

Rapport fra udvalg om sociale klausuler

Her finder du rapporten fra udvalget om sociale klausuler

Rapport fra Udvalget om sociale klausuler

RAPPORT

Sociale aftalevilkår ved offentlige institutioners udbud.

Indledning.

I aftalen for finansloven for 1999 blev det vedtaget at nedsætte et udvalg til at kulegrave de kontraktretlige og andre problemer, der kan opstå i forbindelse med sociale aftalevilkår ved udbud og udlicitering. Udvalget skal fremlægge forslag til, hvorledes det i forbindelse med udbud og udlicitering af offentlige opgaver kan indgå som et krav, at en vis andel af personalet på opgaven er ansat i job på særlige vilkår.

Udvalget har efter finanslovsaftalen mulighed for at komme med forslag til regelændringer. Udvalgets arbejde har imidlertid vist, at regelændringer ikke er nødvendige for at opnå mulighed for at lade det indgå som et aftalevilkår, at en vis andel af personalet på en udbudt opgave er ansat i job på særlige vilkår, for så vidt angår de af udvalget opstillede aftalevilkår.

Inden udvalget blev nedsat, blev det besluttet, at udvalget tillige skulle behandle spørgsmålet om der - som nævnt i regeringens udspil om integrations- og udlændingepolitik fra december 1997 - i forbindelse med det offentliges aftaler med private virksomheder, fx ved udlicitering, kan indarbejdes standardkontraktvilkår om etnisk ligestilling hos leverandøren.

Efter udvalgets kommissorium er målet at skabe flere jobs på særlige vilkår i den private sektor. Det kræver en styrkelse af indsatsen for et mere rummeligt arbejdsmarked. Det er endvidere målet at fremme den etniske ligestilling på arbejdsmarkedet som et led i en sammenhængende integrations- og udlændingepolitik. En mulighed for at styrke efterspørgslen på disse områder er at fremme brugen af sociale aftalevilkår og aftalevilkår, der kan fremme etnisk ligestilling, når offentlige myndigheder lader private virksomheder levere serviceydelser. Offentlige myndigheder kan herved dels blive væsentlige aftagere af ydelser, som medarbejdere på særlige vilkår kan levere, dels sikre at etnisk ligestilling fremmes.

I kommissoriet anføres det videre:

"Udvalget skal undersøge de grænser, der eksisterer for at anvende klausulerne i kontraktforhold mellem offentlige myndigheder og private virksomheder. I denne forbindelse skal udvalget foretage en fortolkning af de gældende udbudsregler, herunder de særlige EU-retlige regler, som myndighederne skal følge ved offentlige

indkøb.

Udvalget skal endvidere komme med forslag til, hvordan der kan ske opfølgning på udbud med sociale klausuler og klausuler om etnisk ligestilling, herunder forløbet omkring indgåelse af kontrakt og kontraktvilkår. Der skal således gives de myndigheder, der ønsker at benytte de nævnte klausuler, et redskab i hånden der gør det nemmere og sikrere at formulere de klausuler, der skal gælde i kontrakten mellem den offentlige myndighed og den private virksomhed. Ligeledes skal det undersøges, hvilken betydning overholdelsen af sociale klausuler og klausuler om etnisk ligestilling har for levering af en kontraktmæssig ydelse."

Udvalget blev sammensat af repræsentanter fra Erhvervs-, Finans-, Indenrigs-, Arbejds- og Socialministeriet, med Erhvervsministeriet som formand.

Der blev endvidere nedsat en følgegruppe med repræsentanter fra Amtsrådsforeningen i Danmark, Dansk Arbejdsgiverforening, Kommunernes Landsforening, Landsorganisationen i Danmark, Det Kommunale Kartel, Centralorganisationernes Fællesudvalg, Funktionærernes og Tjenestemændenes Fællesråd, Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune, Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service, Dansk Industri, Håndværksrådet, Dansk Handel og Service, Det Danske Center for Menneskerettigheder, Dokumentations og Rådgivningscentret om Racediskrimination, Nævnet for Etnisk Ligestilling, Rådet for Etniske Minoriteter, De Samvirkende Invalideorganisationer og Akademikernes Centralorganisation.

Følgegruppen har fungeret som sparringspartner for udvalget. Følgegruppen er løbende blevet inddraget i udvalgets arbejde, og følgegruppens kommentarer og anbefalinger er indgået i udvalgets overvejelser. Udarbejdelsen af forslagene til sociale aftalevilkår er dog alene udvalgets ansvar.

Udvalget er bekendt med, at der også tidligere har været aftalt ansættelser på særlige vilkår hos leverandører i forbindelse med offentlige udbud. Imidlertid har udvalget ikke set kontraktvilkår, som udvalget har kunnet bruge direkte i udvalgets arbejde. Dette kan skyldes, at hidtidige kontraktvilkår har været opstillet med henblik på det konkrete udbud. Udvalgets opgave har derimod været at opstille aftalevilkår, som er generelt anvendelige.

Udvalget har ikke modtaget informationer om problemer i forbindelse med den hidtidige anvendelse af sociale aftalevilkår. Dette giver ikke sikkerhed for, at der ikke har været problemer med anvendelse af sociale aftalevilkår tidligere, men har betydet, at udvalget ikke har haft konkrete problemstillinger at gå ud fra i opstillingen af aftalevilkår.

De af udvalget foreslåede kontraktvilkår er således af generel karakter, og det bør ved anvendelse overvejes, om kontraktvilkårene skal tilrettes det konkrete udbud.

I det hele taget er det væsentligt at understrege, at de opstillede aftalevilkår alene er et tilbud til den offentlige udbyder, som beslutter sig for at opstille krav til leverandøren om ansættelser på særlige vilkår eller vilkår om etnisk ligestilling.

Opstillingen af vilkårene indebærer ikke, at der i forbindelse med et offentligt udbud er en pligt til at overveje eller opstille sociale aftalevilkår, eller til at sociale aftalevilkår skal opstilles som foreslået.

Det følgende materiale er opbygget således, at der inden for de forskellige afsnit er redegjort for udvalgets overvejelser og for de aftalevilkår, som overvejelserne har givet anledning til. De sociale aftalevilkår er endvidere opstillet samlet som bilag 1 for så vidt angår aftalevilkår med krav om et antal eller en andel stillinger på særlige vilkår og som bilag 2 for så vidt angår aftalevilkår med krav om en personalepolitik. Der er endvidere opstillet sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af arbejdstagere med en vis ledighedsperiode som bilag 3, og som bilag 4 sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper.

Da de sociale aftalevilkår og vilkårene om etnisk ligestilling er udformet til at fremgå af kontrakten mellem leverandøren og ordregiveren, er det vigtigt i forbindelse med udbuddet at fremhæve, at der stilles krav om sociale aftalevilkår og/eller vilkår om etnisk ligestilling. Det skal således enten fremgå af udbudsmaterialet eller af udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende, at der i det kontraktudkast, der bør indgå som en bestanddel af udbudsmaterialet, vil blive stillet krav om sociale aftalevilkår eller vilkår om etnisk ligestilling.

Resumé.

Under arbejdet med de sociale aftalevilkår har udvalget skulle tage stilling til en lang række spørgsmål. De væsentligste spørgsmål har vedrørt hjemmelsmæssige spørgsmål, EU-rettens begrænsninger, afgrænsningen af persongruppen for sociale aftalevilkår og spørgsmålet om, hvordan man forener krav om sociale aftalevilkår og etnisk ligestilling med arbejdsgiverens ansættelses- og ledelsesret.

Vedrørende hjemmelsspørgsmålet er konklusionen, at offentlige institutioner i forbindelse med aftaleindgåelse kan fremme ansættelser på særlige vilkår og vilkår om etnisk ligestilling.

Offentlige myndigheder har således efter udvalgets opfattelse generelt adgang til ved indkøb af varer og tjenesteydelser at varetage hensynet til social aktivering og aktivering af ledige i øvrigt på en sådan måde, at myndigheden som indkøber kræver, at leverandøren ved udførelsen af en opgave for myndigheden beskæftiger et vist antal ledige, når afgrænsningen af de pågældende ledige er objektiv og i overensstemmelse med kriterierne i aktiveringslovgivningen for at kunne få tilbudt fleks- og skånejobs, jobtræning eller andre aktiveringsordninger.

Det er efter udvalgets opfattelse derimod tvivlsomt, om offentlige ordregivende myndigheder også mere målrettet kan varetage aktiveringshensyn ved ud fra andre sociale kriterier end dem, der fremgår af kriterierne for de enkelte aktiveringsordninger i aktiveringslovgivningen, at afgrænse den personkreds, som ønskes aktiveret.

Varetagelsen af vilkårene om etnisk ligestilling følger af, at det generelt er lovligt for offentlige institutioner at varetage hensyn, der tjener til at varetage og fremme de

idealer af almen karakter, som menneskerettigheder er udtryk for.

Et andet centralt spørgsmål i udvalgets arbejde har været, hvilke krav, EU-retten stiller i forbindelse med selve udbudet. Her er konklusionen, at krav om sociale aspekter kan indgå som kontraktvilkår under visse betingelser. Imidlertid skal sådanne krav fremgå af den kontrakt, der udbydes efter, og kan ikke være konkurrenceparameter i form af et udvælgelses- eller tildelingskriterium. Et andet punkt er kravet om proportionalitet. Man kan således næppe pålægge en større virksomhed med adskillige ansatte at udfærdige fx generelle politikker om arbejdsfastholdelse m.v. som vedrører samtlige ansatte. Da der i EU-retten i praksis er et forbud mod "eksport" af sociale aftalevilkår, vil kerneområdet for sociale aftalevilkår i forbindelse med en udbudsforretning endvidere som altovervejende hovedregel være de tilfælde, hvor vilkårene kan knyttes til opgaver, som kun kan udføres lokalt.

For at sikre at afgrænsningen af persongruppen, som kan omfattes af de sociale aftalevilkår, er i overensstemmelse med EU-retten, er det nødvendigt at foretage afgrænsningen ved objektive kriterier. Det vil således ikke være i overensstemmelse med EU-retten at afgrænse persongruppen alene under henvisning til danske ordninger, idet dette ville diskriminere arbejdstagere fra andre EU-lande. Udvalget har med udgangspunkt i ordningerne for fleks- og skånejobs søgt at opstille betingelser, som kan afgrænse den persongruppe, der kan stilles krav om ansættelse af ved udbud. Udvalget har dog endvidere udarbejdet forslag til sociale aftalevilkår omfattende ledige, herunder personer på kontanthjælp.

Af hensyn til ansættelses- og ledelsesretten er de sociale aftalevilkår opstillet således, at det i første omgang er den leverandør, som vinder et udbud med sociale aftalevilkår, der har forpligtelsen til at sørge for, at der foretages de ansættelser på særlige vilkår, som kontrakten kræver. Hvis dette ikke er muligt, skal leverandøren rette henvendelse til en eller flere nærmere udpegede kommuner, som herefter kan foretage formidling til ledige stillinger. I det omfang, formidling ikke er mulig, kan leverandøren foretage ansættelser på normale betingelser.

