

STRICTLY CONFIDENTIAL - LEGAL PRIVILEGE

NOTAT

OM SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER - DIREKTE KONTRAKTINDGÅELSE OG STØTTE

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	INDLEDNING.....	3
2	KONKLUSION	3
	2.1 KONTRAKTRETIG VURDERING	3
	2.2 FORVALTNINGSRETIG OG KOMMUNALRETIG VURDERING	4
	2.3 UDBUDSRETIG VURDERING.....	5
3	FAKTUM OG FORUDSÆTNINGER	7
	3.1 SAGENS BAGGRUND	7
	3.2 SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER.....	7
4	DE EKSISTERENDE RAMMEAFTALER - KONTRAKTRETIG VURDERING	9
5	FORVALTNINGSRETIG OG KOMMUNALRETIG VURDERING	11
	5.1 STØTTE	11
	5.2 DIREKTE TILDELING AF KONTRAKTER	13
6	UDBUDSRETIG VURDERING.....	16
	6.1 UDBUDSREGLERNES ANVENDELSESOMRÅDE OG FORPLIGTELSE TIL UDBUD/ANNONCERING	16
	6.1.1 "KLAR GRÆNSEOVERSKRIDENDE INTERESSE".....	17
	6.2 ANVENDELSE AF SOCIALE HENSYN SOM UDVÆLGELSESKRITERIER, TILDELINGSKRITERIER OG/ELLER KRAV TIL KONTRAKTENS UDFØRELSE	22
	6.2.1 ANVENDELSE AF SOCIALE HENSYN VED UDVÆLGELSE AF TILBUDSGIVERE	23
	6.2.2 ANVENDELSE AF SOCIALE HENSYN SOM TILDELINGSKRITERIER.....	24
	6.2.3 ANVENDELSE AF SOCIALE HENSYN SOM KONTRAKTVILKÅR/KRAV TIL KONTRAKTENS UDFØRELSE	27
	6.3 SANKTIONER VED ULOVLIG DIREKTE TILDELING AF KONTRAKTER ELLER VED ULOVLIG ANVENDELSE AF SOCIALE HENSYN SOM UDVÆLGELSESKRITERIER, TILDELINGSKRITERIER ELLER KONTRAKTVILKÅR	28

NOTAT**OM SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER - DIREKTE KONTRAKTINDGÅELSE OG STØTTE****1 Indledning**

Københavns Kommune ("Kommunen") har bedt Plesner om at vurdere, om Kommunen har mulighed for at indgå kontrakter direkte med socialøkonomiske virksomheder, navnlig vedrørende varetagelse af opgaver efter beskæftigelsesindsatsen, jf. kapitel 10-12 eller 14 i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats ("LAB-loven")¹, køb af varer (f.eks. gaveartikler) eller ydelse af støtte til sådanne virksomheder.

Kommunen ønsker en vurdering heraf set i relation til:

- (i) de eksisterende rammeaftaler, som Kommunen har indgået med leverandører inden for beskæftigelsesindsatsen (kontraktretlig vurdering),
- (ii) de forvaltningsretlige principper om sikring af økonomisk, forsvarlig forvaltning og lighedsgrundsætningen samt kommunalfuldmagtens rammer (forvaltningsretlig og kommunalretlig vurdering), og
- (iii) tilbudsloven, udbudsdirektivet og EUF-traktaten (udbudsretlig vurdering).

Ovennævnte vurderinger udmøntes i en samlet procesanbefaling.

2 Konklusion**2.1 Kontraktretlig vurdering**

Kontraktretligt - i forhold til leverandørerne under de eksisterende rammeaftaler - vil der ikke være noget til hinder for, at Kommunen indgår aftaler med socialøkonomiske virksomheder om udførelse af opgaver inden for beskæftigelsesindsatsen, forudsat at der er tale om andre opgaver, end dem der er omfattet af de konkurrenceudsatte rammeaftaler.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 415 af 24. april 2013 om en aktiv beskæftigelsesindsats

Der kan derimod ikke ske en direkte tildeling af kontrakter til socialøkonomiske virksomheder om de samme opgaver, der er omfattet af rammeaftalerne, hvilket særligt bliver tydeligt i de tilfælde, hvor de pågældende socialøkonomiske virksomheder havde budt på rammeaftalerne, men ikke været blandt de vindende tilbud.

Det samme gør sig gældende for så vidt angår rammeaftaler om indkøb af varer, f.eks. gaveartikler, hvor Kommunen har oplyst, at der er ved at blive indgået rammeaftaler om køb af chokolade, vin og blomster. Kommunen kan derfor kun indgå aftaler om køb af andre varer.

2.2 *Forvaltningsretlig og kommunalretlig vurdering*

Kommunen kan ikke lovligt yde støtte til udvalgte socialøkonomiske virksomheder. Dette skyldes forbuddet mod ydelse af tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner; i dette tilfælde drejer det sig om støtte til en særlig, ny socialøkonomisk virksomhedsform, hvilket der på nuværende tidspunkt ikke er lovhjemmel til.

Dette vil gælde, uanset om Kommunen selv udpeger navngivne socialøkonomiske virksomheder, eller om Kommunen opretter en økonomisk pulje, som de socialøkonomiske virksomheder selv kan ansøge om midler fra.

For så vidt angår *direkte tildeling af kontrakter* er der - set i lyset af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om indkøb af Fairtrade-mærkede varer - meget, der taler for, at udviklingen går i retning af, at det vil være et sagligt kriterium at lægge vægt på, om leverandøren er en socialøkonomisk virksomhed, også selv om ydelserne måtte være dyrere.

Dette vil dog kun kommunalretligt kunne forsvares, hvis de ydelser, som de socialøkonomiske virksomheder tilbyder, adskiller sig fra de øvrige private virksomheders, f.eks. fordi der er forøgede omkostninger til at sikre samfundsmæssige hensyn. Dette må bero på en konkret vurdering. Grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning gælder dog også for disse indkøb.

Der gælder i så fald ingen særlige regler om tidsbegrænsning af kontrakterne eller en øvre økonomisk ramme, men henset til (i) princippet for forsvarlig økonomisk forvaltning, og (ii) at kontrakterne ikke har været konkurrenceudsat, bør kontrakterne jævnligt kunne revurderes, f.eks. således at de alene vedrører særskilte projekter inden for beskæftigelsesområdet af indtil nogle måneders varighed.

Som nævnt under punkt 3.2 forventes der i øvrigt lovgivet inden for dette område i det kommende folketingsår, hvilket kan give helt nye muligheder for Kommunen.

2.3 Udbudsretlig vurdering

Kommunens kontraktforhold med socialøkonomiske virksomheder vedrører primært socialt arbejde inden for beskæftigelsesområdet og således de såkaldte bilag IIB-tjenesteydelser, men det overvejes fremover også at tildele socialøkonomiske virksomheder kontrakter vedrørende andre former for tjenesteydelser, der kan være såkaldte bilag IIA-tjenesteydelser, samt indkøbe gaveartikler produceret af de socialøkonomiske virksomheder.

