



Sociale hensyn ved offentlige indkøb

- en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved udbud

Indholdsfortegnelse

3 Kapitel 1 Introduktion

- 3 1. Hvad er sociale hensyn?
 - 4 2. Sådan er vejledningen bygget op
-

5 Kapitel 2 Sociale hensyn i udbudsmaterialet

- 5 1. Kontraktgenstanden: Hvad er det, der udbydes?
 - 5 2. Tekniske specifikationer kan godt være sociale
 - 7 3. Lovgivningen stiller sociale krav
 - 8 4. Sociale klausuler: Hvordan skal opgaven udføres?
 - 9 5. Alternative bud – ud fra sociale hensyn
-

11 Kapitel 3 Sociale hensyn ved udvælgelse og tildeling

- 11 1. Udelukkelse og egnethed ud fra sociale forhold
 - 13 2. Sociale hensyn ved tildeling af kontrakten?
 - 15 3. Sociale hensyn i kontrakter uden for direktiverne
-

17 Kapitel 4 Særligt om sociale klausuler

- 17 1. Retlige muligheder og begrænsninger
 - 20 2. Sociale klausuler i praksis
-

29 Bilag 1 Yderligere information

Kapitel 1 Introduktion

1. Hvad er sociale hensyn?

Sociale hensyn er en samlet betegnelse for en lang række af de ikke-økonomiske aspekter, der kan indgå i et offentligt udbud. Begrebet dækker en bred vifte af meget forskellige hensyn. Det er fx et socialt hensyn, når en udbyder kræver, at en ny bygning, et produkt eller en service skal være tilgængelig for handicappede. Eller når den leverandør, der vinder et udbud, forpligtes til at opfylde bestemte krav om arbejdsmiljø, personalepolitik eller integration af udsatte grupper på arbejdsmarkedet. Men sociale hensyn kan også handle om den måde, en myndighed udbyder selve løsningen af sociale opgaver – fx aktiveringen af langtidsledige.

De senere år har offentlige myndigheder vist stigende interesse for at tage sociale hensyn, når de indgår kontrakter. Blandt andet har mange myndigheder udtrykt et ønske om at bidrage til at gøre arbejdsmarkedet mere rummeligt. Hidtil har der manglet en samlet oversigt over, hvilke regler der gælder, når man vil indarbejde sociale hensyn i offentlige kontrakter, og hvordan disse regler skal fortolkes.

Denne vejledning gennemgår grundprincipperne for myndigheders muligheder for at varetage sociale hensyn, når de sender vareindkøb, bygge- og anlægsgaver eller tjenesteydelser i udbud. Vejledningen er især skrevet til de ordregivende myndigheder og deres rådgivere. Dens formål er at give et samlet grundlag for at vurdere, hvilke sociale hensyn det er lovligt at tage, når man indgår kontrakter med leverandører.

Vejledningen tager især udgangspunkt i to dokumenter:

- Europa-Kommissionens fortolkning af fællesskabsretten vedrørende mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter. (Fortolkningsmeddelelse KOM(2001) 566 fra oktober 2001).
- Erhvervsministeriets vejledning "Sociale klausuler i praksis", der opstiller en række principper for og eksempler på en af de vigtigste måder at tage sociale hensyn ved udbud. Vejledningen er fra september 2000.

Konkurrencestyrelsen og Miljøstyrelsen udsendte i 2002 en tilsvarende vejledning om *offentlige grønne indkøb*.

2. Sådan er vejledningen bygget op

Man kan i princippet tage sociale hensyn i alle faser af et offentligt udbud – lige fra valget af, hvad der skal udbydes, til fastlæggelsen af vilkårene for, hvordan opgaven skal udføres. Denne vejledning er derfor bygget op, så den følger rækkefølgen i en typisk udbudsproces.

Kapitel 2 beskriver muligheder og begrænsninger for at tage sociale hensyn, når udbuddet skal tilrettelægges og udbudsmaterialet udarbejdes. Det gælder især på områder som valg af kontraktgenstand, udformningen af de tekniske specifikationer, obligatoriske sociale krav som følge af lovgivningen, sociale klausuler for opgavens udførelse samt muligheden for at efterspørge alternative bud.

Kapitel 3 gennemgår mulighederne for at bruge sociale hensyn som kriterier for henholdsvis udvælgelse af egnede tilbudsgivere og tildeling af kontrakten. Det er et område, hvor både EF-domstolens og Kommissionens fortolkning af reglerne efterlader en vis tvivl om, hvor grænserne for de sociale hensyn går. På den baggrund anbefaler denne vejledning, at man kun anvender sociale hensyn som tildelingskriterier i de tilfælde, hvor man er sikker på, at betingelserne er opfyldt. I mange tilfælde vil det være bedre at gøre de sociale hensyn til kontraktvilkår – sociale klausuler - som alle tilbudsgivere skal overholde. Når det gælder kontrakter, der *ikke* er omfattet af EU's udbudsdirektiver, er der dog et større spillerum for at lade tilbudsgiverne konkurrere direkte på de sociale hensyn.

Da sociale klausuler ofte er den mest oplagte vej til at tage sociale hensyn i et udbud, beskrives mulighederne og begrænsningerne på dette område særskilt i **kapitel 4**. Kapitlet præsenterer de vigtigste juridiske principper for at bruge sociale klausuler. De handler om, hvordan brugen af sociale klausuler skal bekendtgøres, at deres indhold og omfang skal være sagligt begrundet, samt at de ikke må diskriminere udenlandske virksomheder. Sociale klausuler retter sig først og fremmest mod opgaver og ydelser, der udføres og leveres i Danmark. I sidste halvdel af kapitlet gives en række praktiske råd om, hvordan forskellige former for sociale klausuler kan opbygges og formuleres.

Bilag 1 viser videre til de vigtigste andre kilder på området. Det gælder både relevante publikationer og hjemmesider, samt hvor man kan henvende sig for at få mere information om sociale hensyn ved offentlige indkøb.

Kapitel 2 Sociale hensyn i udbudsmaterialet

1. Kontraktgenstanden: Hvad er det, der udbydes?

Den første mulighed for at tage sociale hensyn er ved valget af kontraktgenstanden, altså *hvad* der skal udbydes. Dette valg er ikke omfattet af udbudsdirektiverne. De indeholder ingen regler for, hvilke varer eller ydelser en offentlig myndighed må købe. Her har myndigheden rig lejlighed til at tage sociale hensyn ved fx at vælge en vare eller ydelse, der er i overensstemmelse med dens sociale målsætning.

Det gælder eksempelvis ved indkøb af varer eller tjenesteydelser, som direkte opfylder et bestemt socialt formål. Her kan myndigheden indgå kontrakter om uddannelse af langtidsledige, indkøb af specialudstyr til handicappede, etablering af en legeplads eller lignende. Kontrakter om sådanne indkøb skal dog altid tildeles efter bestemmelserne i udbudsdirektiverne, hvis de i øvrigt falder ind under direktivernes anvendelsesområde.

Selv om en myndighed har vide valgmuligheder, er den ikke helt frit stillet i valget af, hvad der skal købes. Hvilke varer eller ydelser, en myndighed må efterspørge, begrænses blandt andet af EF-traktatens almindelige forbud mod at forskelsbehandle landene samt dens principper om fri bevægelighed. Det, myndigheden beslutter sig for at købe, må således ikke vælges med det formål eller resultat, at det reelt kun er landets egne virksomheder, der kan vinde kontrakten.

