



Bilag 2

13. marts 2006
/Christina Wetterlind

Juridiske rammer for sociale klausuler

Brugen af sociale klausuler er underlagt forskellige juridiske rammer, alt efter om der er tale om tildeling af offentlige tilskud, indkøb af tjenesteydelser, indkøb af varer, bygge- og anlægsopgaver eller driftsoverenskomster.

Kommunen har ikke lov at stille et hvilket som helst socialt krav i forbindelse med indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver. Både dansk ret og EU-retten opsætter en række begrænsninger for brugen af sociale klausuler.

Brugen af sociale klausuler i kontrakter vedr. indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver er styret af elementer i både dansk lovgivning og EU's lovgivning. Driftsoverenskomster samt tilskud er ikke reguleret af EU, men kun underlagt den gældende danske lov samt Borgerrepræsentationens beslutning.

I afsnit 1 beskrives danske lovgivning, som generelt har betydning for brugen af sociale klausuler i indkøbsaftaler med private leverandører. I afsnit 2 beskrives EU's regulering af sociale klausuler i forbindelse med indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver fra private leverandører. Driftsoverenskomster og kommunale tilskud, er ikke omfattede af lovgivningen som beskrives i afsnit 2.

I konklusionen (afsnit 3) opsummeres mulighederne for at bruge sociale klausuler indenfor de juridiske rammer. Hvert af de 5 områder (hhv. indkøb af tjenesteydelser, indkøb af varer, bygge- og anlægsopgaver, driftsoverenskomster samt tilskud) beskrives særskilt.

1. Dansk ret

I dette afsnit beskrives de juridiske rammer i dansk lov, som generelt har betydning for brugen af sociale klausuler. Indledningsvis beskrives mulighederne for generelt at målrette en social klausul til en bestemt målgruppe. Til sidst beskrives lovgivningen omkring virksomheders ledelsesret samt beskyttelse af virksomheders medarbejdere.

1.1. Afgrænsning af målgruppen i en social klausul

Offentlige myndigheder har en generel adgang til at kræve, at en leverandør ved udførelse af en opgave for myndigheden beskæftiger et vist

antal fra særlige grupper ledige. Afgrænsningen af de pågældende skal være objektiv og i overensstemmelse med de kriterier, der fremgår af lov om en aktiv arbejdsmarkedspolitik og lov om aktiv socialpolitik. De i indstillingen opstillede forslag til målgrupper vedr. sociale klausuler er udarbejdet i overensstemmelse med denne lovgivning.

Det er tvivlsomt, om offentlige ordregivende myndigheder også mere målrettet kan varetage beskæftigelses hensyn ved at afgrænse den personkreds, som ønskes beskæftiget, ud fra andre sociale kriterier end dem, der fremgår af kriterierne for de enkelte aktiveringsordninger i lov om aktiv arbejdsmarkedspolitik og lov om aktiv socialpolitik.

Det er formentlig i strid med det almindelige forvaltningsretlige princip om ligebehandling og ikke diskrimination, at tilgodese en bestemt befolkningsgruppe ved eksempelvis at kræve, at en leverandør ved udførsel af en opgave for kommunen skal beskæftige et vist antal personer med en anden etnisk oprindelse end dansk. Spørgsmålet er dog ikke endeligt afklaret ved domstolene, ombudsmanden eller andre instanser.

Hertil kommer at en leverandørs mulighed for ved ansættelser at tilgodese en bestemt befolkningsgruppe af etnisk oprindelse, også er meget begrænset. Det skyldes, at den danske lovgivning, der forbyder forskelsbehandling ud fra bl.a. etnisk oprindelse, gælder generelt uanset formålet med forskelsbehandlingen og uanset, hvilken etnisk oprindelse der forskelsbehandles ud fra.