Kontrakter omfattende bilag IIA-tjenesteydelser og vareindkøb vil - afhængigt af værdien - kunne være udbudspligtige efter enten udbudsdirektivet eller tilbudsloven.

Kontrakter omfattende bilag IIB-tjenesteydelser er ikke omfattet af udbudsdirektivet og/eller tilbudsloven, men kan være underlagt de generelle principper i EUF-traktaten, såfremt kontrakterne har en "*klar grænseoverskridende interesse*".

Det er ikke klart defineret, hvornår en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, og det beror således på en konkret vurdering af hver enkelt kontrakt ud fra (i) kontraktens størrelse, (ii) kontraktens (tekniske) karakter og (iii) geografiske placering/tilknytning.

Bilag IIB-tjenesteydelser er oprindeligt udskilt i udbudsdirektiver, fordi de er anset som mindre egnede til grænseoverskridende handel, og der er flere forhold, der taler imod, at kontrakter vedrørende socialt arbejde inden for beskæftigelsesområdet skal anses som havende en klar grænseoverskridende interesse. Kommunen vil således kunne tildele sådanne kontrakter direkte, dvs. uden udbud/annoncering til socialøkonomiske virksomheder.

Globaliseringen har dog for visse bilag IIB-tjenesteydelser medført, at disse i dag må anses for at have grænseoverskridende interesse, og udviklingen inden for beskæftigelsesområdet må således overvåges, og hvis der f.eks. forekommer en ikke uvæsentlig stigning i tilstedeværelsen af udenlandske aktører, bør der foretages en revurdering.

Det anbefales, at der udarbejdes klare retningslinjer for, hvornår der kan ske direkte tildeling af kontrakter til socialøkonomiske virksomheder, fordi der ikke er tale om en klar grænseoverskridende interesse, hvor bl.a. indgår de saglige og proportionale sociale karakteristika, som socialøkonomiske virksomheder (eller andre potentielle leverandører) skal have, førend de kan komme i betragtning til direkte tildeling af aftaler.

Såfremt en given kontrakt skal udbydes/annonceres, er spørgsmålet, om Kommunen kan inddrage sociale hensyn i enten udvælgelsen af tilbudsgivere, tildelingen af kontrakt eller kontraktens udførelse, der forbeholder kontrakten for eller gør det muligt for socialøkonomiske virksomheder at vinde den udbudte kontrakt.

Kommunen vil i disse situationer være underlagt udbudsdirektivets eller tilbudslovens regler, og skal således blandt andet overholde ligebehandlingsprincippet.

Det indebærer, at det ikke er muligt i forbindelse med udvælgelse af ansøgere at forbeholde kontrakten for socialøkonomiske virksomheder, og at der er meget begrænsede muligheder for under udvælgelsen at lægge vægt på de karakteristika og forhold, der adskiller socialøkonomiske virksomheder fra andre aktører.

Kommunen vil i begrænset omfang kunne inddrage sociale hensyn i tildelingskriterierne eller som krav til kontraktens udførelse, forudsat at en række praksisudviklede betingelser er opfyldt, hvilket blandt andet indebærer, at der skal være en konkret sammenhæng mellem de efterstræbte hensyn og kontraktens genstand.

3 Faktum og forudsætninger

3.1 *Sagens baggrund*

Kommunen har oplyst, at ønsket om en redegørelse udspringer af, at Kommunen ønsker at fokusere mere på de socialøkonomiske virksomheder, enten i form af indgåelse af gensidigt bebyrdende aftaler på beskæftigelsesområdet efter LAB-loven, ved køb af varer (f.eks. gaveartikler) eller ved at tildele støtte til de socialøkonomiske virksomheders arbejde.

Kommunen har i øvrigt i 2011/2012 afholdt et udbud vedrørende beskæftigelsestilbud til primært indsatsklare ledige borgere (matchgruppe 2), hvor nogle socialøkonomiske virksomheder vandt en rammeaftale med Kommunen, mens andre socialøkonomiske virksomheder har indgivet tilbud, men ikke været blandt de vindende bud.

Kommunen har endvidere oplyst, at Kommunen er undervejs med indgåelse af rammeaftaler om køb af gaveartikler i form af chokolade, vin og blomster.

3.2 *Socialøkonomiske virksomheder*

På nuværende tidspunkt findes ikke en officiel definition af socialøkonomiske virksomheder. I Regeringens: "National civilsamfundsstrategi - en styrket inddragelse af civilsamfundet og frivillige organisationer i den sociale indsats" fra oktober 2010 (side 44) er en socialøkonomisk virksomhed en not-for-profit virksomhed, der overordnet er kendetegnet ved:

- Har et socialt, sundheds- og/eller miljømæssigt formål
- Har et salg af ydelser og/eller produkter
- Geninvesterer et eventuelt overskud i virksomheden og formålet
- Er organisatorisk uafhængig af den offentlige sektor
- Har et CVR-nr.

En lignende definition er angivet i en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens²:

"Fonden [Socialøkonomi.dk] tilkendegiver, at socialøkonomisk virksomhedsdrift defineres som en virksomhed:

- Der har en erklæret social mission (i vedtægter, formålsbestemmelser m.v.)
- Er non-profit, d.v.s overskuddet re-investeres i virksomheden.
- Bygger på en høj grad af involvering af borgeren, medarbejderen civilsamfundet m.v.
- Har det fulde økonomiske ansvar og har såvel etablerings- som afviklingsretten."

Regeringen har i øvrigt nedsat et udvalg, der skal undersøge barrierer for etablering og udvikling af socialøkonomiske virksomheder, herunder komme med anbefalinger og et konkret lovforslag til en ny virksomhedsform under navnet socialøkonomiske virksomheder.

Det fremgår af udvalgets kommissorium, at udvalget bl.a. skal opstille en definition af socialøkonomiske virksomheder samt analysere og vurdere muligheder for offentlige myndigheder for at understøtte, oprette og samarbejde med socialøkonomiske virksomheder.

Udvalget skal aflevere en rapport til erhvervs- og vækstministeren medio 2013 med henblik på fremsættelse af lovforslag i folketingssamlingen 2013/2014.

I forbindelse med den kommende lov om socialøkonomiske virksomheder må det således forventes, at der fastsættes nærmere regler, som enten vil underbygge eller ændre de konklusioner, der fremgår af dette notat.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 24. juni 2008 vedrørende klausul om socialøkonomisk virksomhedsdrift i kommunale udbud

4 De eksisterende rammeaftaler - kontraktretlig vurdering

Kommunen har pr. 1. juli 2012 indgået rammeaftaler med forskellige leverandører efter afholdelse af udbud om beskæftigelsestilbud til primært indsatsklare ledige borgere (matchgruppe 2).

Efter Kommunens oplysninger er en del af disse leverandører socialøkonomiske virksomheder. En del andre virksomheder, herunder andre socialøkonomiske virksomheder, havde budt på opgaven, men ikke været blandt de vindende tilbud.

De indgåede rammeaftaler udløber den 30. juni 2015, medmindre Kommunen eller de enkelte leverandører forinden har opsagt rammeaftalerne med 6 måneders varsel. Kommunen har endvidere efter rammeaftalens punkt 19 mulighed for at forlænge rammeaftalerne i op til 12 måneder.

