

Oversigt over ændringer og præciseringer i arbejdsklausulen

1. Præcisering af, hvad der kan kræves af leverandøren i forbindelse med kontrol

Der er foretaget en række tilpasninger, som efter sin ordlyd er nye i forhold til den gamle klausul, men som svarer til den praksis, der har været i kontrolarbejdet de seneste år og som har vist sig nødvendig for at kunne gennemføre retvisende kontroller:

Billede af medarbejderes legitimation

"...og at de ansatte på forlangende kan dokumentere deres identitet ved fremvisning af gyldig billedlegitimation eller anden legitimation. Odense Kommune er berettiget til at tage billeder af de ansattes legitimation."

De ansatte har også i den gamle arbejdsklausul skullet fremvise billedlegitimation, men det kan betragtes som en skærpeelse, at man forbeholder sig retten til at tage billeder af de ansattes legitimation.

Det er dog Kontrolenhedens opfattelse, at det er en naturlig følge, da det under kontrollen kan være nødvendigt at verificere, at den modtagne dokumentation (lønsedler mv.) konkret vedrører de medarbejdere, som Kontrolenheden har mødt i forbindelse med Kontrolbesøg.

Således er ovenstående alene indføjet for at præcisere hvad Kontrolenheden har brug for at gøre.

Opbevaring af dokumentation

"Leverandøren er forpligtet til at opbevare al relevant dokumentation i kontraktens løbetid og 12 måneder efter kontraktens udløb."

Leverandøren har altid haft bevisbyrden for, at arbejdsklausulen er overholdt. Således skal leverandøren til enhver tid være i stand til at fremsende relevant dokumentation efter anmodning. Erfaringen er dog, at dele af dokumentationen (særligt timesedler) i praksis efter kort tid påstås destrueret eller bortkommet.

Det er derfor nu specificeret, hvor længe leverandøren er forpligtet til at sikre opbevaring af den relevante dokumentation. Bestemmelsen kan betragtes, som en skærpeelse, da den tidligere klausul intet omtalte om pligten til at opbevare dokumentationen. Det må dog betragtes som en naturlig følge af, at leverandøren hele tiden har haft bevisbyrden for overholdelse.

Dokumentationen skal ikke anonymiseres

"Leverandøren skal ikke anonymisere den dokumentation, som fremsendes til Odense Kommune. Det er af væsentlig betydning for Odense Kommunens kontrol, at de enkelte medarbejdere, som dokumentationen vedrører, kan identificeres."

Klausulen har ikke tidligere eksplicit taget stilling til, i hvilket omfang dokumentationen må anonymiseres af leverandøren.

Henset til at Kontrolenheden for at vurdere om arbejdsklausulen er overholdt skal tage stilling til den enkelte medarbejders løn- og ansættelsesvilkår, er det nødvendigt at kunne identificere den enkelte entydigt.

Bestemmelsen kan betragtes som en skærpeelse, da klausulen ikke tidligere har indeholdt bestemmelse herom.

Udbetaling af løn via et digitalt betalingssystem

"Leverandøren skal derudover sikre, at alle lønudbetalinger sker gennem et digitalt betalingssystem, f.eks. udbetaling via en banks betalingssystem."

Leverandøren har ikke tidligere været forpligtet til at foretage lønudbetaling digitalt. Således kan dette betragtes som en skærpeelse.

Hensynet bag er, at erfaringen har vist, at leverandøren til tider har udbetalt løn kontant, hvilket er svært at dokumentere rigtigheden af og derfor lægge til grund i kontrollen. Samtidig indebærer kontantudbetaling en risiko for sort arbejde.

Københavns Kommune har et tilsvarende krav i deres arbejdsklausul.

2. Falske selvstændige

"For enkeltmandsvirksomheder, der udfører arbejde på medarbejderlignende vilkår med henblik på kontraktens opfyldelse, gælder samme krav vedrørende løn- og ansættelsesforhold, som nævnt ovenfor."

