

- **DEN FREMTIDIGE ORGANISERING AF BESKÆFTIGELSESSINDSATSEN I KØBENHAVNS KOMMUNE**

OVERVEJELSER OM DEN FREMTIDIGE STRUKTUR: HJEMTAGELSE, UDBUD ELLER DRIFTSOVERENSKOMSTER

Københavns Kommune, Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen (BIF) har bedt Horten beskrive de retlige rammer for organiseringen af kommunens beskæftigelsesindsats, herunder muligheden for at opgaven fortsat udbydes, at den kommunaliseres – dvs. hjemtages til kommunal udførelse, eller at den varetages gennem driftsoverenskomster.

Nedenfor beskrives under punkt 1 den nuværende organisering af beskæftigelsesindsatsen. Punkt 2 indeholder en vurdering af muligheden for at undlade at udbyde hele eller dele af beskæftigelsesindsatsen, herunder ved at dele opgavevaretagelsen mellem kommunen og en række selvejende institutioner, og endelig vurderes under punkt 3 muligheden for at inddrage socialøkonomiske kriterier i forbindelse med udbud. Medarbejdernes forhold beskrives under punkt 4, og endelig indeholder punkt 5 en række afsluttende betragtninger om kommunens muligheder.

1. HVORDAN ER BESKÆFTIGELSESSINDSATSEN ORGANISERET I DAG?

I overensstemmelse med en række beslutninger truffet af Familie- og Arbejdsmarkedsudvalget i 2003 overgik kommunens beskæftigelsesindsats fra en model baseret på driftsoverenskomster med enkelte selvejende institutioner til en entreprisemodel med kontraktstyring. Som led heri blev en del af beskæftigelsesindsatsen udbudt i 2004 – og igen i 2008.¹

Vi har fået oplyst, at ca. 15 % af ydelserne udføres således pt. af KKB i kommunalt regi, mens ca. 85 % leveres af 11 andre aktører. Der er indgået

¹ Det bemærkes, at ydelserne ikke er omfattet af de EU-retlige udbudsregler, men derimod af tilbudslovens regler om annonceringspligt. Der er tale om mere smidige og fleksible regler end udbudsdirektiverne. I det følgende anvendes for enkeltheds skyld udtrykket "udbud"/"udbydes".

rammeaftaler, hvor kommunen ikke har aftagepligt eller pligt til et mindstekøb fra den enkelte leverandør.

Aftalerne, der oprindeligt udløb pr. 31. december 2011, er forlænget med 1/2 år, således at de udløber pr. 30. juni 2012.

Tilsynsopgaven udføres ligeledes dels af kommunen (ledelsestilsyn) og dels af andre aktører (eksternt tilsyn).

2. ER LOVGIVNING TIL HINDER FOR, AT OPGAVEN KOMMUNALISERES?

2.1 Begrænsninger i muligheden for hjemtagning?

En kommunalisering vil medføre, at beskæftigelsesindsatsen helt eller delvist hjemtages til at blive udført af kommunen.

Der er ikke krav om, at der skal være private beskæftigelsestilbud. Det vil derfor være muligt at hjemtage hele eller dele af beskæftigelsesindsatsen.² Hverken reglerne om måltal eller reglerne om valgfrihed mellem flere, næsten lige effektive, aktører forpligter kommunen til at anvende eksterne aktører.

Muligheden for at hjemtage opgaverne begrænses alene i to situationer:

For det først kan beskæftigelsesministeren beslutte, at der skal gennemføres statslige rammeudbud. I så fald kræver det dispensation at hjemtage opgaven. Der er pt. gennemført sådanne udbud af beskæftigelsesindsatsen over for ledige akademikere, og disse opgaver kan derfor ikke hjemtages.

For det andet kan muligheden for at hjemtage opgaver begrænses, hvis et jobcenter har særligt ringe resultater i forhold til lignende jobcentre.

2.2 Forholdet til udbudsreglerne

2.2.1 Fuldstændig hjemtagning

Kommunen kan – med forbehold af de to ovennævnte tilfælde - gennemføre en fuldstændig hjemtagning af beskæftigelsesindsatsen.

Der skal i så fald ikke gennemføres udbud af beskæftigelsesopgaverne, og derfor heller ikke afgives kontrolbud af kommunen.