2. Tekniske specifikationer kan godt være sociale

Det er et krav i udbudsdirektiverne, at udbudsmaterialet skal beskrive kontraktgenstanden præcist. Det kan enten være en beskrivelse af genstandens ønskede funktion eller en mere detaljeret redegørelse for dens tekniske indretning. Denne beskrivelse kaldes tekniske specifikationer.

Et tilbud skal opfylde de tekniske specifikationer, der er opstillet i udbudsmaterialet, før en myndighed må tage tilbuddet i betragtning.

Tekniske specifikationer skal opstilles med henvisning til europæiske standarder. Hvis sådanne ikke findes, kan man henvise til internationale eller nationale standarder. Beskrivelsen må ikke føre til, at en eller flere tilbudsgivere på forhånd udelukkes eller gives en fortrinsstilling.

Kan sociale hensyn integreres i de tekniske specifikationer?

Sociale hensyn kan godt være en del af et produkts objektive tekniske egenskaber og dermed indgå i de tekniske specifikationer. Det kan fx være, at det ønskede edb-udstyr skal kunne bruges af blinde.

Udbudsdirektivernes bestemmelser om tekniske specifikationer udelukker heller ikke, at medlemsstaterne har deres egne obligatoriske tekniske forskrifter, så længe de blot er forenelige med EU-retten. Således vil nationale krav om blandt andet produktsikkerhed, sundhed og handicappedes adgang til bygninger eller offentlige transportmidler kunne indgå i udbudsmaterialet som tekniske specifikationer.

Eksempel: Handicapvenlige bygninger

En dansk ordregivende myndighed vil i forbindelse med en bygge- og anlægsopgave kunne opstille tekniske specifikationer om niveaufri adgang ved indgangspartier og handicaptolletter i offentligt tilgængelige bygninger. Sådanne krav følger af bygningsreglement 1995, som er udstedt i medfør af byggeloven.

Det følger af udbudsdirektiverne, at offentlige ordregivere ikke må stille krav om, at en vare eller ydelse er forsynet med et bestemt mærke. Kommissionen fremhæver i sin vejledning om sociale hensyn, at en ordregivende myndighed heller ikke må opstille en teknisk specifikation, der kræver en bestemt mærkning af en virksomheds "sociale holdning". Derimod er der intet i vejen for, at myndigheden i udbudsmaterialet indarbejder de dele af betingelserne for at opnå et bestemt socialt mærke, som har karakter af tekniske specifikationer. Blot skal også anden form for dokumentation end selve mærket altid accepteres.

Kan der stilles sociale krav til produktionsprocessen?

En ordregivende myndighed kan forlange, at de ønskede produkter fremstilles efter en bestemt metode. Men det forudsætter tre ting. For det første, at netop denne metode er nødvendig for, at produktet opfylder myndighedens behov. For det andet, at metoden har tilknytning til selve produktet eller ydelsen, der udbydes. For det tredje, at kravene til fremstillingsmetoden ikke udformes på en måde, der virker diskriminerende mod enkelte virksomheder eller virksomheder fra enkelte lande.

Herudover skal enhver virksomhed ved udførelsen af en offentlig kontrakt følge de nationale og europæiske regler, der obligatorisk gælder på det sociale område. Derfor er den ordregivende myndighed berettiget til at stille deraf afledte sociale krav til produktionsprocessen.

Eksempel: Sikkerhed og sundhed på byggepladsen

En dansk ordregivende myndighed vil i udbudsbetingelserne for en bygge- og anlægsopgave i Danmark kunne opstille særlige tekniske forskrifter om sikkerhed og sundhed på byggepladsen. Myndigheden vil således kunne kræve, at entreprenøren udfører arbejdet og indretter byggepladsen i overensstemmelse med specifikke regler og anerkendte normer og standarder, som har sikkerheds- eller sundhedsmæssig betydning. Dette følger af den danske arbejdsmiljølovgivning.

Derimod vil et krav om, at en virksomhed skal ansætte personer fra en særlig befolkningsgruppe – fx et etnisk mindretal, handicappede eller kvinder – være ugyldigt *som teknisk specifikation*. Kravet knytter sig nemlig ikke til kontraktens genstand, men til virksomhedens organisation og ledelse.

3. Lovgivningen stiller sociale krav

Hvis der gælder særlige regler, som en tilbudsgiver skal være opmærksom på i forhold til en opgave, skal den ordregivende myndighed som udgangspunkt henvise direkte til disse regler. Dette kan ske i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

Hvad angår regler om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsvilkår generelt, kan myndigheden i stedet vælge at henvise til en eller flere nationale myndigheder, hvor tilbudsgiverne kan få de relevante oplysninger. I så fald behøver den ordregivende myndigheden ikke gengive reglerne i udbudsmaterialet, men skal dog stadig sikre, at tilbudsgiverne tager hensyn til deres forpligtelser. Det gør man i praksis ved at bede tilbudsgiverne om at angive i deres bud, at de har taget hensyn til bestemmelserne om arbejdsvilkår og beskyttelse på arbejdspladsen.

Med hensyn til anvendelsen af regler om arbejdsvilkår og beskyttelse på arbejdspladsen bør der skelnes mellem henholdsvis "rent nationale situationer" – dvs. hvor alle tilbud kommer fra det land, hvor arbejdet skal udføres – og grænseoverskridende situationer - dvs. situationer, hvor en ordregiver modtager tilbud fra udenlandske tilbudsgivere, som anvender arbejdskraft, der normalt udfører arbejde i en anden medlemsstat. Dette gælder også for regler, der er obligatoriske at anvende på det sociale område.

- **I rent nationale situationer** er de ordregivende myndigheder og tilbudsgiverne forpligtet til at overholde *alle* regler om social beskyttelse og arbejdsvilkår. Dette gælder både forpligtelser, som følger af gældende arbejdslovgivning, af retspraksis og af kollektive overenskomster. Disse skal dog være forenelige med EU-retten og med fællesskabets almindelige bestemmelser

og principper, herunder princippet om ligebehandling og ikke-diskrimination.

- **I grænseoverskridende situationer** skal tilbudsgivere fra andre lande overholde *særligt begrundede* nationale bestemmelser. Disse hensyn er opregnet i direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere. Direktivet fastslår således, hvilke nationale regler som *altid* skal overholdes af leverandører fra andre lande. Dette gælder, uanset om der henvises til reglerne i udbudsmaterialet eller ej. Reglerne omfatter blandt andet nationale bestemmelser om højeste arbejdstid og mindste hviletid, om sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen og om ikke-forskelsbehandling. Direktivet gør det muligt at sikre ens spilleregler for alle, der byder på offentlige kontrakter, og juridisk klarhed om de forhold, de skal tage i betragtning, når de udarbejder deres tilbud. Direktivet er gennemført i dansk ret ved bekendtgørelse af lov om udstationering af lønmodtagere. Hvis den ordregivende myndighed ønsker *andre* nationale regler overholdt, skal den udtrykkeligt henvide til disse i udbudsmaterialet.

EU-retten bevirker således, at medlemsstaternes lovgivning eller kollektive overenskomster på nogle områder gælder for alle, som har lønnet beskæftigelse i landet. Eksempelvis er alle, der arbejder på en offentlig opgave i Danmark, omfattet af de danske regler om hviletid mv. Dette gælder også midlertidigt beskæftigede, og uanset hvilken medlemsstat arbejds giveren er etableret i.