Hjemmel.

Under arbejdet i udvalget om sociale klausuler opstod spørgsmål om, hvorvidt kommunerne og staten i forbindelse med aftaleindgåelse kan fremme ansættelser på særlige vilkår og vilkår om etnisk ligestilling.

Problemet er, om legalitetsprincippet - kravet om at forvaltningens virksomhed skal være legitimeret i en lov eller anden retskilde - forhindrer, at der i forbindelse med et udbud fra det offentliges side opstilles krav til leverandøren om et antal ansættelser på særlige vilkår eller om etnisk ligestilling. Et andet problem er, at et hensyn, som en offentlig institution lovligt kan varetage i forbindelse med udførelsen af en bestemt opgave, som følge af de såkaldte forvaltningsretlige specialitetsprincipper ikke altid er sagligt og dermed lovligt for institutionen at varetage i forbindelse med udførelsen af en anden opgave. Specialitetsprincipperne kan også medføre, at et hensyn, som sagligt kan varetages af en myndighed, kan være usagligt for en anden myndighed at varetage (det organisatoriske specialitetsprincip). Spørgsmålet i den forbindelse er,

om andre offentlige institutioner vil kunne fremme ordninger som fx fleks- og skånejobs ved udbud, da det er (amts)kommunerne, der har kompetencen til at foretage visiteringer til fleks- og skånejob.

Legalitetsprincippet:

Udvalget har for det første vurderet spørgsmålet om, hvorvidt der i lovgivningen er hjemmel til, at offentlige myndigheder ved indkøb af varer og tjenesteydelser generelt kan varetage hensynet til social aktivering eller aktivering af ledige i øvrigt.

Dette spørgsmål er væsentligt at afklare, idet offentlige myndigheder ved indgåelse af aftaler med private alene lovligt kan varetage hensyn, som retligt set er saglige. Hensyn er saglige, når de er relevante og velbegrundede i varetagelsen af de opgaver, som den pågældende aftale vedrører. Hensyn kan ved indgåelse af sådanne aftaler også være saglige, fordi de er relevante i forbindelse med udførelsen af andre opgaver, som den ordregivende myndighed lovligt kan varetage.

Der er ikke i lovgivningen fastsat regler, som udtrykkeligt regulerer offentlige institutioners muligheder for ved indkøb at anvende vilkår om etnisk ligestilling eller om ansættelser på særlige vilkår hos leverandørerne. Offentlige institutioners indgåelse af indkøbsaftaler er dog ikke ubundet af retsregler. Udover regler i den skrevne lovgivning, som er af betydning i sådanne tilfælde, såsom især EU-udbudsdirektiverne, er offentlige institutioner også ved indgåelse af sådanne aftaler bundet af almindelige offentligretlige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, lighedsgrundsætningen og - for kommuners vedkommende - almindelige ulovbestemte grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (de såkaldte kommunalfuldmagtsregler).

Spørgsmålet om, hvorvidt offentlige institutioner lovligt kan anvende aftalevilkår om etnisk ligestilling eller om ansættelser på særlige vilkår i deres aftaler med private virksomheder om udførelse af offentlige opgaver beror således på, om det må anses for at være sagligt for offentlige institutioner at varetage hensynet til fremme af etnisk ligestilling på det private arbejdsmarked eller til at fremme ansættelser på særlige vilkår, når de indgår indkøbsaftaler med private virksomheder.

Ved bedømmelsen af, om sådanne vilkår kan være saglige at varetage, er udgangspunktet, at hovedopgaven ved offentlige institutioners indkøb er at få den bedst mulige ydelse til den lavest mulige pris.

Det offentlige har imidlertid som arbejdsgiver mulighed for at forfølge andre formål end varetagelsen af økonomiske interesser. De offentlige arbejdsgivere skal også varetage politisk betingede opgaver, og har da også gjort dette, bl.a. i forbindelse med indgåelsen af aftalen om det sociale kapitel (fra 1995).

Det er efter aktiveringslovgivningen generelt lovligt for offentlige myndigheder at varetage de i lovgivningen omhandlede aktiveringsformål ved at tilbyde ledige offentlig ansættelse, f.eks. i fleks- og skånejobs. Da det således er lovligt for enhver offentlig myndighed at varetage aktiveringshensyn i forbindelse med myndighedens varetagelse af dens opgaver ved hjælp af egne ansatte, må det efter udvalgets

opfattelse antages også at være lovligt for myndigheden at varetage de pågældende aktiveringshensyn i forbindelse med myndighedens varetagelse af de opgaver, hvor varetagelsen helt eller delvist forstås af eksterne leverandører. I disse tilfælde må den offentlige ordregivende myndighed kunne varetage de pågældende aktiveringshensyn ved at søge at fremme, at leverandøren tilbyder ledige ansættelse, f.eks. i fleks- og skånejobs.

Det følger af budgetvejledningen, at offentlige institutioner inden for lønsumsrammen og de godkendte stillinger selv fastlægger normeringen og dermed personaleforbrugets sammensætning. Det offentlige har utvivlsomt mulighed for at foretage fx ansættelser i fleks- og skånejobs, og varetagelsen af de hensyn, som ligger bag disse ordninger, er således saglige i forhold til disse bevillingers formål.

Da det er de samme bevillinger, som vil blive anvendt til indkøb og køb af tjenesteydelser i tilfælde af udbud, vil de samme formål almindeligvis være saglige at fremme efter udbudet.

Set udfra et bevillingsretligt synspunkt vil der i sådanne tilfælde alene være tale om, at den offentlige myndighed også anvender den bevilling, som er givet til varetagelsen af den pågældende opgave, til at sikre, at der ved varetagelsen af den pågældende opgave sker en aktivering af ledige, uanset at opgavens varetagelse overlades til en ekstern leverandør.

Det er udvalgets opfattelse, at muligheden for med de offentlige myndigheders budgetter at fremme ansættelsen fx fleks- og skånejobs eller ledige bliver bevaret i forbindelse med udbudet. Offentlige myndigheder har således efter udvalgets opfattelse generelt adgang til ved indkøb af varer og tjenesteydelser at varetage hensynet til social aktivering og aktivering af ledige i øvrigt på en sådan måde, at myndigheden som indkøber kræver, at leverandøren ved udførelsen af en opgave for myndigheden beskæftiger et vist antal ledige, når afgrænsningen af de pågældende ledige er objektiv og i overensstemmelse med kriterierne i aktiveringslovgivningen for at kunne få tilbudt fleks- og skånejobs, jobtræning eller andre aktiveringsordninger.

Det er efter udvalgets opfattelse derimod tvivlsomt, om offentlige ordregivende myndigheder også mere målrettet kan varetage aktiveringshensyn ved ud fra andre sociale kriterier end dem, der fremgår af kriterierne for de enkelte aktiveringsordninger i aktiveringslovgivningen, at afgrænse den personkreds, som ønskes aktiveret.

Det er endvidere tvivlsomt, om der er bevillingsmæssig hjemmel til, at der i forbindelse med et udbud stilles krav om et uforholdsmæssigt stort antal ansættelser på særlige vilkår. Der er således en grænse for, hvor mange ansættelser på særlige vilkår der kan stilles krav om i en kontrakt. Antallet afhænger af en konkret fortolkning. Vejledende må være det antal ansættelser på særlige vilkår, som den offentlige myndighed selv har sat på eller kunne tænkes at sætte på en arbejdsopgave. EU-retten tilsiger også en vis begrænsning i kravet om ansættelser på særlige vilkår, jf. nedenfor.

Varetagelsen af vilkårene om etnisk ligestilling følger af, at Danmark er internationalt

forpligtet til, at der ikke må diskrimineres på baggrund af blandt andet etnisk oprindelse og af, at det generelt er lovligt for offentlige institutioner at varetage hensyn, der tjener til at varetage og fremme de idealer af almen karakter, som menneskerettigheder er udtryk for, jf. nærmere afsnit B..

Specialitetsprincippet:

Som anført kan det organisatoriske specialitetsprincip medføre, at et hensyn, som er sagligt at varetage for en myndighed, kan være usagligt for en anden myndighed. Ved fleks- og skånejobs har kun kommuner og amtskommuner adgang til at foretage visiteringen.

Der synes imidlertid at være grundlag for at antage, at det organisatoriske specialitetsprincip opblødes i forbindelse med, at det offentlige handler på privatrettens område. Det antages således, at det væsentlige ikke er under hvilken myndighed, en opgave er henlagt, men om interessen i opgavens varetagelse (tillige) er hos den myndighed, som stiller krav om opgavens løsning som et vilkår i forbindelse med retshandlen.

Det fremgår bl.a. af bemærkningerne i finansloven 1999 om det rummelige arbejdsmarked og virksomhedernes sociale ansvar, at det rummelige arbejdsmarked, herunder fremme af fleks- og skånejobs, er en interesse som det tillige tilkommer staten og andre offentlige institutioner at varetage.

På denne baggrund må det antages, at det organisatoriske specialitetsprincip ikke hindrer staten eller andre offentlige institutioner i at varetage hensynet til fremme af ansættelser på særlige vilkår i forbindelse med udbud.

De EU-retslige aspekter og konsekvenser.

Generelt:

Offentlige myndigheders indkøb af varer og tjenester og bygge- og anlægskontrakter reguleres dels af Finansministeriets udbudscirkulære, der alene gælder for statslige myndigheder, dels af EUs udbudsdirektiver, der omvendt gælder for både stat og (amts)kommuner, når der er tale om udbud over en vis (tærskel)værdi.

Et af formålene med EU-udbudsreglerne er bl.a. at hindre, at virksomheder fra andre lande end ordregiverens stilles ringere end nationale eller lokale virksomheder. Reglerne bygger således på et ligebehandlingsprincip, hvorefter alle potentielle tilbudsgivere behandles lige. Ved siden af ligebehandlingsprincippet gælder Traktatens almindelige forbud i artikel 12 mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet. Herudover kan Traktatens almindelige bestemmelser om fri bevægelighed for varer (artikel 28), arbejdskraft (artikel 39) og tjenesteydelser (artikel 49) få direkte betydning ved bedømmelsen af et offentligt indkøb. Traktatens bestemmelser finder også anvendelse på indkøb under direktivernes tærskelværdier.

I det omfang der i forbindelse med offentlige udbud opstilles krav om, at den vindende virksomhed skal opfylde visse sociale aftalevilkår (i det følgende omtalt som

kontraktvilkår), er der en række forhold, som offentlige myndigheder skal være opmærksomme på for at undgå, at der gennemføres udbudsprocedurer, som strider imod direktiverne og/eller Traktaten.