Efter rammeaftalerne punkt 5.2 har Kommunen ingen forpligtelse til at visitere borgere til leverandøren, og i rammeaftalens punkt 21 er oplistet en række forbehold:

"Denne rammeaftale er kun bindende for Københavns Kommune under forudsætning af, at der årligt opnås fornøden bevillingsmæssig hjemmel.

Københavns Kommune forbeholder sig ret til i hele aftaleperioden at afholde nye udbud af de opgaver, der er omfattet af rammeaftalen, eller at overlade sådanne opgaver til udførelse internt i kommunen.

Københavns Kommune forbeholder sig ret til i hele aftaleperioden at anvende andre aktører, end de leverandører der er omfattet af rammeaftalen, til opgaver, der er omfattet af rammeaftalen, hvis Københavns Kommune skal anvende andre aktører omfattet af et statsligt rammeudbud, jf. § 12 a i lov om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats.

Københavns Kommune forbeholder sig ret til i hele aftaleperioden at anvende andre aktører, end de leverandører der er omfattet af rammeaftalen, til opgaver, der er omfattet af rammeaftalen, hvis

Københavns Kommune får pålæg fra beskæftigelsesministeren om at anvende andre aktører, jf. § 11 i lov om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats" (vores understregninger).

Kommunen kan således frit afholde nye udbud af de opgaver, der er omfattet af rammeaftalerne - og i så fald vil leverandørerne også selv kunne byde på disse opgaver - eller selv hjemtage opgaverne til udførelse internt i Kommunen.

Kommunen kan derimod ikke på anden vis - medmindre Kommunen er retligt forpligtet hertil efter §§ 11 og 12 a i lov om ansvaret for og styringen af den aktive beskæftigelsesindsats - indgå aftaler med andre leverandører om de opgaver, der er omfattet af rammeaftalerne. Dette gælder, selv om Kommunen ikke har garanteret at visitere nogen borgere til leverandørerne.

Hvis Kommunen ønsker at overlade disse opgaver til (andre) socialøkonomiske virksomheder end dem, der har vundet udbuddet, må rammeaftalerne derfor principielt opsiges, medmindre der er tale om enkeltstående opgaver af bagatelagtig karakter.

Kommunens overladelse af opgaverne til andre aktører vil dog ikke berettige leverandørerne til at hæve aftalen, idet kun Kommunens manglende overholdelse af sine betalingsforpligtelser kan berettige til ophævelse af aftalen, jf. rammeaftalens punkt 15.

Hvis Kommunen derimod vurderer, at der er behov for udførelse af andre opgaver inden for beskæftigelsesindsatsen end lige netop dem, der er omfattet af rammeaftalerne, vil der ikke være noget til hinder for, at sådanne opgaver overlades til socialøkonomiske virksomheder.

Sammenfattende vil der kontraktretligt - i forhold til leverandørerne under de eksisterende rammeaftaler - ikke være noget til hinder for, at Kommunen indgår aftaler med socialøkonomiske virksomheder om udførelse af opgaver inden for beskæftigelsesindsatsen forudsat, at der er tale om nye opgaver, der ikke er omfattet af de konkurrenceudsatte rammeaftaler.

Der kan derimod ikke ske en direkte tildeling af kontrakter til socialøkonomiske virksomheder om de samme opgaver, der er omfattet af rammeaftalerne, hvilket

særligt bliver tydeligt i de tilfælde, hvor de pågældende socialøkonomiske virksomheder havde budt på rammeaftalerne, men ikke været blandt de vindende tilbud.

Afslutningsvis bemærkes, at Kommunen i rammeaftalerne har taget forbehold for, at der årligt opnås den fornødne bevillingsmæssige hjemmel. Hvis der således ikke opnås den fulde fornødne bevillingsmæssige hjemmel, f.eks. fordi en del af midlerne skal anvendes til andre opgaver inden for beskæftigelsesindsatsen, vil leverandørerne under rammeaftalerne ikke kunne rejse krav mod Kommunen i anledning heraf.

Rent juridisk vil der således ikke være noget til hinder for denne fremgangsmåde. Om det vil være hensigtsmæssigt set i forhold til de eksisterende leverandørers incitament til på ny at anvende mange ressourcer på afgivelse af tilbud under kommende udbud, er et politisk spørgsmål, som ligger uden for dette notats rammer at tage stilling til.

Vi har ikke modtaget de konkrete rammeaftaler for indkøb af gaveartikler (chokolade, vin og blomster), men de samme forhold som beskrevet ovenfor gør sig gældende for disse aftaler, forudsat at de indeholder samme forbehold mv.

5 Forvaltningsretlig og kommunalretlig vurdering

5.1 Støtte

Efter kommunalfuldmagtsreglerne kan en kommune som udgangspunkt lovligt yde *general støtte* til erhvervslivet, f.eks. i form af tilvejebringelse og vedligeholdelse af en god infrastruktur samt information i form af et erhvervskontor mv., idet der i sådanne tilfælde kun er en ringe risiko for konkurrenceforvridning mv. Den generelle støtte kan dog ikke udstrækkes til støtte i form af dækning af produktionsomkostninger for virksomhederne, heller ikke selv om denne form for støtte gælder for alle virksomheder i kommunen og for så vidt er generel.

Efter kommunalfuldmagtsreglerne kan en kommune derimod som altovervejende hovedregel ikke uden lovhjemmel yde støtte til *individuelle, private virksomheder*, se Karsten Revsbech: "Kommunernes opgaver - Kommunalfuldmagten mv.", 2. ud-

gave (Kbh), 2010, side 170 og 178 ff, idet det vil kollidere med forbuddet mod begunstiggelse af enkeltpersoner og kan virke konkurrenceforvridende.

Der gælder dog en forholdsvis begrænset modifikation hertil for den situation, hvor en kommune - der selv kunne have varetaget en opgave - i stedet yder et tilskud til en privat virksomhed, som varetager en tilsvarende opgave. Betingelserne for at yde støtte er i så fald følgende, se på ny "Kommunernes opgaver - Kommunalfuldmagten mv.", side 185 ff:

- Kommunen skal selv kunne varetage opgaven
- Støtten skal øremærkes til formålet
- Kommunen skal føre kontrol med, at støtten kun anvendes til formålet
- Den private virksomhed må alene opnå et udbytte af begrænset omfang, f.eks. svarende til almindelig låneforretning af den indskudte kapital
- Kommunen skal sikre, at den private virksomhed varetager opgaven efter samme retningslinjer, som kommunen ville have været forpligtet til at følge

Disse mange krav gør det mere nærliggende at tale om en kommunal finansiering af den private virksomheds udførelse af en kommunal opgave end om et egentlig tilskud el.lign.

I praksis har modifikationen navnlig været anvendt til støtte til opretholdelse af færgeforbindelser, garantistillelse for et lån til opførelse af et kraftvarmeværk, indskud af grundkapital til minizoo og andre mere enkeltstående og specifikke aktiviteter.