Lov om udstationering af lønmodtagere gennemfører imidlertid ikke regler, der sikrer, at udenlandske tilbudsgivere skal overholde danske regler om mindsteløn. Danmark har dog tiltrådt ILO konvention nr. 94 om arbejdsklausuler, hvorefter statslige ordregivende myndigheder skal indsætte en bestemmelse i offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder samt tjenesteydelser, der sikrer vedkommende arbejdere løn og andre arbejds vilkår, der ikke er mindre gunstige end dem, der gælder efter overenskomst m.v. for andet arbejde af samme art.

En virksomhed, der er etableret i et andet EU-land, kan ikke udelukkes fra at deltage i et udbud, blot fordi den ikke har tilsluttet sig en kollektiv overenskomst i Danmark.

4. Sociale klausuler: Hvordan skal opgaven udføres?

En ordregivende myndighed skal tidligt gøre sig klart, om den vil stille krav til, *hvordan* en udbudt opgave skal udføres. I så fald skal det beskrives i udbudsmaterialet, hvilke vilkår ordregiveren vil have indført i kontrakten. Dette punkt er ikke reguleret af udbudsdirektiverne, så her har myndigheden et betydeligt spillerum for at tage sociale hensyn i form af såkaldte sociale klausuler.

En social klausul er et krav i en udbudskontrakt om, at den, der vinder opgaven, skal påtage sig en nærmere angivet social forpligtelse. Det kan fx være at ansætte et antal personer fra særligt udsatte grupper på den pågældende opgave. Eller at formulere en personalepolitik, der sigter mod bedre arbejdsfastholdelse, arbejdsmiljø eller etnisk ligebehandling.

På den måde kan en ordregivende myndighed sikre sig, at der tages visse sociale hensyn, uanset om en opgave udføres af en offentlig eller privat leverandør. Ved at skrive en social klausul ind i udbudsmaterialet, kan en offentlig myndighed således i vidt omfang stille samme sociale krav til private leverandører som til sine egne institutioner.

Den virksomhed, myndigheden indgår kontrakt med, skal altid acceptere eventuelle sociale klausuler. Hvis en tilbudsgiver ikke accepterer klausulen, er tilbudet i uoverensstemmelse med udbudsbetingelserne og kan derfor ikke komme i betragtning ved tildelingen af kontrakten.

Mulighederne og begrænsningerne i at anvende sociale klausuler beskrives nærmere i kapitel 4.

Tre formål med sociale klausuler:

- At forebygge – fx via at iværksætte generelle foranstaltninger på virksomheden for at forhindre sygdom og modvirke risikoen for såvel fysisk som psykisk nedslidning.
- At fastholde – ved at tage initiativer, der skal sikre medarbejdernes fortsatte ansættelse på virksomheden – fx efter et langvarigt sygefravær.
- At integrere – ved at gøre plads på virksomheden til personer uden for arbejdsmarkedet. Det kan fx være grupper som langvarigt ledige, revaliderede, etniske minoriteter m.fl.

5. Alternative bud - ud fra sociale hensyn

Alle EU's udbudsdirektiver indeholder ensartede regler om adgangen til at afgive alternative bud. Der kan således afgives alternative bud, medmindre:

- den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen har angivet, at sådanne *ikke* modtages.
- kriteriet for tildeling af kontrakten er "den laveste pris"

Hvis den ordregivende myndighed ikke vælger alternative bud fra, bør den sikre, at det fremgår tilstrækkeligt klart af udbudsbetingelserne, hvilke minimumskrav der skal opfyldes.

Den ordregivende myndighed kan direkte efterspørge alternative bud. Det kan fx være relevant, hvis myndigheden ønsker at prioritere lovlige sociale hensyn, men er usikker på, hvilken betydning det vil få for prisen. Ønsker en ordregivende myndighed fx at købe edb-udstyr, kan den som alternativ efterspørge udstyr, som er specielt handicapvenligt. Den ordregivende myndighed kan direkte efterspørge alternative bud. Det kan fx være relevant, hvis myndigheden ønsker at prioritere lovlige sociale hensyn

Myndigheden skal vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud blandt de indkomne tilbud. Valget kan ske ud fra en vurdering af, hvor meget ekstra det koster at købe et produkt eller en ydelse, der tager sociale hensyn. De alternative tilbud skal dog altid overholde mindstekravene i udbudsbetingelserne.

Kommissionen anbefaler i sin fortolkningsmeddelelse om mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter (KOM(2001) 274), at ordregiveren angiver, hvilke alternative tilbud den ønsker at modtage. Anbefalingen er, at udbuddet udformes sådan, at den ordregivende myndighed efterspørger et almindeligt produkt og specificerer mindstekravene til det. Som alternativ kan efterspørges et produkt, der foruden mindstekravene indeholder de sociale kvaliteter, man ønsker.

Tilbudsgiveren har så mulighed for at indgive flere tilbud, og ordregiveren kan vælge det bedste tilbud blandt alle de indkomne ud fra en sammenligning af pris og kvalitet. Som ordregiver kan man opnå endnu større fleksibilitet ved at efterspørge flere typer af alternative bud.

Kapitel 3 Sociale hensyn ved udvælgelse og tildeling

1. Udelukkelse og vurdering af egnethed

Når en mulig tilbudsgiver har ansøgt om at blive prækvalificeret, eller når en tilbudsgiver har afgivet tilbud, skal den ordregivende myndighed udvælge de egnede ansøgere eller tilbudsgivere. Denne udvælgelse er i direktiverne omtalt i to sæt regler:

- Regler om udelukkelse på grund af personlige forhold.
- Regler om efterprøvning af egnethed til at udføre den udbudte kontrakt.

På begge disse områder kan sociale forhold spille en rolle, selv om den typisk vil være forholdsvis begrænset.

Kan tilbudsgivere udelukkes, hvis de har overtrådt den sociale lovgivning?

Udbudsdirektiverne indeholder en udtømmende liste over tilfælde, hvor ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold kan medføre, at vedkommende udelukkes fra at deltage i et udbud. Listen omfatter blandt andet overtrædelser af lovgivning med tilknyttede strafbestemmelser, hvilket inkluderer visse overtrædelser af den sociale lovgivning.

For at kunne udelukke en ansøger eller tilbudsgiver skal ordregiveren i udbudsmaterialet have nævnt denne mulighed eller bedt om de oplysninger, der kan være relevante for en udelukkelse. Ordregiveren kan i den forbindelse vælge at specificere alle de forhold, der vil medføre en udelukkelse. Bedes der i denne sammenhæng om relevante oplysninger uden specifikation af, hvilke forhold der vil medføre udelukkelse, bør tilbudsgiverne opfatte det som alle de forhold, der er nævnt i direktiverne.

Direktiverne gør det blandt andet muligt at udelukke en tilbudsgiver, som ikke har betalt de bidrag til sociale sikringsordninger, han er forpligtet til. For udenlandske tilbudsgivere gælder dette både betalinger i Danmark og i det land, hvor de er etableret.

Endvidere gør direktiverne det muligt at udelukke en tilbudsgiver, som *ved endelig dom* er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed. Der skal dog være tale om en strafsanktioneret overtrædelse, som er knyttet til det at drive virksomhed. En tilbudsgiver vil fx kunne udelukkes, hvis han har modtaget endelig dom for at overtræde en strafbar bestemmelse i arbejds miljølovgivningen, som er relevant for det pågældende udbud.