2.2.2 Delvis hjemtagning

Såfremt kommunen vælger en delvis hjemtagning af beskæftigelsesindsatsen, kan det ske ved at fastlægge, at visse nærmere bestemte opgaver ikke udbydes. Disse opgaver er således på forhånd reserveret til at skulle udføres af kommunen.

² Det vil dog altid være nødvendigt at inddrage private eller offentlige arbejdsgivere i forbindelse med virksomhedspraktik, låntilskud og ordinært arbejde. Der ses bort fra disse typer tilbud i det følgende.

Resten af opgaverne inden for beskæftigelsesindsatsen udbydes på vanlig vis.

Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling medfører, at de udbudte opgaver skal kunne beskrives. Det må derfor afgrænses efter objektive kriterier, hvilke opgaver der ikke længere skal udbydes. Derudover bør det af hensyn til gennemsigtighedsprincippet beskrives i udbudsmaterialet, hvilke opgaver kommunen fremover selv vil varetage.

Fordelen ved denne model er, at kommunen bevarer viden og ekspertise inden for området. Ulempen er, at pris og kvalitet for kommunens ydelser ikke markedstestes.

Som et alternativ kan kommunen vælge at udbyde alle opgaver og afgive kontrolbud på alle eller dele heraf. Dette vil svare til processen for udbuddet i 2008. Kommunen vil – hvis den vinder opgaver – udføre disse på samme vilkår som de private aktører.

Fordelen er, at kommunen kun får del i opgaverne, hvis kontrolbuddet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Ulempen er, at kommunen mister ekspertise og viden, hvis den ikke vinder nogen kontrakter.

2.3 **Muligheden for at indgå driftsoverenskomster med selvejende institutioner**

Før udbuddet i 2004 blev beskæftigelsesindsatsen varetaget af en række selvejende institutioner (Koføeds Skole, Reva etc.). Dette skete uden udbud, og det kan overvejes, om der kan etableres en lignende model. Enten kan kommunen undlade at udbyde beskæftigelsesopgaverne, eller den kan vælge alene at udbyde en del heraf. De ydelser, der ikke udbydes, hjemtages til at blive udført dels af kommunen og dels af en række selvejende institutioner.

Der er imidlertid en række betingelser, der skal iagttages, for at kommunen kan indgå aftaler med selvejende institutioner mv. uden udbud. Dette behandles under punkt 2.3.1, og under punkt 2.3.2 beskrives, hvordan aftalerne i så fald fordeles. Herudover vil der kunne være en række praktiske udfordringer, som kort skitseres under punkt 2.3.3.

2.3.1 *Hvornår kan aftaler indgås uden udbud?*

Det antages under henvisning til EU-Domstolens praksis om den udvidede in-house regel, at der ikke er pligt til udbud, hvis

1. kommunen udøver en tilstrækkelig kontrol over den selvejende institution (*kontrolkriteriet*), og
2. den selvejende institution udøver hovedparten af sin virksomhed sammen med kommunen (og eventuelt andre kommuner, som kontrollerer institutionen) (*virksomhedskriteriet*).

For så vidt angår kontrolkriteriet, antages det, at det kan indgå, om kommunen udpeger medlemmer af bestyrelsen, om den selvejende institutions formål er knyttet til kommunen, om kommunen skal godkende vedtægter,

formål mv. og mere substantielle ændringer heri, om institutionens budget skal godkendes af kommunen og er underlagt samme regnskabsregler som kommunen, om kommunen kan kontrollere eller begrænse institutionens dispositioner, og om institutionen på anden vis er underlagt kommunal kontrol. Kontrollen skal ikke blot være formel, men skal reelt udøves.

For så vidt angår virksomhedskriteriet, anføres det under henvisning til en fortolkning af EU-Domstolens dom i sag C-295/05, Tragsa, ofte, at mindst 90 % af institutionens indtægt skal stamme fra den eller de enheder, der kontrollerer institutionen. Derimod finder forsyningsvirksomhedsdirektivets 80 %-grænse ikke anvendelse, jf. sag C-340/04, Carbotermo.

Vi har fået forelagt et eksempel på en driftsoverenskomst, som kommunen indgik med den selvejende institution Revacentret i København i 1996 vedrørende revalideringsydelse. Det er vores umiddelbare vurdering, at en driftsoverenskomst af denne karakter – afhængigt af, hvordan kontrollen rent faktisk udøves – giver tilstrækkelige muligheder for at sikre, at kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet opfyldes.