Positiv særbehandling i forhold til en bestemt etnisk oprindelse - som fx et konkret tiltag om ansættelse/anvendelse af et vist antal personer af en bestemt etnisk oprindelse - vil således være i strid med lovgivningen omkring forskelsbehandling.¹

Endvidere indeholder anti-diskriminationslovgivningen et forbud mod, at oplysninger om etnisk oprindelse overhovedet indsamles og anvendes, ligesom også persondataloven i høj grad begrænser muligheden for at behandle følsomme personoplysninger om etnisk oprindelse. En leverandør må således ikke annoncere efter personer med en bestemt etnisk oprindelse, må heller ikke registrere oplysninger om ansøgers eller ansattes etniske oprindelse og må i det hele taget ikke forskelsbehandle direkte eller indirekte pga. af etnisk oprindelse.

¹ Redegørelse om Københavns Kommunes muligheder for at stille krav til leverandører med henblik på at fremme ligebehandling og integration af personer med en bestemt etnisk oprindelse, Lise Gros Meyer.

Dermed kan en kommune normalt heller ikke stille krav til leverandøren om, at han skal ansætte og benytte personer med en bestemt etnisk oprindelse.

Såfremt kommunen specifikt opstiller sociale klausuler i forhold til en bestemt etnisk oprindelse, risikerer kommunen således at pådrage sig et økonomisk erstatningsansvar.

Det er til gengæld ikke i strid med gældende lovgivning, at de sociale klausuler målrettes objektive ledighedsgrupper, f.eks. målgrupper som er defineret på samme måde som de 5 matchgrupper, som er defineret i bekendtgørelsen om visitation og det individuelle kontaktføreløb (BEK nr 1101 af 16/11/2004) på baggrund af loven om en aktiv beskæftigelsesindsats.

1.2. Beskyttelse af virksomhedens medarbejdere

Ved brugen af sociale klausuler i en kontrakt, skal der tages højde for, at en virksomhedens medarbejdere ifølge lovgivningen skal beskyttes. Hvis leverandøren på forhånd har ansat tilstrækkeligt mandskab til at varetage den opgave, som er udbudt, kan udbyderen ikke kræve, at leverandøren afskediger medarbejdere for at kunne leve op til aftaler om at ansætte nye medarbejdere. Såfremt leverandøren ellers må afskedige medarbejdere, skal udbyderen derfor acceptere, at leverandøren kan overføre medarbejdere til at varetage den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at leverandøren da ikke opfylder kravet om at ansætte personer fra de relevante målgrupper.

1.3. Virksomhedens ledelsesret

Dansk lov foreskriver, at en virksomheds ledelsesret skal beskyttes, når den bruger sociale klausuler. Det betyder, at leverandøren selv bestemmer, hvem inden for en given målgruppe han ønsker at ansætte. Formelt er det således virksomheden, der ansætter. I praksis hjælper kommunen dog som regel med at rekruttere personerne fra de relevante målgrupper. Personer, der er ansat i forbindelse med den sociale klausul, kan afskediges efter de almindelige regler.

2. De EU-retlige rammer

EU's udbudsdirektiver gælder for både stat og (amts)kommuner, når der er tale om udbud over en vis tærskelværdi. En betydelig del af de kontrakter, som Københavns Kommune indgår med leverandører, er omfattet af disse direktiver. For alle leverandørkontrakter gælder i øvrigt EF-traktatens regler og principper.

I de følgende afsnit vil mulighederne for at varetage sociale hensyn og opstille sociale klausuler i kontrakterne med de eksterne leverandører i forhold til EU-retten, blive gennemgået.

2.1. Konkret indarbejdelse af sociale klausuler i kontrakten

Både udbudsmaterialet og tildelingsprocessen er nøje reguleret af juridiske begrænsninger i Udbudsdirektivet.

Helt konkret er der 2 muligheder for hvordan man kan efterspørge sociale hensyn i et kontraktforhold med en privat leverandør. Det sociale hensyn kan enten opstilles som et kontraktvilkår (social klausul) eller som et tildelingskriterium.

Hvis den sociale klausul indgår som et kontraktvilkår i udbudsmaterialet betyder det, at en leverandør som byder på opgaven, *skal* kunne leve op til den sociale klausul, for at kunne blive taget i betragtning til opgaven. Ved opstilling af sociale klausuler i kontrakten kan kommunen lovligt udforme detaljerede bestemmelser for, hvordan en kontrakt skal udmøntes i praksis, og dermed sikre, at kommunen på et ensartet grundlag opstiller sociale krav i forhold til eksterne leverandører.