Endelig kan en tilbudsgiver udelukkes, hvis en ordregivende myndighed har konstateret, at tilbudsgiveren bevisligt har begået en "alvorlig fejl" i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv.

Begrebet "alvorlige fejl" er endnu ikke defineret i EU's lovgivning eller retspraksis. Derfor er det indtil videre op til de nationale myndigheder at afgøre, om manglende overholdelse af bestemte sociale forpligtelser udgør en alvorlig fejl. Konkurrencestyrelsen antager, at anvendelsesområdet for sidstnævnte bestemmelse er begrænset.

Hvad betyder sociale forhold for vurderingen af tilbudsgivernes egnethed?

Ifølge direktiverne for tjenesteydelser, vareindkøb samt bygge- og anlæg skal tilbudsgiveres eller ansøgers egnethed undersøges ud fra kriterier, der vedrører deres *økonomiske, finansielle og tekniske* formåen. I den forbindelse kan den ordregivende myndighed udbede sig en række relevante oplysninger.

Som udgangspunkt kan der imidlertid *ikke* tages sociale hensyn ved undersøgelsen af tilbudsgivernes økonomiske, finansielle eller tekniske formåen. Oplysninger om virksomhedens sociale forhold indgår nemlig *ikke* på den udtømmende liste over oplysninger og dokumentation om egnethed, som ordregiveren ifølge disse tre direktiver kan kræve af ansøgere eller tilbudsgivere.

Den ordregivende myndighed har dog altid mulighed for at forlange oplysninger om tilbudsgivernes *erfaring og faglige dygtighed*. Dette gælder selvsagt også ved kontrakter med et socialt præg, fx et udbud af aktivering af langvarigt ledige. Hvis kontrakten således kræver særlig erfaring og faglig dygtighed på det sociale område, kan den ordregivende myndighed lovligt bruge dette som et kriterium, når den bedømmer ansøgernes tekniske formåen.

For at sikre, at tilbudsgiveren er i stand til at opfylde kontrakten, kan myndigheden fx anmode om oplysninger om virksomhedens personalesammensætning, ledelse, tekniske udstyr og system til kvalitetskontrol.

De ordregivende myndigheder, der opererer inden for forsyningsvirksomhedsdirektivet, har lov til at anlægge et bredere skøn. Dette direktiv fastsætter kun, at ordregiveren skal følge *objektive kriterier og regler*, som myndigheden selv kan definere. De skal bare være fastlagt på forhånd og tilgængelige for ansøgere eller tilbudsgivere.

2. Sociale hensyn ved tildeling af kontrakten?

Efter at den ordregivende myndighed har udvalgt de egnede ansøgere eller tilbudsgivere, skal de indkomne tilbud bedømmes med henblik på *tildeling* af kontrakten.

Udbudsdirektiverne angiver, at den ordregivende myndighed kan tildele kontrakten ud fra to hovedkriterier:

- **Den laveste pris**, hvilket betyder, at den ordregivende myndighed *kun* må lægge vægt på prisen. Dette udelukker, at sociale hensyn inddrages ved tildelingen af kontrakten.
- **Det økonomisk mest fordelagtige tilbud**, hvor myndigheden i udbudsbekendtgørelsen eller -betingelserne skal anføre de kriterier, den vil lægge til grund ved tildelingen. Kun disse kriterier må bruges, når tilbuddene skal vurderes. De bør så vidt mulig prioriteres og kan eventuelt tillægges en procentvis vægtning.

Udbudsdirektiverne indeholder en række eksempler på, hvad der kan indgå som delkriterier til hovedkriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Blandt de opregnede eksempler er pris, leveringstid, teknisk bistand, kundeservice, funktionsværdi og kvalitet. Andre kriterier vil også kunne bruges, under forudsætning af at de er knyttet til kontraktgenstanden og egnede til, at den ordregivende myndighed kan sammenligne tilbuddene objektivt.

Kan sociale hensyn være et tildelingskriterium?

I Kommissionens fortolkningsmeddelelse om mulighederne for at tage sociale hensyn hedder det, at sociale hensyn i en vis udstrækning vil kunne bruges som delkriterier, selv om de ikke fremgår direkte af udbudsdirektiverne. Således vil det være lovligt at anvende et tildelingskriterium om fx en given tjenesteydelses kvalitet for handicappede. Det kunne eksempelvis være en myndighed, der sendte edb-tjenester til sine ansatte i udbud og ønskede, at ydelserne også skulle opfylde handicappedes særlige behov.

Det afgørende er, at delkriterierne er *knyttet til kontraktgenstanden* eller til betingelserne for at gennemføre kontrakten, og at de giver mulighed for at vurdere *produktets eller ydelsens iboende egenskaber*. Er det ikke tilfældet, kan delkriteriet som udgangspunkt ikke bidrage til valget af "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" og må derfor ikke anvendes ved tildelingen. Generelt må ordregiveren således ikke *i tildelingskriterierne* prioritere en bestemt kategori af leverandører, fx små virksomheder eller virksomheder, der beskæftiger en bestemt persongruppe såsom handicappede eller langtidsledige. Det sidstnævnte sociale hensyn kan som nævnt i kapitel 2.4 varetages ved at knytte en social klausul til kontraktens udførelse. Denne mulighed bliver nærmere beskrevet i kapitel 4.

Bredere samfundshensyn godkendt som tildelingskriterium

EF-domstolen har taget stilling til, hvorvidt delkriterier, som ikke er direkte økonomisk målbare, kan anvendes til at udvælge "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Dommen var en såkaldt præjudiciel afgørelse til brug i en verserende klagesag over et konkret udbud i Finland (sag C-513/99). Helsingfors Kommune havde i henhold til tjenesteydelsesdirektivet udbudt den kollektive busdrift i forskellige udbudspakker.

Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", og et af delkriterierne var forskellige miljøparametre i forbindelse med busmateriellet. I en af udbudsforretningerne blev kontrakten tildelt kommunens eget busselskab, hvilket affødte en klage fra en af de andre bydende, et privat busselskab.

Klagen gik på, at delkriterierne om bussernes støjniveau og udledning af nitrogenoxid var ulovlige, blandt andet fordi de ikke var af økonomisk karakter. Kommissionen støttede klageren og fremførte blandt andet, at alle kriterier skal være "snævert" forbundne med kontraktens genstand og indebære en "økonomisk fordel", der kommer udbyderen til gode.

EF-domstolen fortolkede betingelsen om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, sådan, at det ved tildeling også er lovligt at tage hensyn til miljøkriterier, som vedrører den forurening, der knytter sig til kontraktgenstanden. Derimod vil det ikke være lovligt at tage hensyn til, om tilbudsgiveren i anden sammenhæng forurener mere eller mindre.

Kommissionen fik dermed ikke medhold i, at der kun kan opstilles kriterier, der hver for sig indebærer en direkte økonomisk fordel for udbyderen. Kriterier, som tilgodeser bredere samfundsmæssige hensyn, kan også godt være lovlige.

I to afgørelser har EF-domstolen accepteret, at et socialt hensyn – at bekæmpe arbejdsløshed – blev anvendt som "et yderligere tildelingskriterium", selvom kriteriet ikke var knyttet til kontraktgenstanden.¹

I sagerne vurderede EF-domstolen, at det sociale hensyn var foreneligt med udbudsdirektiverne, forudsat at det i øvrigt ikke førte til forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemslande, og at kriteriet udtrykkeligt var nævnt i udbudsmaterialet.

