

NOTAT

Dato: 16. april 2013

Sag: OK-12/14929-17

Sagsbehandler: /moc

4 hovedbetingelser for anvendelse af sociale klausuler (kontraktvilkår) i udbud

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

I forbindelse med udbud som er omfattet af udbudsdirektiverne, kan ordregiver lovligt opstille kontraktvilkår – sociale klausuler – hvis ordregiver iagttager 4 hovedbetingelser. Den første betingelse udspringer af dansk ret, mens de 3 andre betingelser udspringer af EU's udbudsregler.

**ERHVERVS- OG
VÆKSTMINISTERIET**

For udbud som ikke er omfattet af udbudsdirektiverne, er der formentlig videre rammer for brugen af sociale klausuler. Da udbuddet – hvis det har grænseoverskridende interesse – under alle omstændigheder er underlagt TEUF's principper, kan ordregiver for at være på den sikre side iagttage de 4 hovedbetingelser, som hvis udbuddet er omfattet af udbudsdirektiverne.

De 4 hovedbetingelser er følgende:

1. Vilkåret skal afledes af en ordning reguleret i lov eller anden relevant retskilde og være saglig

Det er en alment gældende betingelse i dansk ret, at forvaltningens virksomhed skal være legitimeret i en lov eller anden retskilde. Endvidere skal de sociale hensyn, ordregiver ønsker at tage være saglige, idet offentlige myndigheder kun må forfølge saglige formål.

Som udgangspunkt gælder, at hvis ordregiver i sin normale opgavevaretagelse lovligt kan varetage de hensyn, som ønskes fremmet, ved hjælp af egne ansatte, kan ordregiver også lovligt varetage disse hensyn, når opgaven løses af eksterne leverandører. Det er således generelt muligt for ordregiver at indarbejde sociale klausuler i udbud. Det er dog en betingelse, at de ordninger der ønskes fremmet via den sociale klausul skal være reguleret i lov eller anden relevant retskilde.

Den sociale klausul skal defineres og afgrænses ud fra de objektive kriterier, der fremgår af den ordning som ønskes fremmet. Persongruppen skal afgrænses entydigt, dels fordi persongruppen skal ligge indenfor grænserne af hjemlen, dels fordi leverandøren har krav på at kende omfanget af sine forpligtelser. Derudover er det en betingelse, at

persongruppen defineres objektivt og uafhængigt af bestemte danske ordninger. I modsat fald vil det være en overtrædelse af EU-retten. Konkret skal ordregiver transformere lovteksten eller anden relevant retskilde tekst til en neutral beskrivelse af lovens indhold, således forpligtelsen kan forstås uden et kendskab til loven. Ordregiver skal udtrykkeligt angive, at personer fra lignende udenlandske ordninger accepteres.

I forhold til eksempelvis sociale klausuler om uddannelse- og praktikaftaler indebærer denne hovedbetingelse, at klausulen skal være baseret på praktikaftaler i henhold til lov om erhvervsuddannelser og lov om erhvervsgrunduddannelse m.v. Det skyldes, at det er de to eneste lovregulerede uddannelser med praktikpladser.

2. Vilåret skal være knyttet til kontraktens udførelse

Det er en grundlæggende og ufravigelig betingelse, at krav i form af sociale klausuler skal være knyttet til kontraktens udførelse.

Det betyder, at det krav, der stilles til kontraktens gennemførelse, skal angå levering af de tjenesteydelser eller udførelse af de bygge- og anlægsopgaver, som kontrakten vedrører.

En betingelse er ikke knyttet til udførelsen af kontrakten, hvis den fx fastsætter:

- at leverandøren skal have mindst én kvinde ansat i bestyrelsen
- at leverandøren skal ansætte x antal langtidsledige i forbindelse med udførelse af andre opgaver i virksomheden
- at et bestemt andel af leverandørens ansatte totalt set skal være elever (praktikanter)
- at der i øvrigt skal leveres ydelser, som ikke er forbundet med kontraktens udførelse.

3. Vilåret skal være offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne

Det følger af udbudsdirektiverne, at en social klausul skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Klausulen skal være klart og gennemsigtigt beskrevet. Vilåret bør dog som udgangspunkt fremgå af udbudsbekendtgørelsen, når der er tale om et begrænset udbud. Det skyldes, at potentielle leverandører bør have kendskab til den sociale forpligtelse inden ansøgning om prækvalifikation, da forpligtelsen skal accepteres af den leverandør, som vinder udbuddet. Herved kan leverandøren tage højde for den sociale forpligtelse allerede i forbindelse

med sin beslutning om, hvorvidt denne ønsker at deltage i udbuddet. En social klausul kan være et væsentligt kontraktretligt krav, som kan afholde nogle leverandører fra at byde.

Angiver ordregiver den sociale klausul i udbudsmaterialet bør det ske i et ”udkast til kontrakt” og ikke et vilkårligt sted i udbudsmaterialet. Herved gøres der særligt opmærksom på, at der er tale om et vilkår, som tilbudsgiveren forpligter sig til at opfylde i forbindelse med kontraktens udførelse.

4. Vilkåret skal overholde TEUF’s regler og grundlæggende principper

Vilkåret skal være i overensstemmelse med anden EU-lovgivning. Kravet skal bl.a. overholde traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde’s (TEUF) grundlæggende regler og principper om de fri bevægeligheder og de principper, der kan udledes heraf – herunder principperne om proportionalitet, gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-diskrimination.

I praksis indebærer TEUF’s regler og principper en række begrænsninger i spillerummet for den ordregiver, der ønsker at anvende sociale klausuler. Lovligheden af en social klausul skal derfor vurderes fra sag til sag.

