

NOTAT

Kan en kommune stille krav om ansættelsesvilkår udover virksomhedsoverdragelsesloven?

Juni 2015

Side 1/7

Dette notat handler om, hvorvidt og i givet fald på hvilken måde en kommune i et udbud kan stille krav om løn- og ansættelsesvilkår for medarbejdere, der overdrages til ansættelse hos en privat leverandør, der udfører opgaver for kommunen.

Herudover behandles spørgsmålet om, hvorvidt en kommune lovligt kan stille krav om, at en privat leverandør skal følge de kommunale løn- og ansættelsesvilkår i hele eller dele af kontraktperioden, når denne periode ligger udover den løbende kommunale overenskomstperiode.

1. Indledning

En kommunalbestyrelse bestemmer som udgangspunkt selv, hvordan den tilrettelægger sin virksomhed, herved fx egen udførelse eller udlicitering og – i tilfælde af udlicitering – på hvilke vilkår udliciteringen finder sted. Det følger af § 2, stk. 1, i den kommunale styrelseslov. Det forudsættes, at kommunalbestyrelsens beslutninger herom træffes inden for de rammer, der følger af gældende ret, herunder såvel skreven lovgivning som uskrevne kommunalretlige grundsætninger om kommunernes opgavevaretagelse – kommunalfuldmagtsreglerne, samt andre uskrevne retsgrundsætninger.

2. Generelt om indgåelse af aftaler med private leverandører

Der er ikke i lovgivningen fastsat regler, som generelt regulerer kommuners indgåelse af aftaler med private leverandører om udførelse af opgaver for kommunerne. En kommunes indgåelse af sådanne aftaler er dog ikke ubundet af retsregler. Ud over regler i den skrevne lovgivning, som er af betydning i sådanne tilfælde, især EU-udbudsdirektiverne, er en kommune også ved indgåelse af sådanne aftaler bundet af almindelige offentligretlige rets-

grundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, proportionalitetsgrundsætningen og lighedsgrundsætningen, og almindelige ulovbestemte grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagtsregler).

Dette indebærer, at en kommune ved indgåelse af sådanne aftaler med private 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.

En kommunes fastlæggelse af kriterier for valg af kontraktspart er begrænset af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvorfra følger, at en offentlig myndighed ikke kan træffe mere vidtgående foranstaltninger, end formålet med foranstaltningen tilsiger. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip indebærer, at en kommune ikke lovligt kan fastsætte kriterier, der udelukker virksomheder fra det kommunale udbud i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for at varetage ovennævnte saglige hensyn til at sikre varetagelsen af de pågældende kommunale opgaver. Det beror således på en konkret vurdering, hvilke krav en kommune lovligt kan stille, ligesom det er en forudsætning, at sådanne krav fastsættes i overensstemmelse med anden lovgivning, herunder særligt konkurrence- og udbudslovgivning.

I arbejdsretlig litteratur og praksis er det antaget, at en arbejdsgiver, der er bundet af en kollektiv overenskomst, efter almindelige arbejdsretlige principper normalt kan overlade udførelse af en opgave til en anden arbejdsgiver, uanset at denne arbejdsgiver ikke har indgået en overenskomst, der dækker det pågældende arbejdsområde, idet det dog er en forudsætning, at aftalen om at overlade arbejdet er reel, og at der ikke tilsigtes en omgåelse af overenskomsten.

Det er imidlertid ikke udelukket, at en kommune ved indgåelse af en aftale med en privat om udførelse af opgaver for kommunen kan lægge vægt på, hvilke løn- og ansættelsesvilkår den privates ansatte har under udførelsen af opgaver for kommunen, hvis dette må anses for 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.

3. Løn- og ansættelsesvilkår for de ansatte hos leverandøren – arbejdsklausuler

Både Økonomi- og Indenrigsministeriet og Statsforvaltningen har udtalt¹, at kommuner kan anvende arbejdsklausuler i udbudskontrakter. En arbejdsklausul er et krav om, at løn- og ansættelsesvilkår for kontraktspartens ansatte ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparer i Danmark, og som gælder på hele det danske område, jf. herved Beskæftigelsesministeriets cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 samt tilhørende vejledning, VEJ nr. 9472 af 30. juni 2014.

I vejledning nr. 9472 fremgår følgende af bemærkningerne til cirkulære nr. 9471 § 8:

”Efter cirkulærets § 8 opfordres kommuner og regioner til at bruge arbejdsklausuler i alle udbudskontrakter inden for bygge- og anlægsarbejde samt øvrige udbudskontrakter, hvor det er hensigtsmæssigt.

Det er således op til den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd, om og i hvilket omfang der skal anvendes arbejdsklausuler i udbudskontrakter.

Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at bruge arbejdsklausuler, skal kommunalbestyrelsen eller regionsrådet ifølge udbudsreglerne informere om kravet om brug af arbejdsklausuler i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, jf. i øvrigt cirkulærets § 4.