1. Sag 31/87, Beentjes og C-225/98, Kommissionen mod Frankrig.

Kommissionens *fortolkning* af EF-domstolens praksis er, at "det yderligere kriterium" kun kan tillægges vægt i en situation, hvor den ordregivende myndighed står over for to eller flere prismæssigt ligestillede tilbud. Denne fortolkning er dog omstridt og synes ikke at kunne begrundes ved en umiddelbar gennemgang af de pågældende domme.

Vil man som ordregiver være på den sikre side, er der dog grund til at være forsigtig, indtil spørgsmålet er endeligt afklaret.

Af EF-domstolens praksis kan det samlet udledes, at tildelingskriterier lovligt kan varetage miljømæssige eller sociale hensyn, hvis de:

- knytter sig til kontraktgenstanden,
- ikke tillægger den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg,
- er udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet, og
- er i overensstemmelse med EF-traktatens principper.

3. Sociale hensyn i kontrakter uden for direktiverne

Udbudsdirektiverne gælder kun for kontrakter, hvis værdi ligger over de beløb, der er fastsat i direktiverne. Endvidere finder reglerne i tjenesteydelsesdirektivet kun i et meget begrænset omfang anvendelse på de tjenesteydelser, der er omfattet af direktivets bilag I B. For sådanne kontrakter gælder som udgangspunkt kun direktivets regler om tekniske specifikationer, offentliggørelse og forbud mod forskelsbehandling af forskellige tjenesteydere.

Med tilbudsloven er der i Danmark på bygge- og anlægsområdet indført regler for kontrakter, der ligger under tærskelværdierne. Tilbudsloven bygger i høj grad på de begreber, der kendes fra EU-retten, men er dog mindre detaljeret end udbudsdirektiverne.

Under tilbudsloven kan en ordregivende myndighed som udvælgelseskriterier fx lægge vægt på, hvordan virksomhederne i forbindelse med de senest udførte arbejder har sikret, at arbejdet kunne udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt, ligesom der kan tages hensyn til, om virksomhederne er indehavere af arbejdsmiljøcertifikater eller tilsvarende dokumentation, der anskueliggør indfrielse af høje arbejdsmiljømæssige krav.

Tilbudsloven nævner ikke udtrykkeligt sociale tildelingskriterier i sine eksempler, men udelukker heller ikke brugen af sådanne kriterier.

I forbindelse med udbud, der ikke er omfattet af direktiverne, må en ordregivende myndighed altså gerne fastlægge og anvende sociale udvælgelses- og tildelingskriterier. Selvfølgelig inden for rammerne af såvel den nationale lovgivning som de generelle bestemmelser og principper i EF-traktaten. Det gælder blandt andet principperne om gennemsigtighed, ikke-diskrimination og proportionalitet.

Kapitel 4 Særligt om sociale klausuler

Medens udbudsmaterialet og tildelingsprocessen er nøje reguleret af udbudsdirektiverne, gælder dette ikke for de såkaldte kontraktvilkår, der angår kontraktens *udførelse*. Her kan en ordregivende myndighed lovligt udforme detaljerede bestemmelser om, hvordan en kontrakt skal udmøntes i praksis. Og det er her, der er de mest oplagte muligheder for at tage sociale hensyn ved udbud.

Derfor beskrives denne løsning særligt udførligt – med vægt på at definere såvel de muligheder og de begrænsninger, der følger af europæisk og dansk lovgivning. I sidste halvdel af dette kapitel gives desuden en række konkrete anvisninger på, hvordan forskellige former for sociale klausuler kan formuleres.

Grundprincippet i de sociale klausuler er beskrevet i kapitel 2.4.

1. Retlige muligheder og begrænsninger

Især på fem punkter defineres spillerummet for at bruge sociale klausuler:

- **Offentliggørelse:** De sociale klausuler skal fremgå af udbudsmaterialet.
- **Saglighed:** Det sociale hensyn skal være sagligt begrundet.
- **Ikke-diskrimination:** Sociale klausuler må ikke diskriminere udenlandske leverandører eller arbejdstagere.
- **Proportionalitet:** Omfanget af de sociale hensyn skal stå mål med den opgave, der udbydes.
- **”Eksportforbud”:** Sociale klausuler må generelt ikke knyttes til ydelser, opgaver eller produkter, der produceres eller leveres i andre lande.

Offentliggørelse

Sociale klausuler er en del af kontrakten mellem leverandøren og den ordregivende myndighed. Det er derfor vigtigt i forbindelse med udbuddet at fremhæve, at der stilles sociale krav til kontraktens udførelse.

EF-domstolens afgørelse i Beentjes-sagen slår fast, at når den ordregivende myndighed ønsker at fastsætte betingelser for kontraktens udførelse, skal den overholde udbudsdirektivernes procedureregler, herunder reglerne om offentliggørelse. De sociale klausuler skal således fremgå i deres helhed af udbudsmaterialet.

En korrekt offentliggørelse sikrer, at betingelserne er kendt af samtlige ansøgere eller tilbudsgivere.

Saglighed

De sociale hensyn, en myndighed ønsker at tage, skal være saglige. Det gælder også, hvis en myndighed ved et udbud vil bruge en social klausul til at fremme ansættelser af bestemte målgrupper eller til at opnå tilsvarende sociale målsætninger.

Når det gælder etnisk ligestilling, er sagen klar. Efter *lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.* må en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller jobansøgere på grund af disses race, hudfarve, religion, politiske anskuelse, seksuelle orientering mv. Det fremgår også af forvaltningsrettens almindelige grundsætninger om lighed, at den offentlige forvaltning hverken direkte eller indirekte må forskelsbehandle på grund af en persons race eller nationale eller etniske oprindelse. Dette giver offentlige ordregivere mulighed for i forbindelse med udbud at opstille kontraktvilkår om, at leverandøren skal have en politik for etnisk ligebehandling.

Også hensynet til den form for aktivering og ansættelse af ledige, der fremgår af *lov om en aktiv beskæftigelsesindsats* og *lov om aktiv socialpolitik*, har den offentlige myndighed generelt mulighed for at varetage, når den køber varer og ydelser. Det kan fx ske ved at tilbyde ledige offentlig ansættelse i fleks- og skånejob. Da det således er lovligt for enhver offentlig myndighed at tage aktiveringshensyn, når den varetager sine opgaver ved hjælp af egne ansatte, er dét også lovligt, når opgaverne helt eller delvist løses af eksterne leverandører. I disse tilfælde må den ordregivende myndighed kunne varetage de pågældende hensyn ved at søge at fremme, at leverandøren tilbyder ansættelse i fx fleks- og skånejob.

Ordregivende myndigheder har således generelt adgang til at kræve, at leverandøren ved udførelsen af en opgave for myndigheden beskæftiger et vist antal fra særlige grupper af ledige. Blot skal afgrænsningen af de pågældende grupper være objektiv og i overensstemmelse med kriterierne for at kunne få tilbudt fleks- og skånejob, virksomhedspraktik eller andre aktiveringsordninger. Disse kriterier fremgår af *lov om en aktiv beskæftigelsesindsats* og *lov om aktiv socialpolitik*.

