

UDVALGET FOR
**socialøkonomiske
virksomheder**

Appendiks 4

**GÆLDENDE LOVGIVNING MED RELEVANS FOR SOCIALØKONOMISKE
VIRKSOMHEDER**

September 2013

Indholdsfortegnelse

Introduktion	3
Aktive tilbud og mentorstøtte i beskæftigelsesindsatsen	4
Varighed af forløb i vejledning og opkvalificering	5
Mentorstøtte til udsatte ledige	6
Beskyttet beskæftigelse	8
Juridiske rammer for afknopning fra det offentlige	9
Gennemgang af eksisterende regler	9
Udbudsreglerne og sociale hensyn i udbud	13
Gældende EU udbudsregler	13
Udbud og socialøkonomiske virksomheder	15
Sociale hensyn i udbud	16
Nyt EU-udbudsdirektiv	18

1. Introduktion

Udvalget har i sit arbejde undersøgt forskellig gældende lovgivning med relevans for socialøkonomiske virksomheder. Dette appendiks indeholder en gennemgang af et udpluk af relevant lovgivning inden for Beskæftigelsesministeriets, Social-, Børne - og Integrationsministeriets samt Erhvervs- og Vækstministeriets ressort.

2. Aktive tilbud og mentorstøtte i beskæftigelsesindsatsen

I dette afsnit redegøres for en række indsatsområder under Beskæftigelsesministeriets ressort, som har relevans for socialøkonomiske virksomheder.

Aktive tilbud i beskæftigelsesindsatsen

Beskæftigelsesindsatsen indeholder en "redskabsvifte" bestående af tre forskellige redskaber, som kan bruges i forhold til at forbedre den lediges muligheder for at vende tilbage til arbejdsmarkedet.

Der kan gives tilbud om:

- *Vejledning og opkvalificering:* Der kan gives tilbud om fx vejledning og opkvalificering i særligt tilrettelagte projekter og uddannelsesforløb, det kan fx være et projekt etableret i en socialøkonomisk virksomhed. Tilbuddet skal være med til at udvikle eller afdække den lediges faglige, sociale eller sproglige kompetencer med henblik på opkvalificering til arbejdsmarkedet.
- *Virksomhedspraktik:* Der kan gives tilbud om virksomhedspraktik på en offentlig eller privat virksomhed til personer, som har behov for en afklaring af beskæftigelsesmål, eller som på grund af mangelfulde faglige, sproglige eller sociale kompetencer kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn- eller arbejdsvilkår eller med løntilskud. Et tilbud om virksomhedspraktik kan have en varighed på op til 4-13 uger afhængig af persongruppe. Varigheden kan forlænges i særlige konkrete tilfælde.
- *Ansættelse med løntilskud:* Der kan gives tilbud om ansættelse med løntilskud hos offentlige og private arbejdsgivere med henblik på fx indslusning på arbejdsmarkedet. Ansættelse med løntilskud kan som udgangspunkt gives i op til et år. For revalidender og førtidspensionister kan ansættelse med løntilskud gives ud over et år.

I forhold til aktivering i de virksomhedsrettede tilbud som virksomhedspraktik og løntilskud gælder der særlige rammer i form af "rimelighedskrav" og krav om "merbeskæftigelse".

Rimelighedskravet: Rimelighedskravet er et generelt krav, der gælder for alle virksomhedsrettede tilbud, det vil sige virksomhedspraktik og løntilskud. Kravet skal sikre imod misbrug af ordningerne, herunder sikre imod fortrængning af ordinært ansatte. Det indebærer, at der i en virksomhed maksimalt må være én ansat med løntilskud eller i virksomhedspraktik for hver fem ansatte på ordinære vilkår. Har en virksomhed 50 ansatte eller flere er der tale om maksimalt én ansat med løntilskud eller i virksomhedspraktik for hver ti ordinært ansatte.

Rimelighedskravet kan imidlertid fraviges i forhold til førtidspensionister ansat i offentlige virksomheder, når virksomheden kan godtgøre, at ansættelsen kan medvirke til at opnå eller fastholde beskæftigelse. Virksomheden skal i denne forbindelse redegøre fyldestgørende for, hvorledes man kan opfylde formålet med tilbuddet,

og der skal foreligge en skriftlig tilkendegivelse fra arbejdsgiveren og en medarbejderrepræsentant om, at der er enighed om dette.

Krav om merbeskæftigelse: Ansættelse af personer med løntilskud skal som hovedregel medføre en nettoudvidelse af antallet af ordinært ansatte hos arbejdsgiveren. Der ses i denne forbindelse på det gennemsnitlige antal af ansatte hos arbejdsgiveren i de forudgående 12 måneder, således at ansættelsen ikke sker i en stilling, der er blevet ledig som følge af afskedigelse eller fratrædelse af en ansat uden støtte.

Disse rammevilkår gælder i forhold til alle typer af virksomheder. Kravet om et vist antal ordinært ansatte skal blandt andet sikre, at der er tale om en egentlig virksomhed og ikke eksempelvis et vejlednings-/opkvalificeringsprojekt eller lignende, hvor ledige går blandt andre ledige med en vejleder eller underviser.

Rimelighedskravet og kravet om merbeskæftigelse skal desuden sikre mod fortrængning af ordinær arbejdskraft.

Varighed af forløb i vejledning og opkvalificering

Tilbud kan gives til kontanthjælpsmodtagere i form af:

- Uddannelser, der har hjemmel i lov, som udbydes generelt, og som umiddelbart er rettet mod beskæftigelse på arbejdsmarkedet.
- Uddannelser og kurser, der ikke er omfattet af ovenstående.
- Særligt tilrettelagte projekter.
- Særligt tilrettelagte uddannelsesforløb, herunder praktik under uddannelsesforløbet, danskundervisning og korte vejlednings- og afklaringsforløb.

