

KOMMUNALAFDELINGEN

Odense Kommune
Rådhuset
5000 Odense C

2) se bagest
+ resumé

Dato: 1. juli 1999
Kontor: 2. kommunekontor
J. nr.: 1997/1220/461-1
Sagsbeh.: fga
Fil-navn: fga/overensk-ami.br-kopi

Ved brev af 23. december 1997 (j.nr. 00.01K03-11-97) har Odense Kommune anmodet Indenrigsministeriet om en udtalelse om, hvorvidt Odense Kommune lovligt kan stille krav om, at private leverandører af serviceopgaver, der normalt varetages af kommunen selv, skal have indgået overenskomst for sit personale for at kunne blive godkendt som leverandør til kommunen.

Odense Kommune har om baggrunden for kommunens henvendelse henvist til en udtalelse af 29. oktober 1997 fra Tilsynsrådet for Fyns Amt vedrørende Odense Kommunes beslutning om at afvise AMI Hjemmeservice K/S, Charlottenlund, som leverandør af praktisk hjemmehjælpsbistand i kommunen.

Det fremgår af kommunens henvendelse, at Odense Byråd i forbindelse med vedtagelse af budgettet for 1997 besluttede i en to-årig periode at etablere et forsøgsprojekt om praktisk bistand til hjemmehjælpsmodtagere i kommunen. Forsøgsprojektet indebærer bl.a., at borgerne i to af kommunens ti pleje- og omsorgsdistrikter har fået mulighed for at vælge, om de ønsker den praktiske bistand udført af den kommunale hjemmepleje eller af et privat firma, som pleje- og omsorgsafdelingen på forhånd har godkendt til at udføre praktisk bistand.

Odense Kommune udarbejdede i den forbindelse et sæt "Krav til private leverandører af praktisk bistand", som de private leverandører af praktisk bistand skulle opfylde for at blive godkendt af kommunen som privat leverandør af praktisk bistand. Det er bl.a. fastsat, at:

"Leverandører er, til sikring af overholdelsen af de kvalitative krav, forpligtet til at sikre, at opgaverne til enhver tid varetages af overenskomstdækket velkvalificeret personale".

Efter at have indhentet tilbud fra en række private leverandører meddelte Odense Kommune ved brev af 4. marts 1997 AMI Hjemmeservice K/S, at kommunen havde godkendt selskabet som en af fem private leverandører af praktisk bistand.

Ved brev af 18. marts 1999 til AMI Hjemmeservice K/S meddelte Odense Kommune imidlertid følgende om godkendelsen af AMI Hjemmeservice K/S:

"Som opfølgning af spørgsmålet om at leverandøren af praktisk bistand i Odense Kommune skal opfylde samtlige krav i "Krav til private leverandører af praktisk bistand i Odense Kommune", har spørgsmålet om de manglende overenskomstforhold hos AMI Hjemmeservice været forelagt til politisk behandling.

Det konstateres, at AMI Hjemmeservice på trods af et klart formuleret krav om, at opgaven skal udføres af overenskomstdækket personale, ikke opfylder denne betingelse, og at AMI Hjemmeservice heller ikke ved ansøgningen om godkendelsen har givet oplysning om den manglende opfyldelse af betingelsen, eller selv sørget for at få forholdet bragt i orden. Odense Kommune har selv erfaret, at AMI Hjemmeservice ikke opfyldte betingelserne, hvilket desværre først skete efter den første meddelelse om godkendelse.

På denne baggrund skal det med beklagelse meddeles, at Odense Kommune ikke kan godkende AMI Hjemmeservice som privat leverandør af praktisk bistand.”

Ved brev af 17. juni 1997 klagede AMI Hjemmeservice K/S til Indenrigsministeriet over Odense Kommune. I brevet er bl.a. anført følgende:

”Vi vil gerne klage over Odense Kommune, som har afvist os som privat leverandør af praktisk bistand i Odense Kommune og med den begrundelse, at opgaven skal udføres af overenskomstdækket personale.

Vi mener ikke, at der er basis for at afvise vort firma, fordi vi ikke har tegnet overenskomst med noget fagforbund. ...”

Ved brev af 26. juni 1997 videresendte Indenrigsministeriet AMI Hjemmeservice K/S' brev af 17. juni 1997 til Tilsynsrådet for Fyns Amt.

Tilsynsrådet anmodede herefter Odense Byråd om en udtalelse. Odense Byråd behandlede sagen på et møde den 10. september 1997, hvorefter Odense Byråd ved brev af 16. september 1999 bl.a. udtalte følgende til tilsynsrådet:

”...

Forsøgsordningen blev igangsat 1. april 1997 og indebærer, at hjemmehjælpsmodtageren i pleje- og omsorgsdistrikterne Skibhus og Dyrup kan vælge, om den praktiske bistand skal udføres af den kommunale hjemmepleje, eller om man ønsker et privat firma til at udføre opgaven. ...

For ikke at udelukke nogen fra at melde deres interesse valgte kommunen at annoncere efter private leverandører, der var interesseret i at blive godkendt som leverandører. Som grundlag for denne annoncering var udarbejdet et grundmateriale: ”Krav til private leverandører af praktisk bistand”, der indeholder retningslinier i forbindelse med forsøget.