Det må dog antages, at en ordregivende myndighed ikke i forbindelse med et udbud kan stille krav om et uforholdsmæssigt stort antal ansættelser fra bestemte målgrupper. Der er således en grænse for, hvor mange ansættelser der kan stilles krav om i en kontrakt. Vejledende for antallet må være det antal medarbejdere, som den ordregivende myndighed selv har sat eller kunne tænkes at sætte på en arbejdsopgave.

Ikke-diskrimination

Selv om kontraktens udførelse ikke er reguleret af udbudsdirektiverne, skal bestemmelser herom – herunder sociale klausuler – dog stadig overholde EF-traktatens generelle principper. Det betyder blandt andet, at en kontraktbestemmelse ikke må have en direkte eller indirekte diskriminerende virkning på tilbudsgivere fra andre lande.

I Beentjes-sagen slog EF-domstolen fast, at det ikke var i strid med fællesskabsretten, at det blev pålagt entreprenøren i et bygge- og anlægsarbejde at ansætte langtidsledige. EF-domstolen opstillede dog blandt andet som betingelse, at et sådan kontraktvilkår ikke diskriminerede udenlandske leverandører.

Ifølge Kommissionens meddelelser KOM(89)400 og KOM(2001)566 kan et kontraktvilkår være en overtrædelse af ikke-diskriminationsprincippet på to måder. Enten hvis det viser sig, at det kun kan overholdes af nationale virksomheder, eller hvis det vil være vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsstater at overholde det. Et kontraktvilkår må heller ikke diskriminere *arbejdstagere* fra andre EU-lande.

Proportionalitet

En social klausul må ikke være mere vidtgående, end formålet tilsiger. Hvis man i en social klausul fx vil kræve, at en leverandør formulerer en arbejdsfastholdelsespolitik, antager Kommissionen, at det kun må gælde over for de personer, der er ansat til at udføre den konkrete arbejdsopgave. Man kan således næppe pålægge en større virksomhed med mange ansatte at udfærdige sådanne politikker generelt for alle sine ansatte. Et sådant krav vil stride mod proportionalitetsprincippet, fordi det ikke har en tilstrækkelig og direkte tilknytning til den konkrete arbejdsopgave. Endvidere vil det kunne opfattes som mere bebyrden- end nødvendigt.

Det samme gælder i spørgsmålet om, hvor mange personer fra en særlig persongruppe, en ordregiver kan kræve, at leverandøren har ansat. Det kan således være et disproportionalt og dermed ulovligt kontraktvilkår, hvis ordregiveren kræver, at leverandøren skal ansætte flere personer fra bestemte persongrupper, end det er nødvendigt for at udføre den pågældende opgave. Dette gælder, uanset om leverandøren kompenseres økonomisk herfor eller ej.

“Eksportforbud”

Ifølge Kommissionen vil det endvidere som altovervejende hovedregel alene være lovligt at opstille kontraktvilkår, der vedrører eller regulerer udførelsen af ydelser i ordregiverens land. Kerneområdet for sociale klausuler i Danmark vil derfor som udgangspunkt være udbud, hvor vilkårene kan knyttes til persongrupper, der udfører opgaven her i landet. Der vil typisk være tale om tjenesteydelseskontrakter eller bygge- og anlægsarbejder, hvor leverandøren og dennes ansatte fysisk indfinder sig ”på stedet”.

Kommissionen har endvidere fremhævet, at det i forbindelse med indkøbskontrakter vil være vanskeligt at indføre sociale klausuler vedrørende selve produktionen. En social klausul må nemlig som udgangspunkt kun vedrøre udførelsen af ydelser i det land, hvor den ordregivende myndighed hører hjemme. Bestemmelser, der kræver ændring af organisationen, strukturen eller politikken i en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, vil således ofte være diskriminerende eller udgøre en uberettiget hindring for samhandelen.

2. Sociale klausuler i praksis

Har man som ordregivende myndighed besluttet at udnytte mulighederne for at bruge sociale klausuler, melder spørgsmålet sig, hvordan klausulerne skal bygges op og formuleres. Her er der især fem forhold, man skal være opmærksom på:

- Hvor mange personer skal være omfattet, og hvordan skal de rekrutteres?
- Hvordan afgrænser man persongrupperne?
- Hvordan opstilles forskellige krav til personalepolitikken?
- Hvordan kan Det Sociale Indeks bruges som klausul?
- Hvilke bestemmelser skal der være om kontrol og sanktioner?

Hvor mange personer skal være omfattet, og hvordan skal de rekrutteres?

En leverandør kan ved hjælp af en social klausul blive pålagt at sikre eller tilstræbe, at mindst et vist antal eller en vis andel af de stillinger, der anvendes til at opfylde kontrakten, besættes med medarbejdere ansat på særlige vilkår.

Der kan stå i den sociale klausul, at hvis leverandøren ikke kan ansætte medarbejdere fra den ønskede målgruppe, skal han henvende sig til en eller flere i kontrakten anførte kommuner og anmode om at få formidlet sådanne medarbejdere. I så fald kan den eller de udpegede kommuner formidle disse medarbejdere efter de almindelige regler.

I de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed er en kommune, er det nærliggende, at myndigheden nævner sig selv som formidler af arbejdskraften. Men det kan også være andre myndigheder, fx en nabokommune.

For det tilfældes skyld, at kommunen ikke kan formidle den ønskede arbejdskraft, bør der være et punkt i den sociale klausul, der fastslår, at leverandøren selv kan besætte stillingen med en person, der så ikke behøver at tilhøre målgruppen.

Det er således leverandøren, som ud fra den opstillede sociale klausul har ansvaret for, at der ansættes personer fra de nævnte grupper. Leverandøren kan frit rekruttere disse medarbejdere og evt. henvende sig til myndigheder i andre EU-lande for at finde personer, som kan ansættes i stillingerne. Pligten til at henvende sig til en bestemt myndighed opstår først, hvis leverandøren ikke selv kan finde personer at ansætte fra den særlige gruppe.

Eksempel: Social klausul med krav om at ansætte et antal/en andel medarbejdere på særlige vilkår

Klausulen kan udformes således – idet de fremhævede vilkår er obligatoriske for denne type klausuler:

1. Leverandøren skal sikre (tilstræbe), at mindst x pct. af de stillinger/x stillinger, **der anvendes til at opfylde denne kontrakt**, besættes med ... (persongruppe).
2. **Leverandøren kan vælge at besætte ledige stillinger med arbejdstagere fra andre EU-lande, som tilhører en persongruppe, der svarer til den ovennævnte.**
3. Leverandøren kan ikke opfylde sin forpligtelse til at foretage ansættelser (af personer fra ovennævnte persongruppe) ved at overføre personer, som ved kontraktens indgåelse er ansat hos leverandøren, til den udbudte arbejdsopgave.
4. **Såfremt leverandøren ellers må afskedige medarbejdere, kan leverandøren overføre medarbejdere til at varetage den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at kravet om ansættelser på særlige vilkår ikke kan opfyldes.**
5. Såfremt leverandøren ikke kan ansætte medarbejdere, der opfylder betingelserne for ansættelser på særlige vilkår, skal leverandøren rette henvendelse til x og anmode om at få formidlet medarbejdere til ansættelse på særlige vilkår. Det gælder stillinger, der oprettes eller senere bliver ledige i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt.
6. Hvis leverandøren ikke kan få formidlet personer fra x til ansættelse (af personer fra ovennævnte persongruppe), er leverandøren berettiget til at besætte stillingen på normale betingelser.