Tilbud om vejledning og opkvalificering skal udvikle eller afdække den lediges faglige, sociale eller sproglige kompetencer med henblik på opkvalificering til arbejdsmarkedet.

For udsatte kontanthjælpsmodtagere, jf. lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 2, nr. 3, gælder alene den tidsbegrænsning, at tilbud kun kan gives, så længe personen er berettiget til kontanthjælp.

Varigheden af virksomhedspraktik

Tilbud om virksomhedspraktik kan i forhold til kontanthjælpsmodtagere gives til personer, som enten har behov for en afklaring af beskæftigelsesmål, eller som på grund af mangelfulde faglige, sproglige eller sociale kompetencer kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn- og arbejdsvilkår eller med løntilskud.

Tilbud om virksomhedspraktik kan gives med henblik på at afdække eller optræne personens faglige, sociale eller sproglige kompetencer samt at afklare beskæftigelsesmål. Virksomhedspraktik kan foregå i en offentlig eller privat virksomhed.

Udsatte kontanthjælpsmodtagere, jf. lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 2, nr. 3, kan få tilbud om virksomhedspraktik i op til 13 uger. Perioden kan efter en konkret vurdering forlænges op til 26 uger. Hvis personen herefter ud fra en konkret individuel vurdering har særligt behov for en længere periode, er der mulighed for yderligere forlængelse.

Refusionssystemet

Kommunerne kompenseres for deres udgifter til kontanthjælp via refusionssystemet. Således kompenseres kommunerne for 30 pct. af udgifterne til kontanthjælp. Kommunerne kompenseres dog for 50 pct. af udgifterne til kontanthjælp i perioder, hvor borgeren deltager i ordinær uddannelse og virksomhedspraktik.

Kommunerne opnår således ikke ret til den høje refusionssats, når en person deltager i vejledning og opkvalificeringsforløb i form af et særligt tilrettelagt projekt og uddannelsesforløb fx i en socialøkonomisk virksomhed.

Mentorstøtte til udsatte ledige

Under beskæftigelsesindsatsen er der mulighed for at få støtte til en mentorfunktion i en virksomhed eller på en uddannelsesinstitution. En mentor har til opgave at støtte eller fastholde en person i et arbejde, et beskæftigelsesrettet tilbud m.v. Støtten bevilges til dækning af lønomkostninger ved frikøb af den medarbejder, der varetager mentorfunktionen, eller honorar til en ekstern konsulent.

Udsatte ledige, som har vanskeligheder ved at deltage i en beskæftigelsesrettet indsats, har som oftest sammensatte problemer. Det kan være psykiske problemer, helbredsproblemer, sociale problemer, misbrugsproblemer, problemer med kriminalitet, økonomiske problemer mv. Ofte er der tale om en blanding af flere forskellige problemer.

En mentor kan fungere som praktisk støtte, det vil sige hjælp til borgeren med at få struktur på hverdagen, komme op om morgenen, gøre brug af diverse tilbud, overholde aftaler, finde en bolig og hjælp til at få noget ordentligt at spise.

Mentoren kan også være en social støtte for borgeren, det vil sige hjælp til at håndtere psykiske, sociale, misbrugs- og familiemæssige problemer, og hjælp til at forstå og anvende den støtte, som gives af eksempelvis psykolog eller misbrugscenter.

Indsatsen overfor udsatte ledige vil i næsten alle tilfælde være tværfaglig og inddrage flere forvaltninger og institutioner: Jobcenter, socialforvaltning, sundhedsforvaltning, egen læge, psykolog, misbrugscenter m.v. Det kan være vanskeligt for borgeren at overskue mange forskellige indsats og gøre aktivt brug af disse. Mentoren har en central rolle, ikke som faglig beslutningstager for igangsætning af initiativer, men som den der hjælper borgeren med at overskue det hele og være medspiller.

Mentorstøtte spænder vidt i de opgaver, mentoren skal varetage, men et fælles mål for alle former for støtte er, at borgeren kommer nærmere job og uddannelse. Mentoren skal hjælpe med at gøre borgeren parat til en beskæftigelsesrettet indsats og hjælpe og støtte borgeren, når den beskæftigelsesrettede indsats går i gang. Der kan være behov for hjælp til at indgå i en social sammenhæng med kollegaer, hjælp til at forstå skrevne og ikke mindst uskrevne regler, faglig støtte til at forstå og omsætte instruktioner m.v. Denne type mentorer vil typisk være ansatte på virksomheden, hvor borgeren er i praktik. Mentoren kan dog også komme udefra eksempelvis i forbindelse med mentorstøtte til at komme godt i gang med en uddannelse.

Udsatte arbejdsløse kan være så langt fra uddannelse og job, at de har meget vanskeligt ved at gøre brug af virksomhedsvendte tilbud eller vejledning og opkvalificering. Selv om endemålet er et ordinært job eller uddannelse, er vejen derhen lang, og der er derfor brug for nogle delmål – progressionsmål – der kan sige noget om, i hvilken grad udviklingen går den rigtige vej. Progressionsmål kan også være en støtte for mentoren i arbejdet med at hjælpe borgeren, for med mange problemer kan det være vanskeligt at holde fokus på job og uddannelse.

For de mest udsatte borgere kan det overhovedet at deltage i et aktivt tilbud nogle timer om ugen være et mål for progression. For de lidt stærkere borgere kan varetagelse af eksempelvis et løntilskud være et skridt på vejen mod et ordinært arbejde.