Arbejdsklausulen gælder efter sin ordlyd kun for ansatte medarbejdere, hvorfor leverandøren som udgangspunkt kan anvende enkeltmandsvirksomheder som underleverandører, uden at personen (ejer) i enkeltmandsvirksomheden omfattes af forpligtelsen i arbejdsklausulen. Anvendelsen af enkeltmandsvirksomheder kan dog have en sådan karakter, at der er tale om omgåelse (dels af arbejdsklausulen, dels af skatteregler), fordi personen i enkeltmandsvirksomheden reelt er underlagt medarbejderlignende vilkår. I en sådan konstellation betegnes enkeltmandsvirksomheden som en "falsk selvstændig".

Problematikken er ikke adresseret i den tidligere klausul. I praksis har Kontrolenheden dog betragtet "falske selvstændige" som en omgåelse af arbejdsklausulen og derfor krævet, at de "falske selvstændige" skal have løn og ansættelsesvilkår på overenskomstmæssigt niveau.

Formålet med indførelse af den ovenfor citerede formuleringen er udelukkende at synliggøre problemstillingen og give en direkte hjemmel til at betragte "falske selvstændige" som omfattet af klausulen. Det kan måske af nogen blive fortolket som en udvidelse af leverandørens forpligtelse, men er reelt en videreførelse af gældende praksis.

3. Oplysning om underleverandører

Nuværende formulering:

Odense Kommune skal skriftligt orienteres om, hvilke underleverandører Leverandøren anvender i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten, ved angivelse af navn og CVR.nr./RUT.nr.

Leverandøren skal endvidere på bygge-, drifts-, statusmøder eller lignende oplyse Odense Kommune om, hvilke underleverandører, der befinder sig på arbejdspladsen i en forud defineret periode samt eventuelt hvilket arbejde, de udfører.

Ny arbejdsklausul:

Leverandøren er forpligtet til at orientere Odense Kommune om brugen af underleverandører, inden underleverandørerne anvendes til at udføre arbejde til opfyldelse af kontrakten.

Den nye formulering foreskriver, at leverandøren skal oplyse om brugen af underleverandører inden underleverandøren anvendes. I den tidligere klausul var alene angivet, at leverandøren skriftligt skal oplyse om underleverandører. Tidspunktet for denne oplysning var ikke defineret.

Således kan den nye formulering betragtes, som en skærpelse.

Baggrunden for oplysning om underleverandører er, at Kontrolenheden med denne indsigt kan målrette kontrolindsatsen både for Kontrolenhedens og leverandørens skyld. Således målrettes kontrolbesøg mv. hvor det er relevant og nødvendigt henset til de anvendte underleverandører. Kontrolenheden kan også gå i dialog med leverandørerne, hvis der er kendskab til problematikker ved en eller flere af de underleverandører, der er oplyst om.

Oplysning om underleverandører skal derfor gives inden underleverandørerne møder på pladsen.

Dette er tillige, hvad leverandørerne i praksis er blevet anmodet om via aftalestyringssystemet, Comdia.

Desuden er det blevet præciseret, at manglende oplysning om underleverandør medfører bod, jf. pkt. 5 nedenfor.

4. Overtrædelse af arbejdsklausulen i andre kontrakter indgår i vurderingen af misligholdelse

Nuværende arbejdsklausul:

Ved væsentlig misligholdelse forstås f.eks. grove eller gentagne overtrædelser af arbejdsklausulen, jf. afsnit 1 og 2.

Ny arbejdsklausul:

Ved væsentlige overtrædelser forstås f.eks. grove eller gentagne overtrædelser af Arbejdsklausulens bestemmelser i afsnit 1 og 2. Til gentagne overtrædelser henregnes også en flerhed af overtrædelser, der konstateres på denne kontrakt og andre kontrakter mellem parterne.

Ovenstående tilføjelse er medtaget, idet leverandørens overtrædelse af arbejdsklausulen på andre kontrakter bør have en betydning i vurderingen af en overtrædelses grovhed i det senere konkrete tilfælde. I modsat fald kan en leverandør overtræde arbejdsklausulen på en lang række kontrakter – måske endda i samme kommune og på samme systematiske måde - uden det kan tages med i vurderingen af, hvorvidt der er tale om væsentlig misligholdelse.