Hvordan afgrænser man persongrupperne?

Ordregivende myndigheder har, når de indgår aftaler, som nævnt kun lov til at forfølge saglige formål. Derfor kan der alene opstilles krav om at ansætte personer fra bestemte målgrupper, som lovgivningen fremmer ansættelsen af.

Det er en betingelse, at persongruppen kan defineres entydigt, objektivt og for så vidt muligt uafhængigt af bestemte danske ordninger. I modsat fald kan leverandøren ikke kende det fulde omfang af sin forpligtelse, ligesom det vil være en overtrædelse af EU-retten. Hvis der henvises til danske ordninger, skal det klart angives, at personer fra lignende udenlandske ordninger accepteres.

En social klausul kan fastsætte, at leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere fra en eller flere persongrupper - eller forpligter sig til at *tilstræbe* dette. Dette kan fx være:

- personer med varig nedsat arbejdsevne
- personer, der har været ledige over en vis periode
- personer, der er på kontanthjælp og har andre problemer end selve ledigheden.

Eksempel: Social klausul med krav om at ansætte personer fra bestemte målgrupper

Klausulen kan udformes således – idet de fremhævede vilkår er obligatoriske for denne type klausuler:

1. Leverandøren skal sikre (tilstræbe), at mindst x pct. af de stillinger/x stillinger, **der anvendes til at opfylde denne kontrakt** besættes med:
 - a) medarbejdere ansat på særlige vilkår. **Ved medarbejdere på særlige vilkår forstås personer under 65 år med varige begrænsninger i arbejdsevnen, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Mulighederne for revalidering til beskæftigelse på normale vilkår skal være udtømte.**
 - b) **arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år.**

c) medarbejdere fra særlige grupper. **Ved medarbejdere fra særlige grupper forstås arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, og som**

- kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn- og arbejds-vilkår,
- **har begrænsninger i arbejdsevnen, eller**
- **har været ude for ændringer i sine forhold, fx i form af sygdom, arbejdsløshed eller samlivsophør, som bevirker, at vedkommende ikke har mulighed for at skaffe det nødvendige til sin egen eller familiens forsørgelse.**

De nævnte eksempler er ikke udtømmende. Ordregiver kan prioritere andre persongrupper, og en kontrakt med sociale klausuler kan godt omfatte flere målgrupper.

Hvordan opstilles forskellige krav til personalepolitikken?

Det er også muligt at opstille en social klausul om, at leverandøren skal have - eller tilkendegive at ville indføre - en formuleret personalepolitik, som fremmer integration og fastholdelse af de personer, der er ansat i virksomheden og arbejder på den udbudte arbejdsopgave. Personalepolitikken skal mindst gælde for den tidsperiode, som det tager at udføre den udbudte opgave. Leverandøren skal på den ordregivende myndigheds anmodning orientere om personalepolitikken og dens udmøntning.

At personalepolitikken er tidsbegrænset og kun behøver at omfatte de direkte berørte medarbejdere, er begrundet i proportionalitetsprincippet. Princippet indebærer, at en social klausul skal have en tilstrækkelig og direkte tilknytning til den konkrete arbejdsopgave, og at den må ikke være mere bebyrdende end nødvendigt.

Som social klausul kan man fx forestille sig, at leverandøren forpligter sig til at have en formuleret personalepolitik med hensyn til:

- allerede ansatte, der har svært ved at arbejde på fuld kraft på fuld tid
- allerede ansatte, som varetager opgaver, der giver fysisk eller psykisk nedslidning
- ligebehandling af personer med anden etnisk baggrund end dansk

Eksempel: Social klausul med krav til personalepolitikken på den udbudte opgave

Klausulen kan udformes således – idet de fremhævede vilkår er obligatoriske for denne type klausuler:

1. Leverandøren skal tilkendegive:
 - a) at have eller ville indføre en formuleret personalepolitik **for ansættelserne på den udbudte arbejdsopgave**. Personalepolitikken skal fremme integration og fastholdelse af disse ansatte i virksomheden. Den skal mindst gælde for den tidsperiode, som det tager at udføre den udbudte arbejdsopgave. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning orientere ordregiveren om personalepolitikken og dens udmøntning.
 - b) at have eller ville indføre en formuleret arbejdsmiljøpolitik **for ansættelserne på den udbudte arbejdsopgave**. Arbejdsmiljøpolitikken skal fremme arbejdsmiljøet i virksomheden. Den skal mindst gælde for den tidsperiode, som det tager at udføre den udbudte arbejdsopgave. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning orientere ordregiveren om arbejdsmiljøpolitikken og dens udmøntning.
 - c) at leverandøren **for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave** har eller vil indføre en formuleret politik med henblik på at ligebehandle personer med forskellig etnisk oprindelse. Ligebehandlingspolitikken skal omfatte ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, uddannelse, forfremmelse samt løn- og arbejdsvilkår. Den skal mindst gælde for den tidsperiode, som det tager at udføre den udbudte arbejdsopgave. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning orientere ordregiveren om ligebehandlingspolitikken og dens udmøntning.
2. Hvis leverandøren ikke på anmodning kan redegøre for (personalepolitikken), kan ordregiveren stille krav om en uddybende redegørelse fra leverandøren.
3. Hvis leverandøren fortsat ikke kan redegøre for (personalepolitikken), kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser, kontraktens § x fastlægger.

De nævnte eksempler er ikke udtømmende, og en kontrakt med sociale klausuler kan godt omfatte flere krav til personalepolitikken.

Hvordan kan Det Sociale Indeks bruges som social klausul?

Socialministeriet udarbejdede i 2000 *Det Sociale Indeks*, som kan måle en virksomhed på en lang række sociale områder og dermed være et bredt mål for virksomhedens sociale ansvar. Virksomheden kan evaluere sin egen sociale indsats i forhold til en række udsagn om socialt ansvar, ligesom der er mulighed for at blive certificeret af uafhængige kontrollører og dermed opnå en officiel godkendelse af måleresultatet. Indekset hører nu under Beskæftigelsesministeriet og administreres af Sekretariatet for Det Sociale Indeks.

Det er muligt at opstille en social klausul, der knytter sig til Det Sociale Indeks. Det er imidlertid ikke alle spørgsmål, man kan kræve, at leverandøren besvarer.

Det følger af legalitetsprincippet, at spørgsmålene skal vedrøre forhold, som det offentlige har mulighed for at varetage efter lov eller anden retskilde. Spørgsmål, der vedrører arbejdsgiverens ledelsesret i bred forstand, kan ikke kræves besvaret, da ledelsesretten ikke er lovreguleret.

Ligeledes skal spørgsmålene vedrøre en udbudsforretning, der udføres "på stedet". Det vil som udgangspunkt sige en tjenesteydelseskontrakt eller et bygge- og anlægsarbejde i Danmark. Dette følger af det generelle forbud mod at "eksportere" sociale klausuler, jf. afsnittet herom i kapitel 4.1.

En social klausul om Det Sociale Indeks skal også opfylde kravet om proportionalitet. Det betyder for det første, at man kun kan kræve, at leverandøren besvarer spørgsmålene i Det Sociale Indeks *efter* kontraktens tildeling. Et krav om *forudgående* besvarelse ville dels være uforholdsmæssigt og dels kunne diskriminere leverandører fra andre medlemsstater. For det andet må man kun kræve de relevante spørgsmål i indekset besvaret, hvis dette krav - ud fra en konkret vurdering - ikke skønnes at være uforholdsmæssigt i forhold til kontraktens størrelse.