Der er tale om ret sparsom domspraksis, som er under fortsat udvikling. Vi **anbefaler** derfor, at kommunen foretager en konkret og løbende vurdering af, om kriterierne er opfyldt i hvert enkelt tilfælde, hvor der indgår driftsoverenskomst uden udbud.

2.3.2 *Valg mellem flere in-house institutioner*

Selv om kommunen – hvis betingelserne for, at der er tale om in-house aftaler, er opfyldt – kan indgå driftsoverenskomster uden at udbyde aftalerne, vil kommunen ikke frit kunne vælge, hvilke institutioner den indgår driftsoverenskomster med.

Når kommunen skal have udført en opgave mod betaling, gælder det som følge af de grundlæggende forvaltningsretlige principper om saglig forvaltning og om økonomisk forsvarlig forvaltning, at opgaven som udgangspunkt skal tildeles den aktør, der til den rigtige pris er bedst egnet til at udføre opgaven.

Det vil være meget vanskeligt for kommunen efterfølgende at dokumentere, at kommunen har efterlevet disse krav, hvis der ikke har været en åben proces, hvor interesserede og kvalificerede selvejende institutioner har haft mulighed for at give et bud på opgaven. En saglig og åben proces medvirker også til at sikre, at kommunen ikke utilsigtet kommer til at handle i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

Vi **anbefaler** derfor, at der også i denne situation gennemføres en gennemsigtig proces, der indebærer, at kommunen i sidste ende kan træffe et sagligt valg om, hvilke aktører der til den rigtige pris er bedst egnede til at kunne udføre opgaverne for kommunen.

2.3.3 *Praktiske udfordringer*

Op til gennemførelse af udbuddet i 2004 blev de tidligere selvejende institutioner omdannet til private erhvervsdrivende fonde.

Dette indebærer, at der formentlig ikke pt. eksisterer organisationer, som det vil være relevant og muligt at indgå driftsoverenskomster med uden iagttagelse af udbudsreglerne. Første skridt for kommunen må således være at afklare, om der findes – eller kan (gen)etableres – sådanne mulige samarbejdspartnere.

Vi har ikke vurderet de retlige rammer for eventuel omdannelse af de private erhvervsdrivende fonde. Selv hvis dette måtte blive relevant, vil der skulle sikres et forløb, hvor den enkelte fond først omdannes, når der er klarhed over, om kommunen vælger at indgå driftsoverenskomst med fonden. Koblingen mellem et udbud og en hel eller delvis hjemtagelse må derfor nøje tilrettelægges, så det sikres, at der kontinuerligt er leverandører, der kan varetage beskæftigelsesindsatsen.

Det bemærkes, at kommunen vil have ansvaret for, at opgaverne kan udføres – også selv om de varetages af selvejende institutioner. Utilstrækkelig eller forsinket opgaveudførelse vil kunne have konsekvenser for kommunens mulighed for refusion, jf. også punkt 5.1.

Det må af hensyn til kommunens mulighed for at sikre økonomisk styring af opgaven overvejes, hvordan driftsoverenskomsterne skal regulere institutionernes økonomiske forhold, herunder hvordan det sikres, at prisen for ydelsen hverken er for høj i forhold til markedet, eller for lav, så der akkumuleres et underskud, som kommunen vil skulle dække.

Samlet set er det vores **anbefaling**, at det sikres, at en model med inddragelse af selvejende institutioner tilrettelægges sådan, at kommunen har sikkerhed for, at der findes relevante institutioner, der har kapacitet til at udføre de fornødne opgaver fra dag 1, og at det sikres gennem aftalegrundlaget, at institutionerne, herunder deres økonomiske kan styres på en for kommunen hensigtsmæssig måde.

3. MULIGHEDEN FOR AT INDDRAGE SOCIALØKONOMISKE KRITERIER VED UDBUD

3.1 Definition af socialøkonomiske kriterier

Der findes ikke en egentlig, formel definition på en "socialøkonomisk virksomhed". Konkurrencestyrelsen (nu Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) afgav imidlertid en vejledende udtalelse den 24. juni 2008, hvori styrelsen på baggrund af oplysninger fra Fonden Socialøkonomi.dk lagde til grund, at socialøkonomisk virksomhedsdrift kan defineres som en virksomhed, der:

- Har en erklæret social mission i vedtægter, formålsbestemmelser mv.,
- Er non-profit, dvs. at overskuddet re-investeres i virksomheden,
- Bygger på en høj grad af involvering af borgeren, medarbejderen civilsamfundet mv., og
- Har det fulde økonomiske ansvar og har såvel etablerings- som afviklingsretten.

