

- **BESKÆFTIGELSESREGIONENS OPSIGELSE AF
RAMMEAFTALER PÅ LVU-UDBUDET – KON-
SEKVENSER FOR KØBENHAVNS KOMMUNE**

Københavns Kommune, Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen ("BIF"), har bedt Horten om at vurdere en række problemstillinger forbundet med, at Beskæftigelsesregion Hovedstaden & Sjælland ("Beskæftigelsesregionen") har varslet opsigelse af rammeaftaler om kontakt- og aktiveringsforløb for ledige med lange videregående uddannelser ("Rammeaftalerne").

1. BAGGRUND OG OPDRAG

BIF's indsats i relation til ledige borgere med lange videregående uddannelser er i øjeblikket baseret på Beskæftigelsesregionens Rammeaftaler med "andre aktører". Rammeaftalerne blev indgået af Beskæftigelsesregionen i 2010 på baggrund af det såkaldte LVU-udbud.

Rammeaftalerne er indgået af Beskæftigelsesregionen med forskellige "andre aktører". Rammeaftalerne fungerer i praksis således, at den enkelte kommune, herunder BIF, indgår delaftaler omkring de konkrete kontakt- og aktiveringsforløb med en eller flere af de "andre aktører", der har en Rammeaftale med Beskæftigelsesregionen. Det er i øjeblikket obligatorisk for kommunerne at anvende "andre aktører" til aktiviteter inden for målgruppen.

Som et led i finanslovsaftalen for 2012 har regeringen og Enhedslisten aftalt, at den obligatoriske brug af "andre aktører" i beskæftigelsesindsatsen for ledige akademikere skal afskaffes. Finanslovsaftalen har resulteret i, at Beskæftigelsesregionen har varslet, at Rammeaftalerne vil blive opsagt pr. 1. januar 2012 med 6 måneders varsel.

Beskæftigelsesregionen har tilkendegivet, at opsigelsen vil indebære, at kommunerne fra 1. januar 2012 er afskåret fra at visitere ledige borgere til "andre aktører" i henhold til Rammeaftalerne, samt at allerede påbegyndte forløb hos "andre aktører" skal være afsluttet senest 30. juni 2012.

Såfremt den varslede opsigelse bliver fulgt op af en endelig opsigelse, vil BIF stå uden reelle muligheder for at tilbyde kontakt- og aktiveringsforløb til nye ledige med lange videregående uddannelser. Endvidere vil BIF, som situationen er nu, stå uden muligheder for at hjemtage de borgere i målgruppen, der er i uafsluttede forløb hos "andre aktører" pr. 1. juli 2012. BIF har således efter det oplyste ikke andre aftaler end Rammaaftalerne, der vedrører de relevante målgrupper. BIF har efter det oplyste heller ikke kapacitet til at løfte opgaven, der er opgjort til 4.300 borgere årligt, i eget regi.

Opsigelsen af rammaaftalerne er som nævnt alene varslet. Vi vil derfor som udgangspunkt anbefale BIF, at der omgående rettes henvendelse til Beskæftigelsesregionen og evt. Arbejdsmarkedsstyrelsen for at drøfte muligheden for at fastholde Rammaaftalerne, indtil BIF og landets øvrige kommuners beskæftigelsesforvaltninger har fået mulighed for at sikre opgavevaretagelsen på anden vis.

HORTEN

I lyset af den opståede situation har BIF anmodet Horten om at vurdere, hvorvidt det vil være muligt for BIF:

- 1) at overtage og videreføre Beskæftigelsesregionens Rammaaftaler med de konkrete "andre aktører", som BIF i forvejen har delaftaler med,
- 2) at overtage og videreføre Rammaaftalerne alene med virkning for BIF og ikke de øvrige kommuner, og
- 3) at anvende Rammaaftalerne fleksibelt, således at BIF ikke er forpligtet til at anvende "andre aktører" for alle målgrupper, men også kan vælge at indgå aftaler med A-kasser om disses "overtagelse" af borgere i målgrupperne.