Bestemmelsen kan betragtes som en skærpelse, da klausulen ikke tidligere har angivet at overtrædelse af arbejdsklausulen på andre kontrakter kan indgå i vurderingen af om en misligholdelse er grov i den konkrete senere sag.

5. Bodsbestemmelser simplificeret og revideret

Bod for overtrædelse af hovedforpligtelsen i arbejdsklausul

Nuværende arbejdsklausul:

Leverandøren ifalder bod pr. overtrædelse af klausulens afsnit 1. Boden pr. påbegyndt arbejdsdag svarer til op til 2 promille af kontraktsummen, dog minimum 1000 kr. pr. dag, indtil overtrædelsen er bragt til ophør. Beløbet kan modregnes i Leverandørens vederlag.

Ny arbejdsklausul:

Ved overtrædelse af klausulens afsnit 1 ifalder Leverandøren en bod på kr. 1.000 pr. overtrædelse pr. påbegyndt arbejdsdag på projektet.

Til belysning af, hvad der udgør én overtrædelse, fremhæves nedenstående eksempler:

Hver ansat, der ikke har modtaget en overenskomstlignende løn eller andre af de i afsnit 1 nævnte forhold, udgør én overtrædelse.

Hver underleverandør, der ikke er oplyst rettidigt i Odense Kommunes aftalestyringssystem, jf. afsnit 1.3, udgør én overtrædelse.

Ved "påbegyndt arbejdsdag" forstås de dage, hvor den ansatte/underleverandøren, i forhold til hvilken der konstateres overtrædelser af afsnit 1, har udført arbejde på projektet.

Overordnet er der tale om en lempelse af boden, idet "2 promille" udgår. Dog angav den tidligere formulering ikke et starttidspunkt for boden. Således kunne bestemmelsen fortolkes således, at boden først starter, når overtrædelsen er konstateret og løber ind til overtrædelsen er bragt til ophør (i praksis ved efterbetaling, men det er ikke defineret). Det har dog ikke i praksis været fortolkningen.

Boden i den nye formulering giver bod for alle de dage, som hver medarbejder har været på projektet og er blevet underbetalt. Det er de dage klausulen er overtrådt, og det er også de dage, hvor leverandøren kunne have opnået en gevinst ved underbetaling af medarbejderne.

Bod for forsinket dokumentation

Nuværende arbejdsklausul:

Leverandøren ifalder bod ved overtrædelse af klausulens afsnit 2. Boden pr. påbegyndt arbejdsdag svarer til 2 promille af kontraktsummen, dog minimum 2000 kr. pr. dag indtil Leverandøren har imødekommet Odense Kommunes påkrav. Beløbet kan modregnes i Leverandørens vederlag.

Ny arbejdsklausul:

Leverandøren ifalder bod ved overtrædelse af klausulens afsnit 2, hvis Leverandøren ikke fremsender redegørelse eller retvisende dokumentation indenfor de i afsnit 2.1 og 2.2 angivne frister eller hvis Leverandøren helt undlader at fremsende hele eller dele af den forespurgte dokumentation/redegørelse.

Boden udgør kr. 1.000 pr. ansat og/eller redegørelse pr. påbegyndt hverdag, indtil Leverandøren har imødekommet Odense Kommunes anmodning.

Bodsbeløbet kan modregnes i Leverandørens vederlag.

Der kan maksimalt påløbe bod for forsinket dokumentation og/eller redegørelse i 2 måneder efter fristen/fristernes udløb. Herefter er Odense Kommune berettiget til at foretage et skøn over løn- og ansættelsesforhold med henblik på sanktionering for overtrædelse af afsnit 1, jf. afsnit 2.1 in fine.

Den nye arbejdsklausul indeholder en lempelse, idet boden reduceres til kr. 1000 i stedet for 2 promille dog min. kr. 2.000

Samtidig fremgår det af den nye klausul, at boden beregnes pr. ansat. Ordlyden af den nuværende klausul kunne fortolkes således, at boden løb fra fristens udløb og indtil, at det sidste dokument vedrørende den sidste medarbejder ved den sidste underleverandør var modtaget.