Vi har lagt denne forståelse af udtrykket til grund i det følgende.

Socialøkonomiske kriterier vil kunne indgå enten som krav for, at en virksomhed i det hele taget kan komme i betragtning til kontrakten (udvælgelseskriterier), ved vægtningen af flere egnede tilbud over for hinanden (tildelingskriterier), eller som en bestemmelse i forbindelse med kontrakten om ydelsen (kontraktbestemmelser).

Udvælgelseskriterierne relaterer sig til den del af udbudsprocessen, hvor det vurderes, om de enkelte virksomheder er *egne* til at komme i betragtning til kontrakten. Udvælgelseskriterierne kan enten benyttes som egentlige mindstekrav, der skal være opfyldt for, at en virksomhed kan komme i betragtning til kontrakten. Udvælgelseskriterierne kan også anvendes i forbindelse med beslutningen om, hvem der blandt flere egnede virksomheder skal prækvalificeres til at afgive tilbud, hvis udbuddet gennemføres som et såkaldt "begrænset udbud" med prækvalifikation.

Tildelingskriterierne relaterer sig til den fase af udbudsprocessen, hvor det skal være vurderes, hvilken eller hvilke af de egnede tilbudsgivende virksomheder, der skal have tildelt en kontrakt. Tilbuddene vurderes hver især op mod de fastlagte tildelingskriterier.

Kontraktbestemmelserne følger af det aftalegrundlag, der sædvanligvis indgår som en del af udbudsmaterialet. Heri fastlægges kravene til virksomhedens udførelse af kontrakten.

I nedenstående afsnit vil der blive redegjort for, hvorvidt de fremhævede sociale hensyn vil kunne inddrages i de enkelte faser af udbudsprocessen.

3.2 **Kan der stilles krav om, at kun socialøkonomiske virksomheder kan komme i betragtning til kontrakten?**

Spørgsmålet er her, om kommunen kan afskære ikke-socialøkonomiske virksomheder fra at komme i betragtning til at udføre opgaver på beskæftigelsesområdet for kommunen, dvs. om disse kriterier kan være udvælgelseskriterier.

Konkurrencestyrelsen forholdt sig til denne problemstilling i den tidligere omtalte vejledende udtalelse af 24. juni 2008. I udtalelsen anføres det, at:

"Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at det er udgangspunktet, at ordregivende myndigheder ved indgåelsen af kontrakter, der ikke omfattes af udbudsdirektivet, ligeledes ikke kan bestemme, at kun socialøkonomiske virksomheder eller virksomheder, der samarbejder med disse udvælges."

Kommissionen har sidenhen tilkendegivet samme holdning i et såkaldt "Commission staff working document" af 20. november 2007. EU-Domstolen, som har den endelige vurdering, ses ikke at have afsagt domme om spørgsmålet.

Det bemærkes, at Kommissionen i det ovenfor nævnte dokument og i en vejledning fra oktober 2010 "Sociale hensyn ved indkøb" har anført, at medlemsstaterne i særlige tilfælde vil have adgang til at indføre national

lovgivning, der begrænser adgangen til at yde særlige tjenesteydelser til *non-profit organizations*. Der findes imidlertid ikke en sådan dansk særlovgivning inden for beskæftigelsesområdet, og det må anses for tvivlsomt, om der i det hele taget foreligger de særlige hensyn, der vil kunne begrunde indførelsen af sådanne regler i Danmark.

Det er på baggrund af ovenstående vores klare opfattelse, at det vil være i strid med udbudsreglerne, hvis kommunen begrænser deltagerfeltet ved et udbud til alene at omfatte socialøkonomiske virksomheder. Der vil således eksempelvis ikke være muligt at afgrænse kredsen af tilbudsgivere til virksomheder, der:

- Er non-profit organisationer eller lignende,
- Allerede har hovedkvarter i et givet lokalområde eller vil have det under kontraktperioden,
- Har deltaget i frivilligt arbejde i et givet lokalområde inden for en nærmere fastlagt periode, eller
- Vil deltage i frivilligt arbejde i et givet lokalområde under kontraktperioden.