3. Beskyttet beskæftigelse

I dette afsnit redegøres for lovgivning under Social-, Børne-, og Integrationsministeriets ressort, som har relevans for socialøkonomiske virksomheder.

Serviceovens § 103

Efter § 103 skal kommunalbestyrelsen tilbyde beskyttet beskæftigelse til personer, som på grund af betydelig nedsat fysisk og psykisk funktionsevne eller særlige sociale problemer ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår, og som ikke kan benytte tilbud efter anden lovgivning som fx løntilskuds- eller fleksjob. Kommunen beslutter, beroende på en individuel visitation, om der tilbydes beskyttet beskæftigelse.

Beskyttet beskæftigelse kan både organiseres i kommunalt, regionalt og privat regi. Dog skal kommunen indberette tilbuddet på tilbudsportalen, for at det kan indgå i kommunens forsyning. Det kan som sagt også være kommunens egne tilbud, der visiteres til jf. § 4 stk. 2 i serviceoven, hvoraf det fremgår, at kommunalbestyrelsen opfylder sit forsyningsansvar efter stk. 1 ved brug af egne tilbud og ved samarbejde med andre kommuner, regioner eller private tilbud.

Ifølge en SFI-rapport fra 2009 arbejder godt 8.000 danskere på landets omkring 200 beskyttede værksteder. Hovedparten er mennesker med udviklingshæmning, mens et stigende antal er mennesker med sindslidelser. En stor andel af personer i beskyttet beskæftigelse vil gerne være på en almindelig arbejdsplads, og mennesker med sindslidelser er den gruppe, hvorfra der kommer flest i beskyttet beskæftigelse på almindelige virksomheder.

4. Juridiske rammer for afknopning fra det offentlige

Det offentlige kan på flere måde fungere som fødested for socialøkonomiske virksomheder. Betegnelsen "afknopning" refererer til den situation, hvor et offentligt projekt bliver udskilt i en selvstændig juridisk enhed – eksempelvis som en socialøkonomisk virksomhed. I dette afsnit redegøres for de juridiske rammer i relation til afknopning fra det offentlige.

Når der i dette afsnit refereres til afknopning fra det offentlige, skal det offentlige forstås som regioner og kommuner. Årsagen til at der ikke fokuseres på statslige afknopninger er, at de opgaver indenfor det offentlige, der typisk ønskes afknoppet som en socialøkonomisk virksomhed, har en lokal forankring og typisk varetages af kommunerne og regionerne.

Gennemgang af eksisterende regler

Som udgangspunkt forholder det sig således, at kommuner og regioner, ifølge de almindelige retsgrundsætninger om kommuner og regioners virke, ikke kan udføre opgaver for andre offentlige myndigheder, private virksomheder eller *deltage i selskaber*. En undtagelse hertil er, såfremt det sker som varetagelse af kommunens egen forsyningspligt.

En kommune eller region skal således have separat hjemmel til deltagelse i selskaber. Dette kan være i den såkaldte kommunalfuldmagt eller i henhold til lovgivning på området. Den mest generelle adgang i lovgivningen findes i "Lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber" (herefter benævnt L548). Derudover findes særlovgivning, hvor der i specifikke bestemmelser gives adgang for kommuner og regioner til at deltage i selskaber, fx vandsektorlovens § 15.

Nedenfor vil kommunalfuldmagten samt L548 blive gennemgået. Særlig lovgivning vil ikke blive beskrevet yderligere, idet det ikke er muligt at udlede nogen generel adgang til selskabsdeltagelse på tværs af særlige lovbestemmelser, der findes i en lang række forskellige love.

Kommunalfuldmagten

Kommunalfuldmagten som begreb dækker over rammerne for kommunerne til at foretage visse dispositioner af økonomisk karakter uden egentlig lovhjemmel. Disse rammer er udviklet gennem praksis og gælder som udgangspunkt på områder, hvor der ikke gælder særskilt lovgivning. Kommunalfuldmagten er således ikke en lov og er heller ikke faste regler, der er skrevet ned.

Grundforudsætningen for at en kommune kan påtage sig en opgave efter kommunalfuldmagten er, at dette er til almen nytte, er i kommunens og borgeres interesse samt ikke indebærer begunstiggelse af enkeltpersoner. De opgaver, som kommunen lovligt kan påtage sig – både under kommunalfuldmagten og som følge af lovgivning – kan kommunen også lovligt støtte andre i at varetage. Dog skelnes der mel-

lem, om der er tale om myndighedsudøvelse¹ eller faktisk forvaltningsvirksomhed². Faktisk forvaltningsvirksomhed (herunder fuldmagtsopgaverne) kan som udgangspunkt overlades til private virksomheder, mens myndighedsopgaver ikke kan overlades til private virksomheder uden særskilt lovhjemmel.

Det vil sige, at en kommune kan tildele en socialøkonomisk virksomhed opgaver, og at kommunen ligeledes kan støtte en socialøkonomisk virksomhed, eksempelvis ved at donere startkapital, når denne varetager opgaver, som kommunen ellers ville kunne påtage sig at udføre selv. En kommune kan derimod ikke overlade det til andre, herunder socialøkonomiske virksomheder, at træffe afgørelser i forhold til borgere (myndighedsudøvelse). Som eksempel må en socialøkonomisk virksomhed godt foretage afklaring af borgere i aktivering, men ikke træffe afgørelse om, hvad der så skal ske efter aktiveringsindsatsen er slut.