Kontraktvilkår:

De vilkår, som ordregiveren kræver, at leverandøren forpligter sig til at opfylde i forbindelse med effektueringen af opgaven, kaldes kontraktvilkår. Kontraktvilkårene vil fremgå af det kontraktudkast, som bør indgå som en bestanddel af udbudsmaterialet. Tilbudsgiverne er normalt tvunget til at acceptere et foreliggende kontraktudkast, hvis de vil have ordren. Sådanne kontraktvilkår bliver da ikke et af de elementer, som tilbudsgiverne konkurrerer om. Det vil være direkte i strid med udbudsdirektiverne at gøre kontraktvilkår til et konkurrenceparameter i form af et udvælgelses- eller tildelingskriterium, hvis vilkåret enten ikke holder sig inden for de udvælgelseskriterier, der kan kræves dokumentation for (økonomisk, teknisk eller finansiell formåen), eller ikke har en sådan økonomisk tilknytning til den efterspurgte leverance, at det kan bruges som tildelingskriterium. Det er derfor væsentligt at holde sig for øje, at kontraktvilkår ikke må "blandes sammen med" hverken tildeling- eller udvælgelseskriterierne.

Adgangen til at stille sociale krav i kontrakten:

EF-Domstolen har i en dom (Beentjes-sagen) fastslået, at det ikke er i strid med fællesskabsretten, at det blev pålagt entreprenøren i et bygge- og anlægsarbejde at ansætte langtidslidende. Domstolen opstillede dog som betingelse, at et sådan kontraktvilkår ikke diskriminerede mod udenlandske leverandører, og at vilkåret fremgik af selve udbudsbekendtgørelsen, der offentliggøres i EU-tidende.

Kommissionen har analyseret dommens konsekvenser i en meddelelse fra 1989 "om regionale og sociale aspekter" (KOM(89)400 endelig udg.). Ifølge meddelelsen kan et sådant socialt aspekt indgå som kontraktvilkår under visse betingelser.

Ifølge Kommissionen skal et kontraktvilkår under alle omstændigheder overholde de relevante bestemmelser i fællesskabslovgivningen, herunder specielt restriktioner, der udspringer af Traktatens principper om fri etableringsret og frihed til at levere tjenesteydelser samt princippet om ikke-diskrimination begrundet i nationaliteten. Et kontraktvilkår kan således repræsentere en overtrædelse af ikke-diskriminationsprincippet, hvis det viser sig, at det kun kan overholdes af nationale virksomheder, eller hvis det vil være vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsstater at overholde det. Hertil kommer, at et kontraktvilkår ikke må diskriminere over for andre EU-arbejdstagere. En vurdering af dette aspekt skal derfor også foretages.

Meget afhænger således af den nøjagtige ordlyd af et bestemt kontraktvilkår og af, hvilken virkning det i praksis har for tilbudsgivere og arbejdstagere fra andre medlemsstater. Vurderingen af, om kontraktvilkår er forenelige med fællesskabslovgivningen, må således foretages fra sag til sag. F.eks. vil et vilkår inden for uddannelse om, at en virksomhed udelukkende skal ansætte et vist antal eller en vis procentdel praktikanter under nationale uddannelsesprogrammer, diskriminere

praktikanter under tilsvarende ordninger i andre medlemsstater. Derimod vil en forpligtelse til at ansætte praktikanter, som med hensyn til nationalitet ikke er begrænset til et bestemt land, ikke frembyde noget problem.

Det bemærkes, at et krav om, at den vindende tilbudsgiver skal ansætte et bestemt antal personer, der er bosiddende i et bestemt område, umiddelbart vil blive anset for diskriminerende.

Krav om proportionalitet:

Lovligheden af et kontraktvilkår vil endvidere – uanset at alle ovenstående forhold måttet være opfyldt – ifølge Kommissionen afhænge af, om vilkåret kan betegnes som proportionalt. Dette skal i nærværende sammenhæng forstås således, at vilkåret skal have tilknytning til kontrakten.

I det omfang man i forbindelse med opstilling af sociale aftalevilkår ønsker at stille krav om udfærdigelse af en etnisk ligestillingspolitik eller en arbejdsfastholdelsespolitik hos den leverandør, som vinder ordren, antages dette ifølge Kommissionen alene at være muligt i forhold til personer ansat til at udføre den konkrete arbejdsopgave. Man kan således næppe pålægge en større virksomhed med adskillige ansatte at udfærdige sådanne politikker generelt; dvs. for andre end de personer, der er beskæftiget med selve den udbudte arbejdsopgave. Dette skyldes, at et sådant generelt krav formentlig ville stride imod proportionalitetsprincippet fordi det ikke har en tilstrækkelig og direkte tilknytning til udførelsen af den konkrete arbejdsopgave.

De samme betragtninger vedrørende proportionalitet kan muligvis gøre sig gældende vedrørende det antal personer inden for en særlig persongruppe, som ordregiver kan kræve ansat af en leverandør. Det kan således være et disproportionalt og dermed et ulovligt kontraktvilkår, hvis ordregiveren kræver, at leverandøren skal ansætte flere personer på særlige vilkår, end det er nødvendigt for udførelsen af den pågældende opgave, uanset om leverandøren kompenseres økonomisk herfor eller ej.

Kerneområdet for sociale aftalevilkår:

Ifølge Kommissionen antages det endvidere som altovervejende hovedregel, at det alene vil være lovligt at opstille kontraktvilkår, der vedrører eller regulerer udførelsen af ydelser, i det land hvor den ordregivende myndighed er hjemmehørende.

Kerneområdet for sociale aftalevilkår i form af kontraktvilkår i forbindelse med en udbudsforretning vil herefter – som følge af ovenstående forbud imod "eksport" af sociale aftalevilkår - som altovervejende hovedregel være de tilfælde, hvor vilkårene kan knyttes til persongrupper, der udfører opgaven her i landet. Der vil derfor være tale om tjenesteydelseskontrakter eller bygge- og anlægsarbejder, der typisk skal udføres "på stedet" og hvor leverandøren og dennes ansatte fysisk indfinder sig "på stedet" for at levere ydelser.

Den modsatte situation er tjenesteydelseskontrakter, som kan udføres over lange distancer – eks. en edb-tjenesteydelse, der kan leveres fra en anden egn af landet

eller fra et helt andet land end ordregiverens hjemsted. De samme forhold gør sig gældende ved indkøbskontrakter, der typisk opfyldes på produktionsstedet. Her vil det som nævnt ikke være muligt at stille sociale aftalevilkår i kontraktsform, idet man herved i forhold til potentielle udenlandske leverandører opstiller målsætninger, som i givet fald ville skulle realiseres uden for ordregiverens hjemland.

Opsummering:

Ifølge Kommissionen skal følgende forhold/begrænsninger iagttages ved anvendelsen af kontraktvilkår om ansættelsesforhold på særlige vilkår:

- Kontraktvilkåret må som alt overvejende hovedregel ingen indflydelse have på vurderingen af tilbudsgivernes evne til at udføre det pågældende arbejde (udvælgelseskriterierne) eller på tildelingskriterierne.
- Det må ikke repræsentere en overtrædelse af andre principper i fællesskabslovgivningen, navnlig arbejdskraftens frie bevægelighed, den frie etableringsret, friheden til at levere tjenesteydelser og den nationalitetsbegrundede ikke-diskrimination. I praksis synes dette at kræve, at hvert enkelt tilfælde undersøges for sig.
- Der kan kun indføres vilkår, der søger at realisere målsætninger inden for det land, hvor den ordregivende myndighed er hjemmehørende.
- Vilkåret skal nævnes enten i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.
- Vilkåret skal være proportionalt.

For en mere uddybende gennemgang henvises der til bilag 6.

A. SOCIALE AFTALEVILKÅR.

Hovedforpligtelsen.

Et aftalevilkår, som fastslår en forpligtelse til at ansætte medarbejdere på særlige vilkår, vil kunne formuleres således:

Leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere på særlige vilkår. Ved medarbejdere på særlige vilkår forstås personer under 65 år med varige begrænsninger i arbejdsevnen, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Mulighederne for revalidering til beskæftigelse på normale vilkår skal være udtømte.

Der skal som følge af det ovenstående opstilles en klausul, som ligestiller tilsvarende ordninger i andre EU-lande:

Leverandøren kan vælge at besætte ledige stillinger på særlige vilkår med arbejdstagere fra andre EU-lande som tilhører en persongruppe, som svarer til den, som efter denne kontrakt kan ansættes på særlige vilkår.

Hvis der ikke i det EU-land, der ansættes arbejdstagere fra, findes ordninger om revalidering, som svarer nøje til de danske, vil de betingelser, der er opstillet i afgrænsningen af personkredsen ovenfor, ikke skulle opfyldes for disse arbejdstageres

vedkommende.

Om persongruppen.

Som det fremgår af finanslovsaftalen er den persongruppe, det er målet at øge beskæftigelsen af, personer der ansættes på særlige vilkår. Persongruppen er således kun afgrænset ved ansættelsesvilkårene, som ikke er nærmere præciserede. Da offentlige myndigheder imidlertid i forbindelse med aftaleindgåelse kun har adgang til at forfølge saglige formål, er det udvalgets opfattelse, at der alene kan opstilles krav om ansættelser på særlige vilkår af persongrupper, som ordninger kan fremme ansættelsen af.

Endvidere er det en betingelse, at persongruppen kan defineres præcist og uden, at definitionen er bestemt ved en persongruppe, som er defineret ved at være under bestemte danske ordninger. I modsatte fald ville der som nævnt være tale om en overtrædelse af EU-retten. Persongruppen må endvidere være entydigt fastlagt, da manglende overholdelse af aftalevilkårene kan medføre ophævelse af kontrakten. Leverandørens forpligtelse må ligge fast.

Udvalget har koncentreret sine undersøgelser om muligheden for at opstille aftalevilkår, som fremmer ansættelse af personer, der tilhører den persongruppe, som vil kunne omfattes af fleks- og skånejobsordningerne, og det er på denne baggrund, persongruppen er afgrænset ovenfor.

Imidlertid behøver personer, som skal ansættes på særlige vilkår, ikke at være visiterede til fleks- eller skånejobs. Det kan fx være personer, som er ansatte efter de sociale kapitler i overenskomsterne. De skal dog opfylde de betingelser, som er anført i afgrænsningen af personkredsen. Efter lov om aktiv socialpolitik er de persongrupper, som kan omfattes af fleks- og skånejob, defineret således:

Fleksjob: Som betingelse for at opnå et fleksjob skal en person være under 65 år med varig begrænsning i arbejdsevnen, ikke modtage social pension, ikke kunne opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet og mulighederne for revalidering til beskæftigelse på normale vilkår skal være udtømte.

Skånejob: Som betingelse for at opnå et skånejobs skal en person være under 65 år med varige begrænsninger i arbejdsevnen, få førtidspension efter lov om social pension, og ikke være i stand til at fastholde eller opnå beskæftigelse på nedsat tid på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Tilkendelse af førtidspension stiller bl.a. krav om, at erhvervsevnen varigt er nedsat på grund af fysisk eller psykisk invaliditet. Tilkendelse af førtidspension forudsætter endvidere, at alle aktiverings-, revaliderings- og behandlingsmæssige samt andre foranstaltninger, der kan forbedre erhvervsevnen, har været afprøvet, og at erhvervsevnen ikke varigt kan forbedres. Som udgangspunkt skal erhvervsevnen være nedsat med mindst omkring halvdelen.