Efter at have gennemgået sagens akter har vi fundet det mest hensigtsmæssigt og overskueligt at foretage en samlet redegørelse for BIF's handlemuligheder, dog således at de relevante elementer i ovennævnte spørgsmål indgår i redegørelsen.

2. ADGANGEN TIL OPSIGELSE

2.1 Rammaaftalens bestemmelser om opsigelse

Af Rammaaftalens punkt 6.1 fremgår det:

"Rammaaftalen er gældende fra underskrivelsen til den 31. december 2013 med mulighed for forlængelse i op til 1 år, såfremt Beskæftigelsesregionen skriftligt begærer dette."

Af Rammaaftalens punkt 6.2 fremgår det endvidere:

"Rammaaftalen kan opsiges af Beskæftigelsesregionen og anden aktør med 6 måneders varsel til udgangen af en måned. Opsigelsen skal være skriftlig. Jobcentrene kan ikke indgå delaftaler efter datoen for afsendelse af opsigelsen."

Så vidt vi er orienteret, er Rammeaftalerne alene *varslet* opsagt af Beskæftigelsesregionen pr. 1. januar 2012 med 6 måneders varsel.

I lyset af punkt 6.2 i Rammeaftalen vil BIF vil være afskåret fra at indgå nye delaftaler i henhold til Rammeaftalerne, når/hvis de bliver endeligt opsagt. Frem til selve opsigelsestidspunktet er Rammeaftalerne imidlertid ikke til hinder for, at BIF indgår nye delaftaler.

Der synes heller ikke at være noget til hinder for, at BIF såvel forud for som efter Beskæftigelsesregionens opsigelse af Rammeaftalerne visiterer borgere til "andre aktører" i henhold til allerede indgåede delaftaler.

Beskæftigelsesregionen anfører ganske vist følgende i den e-mail af 1. december 2011 mail, hvori varslingen om opsigelse fremgår:

"Vi gør samtidig opmærksom på, at når rammeaftalerne er blevet opsagt, vil kommunerne ikke længere kunne bruge det statslige LVU-udbud til at henvise ledige akademikere til andre aktører."

HORTEN

Rammeaftalen indeholder imidlertid ikke udtrykkelige bestemmelser om, hvorvidt kommunerne i opsigelsesperioden kan visitere borgere i henhold til allerede indgåede delaftaler med "andre aktører". Det er på den baggrund vores umiddelbare vurdering, at BIF ikke er afskåret fra at visitere borgere til de "andre aktører", som BIF har indgået delaftaler med, i opsigelsesperioden – dvs. perioden 1. januar til 30. juni 2012.

Det bemærkes, at Rammeaftalens faste forløbsperiode på 52 uger, jf. kravspecifikationen i Rammeaftalen, samt bonusordning formentlig indebærer, at visitation af nye ledige vil give anledning til en række praktiske og økonomiske vanskeligheder. BIF må på den baggrund foretage en samlet vurdering af, om det vil rentabelt og hensigtsmæssigt fortsat at visitere borgere til de "andre aktører", som BIF har indgået delaftaler med, henset til at forløbet ved disse aktører kun kan strække sig frem til 30. juni 2012.

Se i øvrigt punkt 3.2 med vores vurdering af muligheden for at indgå nye midlertidige aftaler med de "andre aktører".

2.2 **Sammenhæng mellem varighed af Rammeaftalerne og delaftalerne**

Af Rammeaftalens punkt 4.2 fremgår det:

"Delaftaler kan kun indgås inden for rammeaftalens varighedsperiode. Forløb hos anden aktør kan ikke vare ud over ramme- og delaftalens gyldighedsperiode."

I Rammeaftalens punkt 4.4 præciseres sammenhængen mellem Rammeaftale og delaftale i relation til gyldighedsperiode:

"En delaftale har ikke gyldighed ud over rammeaftalens varighedsperiode."