Hvis det sociale hensyn i stedet varetages som et tildelingskriterium, betyder det, at leverandørens muligheder for at leve op til et konkret socialt hensyn indgår i en samlet vurdering af en række tildelingskriterier, herunder økonomi, mv. F.eks. kan leverandørens mulighed for at leve op til et socialt hensyn vægte x pct. i udvælgelsen, mens den pris leverandøren kan tilbyde vægter y pct. for kommunens valg af leverandør. Kommunen kan ved anvendelse af sociale tildelingskriterier således risikere, at det vindende tilbud ud fra de samlede tildelingskriterier (økonomisk mest fordelagtige tilbud) slet ikke tilbyder at varetage sociale hensyn på den kommende kontrakt.

Der er således bedst mulighed for at sikre sociale hensyn ved at indarbejde sociale klausuler som kontraktvilkår i udbudsmaterialet., hvilket også er i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens anbefalinger vedrørende sociale hensyn ved offentlige indkøb.²

Det anbefales således, at kommunen generelt opstiller sociale klausuler som kontraktkrav, på linje med de forslag til sociale klausuler som opstilles i indstillingen, frem for at anvende sociale tildelingskriterier i forbindelse med tildeling af kontrakterne.

2.2. De 5 principper for sociale klausuler

² Konkurrencestyrelsens vejledning fra 2004, ”Sociale hensyn ved offentlige indkøb”, side 17.

Der, hvor der som sagt er bedst mulighed for at tage sociale hensyn, er via opstilling af kontraktbestemmelser (sociale klausuler) i kontrakterne med de eksterne leverandører til kommunen.

Sociale klausuler med eksterne leverandører er underlagt følgende 5 EU-retlige principper.

- Ikke diskrimination: Sociale klausuler må ikke diskriminere udenlandske leverandører eller arbejdstagere.
- Saglighed: Det sociale hensyn skal være sagligt begrundet.
- 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 i andre lande.
- Offentliggørelse: De sociale klausuler skal fremgå af udbudsmaterialet (omfatter kun udbud over EU's tærskelværdi og som dermed er omfattet af EU's Udbudsdirektiv).

2.2.1. Krav om ikke-diskriminerende kriterier i forhold til udenlandske leverandører

Et af formålene med EU-udbudsreglerne er at hindre, at virksomheder fra andre lande end ordregiverens stilles ringere end nationale eller lokale virksomheder. Reglerne bygger således på et princip om, at alle potentielle tilbudsgivere behandles lige. Det er således en overtrædelse af ikke-diskriminationsprincippet, hvis et udbud formuleres på en måde, så det kun kan overholdes af nationale virksomheder, eller hvis det vil være vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsstater at overholde det.

Det er derfor en betingelse ved krav om ansættelser af bestemte målgrupper, at persongruppen kan defineres præcist og uafhængigt af bestemte danske ordninger, og at persongruppen er entydigt fastlagt. Det må herefter ikke være et krav, at personen er visiteret til for eksempel fleks- eller skånejob, men i stedet kan opstilles aftalevilkår, der fremmer ansættelse af personer, der tilhører den persongruppe, som ville kunne omfattes af fleks- eller skånejobordningerne.

2.2.2. Krav om saglighed

De sociale hensyn, som kommunen ønsker at varetage, skal være saglige.

Kommunen kan generelt opstille krav om, at leverandøren ved udførelsen af opgaven for kommunen skal beskæftige et vist antal fra særlige grupper af ledige.

Kravet om ansættelse af et vist antal medarbejdere fra særlige grupper af ledige på opgaven for kommunen, må ikke indebære, at der stilles krav om et uforholdsmæssigt stort antal ansatte 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 kommunen selv har ansat eller kunne tænkes at ansætte på en arbejdsopgave

Det kan også vurderes som usagligt at kræve, at der skal ansættes konstanthjælpsmodtagere uden en længere uddannelse eller relevant arbejds erfaring, i tilfælde af at opgaven omhandler udvikling af komplekse IT-systemer.