Kravene er udformet med hensyntagen til karakteren af et forsøg og ikke mindst for at sikre, at de private firmaer er i stand til at levere ydelsen over den planlagte forsøgsperiode. Der må specielt tages hensyn til, at kundegrundlaget, der modtager praktisk bistand, langt overvejende er ældre med nedsat funktionsevne og/eller alderdomssvækkelse. Det er derfor meget vigtigt, at de medarbejdere, der udfører opgaver i hjemmene, optræder på en behagelig og stabil måde, og at der er forsyningsikkerhed, herunder at der ikke kommer for mange forskellige hjælpere i hjemmet.

Kravene vedrører en række forskellige forhold, og et af kravene er, at det pågældende firma har en overenskomst med en faglig organisation. I den forbindelse gøres opmærksom på, at der ikke er stillet krav om, at der

skal være indgået overenskomst med en bestemt faglig organisation. Formålet med kravet om overenskomst er således også at sikre "fredspligt" i forsøgsperioden med henblik på at sikre ovennævnte hensyn.

Det er magistratens 3. afdelings opfattelse, at de opstillede krav til sikkerhed af ydelsen ikke er i strid med almindelig gældende ret, og at det er en naturlig konsekvens af, at kommunen fortsat er ansvarlig for visitation, økonomi og ikke mindst kvaliteten af den praktiske bistand, der ydes også af de private firmaer. ..."

Tilsynsrådet behandlede sagen på et møde den 28. oktober 1997 og besluttede at udtale bl.a. følgende:

"...

Selvom tilsynsrådet må nære en vis tvivl om, hvorvidt Odense byråds krav om indgåelse af overenskomst med en faglig organisation som betingelse for en privat virksomheds udførelse af praktisk bistand i hjemmet er i overensstemmelse med den i dansk ret gældende lighedsgrundsætning, finder tilsynsrådet dog ikke at have grundlag for at fastslå, at beslutningen om at afvise Dem som leverandør med den skete begrundelse er klart ulovlig. Tilsynsrådet har derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for at annullere beslutningen.

Tilsynsrådet lægger vægt på, at kravet om overenskomst er stillet af hensyn til kommunens ældre og handicappede borgere, ligesom der som anført af byrådet ikke har været tale om, hverken at overenskomsten skulle være med en bestemt faglig organisation, eller at personalet skulle være medlem af organisationen. ..."

Ved brev af 23. december 1997 rettede Odense Kommune henvendelse til Indenrigsministeriet, idet kommunen bl.a. anførte følgende:

"Vedlagt fremsendes brev af 29. oktober 1997 fra Tilsynsrådet for Fyns Amt, idet Odense Kommune på baggrund af denne udtalelse skal anmode Indenrigsministeriet om en udtalelse om, hvorvidt Odense Kommune kan stille krav om, at leverandører af serviceopgaver, der normalt varetages af kommunen selv, skal have indgået overenskomst for sit personale for at kunne blive godkendt som leverandør.

...

Tilsynsrådet har således med sin udtalelse rejst tvivl om, hvorvidt Odense Kommune også i fremtiden er forpligtet til at sikre, at opgaverne til enhver tid varetages af overenskomstdækket personale med den begrundelse, at kommunen herved ønsker at sikre sig, at leverandøren overholder de kvalitative krav samt forsyningssikkerheden.

På den baggrund samt under henvisning til, at de politiske partier i Odense Byråd i forbindelse med vedtagelsen af budgettet for 1998 har vedtaget, at der skal skabes grundlag for udlicitering af kommunale opgaver, og at alle muligheder og begrænsninger for at kunne gennemføre udbudsforretninger forinden skal belyses, skal Odense Kommune hermed anmode Indenrigsministeriet om en udtalelse om, hvorvidt Odense Kommune kan stille krav om, at private leverandører skal have indgået overenskomst for sit personale for at kunne blive godkendt som leverandører til kommunen."

Ministeriet har forstået Odense Kommunes forespørgsel således, at kommunen alene har forespurgt om, hvorvidt kommunen generelt kan kræve, at en privat leverandør, der leverer varer eller tjenesteydelser til kommunen, har indgået en kollektiv overenskomst for sit personale. Ministeriet har endvi-

dere forstået, at kommunens forespørgsel ikke vedrører spørgsmålet om, hvorvidt kommunen kan kræve, at den private leverandør er medlem af en arbejdsgiverorganisation eller en bestemt arbejdsgiverorganisation, eller spørgsmålet om, hvorvidt kommunen kan kræve, at leverandørens personale er organiseret i en fagforening eller en bestemt fagforening. Ministeriet har endelig forstået, at kommunens forespørgsel ikke vedrører situationer, hvor lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

Indenrigsministeriet skal på den baggrund udtale følgende:

Der er ikke i lovgivningen fastsat regler, som generelt regulerer kommuners indgåelse af aftaler med private 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 retsgrundsætninger, 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.