Derimod vil kommunen kunne stille krav om, at tilbudsgiverne har specifikke erfaringer og kompetencer inden for det sociale område. Der kan f.eks. stilles krav om en referenceliste for virksomheden. Sådanne krav skal være egnede og proportionale i forhold til den ydelse, der afgives til bud på. Endvidere må kravene ikke formuleres på en måde, så de direkte eller indirekte afskærer kommercielle virksomheder fra at komme i betragtning. I den forbindelse skal nyetablerede virksomheder have mulighed for at dokumentere deres egnethed på anden vis end ved at fremlægge referencer.

Det vil som altovervejende udgangspunkt være i strid med ikke-diskriminationsprincippet, hvis der stilles krav om, at ovenstående erfaring skal være opnået inden for et bestemt lokalområde. For at et sådant kravet er lovligt, skal BIF kunne påvise, at det konkret vil have afgørende betydning for den efterfølgende udførelse af kontrakten, at tilbudsgiveren tidligere har udført beskæftigelsesindsats i det givne lokalområde i en nærmere fastlagt periode. Det må antages, at der vil være en ret tung bevisbyrde, som det under henvisning til kriteriets og ydelsens karakter vil være vanskelig for BIF at løfte.

Vi kan derfor **ikke anbefale**, at kommunen forbeholder kontrakter inden for området for beskæftigelsesindsatsen til socialøkonomiske virksomheder.

3.3 Kan socialøkonomiske forhold indgå ved vægtningen af de indkomne tilbud?

Spørgsmålet er her, om det kan indgå i vægtningen af flere egnede tilbudsgivere, i hvilket omfang den enkelte tilbudsgiver opfylder en række på forhånd tilkendegivne socialøkonomiske kriterier, dvs. som tildelingskriterier.

I Kommissionens vejledning "Sociale hensyn ved indkøb" anføres det om kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektivet, at der kan anvendes sociale tildelingskriterier, forudsat at de:

- Er knyttet til kontraktens genstand,
- Ikke giver den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed,
- Udtrykkeligt er omtalt i udbudsbekendtgørelsen, og
- Opfylder de grundlæggende principper i EU-lovgivningen.

Det er ifølge Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse fra 2008 afgørende, at det enkelte socialøkonomiske kriterium er knyttet til kontraktens genstand eller til betingelserne for gennemførelsen af kontrakten, og at kriterierne giver mulighed for objektivt at vurdere ydelsens egenskaber. Kriteriet skal således bidrage til en "mer-værdi" for kommunen.

Særligt kravet om, at kriteriet skal være forbundet med kontraktens genstand og skal opfylde det grundlæggende princip om ligebehandling, indebærer, at det ikke vil være lovligt at lægge vægt på følgende ved tildelingen af en kontrakt:

- I hvilken grad virksomheden drives som non-profit organisation eller lignende,
- Om en tilbudsgiver allerede har hovedkvarter i et givet lokalområde eller vil have det under kontraktperioden,
- Om en tilbudsgiver tidligere har deltaget i frivilligt arbejde i et givet lokalområde inden for en nærmere fastlagt periode, eller vil deltage i frivilligt arbejde i et givet lokalområde under kontraktperioden (se dog nedenfor),
- Om tilbudsgiveren eller de ansatte har erfaring med at udføre beskæftigelsesopgaver i det konkrete lokalområde (se også nedenfor), eller
- Om en tilbudsgiver er organiseret som en socialøkonomisk virksomhed eller ej.

Det er vores vurdering, at der for så vidt angår disse kriterier ikke vil være den fornødne kobling fra kriteriet og til ydelsens karakter og værdi for kommunen.

Derimod kan det følgende – under forbehold for, at kriterierne skal være proportionale og alene kan rette sig mod den konkrete ydelse, og ikke leverandørens generelle forhold – indgå i vægtningen:

- Levering af ydelsen skal ske inden for et nærmere bestemt geografisk område, f.eks. således at det giver flere point, jo tættere ydelsen leveres på et (sagligt bestemt) fikspunkt, eller

- At "nøglepersoner" ved tilbudsgiveren har erfaring med at udføre beskæftigelsesindsats (se også nedenfor om erfaring i lokalområdet).

Det vil som altovervejende udgangspunkt være i strid med ikke-diskriminationsprincippet, hvis der stilles krav om, at en tilbudsgiver allerede har sin forankring inden for et bestemt lokalområde. For at være lovligt, skal BIF kunne påvise, at en sådan forankring konkret vil have afgørende betydning for den efterfølgende udførelse af kontrakten. Det må antages, at der vil være en ret tung bevisbyrde, som det under henvisning til kriteriets og ydelsens karakter vil være vanskelig for BIF at løfte.