Det følger af praksis om kommunalfuldmagten, at kommuner uden særskilt lovhjemmel har en vis adgang til at deltage i selskaber. Det er dog igennem de kommunale tilsynsmyndigheders praksis fastslået, at kommuner kun kan deltage i private selskaber, såfremt fire betingelser er opfyldt:

1. *Intet forbud i lovgivning*: Den første betingelse er, at det ikke må være bestemt eller forudsat i lovgivningen, at kommunen er forpligtet til at udføre den konkrete opgave selv.
2. *Lovlig kommunal opgave*: Den anden betingelse er, at der skal være tale om en opgave, som den pågældende kommune selv lovligt vil være i stand til at varetage i henhold til lovgivningen eller kommunalfuldmagten. Denne betingelse skyldes, at man ikke har ønsket at give kommuner mulighed for at udvide deres lovlige opgaveområde ved at skyde et ekstra led ind mellem kommunalbestyrelsen og den konkrete opgave.
3. *Ikke erhvervsøkonomisk formål*: Den tredje betingelse er, at det selskab, der deltages i, ikke må have et erhvervsøkonomisk formål. Udstrækningen af denne betingelse er, at selskabet ikke må have som formål at skabe størst muligt afkast til selskabsdeltagerne. Det er dog i praksis fastslået, at selskabsdeltagerne godt må modtage et udbytte. Blot må kommunen ikke modtage et udbytte, der overstiger en normal forrentning af den investerede kapital. Denne betingelse kan opfyldes ved fx at indføre en bestemmelse i vedtægterne om, at der maksimalt må udbetales et udbytte svarende til en vis forrentning af den investerede kapital i forhold til den kommunale ejerandel.
4. *Ingen bestemmende indflydelse*: Den fjerde betingelse er, at kommunen ikke må have bestemmende indflydelse³ i selskabet. Med bestemmende indflydelse menes, at kommunen ikke på må besidde en ejerandel på over 50 pct. eller igen-

¹ Begrebet dækker over den del af den kommunale forvaltning, der består i at regulere borgernes retsforhold gennem udstedelse af konkrete forvaltningsakter, såsom forbud, påbud, tilladelser mv.

² Begrebet dækker over den virksomhed, hvor kommunen stiller serviceydelser m.v. til rådighed for borgerne, herunder fx undervisning, rengøring, patientbehandling m.v.

³ Bestemmende indflydelse svarer i denne relation til den selskabsretlige definition, jf. selskabsloven § 7.

nem aftale med de øvrige selskabsdeltagere være berettiget til at udpege over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne, fx via en ejeraftale.

Denne fjerde betingelse udspringer af to hensyn. For det første ønskes det ikke, at en kommune skal kunne udskille et område, der skal varetages kommunalt i et privat selskab og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen, men udenfor kommunalt regi. Det andet hensyn er hensynet til habilitet i de situationer, hvor det pågældende selskab indgår aftaler med kommunen. Såfremt kommunen har bestemmende indflydelse i selskabet, kan der opstå problemer i forhold til habilitet og saglighed, idet kommunen reelt set vil forhandle med sig selv.

Kommuner og regioners deltagelse i selskaber

Kommuner og regioners deltagelse i selskaber er reguleret i lov nr. 548 af 08/06/2006 "Lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber". Kommuner kan også deltage i selskaber i henhold til kommunalfuldmagten, som nævnt ovenfor, hvorimod regionerne alene kan deltage i selskaber i henhold til L548 samt særlovgivning. Loven samler reglerne om kommuner og regioners erhvervsaktivitet i én lov⁴. De selskaber, der etableres efter denne lov kaldes populært L548-selskaber.

Med L548 blev der blandt andet indført en række stramninger i forhold til de tidligere regler. Der stilles således nu krav om privat deltagelse på minimum 25 pct. af såvel selskabskapital som stemmerettigheder. Som yderligere krav er der indført en grænse for, hvor stor en del af selskabets omsætning, der må stamme fra salg til andre end kommuner eller regioner.

Kommuner og regioners deltagelse i selskaber er underlagt en række betingelser oplistet i ovennævnte lov. Disse betingelser er:

1. *Kommunal regional viden*: Kommuner og regioner kan efter loven deltage finansielt og ledelsesmæssigt i selskaber, der driver virksomhed med henblik på salg af produkter og tjenesteydelser, som bygger på kommunal eller regional viden, der er oparbejdet i forbindelse med løsning af kommunale eller regionale opgaver. Det er en forudsætning, at denne viden er opbygget ved aktiviteter, som kommunen eller regionen lovligt kunne påtage sig. Regionerne må dog alene deltage i selskaber, der bygger på regional viden, der er oparbejdet i forbindelse med løsning af regionale opgaver inden for sundhedsområdet, trafikområdet og det sociale område. Derudover er det et krav, at den opgave som selskabet skal varetage ikke tidligere har været udliciteret af kommunen eller regionen.
2. *Ingen bestemmende indflydelse*: Det er et krav, at kommunen/regionen ikke må have bestemmende indflydelse i selskabet.⁵ Kommunen/regionen vil have bestemmende indflydelse, såfremt kommunen/regionen besidder en ejerandel på mere end 50 pct., eller hvis kommunen/regionen på anden måde, fx ved indgåel-

⁴ L 548 erstattede lov nr. 384 af 20. maj 1992 om kommuners samarbejde med aktieselskaber m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 608 af 28. juni 1996 med senere ændringer (L384), samt lov nr. 378 af 14. juni 1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder.

⁵ Bestemmende indflydelse svarer i denne relation til den selskabsretlige definition, jf. selskabsloven § 7.

se af ejerftale herom, har en bestemmende indflydelse på selskabet. Herved sikres, at kommunalbestyrelsen ikke bevarer rådigheden over en fra kommunen udskilt opgave, og herved bringer sin virksomhed uden for reglerne i styrelseslovgivningen og den øvrige lovgivning, der gælder for den kommunale forvaltning.