Det er på denne baggrund og ud fra de krav, som EU-retten stiller, at persongruppen i hovedklausulen er forsøgt opstillet.

Udvalget finder anledning til at understrege, at det også er muligt at opstille sociale

aftalevilkår for personer, som ikke skal ansættes på særlige vilkår, men som før eller senere vil kunne ansættes på normale vilkår.

Således findes der ordninger, som fremmer ansættelse af ledige, herunder ledige på individuel jobtræning. Efter lov om aktiv arbejdsmarkedspolitik kan ledige få tilbud om jobtræning hos private eller offentlige arbejdsgivere. Der kan til ledige, som kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn og arbejdsvilkår eller i jobtræning på det almindelige arbejdsmarked, etableres individuel jobtræning på en almindelig arbejdsplads hos private eller offentlige arbejdsgivere.

Et problem i den forbindelse er imidlertid, at stillinger naturligvis besættes med ledige – det springende punkt bliver derfor at få leverandøren til at aftage de ledige, som ordregiveren har en særlig interesse i at få beskæftiget. Imidlertid vil det være muligt at indsnævre persongruppen, blot det sker på objektive grundlag, fx til personer, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år.

Et socialt aftalevilkår, som opstiller et krav om at ansætte personer, der har været ledige i en særlig periode, kan opstilles således:

Leverandøren skal sikre, at mindst x % af de stillinger / x stillinger, der anvendes til opfyldelse af denne kontrakt, besættes med arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år.

Ved arbejdstagere forstås danske såvel som EU-arbejdstagere. Der ses ikke på det hidtidige forsørgelsesgrundlag. Udtrykket ledige skal forstås i overensstemmelse med forståelsen af dette udtryk i gældende lovgivning, herunder lov om en aktiv arbejdsmarkedspolitik. Som bilag 3 er der opstillet sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af arbejdstagere med en vis ledighedsperiode.

Der er endvidere i lovgivningen mulighed for at fremme ansættelse af revalidender og personer på kontanthjælp. Betingelserne for at modtage revalidering er at personen har begrænsninger i arbejdsevnen, at den pågældendes mulighed for at forsørge sig selv og sin familie forbedres, og at erhvervsrettede aktiviteter efter lov om aktiv arbejdsmarkedspolitik eller anden lovgivning ikke er tilstrækkelige til, at den pågældende kan klare sig selv. Betingelserne for at modtage kontanthjælp og aktivering er, at ansøgeren har været ude for ændringer i sine forhold, f.eks. i form af sygdom, arbejdsløshed eller samlivsophør og ændringerne bevirker, at ansøgeren ikke har mulighed for at skaffe det nødvendige til sin egen eller familiens forsørgelse, samt at behovet ikke kan dækkes gennem andre ydelser.

For at få personer på revalidering eller på kontanthjælp omfattet af sociale aftalevilkår er det nødvendigt at afgrænse personkredsen objektive og uden henvisning til danske ordninger, så der ikke opstår problemer i forhold til EU-retten.

En afgrænsning som særligt rammer de her nævnte persongrupper kunne tænkes opstillet således:

Leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere fra særlige grupper. Ved medarbejdere fra særlige grupper forstås en arbejdstager, der har været ledige i mere

end x måneder i de sidste y år, og som

- kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn og arbejdsvilkår,

- har begrænsninger i arbejdsevnen, eller

- har været ude for ændringer i sine forhold, f. eks. i form af sygdom, arbejdsløshed eller samlivsophør, som bevirker, at den ledige ikke har mulighed for at skaffe det nødvendige til sin egen eller familiens forsørgelse.

Som bilag 4 er der opstillet sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper.

Udvalget henleder opmærksom på, at det vil kræve lovhjemmel, såfremt der ønskes opstillet sociale aftalevilkår, som omfatter persongrupper, som ikke omfattes af eksisterende ordninger. Ligeledes kan lovhjemmel være nødvendig, såfremt der ønskes opstillet sociale aftalevilkår, som skal målrettes mere afgrænsede persongrupper.

Det ligger fast, at de aftalevilkår som udvalget har formuleret, ikke giver mulighed for at indføre andre sociale ordninger end dem, der følger af sociallovgivningen.

Udvalget forudsætter, at ordregiveren i forbindelse med planlægningen af den konkrete udbudsforretning og overvejelserne om, hvorvidt der skal stilles krav om ansættelser på særlige vilkår, dels ser på det udbudte arbejdes art, dels vurderer hvilke personer, det vil være muligt at formidle til ansættelse på særlige vilkår, således at der ved et aftalevilkår om ansættelse på særlige vilkår tages udgangspunkt i den persongruppe, som vil være til rådighed, såfremt leverandøren ikke selv kan foretage de fornødne ansættelser på særlige vilkår.

Forpligtelsen til at foretage ansættelser på særlige vilkår.

Som det fremgår af finanslovsaftalen kan det i aftalevilkårene fastsættes, at en vis andel af personalet på den udbudte opgave er ansat på særlige vilkår.

Heri ligger to forhold: For det første at det i finanslovsaftalen forudsættes, at ordningen kan etableres som en kvoteordning, og for det andet at det forudsættes, at de sociale aftalevilkår umiddelbart kun får betydning for ansættelser, som foretages i forhold til den konkrete opgave, som er blevet udbudt.

Følgegruppen har gjort opmærksom på de uheldige virkninger, som en egentlig kvoteordning mellem stillinger på almindelige og særlige vilkår kan få, herunder en negativ virkning for antallet og succesen af udbud. Udvalget har noteret sig, at den overvejende del af følgegruppen har betænkeligheder ved en kvoteordning, og man finder, at dette bør indgå i overvejelserne om anvendelsen af de sociale aftalevilkår.

Udvalget vil dog fremhæve, at aftalevilkårenes karakter af en kvoteordning afhænger af, hvordan det konkrete udbud bliver gennemført. Når udvalget imidlertid skal stille forslag til aftalevilkår, som giver en egentlig forpligtelse for leverandøren til at foretage ansættelser på særlige vilkår, må forpligtelsen udformes på en sådan måde, at det konkret kan afgøres, om der er ansat personer nok på særlige vilkår til at opfylde kontraktsforpligtelsen. For så vidt vil der være et element af en kvoteordning

over enhver bindende aftale, uanset om forpligtelsen opstilles med en procentsats eller med et antal stillinger til besættelse på særlige vilkår.

Leverandøren vil naturligvis være frit stillet med hensyn til ansættelser til stillinger, som ikke skal besættes på særlige vilkår.

Udvalget foreslår på baggrund af disse overvejelser følgende aftalevilkår:

Leverandøren skal sikre, at mindst x % af de stillinger / x stillinger, der anvendes til opfyldelse af denne kontrakt, besættes med medarbejdere ansat på særlige vilkår.

Såfremt leverandøren ikke kan ansætte medarbejdere, der opfylder betingelserne for ansættelse på særlige vilkår, skal leverandøren rette henvendelse til X og anmode om at få formidlet medarbejdere til ansættelse på særlige vilkår, for så vidt angår stillinger der oprettes eller senere bliver ledige i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt.

Som det fremgår af klausulen, er det leverandøren, som har ansvaret for, at der foretages ansættelser på særlige vilkår. Han kan rekruttere disse medarbejdere hvorfra han vil og fx rette henvendelse til myndigheder i andre EU-lande for at finde personer, som kan ansættes i stillingerne. Kun såfremt leverandøren ikke selv har mulighed for at finde personer til ansættelserne på særlige vilkår, opstår der en forpligtelse til at rette henvendelse til den eller de i kontrakten definerede kommuner.

Formuleringen "oprettes eller senere bliver ledige" har til formål at sikre, at stillinger i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt, der først bliver ledige efter kontraktens indgåelse, også bliver omfattet af klausulen. X står for den eller de (amts)kommuner, som står for formidlingen af den persongruppe, som efter kontrakten er ansat på særlige vilkår.

Et andet spørgsmål, som har været rejst i forbindelse med afgrænsningen af persongruppen, er hvilken kommune eller amtskommune, som skal formidle personer til ansættelse på særlige vilkår.

I det tilfælde, hvor ordregiveren er en kommune eller en amtskommune er det nærliggende, at kommunen eller amtskommunen udpeger sig selv til at være den myndighed, som leverandøren skal rette henvendelse til.

Udvalget har dog ikke fundet, at der vil være problemer med at fx en ordregivende kommune, der ikke selv har personer at formidle til besættelse af stillinger på særlige vilkår, kan anføre fx en nabokommune som den sociale myndighed, leverandøren skal rette henvendelse til.

I det tilfælde hvor ordregiveren er en statslig myndighed, kan spørgsmålet om hvilken kommune, som kan foretage eventuelle formidlinger, afgøres ud fra, hvor leverandørens ydelse fortrinsvis skal leveres.

Udvalget går ud fra, at der i alle tilfælde inden udbudet foretages drøftelser mellem den statslige institution som foretager udbudet og den kommune, som skal foretage

eventuelle formidlinger, således at kommunen er forberedt på udbudet og har fået lejlighed til at kommentere anvendelsen af sociale aftalevilkår i udbudet.

Personalepolitik for ansættelser på særlige vilkår

På baggrund af følgegruppens betænkeligheder ved en kvoteordning har udvalget fundet anledning til at understrege, at der i stedet for en forpligtelse til at ansætte et bestemt antal personer eller en bestemt andel af medarbejdere på særlige vilkår, kan opstilles et aftalevilkår om, at leverandøren skal have eller tilkendegive at ville indføre en politik, som fremmer integration og fastholdelse af personer ansat på særlige vilkår i virksomheden.

Et vilkår herom kunne formuleres således:

Leverandøren skal tilkendegive, at leverandøren har eller vil indføre en formuleret personalepolitik for ansættelserne på den udbudte arbejdsopgave som fremmer integration og fastholdelse af ansatte på særlige vilkår i virksomheden.

Personalepolitikken skal mindst være gældende for den tidsperiode, som udførelsen af den udbudte arbejdsopgave tager. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning orientere ordregiveren om personalepolitikken og politikens udmøntning.

Begrænsningen af tidsperioden for personalepolitikken og begrænsningen af politikken til at omfatte de ansatte på arbejdsopgaven er begrundet i EU-ret. Således er der risiko for, at Kommissionen vil anse et krav om en personalepolitik, som rækker ud over det konkrete udbud, for uproportionalt, jf. ovenfor.

Indsættelse af et sådan vilkår om en formuleret personalepolitik i stedet for en forpligtelse til at ansætte et bestemt antal personer eller en bestemt andel af medarbejdere på særlige vilkår betyder, at en lang række af de øvrige aftalevilkår, som udvalget har opstillet, ikke er aktuelle. Som bilag 2 er derfor udarbejdet et eksempel på et sæt aftalevilkår, som tager udgangspunkt i et krav om en personalepolitik, som fremmer ansættelser på særlige vilkår. Der henvises endvidere til bilag 5, der indeholder et konkret eksempel på en personalepolitik for en virksomhed, som har taget et socialt ansvar.