Som nævnt under punkt 3.2 kan det være et udvælgelseskriterium, at virksomheden skal have generel erfaring med at udføre beskæftigelsesindsats, og som nævnt ovenfor kan konkrete personers erfaring indgå i vægningen mellem flere egnede tilbudsgivere. Det er imidlertid vores vurdering, at der som udgangspunkt heller ikke kan stilles krav om, at erfaringen er opnået inden for et bestemt lokalområde. Kun hvis dette konkret har afgørende betydning for udførelsen kan udgangspunktet fraviges, og det samme som anført ovenfor om bevisbyrde mv. gør sig gældende her.

På baggrund af ovenstående er det vores **anbefaling**, at der foretages en nøje vurdering af de kriterier, som kommunens overvejer at anvende som tildelingskriterier, der skal sikre lokal forankring. Det må således sikres, at de anvendte kriterier har den fornødne proportionalitet og saglighed, og at de ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet.

3.4 **Kan der fastsættes socialøkonomiske kontraktbestemmelser?**

Kommunen er således afskåret fra at forbeholde kontrakten for socialøkonomiske virksomheder, jf. punkt 3.2, og det er betinget af en forbindelse til kontraktgenstandens værdi for kommunen at lade socialøkonomiske kriterier indgå ved evalueringen, jf. punkt 3.3. Det vil imidlertid i et vist omfang være muligt at indlægge sociale kontraktbestemmelser (klausuler) i kontrakter, der indgås inden for beskæftigelsesområdet.

Klausulerne skal være sagligt begrundede, dvs. være båret af hensyn, som myndigheden lovligt kan lægge vægt på. Herudover må de ikke være mere vidtgående, end formålet tilsiger, de må alene vedrøre udførelsen af den udbudte opgave, og de må ikke være af en sådan karakter, at de afskærer bestemte grupper af virksomheder fra at kunne udføre opgaven i strid med ligebehandlingsprincippet. Klausulerne kan i sagens natur alene rette sig mod levering af ydelsen, og ikke mod leverandørens historiske forhold.

I Kommissionens vejledning "Sociale hensyn ved indkøb" fremgår herudover følgende betingelser for, at der i udbud efter EU-reglerne kan anvendes kontraktbestemmelser om sociale hensyn:

- Klausulen skal være knyttet til kontraktens udførelse,
- Klausulen skal være offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen, og
- Klausulen skal være i overensstemmelse med EU-lovgivningen.

Det er vores vurdering, at tilsvarende betingelser skal være opfyldt i forbindelse med kontrakter, der udbydes efter tilbudslovens regler.

Indledningsvist bemærkes, at det ikke vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvis kommunen opstiller et kontraktskrav om, at leverandøren skal drive sin virksomhed – eller den del heraf, der vedrører kommunens beskæftigelsesindsats – som non-profit aktivitet.

Eksempler på lovlige klausuler kunne være, at det i kontrakten bestemmes:

- At ydelsen skal leveres inden for et nærmere fastlagt geografisk område, f.eks. maksimalt [X] minutters gang fra en given S-togsstation,
- At en vis andel af stillinger leverandøren reserveres til langtidsledige, personer med varig nedsat arbejdsevne, praktikanter eller lignende grupper³, blot bestemmelsen alene retter sig mod personer, der konkret udfører beskæftigelsesopgaver for kommunen,
- At der formuleres en personalepolitik for ansættelser inden for den udbudte opgave, eksempelvis i forhold til fastholdelse af eksisterende medarbejdere eller fremme af integrationen af etniske minoriteter på arbejdspladsen, eller
- At der indføres en formuleret arbejdsmiljøpolitik for ansættelserne inden for den udbudte opgave.

Der er således en noget videre adgang til at anvende sociale klausuler i en kontrakt, end der er til at lade kriterierne indgå ved evalueringen, da der ikke er krav om, at kriterierne skal indebære en merværdi for kommunen.