Dette står i modsætning til den støtte til navngivne socialøkonomiske virksomheder, som Kommunen ønsker at give, for at de kan varetage de selv samme opgaver på eksempelvis beskæftigelsesområdet, som Kommunen i en årrække har konkurrenceudsat.

Sammenfattende er det derfor vores vurdering, at Kommunen ikke lovligt kan yde støtte til udvalgte socialøkonomiske virksomheder. Dette skyldes forbuddet mod ydelse af tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner; i dette tilfælde støtte til en særlig, ny socialøkonomisk virksomhedsform, hvilket der på nuværende tidspunkt ikke er lovhjælp til.

Dette vil gælde, uanset om Kommunen selv udpeger navngivne socialøkonomiske virksomheder, eller om Kommunen opretter en økonomisk pulje, som de socialøkonomiske virksomheder selv kan ansøge om midler fra.

Som nævnt under punkt 3.2 har Regeringen imidlertid nedsat et udvalg, der skal udarbejde et lovforslag for socialøkonomiske virksomheder, herunder vurdere mulighederne for kommunal støtte til sådanne virksomheder, til fremsættelse i folketingsåret 2013/2014. En sådan lov kan give den fornødne hjemmel.

5.2 *Direkte tildeling af kontrakter*

Når Kommunen skal vælge leverandører af varer og tjenesteydelser, skal det ske ud fra saglige kriterier, hvor der skal inddrages saglige hensyn såsom pris, kvalitet og leveringsbetingelser mv. Dette har sammenhæng med kravet om, at Kommunen skal handle økonomisk forsvarligt, selv om denne forpligtelse er vanskelig at afgrænse. Økonomi- og Indenrigsministeriet har endvidere ikke i de sidste mange år underkendt en kommunal beslutning alene på grund af dennes økonomiske uforsvarlighed, se hertil "Kommunernes opgaver - Kommunalfuldmagten m.v.", side 84 ff., særligt side 86.

Det har hidtil været anset som relativt begrænset, i hvilket omfang en kommune efter kommunalfuldmagtsreglerne har kunnet påtage sig et videre samfundsansvar.

Økonomi- og Indenrigsministeriet har imidlertid i en nylig afgivet udtalelse af 3. maj 2013 vedrørende Aarhus Kommune taget stilling til kommunernes mulighed for at varetage Fair Trade-hensyn bl.a. i forbindelse med kommunens indkøbspolitik vedrørende Fairtrade-mærkede varer.

Ministeriet har i udtalelsen redegjort for den skrevne lovgivning på området, herunder lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd, der forudsætter, at kommuner kan indbringes for mæglings- og klageinstitutionen, hvis de ikke overholder OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder.

OECD's retningslinjer har til formål, "*at tilskynde virksomheder til at udnytte deres evne til at bidrage positivt til økonomisk, social, og miljømæssig fremgang*", men retningslinjerne er frivillige for virksomhederne og kan ikke håndhæves retligt.

Ministeriet har i udtalelsen lagt til grund, at spørgsmålet om, hvorvidt en kommune må varetage Fair Trade-hensyn, ikke er reguleret i den skrevne lovgivning, men skal afgøres efter kommunalfuldmagtsreglerne.

Afgrænsningen af, hvilke opgaver en kommune må varetage efter kommunalfuldmagtsreglerne, må *"endvidere ske under hensyn til internationalt anerkendte standarder og principper om samfundsansvar, som anses for generelt anerkendelsesværdige i samfundet"* (udtalelsen, side 21, 2. sidste afsnit).

Ministeriet udtalte herefter, at kommunalbestyrelsen har en forpligtelse til at handle økonomisk forsvarligt. Denne forpligtelse indebærer imidlertid ikke, at kommunalbestyrelsen i forbindelse med indkøb af varer er forpligtet til kun at lægge vægt på pris og kvalitet. Ministeriet udtalte endvidere følgende:

"Økonomi- og Indenrigsministeriet finder, at det forhold, at det offentlige, herunder kommuner, i varierende omfang kan påtage sig et samfundsansvar ... blandt andet gør sig gældende i forhold til de varer, som kommunen indkøber, og at det således er lovligt, at en kommune udnytter sin mulighed for at efterspørge varer og ydelser, der er produceret under ansvarlige forhold.

...

Økonomi- og Indenrigsministeriet finder imidlertid ikke, at det vil være lovligt, at en kommunal indkøbspolitik indebærer, at der ydes tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner..." (vores understregninger).

Ministeriet fandt samlet set, at indkøb af Fairtrade-mærkede varer ikke kan side-stilles med forbuddet mod begunstiggelse af enkeltpersoner, og at den højere pris for produktet skyldes forøgede omkostninger til navnlig at sikre de hensyn, der kan indgå i varetagelsen af et samfundsansvar.

- 0 -

Set i lyset af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om indkøb af Fairtrade-mærkede varer, er der meget, der taler for, at udviklingen går i retning af, at det vil være et sagligt kriterium at lægge vægt på, om leverandøren er en socialøkonomisk virksomhed.

På den anden side er det væsentligste kendetegn ved socialøkonomiske virksomheder, at de er non-profit virksomheder, der har et socialt formål og reinvesterer et eventuelt overskud i deres virksomhed. Ydelserne bliver derfor ikke nødvendigvis produceret eller udført under nogen forhold, der er anderledes og samfundsmæssigt bedre end dem, som de øvrige private virksomheder anvender. I det omfang, de socialøkonomiske virksomheders ydelser er dyrere end konkurrenternes, men er af samme kvalitet og produceres under samme forhold, kan dette således ikke - som i ministeriets Fairtrade-udtalelse - forsvares ud fra en betragtning om, at de forøgede omkostninger skyldes varetagelsen af et samfundsansvar.

Tilsvarende vil dyrere ydelser dog kunne forsvares, hvis de ydelser, som de socialøkonomiske virksomheder tilbyder, adskiller sig fra de øvrige private virksomheders. Kommunen vil derfor kunne vurdere konkret, om der er behov for udførelse af andre opgaver i beskæftigelsesindsatsen, som de socialøkonomiske virksomheder vil have særlige forudsætninger for at kunne levere. Det kan f.eks. være tilfælde, hvor de socialøkonomiske virksomheder i særlig grad har kompetencer i forhold til inklusion og rummelighed overfor målgrupper af udsatte ledige med særlig komplekse problemstillinger, og af denne grund er mere omkostningstunge.

Der gælder i så fald ingen særlige regler om tidsbegrænsning af kontrakterne eller en øvre økonomisk ramme, men henset til princippet for forsvarlig økonomisk forvaltning, og at kontrakterne ikke har været konkurrenceudsat, bør kontrakterne jævnligt kunne revurderes, f.eks. således at de alene vedrører særskilte projekter forløb inden for beskæftigelsesområdet af relativ kort varighed. De bør endvidere have karakter af at være enkeltstående, således at de ikke ved gentagne forlængelser eller lignende bliver af høj økonomisk værdi, får grænseoverskridende karakter (se punkt 6) mv.

Som nævnt under punkt 3.2 forventes der i øvrigt lovgivet inden for dette område inden for de kommende folketingsår, hvilket kan give helt nye muligheder for Kommunen.