Eksempel: Social klausul, der bygger på Det Sociale Indeks, 3. udgave

Klausulen kan udformes således – idet det fremhævede vilkår er obligatorisk for denne type klausuler:

1. Leverandøren skal inden x måneder efter påbegyndelsen af det udbudte arbejde med de ansatte **på arbejdsopgaven** gennemføre processen med at vurdere punkt 5, eksempel 3; punkt 12, eksempel 1 og punkt 13, eksempel 1 og 3 i arbejdsskemaet til Det Sociale Indeks, der kan rekvireres hos Sekretariatet for Det Sociale Indeks.

Hvilke bestemmelser skal der være om kontrol og sanktioner?

Den ordregivende myndighed skal have mulighed for at undersøge, om leverandøren lever op til kravene om at ansætte personer fra særlige grupper. Derfor bør der i *forlængelse af* en social klausul indsættes en bestemmelse om, at leverandøren på ordregiverens anmodning skal dokumentere, at kravene er opfyldt. Ordregiveren kan her forpligte en leverandør til at give besked, hvis en stilling ikke har kunnet besættes over en vis periode.

Hvilke krav, der kan stilles til dokumentationen, afhænger af, hvilken persongruppe der er fastsat i kontrakten, og hvilke personer som er ansat på særlige vilkår. Således vil det være let at skaffe oplysning om, at der er ansat personer fra særlige grupper. Det gælder fx ansatte i fleks- eller skånejob, som er formidlet til leverandøren af en kommune. Kommunen kan blot oplyse, at der er oprettet en eller flere stillinger på særlige vilkår. Oplysningerne kan også fremgå af en ansættelse efter de sociale kapitler. Hvis leverandøren er berettiget til at ansætte på normale vilkår, fordi den formidlende kommune ikke har kunnet finde personer til de ledige stillinger, vil det være dokumentation nok, at kommunen meddeler dette.

Hvis leverandøren har haft et overskud af arbejdskraft, som har fritaget ham for pligten til at ansætte personer fra særlige grupper, skal dette forhold dokumenteres.

Hvis leverandøren ikke overholder de sociale klausuler, gælder de almindelige obligationsretlige udfyldningsregler, medmindre dette punkt er specifikt reguleret i kontrakten eller i en anden aftale mellem parterne. Da leverandørens hovedforpligtelse ved en kontrakt er at levere en ydelse, vil sociale klausuler kun udgøre en biforpligtelse i forhold til kontrakten. Dette giver en vis usikkerhed med hensyn til muligheden for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende i en konkret sag.

Derfor bør man altid, når man anvender sociale klausuler, skrive direkte i kontrakten, hvilke muligheder den ordregivende myndighed skal have for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

Bestemmelserne bør dog være forholdsvis lempelige, sådan forstået, at kun en misligholdelse, som fastholdes eller gentages efter påkrav, bør kunne medføre, at kontrakten kan ophæves. Lempeligheden er begrundet i, at det som nævnt må betragtes som en biforpligtelse at overholde de sociale klausuler. Det er derfor betænkeligt at indføre meget vidtgående misligholdelsesbeføjelser, hvis der er tale om enkeltstående misligholdelser af de pligter, aftalen omfatter.

Eksempel på bestemmelser om kontrol og misligholdelse

Bestemmelserne, der knytter sig til den sociale klausul, kan udformes således:

1. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning dokumentere, at kravet om [at tilstræbe] ansættelser på særlige vilkår opfyldes.
2. Leverandøren skal give meddelelse til ordregiveren, hvis en stilling, som skal besættes på særlige vilkår, ikke har kunnet besættes i en periode på mere end x uger.
3. Hvis der opstår uenighed om, hvorvidt leverandørens manglende ansættelse af personer på særlige vilkår er berettiget, kan ordregiveren forlange en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis ordregiveren fortsat finder leverandørens handling uberettiget, kan ordregiveren meddele dette til leverandøren med tilkendegivelse af, at manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår vil blive betragtet som misligholdelse af kontrakten. Sker der fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser, kontraktens § x fastlægger.
4. Hvis leverandøren ikke overholder pligten til at give meddelelse om manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår eller pligten til at dokumentere, at kravet om ansættelserne er opfyldt, betragtes dette som misligholdelse af kontrakten. Sker der efter påbud fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser, kontraktens § x fastlægger.

Praktiske eksempler

Mange ordregivere benytter allerede sociale klausuler i forbindelse med udbud. Nedenstående eksempel er hentet fra www.udbudsportalen.dk/socialaftaler, som er Projekt Socialaftalers hjemmeside. Her kan man også finde andre eksempler på, hvordan sociale klausuler bruges i praksis.

En kommunes udbud af busdrift

Målgruppen

De allerede ansatte, ledige og etniske minoriteter.

Om klausulen

Kommunen har i dette udbud stillet sociale klausuler på to områder. Der er en klausul, der sigter mod aktivering af ledige, ligesom der er en klausul, der stiller krav om udarbejdelse af 3 forskellige politikker.

Uddrag fra klausulen

”Entreprenøren skal – forudsat, at der kan findes kvalificerede ledige inden for denne persongruppe – sikre, at mindst 2 af de stillinger, der anvendes til at opfylde denne kontrakt, besættes med arbejdstagere, der er ledige og enten i aktivperioden eller på kontanthjælp.”

”Entreprenører med mere end 20 eller flere ansatte på den udbudte arbejdsopgave skal skriftligt have formuleret følgende politikker for disse ansættelser:

1. En arbejdsmiljøpolitik, der skal fremme arbejdsmiljøet i virksomheden.
2. En arbejdspladsfastholdelsespolitik, der skal bevirke, at medarbejderne i videst mulig udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos entreprenøren. Det bør tilstræbes, at medarbejdere, der ikke længere har den fulde arbejdsevne, kan fastholdes i deres nuværende job, f.eks. gennem etablering af fleksjob med nedsat arbejdstid.
3. En etnisk ligestillingspolitik, der skal fremme ligestilling af personer med forskellig etnisk oprindelse.

Bilag I

Yderligere information kan bl.a. findes her:

- Konkurrencestyrelsens hjemmeside, www.ks.dk/udbud
- Projekt Socialaftalers hjemmeside, www.udbudsportalen.dk/socialaftaler
- Kommissionens "Fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter", KOM(2001) 566, fra oktober 2001. Findes på, http://europa.eu.int/eur-lex/da/com/cnc/2001/com2001_0566da01.pdf
- Erhvervsministeriets vejledning "Sociale klausuler i praksis – vejledning for sagsbehandlere, der skal bruge sociale klausuler ved offentlige udbud" fra september 2000. Vejledningen kan findes på, www.oem.dk/publikationer/html/socklausuler/index.htm
- Konkurrencestyrelsens og Miljøstyrelsens vejledning "Offentlige grønne indkøb – en vejledning i mulighederne for at varetage miljøhensyn i forbindelse med afholdelse af udbud" fra oktober 2002. Vejledningen kan findes på, www.ks.dk/publikationer/udbud/2002/groenindkoeb/
- Konkurrencestyrelsens hotline, som er åben mandag til fredag kl. 11.00 - 13.00 og 13.30 - 15.00 på telefon 72 26 80 85