Leverandørens særlige forpligtelser.

Udvalget har gjort sig forskellige overvejelser om, hvorvidt der skal pålægges leverandøren yderligere forpligtelser for at sikre, at formålet med de sociale aftalevilkår realiseres. Udvalget har dog forudsat, at en leverandør, som byder på en kontrakt med sociale aftalevilkår, vil være indstillet på at gøre et stykke arbejde for at få de sociale aftalevilkår til at fungere i praksis.

Når en leverandør byder på en kontrakt med sociale aftalevilkår finder udvalget dog, at det bør stilles krav om, at leverandøren har eller indfører en formuleret politik for sine ansættelsesforhold. Herved sikres bl.a., at personer, som bliver ansat på særlige vilkår, så vidt muligt søges fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. En arbejdsfastholdelsespolitik bør samtidig kunne modvirke, at personer, som allerede er ansat hos leverandøren, søges placeret under en ansættelse på særlige vilkår. En

klausul om en arbejdsfastholdelsespolitik kunne udformes således, idet de mindste virksomheder er undtaget:

Leverandører med mere end 20 ansatte har pligt til at formulere en arbejdsfastholdelsespolitik for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave som bevirker, at medarbejdere i videst mulige udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. Arbejdsfastholdelsespolitikken skal mindst være gældende for kontraktperioden.

Baggrunden for begrænsningen af tidsperioden for arbejdsfastholdelsespolitikken og for begrænsningen af politikken til at omfatte de ansatte på arbejdsopgaven er begrundet i EU-ret. Således er der risiko for, at Kommissionen vil anse et krav om en arbejdsfastholdelsespolitik, som rækker ud over det konkrete udbud, for uproportionalt, jf. ovenfor.

Leverandøren må i forbindelse med ledigblevne stillinger, der skal formidles personer til, være opmærksom på at fordele arbejdsopgaverne blandt sine ansatte således, at ledige stillinger bliver egnede til ansættelser på særlige vilkår. På den anden side bør en sådan arbejdsfordeling ikke indebære, at der skal foretages varsling i forhold til andre medarbejdere af ændringer i disses arbejdsforhold. Det bør også forhindres, at ændringer i arbejdsopgaver bevirker, at der opstår en stemning mod de ansatte på særlige vilkår.

Som bilag 5 vedlægges et eksempel på hovedpunkter i en formuleret arbejdsfastholdelsespolitik, hvor der fastlægges rammer for aftaler og samarbejde med kommunen, virksomheden og den ansatte.

Forholdet til ledelses- og ansættelsesretten.

Arbejdsgiverens ledelsesret er et grundlæggende princip på arbejdsmarkedet, og beror på en aftale fæstnet i hovedaftalen mellem arbejdsmarkedets parter. Ledelsesretten er således ikke en lovreguleret rettighed.

Ledelsesretten er arbejdsgivers ret til at lede og fordele arbejdet - dvs. retten til f.eks. frit at ansætte den som arbejdsgiveren helst vil have, tilrettelægge arbejdet og retten til at kunne afskedige af saglige grunde. Aftaleretligt er der intet til hindrer for, at arbejdsgiveren indgår en aftale med arbejdstageren, der indskrænker hans ledelsesret.

Indførelsen af sociale klausuler ændrer ikke grundlæggende ved ledelsesretten. Ansættelses- og afskedigelsesretten forbliver hos leverandøren.

I det tilfælde, hvor leverandøren ikke selv kan finde personer til ansættelse på særlige vilkår, vil der være en forpligtelse til at rette henvendelse til en eller flere udpegede myndigheder, som kan foretage formidling af arbejdskraft til ansættelse på særlige vilkår. Såfremt der ikke kan foretages formidling til stillingen, kan stillingen besættes på normale betingelser, jf. nedenfor.

Formidler og ordregiver.

Udvalget har overvejet, hvordan man kan håndtere, at fx en kommune i forbindelse med et udbud kan siges at have to roller: Dels rollen som ordregiver, dels rollen som formidler i det omfang, leverandøren retter henvendelse til kommunen med anmodning om formidling af personer til stillinger på særlige vilkår.

Det er udvalgets opfattelse, at fx en kommunes roller som ordregiver og formidler skal ses adskilt. Når kommunen er ordregiver, handler kommunen som udgangspunkt på privatretligt retsgrundlag. Når kommunen foretager formidling handler kommunen derimod som en offentlig myndighed, hvis virksomhed er nøje reguleret.

For at undgå risikoen for sammenblanding af kommunernes beføjelser som ordregiver og som formidler har udvalget søgt at udforme aftalevilkårene således, at vilkårene alene beskæftiger sig med rollen som ordregiver.

Herved bliver det også muligt at opstille aftalevilkårene ens uanset om ordregiver tillige foretager formidling eller ikke.

Formidling.

Den formidling, som den eller de udpegede kommuner kan foretage, kommer til at foregå efter de almindelige regler uden hensyntagen til, at leverandørens anmodning om formidling sker på baggrund af sociale aftalevilkår.

Såfremt kommunen ikke kan foretage formidling, kan leverandøren selv besætte stillingen med en person, som ikke behøver at opfylde betingelserne for at kunne ansættes på særlige vilkår. For at sikre, at dette står klart, kan følgende klausul indføres:

Hvis leverandøren ikke kan få formidlet personer fra X til ansættelse i en stilling på særlige vilkår, er leverandøren berettiget til at besætte stillingen på normale betingelser.

Som det fremgår af den ovenfor anførte EU - klausul, kan leverandøren vælge at besætte ledige stillinger på særlige vilkår med arbejdstagere fra andre EU-lande som tilhører en tilsvarende persongruppe. Pligten til at rette henvendelse til den eller de kommuner, som i kontrakten er udpeget til at formidle, er derfor også subsidær i forhold til leverandørens ansættelse af arbejdstagere fra andre EU-lande på særlige vilkår.

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse ved overdragelse af en virksomhed eller en del heraf jf. lovens § 1, stk. 1. Overdragelsesbegrebet skal fortolkes vidt. Afgørende for om der overdrages en virksomhed eller en del heraf er, at det overførte kan karakteriseres som en "selvstændig økonomisk enhed".

Grundlaget for loven er Rådets direktiv 77/187 om tilnærmelse af medlemsstaternes

lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter. EF-Domstolen har i en række principielle afgørelser løbende nuanceret og præciseret hvilke forhold, der skal tillægges vægt ved vurderingen af, om det "overdragne" kan anses for en "selvstændig økonomisk enhed". Vurderingen skal bl.a. ske under hensyntagen til, inden for hvilken branche overdragelsen finder sted, om der overdrages materielle/immaterielle aktiver, og/eller om størstedelen af medarbejderstyrken overføres, om driften fortsætter efter overdragelsen, eller om den indstilles og om kundekredsen overdrages. EF-domstolen har endvidere understreget, at en virksomhed ikke kan begrænses til kun at være den aktivitet, den udfører.

I henhold til § 2, stk. 1, i lov om virksomhedsoverdragelse indtræder erhververen af en virksomhed umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og individuelle aftaler om løn- og arbejdsforhold.

Virksomhedsoverdragelsesloven bevirker ikke, at der opstilles et absolut forbud mod afskedigelser. Der er kun forbud mod afskedigelser, hvis disse er begrundet i overdragelsen, jf. § 3, stk. 1, af hvilken det fremgår, at der kan foretages afskedigelser, som skyldes økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Afskedigelser, der foretages i strid med § 3, stk. 1, kan afhængig af ansættelsesgrundlaget udløse krav om godtgørelse og evt. om genansættelse.

Konsekvensen af ovennævnte er, at den leverandør, som har indgået aftale med en kommune om udførelsen af en opgave, som tidligere blev udført af kommunen, i praksis ofte vil skulle overtage kommunens ansatte, herunder ansatte på særlige vilkår, hvis overdragelsen er omfattet af loven. Hvis ordregiver i kontrakten ikke har stillet krav til leverandøren om at beskæftige et højere antal medarbejdere på særlige vilkår, end de der i forvejen er ansat på den udbudte opgave, vil leverandøren ikke være forpligtet til at foretage nyansættelser med personer på særlige vilkår, førend disse stillinger bliver ledige.

For lønmodtagerne kan en overdragelse få forskellige konsekvenser, alt efter om erhverver vælger at indtræde i evt. kollektive overenskomster eller ej. Hvis han vælger at indtræde i overenskomsten, fortsætter ansættelsesforholdet uforandret. Erhverver kan imidlertid også undlade at indtræde som part og derfor være frigjort i forhold til overenskomsten. Konsekvensen heraf er, at erhverver indtil overenskomsten udløber, skal respektere lønmodtagernes rettigheder, som de kan udledes af den kollektive overenskomst. Derefter vil lønmodtagerne enten blive omfattet af erhververens egen overenskomst, eller der skal aftales nye ansættelsesvilkår. Hvis erhverver ikke tager stilling til spørgsmålet, vil han blive omfattet af overenskomsten ud fra et passivitetssynspunkt.

Uanset hvordan erhverver vælger at forholde sig til overenskomstsspørgsmålet, kan forholdene for de lønmodtagere, der er ansat på særlige vilkår, være en del af aftalen mellem overdrager og erhverver, som derfor skal opretholdes uændret.

Ovenstående gælder efter dansk opfattelse uanset, om der er tale om en overdragelse mellem 2 parter: kommunen og én leverandør, eller om overdragelsen er en såkaldt trekantsituation: kommunen har ved aftale/udlicitering haft overdraget opgaven til én leverandør (erhverver 1), opgaven sendes nu i udbud, hvorefter kommunen vælger en anden leverandør (erhverver 2) i stedet for den aktuelle. Hvis betingelserne for at tale om en overdragelse konkret er opfyldt, f.eks. fordi der overtages materiel i et større omfang, er lønmodtagerne hos erhverver 2 beskyttet på samme måde.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at en kommunes tilbagetagelse af en opgave også kan være en overdragelse - Domstolens kriterier skal ligeledes anvendes i denne situation.

Overførsel fra anden beskæftigelse hos leverandøren. Leverandørens anvendelse af allerede ansatte.

Hvis leverandøren allerede har ansat personer, der tilhører en persongruppe, som kan ansættes på særlige vilkår efter den afgrænsning heraf, som er foretaget i kontrakten, jf. ovenfor, er spørgsmålet, om det skal være muligt for leverandøren at overføre disse personer til ansættelse i stillingerne på særlige vilkår til opfyldelse af aftalevilkårene. En opfyldelse af aftalevilkårene gennem en sådan overflytning af allerede ansatte hos leverandøren vil ikke skabe nye ansættelser på særlige vilkår. Udvalget er af den opfattelse, at der ikke er retlige hindringer for, at det som et aftalevilkår fastsættes, at leverandøren ikke kan opfylde kravet om ansættelser på særlige vilkår ved overførsel af ansatte fra andre dele af virksomheden.