6 Udbudsretlig vurdering

6.1 Udbudsreglernes anvendelsesområde og forpligtelse til udbud/annoncering

Udbudsreglerne (udbudsdirektivet³ og tilbudsloven⁴) finder anvendelse på gensidigt bebyrdende kontrakter om levering af eksempelvis varer og tjenesteydelser indgået mellem en ordregivende myndighed og en ekstern økonomisk aktør. De generelle principper i EUF-traktaten, herunder om ligebehandling og gennemsigtighed, finder anvendelse på enhver kontrakt, der har en "*klar grænseoverskridende interesse*".

Kommunen har oplyst, at kontraktforholdene med socialøkonomiske virksomheder primært vedrører socialt arbejde inden for beskæftigelsesområdet og således de såkaldte bilag IIB-tjenesteydelser (kategori 25).

Det overvejes dog fremover også at tildele socialøkonomiske virksomheder kontrakter vedrørende andre former for tjenesteydelser, der kan være såkaldte bilag IIA-tjenesteydelser, samt indkøbe gaveartikler produceret af de socialøkonomiske virksomheder.

En kontrakt om varekøb og/eller udførelse af bilag IIA-tjenesteydelser er, hvis værdien af kontrakten overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi (for 2013 kr. 1.489.820), omfattet af udbudsdirektivets procedureregler, og Kommunen vil for sådanne kontrakter være forpligtet til at iværksætte et EU-udbud.

Såfremt værdien af en kontrakt om varekøb eller udførelse af bilag IIA-tjenesteydelser ikke overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, men overstiger kr. 500.000, vil kontrakten skulle annonceres i medfør af reglerne i tilbudslovens afsnit II.

Kontrakt med en værdi på under kr. 500.000 kan principielt være omfattet af EUF-traktatens generelle principper, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det må dog formodes, at en kontrakt med en så lav værdi ikke kan siges at have en "*klar grænseoverskridende interesse*", medmindre helt særlige forhold gør sig gældende.

³ Direktiv 2004/18/EF

⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007

Bilag IIB-tjenesteydelser er med to undtagelser ikke underlagt udbudsdirektivets procedureregler, jf. direktivets artikel 21, og Kommunen vil således ikke være forpligtet til at iværksætte et EU-udbud af kontrakten. Såfremt en kontrakt om udførelse af bilag IIB-tjenesteydelser overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, vil Kommunen alene være underlagt kravene i direktivets artikel 23 vedrørende tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, vedrørende forpligtelsen til at offentliggøre en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakten i EU-Tidende.

Ligeledes vil Kommunen heller ikke i medfør tilbudsloven - efter den seneste ændring heraf⁵ pr. 1. januar 2013 - være forpligtet til at annoncere kontrakten i medfør af tilbudslovens afsnit II.

Bilag IIB-tjenesteydelser kan dog være underlagt EUF-traktatens grundlæggende principper, såfremt kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, jf. nærmere afsnit 6.1.1 nedenfor, hvilket vil indebære, at Kommunen skal sikre en passende grad af offentlighed om kontrakten til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver.⁶

Denne offentliggørelse kan f.eks. ske ved annoncering på myndighedens hjemmeside, i den elektroniske udbudsavis som drives af Udbudsportalen, i dagblade eller i et relevant tidsskrift.

Hvis værdien af en kontrakt er under 500.000, må det dog som ovenfor anført formentlig kunne lægges til grund, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

6.1.1 *"Klar grænseoverskridende interesse"*

På baggrund af ovenstående kan afgrænsningen af, hvornår Kommunen vil være forpligtet til at udbyde/annoncere en kontrakt og således være afskåret fra at til-

⁵ Lov nr. 1234 af 18. december 2012 om ændring af bl.a. tilbudsloven

⁶ Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (EUT 2006/C 179/02) samt eksempelvis Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio.

dele en kontrakt direkte til en socialøkonomisk virksomhed, illustreres som følger, idet spørgsmålet om grænseoverskridende interesse uddybes nedenfor:

Kontraktværdi (kr.)	0-500.000	500.000- 1.489.820	>1.489.820
Ydelse			
Varer	Ingen udbuds- eller annonceringspligt. Formodning for ingen klar grænseoverskridende interesse.	Annonceringspligt i henhold til tilbudslovens afsnit II.	EU-udbud efter udbudsdirektivet.
Bilag IIA-tjenesteydelser	Ingen udbuds- eller annonceringspligt. Formodning for ingen klar grænseoverskridende interesse.	Annonceringspligt i henhold til tilbudslovens afsnit II.	EU-udbud efter udbudsdirektivet.
Bilag IIB-tjenesteydelser	Ingen udbuds- eller annonceringspligt. Formodning for ingen klar grænseoverskridende interesse.	Ingen udbuds- eller annonceringspligt - heller ikke efter Sandsynligvis kun undtagelsesvist klar grænseoverskridende interesse.	Ingen udbuds- eller annonceringspligt. Udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, skal overholdes. Jo større værdi, jo større sandsynlighed for, at der vil kunne være en klar grænseoverskridende interesse, men mange B-ydelser er oprindeligt anset som "mindre egnede" til grænseoverskridende handel.

Kontrakter vedrørende bilag IIB-tjenesteydelser, herunder tjenesteydelser inden for den sociale indsats på beskæftigelsesområdet, kan som ovenfor anført være underlagt EUF-traktatens grundlæggende principper, såfremt kontrakten har en "*klar grænseoverskridende interesse*".

Der er ikke - hverken i lovgivningen eller i retspraksis - nogen eksakt definition af, hvornår en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. EU-Domstolen har dog udtalt følgende:

"En kontrakt om udførelse af arbejder vil eksempelvis kunne have en sådan grænseoverskridende interesse på grund af sin anslåede værdi i kombination med sin tekniske karakter eller som følge af, at arbejderne skal udføres på et sted, som kan have interesse for udenlandske erhvervsdrivende."⁷

Vurderingen skal således baseres på en samlet, konkret vurdering af hver enkelt aftale ud fra (i) kontraktens størrelse (værdi og formentlig også varighed), (ii) kontraktens tekniske karakter og (iii) om udførelsesstedets geografiske placering/tilknytning indebærer, at kontrakten kan have interesse for udenlandske virksomheder.

I forhold til det første forhold fremhævet af EU-Domstolen - kontraktens størrelse - vil det være naturligt at skele til de tærskelværdier, som er fastsat i udbudsdirektivet og tilbudsloven.

Ved en kontraktværdi på under kr. 500.000 må det som altovervejende hovedregel kunne lægges til grund, at kontrakten har en så bagatelagtig værdi, at den ikke kan siges at have en klar grænseoverskridende værdi.

Ved en kontraktværdi på mellem kr. 500.000 og 1.489.820 må det - henset til, at kontrakter med en sådan værdi er undtaget fra udbud efter udbudsdirektivet - som udgangspunkt kunne lægges til grund, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, medmindre de øvrige forhold i EU-Domstolens udtalelse klart tilsiger andet.