2.2.3. Krav om proportionalitet

Vilkår skal have tilknytning til kontrakten

Lovligheden af et kontraktvilkår vil endvidere ifølge EU-Kommissionen afhænge af, om vilkåret kan betegnes som proportionalt. Det betyder blandt andet, at vilkåret skal have tilknytning til kontrakten.

Hvis man i en social klausul vil kræve, at en leverandør formulerer for eksempel en etnisk ligestillingspolitik eller en fastholdelsespolitik, antager EU-Kommissionen, at det kun er muligt i forhold til 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, dvs. for alle sine ansatte. Et sådant generelt krav vil formentlig stride imod proportionalitetsprincippet, fordi det ikke har en tilstrækkelig og direkte tilknytning til udførelsen af den konkrete arbejdsopgave. Følgelig kan ikke kræves, at den etniske ligestillingspolitik fastholdes, når den udbudte opgave er fuldført.

De sociale krav skal stå mål med opgavens omfang

Proportionalitetsbetragtninger kan tillige muligvis gøre sig gældende i spørgsmålet om, hvor mange personer inden for 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 be-

stemte målgrupper, end det er nødvendigt for at udføre den pågældende opgave, uanset om leverandøren kompenseres økonomisk herfor eller ej.

2.2.4. Eksportforbud - Opgaven skal udføres i Danmark

Ifølge EU-Kommissionen antages det endvidere som altovervejende hovedregel, at det alene vil være lovligt at opstille kontraktvilkår, der vedrører eller regulerer udførelsen af ydelser i det land, hvor den ordregivende myndighed hører hjemme.

Kerneområdet for sociale aftalevilkår ved udbud vil herefter som altovervejende hovedregel være de tilfælde, hvor vilkårene kan knyttes til persongrupper, der udfører opgaven her i landet. Der vil derfor være tale om tjenesteydelseskontrakter eller bygge- og anlægsarbejder, der typisk skal udføres "på stedet", og hvor leverandøren og dennes ansatte fysisk indfinder sig "på stedet" for at levere ydelsen.

2.2.5. Krav om offentliggørelse

Såfremt udbuddet er omfattet af Udbudsdirektivet, skal kravet om sociale klausuler fremhæves, når EU-udbudet bliver annonceret. Derved kan de virksomheder, der ønsker at byde på den pågældende opgave, tage højde for det. Det skal således fremgå af udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende samt udbudsmaterialet, at der bliver stillet krav om sociale klausuler.

I udbudsbekendtgørelsen skal det anføres i hovedtræk, hvilken karakter de sociale klausuler har. I udbudsmaterialet skal den sociale klausul fremgå i sin helhed, så virksomhederne kan indregne klausulens eventuelle økonomiske konsekvenser i deres tilbud.

3. Konklusion - de juridiske rammer for de forskellige kontraktområder

Tabel 1 viser mulighederne for at bruge sociale klausuler i de forskellige aftaletyper kommunen indgår. I tabellen betyder '+', at det er muligt at bruge sociale klausuler i denne aftaletype, mens '-' betyder, at lovgivningen medfører, at det ikke er muligt at bruge sociale klausuler.

Tabel 1: Sociale klausuler og aftaleområder.

Sociale klausuler	÷ Undtagelse Kontraktbilaget om overholdelse af antidiskriminationslovgivningen	÷ Undtagelse Kontraktbilaget om overholdelse af antidiskriminationslovgivningen	+	+	+	+
	Undtagelse Kontraktbilaget om overholdelse af antidiskriminationslovgivningen	Undtagelse Kontraktbilaget om overholdelse af antidiskriminationslovgivningen	Konkret vurdering i forhold til valg af sociale klausuler	Konkret vurdering i forhold til valg af sociale klausuler	Konkret vurdering i forhold til valg af sociale klausuler	Konkret vurdering i forhold til valg af sociale klausuler
Aftale-områder	Udbud af vareindkøb samt mindre indkøb af varer	Udbud af tjenesteydelser, hvor arbejdet ikke skal leveres fysisk indenfor Danmarks grænser	Udbud af tjenesteydelser, hvor arbejdet skal leveres fysisk indenfor Danmarks grænser	Tilskud til organisationer, foreninger mv.	Driftsoverenskomster med de selvejende institutioner	Bygge- og anlægsopgaver

