

STRICTLY CONFIDENTIAL - LEGAL PRIVILEGE

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

- SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	INDLEDNING.....	3
2	SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER.....	4

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER**SOCIALØKONOMISKE VIRKSOMHEDER****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"), indkøb af varer (f.eks. gaveartikler) eller yde støtte til sådanne virksomheder, under hensyntagen 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).

Som bilag 1 vedlægges vores notat af 25. juni 2013 om socialøkonomiske virksomheder, der indeholder en vurdering af de ovennævnte forhold.

Dette dokument sammenfatter konklusionerne i vores notat og kommer med anbefalinger til Kommunen med henblik på at fremme socialøkonomiske virksomheder.

Det bemærkes indledningsvist, at Regeringen har nedsat et udvalg, der bl.a. skal vurdere muligheder for offentlige myndigheder for at understøtte, oprette og samarbejde med socialøkonomiske virksomheder. Udvalget skal aflevere en rapport om socialøkonomiske virksomheder til erhvervs- og vækstministeren medio 2013 med henblik på fremsættelse af et lovforslag i folketingssamlingen 2013/2014 (se bilag 1, punkt 3.2).

Den kommende lovgivning kan således give helt nye muligheder for Kommunen i forhold til, hvad der gælder i dag.

2 Sammenfatning og anbefalinger

Baseret på konklusionerne i vores notat af 25. juni 2013 er det **for det første** vores vurdering, at Kommunen kan inddrage socialøkonomiske virksomheder på følgende måder, forudsat at kontakterne ikke er udbudspligtige:¹

- Ved at indkøbe varer, herunder gaveartikler, fra socialøkonomiske virksomheder.

Set i lyset af Økonomi- og Indenrigsministeriets udtalelse af 3. maj 2013 om indkøb af Fairtrade-mærkede varer taler meget 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 kun kommunalretligt kunne forsvares, hvis de ydelser, som de socialøkonomiske virksomheder tilbyder, adskiller sig fra de øvrige private virksomheders, f.eks. fordi de forøgede omkostninger skyldes varetagelsen af et samfundsansvar. Grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning gælder dog også for disse indkøb.

Det er i øvrigt en forudsætning, at Kommunen ikke har indgået rammeaftaler om levering af de samme typer af varer, og således kontraktretligt har forpligtet sig til ikke at købe gaveartikler fra andre leverandører. Efter det oplyste er Kommunen imidlertid kun undervejs med indgåelse af rammeaftaler vedrørende gaveindkøb i form af chokolade, vin og blomster, og Kommunen vil derfor være frit stillet i forhold til andre typer af gaveartikler.

- Ved at tildele kontrakter direkte til socialøkonomiske virksomheder inden for beskæftigelsesområdet forudsat:
 - (i) At der er tale om andre opgaver end dem, der er omfattet af de konkurrenceudsatte rammeaftaler.

¹ Dvs. vareindkøb og Bilag IIA-tjenesteydelser til under 500.000 kr. samt Bilag IIB-tjenesteydelser uden klar grænseoverskridende interesse.

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

- (ii) At Kommunen konkret vurderer, at 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 borgere, herunder svage ledige med komplekse problemstillinger såsom diverse handicaps og diagnosticerede psykiske lidelser.

Det kan også være ledige med svære problemstillinger i forhold til at opnå fodfæste på arbejdsmarkedet, såsom komplekse sociale problemstillinger, herunder misbrugsproblematikker, ledige med kriminel baggrund og borgere med kulturelle og/eller sproglige barrierer i forhold til det danske arbejdsmarked.

- (iii) At Kommunen i forvejen har et relativt indgående kendskab til markedet for disse ydelser og følger udviklingen i markedet, og det dermed - uden konkurrenceudsættelse - kan sikres, at princippet om økonomisk forsvarelig forvaltning kan overholdes.

Samtidig skal Kommunen for indkøb af Bilag IIB-tjenesteydelser være opmærksom på, om der opstår en klar grænseoverskridende interesse for levering af de pågældende ydelser, hvilket kan medføre udbudspligt efter EUF-traktaten.

- (iv) At kontrakterne jævnligt kan revurderes, f.eks. således at de alene vedrører særskilte projektforsøg af relativ kort varighed.

Der gælder ingen særlige formkrav til kontrakterne i relation til varighed eller økonomisk ramme. Af hensyn til dels reglerne om økonomisk forsvarelig forvaltning, dels udbudsreglerne, bør de i deres karakter imidlertid være enkeltstående, således at de ikke ved gentagne forlængelser eller lignende bliver af høj økonomisk værdi, får grænseoverskridende interesse mv.