Ved en kontraktværdi på over kr. 1.489.820 er det ikke muligt at sætte en generel grænse for, hvornår en kontrakt kan siges at have/ikke have klar grænseoverskridende interesse, idet det beror på en konkret vurdering, blandt andet af hvilke omkostninger der er forbundet med iværksættelsen af de aktiviteter, som er forbundet med kontrakten. Visse ydelser, eksempelvis juridisk rådgivning om dansk

⁷ Forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP, pr. 24

ret, har sådanne karakteristika, at de uanset værdi ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Som udgangspunkt vil det dog ofte forholde sig således, at desto større værdi en kontrakt har, desto større interesse vil den som udgangspunkt kunne have for en udenlandsk virksomhed. Endvidere vil det formentlig have betydning, i hvor stort omfang de øvrige forhold nævnt i EU-Domstolens udtalelse taler for eller imod, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Der kan heller ikke fastsættes en generel grænse for, hvornår en kontrakts varighed indebærer, at kontrakten kan have klar grænseoverskridende interesse, men desto længere aftalen løber, desto større sandsynlighed må der antages at være for, at det kan være tilfældet.

I forhold til kontraktens tekniske forhold, som også blev fremhævet af EU-Domstolen, burde der principielt gælde en formodning for, at der ikke vil være en klar grænseoverskridende interesse for kontrakter om bilag IIB-tjenesteydelser. Ved indførelsen af udbudsdirektivet blev sondringen mellem bilag IIA- og bilag IIB-tjenesteydelser foretaget, fordi bilag IIB-tjenesteydelser blev vurderet til at have en karakter, der på grund af blandt andet lovgivningsmæssige og kulturelle forskelle gør dem mindre velegnede til handel på tværs af landegrænserne. Globaliseringen har dog utvivlsomt forrykket dette udgangspunkt for en række af de i bilag IIB anførte tjenesteydelser.

En række bilag IIB-tjenesteydelser, eksempelvis jernbanetransport (kategori 18), må således - henset til, at der i dag er en række udenlandske aktører på de relevante markeder i Danmark - antages alligevel at have fået en klar grænseoverskridende interesse, og det har således betydning for vurderingen, i hvilket omfang udenlandske aktører er til stede på markedet for levering af de ydelser, der omfattes af kontrakten.

Kommunen har oplyst, er man har kendskab til én udenlandsk (hollandsk) leverandør, der leverer ydelser inden for beskæftigelsesområdet til en kommune i Københavns omegn. Tilstedeværelsen af en enkelt udenlandsk virksomhed gør dog ikke, at der kan siges at være en klar grænseoverskridende interesse i kontrakter på området.

I forhold til det tredje forhold fremhævet af EU-Domstolen - udførelsesstedets geografiske placering/tilknytning - vil den tætte geografiske tilknytning mellem Sydsverige og Kommunen muligvis indebære, at kontrakten kan have interesse for udenlandske (svenske) virksomheder.

Ifølge vores oplysninger bliver de beskæftigelsesindsatsopgaver, som de socialøkonomiske virksomheder udfører for Kommunen, imidlertid i et vist omfang iværksat på de socialøkonomiske virksomheders initiativ, hvilket synes at indikere, at evnen til at identificere og løse lokale sociale behov og beskæftigelsesbehov kræver dels et indgående kendskab til de lokale forhold og behov, dels en lokal kontaktflade, som virksomheder lokaliseret i Sverige ikke nødvendigvis har. Dette taler imod, at kontrakter om tjenesteydelser inden for beskæftigelsesområdet skulle have en klar grænseoverskridende interesse.

Overordnet set er der således flere forhold, der tyder på, at mindre kontrakter om ydelser inden for beskæftigelsesområdet generelt kan anses som ikke havende en klar grænseoverskridende interesse.

Det anbefales dog at overvåge udviklingen i tilstedeværelsen af udenlandske virksomheder på markedet for tjenesteydelser inden for beskæftigelsesområdet, idet denne kan indebære, at området med tiden kan få en klar grænseoverskridende interesse.

Det skal understreges, at vurderingen af, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, er en del af den ordregivende myndigheds *ex ante* skønsudøvelse.⁸ Som udgangspunkt indebærer det, at såfremt Kommunen kan dokumentere, at der på forhånd er foretaget en saglig vurdering af, om en given kontrakt skal anses som havende en klar grænseoverskridende interesse, vil en klage over tildelingen af en given aftale skulle påvise, at vurderingen er behæftet med åbenbare fejl.

Det skal derfor anbefales, at Kommunen udarbejder klare retningslinjer for, hvornår der kan ske direkte tildeling af kontrakter til socialøkonomiske virksomheder. Retningslinjerne bør i hvert fald indeholde følgende:

⁸ Forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP, pr. 30

- (i) En beløbsmæssig grænse for, hvornår Kommunen vurderer, at en kontrakt kan have en klar grænseoverskridende interesse.
- (ii) En tidsmæssig grænse, dvs. en grænse for hvor lang løbetid en aftale må antages at skulle have, førend den bliver interessant for udenlandske interesser.
- (iii) En oversigt over de saglige og proportionale sociale karakteristika, som socialøkonomiske virksomheder (eller andre potentielle leverandører) skal have, førend de kan komme i betragtning til tildeling af aftaler i henhold til retningslinjerne, jf. i øvrigt afsnit 5.2 og 6.2.

6.2 *Anvendelse af sociale hensyn som udvælgelseskriterier, tildelingskriterier og/eller krav til kontraktens udførelse*

Kommissionen har i en vejledning om inddragelse af sociale hensyn i offentlige indkøb⁹ anført en ikke-udtømmende liste over sociale hensyn, der kan være relevante (og saglige) i forbindelse med et udbud. Blandt disse hensyn er en række hensyn, der kan have betydning i nærværende sammenhæng: Støtte til social integration, fremme af socialøkonomiske organisationer, fremme af beskæftigelsesmuligheder, fremme af virksomheders sociale engagement og hensyntagen til/fremme af etisk handel.

Såfremt en kontrakt skal udbydes/annonceres i medfør af enten udbudsdirektivet eller tilbudsloven, opstår spørgsmålet, om det er muligt, at opstille krav baseret på disse sociale hensyn til enten udvælgelsen af tilbudsgivere, tildelingen af kontrakt eller kontraktens udførelse, der forbeholder kontrakten for socialøkonomiske virksomheder, eller gør det muligt for socialøkonomiske virksomheder at vinde den udbudte kontrakt.

I det følgende lægges til grund, at det er de i afsnit 3 anførte karakteristika samt de socialøkonomiske virksomheders kendskab til og sociale engagement i de relevante lokalområder, der adskiller dem fra andre aktører, der kan levere de udbudte ydelser.

⁹ Kommissionens *Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb* (SEK(2010) 1258), s. 7-9

6.2.1 *Anvendelse af sociale hensyn ved udvælgelse af tilbudsgivere*

Udvælgelsen af deltagere i en EU-udbudsprocedure er reguleret af udbudsdirektivets artikel 44, jf. artikel 45-52. Den ordregivende myndighed skal således først vurdere, om en given ansøger skal udelukkes i medfør af udelukkelsesgrundene i artikel 45-46, og dernæst vurdere ansøgerens evne til at løfte den udbudte opgave ud fra ansøgerens økonomisk/finansielle og tekniske kapacitet.

