



Beskæftigelsesminister Mette Frederiksen
Beskæftigelsesministeriet
Ved Stranden 8
1061 København K

30-01-2012

Sagsnr.
2012-17007

Dokumentnr.
2012-89811

Kære Mette Frederiksen

Som du ved, ønsker vi at styrke indsatsen for vores svageste ledige borgere blandt andet ved at øge brugen af frivilligt arbejde, socialøkonomiske virksomheder og brug af sociale klausuler. Målet er at opkvalificere borgerne – især i vores belastede boligområder - til arbejde og uddannelse. Vi ved fra tiden før krisen, at det kan lade sig gøre at få nogle af vores svageste grupper i job, hvis vi yder en målrettet indsats.

Vi er glade for din positive modtagelse af vores udspil om en 'frivillighedsplan', og sender dig i forlængelse heraf et bud på, hvordan vi kan gøre det muligt at oprette flere socialøkonomiske virksomheder i Danmark. Uden bedre vilkår og rammer har vores socialøkonomiske virksomheder meget svært ved at overleve i dag.

Problemet er, at den nuværende udbudslovgivning i Danmark ikke giver mulighed for at fremme bestemte virksomhedskonstellationer, herunder socialøkonomiske virksomheder. Det samme gælder brugen af sociale klausuler målrettet svage borgere i udsatte områder. Vi har derfor ikke mulighed for målrettet at hjælpe de belastede boligområdets svage grupper, der ikke er berettiget til en førtidspension, på nuværende tidspunkt.

Heldigvis har vi fundet en løsning. EU-lovgivningen giver mulighed for at indføre nationale lovgivninger, der:

- begrænser tildelingen af sociale opgaver til non-profit virksomheder, såfremt begrænsningen er nødvendig og proportional i forhold til opfyldelse af bestemte sociale formål under det nationale sikkerheds-system,

og

- tillader brugen af sociale klausuler, der tilgodeser bestemte persongrupper fra bestemte geografiske områder

jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 1. juli 2011, om mulighederne for at tilgodese socialøkonomiske virksomheder ved udbud på baggrund af Københavns Kommunes brev herom af 14. april 2011 (vedlagt).

Rådhuset
1599 København V.

Telefon
33 66 28 51

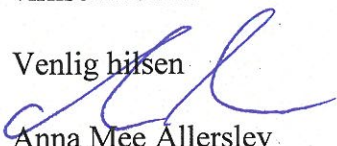
Telefax
33 66 71 30

E-mail
borgmester@bif.kk.dk

www.bif.kk.dk

På den baggrund tillader jeg mig at opfordre Regeringen til at tage initiativ til at indføre den nødvendige nationale lovgivning, så vi i kommunerne kan fremme markedet for socialøkonomiske virksomheder.

Venlig hilsen



Anna Mee Allerslev
Beskæftigelses- og Integrationsborgmester
Københavns Kommune



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Københavns Kommune
Københavns Rådhus
1559 København V

1. juli 2011
Sag 4/0420-8901-0383
/ BTP
Deres ref.

Vejledende udtalelser om mulighederne for at tilgodese socialøkonomiske virksomheder ved udbud

Københavns Kommune har i brev af 14. april 2011 anmodet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en vejledende udtalelse om mulighederne for at tilgodese socialøkonomiske virksomheder ved udbud.

Kommunen anmoder om, at styrelsen tager stilling til, hvorvidt og evt. under hvilke forudsætninger det er lovligt:

- At afgrænse ansøgergruppen til fx socialøkonomiske virksomheder, der ikke er beskyttede værksteder, ved udbud af specifikke sociale eller beskæftigelsesfremmende opgaver, såfremt der indføres national lovgivning herom?
 - Findes der dansk lovgivning, der muliggør dette?
 - Har styrelsen kendskab til om sådan lovgivning overvejes indført?
- At afgrænse/tilgodese rekrutteringen af fx unge ledige borgere, langtidsledige borgere etc. i sociale klausuler til et eller flere geografisk afgrænsede områder, fx særligt udsatte boligområder, såfremt der indføres national lovgivning herom?
 - Finder der dansk lovgivning, der muliggør dette?
 - Har styrelsen kendskab til om sådan lovgivning overvejes indført?
- At anvende et supplerende kriterium i tilbudsvurderingen vedrørende tilbuddets samlede beskæftigelseseffekt – uanset om denne beskæftigelseseffekt ikke er knyttet direkte til kontraktens genstand?