Der er dog krav om, at kriterierne skal have tilknytning til leveringen af den enkelte ydelse. Det betyder bl.a., at der ikke kan stilles krav om, at virksomheden skal deltage aktivt i lokalsamfundet, herunder ved at være engageret i frivilligt arbejde. Vi har på det foreliggende grundlag ikke haft de fornødne oplysninger om udførelsen af beskæftigelsesopgaverne til at kunne vurdere, om der kan opstilles krav om, at de konkrete ydelser leveres med inddragelse af frivilligt arbejde. Vi foreslår, at dette drøftes nærmere med kommunen.

Det vil i alle tilfælde være en betingelse, at kontraktbestemmelserne ikke tilrettelægges eller anvendes på en måde, så det indebærer en tilsidesættelse af lighedsprincippet.

Det er på den baggrund vores **anbefaling**, at det – såfremt kommunen vælger at genudbyde hele eller dele af beskæftigelsesindsatsen – nærmere overvejes, hvordan kontrakterne kan opdeles, så det bliver egnet at indsætte kontraktbestemmelser af ovennævnte karakter, og hvilke kontraktbestemmelser det i så fald vil være sagligt og relevant at indsætte.

³ En lignende klausul følger allerede af kommunens nuværende rammeaftale.

4. HVILKEN BETYDNING HAR ORGANISERINGEN AF BESKÆFTIGELSESIKTESINDSATSEN FOR MEDARBEJDERNE?

4.1 Virksomhedsoverdragelsesloven

For de medarbejdere, der udfører beskæftigelsesindsatsen dels i kommunens regi og dels som ansatte ved andre aktører, vil det være afgørende for deres retsstilling, om virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse.

Hvis virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse, betyder det, at kommune eller de andre fremtidige leverandører indtræder i såvel de rettigheder som de forpligtelser, som medarbejderne har på tidspunktet for aktivitetens overgang.

Der gælder særlige regler om muligheden for at frasige de gældende overenskomster, men den, der modtager medarbejderne, er under alle omstændigheder forpligtet til at respektere overenskomsterne som individuelle rettigheder for den enkelte medarbejder i resten af overenskomstperioden, hvorefter de kan lade medarbejderne overgå til ansættelse under egen overenskomst.

4.2 Anvendelse ved hjemtagning, udbud og overgang til driftsoverenskomster

Vi har ikke på nuværende tidspunkt de oplysninger, der er nødvendige for at vurdere, om virksomhedsoverdragelseslovens regler vil finde anvendelse i den konkrete situation. Dette vil dels kræve et samlet overblik over, hvordan de private aktører under rammeaftalerne har organiseret deres virksomheder i dag, om de pågældende medarbejdere hovedsageligt er beskæftiget med opgaver for Københavns Kommune, i hvilken grad de er integreret i virksomhedens øvrige drift, og dels klarhed over, hvordan den fremtidige beskæftigelsesindsats vil blive tilrettelagt.

Det er dog vores overordnede vurdering, at der i forbindelse med en hjemtagning, herunder overgang til driftsoverenskomster, eller ved et genudbud formentlig ikke vil være pligt til at følge virksomhedsoverdragelsesloven. Dette svarer til den vurdering, der blev foretaget i forbindelse med det udbud, der blev gennemført i 2008.

En endelig og mere sikker vurdering vil dog først kunne foretages, når der foreligger mere detaljerede oplysninger om den nuværende opgavevaretagelse og den påtænkte fremtidige organisering.

4.3 Frivillig anvendelse

Det bemærkes, at kommunen kan beslutte, at virksomhedsoverdragelseslovens regler skal anvendes. De medarbejdere, som måtte ønske at blive virksomhedsoverdraget, vil da få tilbud om at "følge med opgaven". Dette kan f.eks. være hensigtsmæssigt for at sikre tilstrækkelig bemanning samt fastholdelse af know-how om opgaveløsningen.

En sådan frivillig anvendelse vil være særligt relevant, når en opgave, der hidtil er udført i kommunalt regi, udbydes. I den situation vil kommunen

ofte have et ønske om at sikre medarbejderne fortsat ansættelse under samme vilkår som hidtil.

I den nærværende situation er behovet for at indføre en sådan beskyttelse næppe påtrængende, uanset om det besluttes at hjemtage opgaven helt eller delvist, eller om den skal udbydes. Det skyldes, at kommunale medarbejdere ikke er overgået til ansættelse ved private aktører i det seneste udbud. Derimod vil det kunne være vanskeligt at gennemføre principperne i virksomhedsoverdragelsesloven, da dette kræver, at det kan fastlægges, hvilke medarbejdere der skal overgå til ansættelse ved hvilke aktører. Derudover vil det medføre, at hver leverandør får indplaceret medarbejdere med andre ansættelsesvilkår, end dem der allerede er i den givne virksomhed.