De krav, der stilles til ansøgernes evne til at løfte opgaven, skal "*hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand*", jf. artikel 44, stk. 2, og skal ligeledes overholde de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Kommissionen har udtalt, at en ordregivende myndighed ikke af egen drift, dvs. uden hjemmel i eksempelvis national lovgivning, vil kunne begrænse ansøgerfeltet i et udbud til virksomheder, der opererer på non-profit basis.¹⁰

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har endvidere i en vejledende udtalelse¹¹ klart udtalt, at det efter styrelsens opfattelse ikke vil være muligt på forhånd at udelukke andre end socialøkonomiske virksomheder fra deltagelse i et udbud:

"Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at kravet om, at alle økonomiske aktører skal behandles lige og ikke forskelsbehandles, medfører, at ordregivende myndigheder ligeledes ikke kan bestemme, at kun virksomheder, der samarbejder med sociale økonomiske virksomheder må udvælges."

Dette gælder ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for udbud af kontrakter både over og under udbudsdirektivets tærskelværdi.

Det må således kunne lægges til grund, at Kommunen ikke på forhånd kan "reservere" udbudspligtige kontrakter til socialøkonomiske virksomheder.

¹⁰ Kommissionens *Staff working document: Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest* (SEK(2007) 1514), punkt 2.7

¹¹ Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. juni 2008 vedrørende klausul om socialøkonomisk virksomhedsdrift i kommunale udbud

Kommunen vil som anført kunne opstille krav til ansøgernes tekniske kapacitet, dvs. eksempelvis erfaringer og kompetencer, inden for den type opgaver, som kontrakten vedrører. Det vil imidlertid med al sandsynlighed ikke være sagligt eller have sammenhæng med kontraktens genstand at stille krav om, at ansøgerne udviser et socialt engagement i lokalområdet, har fysisk tilstedeværelse i eller tilknytning til lokalområdet, har en erklæret social mission i sine vedtægter m.v. eller opererer på non-profit basis. Sådanne krav viser umiddelbart ikke noget om tilbudsgivernes evne til at løfte kontrakten, hvilket er det der er formålet med at opstille krav til ansøgernes tekniske og økonomisk/finansielle kapacitet, og vil endvidere *de facto* udelukke kommercielle virksomheder, hvilket vil være i strid med ligebehandlingsprincippet.

De ovenfor anførte betragtninger gælder både for udbud af tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter.

Vi anbefaler på denne baggrund, at Kommunen i forbindelse med udbud/annoncering af kontrakter (i) ikke på forhånd udelukker andre aktører end socialøkonomiske virksomheder, og (ii) ikke opstiller (minimums)krav til ansøgere i udbud af sådanne kontrakter, som indebærer at andre aktører stilles dårligere end socialøkonomiske virksomheder eller *de facto* afskæres fra deltagelse i udbuddet.

6.2.2 *Anvendelse af sociale hensyn som tildelingskriterier*

Det forudsættes, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Som udgangspunkt har ordregivende myndigheder stor frihed med hensyn til valg af delkriterier for tildeling af en given kontrakt, og det er alment anerkendt i både EU-domstolens praksis¹², af Kommissionen og af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at en ordregivende myndighed kan inddrage andet end økonomiske kriterier, eksempelvis sociale hensyn, i kriterierne for kontrakttildeling.

Der gælder i henhold til EU-Domstolens praksis fire betingelser for at inddrage sociale hensyn som tildelingskriterier:

- (i) Tildelingskriterierne skal være knyttet til kontraktens genstand

¹² Sag C-513/99, Concordia Bus, pr. 60-63, og sag C-448/01, Wienstrom, pr. 33

- (ii) Tildelingskriterierne skal være specifikke og objektivt målbare, således at den ordregivende myndighed ikke får frit valg mellem de mulige leverandører
- (iii) Tildelingskriterierne skal være oplyst på forhånd, dvs. offentliggjort i udbudsgrundlaget (udbudsbekendtgørelsen eller -annoncen)
- (iv) Tildelingskriterierne skal være i overensstemmelse med EU-reglerne, herunder EUF-traktatens grundlæggende principper

For at sociale hensyn kan inddrages som tildelingskriterier skal de således indebære en målbar (ikke-økonomisk) merværdi for den ordregivende myndighed i forhold til den konkrete anskaffelse, således at det er muligt at inddrage denne merværdi i evalueringen af, hvilket tilbud der samlet set er (økonomisk) mest fordelagtigt for den ordregivende myndighed. Hertil kommer, at den ordregivende myndighed skal overholde proportionalitetsprincippet, hvilket blandt andet indebærer, at bestemte aktører (eksempelvis kommercielle virksomheder) ikke fuldstændig må afskæres muligheden for at deltage i eller vinde udbuddet.

Det må antages, at der vil være forholdsvis begrænsede muligheder for at lægge vægt på de karakteristika, som kendetegner en socialøkonomisk virksomhed.

Eksempelvis vil det være svært at argumentere for, at det har nogen merværdi for Kommunen, at en leverandør opererer på non-profit basis.

Det må endvidere antages, at det ikke vil være muligt at lægge vægt på, om leverandøren udviser et socialt engagement i lokalområdet eller har en erklæret social mission i sine vedtægter, idet dette som udgangspunkt heller ikke kan siges at indebære en merværdi for Kommunen.

Det må særligt for vareindkøbskontrakter anses som uden betydning, hvor leverandøren er lokaliseret, herunder om leverandøren har lokal tilstedeværelse i form af kontor, værksted m.v., idet leverandørens geografiske placering som klart udgangspunkt ikke kan antages at have indvirkning på varernes egenskaber.

For tjenesteydelseskontrakter kan den geografiske placering undtagelsesvis have konkret og væsentlig betydning for den pågældende opgaves udførelse. Klagenæv-

net for Udbud har i en enkelt kendelse¹³ anerkendt muligheden for at lægge vægt på en leverandørs geografiske beliggenhed, men grænserne for anvendelse af et sådant kriterium er ganske snævre. Det skal bemærkes, at sagen angik en annoncering efter tilbudslovens afsnit II og således ikke nødvendigvis kan overføres til udbud efter udbudsdirektivets regler.

Endvidere kan det heller ikke udelukkes, at visse opgaver grundet deres helt særlige karakter, vil kunne anses som særligt velegnede til at blive udført af personer, der normalvis står udenfor det normale arbejdsmarked, og at hensynet til den sociale integration af disse personer i arbejdsmarkedet således vil retfærdiggøre, at den sociale integration inddrages som en del af tildelingskriterierne. Tildelingskriterierne skal dog formuleres på en sådan måde, at kommercielle virksomheder også vil kunne opfylde dem, såfremt de vælger at ansætte socialt udsatte personer til at udføre opgaverne. Det er endvidere en forudsætning, at tildelingskriterierne er proportionale, dvs. ikke fuldstændigt afskærer andre aktører end socialøkonomiske virksomheder.