3. *Kun bestemte selskabsformer:* For at begrænse risikoen kan kommuner og regioner i henhold til L548 kun deltage finansielt i aktieselskaber, anpartsselskaber og andre virksomheder med begrænset ansvar. På den måde sikres det, at den kommunale/regionale hæftelse herved er begrænset til kapitalindskuddet.
4. *Deltagelse af private ejere:* Det er en betingelse, at der deltager private ejere i selskabet. Disse private ejere skal besidde minimum 25 pct. af selskabets kapital og stemmerettigheder. Den kommunale/regionale ejerandel kan i et selskab omfattes af loven ikke på et senere tidspunkt forøges. Baggrunden herfor er, at formålet med selskaberne oprettet i henhold til loven er en markedsforberedelse, og at der derfor ikke er begrundelser for, at det skal være muligt at forøge det kommunale eller regionale engagement i selskabet efterfølgende. Dette gælder uanset om den kommunale eller regionale deltagelse er på maksimumsgrænsen på 75 pct., eller om deltagelsen er mindre. Et yderligere kommunalt eller regionalt indskud i et selskab forudsætter som følge heraf som udgangspunkt, at der sker en tilsvarende forøgelse af det private engagement.
5. *Omsætning fra andre end kommuner/regioner:* I selskaber omfattes af loven, hvor der deltager kommuner eller regioner, må højst 25 pct. af selskabets omsætning stamme fra salg til andre end henholdsvis kommuner og regioner. Såfremt der deltager både kommuner og regioner gælder grænsen på 25 pct. i forhold til salg til andre end kommuner og regioner. Dette indebærer, at eksempelvis selskaber med kommunal deltagelse maksimalt må sælge i alt 25 pct. til staten, regioner og private. Denne grænse kan være fraveget i anden lovgivning. Det kan således være forudsat i særlovgivning, at dette krav ikke skal gælde i forhold til en konkret type selskaber.
6. *Rapportering til Erhvervsstyrelsen:* Selskaber omfattes af loven skal en gang årligt indsende oplysninger til Erhvervsstyrelsen om overholdelse af lovens §§ 3-5⁶.

⁶ L548 §§ 3-5 svarer til de betingelser, der er nævnt under pkt. 2.2.1-2.2.4.

5. Udbudsreglerne og sociale hensyn i udbud

I dette afsnit gennemgås gældende regler for offentlige udbud med særlig fokus på mulighederne for at tage sociale hensyn i offentlige udbud. Udbudsreglerne består både af nationale udbudsregler og EU's udbudsregler.

Gældende EU udbudsregler

Ved EU's udbudsregler forstås primært udbudsdirektivet. Udbudsdirektivet gælder som udgangspunkt alle offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder over en vis størrelse⁷.

Hovedformålet med EU-udbudsreglerne er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater på det indre marked. Til at forfølge dette formål anvender EU-retten princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf samt proportionalitetsprincippet.

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at alle leverandører skal have lige muligheder for at konkurrere om en offentlig kontrakt. Det betyder eksempelvis, at en ordregiver ikke under udbudsprocessen må stille én tilbudsgiver bedre end de andre tilbudsgivere. Princippet udspringer af en grundlæggende betragtning om, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre dette er objektivt begrundet.

Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at der skal være offentlighed omkring ordregiveres tildeling af kontrakter. Det betyder for det første, at ordregiver skal sikre en passende grad af offentlighed i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter, eksempelvis gennem annoncering af den offentlige kontrakt forud for kontraktindgåelse. For det andet skal ordregiver sikre gennemsigtighed i selve udbudsprocessen, eksempelvis ved at gøre alle relevante oplysninger tilgængelige for leverandørerne.

Samtidig finder *proportionalitetsprincippet* anvendelse, hvilket indebærer, at en ordregiver ikke må opstille krav, som er mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt i forhold til at nå målet for det konkrete udbud. Fx skal krav om, at leverandøren skal oprette praktikpladser stå i et rimeligt omfang til kontraktsummen og kontraktens længde, så der ikke stilles krav, der i væsentligt omfang rækker ud over den konkrete kontrakt.

Udbudspligt efter udbudsdirektivet

Når en ordregivende myndighed vil indgå en offentlig kontrakt, skal myndigheden følge udbudsdirektivets procedureregler, såfremt den anslåede værdi af kontrakten

⁷ I nærværende notat beskrives alene de regler der gælder for indkøb af varer og tjenesteydelser (herunder bygge- og anlægsområdet) da det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens umiddelbare opfattelse, at alene disse regler vil være relevante i forhold til indgåelse af kontrakter med socialøkonomiske virkninger.

ekskl. moms overstiger de gældende tærskelværdier i direktivet. Tærskelværdierne (2012/2013) er som følger:

	Staten	Region/Kommune
Varer	968.383 kr.	1.489.820 kr.
Tjenesteydelser		
• Bilag A	968.383 kr.	1.489.820 kr.
• Bilag B	1.489.820 kr.	1.489.820 kr.

At myndigheden skal følge direktivets procedureregler indebærer blandt andet, at ordregiver indledningsvis skal offentliggøre dens hensigt om at indgå kontrakt. Formålet hermed er at give potentielt interesserede virksomheder på det indre marked mulighed for at deltage i konkurrencen om kontrakten. Dette gøres ved en såkaldt udbudsbekendtgørelse, der offentliggøres i EU-tidende. Herudover er ordregiver underlagt bestemte regler for udvælgelse af de virksomheder, der får lov at deltage i udbuddet og for valget af den virksomhed, der i sidste ende vinder kontrakten.