Eftersom det er op til den enkelte kommunalbestyrelse og det enkelte regionsråd at tage stilling til anvendelsen af arbejdsklausuler i den enkelte kommune og region, beror det også på kommunalbestyrelsens eller regionsrådets beslutning, i hvilket omfang cirkulærets øvrige regler skal anvendes. Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at anvende arbejdsklausuler i overensstemmelse med det, der gælder på det statslige område, vil anvendelse af cirkulærets øvrige regler dog kunne sikre, at kommunalbestyrelsens eller regionsrådets beslutning herom efterleves.

Hvis den enkelte kommunalbestyrelse eller det enkelte regionsråd beslutter sig for at bruge arbejdsklausuler, skal kommunalbestyrelsen eller regionsrådet desuden sikre, at lovgivningen, herunder EU-retten, overholdes. En kommune eller en region må fx ikke stille et generelt krav om, at private leverandører, der skal udføre opgaver for kommunen eller regionen, skal have indgået en dansk overenskomst. Dette ville være i strid med

¹ Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 og Statsforvaltningens udtalelse af 22. oktober 2013.

principper om ligebehandling i dansk forvaltningsret, EU-udbudsreglerne og på EU-traktatsniveau.”

Det fremgår endvidere følgende af vejledning nr. 9472:

”I Danmark er løn og arbejdstid reguleret via de kollektive overenskomster i modsætning til de fleste andre EU-lande, hvor mindstelønnen enten er fastsat ved lov eller ved det, som kaldes erga omnes overenskomster, altså overenskomster, der gælder for alle. I Danmark gælder overenskomsterne kun for de parter, som har indgået dem. Eftersom der ikke i Danmark er et lovkrav om overenskomst eller mindsteløn, kan en offentlig ordregiver ikke stille krav om, at en leverandør skal være omfattet af en overenskomst.”

Der henvises endvidere til notat ”Kan en kommune stille krav om at følge danske overenskomster?” på Udbudsportalen.dk.

3.1. Medarbejdere ansat af leverandøren efter udbuddet

For medarbejdere ansat af leverandøren efter udbuddet må det antages, at det ikke vil være lovligt at stille krav om, at de kommunale løn- og ansættelsesvilkår skal følges i hele eller dele af kontraktperioden.

I forhold til disse medarbejdere vil en kommune imidlertid i henhold til ILO-konvention 94 kunne stille krav om, at leverandøren – for de medarbejdere, der er beskæftiget med opgavevaretagelsen - følger de for området sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår, som er gældende inden for det lokale område, hvor arbejdet udføres.

Det vil i givet fald her være de private overenskomsters løn- og ansættelsesvilkår på området, der vil gælde. Da man ønsker at bringe opgaven ud på det private marked, må det også være overenskomsterne på det private arbejdsmarked, der må betegnes som ”sædvanlige”.

3.2. Medarbejdere, der overføres fra kommunen

For så vidt angår de medarbejdere, der overføres fra kommunen, er der et regelsæt i form af virksomhedsoverdragelsesloven, der beskytter medarbejderne. Virksomhedsoverdragelsesloven regulerer, at de overførte medarbejdere er sikret deres hidtidige individuelle løn- og ansættelsesvilkår i den indværende overenskomstperiode.

Såfremt en kommune ønsker at sikre medarbejdernes individuelle løn- og ansættelsesvilkår i en periode ud over virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelsesperiode, kræves det, at kommunen ud fra saglige hensyn fastsætter krav herom i kontrakten med leverandøren.

På baggrund af ovenfor nævnte udtalelse fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet må det konkret vurderes, hvilke krav en kommune sagligt kan stille til en kontraktpart. Det vil således ikke være lovligt at formulere en generel regel om, at der altid skal stilles krav om, at en privat leverandør i hele kontraktperioden skal følge de kommunale løn- og ansættelsesvilkår for de medarbejdere, der overføres til leverandøren.

Det fremgår videre af udtalelsen, at en kommune derimod kan påtage sig altid at skulle vurdere, om der foreligger saglige kommunale hensyn, som kan begrunde en konkret bestemmelse om, at dette vilkår skal gælde.

Disse hensyn kunne fx tænkes at være personalepolitiske hensyn og muligvis også hensyn til driftssikkerhed, kontinuitet og stabilitet i opgaveløsningen. Disse hensyn kan alene antages at gøre sig gældende ved førstegangsudbud.

Det bemærkes, at en privat leverandør – såvel i virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelsesperiode som i en eventuel forlænget periode heraf – vil kunne ændre de overdragede medarbejders individuelle løn- og ansættelsesvilkår i samme omfang, som kommunen ville kunne have gjort. Den private leverandør bevarer således sin sædvanlige ledelsesret og kan handle i forhold til medarbejderne inden for rammerne heraf.