Ved den forståelse af ordlyden ville det ikke kunne allokeres, hvilken underleverandør, der var "skyld" i hvilken del af boden. Herunder ej heller tage højde for, hvor graverende overtrædelsen var. Jo flere medarbejdere en underleverandør sløser med at levere dokumentation på jo højere bør boden derfor være.

Desuden medfører det risiko for, at hovedleverandøren kan indkræve højere bodsbeløb ved at have aftalt arbejdsklausulens ordlyd med hver enkelt underleverandør.

For at sikre at boden ikke bliver uproportionalt høj er der indsat en formulering om, at bod for forsinket dokumentation maksimalt kan påløbe i 2 måneder efter fristens udløb. For at sikre, at dette ikke giver leverandøren incitament til helt at undlade at levere dokumentation (for at skjule overtrædelser), er der desuden indsat følgende formulering:

"Såfremt Leverandøren ikke fremsender retvisende dokumentation for en eller flere ansatte er Odense Kommune nødsaget til at foretage et skøn over medarbejdernes løn- og ansættelsesforhold. Leverandøren skal i denne situation tåle, at dette skøn bliver lagt til grund for konklusion af kontrollen, herunder sanktionering, jf. afsnit 3."

Tidligere tog klausulen ikke stilling til, hvad der ville ske i de tilfælde, hvor leverandøren ikke leverer retvisende dokumentation på en eller flere ansatte eller i det hele undlader at fremsende dokumentation. Det har aldrig været hensigten, at de skulle kunne betale sig at undlade at fremsende dokumentation og derved undgå et evt. efterbetalingskrav og bod for overtrædelse. Afsnittet er indføjet for at give Kontrolenheden en direkte hjemmel til at foretage et skøn over løn- og ansættelsesvilkår i disse tilfælde.

Bestemmelsen kan dog betragtes, som en skærpelse, da det ikke tidligere har fremgået entydigt i klausulen, hvad der ville ske i sådanne tilfælde.

Nedskrivning af bod

I den nuværende arbejdsklausul er bodsbestemmelse for overtrædelser af arbejdsklausulens hovedforpligtelse formuleret således, at boden udmåles inden for et interval, og at bodens størrelse skal afgøres af de konkrete omstændigheder. Med den foreslåede formulering vil udgangspunktet være et fikseret beløb (1.000 kr. pr. overtrædelse pr. dag), der ikke påvirkes af overtrædelsens karakter. For at sikre bodsbeløbets proportionalitet er imidlertid indsat en bestemmelse, der giver Odense Kommune mulighed for at nedskrive bodens størrelse:

Mulighed for nedskrivning af bod

Odense Kommune kan undtagelsesvis vælge at nedsætte en bod, såfremt forholdene konkret taler herfor. Odense Kommune vil i den forbindelse lægge vægt på overtrædelsens karakter og omfang, Leverandørens mulighed og indsats for at forebygge overtrædelser af den pågældende karakter, Leverandørens medvirken til at bringe overtrædelsen til ophør samt Leverandørens efterlevelse af krav om efterbetaling.

6. Efterbetaling

Nuværende arbejdsklausul:

Odense Kommune er berettiget til at tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese berettigede krav fra Leverandørens eller underleverandørers ansatte.

Ny arbejdsklausul:

Har ansatte ikke haft løn og ansættelsesforhold, som er i overensstemmelse med forpligtelsen i afsnit 1.1, er Leverandøren forpligtet til at sikre, at der efter Odense Kommunes anvisning sker efterbetaling til de ansatte inden for en af Odense Kommune fastsat frist, og at der rettes op på forholdene fremadrettet.

Odense Kommune er berettiget til at tilbageholde vederlag til Leverandøren til sikkerhed for efterbetaling og/eller med henblik på at tilgodese berettigede krav fra Leverandørens eller underleverandørers ansatte.

Den nuværende klausul indeholder ikke eksplicit en forpligtelse for leverandøren til at sikre efterbetaling til de berørte medarbejdere. Det omtales alene, at Odense Kommune kan tilbageholde vederlag med henblik på at tilgodese. Det følger dog implicit af den nuværende arbejdsklausul, at leverandøren skal sikre overenskomstmæssig løn – både fremad- og bagudrettet – hvorfor der reelt set blot er tale om en præcisering.