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal vejledende udtale følgende:

Indledningsvis skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse og således ikke har kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i konkrete sager. Det kan således ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud eller domstolene vil kunne være af en anden holdning.

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**
Nyropsgade 30
1780 København V

Tlf. 72 26 80 00
Fax 33 32 61 44
CVR-nr. 64 96 46 15
ks@ks.dk
www.kfst.dk

**ØKONOMI- OG
ERHVERVS MINISTERIET**

1. Muligheden for at indføre national lovgivning, der tillader, at ordregiver tilgodeser socialøkonomiske virksomheder ved udbud af sociale eller beskæftigelsesfremmende opgaver

København Kommune har til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at der ved en socialøkonomisk virksomhed forstås en non-profit virksomhed, som fungerer organisatorisk uafhængig af den offentlige sektor og som har et socialt, sundheds- eller miljømæssigt formål.

I Kommissionens arbejdsdokument "Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest" (SEC(2010)1545), har Kommissionen udtalt sig om muligheden for at begrænse et udbud til kun at gælde for non-profit virksomheder. Heraf fremgår det, at ordregivende myndigheder i forbindelse med en udbudsprocedure ikke kan reservere kontrakten til bestemte grupper af virksomheder, fx socialøkonomiske virksomheder. Det skyldes, at udbudsdirektivet er baseret på det princip, at alle økonomiske aktører skal behandles lige og ikke-forskelsbehandles, jf. udbudsdirektivets artikel 2.

Det er derimod muligt ved en national lov, der regulerer udførelsen af en bestemt social aktivitet, at bestemme, at adgangen til at yde særlige tjenester som udgangspunkt begrænses til gavn for bestemte virksomheder. En sådan lov udgør imidlertid en restriktion i henhold til EUF-traktatens artikel 49 om etableringsrettens fri bevægelighed og 56 om tjenesteydernes fri bevægelighed. Loven skal derfor konkret kunne begrundes i tvingende almene hensyn. Endvidere skal loven sikre opfyldelse af den målsætning, den har, og ikke være mere vidtgående end det, der er nødvendigt, for at denne målsætning kan opfyldes.

I henhold til EU-domstolens praksis kan en lov, der begrænser tildelingen af sociale opgaver til non-profit virksomheder, fx være begrundet, såfremt begrænsningen er nødvendig og proportional i forhold til opfyldelse af bestemte sociale formål under det nationale sociale sikkerhedssystem, jf. dom af 17. juni 1997 i sag C-70/95, Sodemare.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke kendskab til, hvorvidt der findes dansk lovgivning, som tillader ordregiverne at tilgodesee non-profit virksomheder, herunder socialøkonomiske virksomheder.

Det bemærkes, at selvom der findes national lovgivning, der tillader ordregiverne at reservere kontrakter til non-profit virksomheder, skal tildeling af kontrakterne ske under overholdelse af EU's udbudsregler, såfremt kontrakten vurderes at have en grænseoverskridende interesse. Ordregiver skal således bl.a. påse overholdelse af reglerne om offentliggørelse, hvilket fx indebærer, at ordregiver ved udbud af kontrakter omfattet af udbudsdirektivet i udbudsbekendtgørelsen under betingelserne for deltagelse skal angive, at kontrakten er reserveret til non-profit virksomheder.

2. Muligheden for at indføre national lovgivning, der tillader, at ordregiver gennem anvendelse af sociale klausuler tilgodeser bestemte persongrupper fra geografisk afgrænsede områder

EU-retten er ikke til hinder for, at der i national lov fastsættes regler om anvendelse af sociale klausuler ved udbud af offentlige opgaver med henblik på at muliggøre sociale målsætninger, fx ansættelse af langtidsledige fra bestemte områder.

De nationale regler skal dog være forenelige med EU-rettens regler og principper, herunder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse og proportionalitet.