En klausul herom kan formuleres således:

Leverandøren kan ikke opfylde sin forpligtelse til at foretage ansættelser på særlige vilkår ved at overføre personer, som ved kontraktens indgåelse er ansat hos leverandøren, til den udbudte arbejdsopgave.

Klausulen er en konsekvens af den lovlige aftale, som leverandøren (arbejdsgiveren) har indgået med ordregiver, og strider derfor ikke mod ledelsesretten.

Hvis leverandøren på forhånd har ansat tilstrækkeligt mandskab til at varetage den opgave, som er udbudt, er spørgsmålet, om der først i forbindelse med nyansættelser kan stilles krav om ansættelser af personer på særlige vilkår, eller om der kan stilles krav om, at leverandøren - uden et behov herfor - foretager nyansættelser med personer på særlige vilkår og som konsekvens heraf må afskedige ansatte.

En del af arbejdsgivers ledelsesret består i retten til at afskedige medarbejdere. Inden for det overenskomststregulerede område stilles det som et krav, at afskedigelsen er saglig. Saglighedsvurderingen beror naturligvis på en konkret vurdering. Som oftest vil en afskedigelse, der alene skyldes, at ny arbejdskraft skal ansættes, være usaglig, hvis nyansættelserne forudsætter, at allerede ansat personale afskediges. Endvidere vil det være betænkeligt, at det er nødvendigt at afskedige personale for at få en kontrakt med det offentlige. Det er ikke meningen med klausulerne at sætte leverandøren i en situation, hvor en opstået overkapacitet af arbejdskraft, som er ansat på almindelige vilkår, medfører afskedigelser af denne arbejdskraft for at

opfylde de sociale aftalevilkår. Der kan endvidere sættes spørgsmålstegn ved, om det offentlige uden særlig hjemmel vil have adgang til at opstille et sådant kontraktvilkår. Det er derfor udvalgets opfattelse, at kravet om ansættelse af personer på særlige vilkår i stedet først skal stilles, når der skal ansættes nyt personale. Dette sikres med følgende klausul:

Såfremt leverandøren ellers må foretage afskedigelse af medarbejdere, kan leverandøren overføre medarbejdere til varetagelse af den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at kravet om ansættelser på særlige vilkår ikke kan opfyldes.

Afskedigelse af formidlede personer.

Spørgsmålet om, hvorvidt en afskedigelse er usaglig, henhører under det arbejdsretlige system. I forbindelse med afskedigelse af en person, som var ansat på særlige vilkår, opstår imidlertid forpligtelsen til på ny at ansætte en person på særlige vilkår.

Kontrol.

For at give ordregiveren mulighed for at undersøge, om leverandøren lever op til kravene om ansættelser på særlige vilkår, bør der indsættes et aftalevilkår herom, som kan formuleres således:

Leverandøren skal på ordregiverens anmodning dokumentere, at kravet om ansættelser på særlige vilkår opfyldes.

Hvilket krav, der kan stilles til dokumentationen, afhænger af hvilken persongruppe, der er fastsat i kontrakten og hvilke personer, som er ansat på særlige vilkår. Således vil oplysning om ansættelser på særlige vilkår være let at fremskaffe for så vidt angår fx ansatte på fleks- eller skånejobs, som er formidlet leverandøren af en kommune, idet kommunen blot kan oplyse, at der er oprettet en eller flere stillinger på særlige vilkår. Oplysningerne kan også fremgå af en ansættelse efter de sociale kapitler. Hvis leverandøren er berettiget til at ansætte på normale vilkår, fordi den formidlende kommune ikke har kunnet formidle personer til de ledige stillinger, vil dokumentationskravet kunne opfyldes ved kommunens meddelelse om, at der ikke har været personer til ansættelse på særlige vilkår.

Såfremt leverandøren har haft et arbejdskraftoverskud som har medført, at der ikke har været pligt til at foretage ansættelser på særlige vilkår, jf. ovenfor, er det dette forhold, som skal dokumenteres.

Det bør i videst muligt omfang undgås at videregive oplysninger om enkeltpersoner, herunder især oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold. Udvalget henleder endvidere opmærksomheden på lov om private registre m.v., hvorefter en virksomheds elektroniske eller systematiske registrering af oplysninger om bl.a. helbredsforhold og væsentlige sociale problemer og videregivelse af sådanne oplysninger kræver lovhjemmel. Registrering og videregivelse af følsomme oplysninger kan dog i visse tilfælde under en række betingelser ske på baggrund af den registreredes samtykke. Lov om private registre m.v. omfatter dog ikke

enkeltstående eller mere tilfældige registreringer. Det bemærkes, at lov om private registre m.v. står over for en revision, idet der i folketingsåret 1999/2000 vil blive fremsat et forslag til lov om behandling af personoplysninger.

Hvis parterne ikke på forhånd har aftalt noget om, hvad der skal til for at kunne opfylde dokumentationskravet og ikke kan forhandle sig frem til, hvad der skal til, må afgørelsen af, hvorvidt der i et konkret tilfælde foreligger tilstrækkelig dokumentation, bero på, hvilke krav man kan antage en domstol ville stille, hvis den fik spørgsmålet forelagt. Bevisbedømmelsen er fri og altså ikke bundet af regler om, at bevis skal foreligge i en bestemt form for at opfylde et beviskrav. Fx vil en erklæring fra leverandøren om, at en person er ansat på særlige vilkår, efter omstændighederne kunne være tilstrækkelig.

For at sikre at ordregiveren holdes orienteret om ansættelserne på særlige vilkår kan en klausul af følgende type indføres:

Leverandøren skal give meddelelse til ordregiveren, såfremt en stilling, som skal besættes på særlige vilkår, ikke har kunnet besættes i en periode på mere end x uger.

Misligholdelse.

Da hovedforpligtelsen efter en kontrakt for en leverandør er at levere en ydelse, vil sociale aftalevilkår kun udgøre en biforpligtelse i forhold til kontrakten. Spørgsmålet om, i hvilket omfang misligholdelse af disse aftalevilkår vil give ordregiveren misligholdelsesbeføjelser, vil uden regulering i kontrakten eller anden aftale mellem parterne være overladt til de almindelige obligationsretlige udfyldningsregler, og svaret i en konkret sag vil bero på en usikker vurdering. Det må derfor anbefales, at der i forbindelse med opstilling af sociale aftalevilkår direkte i kontrakten tages stilling til, hvilke muligheder ordregiveren skal have for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende.

Udvalget vil anbefale, at der først gives leverandøren adgang til at redegøre for det omtvistede forhold, og at ordregiveren herefter træffer afgørelse om, hvorvidt det skal meddeles leverandøren, at kontrakten anses for misligholdt. Først ved fortsat misligholdelse bør ordregiveren kunne hæve kontrakten. Reglerne skal først og fremmest tjene som en løsningsmodel for at undgå, at kontrakten hæves. Udvalget har ikke opstillet aftalevilkår om andre sanktioner af misligholdelse, da anvendelse af bod eller nedsættelse af vederlag kan virke forkert; leverandøren skal ikke kunne betale sig fra at undlade ansættelser på særlige vilkår. En ordregiver kan imidlertid frit vælge at opstille sådanne misligholdelsesbeføjelser.

Hvis der opstår uenighed om, hvorvidt leverandørens manglende ansættelse af personer på særlige vilkår er berettiget, kan ordregiveren forlange en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis ordregiveren fortsat finder leverandørens handling uberettiget, kan ordregiveren meddele dette til leverandøren med tilkendegivelse af, at manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår vil blive betragtet som misligholdelse af kontrakten. Sker der fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

For også at sikre, at manglende overholdelse af øvrige forpligtelser sanktioneres, kan der opstilles følgende vilkår:

Hvis leverandøren ikke overholder pligten til at give meddelelse om manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår eller til at dokumentere, at kravet om ansættelserne er opfyldt, betragtes dette som misligholdelse af kontrakten. Sker der efter påbud fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Bestemmelserne er forholdsvis lempelige, idet det kun er en misligholdelse, som fastholdes eller gentages efter påkrav, der berettiger til ophævelse af kontrakten.

Baggrunden herfor kan findes i det ovenfor anførte om, at overholdelse af klausulen må betragtes som en biforpligtelse i forhold til opfyldelse af kontraktens hovedforpligtelse. Det er derfor betænkeligt at indføre meget vidtgående misligholdelsesbeføjelser ved enkeltstående misligholdelser af pligten i henhold til klausulen.

Det forudsættes, at der i kontrakten vil ske en samlet regulering af hæveadgangen, hvorfor der i klausulerne alene er henvist til "kontraktens § x".

B. ETNISK LIGESTILLING

Det er et væsentligt element i regeringens integrationspolitik at fremme etnisk ligestilling, herunder etnisk ligestilling på både det private og det offentlige arbejdsmarked. Det fremgår af regeringens udspil fra december 1997 om integrations- og udlændingepolitikken, at etnisk ligestilling på det private arbejdsmarked bl.a. kan fremmes ved, at der i forbindelse med det offentliges aftaler med private virksomheder, f. eks. ved udlicitering, indarbejdes standardkontraktvilkår om etnisk ligestilling hos leverandøren.

Også arbejdsmarkedets parter arbejder aktivt for at sikre etnisk ligestilling på arbejdsmarkedet. Således er der i en ny tillægsaftale til samarbejdsaftalen af 9. juni 1986 medtaget bestemmelser om, at parterne skal arbejde aktivt for at fremme etnisk ligestilling. Tillægsaftalen er trådt i kraft den 1. maj 1999. Det anbefales i tillægsaftalen, at den enkelte virksomhed gennem personalepolitikken søger at sikre et arbejdsklima uden diskrimination af personer med en anden etnisk baggrund end dansk. På det kommunale arbejdsmarked er der netop indledt drøftelser om en indsats, der kan bidrage til at udvikle etnisk ligestilling i kommunerne.

Udvalget har i overensstemmelse med kommissoriet undersøgt mulighederne for at udarbejde standardkontraktvilkår om etnisk ligestilling, som offentlige institutioner vil kunne anvende i aftaler med private virksomheder.

Hjemmelsspørgsmål.

Som nævnt ovenfor i afsnittet om hjemmel er der ikke i lovgivningen fastsat regler, der udtrykkeligt regulerer det omhandlede spørgsmål, men de offentlige institutioner er ved indgåelse af sådanne aftaler bundet af almindelige offentligretlige

retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed i forvaltningen, lighedsgrundsætninger og – for kommunernes vedkommende - ulovbestemte grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse (kommunalfuldmagtsreglerne).

Hvorvidt offentlige institutioner lovligt kan anvende aftalevilkår om etnisk ligestilling i deres aftaler med private virksomheder om udførelse af offentlige opgaver, afhænger således af, om det må anses for at være sagligt for offentlige institutioner at varetage hensynet til fremme af etnisk ligestilling på det private arbejdsmarked, når de indgår indkøbsaftaler med private virksomheder.