5. ANDRE FORHOLD, DER MÅ INDGÅ I OVERVEJELSERNE

5.1 Forvaltningsretlige grundsætninger

Det følger af forvaltningsretlige grundsætninger, at den myndighed, der har kompetence til at udføre en opgave, også bærer ansvaret for opgavens rette udførelse. Dette princip er udtrykkeligt indsat i § 2, stk. 1, i lov om ansvar for den aktive beskæftigelsesindsats, hvorefter at en kommune har ansvar for udførelsen af beskæftigelsesindsatsen, uanset om kommunen selv varetager opgaven, eller om udførelsen er overladt til andre aktører.

Ansvaret indebærer, at kommunen bl.a. skal sikre, at opgaven udføres med den fornødne kvalitet, at de forvaltningsretlige grundsætninger om ligebehandling mv. iagttages, og at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning tilgodeses. Sidstnævnte indebærer ikke, at kommunen nødvendigvis skal vælge den billigste løsning, men forpligter dog kommunen til at handle forsvarligt med dens midler.

Vi bemærker i den forbindelse, at lovgivningen indeholder en række frister for at afholde samtaler med ledige, for at afgive tilbud, for at foretage opfølgning, samt krav om kvaliteten af tilbud og krav om, at der er en vifte af tilbud (princippet om "rettidighed i indsatsen"). Manglende overholdelse vil kunne have betydning for muligheden for at hjemtage refusion.

Vi **anbefaler** på baggrund af ovenstående, at kommunen kun hjemtager opgaven i det omfang, der er sikkert grundlag for, at kommunen kan administrere opgavens udførelse.

5.2 Krav om udliciteringsprocent mv.

Det følger af forslaget til lov om ansvar for den aktive beskæftigelsesindsats, at det er hensigten, at andelen af opgaver, der udføres af andre aktører, øges. Der er dog ikke tale om et retligt bindende krav.

Herudover vil en hjemtagelse, og måske også en overgang til driftsoverenskomster, have betydning for kommunens opfyldelse af IKU-indikatoren. Dette er et mål for udliciteringsgraden, som KL og regeringen har indgået aftale om. Der er dog tale om en gennemsnit for kommunerne under ét, og der er ikke tale om et egentligt retligt krav.

Endelig fremgår det af § 25 i lov om ansvar for en aktiv beskæftigelsesindsats, at hver kommune i sin beskæftigelsesplan skal fastsætte måltal for indsatsen, herunder i forhold til graden af involvering af andre aktører. Måltallet kan i princippet være 0 (nul) %, så der er heller ikke her tale om en retlig forpligtelse til at udbyde en vis andel af beskæftigelsesindsatsen. Det bemærkes i øvrigt, at regeringen den 4. maj 2011 har indgået en aftale med S, DF, RV, LA og KD om forenkling af beskæftigelsesindsatsen, hvoraf det fremgår som initiativ nr. 16, at kravet om måltal for brug af andre aktører skal bortfalde.

5.3 Tilsyn

Det følger af de forvaltningsretlige retsgrundsætninger om saglig og økonomisk forsvarlig forvaltning, at kommunen i forhold til en opgave af dette omfang er forpligtet til at udføre et vist ledelsestilsyn med de opgaver, som kommunen udfører. Dette gælder ikke mindst i forhold til de tilbud, hvor der hjemtages refusion.

Vi har konstateret, at kommunen i de senere år har valgt at supplere og styrke dette ledelsestilsyn på aktiveringsområdet med eksternt tilsyn.

Vi **anbefaler**, at der tages stilling til, hvilke procedurer der skal gælde for et forsvarligt tilsyn. Dette gælder særligt i forhold til den situation, hvor kommunen måtte vælge at gå tilbage til driftsoverenskomster mv. Baggrunden herfor er, at der i denne situation både skal føres det almindelige forvaltningsretlige ledelsestilsyn, og skal udføres den kontrol, der er nødvendig for, at den udvidede in-house regel finder anvendelse. Herudover må kommunen løbende sikre sig, at også virksomhedskriteriet er opfyldt, smh. punkt 2.3.1 ovenfor.

Horten, den 14. juni 2011

Anders Valentiner-Branth

Rikke Søgaard Berth