Fx vil et krav om beskæftigelse af langtidsledige være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, såfremt kravet kun kan opfyldes af indenlandske bydende eller kun vanskeligt kan opfyldes af bydende fra andre medlemsstater, jf. EU-domstolens dom af 20. september 1988 i sag 31/87, Beentjes.

Ligeledes vil et krav om, at tilbudsgiverne skal beskæftige personer fra bestemte områder kunne være i strid med princippet om forbuddet mod forskelsbehandling. Hvorvidt ordregiver kan stille sådanne krav, beror dog altid på en konkret vurdering. Det kan således ikke udelukkes, at det er muligt ved lov at stille krav herom. Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens umiddelbare opfattelse, at et krav om, at tilbudsgiverne skal beskæftige personer fra bestemte områder, som regel vil gøre det vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemslande at deltage i udbuddet, og at en lov, der stiller sådanne krav, derfor som udgangspunkt vil udgøre en restriktion i forhold til EU-rettens regler og principper.

Kun hvor en national lov konkret kan begrundes i tvingende almene hensyn, og hvor loven sikrer opfyldelse af den målsætning, den har, og ikke er mere vidtgående end det, der er nødvendigt, for at denne målsætning kan opfyldes, vil det være muligt at indføre bestemmelser, der udgør en restriktion i forhold til EUF-traktatens regler og principper.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ikke bekendt med, om der findes dansk lovgivning, som tillader ordregivende myndigheder ved udbud af offentlige opgaver gennem anvendelse af sociale klausuler at tilgodese bestemte persongrupper fra bestemte geografiske områder, og om lovgivningen i så fald er i overensstemmelse med EU-reglerne.

Det bemærkes, at selvom der findes national lovgivning, som tillader ordregivende myndigheder gennem anvendelse af sociale klausuler at tilgodese bestemte persongrupper fra bestemte geografiske områder, skal ordregiver overholde EU's udbudsregler, såfremt kontrakten vurderes at have en grænseoverskridende interesse. Ordregiver skal således bl.a. påse overholdelse af reglerne om offentliggørelse, hvilket fx indebærer, at

ordregiver ved udbud af kontrakter omfattet af udbudsdirektivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet skal angive, hvilke krav ordregiver stiller til kontraktens udførelse.

3. Muligheden for at anvende et kriterium i tilbudsvurderingen vedrørende tilbuddets samlede beskæftigelseseffekt, uanset at kriteriet ikke er knyttet direkte til kontraktens genstand

Ordregiver kan ved udbud efter udbudsdirektivet vælge mellem to tildelingskriterier, nemlig laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved tildelingskriteriet laveste pris kan ordregiver kun lægge vægt på prisen. Det udelukker inddragelse af sociale hensyn.

Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud opregner udbudsdirektivets artikel 53 en ikke-udtømmende liste over underkriterier, som ordregiver kan lægge vægt på ved tildeling af kontrakten. Det er derfor muligt for ordregiver at lægge vægt på andre end de i artikel 53 nævnte underkriterier ved tildeling af kontrakten, herunder ikke-økonomiske kriterier såsom sociale kriterier.

Afgørende krav for, at et socialt kriterium lovligt kan anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, er

- at kriteriet er knyttet til kontraktens genstand,
- at kriteriet er specifikt og objektivt kvantificerbart,
- at kriteriet udtrykkeligt er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og
- at kriteriet er i overensstemmelse med EU-rettens regler og principper.

At disse krav skal være opfyldt, for at et socialt kriterium lovligt kan anvendes som underkriterium til det økonomisk mest fordelagtige bud, kan bl.a. udledes af EU-domstolens dom af 17. september 2002 i sag C-513/99, Concordia Bus, og dom af 4. december 2003 i sag C-448/01, Wienstrom.

Hvor et socialt kriterium anvendes som et såkaldt yderligere kriterium ud over underkriterierne, er det imidlertid ikke et krav, at kriteriet er tilknyttet kontraktens genstand. Af Kommissionens "Buying Social – A guide to taking account of social considerations in public procurement" (SEC(2010)1258) fremgår, at ordregiver kan anvende et yderligere kriterium ud over underkriterierne, der ikke er tilknyttet kontraktens genstand, såfremt kriteriet anvendes til endelig evaluering af to eller flere tilbud, som vurderes at være helt lige.