Ved offentlige institutioners indkøb er det institutionens hovedopgave at få den bedst mulige ydelse til den lavest mulige pris.

Det følger af almindelige forvaltningsretlige lighedsgrundsætninger, at der i forbindelse med forvaltningens virksomhed, herunder i forbindelse med indgåelse af indkøbsaftaler, hverken direkte eller indirekte må ske forskelsbehandling eksempelvis på grund af en persons race eller nationale eller etniske oprindelse.

Dette princip har også fundet udtryk i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., hvorefter en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår på grund af disses race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse.

Efter lovens § 9, stk. 2, er loven ikke til hinder for, at der i medfør af anden lov, i medfør af bestemmelser med hjemmel i anden lov eller i øvrigt ved offentlig foranstaltning iværksættes foranstaltninger, som har til formål at forbedre beskæftigelsesmulighederne for personer af en bestemt race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse.

Det fremgår af flere internationale konventioner, Danmark har tiltrådt, at der ikke må diskrimineres på baggrund af blandt andet etnisk oprindelse.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som ved lov nr. 285 af 29. april 1992 er inkorporeret i dansk ret, indeholder en række rettigheder og friheder, herunder retten til personlig frihed, retten til ytringsfrihed, og retten til forsamlings- og foreningsfrihed. Nydelsen af disse rettigheder og friheder skal efter konventionens artikel 14 sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller andet forhold.

ILO's konvention om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv omhandler enhver adskillelse, udelukkelse eller fortrinsbehandling på grund af race, farve, køn, religion, politisk anskuelse, national eller social oprindelse, som medfører ophævelse eller forringelse af ligestilling i henseende til muligheder eller behandling i beskæftigelse eller erhverv. Efter artikel 2 forpligter medlemmerne, som er bundet af konventionen, sig til at udforme og følge en politik, der tager sigte på at fremme ligestilling i henseende til muligheder og behandling for så vidt angår beskæftigelse og

erhverv med det øjemed at fjerne enhver forskelsbehandling på dette område.

Racediskriminationskonventionen har, ud over en forpligtelse til ikke at diskriminere, til formål at fremme konkrete foranstaltninger vedrørende etnisk ligestilling. Dette kommer blandt andet til udtryk i konventionens artikel 2.2, hvorefter deltagerstaterne, når forholdene taler herfor, skal træffe konkrete foranstaltninger på det sociale, økonomiske, kulturelle og andre områder til at sikre en passende udvikling og beskyttelse af visse racegrupper eller enkeltpersoner inden for disse med henblik på at tilsikre dem den fulde og ligelige nydelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

Der kan for eksempel være tale om tiltag til bekæmpelse af arbejdsløsheden blandt etniske minoriteter, hvis denne - som det er tilfældet i Danmark i dag - er højere end for resten af befolkningen.

Offentlige institutioner er bundet af de internationale menneskerettighedsforpligtelser, Danmark har tiltrådt, og skal i forbindelse med forvaltningens virksomhed handle i overensstemmelse med disse.

Danmark har efter de internationale menneskerettighedsforpligtelser ikke en specifik pligt til at sikre, at danske offentlige institutioner i deres indkøbsaftaler med private virksomheder aktivt søger at fremme etnisk ligestilling på det private arbejdsmarked.

Det er antaget, at det generelt er lovligt for offentlige institutioner at varetage hensyn, der tjener til at varetage og fremme de idealer af almen karakter, som menneskerettigheder er udtryk for.

Det er på den baggrund sammenfattende udvalgets opfattelse, at offentlige institutioner er berettigede til i forbindelse med indkøb - ud over at lægge vægt på pris og kvalitet m.v. - også at opstille kontraktvilkår om, at den virksomhed, der handles med, vil arbejde for etnisk ligestilling.

Særligt vedrørende kommunernes muligheder for at anvende aftalevilkår om etnisk ligestilling.

Det følger af integrationslovens § 1, at formålet med loven er gennem en integrationsindsats at bidrage til, at nyankomne udlændinge sikres mulighed for at deltage på lige fod med andre borgere i samfundets politiske, økonomiske, arbejdsmæssige, sociale, religiøse og kulturelle liv, at nyankomne udlændinge hurtigst muligt bliver selvforsørgende, og at den enkelte udlænding bibringes en forståelse for det danske samfunds grundlæggende værdier og normer.

Integrationsindsatsen omfatter efter integrationslovens § 3, stk. 1, boligplacering af flygtninge, introduktionsprogrammer for nyankomne udlændinge og den almindelige integrationsindsats. Ved den almindelige integrationsindsats forstås efter lovens § 3, stk. 2, ethvert tiltag, som foretages af den offentlige forvaltning med det formål at integrere flygtninge og indvandrere i det danske samfund, og som ikke er omfattet af reglerne om boligplacering og introduktionsprogrammer.

Det følger af integrationslovens § 4, stk. 1, at kommunalbestyrelsen har ansvaret for boligplacering af flygtninge, der er visiteret til kommunen, for udbetaling af introduktionsydelse, for samordning den almindelige integrationsindsats i kommunen og for introduktionsprogrammer til nyankomne udlændinge.

Introduktionsprogrammerne skal efter lovens kapitel 4 indeholde danskundervisning, et kursus i samfundsforståelse og aktivering, for de udlændinge, der ikke er selvforsørgende.

Den særlige integrationsindsats, som kommunalbestyrelsen efter integrationsloven har ansvaret for, og den almindelige integrationsindsats, som efter integrationsloven forestås af den offentlige forvaltning, har blandt andet til formål at fremme udlændinges deltagelse på arbejdsmarkedet på lige fod med andre borgere i Danmark.

I medfør af integrationslovens § 23 skal kommunalbestyrelsen tilbyde aktivering, hvis den nyankomne udlænding er berettiget til introduktionsydelse. Formålet med aktiveringen er at varetage en væsentlig del af integrationen i samfundet, som kan opnås gennem tilknytning til arbejdsmarkedet.

De nyankomne udlændinge, som tilbydes aktivering efter § 23, vil normalt ikke have tilstrækkelige forudsætninger for at kunne indtræde direkte på arbejdsmarkedet. Aktiveringstilbuddene efter § 23 stk. 2, er derfor karakteriseret ved at være særligt egnede til at indgå i en samlet handlingsplan, som skal indeholde en bred vifte af tilbud om undervisning, uddannelse og jobtræning.

Efter § 23 stk. 2, nr. 2, kan denne aktivering være virksomhedspraktik hos offentlige og private arbejdsgivere. Denne bestemmelse åbner mulighed for, at en nyankommen udlænding kommer i praktik ved for eksempel at indgå i en følordering i en offentlig eller privat virksomhed og derved opnå kendskab og eventuelt tilknytning til arbejdsmarkedet.

Fremme af etnisk ligestilling på arbejdsmarkedet er således en væsentlig målsætning for integrationsindsatsen, og det må derfor antages, at kommunerne i forbindelse med indgåelse af købsaftaler kan inddrage vilkår, som fremmer denne målsætning.

Særligt om EU-retlige rammer.

Offentlige institutioners anvendelse af aftalevilkår om etnisk ligestilling skal foregå i overensstemmelse med EF-traktatens almindelige bestemmelser om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, arbejdstagere og kapital.

EU-retten generelt.

Det fremgår af Beentjes-dommen, jf. side 7, at EU-udbudsdirektiver ikke regulerer de offentlige myndigheders mulighed for at fastsætte aftalevilkår i forbindelse med udbud. Aftalevilkårene skal imidlertid være offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsgrundlaget. EF-Domstolen fremhævede endvidere i dommen, at sådanne aftalevilkår skal overholde ikke-diskriminationsprincippet. Dette betyder, at et

aftalevilkår ikke må være udformet således, at det kun kan opfyldes af en dansk udbyder, eller at det vil være vanskeligere for udbydere fra andre EU-lande at opfylde.

EU-rettens krav om fri bevægelighed medfører, at aftalevilkår om etnisk ligestillingspolitik eller virksomhedspraktikpladser må antages at være omfattet af forbuddene i EF-Traktaten. EF-Domstolen har imidlertid fastsat, at hvis den nationale foranstaltning er begrundet i et beskyttelsesværdigt alment hensyn, som er ikke-diskriminerende og proportionelt, kan den nationale foranstaltning opretholdes.

Etnisk ligestillingspolitik.

Aftalevilkår om en etnisk personalepolitik er begrundet i hensynet til fremme af etnisk ligestilling på arbejdsmarkedet. Dette må antages at være et beskyttelsesværdigt alment hensyn. Hensyn af denne karakter er dog ikke tidligere blevet påberåbt ved EF-Domstolen.

For at overholde proportionalitetsprincippet bør kravet om en etnisk ligestillingspolitik kun udstrækkes til at gælde virksomhedens aktiviteter i forbindelse med det konkrete udbud.

Kravet om praktikpladser til nyankomne udlændinge.

Hensigten med i et udbud at stille krav om, at private virksomheder skal stille praktikpladser til rådighed for nyankomne udlændinge, er at skabe en bedre integration af de pågældende udlændinge i samfundet via en styrkelse af deres kendskab til og muligheder for tilknytning til arbejdsmarkedet. Dette hensyn må antages at være et alment beskyttelsesværdigt hensyn. Hensynet er dog ikke tidligere blevet påberåbt ved EF-Domstolen.

Ikke-diskriminationsprincippet medfører, at aftalevilkåret ikke må være udformet således, at det kun kan opfyldes af en indenlandsk udbyder, eller at det vil være vanskeligere at opfylde for bydende fra andre medlemsstater.

Kravet om, at virksomhederne skal stille praktikpladser til rådighed for nyankomne udlændinge, der er omfattet af integrationsloven, må ikke udformes således, at kun en dansk virksomhed kan opfylde kravet.

Aftalevilkår om, at virksomheder skal stille praktikpladser til rådighed bør for at undgå problemer i forhold til EU-retten derfor udformes som et krav om, at virksomhederne ansætter udlændinge, der er i en lignende situation som nyankomne udlændinge omfattet af integrationsloven.

Eksempler på mulige aftalevilkår om fremme af etnisk ligestilling.

Aftalevilkår om etnisk ligestilling kan udformes på flere forskellige måder og kan variere fra betingelser om afgivelse af hensigtserklæringer til mere direkte bindende forpligtelser for virksomhederne. Udvalget kan pege på følgende eksempler på aftalevilkår om fremme af etnisk ligestilling, idet det dog skal understreges, at mange

andre versioner er tænkelige:

- Vilkår om, at tilbudsgiver i forbindelse med afgivelse af tilbud skal tilkendegive, at virksomheden i forbindelse med udførelsen af den konkrete opgave har eller vil indføre en politik – eventuelt en skriftligt formuleret politik – med henblik på ligestilling af personer med forskellig etnisk oprindelse i forbindelse med ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, uddannelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

Det vil være naturligt, at ordregiveren selv har en skriftligt formuleret personalepolitik, hvis der stilles krav til leverandøren om at have en sådan.