Delaftalerne skal således i henhold til Rammeaftalerne bringes til ophør med virkning fra senest det tidspunkt, hvor selve Rammeaftalen ophører. Det bemærkes i den forbindelse, at skabelonen for delaftaler indeholder en bestemmelse om, at:

"Delaftalen kan opsiges af jobcentret med 8 ugers varsel."

Det påhviler således umiddelbart BIF at opsige de delaftaler, der ikke er udløbet den 30. juni 2012, forudsat at Beskæftigelsesregionen opsiger Rammeaftalerne med virkning fra dette tidspunkt.

Som punkt 4.2 og 4.4 i Rammeaftalen er formuleret, er det således vores vurdering, at BIF som udgangspunkt er nødsaget til at bringe alle forløb hos "andre aktører" til ophør med virkning fra 30. juni 2012, uanset at forløbene er uafsluttede.

Se dog punkt 3.2 med vores vurdering af muligheden for at indgå nye midlertidige aftaler med de "andre aktører".

HORTEN

2.3 Opsamling i forhold til Beskæftigelsesregionens opsigelse

I henhold til det ovenfor anførte er udgangspunktet:

- at BIF ikke er afskåret fra at indgå nye delaftaler i perioden, indtil den endelige opsigelse af Rammeaftalerne foreligger,
- at BIF – i modsætning til Beskæftigelsesregionens tilkendegivelse – heller ikke er afskåret fra at visitere borgere til "andre aktører" i opsigelsesperioden, og
- at BIF efter Rammeaftalernes endelige ophør – forventeligt pr. 1. juli 2012 – er afskåret fra at modtage ydelser i henhold til Rammeaftalen og de indgåede delaftaler. Det vil sige, at BIF herefter hverken kan visitere nye borgere til "andre aktører" eller kan tillade, at allerede igangværende forløb fortsættes og færdiggøres i overensstemmelse med Rammeaftalen og indgåede delaftaler.

3. BIF'S HANDLEMULIGHEDER

Ydelser bestående i kontakt- og aktiveringsforløb er såkaldt bilag II B tjenesteydelser i en udbudsretlig terminologi. Det har den betydning, at ydelserne ikke er underlagt EU-udbudspligt, men derimod skal annonceres i henhold til reglerne i den danske tilbudslovs afsnit 2.

Hidtil har BIF fået afløftet sin annonceringspligt for ydelserne gennem det annonceringsudbud, som Beskæftigelsesregionen gennemførte i 2010 "på vegne" af landets kommuner (LVU-udbuddet).

Når Rammeaftalerne, der er indgået på baggrund af LVU-udbuddet ophører, har BIF imidlertid ikke længere grundlag for at indgå delaftaler og visitere borgere uden selvstændig annoncering i henhold til tilbudslovens afsnit 2.

Det er derfor afgørende for BIF at etablere et nyt aftalegrundlag, der sikrer, at BIF's annonceringspligt er afløftet.

3.1 Direkte overdragelse af Rammeaftalerne til BIF

Såfremt det er muligt for BIF at overtage Beskæftigelsesregionens status som aftalehaver på Rammeaftalerne, vil BIF's annonceringsforpligtelse stadigvæk kunne afløftes med henvisning til Rammeaftalerne.

Af Rammeaftalens punkt 22.2 fremgår følgende bestemmelse:

"Beskæftigelsesregionen har ret til at overdrage rettigheder og forpligtelser efter denne rammeaftale til en anden offentlig myndighed eller en institution, der ejes af det offentlige, eller i det væsentlige drives for offentlige midler."

Hensigten med bestemmelsen har formentlig været, at Rammeaftalegrundlaget kunne videreføres, såfremt strukturelle ændringer måtte bevirke, at Beskæftigelsesregionen blev nedlagt, eller ansvarsområdet blev flyttet til en anden offentlig myndighed. Det har således næppe været hensigten, at Beskæftigelsesregionen skulle kunne overdrage Rammeaftalerne til en kommune, i en situation hvor Beskæftigelsesregionen stod foran en opsigelse af Rammeaftalerne.