Sammenfattende for kontrakter, der ikke er udbudspligtige anbefaler (1) vi, at Kommunen fastlægger en politik for indkøb af varer og tjenesteydelser fra socialøkonomiske virksomheder, herunder ved at udarbejde klare retningslinjer for, hvornår der kan ske direkte tildeling af kontrakter til socialøkonomiske virksomheder. Retningslinjerne bør i hvert fald indeholde følgende:

- (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. Det kan f.eks. være særlige kompetencer i forhold til inklusion og rummelighed over for målgrupper af udsatte ledige med særlige komplekse problemstillinger.

Baseret på konklusionerne i vores notat af 25. juni 2013 er det **for det andet** vores vurdering, at Kommunen efter kommunalfuldmagtsreglerne *ikke* kan yde støtte til udvalgte socialøkonomiske virksomheder eller til socialøkonomiske virksomheder som gruppe. Dette skyldes forbuddet mod ydelse af tilskud til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner.

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.

Endelig er det **for det tredje** vores vurdering, at for udbudspligtige kontrakter kan Kommunen *ikke* forbeholde kontrakten for socialøkonomiske virksomheder, og 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 kun i begrænset omfang kunne inddrage sociale hensyn i tildelingskriterierne eller som krav til kontraktens udførelse, forudsat at en række praksisudviklede betingelser er opfyldt, herunder at der skal være en konkret sammenhæng mellem de efterstræbte hensyn og kontraktens genstand.

Sammenfattende har vi følgende anbefalinger for kontrakter, der er udbudspligtige efter udbudsdirektivet eller efter EUF-traktaten:²

- Vi anbefaler (2), 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 udbudet.

Det må antages, at der vil være forholdsvis begrænsede muligheder for at inddrage sociale hensyn i tildelingskriterierne og således lægge vægt på de karakteristika, som kendetegner en socialøkonomisk virksomhed. 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.

- Vi anbefaler (3), at Kommunen alene inddrager sociale hensyn som tildelingskriterier, såfremt det for den konkrete opgave med en stor grad af sikkerhed kan fastslås, at de sociale hensyn, som kriteriet skal varetage, indebærer en merværdi for Kommunen. Såfremt sådanne kriterier inddrages, skal det sikres, at

² Kontrakter, der er udbudspligtige efter direktivet (vareindkøb og Bilag IIA-tjenesteydelser over direktivets tærskelværdi) eller efter EUF-traktaten (Bilag IIB-tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse).

- (i) det i udbudsmaterialet klart er beskrevet, hvorledes opfyldelse af de sociale hensyn indgår i tilbudsevalueringen,
 - (ii) det er muligt at evaluere og differentiere mellem de indkomne tilbud i forhold til de sociale hensyn, samt
 - (iii) at inddragelsen af de sociale hensyn ikke afskærer andre aktører end socialøkonomiske virksomheder fra at kunne vinde kontrakten.
- Vi anbefaler (4), at følgende iagttages ved anvendelse af sociale hensyn som kontraktvilkår:
 - (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.

Det kan derimod ikke antages at være en betingelse for inddragelse af sociale hensyn som kontraktkrav, at de skaber en målbar merværdi for Kommunen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har dog i en vejledende udtalelse anført, at det "*er vanskeligt at indføre sociale klausuler vedrørende [vareproduktion]*".

For kontrakter, der er udbudspligtige efter tilbudsloven³ gælder vores anbefaling (2) tilsvarende og herudover følgende:

- Der gælder efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse videre rammer for brugen af sociale hensyn som tildelingskriterier for udbud omfattet af tilbudslovens regler end efter direktivet; dog skal principperne om ligebehandling og gennemsigtighed fortsat overholdes. Anbefaling nr. (3) bør derfor iagttages, men der vil være større mulighed for at lægge vægt på de karakter-

³ Dvs. vareindkøb og Bilag IIA-tjenesteydelser over kr. 500.000, men under direktivets tærskelværdi.

ristika, som kendetegner en socialøkonomisk virksomhed, også selvom der er tale om forhold, der vil have en begrænset merværdi for Kommunen.

- Tilsvarende må der være videre rammer for anvendelse af sociale hensyn som kontraktvilkår, men principperne i anbefaling (4) (ii) og (iii) samt ligebehandlingsprincippet bør iagttages.

København, den 25. juni 2013


Gitte Holtsø
advokat, partner


Marlene Hannibal
advokat, senioradvokat