Kommissionen henviser i sin fortolkningsmeddelelse til EU-domstolens dom af 26. september 2000 i sag C-225/98, Kommissionen mod Den Franske Republik. I dommen har EU-domstolen tilladt anvendelsen af

yderligere kriterier, der ikke er tilknyttet kontrakten genstand, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

- kriteriet udtrykkeligt er nævnt i udbudsbekendtgørelsen, og
- kriteriet er i overensstemmelse med EU-rettens regler og principper.

Af dommens præmis 47 fremgår det, "at det tildelingskriterium, der er tale om i denne sag, ikke udgør et hovedkriterium som dem, der er henvist til i artikel 29 i direktiv 71/305, hvis formål er at gøre det muligt at bestemme, hvilket bud der er det mest fordelagtige, men et accessorisk kriterium, der ikke er afgørende."

Derimod fremgår det ikke umiddelbart at dommen – som anført af Kommissionen – at der ved yderligere kriterier forstås kriterier, som kun finder anvendelse, såfremt ordregiver efter evaluering af tilbuddene på baggrund af de fastlagte underkriterier har to eller flere tilbud, som vurderes at være helt lige.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, er praksis således umiddelbar uklar med hensyn til, hvad der forstås ved yderligere kriterier, der ikke er tilknyttet kontraktens genstand.

Dette skal ligeledes ses i lyset af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2009, hvor klagenævnet har udtalt følgende:

"Hvis evalueringen af 3 tilbud fører til, at tilbuddene har samme pointtal, påhviler det ordregiveren at foretage en mere tilbundsående evaluering af tilbuddene. Dette kan ske ved eksempelvis at foretage en nøjere måling i forhold til de enkelte elementer i tildelingskriterierne (...). Det er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet at lade et delkriterium være udslagsgivende."

Klagenævnet for Udbud har således fastslået, at det ikke er tilladt at lade et delkriterium være afgørende, såfremt to eller flere tilbud vurderes at være helt lige.

I forhold til ovennævnte kendelse fra Klagenævnet for Udbud skal det bemærkes, at det ikke fremgik af udbudsmaterialet, at det pågældende delkriterium ville være udslagsgivende, hvis to eller flere tilbud vurderedes at være helt lige. Det kan derfor ikke udelukkes, at klagenævnet ville have kommet frem til et andet resultat, såfremt det havde fremgået af udbudsmaterialet, at det pågældende delkriterium ville være udslagsgivende.

På baggrund af Kommissionens meddelelse må det imidlertid lægges til grund, at det er lovligt i forbindelse med tildelingen at anvende et yderligere kriterium, der ikke er tilknyttet kontraktens genstand, såfremt kriteriet anvendes som afgørende kriterium ved valg mellem to eller flere tilbud, som vurderes at være helt lige, og det afgørende kriterium er nævnt

i udbudsbekendtgørelsen og i øvrigt er i overensstemmelse med EU-rettens regler og principper.


Det er herefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering, at det vil være lovligt at anvende et kriterium vedrørende tilbuddets samlede effekt, som afgørende kriterium til valg mellem to eller flere tilbud, der vurderes at være helt lige, uanset om denne beskæftigelseseffekt ikke er knyttet direkte til kontraktens genstand. Det er dog en betingelse, at kriteriet er nævnt i udbudsbekendtgørelsen, og at kriteriet er i overensstemmelse med EU-rettens regler og principper.

Offentliggørelse

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal afslutningsvis henlede opmærksomheden på, at styrelsen agter at offentliggøre denne udtalelse på styrelsens hjemmeside www.kfst.dk. Såfremt der måtte være bemærkninger til dette, bedes disse være styrelsen i hænde inden 10 dage fra modtagelsen af denne udtalelse.

Såfremt der er spørgsmål til denne udtalelse, er I velkommen til at kontakte undertegnede på telefon 72268025/e-mail pz@kfst.dk eller Betina Tångberg Pedersen på telefon 72268122/ e-mail btp@kfst.dk.

Med venlig hilsen



Pia Ziegler
Kontorchef
Tlf. direkte 72268025
pz@kfst.dk