Henset til ordlyden af bestemmelsen er der imidlertid næppe noget udbudsretligt til hinder for, at der kan ske en overdragelse af Rammeaftalerne til BIF, uden at der derved opstår en fornyet annonceringspligt i forbindelse med selve overdragelsen.

En overdragelse af Rammeaftalerne vil forudsætte, at Beskæftigelsesregionen er indstillet på, at BIF indtræder som eneste kontraktpart på ordregiversiden, og at alle de kommuner, der anvender Rammeaftalerne, accepterer, at BIF overtager Beskæftigelsesregionens rolle som aftalehaver på Rammeaftalerne.

En forudsætning for Beskæftigelsesregionens overdragelse af Rammeaftalerne til BIF må endvidere antages at være, at BIF får overdraget alle de af Beskæftigelsesregionen indgåede Rammeaftaler. Af hensyn til lighedsgrundsætningen og særligt ud fra hensynet til at kunne fastholde tildelingsgrundlaget fra LVU-udbuddet, synes det således ikke muligt for Beskæftigelsesregionen kun at overdrage enkelte Rammeaftaler til BIF.

En overdragelse af Rammeaftalerne til BIF vil betyde, at BIF overtager alle forpligtelser i henhold til Rammeaftalerne og dermed også vil overtage Beskæftigelsesregionens nuværende rolle som "driftsherre" på Rammeaftalerne, uanset hvilken myndighed der har indgået delaftaler i henhold til Rammeaftalerne, og uanset om BIF anvender de konkrete aktører.

Herved påtager BIF sig et ansvar, som det er særdeles tvivlsomt, om BIF har mulighed for at påtage sig over for de øvrige kommuner, og som det under alle omstændigheder ikke kan anses for hensigtsmæssigt for BIF at påtage sig. Dette gælder i sagens natur særligt i forhold til de Rammeaftaler, som BIF ikke selv har valgt at indgå delaftaler på baggrund af.

HORTEN

De forpligtelser, som BIF vil skulle påtage sig som Rammeaftalehaver, indebærer blandt andet, at BIF skal sikre, at de "andre aktører", der er indgået Rammeaftale med, opfylder kravene i Rammeaftalerne. Det vil tillige være BIF, der vil skulle gøre misligholdsbeføjelser gældende i henhold til Rammeaftalens punkt 24.2, såfremt det måtte blive nødvendigt. Derudover vil det potentielt set også påhvile BIF at sikre, at de kommuner, der gør brug af Rammeaftalerne gør det i overensstemmelse med de krav, der følger af Rammeaftalerne, ligesom det vil påhvile BIF i samarbejde med de enkelte kommuner at følge op på og evaluere de gennemførte forløb.

På baggrund af det ovenfor anførte kan vi ikke anbefale, at BIF tager skridt til at søge Rammeaftalerne overdraget fra Beskæftigelsesregionen til BIF.

3.2 Indgåelse af midlertidige aftaler – uden annoncering

BIF har en lovgivningsmæssig forpligtelse til at stille kontakt- og aktiveringsforløb tilbud til rådighed for ledige med lange videregående uddannelser. Det er derfor nødvendigt for BIF at indgå nye aftaler om disse ydelser, og det må derfor vurderes, hvordan en aftalekonstruktion bedst gøres forenelig med annonceforspligtelsen i tilbudslovens afsnit 2. Vi forudsætter på baggrund af sagens oplysninger, at det ikke vil være muligt at udføre opgaven i BIF's eget regi med virkning fra 1. januar 2012.

HORTEN

Af tilbudslovens § 15 c., stk. 2, fremgår det at:

"Annonceringspligten [ikke] gælder i de tilfælde, der fremgår af udbudsdirektivets artikel 31."

Udbudsdirektivets artikel 31 vedrører de situationer, hvor en ordregivende myndighed har mulighed for at indgå kontrakt på baggrund af udbudsformen "udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse". Trods ordlyden er der reelt tale om direkte kontraktindgåelse uden nogen form for "udbud".