Længden af den periode, hvor de individuelle vilkår løber, skal være proportional og derfor vurderes i forhold til det konkrete hensyn, man ønsker at varetage. En kommune kan således ikke træffe mere vidtgående foranstaltninger, end formålet med foranstaltningen tilsiger. I de tilfælde, hvor der fx er tale om en meget lang kontraktperiode, skal det konkret vurderes, om det saglige hensyn er til stede.

En kommune vil kunne opstille en politik om, at kommunen i forhold til hvert enkelt udbud skal foretage en konkret vurdering af, om det er lovligt at stille krav om, at leverandøren skal følge de individuelle løn- og ansættelsesvilkår (jf. virksomhedsoverdragelsesloven) i en nærmere periode ud over virksomhedsoverdragelseslovens beskyttelsesperiode, herunder i hele kontraktperioden. Dette gælder dog kun ved førstegangsudbud.

Statsforvaltningen Midtjylland har i udtalelse af 12. august 2008 udtalt sig om lovligheden af et byråds beslutning om at ændre retningslinjerne for udbud og udlicitering, herunder at kommunen på baggrund af en konkret vurdering stiller krav til leverandøren om, at denne i hele kontraktperioden giver de overdragne medarbejdere løn- og ansættelsesvilkår svarende til den kommunale overenskomst på området, dog kun ved førstegangsudbud.

Statsforvaltningen har lagt grund, at byrådets beslutning skal forstås således, at der skal foretages en konkret vurdering i forbindelse med hvert enkelt fremtidigt udbud af opgaver. Statsforvaltningen har forudsat, at byrådet herved sikrer sig, at vilkår, der giver kommunens hidtidige medarbejdere bedre vilkår end krævet i virksomhedsoverdragelsesloven, alene motiveres i lovlige kommunale interesser som skitseret foran, samt at kommunen i forbindelse med denne vurdering undersøger, om byrådets beslutning i det konkrete tilfælde vil være i strid med de ovenfor beskrevne regler.

Når kommunalbestyrelsen skal foretage vurderingen konkret, kan der heller ikke – af byrådet eller fx af statsforvaltningen – opstilles generelle regler for, hvilke vilkår der kan stilles i et udbudsmateriale.

Af hensyn, der i konkrete situationer muligt vil kunne begrunde særlig gunstige vilkår for det overtagne personale, kan statsforvaltningen dog eksempelvis pege på kommunens interesse i, at den udliciterede opgave – også i praksis – lader sig genoverdrage til kommunal udførelse efter entreprisekontraktens ophør. Må en videregående beskyttelse af de overtagne medarbejders ansættelsesvilkår efter en konkret vurdering antages at være nødvendig for, at den udliciterede opgave faktisk lader sig udføre af entreprenøren i den standard, som kommunen er ansvarlig for eller byrådet har besluttet, kan også dette antagelig motivere vilkår som beskrevet. På den anden side kan et politisk ønske om at sikre hidtil kommunale medarbejdere bedre løn- og ansættelsesvilkår end kolleger i den private sektor ikke i sig selv lovligt begrunde opstilling af mere fordelagtige vilkår i et udbudsmateriale.

Det fremgår af statsforvaltningens udtalelse, at ovennævnte overvejelser også gør sig gældende i forhold til byrådets tilbud om genansættelse af medarbejdere, der er overdraget i forbindelse med en udlicitering, samt i forhold til andre vilkår, fx om opfølgning i forhold til entreprenører og underentreprenører.

Der er selvsagt tale om meget lidt præcise retlige grænser, både for, hvilke vilkår der lovligt kan stilles, og hvilke formål der lovligt kan motivere dem. Derfor må det forventes, at det kommunale tilsyn i konkrete sager, der måtte blive rejst, vil efterprøve intensivt, om kommunen ved sine dispositioner alene har varetaget almene, kommunale interesser og ikke brugt kommunale midler til at sikre enkeltpersoner eller enkeltgrupper særlige fordele.

4. Særligt om genudbud

Opmærksomheden henledes på at kommunen i forbindelse med et eventuelt genudbud efter omstændighederne kan have en forpligtelse til at undersøge om virksomhedsoverdragelsesloven finder (pligtmæssig) anvendelse,

såfremt opgaveløsningen skifter fra den nuværende til en ny leverandør. Det følger af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, der betyder, at udbudsmaterialet skal være udformet på en klar og tydelig måde.

Kommunen bør i udbudsmaterialet oplyse om, hvorvidt virksomhedsoverdragelsesloven på baggrund af denne undersøgelse vurderes at finde anvendelse, så tilbudsgivere kan indrette sig på dette ved afgivelsen af tilbud.

5. Tilsynet

Da der er tale om offentligretlige retsgrundsætninger, vil det i givet fald være statsforvaltningen og Økonomi- og Indenrigsministeriet, der påser, om de evt. vilkår, som kommunen stiller ud over virksomhedsoverdragelsesloven samt øvrige krav til personale, fx ledelse, uddannelse mv., er i overensstemmelse hermed.