For så vidt angår tjenesteydelser, skelnes i direktivet mellem såkaldte bilag A-ydelser og bilag B-ydelser:

- *Bilag A-ydelser* omfatter blandt andet vedligeholdelse og reparation, finansielle tjenesteydelser, regnskabs- og revisionsydelser, IT ydelser, konsulent-, arkitekt- og ingeniørydelser m.m.
- *Bilag B-ydelser* omfatter blandt andet hotel- og restaurationsvirksomhed, sundheds- og socialydelser, juridiske ydelser, undervisning og kultur m.m.

Kun bilag A-tjenesteydelser er fuldt ud omfattet af udbudsdirektivets procedureregler. Ordregivende myndigheder er ved udbud af bilag B-ydelser derimod kun underlagt to af direktivets bestemmelser. Den første handler om fastlæggelse af de tekniske specifikationer, dvs. regler for hvordan opgaven beskrives med henblik på at sikre ligebehandling af virksomhederne. Den anden bestemmelse handler udelukkende om meddelelse til Kommissionen om indgåelse af kontrakten.

Gældende nationale udbudsregler

For kontrakter under EU-udbudsdirektivernes tærskelværdier gælder de nationale udbudsregler. Herved forstås i Danmark tilbudslovens afsnit I og II, der vedrører offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejde. Tilbudsloven indeholder dog også en tærskelværdi på 500.000 kr., således at indgåelse af kontrakter under dette beløb ikke er omfattet.

Tilbudslovens regler medfører en pligt til annoncering af den ordregivende myndigheds hensigt om indkøb af varer og bilag A-tjenesteydelser (bilag B tjenesteydelser er således *ikke* omfattet). Annoncen er en simplere version af EU-udbudsbekendtgørelsen og skal kun offentliggøres nationalt på www.udbud.dk.

Annoncen skal som minimum indeholde følgende oplysninger:

1. Beskrivelse af opgaven
2. Kontaktoplysninger
3. Frist for modtagelse af tilbud eller anmodninger om deltagelse
4. Adresse for modtagelse af tilbud eller anmodninger om deltagelse

5. Kriterier for tildeling af opgaven

Derimod gælder ingen detaljerede formkrav til proceduren. Ordregiver er således ved udbud efter tilbudsloven frit stillet til at tilrettelægge proceduren, som den finder det mest hensigtsmæssigt. Ordregiver skal blot sikre, at der ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne. Samtidig skal udvælgelsen af tilbudsgivere ske på baggrund af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Udbud af grænseoverskridende interesse

Når en offentlig kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, er ordregiver underlagt de ovenfor beskrevne principper fra udbudsdirektivet om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Dette gælder uanset kontraktens anslåede værdi og uanset hvilken ydelse, der er tale om. Det betyder, at når kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, så skal myndighederne overholde principperne, selvom kontraktens anslåede værdi er under tærskelværdien i udbudsdirektivet, og/eller der er tale om en bilag B-ydelse.

Det beror i alle tilfælde på en konkret vurdering, hvorvidt en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse. Ved vurdering heraf lægges bl.a. vægt på kontraktens genstand, markedets størrelse og struktur, leveringssted og handelspraksis.

Udbud og socialøkonomiske virksomheder

Da socialøkonomiske virksomheder formodes at udgøre en i forhold til offentlige myndigheder ekstern enhed, skal de offentlige myndigheder som udgangspunkt følge udbudsreglerne, når de indgår offentlige kontrakter med socialøkonomiske virksomheder.

Det vil generelt sige, at offentlige myndigheder *ikke* kan bestemme, at kun socialøkonomiske virksomheder må udvælges i et konkret udbud. Det skyldes, at udbudsdirektiverne er baseret på princippet om, at alle økonomiske aktører behandles lige. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ovenstående krav ligeledes medfører, at offentlige myndigheder heller ikke kan bestemme, at kun virksomheder, der samarbejder med socialøkonomiske virksomheder, må udvælges.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ser dog umiddelbart følgende muligheder for at undtage kontrakter, der indgås med socialøkonomiske virksomheder:

- Reserverede kontrakter
- Kontrakter om bilag B-tjenesteydelser

Reserverede kontrakter

Efter de gældende udbudsregler kan offentlige myndigheder som udgangspunkt ikke forbeholde kontrakter til bestemte typer af virksomheder, fx socialøkonomiske eller non-profit virksomheder.

Der findes dog en enkelt undtagelse hertil i udbudsdirektivet. Offentlige myndigheder kan således efter udbudsdirektivet forbeholde en kontrakt til beskyttede værksteder eller beslutte, at kontrakten skal udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, når flertallet af de berørte arbejdstagere er handicappede,

som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke kan udøve erhvervs-mæssig beskæftigelse på normale vilkår.

Hvorvidt undtagelsen i udbudsdirektivet om reserverede kontrakter konkret kan anvendes i forhold til socialøkonomiske virksomheder, vil afhænge af en konkret vurdering af, hvad der forstås ved socialøkonomiske virksomheder, og de opgaver de udfører.

Bilag B-tjenesteydelser

At offentlige myndigheder skal følge udbudsreglerne, når de indgår kontrakter betyder, at myndighederne som udgangspunkt ikke kan indgå kontrakt med socialøkonomiske virksomheder direkte uden forudgående udbud, såfremt udbuddet er over tærskelværdierne i udbudsdirektivet.

Bilag B-tjenesteydelser er dog delvist undtaget udbudsdirektivets og tilbudslovens regler og er således undtaget fra udbudsdirektivets krav om offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse forud for indgåelse af kontrakt samt tilbudslovens regler om annonceringspligt. Ordregivende myndigheder er ved indgåelse af disse kontrakter derfor ikke forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse/annonce forud for kontraktindgåelse. Derfor har myndighederne på dette område vide muligheder for at udarbejde præcis det udbud, de finder hensigtsmæssigt. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ved at udarbejde en vejledning, der skal udkomme senere på året, om hvad de præcise muligheder er, når man køber bilag B-tjenesteydelser.