En af de situationer, hvor der kan indgås kontrakt uden udbud, er i henhold til artikel 31, stk. 1, litra c.,

"såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling efter forudgående bekendtgørelse i henhold til artikel 30. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder."

Bestemmelsen fortolkes i praksis særdeles snævert, men kan i nogle tilfælde udgøre det eneste praktisk mulige hjemmelsgrundlag for at indgå aftale uden udbud.

I sammenhæng med undtagelsesbestemmelsen er det i myndighedspraksis blevet accepteret, at det i tilfælde af en medkontrahents konkurs er muligt for en ordregivende myndighed at overdrage en aftale til en anden juridisk

person uden udbud. I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til Udbudsdirektiverne anføres det under punkt 6.1.4., at det vil indgå i vurderingen af lovligheden af en sådan overdragelse:

"om kontrakten videreføres på uændrede vilkår

om der er tale om en ekstraordinær situation, hvor objektive grunde bevirker, at et debitorskifte i en løbende kontrakt er naturligt"

Endvidere anføres det i vejledningen:

"Bestemmelsen giver i udgangspunktet kun hjemmel til at indgå kontrakter af en vis kortere varighed – under et år – som det ville tage at organisere et nyt udbud.

Der skal altså være behov for at indgå en kontrakt her og nu, således at man end ikke kan afvente den måned, det vil tage at gennemføre hasteproceduren. "

HORTEN

Konkurssituationen afviger ikke afgørende fra den situation, BIF p.t befinder sig i.

BIF har med ganske kort varsel, og uden selv at have været involveret i beslutningen, fået fjernet det rammeaftalegrundlag, der ligger til grund for de ydelser, BIF modtager fra "andre aktører" inden for målgruppen.

Situationen kan efter vores opfattelse med rette karakteriseres som "ekstraordinær", da BIF ikke har haft mulighed for at forudsige Beskæftigelsesregionens pludselige opsigelse af Rammeaftalerne og derfor heller ikke selv har haft mulighed for at etablere og annoncere selvstændige aftaler, der kunne erstatte Rammeaftalerne.

På baggrund af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1 litra c, og med henvisning til den myndighedspraksis, der er etableret i relation til konkurssituationen, er det vores vurdering, at der med vægt kan argumenteres for, at BIF lovligt vil kunne indgå midlertidige aftaler uden forudgående annoncering.

Med henblik på "kopiere" forudsætningerne for aftaleindgåelsen uden udbud i konkurssituationen i videst muligt omfang, vil vi anbefale BIF at indgå nye midlertidige aftaler med de virksomheder, som BIF hidtil har haft delaftaler med i henhold til Beskæftigelsesregionens Rammeaftaler.

Vi anbefaler, at de midlertidige aftaler baseres på de samme vilkår, herunder samme priser, som følger af de konkrete Rammeaftaler og de delaftaler, som i øjeblikket udgør grundlaget for de "andre aktørers" levering af ydelser til BIF. Dog vil der være i mindre omfang være behov for at tilpasse aftalerne til den nye situation, hvor Beskæftigelsesregionen ikke længere er involveret i aftaleforholdet.

Såfremt særligt prisvilkårene og den "anden aktørs" opgaver er i overensstemmelse med de ydelser, der leveres i henhold til BIF's nuværende delaftaler, er det vores vurdering, at der med nogen vægt kan argumenteres for,

at der ikke sker væsentlige ændringer af det hidtidige aftaleforhold. At der ikke sker væsentlige ændringer af ydelsens pris og indhold må antages at udgøre et afgørende element i argumentationen for, at de midlertidige aftaler kan indgås uden forudgående annoncering.

Med den argumentation, der benyttes for at kunne indgå de midlertidige aftaler uden forudgående annoncering, er der næppe pligt til, at BIF indgår aftaler med alle de "andre aktører", der p.t. har en Rammeaftale med Beskæftigelsesregionen. Det synes umiddelbart tilstrækkeligt, at BIF indgår nye aftaler med de "andre aktører", der i forvejen har indgået delaftaler med BIF.

