

Notat

Til Indtast til
Kopi til Indtast Kopi til
Fra Hans Henrik Ladefoged
Sagsnr./Dok.nr. 2018-048667 / 2018-048667-4

Juridisk Kontor
Borgmesterens Forvaltning
Boulevarden 13
9000 Aalborg
Init.: HL

15-08-2018

Notat om juridiske forhold ved indførelse af ligelønscertifikat i Aalborg Kommune

Opdrag

Enhedslisten har stillet forslag om indførelse af et ligelønscertifikat i forbindelse med Aalborg Kommunes løn- og personalepolitik, indkøb af varer og tjenesteydelser samt som vægtet kriterie i forbindelse med udbud, hvor dette er muligt i forhold til udbudsloven. Det skal alene gælde for virksomheder med mere end 35 ansatte.

Nærværende notat belyser nogle af de juridiske forhold med udgangspunkt i indkøb af varer og tjenesteydelser samt som vægtet kriterie i forbindelse med udbud efter udbudsloven. Notatet forholder sig ikke til løn- og personalepolitik. For fuldstændighedens skyld er udbud efter tilbudsloven medtaget.

Først belyses, om Aalborg Kommune kan stilles krav om ligeløn (ligelønsklausul) når der handles indenfor og udenfor udbudsloven/tilbudsloven, og dernæst om Aalborg Kommune kan udstede et ligelønscertifikat når der handles indenfor og udenfor udbudsloven/tilbudsloven.

Kan Aalborg Kommune indsætte en ligelønsklausul

Spørgsmålet er, om Aalborg Kommune med hjemmel i Kommunalfuldmagten kan gennemføre ovennævnte tiltag, eller om dette kræver særskilt lovhjemmel.

Indenrigsministeriet har ved skrivelse af 03.05.2013 i sag nr. 2012-00470 vedrørende Århus Kommunes mulighed for at varetage Fair Trade-hensyn udtalt, at

”Efter kommunalfuldmagtsreglerne antages en kommunes adgang til uden lovhjemmel at gennemføre foranstaltninger blandt andet at være afgrænset af, hvad der traditionelt er betegnet som et almennyttige kriterium. Dette kriterium indebærer, at en kommune som udgangspunkt kun kan gennemføre foranstaltninger, der kommer en bredere kreds af kommunens borgere til gode.

Dette udgangspunkt indebærer, at en kommune normalt ikke uden lovhjemmel kan gennemføre foranstaltninger, der udelukkende eller i det væsentligste er motiveret i varetagelsen af individuelle interesser hos enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner. Hvor der i øvrigt er et lovligt kommunalt formål, indebærer den omstændighed, at virkningen af en kommunal disposition er til fordel for en enkelt person, ikke i sig selv, at den pågældende disposition bliver ulovlig.”

”Det omtalte almennyttige kriterium er imidlertid ikke udtryk for en særlig præcis afgrænsning af kommunens kompetence, og kriteriet giver derfor ikke et klart grundlag for at afgøre, hvorvidt en kommune lovligt kan varetage Fair Trade-hensyn. Kriteriet kan dog medvirke til en afgrænsning af, hvilke kommunale hensyn, der i en samlet afvejning af

interesser, kan begrunde, at en kommune lovligt kan varetage de nævnte Fair Tradehensyn i sin opgavevaretagelse.”.

Danmark har pr. 15.08.1956 tiltrådt den Internationale Arbejdskonference i Geneve i året 1949 vedtagne konvention om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

I flg. konventionens artikel 2, 1. skal

” Kontrakter, på hvilke nærværende konvention finder anvendelse, skal indeholde bestemmelser, der tilsikrer vedkommende arbejdere en løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres,

•a) i henhold til kollektivt overenskomst eller anden anerkendt forhandlingsform mellem arbejdsgiver- og arbejderorganisationer, der repræsenterer en væsentlig del af henholdsvis arbejdsgiverne og arbejderne i vedkommende fag eller industri; eller

•b) i henhold til voldgiftskendelse; eller

•c) i henhold til nationale love eller administrative forskrifter.”.

Konventionen gælder som udgangspunkt kun for den danske stat, og gælder derfor som udgangspunkt ikke for danske regioner og kommuner.

Indenrigsministeriet har ved skrivelse af 03.05.2013 i sag nr. 2012-00470 vedrørende Århus Kommunes mulighed for at varetage Fair Trade-hensyn udtalt, at:

”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.”

Indenrigsministeriet blåstempler vel herved, at konventionen også kan anvendes af kommuner i Danmark. Hermed ikke sagt, at EU eller danske domstole har godkendt dette.

Statsforvaltningen har den 22.10.2013 – i sagen 2013-613-97, hvor Københavns Kommune ønskede brugen af følgende arbejdsklausul godkendt:

”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.”

Udtalt, at:

”Økonomi- og Indenrigsministeriet udtalte sig den 3. maj 2013 om Aarhus Kommunes anvendelse af Fairtrade-klausuler i indkøbskontrakter mv. Der var tale om en retningssvarende udtalelse, som på visse punkter redefinerede og præciserede kommunalfuldmagtens grænser. I udtalelsen oplystes bl.a.:

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.

Statsforvaltningen må henholde sig til denne retsopfattelse og har således ikke grundlag for at anse arbejdsklausuler som dem, Københavns Kommune ønsker at benytte, for ulovlige, idet klausulerne svarer til indholdet af den citerede tekst."