Såfremt udbuddet er under tærskelværdierne kan ordregiver godt tildele kontrakten uden forudgående udbud. De skal dog overholde forvaltningslovens bestemmelser, bl.a. om at forvalte borgernes penge på en hensigtsmæssig måde.

Hvor kontrakterne vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiver derimod sikre en passende grad af offentlighed samt overholde ligebehandlingsprincippet. Heraf kan følge en forpligtelse til at annoncere kontrakten forud for kontraktindgåelse.

Sociale hensyn i udbud

Der er mulighed for at tage sociale hensyn i flere faser af et udbud af en offentlig kontrakt, hvilket måske kan stille socialøkonomiske virksomheder stærkere i konkurrencen med de øvrige virksomheder. Ordregiver kan anvende sociale hensyn i forhold til selve kontraktens genstand, udvælgelsen af leverandører, tildelingen af kontrakten eller selve kontraktens udførelse. I det følgende redegøres kort for, hvad mulighederne herfor er.

Fastsættelse af kontraktens genstand

Ordregiver kan stille sociale krav i de tekniske specifikationer, men det er generelt vanskeligt. Tekniske specifikationer udgør selve beskrivelsen af den vare/ydelse, som den ordregivende myndighed ønsker, at markedet skal levere og har derfor tre funktioner:

1. De beskriver kravene til de offentlige indkøb, således at virksomhederne kan beslutte, om de er interesseret i at deltage. På denne måde fastsætter de konkurrenceniveauet.

2. De giver målbare krav, i forhold til hvilke tilbuddene kan vurderes.
3. De udgør minimumskriterierne for overholdelse. Hvis de ikke er klare og korrekte, fører de uundgåeligt til uegnede tilbud. Tilbud, som ikke er i overensstemmelse med de tekniske specifikationer, skal afvises.

De tekniske specifikationer skal være knyttet til kontraktens genstand. Krav, som ikke har nogen relation til selve produktet eller tjenesteydelsen, herunder fx et krav vedrørende den måde, hvorpå en virksomhed ledes, kan ikke anvendes som tekniske specifikationer i henhold til udbudsdirektiverne. Derfor kan krav vedrørende eksempelvis ansættelse af medarbejdere fra bestemte grupper (handicappede, minoriteter osv.) ikke betegnes som tekniske specifikationer. En betingelse vedrørende en virksomheds "sociale egnethed" kan heller ikke betragtes som en teknisk specifikation i henhold til udbudsdirektiverne.

Endvidere fastsætter udbudsdirektiverne, at de tekniske specifikationer ikke må bevirke, at der skabes hindringer for konkurrencen, de skal være gennemskuelige, og de må ikke føre til forskelsbehandling af potentielle kontrahenter fra lande uden for den ordregivendes.

Udvælgelse af leverandører

Der er også mulighed for at tage sociale hensyn ved udvælgelsen af leverandører, omend også denne mulighed er indskrænket. Udvælgelsesprocessen sætter de ordregivende myndigheder i stand til at vurdere ansøgernes evne til at opfylde kravene i kontrakten. Udbudsdirektiverne indeholder en udtømmende liste over udvælgelseskriterier med hensyn til den tekniske formåen, som kan anvendes til at begrunde valget af leverandører. Udvælgelseskriterier, som afviger fra kriterierne i udbudsdirektiverne, er derfor ikke i overensstemmelse med direktiverne.

Endvidere skal udvælgelseskriterierne være ikke-diskriminerende samt stå i forhold til og være knyttet til kontraktens genstand. Det indebærer, at der *kun* kan medtages sociale hensyn i udvælgelseskriterierne, hvis der i forbindelse med kontraktens udførelse kan siges at kræves særlig "knowhow" på det sociale område. Det kan fx være ved at genstanden direkte har forbindelse til social "know-how" (såsom opkvalificeringsforløb for særlige grupper) eller, at det er specificeret, at det tillægges værdi at genstanden er produceret under hensyntagen til særlige sociale hensyn.

Tildeling af kontrakten

Der er også mulighed for at tage sociale hensyn ved tildelingen af kontrakten, det vil sige i forhold til hvem af tilbudsgiverne, der vinder konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Sociale tildelingskriterier kan anvendes, hvis de:

1. Er knyttet til kontraktens genstand.
2. Ikke giver den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, det vil sige, kriterierne skal være tilstrækkeligt specifikke og objektivt målbare.
3. Udtrykkeligt er omtalt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsdokumenterne.
4. Opfylder de grundlæggende principper i EU-lovgivningen, det vil sige forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, ligebehandling, proportionalitet, gennemsigtighed og fri bevægelighed.

Det betyder, at den offentlige myndighed ikke må tillægge det vægt, at en tilbudsgiver er en socialøkonomisk virksomhed, men gerne må anvende et kriterium for udvælgelsen af leverandør, der vedrører den erfaring socialøkonomiske virksomheder eller virksomheder, der samarbejder med socialøkonomiske virksomheder, har.

For udbud under tærskelværdierne, eller udbud af bilag-B ydelser, er det Konkurrence og Forbrugerstyrelsens vurdering, at offentlige myndigheder heller ikke må bestemme, at kun socialøkonomiske virksomheder kan udvælges. Imidlertid er den offentlige myndighed frit stillet til at anvende de tildelingskriterier, de finder hensigtsmæssige og relevante. Således kan udbyder vælge at anvende "det socialøkonomisk mest hensigtsmæssige tilbud" som kriterium, hvis det i den konkrete sag er sagligt og objektivt at gøre det og dermed egnet til at identificere det bedste tilbud.

