørens evne til at levere sin ydelse til ordregiver. Aalborg Kommune opfordres til at præcisere, at leverandøren ikke er forpligtet til at antage en praktikant, hvis det viser sig, at der ingen kvalificerede praktikanter er trods annoncering.

¹ Notat til Københavns Kommune fra HORTEN, maj 2013
<https://subsite.kk.dk/~media/A0E20B94CC054596A67CB46113E7FA32.ashx> (punkt 2.1.3)

Anvendelse af ekstern bistand til kontrolenhed

Aalborg Kommune foreslår, at kontrollen med leverandørers opfyldelse af arbejds- og uddannelsesklausul kan udføres af tredjemand/ekstern bistand. DI forholder sig kritisk til dette forslag af flere grunde:

- Uklarheden skitseret ovenfor omkring den manglende verifikation af egnessige løn- og arbejdsvilkår vil gøre kontrolopgaven mindst lige så svær i praksis at håndtere for en ekstern partner som for Aalborg Kommune selv.
- DI ser det som en ulempe, at leverandøren bliver mødt af en tredjepart i kontrolfasen. Dette mellemlid kan give en usikkerhed, fordi leverandøren risikerer at blive fanget mellem kommunens og tredjepartens forskellige måder at udlægge reglerne på.
- Det kan være et problem i forhold til persondatalovgivningen, herunder andre landes lovgivning, at udlevere oplysninger om eksempelvis lønsedler, timesedler etc. til tredjemand. Det kan udelukke brug af f.eks. underentreprenører fra andre EU-lande, hvis kravet om udlevering af oplysninger til den af kommunen valgte "tredjemand" fastholdes i sin nuværende form.
- I det omfang, Aalborg Kommune mod DI's anbefaling alligevel beslutter at lade kontrolopgaven udføre af tredjemand, vil DI henstille til, at Aalborg Kommune entrerer med upartisk virksomhed, som hverken repræsenterer arbejdstager- eller arbejdsgiverside.

Sanktioner

DI ønsker at understrege, at man skelner mellem kontraktretlige sanktioner og arbejdsretlige sanktioner. En leverandør kan eksempelvis risikere at få en straf fra ordregiver, hvis uenighed om en overenskomstbestemmelse fører til, at leverandøren begår et brud på overenskomsten. Derudover risikerer hovedentreprenøren også at blive pålagt en bod (efterbetaling eller lignende) i det arbejdsretlige system for samme forseelse. Dermed risikerer overenskomstdækkede virksomheder at blive straffet to gange for samme forseelse. En sådan dobbelt-straf er naturligvis uhensigtsmæssig, da den skævvrider konkurrenceforholdet mellem overenskomstdækkede og ikke-overenskomstdækkede virksomheder, som byder på opgaver for ordregiver.

Det fremgår, at Aalborg Kommune vil kunne ophæve kontrakten, hvis leverandøren eller denne underleverandører væsentligt overtræder klausulen. Det er meget vigtigt at understrege, at sociale klausuler er biforpligtelser til selve kontraktens hovedgenstand. Dette betyder, at sanktioner ikke må være for vidtgående. DI finder, at ophævelse af kontrakten for overtrædelse af arbejdsklausul er for vidtgående og strider imod det EU retlige proportionalitetsprincip – ikke mindst i lyset af de uklarheder, som klausulen rummer.

Vi står til rådighed for uddybende kommentarer.

Med venlig hilsen

Peter Rindebæk
Formand, DI Aalborg



Dansk Industri