Kommuner kan efter de ovennævnte offentligretlige retsgrundsætninger og kommunalfuldmagtsregler ikke lovligt varetage fagforenings- og organisationsmæssige interesser eller hensyn til løn- og ansættelsesvilkår for ansatte hos kommunernes leverandører af varer og tjenesteydelser. Dette indebærer, at det som udgangspunkt ikke er en kommunal opgave at søge at forebygge eller at bidrage til at løse en arbejdsretlig konflikt om, hvorvidt en privat arbejdsgiver skal indgå en kollektiv overenskomst med en lønmodtagerorganisation, f.eks. ved på forhånd generelt at udelukke en bestemt gruppe arbejdsgivere fra at afgive tilbud på udførelsen af kommunale opgaver.

Det bemærkes i øvrigt, at det i arbejdsretlig litteratur og praksis er 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. Der kan herom henvises til bl.a. Per Jacobsen, *Kollektiv Arbejdsret*, 1994, side 117 ff., og Lars Adam Rehof og Henrik Karl Nielsen, *International Arbejdsret*, 1998, side 266 ff.

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.

Der kan ikke af de ovennævnte offentligretlige retsgrundsætninger eller kommunalfuldmagtsreglerne generelt udledes noget præcist om, i hvilken udstrækning en kommune ved indgåelse af aftaler med private om udførelse af opgaver for kommunen lovligt kan lægge vægt på løn- og ansættelsesvilkår

for de ansatte hos kommunens leverandører. Besvarelsen af dette spørgsmål beror således på de konkrete omstændigheder i hvert enkelt tilfælde.

Det kan således i konkrete tilfælde være sagligt, at en kommune – med henblik på at sikre at den private faktisk vil være i stand til at udføre den pågældende opgave i overensstemmelse med de krav med hensyn til bl.a. kvaliteten i f.eks. borgerbetjeningen, pris og frister, som kommunen har fastsat – lægger vægt på forhold som f.eks. arbejdsmiljø og personale- og ledelsesmæssige forhold hos leverandøren. Der er således opgaver, hvor det må anses for at være sagligt for kommunen at lægge vægt på forhold, som (også) vedrører løn- og arbejdsvilkår for kontraktspartens ansatte. Sådanne forhold kan konkret vedrøre informationsprocedurer i forhold til medarbejderne, arbejdets tilrettelæggelse, etablering af samarbejdsorganer og -procedurer på personaleområdet, medarbejdernes kvalifikationer og efteruddannelse m.v. Det kan endvidere i konkrete tilfælde være sagligt, at kommunen lægger vægt på, at løn- og ansættelsesvilkår for kontraktspartens ansatte ikke er mindre gunstige end de vilkår, der i almindelighed gælder inden for det fag eller den industri, hvor kontraktsparten har sin virksomhed, jf. herved bl.a. Arbejdsministeriets cirkulæreskrivelse nr. 115 af 26. juni 1990 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde.

En kommunes fastlæggelse af kriterier for valg af kontraktspart er begrænset af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvoraf følger, at en offentlig myndighed ikke kan træffe mere vidtgående foranstaltninger, end formålet med foranstaltningen tilsiger. Der kan henvises til Bent Christensen, Forvaltningsret – opgaver, hjemmel og organisation, 1997, side 201 ff., og Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige Emner, 1997, side 217 ff. 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 udbudslovgivningen.

Det er på den baggrund Indenrigsministeriets opfattelse, at en kommune ikke lovligt kan varetage de ovennævnte saglige hensyn ved – som betingelse for at kunne udføre opgaver for kommunen – at stille et generelt krav om eller på anden måde generelt forudsætte, at kommunens leverandører har indgået overenskomst med en arbejdstagerorganisation.

Den sag, som Tilsynsrådet for Fyns Amt har udtalt sig om i brev af 29. oktober 1997, vedrører ikke et generelt krav om, at Odense Kommunes leverandører har indgået overenskomst med en lønmodtagerorganisation. Det krav til private leverandører af praktisk bistand efter lov om social service, som Odense Kommune har fastsat, indebærer imidlertid efter Indenrigsministeriets opfattelse, at kommunen har fastsat krav til leverandørerne i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for at varetage de saglige hensyn til kvalitet og leveringssikkerhed, som kommunen har anført som begrundelse for kravet. Ministeriet har herved bl.a. lagt vægt på, at den forsøgsordning, som kommunen har iværksat, er tilrettelagt således, at de berørte borgere har mulighed for at vælge mellem flere leverandører, herunder den praktiske bistand, som fortsat ydes af kommunen ved dens egne medarbejdere. Det i den konkrete sag omhandlede krav til kommunens fem leverandører af praktisk bistand efter lov om social service er således efter ministeriets opfattelse ikke lovligt.

Tilsynsrådet for Fyns Amt har modtaget kopi af dette brev.

Med venlig hilsen

Per Hansen

2. Not.

2. Tilsynsrådet for Fyns Amt, Slottet, indgang A , 5000 Odense C:

Indenrigsministeriet har i dag skrevet således til Odense Kommune, Rådhuset, 5000 Odense C:

”...”

Hvilket hermed meddeles. Der henvises til tilsynsrådets j.nr. 1997-951/47.