Kontraktens udførelse

Offentlige indkøbskontrakter skal altid udføres i overensstemmelse med alle de gældende obligatoriske bestemmelser, herunder de sociale og sundhedsmæssige bestemmelser. Hvis den ordregivende myndighed ønsker, at en kontrahent skal nå yderligere sociale mål, kan den anvende sociale klausuler i betingelserne for kontraktens udførelse. Betingelser for kontraktens udførelse anvendes til at angive, hvordan en kontrakt skal udføres. Sociale hensyn kan medtages i betingelserne for kontraktens udførelse, såfremt:

- De er knyttet til kontraktens udførelse,
- De er offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen, og
- De er i overensstemmelse med EU-lovgivningen (herunder de generelle principper i TEUF, som beskrevet ovenfor).

Det er typisk via krav til kontraktens udførelse (sociale klausuler), at ordregivere sikrer sig, at fx større bygge- og anlægsopgaver medfører oprettelse af praktikpladser, eller et andet udbud medfører ansættelse af særligt udsatte ledige.

Nyt EU-udbudsdirektiv

Der er netop indgået politisk aftale om det nye EU-udbudsdirektiv, der ventes formelt vedtaget i efteråret 2013. Det nye udbudsdirektiv giver medlemslandene mulighed for at implementere mere fleksible udbudsprocedurer, herunder udvidelse af adgangen til forhandling og konkurrencepræget dialog, samt ved at indføre innovationspartnerskaber som ny udbudsform. Det indeholder derudover en række nyttige præciseringer i relation til konkrete problemstillinger, der er opstået i praksis. Der skabes endvidere større mulighed for at indarbejde miljømæssige og sociale hensyn i udbudsprocessen.

Ifølge direktivet får ordregiver flere muligheder for – på visse betingelser – at udelukke økonomiske aktører fra et udbud. Det gælder blandt andet i tilfælde af overtrædelser af social-, arbejds- og miljølove, eller hvis den økonomiske aktør tidligere har udvist væsentlig eller gentagen misligholdelse af en kontrakt med en ordregivende myndighed.

Efter direktivforslaget kan ordregivende myndigheder fortsat fastsætte særlige betingelser vedrørende udførelsen af en kontrakt, hvis de er anført i udbudsbe-

kendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Disse betingelser kan navnlig vedrøre sociale eller miljømæssige hensyn. Direktivet fastsætter imidlertid ikke generelle obligatoriske krav for sociale indkøb.

Det fremgår videre af direktivforslaget, at medlemslandene må reservere kontrakter til beskyttede værksteder. Sådanne værksteder skal have mindst 30 pct. ansatte, som er handicappede eller lignende. Dette er en udvidelse af de gældende regler, hvorefter *flertallet* af de berørte arbejdstagere skal være handicappede.

Udbud kun for sociale virksomheder

Som noget nyt giver udbudsdirektivet mulighed for, at offentlige myndigheder kan tildele kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som er anført i bilag XVI.

Inden for tildelingen af kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser giver direktivet endvidere mulighed for, at ordregivende myndigheder må reservere kontrakter til sociale virksomheder, så længe at følgende betingelser er opfyldt:

- Virksomheden har en social eller samfundsmæssig målsætning, der involverer levering af sundheds-, social- og beslægtede tjenester, administrative sociale, uddannelsesmæssige, sundhedspleje og kulturelle tjenesteydelser eller andre kollektive, sociale og personlige tjenesteydelser, som nævnt i bilag XVI for sårbare eller ugunstigt stillede personer.
- Virksomhedens overskud geninvesteres med henblik på at nå organisationens mål.
- At strukturer for forvaltning og ejerskab af organisationen er baseret på medarbejdernes ejerskab eller engagement eller anden form for styring med deltagelse af medarbejdere, brugere eller interessenter.

Det vil sige, at der er mulighed for at lave offentlige udbud på ovenstående områder, der er forbeholdt sociale virksomheder.

Vedrørende afknopning

Direktivet giver med artikel 76b desuden mulighed for, at medlemsstater kan reservere kontrakter uden forudgående udbud til organisationer, hvis hovedformål er integrering af tidligere offentlige ansatte til privat ansatte (såkaldt afknopning). Der skal være tale om kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser som oplistet i direktivets bilag XVI.

Visse betingelser er knyttet til denne mulighed:

- Mindst 75 pct. af de ansatte i disse organisationer er eller vil på det relevante tidspunkt være personer, der har forladt deres stilling i beskæftigelsen inden for en ordregivende myndighed med henblik på at levere offentlige tjenester ved hjælp af denne organisation;
- Organisationen tilbyder sine tjenester udelukkende for de ordregivende myndigheder i en periode på tre år at regne fra den dato, hvor organisationen først begynder at levere tjenesteydelser;
- Medarbejderejerskab eller engagement har eller vil på det relevante tidspunkt have en betydelig indvirkning på styringen af organisationen, og dette skal fort-

sætte mindst hele kontraktens løbetid, og kontrakten er fuldt gennemført inden for den periode på tre år regnet fra den dato, hvor organisationen først begynder at levere tjenesteydelser.

Ny dansk udbudslov

Regeringen har nedsat et bredt sammensat udvalg af eksperter og praktikere, der skal udarbejde et forslag til en samlet og overskuelig dansk udbudslov, der implementerer det nye udbudsdirektiv i dansk ret. Udbudslovsudvalget skal aflevere deres forslag til en ny udbudslov til erhvervs- og vækstministeren medio 2014 med henblik på fremsættelse af lovforslag i Folketingssamlingen 2014-2015.

UDVALGET FOR
**socialøkonomiske
virksomheder**