Som anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning er det formentlig kun muligt at lade de midlertidige aftaler bestå i en kortere periode (under et år), indtil der er tilrettelagt og gennemført et nyt udbud. Vi vil derfor anbefale, at BIF parallelt med indgåelsen af de midlertidige aftaler, påbegynder forberedelsen af et annonceringsudbud, der fremover kan udgøre et sikkert grundlag for BIF's visitering af borgere inden for målgrupperne.

Såfremt BIF ønsker at hjemtage indsatsen for målgrupperne i deres helhed i stedet for at udbyde dem på ny, kan BIF vælge at foretage en løbende indslusning af opgaverne. Der vil dog næppe være mulighed for en længere indslusningsperiode end den periode, der almindeligvis tillades til at forberede og gennemføre et nyt annonceringsudbud. Vi vil således anbefale, at BIF i givet fald bestræber sig på at hjemtage opgavevaretagelsen inden for maksimalt ét år.

HORTEN

3.3 Samarbejdet med a-kasserne

Vi har forstået, at BIF så vidt muligt ønsker at tilrettelægge indsatsen sådan, at BIF ikke er forpligtet til at anvende de "andre aktører" fra Rammeaftalerne for alle målgrupper. Vi har således forstået, at BIF har iværksat initiativer over for et antal a-kasser for at få dem til at overtage en del af de borgere, som det hidtil har været obligatorisk at udlægge til "anden aktør".

Det er vores vurdering, at det for så vidt angår muligheden for at indgå midlertidige aftaler uden forudgående annoncering ikke gør nogen forskel, om BIF vælger at organisere sig på en måde, der bevirker, at indsatsen over for enkelte borgere "overtages" af a-kasser.

Det har ikke ligget inden for rammerne af nærværende notat at foretage en juridisk vurdering af sådanne samarbejdsaftaler med a-kasser, herunder udbudsreglernes eventuelle betydning for disse.

3.4 Risici forbundet med indgåelse af midlertidige aftaler

Det kan ikke afvises, at BIF's indgåelse af midlertidige aftaler uden forudgående annoncering vil kunne resultere i indsigelser fra virksomheder, der ikke får mulighed for at indgå aftale med BIF. Henset til undtagelsesbestemmelsernes usikre rækkevidde kan det heller ikke med sikkerhed afvises, at Klagenævnet for Udbud i forbindelse med en potentiel klagesag vil give en klagende virksomhed medhold i, at BIF har handlet i strid med til-

budslovens afsnit 2 ved at indgå midlertidige aftaler uden forudgående annoncering.

Der synes imidlertid ikke at være et reelt alternativ til indgåelsen af de midlertidige aftaler. Det forekommer derudover næppe særligt sandsynligt, at en virksomhed vil indlede en formel klagenævnssag, såfremt BIF giver den pågældende virksomhed indblik i den ekstraordinære situation og eventuelt gør opmærksom på det planlagte annonceringsudbud, hvis BIF vælger at annoncere frem for at hjemtage opgaven.

Måtte BIF vælge at fastholde den eksterne opgavevaretagelse, dvs. annoncere ydelsen frem for at hjemtage opgaven, kan det overvejes at indrykke en såkaldt "vejledende forhåndsmeddelelse" i EU-tidende, hvor potentielle tilbudsgivere gøres bekendt med annonceringsudbuddet, og dermed også BIF's hensigt om snarligt at konkurrenceudsætte de pågældende opgaver.

Det skal i øvrigt bemærkes, at Klagenævnet for Udbud ikke har hjemmel til at erklære aftaler om bilag II B ydelser for "uden virkning". Denne sanktion er kun anvendelig i forbindelse aftaler om ydelser, der er omfattet af fuld EU-udbudspligt. En klagende virksomhed vil således reelt ikke kunne "få noget ud af" at klage til Klagenævnet for Udbud udover at kunne få Klagenævnets ord for, at de midlertidige aftaler skulle have været annonceret.

HORTEN

Hellerup, den 21. december 2011

Horten


Rikke Søgaard Berth
Martin Stæhr