Særligt for vareindkøbskontrakter skal det bemærkes, at Kommunen - ud fra et ønske om at fremme indkøbet af etisk ansvarlige varer - overvejer at indkøbe gaveartikler fra socialøkonomiske virksomheder/værksteder, hvor socialt udsatte personer står for produktionen. Netop for sådanne genstande kan værdien ikke nødvendigvis opgøres i den økonomiske værdi og genstandens anvendelse, men i lige så høj eller højere grad i den "symbolske" værdi i, at genstanden er produceret af socialt udsatte personer, på samme måde som værdien ved et såkaldt fair trade-produkt også omfatter den deraf følgende bæredygtighed og etiske produktion. Den socialt ansvarlige produktion kan således have en ikke-økonomisk merværdi i forhold til industrielt producerede genstande. Der henvises i øvrigt til betragtningerne vedrørende indkøb af fair trade-produkter ovenfor i afsnit 5.2. Såfremt dette hensyn inddrages ved indkøbet af gaveartikler, skal det selvfølgelig tilsikres, at de øvrige betingelser opstillet i EU-Domstolens praksis ligeledes opfyldes.

¹³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune

Der gælder efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse¹⁴ videre rammer for brugen af sociale hensyn som tildelingskriterier for udbud omfattet af tilbudslovens regler; dog skal principperne om ligebehandling og gennemsigtighed fortsat overholdes.

Vi skal på baggrund af ovenstående anbefale, at Kommunen alene inddrager sociale hensyn som tildelingskriterier, såfremt det for den konkrete opgave med en stor grad af sikkerhed kan fastslås, (i) at de sociale hensyn, som kriteriet skal varetage, indebærer en merværdi for Kommunen. Såfremt sådanne kriterier inddrages, skal det sikres, (ii) at det i udbudsmaterialet klart er beskrevet, hvorledes opfyldelse af de sociale hensyn indgår i tilbudsevalueringen, (iii) at det er muligt at evaluere og differentiere mellem de indkomne tilbud i forhold til de sociale hensyn, samt (iv) at inddragelsen af de sociale hensyn ikke afskærer andre aktører end socialøkonomiske virksomheder fra at kunne vinde kontrakten.

6.2.3 *Anvendelse af sociale hensyn som kontraktvilkår/krav til kontraktens udførelse*

Kommissionen har i en vejledning om inddragelse af sociale hensyn i offentlige indkøb¹⁵ anført tre betingelser for at inddrage sociale hensyn som krav til kontraktens udførelse:

- (i) Kontraktbestemmelsen vedrørende det sociale hensyn skal være knyttet til kontraktens udførelse
- (ii) Kontraktbestemmelsen skal være oplyst på forhånd, dvs. offentliggjort i udbudsgrundlaget (udbudsbekendtgørelsen eller -annoncen)
- (iii) Kontraktbestemmelsen skal være i overensstemmelse med EU-reglerne, herunder EUF-traktatens grundlæggende principper

Der er et vist sammenfald med de betingelser, som EU-Domstolen har fastlagt for inddragelse af sociale hensyn som tildelingskriterier, og der skal således henvises til de betragtninger, der er gjort under afsnit 6.2.2. Det kan dog ikke antages at være en betingelse for inddragelse af sociale hensyn som kontraktkrav, at de skaber en målbar merværdi for Københavns Kommune.

¹⁴ Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. juni 2008 vedrørende klausul om socialøkonomisk virksomhedsdrift i kommunale udbud

¹⁵ Kommissionens *Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb* (SEK(2010) 1258), s. 43-44

Særligt for så vidt den første betingelse skal endvidere bemærkes, at eftersom kontraktbestemmelsen vedrørende det sociale hensyn skal være knyttet til kontraktens udførelse, vil det ikke være muligt i kontrakten at stille krav til leverandørens generelle sociale engagement, herunder eksempelvis krav til ansættelse/beskæftigelse af bestemte (socialt udsatte) persongrupper, frivilligt arbejde, engagement i lokalområder etc. Det vil således heller ikke være muligt at opstille kontraktkrav om, at virksomhed i henhold til kontrakten skal udføres på non-profit basis.

Det skal endvidere endelig bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en vejledende udtalelse¹⁶ har udtalt, at det "*er vanskeligt at indføre sociale klausuler vedrørende [vareproduktion]*".

6.3 *Sanktioner ved ulovlig direkte tildeling af kontrakter eller ved ulovlig anvendelse af sociale hensyn som udvælgelseskriterier, tildelingskriterier eller kontraktvilkår*

Såfremt en kontrakt tildeles direkte, dvs. uden udbud, og den direkte tildeling af Klagenævnet for Udbud og/eller domstolene skulle blive erklæret for ulovlig i forhold til udbudsreglerne, afhænger sanktionsmulighederne af, hvilken type kontrakt der er tale om.

Det følger af håndhævelseslovens¹⁷ § 17, at en kontrakt skal erklæres for uden virkning, hvis den i strid med de er omfattet af udbudsdirektivet er indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende. Såfremt en kontrakt erklæres for uden virkning, vil Klagenævnet enten skulle pålægge Kommunen at bringe kontrakten til ophør, jf. § 18, eller pålægge Kommunen en økonomisk sanktion, jf. § 19.

I denne sammenhæng vil håndhævelseslovens regler alene omfatte kontrakter vedrørende vareindkøb og bilag IIA-tjenesteydelser, hvor værdien overstiger direktivets tærskelværdi.

¹⁶ Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. juni 2008 vedrørende klausul om socialøkonomisk virksomhedsdrift i kommunale udbud

¹⁷ Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Kontrakter under direktivets tærskelværdi eller kontrakter vedrørende bilag IIB-tjenesteydelser vil derimod ikke være omfattet, eftersom de ikke skal udbydes i medfør af udbudsdirektivet, og såfremt Klagenævnet for Udbud annullerer Kommunens beslutning om at tildele kontrakt, vil der alene være tale om, at den forvaltningsretlige beslutning annulleres.

Det samme gør sig formentlig gældende i forhold til en kontrakt tildelt på baggrund af en udbudsprocedure, hvor Klagenævnet for Udbud konstaterer, at Kommunen ulovligt har anvendt et socialt hensyn som udvælgelseskriterium, tildelingskriterium eller kontraktvilkår.

Som udgangspunkt må muligheden for, at en kontrakt kan pålægges ophævet, anses for begrænset til de tilfælde, der er omtalt i håndhævelseslovens §§ 16-17. Dog har Vestre Landsret¹⁸ i et tilfælde af en klar og grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet pålagt en ordregivende myndighed at ophæve en kontrakt, selvom der ikke var nogen udtrykkelig hjemmel hertil.

Denne dom må dog umiddelbart anses som et særtilfælde, og såfremt Kommunen ikke på ulovlig vis har søgt at forskelsbehandle mellem socialøkonomiske virksomheder og andre aktører, og i øvrigt kan dokumentere, at der *ex ante* er foretaget en saglig vurdering af det forhold, der påklages, må det formodes, at en ulovligt indgået kontrakt formentlig ikke vil kunne pålægges ophævet ud fra en sådan betragtning.

København, den 25. juni 2013



Gitte Holtsø
advokat, partner



Mariene Hannibal
advokat, senioradvokat

¹⁸ Vestre Landsrets dom af 3. juli 2012 refereret i U.2012.3232V