TEUF medfører i forhold til brugen af sociale klausuler bl.a. at,:

Ikke-diskrimination og ligebehandling

Ordregiver kan ikke lovligt fastsætte et kontraktvilkår, som i realiteten kun kan opfyldes af nationale leverandører, eller som det er vanskeligere for leverandører fra andre EU-lande at opfylde. Vilkåret må ikke henvise til bestemte danske ordninger (den ordning der ønskes fremmet) som eneste mulighed for at opfylde den sociale klausul.

Ordregiver er forpligtet til at acceptere ydelser, som leveres af leverandører fra andre medlemslande, når disse ydelser kan sidestilles med dem, der leveres fra ordregiverens hjemland. Ordregiver skal derfor som udgangspunkt acceptere ydelser, der svarer til de danske ydelser, og som lever op til de legitime krav, som ordregiver har fastsat i udbudsmaterialet. Som eksempel kan nævnes, at ordregiver i forhold til sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler skal acceptere at leverandøren ansætter elever fra sit hjemland eller andre EU-lande omfattet af ordninger som har et uddannelsesmæssigt formål. At klausulen kan opfyldes, ved hjælp af ”egne” elever eller elever fra andre EU-lande skal fremgå af klausulen.

Persongruppen skal defineres entydigt, objektivt og uafhængigt af bestemte danske ordninger, så klausulen kan læses uafhængigt af henvisninger til et dansk lovgrundlag eller anden relevant retskilde.

Vilkåret skal udformes således, at vilkårene skal opfyldes ensartet, uanset hvilken leverandør der vinder udbuddet, og uanset om leverandøren er en stor eller lille virksomhed. Ordregiver må eksempelvis ikke udforme en klausul om uddannelse- og praktikaftaler således, at små virksomheder vil kunne nøjes med at oprette færre praktikpladser end store virksomheder.

Proportionalitet

Princippet om proportionalitet indebærer bl.a., at en ordregiver ikke må stille krav til en tilbudsgiver, som er uegnede eller går ud over, hvad der er nødvendigt i forhold til kontraktens udførelse. De forpligtelser, en social klausul pålægger tilbudsgiveren, skal derfor vurderes i forhold til den udbudte opgave.

Det er ikke muligt udtømmende at liste de forhold op, der skal indgå i ordregivers vurdering af om et givet kontraktvilkår er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Om vilkåret er proportionalt vil altid bero på en konkret vurdering i det konkrete udbud.

Proportionalitetsprincippet indebærer, at vilkåret skal vurderes i forhold til den udbudte opgave og dermed, at vilkåret skal have tilknytning til kontraktens udførelse. Først og fremmest skal ordregiver vurdere, om kontrakten er egnet til at fremme det sociale hensyn, der ønskes fremmet. Det vil eksempelvis i forbindelse med social klausul om uddannelses- og praktikaftaler ikke være proportionalt at stille krav om ansættelse af elever, hvis den konkrete kontrakt ikke nødvendiggør arbejdsopgaver, der ikke er relevante i forhold til uddannelses- og praktikaftaler.

Ordregiver skal se på kontraktens tidsmæssige udstrækning ved fastlæggelsen af hvor lang tid tilbudsgiveren skal være forpligtet af vilkåret. Proportionalitetsprincippet indebærer, at en social klausul ikke må forpligte tilbudsgiveren i længere tid end den pågældende kontrakts løbetid.

Går den social klausul på, at der ønskes personer ansat fra en særlige persongruppe, eksempelvis elever, skal antallet af elever der skal beskæftiges under kontraktens udførelse være proportional med den konkrete opgaves art og størrelse. Kontraktværdien og den samlede lønsum kan være indikatorer for, om og – i givet fald - hvor mange elever, der kan stilles krav om.

Gennemsigtighed

I forhold til sociale klausuler indebærer gennemsigtighedsprincippet, at der klausulen skal være klart beskrevet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, således at potentielle leverandører kender omfanget af det sociale vilkår, jf. også hovedbetingelse 3.

Udover at overholde TEUF skal kontraktvilkåret også være i overensstemmelse med EU-lovgivningen generelt, herunder EU's sociallovgivning.

For en beskrivelse af de retlige rammer for anvendelsen af sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler [\(se vedhæftede link\)](#).

Kommentar [MOV(]: Link til KFST's vejledning der udkommer ultimo august.

Udførelse af kontrakten i ordregiverens land ("eksportforbud")¹

Ifølge Kommissionen (Sociale hensyn ved indkøb 2011, side 45) er offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser den bedste mulighed for en ordregivende myndighed til at anvende sociale klausuler vedrørende kontraktens udførelse. Kommissionen finder det vanskeligere at indføre kontraktvilkår vedrørende udførelsesformen (dvs. selve produktionen) i forbindelse med vareindkøbskontrakter (hvor det er almindeligt at produktionen foregår i leverandørens hjemland). Det hænger sammen med, at indførelse af bestemmelser, der kræver ændring af organisationen, strukturen eller politikken i en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, kan være diskriminerende eller udgøre en uberettiget hindring for samhandlen.

Kommissionens bemærkninger taget i betragtning, må kerneområdet for sociale klausuler som udgangspunkt være udbud af bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, hvor den udbudte opgave udføres her i landet – dvs. hvor leverandøren eller dennes ansatte fysisk indfinder sig "på stedet" for at udføre den udbudte opgave for ordregiveren.

¹ Det kan ikke helt udelukkes, at en hollandsk dom om fairtrade-mærket fra 2012 muligvis kan fortolkes således, at der også kan stilles sociale klausuler til kontrakter om varer.