Det må derfor på det foreliggende grundlag antages at være lovligt for en kommune at indsætte en klausul som anført. Det bemærkes, at EU og danske domstole ikke ses at have taget stilling til spørgsmålet, om kommuner i lighed med den danske stat kan anvende konventionen.

Resultat kan ligeledes udledes af Karnovs note 763 til Udbudslovens § 176, hvorefter:

"Betingelserne for gennemførelse af en kontrakt kan ifølge lovbemærkningerne også have til formål at fremme ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdspladsen, øge kvinders deltagelse på arbejdsmarkedet, skabe balance mellem arbejdsliv og privatliv, fremme beskyttelse af miljø eller dyrevelfærd, overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner og ansætte flere dårligt stillede personer, end den nationale lovgivning kræver. Ordregiveren kan i den henseende anvende f.eks. arbejdsklausuler og lignende klausuler, i det omfang disse ikke strider imod national ret eller EU-retten."

Aalborg Kommune anvender en omfattende arbejdsklausul, hvori det bl.a. er anført:

"Leverandøren forpligter sig til at sikre, at de ansatte, vikarer og andre der er underlagt ledelsesret, som leverandøren og leverandørens underleverandører beskæftiger med henblik på kontraktens opfyldelse har løn, herunder særlige ydelse, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til kollektiv overenskomst, voldgiftskendelse, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres."

Det er anført, at ansatte skal have samme løn, som ikke er mindre gunstig for arbejde af samme art, end dem der følger af nationale love (danske) på den egn, hvor arbejdet udføres (Aalborg Kommune, Danmark).

Reglerne om ligeløn mellem mænd og kvinder er fastsat i lovbekendtgørelse nr. 899 af 05.09.2008 om lige løn til mænd og kvinder.

Da der i klausulen er en henvisning til, at danske lovgivning, må dette forstås på den måde, at ligelønsloven allerede er en del af Aalborg Kommunes aftaler, i de tilfælde, hvor arbejdsklausulen er vedtaget/aftalt.

Det samme forhold må gælde i tilfælde, hvor udbud ikke er omfattet af udbudsloven/tilbudsloven, og hvor Aalborg Kommunes "Standard arbejdsklausul" anvendes.

Det samme forhold må gælde i tilfælde, hvor udbud er omfattet af tilbudsloven, og hvor Aalborg Kommunes "Standard arbejdsklausul" anvendes.

Kan Aalborg Kommune udstede et ligelønscertifikat

Spørgsmålet er herefter, om Aalborg Kommune har hjemmel til at udstede et egentlig ligelønscertifikat.

Det fremgår af Udbudslovens § 46, at en ordregiver kan kræve, at et indkøb er forsynet med et bestemt mærke (certifikat) som dokumentation for specifikke egenskaber.

Det fremgår af Karnov, note 217 til Udbudslovens § 46, at

"mærker skal være relateret til egenskaber ved kontraktens genstand, mens det ikke vil være muligt at kræve et bestemt mærke for opfyldelsen af sociale krav relateret til en produktionsmetode (f.eks. ansattes arbejdsvilkår)".

Det fremgår endvidere af Udbudslovens § 46, stk. 1, nr. 5 at det er en betingelse, at hvis der skal udstedes mærker (certifikater), skal mærkekravene være fastsat af en tredjemand, som Aalborg Kommune ikke udøver en afgørende indflydelse på. Aalborg Kommune vil således ikke kunne stille egne krav.

Aalborg Kommune kan derfor ikke udstede et ligelønscertifikat når udbuddet er omfattet af udbudsloven.

Udbudsloven må antages at have gjort udtømmende op med mulighederne for at udstede mærker/ligelønscertifikater.

Tilbudsloven forholder sig ikke til om man kan udstede mærker/certifikater eller ej.

Der ses ikke ud fra den foreliggende praksis at være hjemmel hertil i kommunalfuldmagten.

Aalborg Kommune kan derfor ikke udstede et ligelønscertifikat når udbuddet ikke er omfattet af udbudsloven.

Aalborg Kommune kan derfor heller ikke udstede et ligelønscertifikat når udbuddet er omfattet af Tilbudsloven.

Konklusion:

1. Aalborg Kommune har formentlig allerede en ligelønsklausul i relation til udbud efter udbudsloven, når Aalborg Kommunes "Standard arbejdsklausul" anvendes.
2. Aalborg Kommune kan ikke udstede et ligelønscertifikat der gælder ved udbud i henhold til udbudsloven.
3. Aalborg Kommune har formentlig allerede en ligelønsklausul i relation til udbud efter tilbudsloven, når Aalborg Kommunes "Standard arbejdsklausul" anvendes.
4. Aalborg Kommune kan ikke udstede ligelønscertifikater der gælder ved udbud efter Tilbudsloven.
5. Aalborg Kommune har formentlig allerede en ligelønsklausul i relation til udbud som ikke er omfattet af udbudsloven/tilbudsloven, såfremt Aalborg Kommunes "Standard arbejdsklausul" anvendes.
6. Aalborg Kommune kan ikke udstede et ligelønscertifikat der gælder ved udbud der ikke er omfattet af udbudsloven/tilbudsloven.

Det bemærkes, at i de tilfælde som ikke er omfattet af udbudsloven eller tilbudsloven (punkt 5 og 6) kan det være at forholdene er reguleret af andre regler, som så vil kunne medføre et andet resultat end det i punkt 5 og 6 nævnte resultat.