Note vedr. Kontraktbilaget (jf. øverst vedr. udbud og mindre indkøb af varer): Den 15. december 2005 vedtog BR indstilling med kontraktbilag vedr. private leverandører overholdelse af antidiskriminationslovgivningen. Kontraktbilaget giver mulighed for at ophæve kontrakten med leverandøren, hvis leverandøren overtræder ”Loven om forskelsbehandling pga. race, etnisk oprindelse mv.”

Nedenfor i afsnit 3.1. - 3.5. uddybes tabellens konklusioner for hhv. tjenesteydelser, varer, bygge- og anlægsopgaver, tilskud samt driftsoverenskomster.

3.1. Tjenesteydelser (herunder udbud)

Sociale klausuler kan som hovedregel anvendes, hvor den modtagne ydelse produceres og forbruges i Danmark – eksempelvis udførelse af rengøring på et plejehjem. Modsætningsvis gælder for tjenesteydelseskontrakter, der kan udføres over store distancer, eksempelvis mange IT tjenesteydelser, der kan leveres fra en anden egn af landet eller fra udlandet. I disse udbudsforretninger er det ikke muligt at anvende sociale klausuler, idet man i disse tilfælde opstiller målsætninger i forhold til potentielle udenlandske leverandører, som i givet fald ville skulle realiseres uden for Danmarks grænser.

3.2. Indkøb af varer (herunder udbud)

Brug af sociale klausuler ved indkøb af varer reguleres efter samme regler som kontrakterne i forbindelse med indkøb af tjenesteydelser. I forhold til vareindkøb gælder dog særlige problemstillinger i forhold til proportionalitetskravet, idet det kan være sværere at afgrænse den konkrete opgave i virksomheden – eksempelvis afgrænse hvilken del af en virksomhed, der står for leverancen af kopimaskiner til Københavns Kommune.

I forhold til kravet om, at opgaven skal udføres i Danmark, er det et problem, at vareindkøb i reglen opfyldes på produktionsstedet. Her vil det ikke være muligt at stille sociale aftalevilkår i kontraktform, idet man herved i forhold til potentielle udenlandske leverandører opstiller målsætninger, som i givet fald vil skulle realiseres uden for Danmarks grænser.

Det er derfor som hovedregel ikke muligt at indarbejde sociale klausuler i kontrakter vedrørende indkøb af varer.

3.3. Bygge- og anlægsopgaver

I det Københavns Kommunes bygge- og anlægsopgaver i sagens natur som regel vil blive udført i København er denne type aftaler særligt egnede til sociale klausuler sammenlignet med indkøb af varer og tjenesteydelser.

3.4. Tilskud

Offentlige myndigheder har mulighed for at medvirke til at skabe større rummelighed på arbejdsmarkedet ved at stille sociale klausuler ved tildelelse af offentlige tilskud. Området er lovreguleret ved lov om sociale klausuler på offentlige tilskudsområder (lov nr. 286 af 25/04/2001), hvoraf fremgår, at offentlige myndigheder, når de yder tilskud til foreninger, fonde, selskaber mv. kan stille vilkår, der fremmer formålet i lov om aktiv socialpolitik og lov om aktiv arbejdsmarkedspolitik, såfremt dette ikke strider mod lovgivningen i øvrigt.

3.5. Driftsoverenskomster

Med hensyn til driftsoverenskomster, er disse i udgangspunkt kun underlagt den generelle lovgivning i dansk lov. Der skal dog bemærkes, at brugen af sociale klausuler i forbindelse med driftsoverenskomster ikke må være i strid med de krav, som kommunen selv stiller i forhold til det personale, der skal være på institutionen. Det gælder f.eks. i handicapinstitutioner og institutioner for psykisk syge. Sociale klausuler kan således stilles til en institution, såfremt at de kan rummes inden for de rammer, der af kommunen er opstillet for institutionens drift.