Det skal understreges, at der ved vilkår som det nævnte ikke vil være tale om en kvoteordning, hvor et bestemt antal ansatte eller en bestemt procentdel af de ansatte skal have en anden etnisk baggrund. Udvalget finder ikke, at der i forbindelse med indgåelse af kontrakter kan stilles sådanne krav. Udvalget lægger vægt på, at det følger af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, at en arbejdsgiver ikke i forbindelse med eller under ansættelsen må forskelsbehandle på baggrund af den ansattes race, hudfarve, religion, nationale eller etniske oprindelse.

- Vilkår, hvorefter virksomheden forpligter sig til at ansætte et antal udlændinge, der er omfattet af integrationsloven eller er i en lignende situation, i praktik eller stille en række praktikpladser til rådighed til brug for aktivering af udlændinge.

Vilkåret skal ses i sammenhæng med, at kommunalbestyrelsen efter integrationslovens § 23, jf. § 16, som led i introduktionsprogrammet skal tilbyde aktivering til nyankomne udlændinge, som ikke er selvforsørgende. Efter § 23, stk. 2, nr. 2, kan aktiveringen blandt andet bestå i virksomhedspraktik. Af hensyn til EU-retten skal vilkåret udformes således, at det ikke virker diskriminerende på tjensteudbydere eller arbejdstagere fra andre EU-lande. Det bemærkes, at virksomheden, som ved de øvrige sociale aftalevilkår, indledningsvis har mulighed for at foretage sin egen rekruttering af personer inden for den relevante persongruppe, herunder evt. ved henvendelse til en myndighed i hjemlandet med tilsvarende funktioner som kommuner i Danmark har i henhold til integrationsloven. Er dette ikke muligt, vil virksomheden herefter være forpligtet til at stille en række praktikpladser til rådighed for kommunen.

Bilag 1. Sociale aftalevilkår med krav om et antal eller en andel stillinger på særlige vilkår.

Leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere på særlige vilkår. Ved medarbejdere på særlige vilkår forstås personer under 65 år med varige begrænsninger i arbejdsevnen, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Mulighederne for revalidering til beskæftigelse på normale vilkår skal være udtømte.

Leverandøren skal sikre, at mindst x % af de stillinger / x stillinger, der anvendes til

opfyldelse af denne kontrakt, besættes med medarbejdere ansat på særlige vilkår.

Leverandøren kan vælge at besætte ledige stillinger på særlige vilkår med arbejdstagere fra andre EU-lande som tilhører en persongruppe, som svarer til den, som efter denne kontrakt kan ansættes på særlige vilkår.

Leverandøren kan ikke opfylde sin forpligtelse til at foretage ansættelser på særlige vilkår ved at overføre personer, som ved kontraktens indgåelse er ansat hos leverandøren, til den udbudte arbejdsopgave.

Såfremt leverandøren ellers må foretage afskedigelse af medarbejdere, kan leverandøren overføre medarbejdere til varetagelse af den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at kravet om ansættelser på særlige vilkår ikke kan opfyldes.

Såfremt leverandøren ikke kan ansætte medarbejdere, der opfylder betingelserne for ansættelse på særlige vilkår, skal leverandøren rette henvendelse til X og anmode om at få formidlet medarbejdere til ansættelse på særlige vilkår, for så vidt angår stillinger der oprettes eller senere bliver ledige i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt.

Hvis leverandøren ikke kan få formidlet personer fra X til ansættelse i en stilling på særlige vilkår, er leverandøren berettiget til at besætte stillingen på normale betingelser.

Leverandører med mere end 20 ansatte har pligt til formulere en arbejdsfastholdelsespolitik for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave som bevirker, at medarbejdere i videst mulig udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. Arbejdsfastholdelsespolitikken skal mindst være gældende for kontraktperioden.

Leverandøren skal på ordregiverens anmodning dokumentere, at kravet om ansættelser på særlige vilkår opfyldes.

Leverandøren skal give meddelelse til ordregiveren, såfremt en stilling, som skal besættes på særlige vilkår, ikke har kunnet besættes i en periode på mere end x uger.

Hvis der opstår uenighed om, hvorvidt leverandørens manglende ansættelse af personer på særlige vilkår er berettiget, kan ordregiveren forlange en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis ordregiveren fortsat finder leverandørens handling uberettiget, kan ordregiveren meddele dette til leverandøren med tilkendegivelse af, at manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår vil blive betragtet som misligholdelse af kontrakten. Sker der fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Hvis leverandøren ikke overholder pligten til at give meddelelse om manglende besættelse af stillinger på særlige vilkår eller til at dokumentere, at kravet om ansættelserne er opfyldt, betragtes dette som misligholdelse af kontrakten. Sker der efter påbud fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve

kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Bilag 2. Sociale aftalevilkår med krav om en personalepolitik.

Leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere på særlige vilkår. Ved medarbejdere på særlige vilkår forstås personer under 65 år med varige begrænsninger i arbejdsevnen, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet. Mulighederne for revalidering til beskæftigelse på normale vilkår skal være udtømte.

Ved ansatte på særlige vilkår forstås også arbejdstagere fra andre EU-lande som tilhører en persongruppe, som svarer til den ovennævnte.

Leverandøren skal tilkendegive, at leverandøren har eller vil indføre en formuleret personalepolitik for ansættelserne på den udbudte arbejdsopgave som fremmer integration og fastholdelse af ansatte på særlige vilkår i virksomheden. Personalepolitikken skal mindst være gældende for den tidsperiode, som udførelsen af den udbudte arbejdsopgave tager. Leverandøren skal på ordregiverens anmodning orientere ordregiveren om personalepolitikken og politikens udmøntning.

Leverandører med mere end 20 ansatte har pligt til formulere en arbejdsfastholdelsespolitik for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave som bevirker, at medarbejdere i videst mulig udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. Arbejdsfastholdelsespolitikken skal mindst være gældende for kontraktperioden.

Hvis leverandøren ikke på anmodning kan redegøre for personalepolitikken til fremme af ansættelser på særlige vilkår, kan ordregiveren stille krav om en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis leverandøren fortsat ikke kan redegøre for personalepolitikken til fremme af ansættelser på særlige vilkår, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Bilag 3. Sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af arbejdstagere med en vis ledighedsperiode.

Leverandøren skal sikre, at mindst x % af de stillinger / x stillinger, der anvendes til opfyldelse af denne kontrakt, besættes med arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år.

Såfremt leverandøren ellers må foretage afskedigelse af medarbejdere, kan leverandøren overføre medarbejdere til varetagelse af den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at kravet om ansættelse af arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, ikke kan opfyldes.

Såfremt leverandøren ikke kan ansætte arbejdstagere, der har været ledige i mere

end x måneder i de sidste y år, skal leverandøren rette henvendelse til X og anmode om at få formidlet sådanne arbejdstagere for så vidt angår stillinger der oprettes eller senere bliver ledige i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt.

Hvis leverandøren ikke kan få formidlet arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år fra X, er leverandøren berettiget til at besætte stillingen på normale betingelser.

Leverandører med mere end 20 ansatte har pligt til formulere en arbejdsfastholdelsespolitik for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave som bevirker, at medarbejdere i videst mulig udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. Arbejdsfastholdelsespolitikken skal mindst være gældende for kontraktperioden.

Leverandøren skal på ordregiverens anmodning dokumentere, at kravet om ansættelse af arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, opfyldes.

Leverandøren skal give meddelelse til ordregiveren, såfremt en stilling, som skal besættes med en arbejdstager, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, ikke har kunnet besættes i en periode på mere end x uger.

Hvis der opstår uenighed om, hvorvidt leverandørens manglende ansættelse af arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, er berettiget, kan ordregiveren forlange en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis ordregiveren fortsat finder leverandørens handling uberettiget, kan ordregiveren meddele dette til leverandøren med tilkendegivelse af, at manglende ansættelse af sådanne arbejdstagere vil blive betragtet som misligholdelse af kontrakten. Sker der fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Hvis leverandøren ikke overholder pligten til at give meddelelse om manglende ansættelse af arbejdstagere, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år eller til at dokumentere, at kravet om ansættelserne er opfyldt, betragtes dette som misligholdelse af kontrakten. Sker der efter påbud fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Bilag 4. Sociale aftalevilkår med krav om ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper.

Leverandøren forpligter sig til at ansætte medarbejdere fra særlige grupper. Ved medarbejdere fra særlige grupper forstås en arbejdstager, der har været ledige i mere end x måneder i de sidste y år, og som

- kun vanskeligt kan opnå beskæftigelse på normale løn og arbejdsvilkår,

- har begrænsninger i arbejdsevnen, eller

- har været ude for ændringer i sine forhold, f.eks. i form af sygdom, arbejdsløshed eller samlivsophør, som bevirker, at vedkommende ikke har mulighed for at skaffe det nødvendige til sin egen eller familiens forsørgelse.

Leverandøren skal sikre, at mindst x % af de stillinger / x stillinger, der anvendes til opfyldelse af denne kontrakt, besættes med medarbejdere fra særlige grupper.

Såfremt leverandøren ellers må foretage afskedigelse af medarbejdere, kan leverandøren overføre medarbejdere til varetagelse af den udbudte arbejdsopgave, selv om det kan betyde, at kravet om ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper ikke kan opfyldes.

Såfremt leverandøren ikke kan ansætte medarbejdere fra særlige grupper, skal leverandøren rette henvendelse til X og anmode om at få formidlet sådanne medarbejdere for så vidt angår stillinger der oprettes eller senere bliver ledige i forbindelse med leverandørens opfyldelse af denne kontrakt.

Hvis leverandøren ikke kan få formidlet medarbejdere fra særlige grupper fra X, er leverandøren berettiget til at besætte stillingen på normale betingelser.

Leverandører med mere end 20 ansatte har pligt til formulere en arbejdsfastholdelsespolitik for de ansatte på den udbudte arbejdsopgave som bevirker, at medarbejdere i videst mulig udstrækning bliver fastholdt i beskæftigelse hos leverandøren. Arbejdsfastholdelsespolitikken skal mindst være gældende for kontraktperioden.

Leverandøren skal på ordregiverens anmodning dokumentere, at kravet om ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper opfyldes.

Leverandøren skal give meddelelse til ordregiveren, såfremt en stilling, som skal besættes på særlige vilkår, ikke har kunnet besættes i en periode på mere end x uger.

Hvis der opstår uenighed om, hvorvidt leverandørens manglende ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper er berettiget, kan ordregiveren forlange en uddybende redegørelse fra leverandøren. Hvis ordregiveren fortsat finder leverandørens handling uberettiget, kan ordregiveren meddele dette til leverandøren med tilkendegivelse af, at manglende ansættelse af sådanne medarbejdere vil blive betragtet som misligholdelse af kontrakten. Sker der fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Hvis leverandøren ikke overholder pligten til at give meddelelse om manglende ansættelse af medarbejdere fra særlige grupper eller til at dokumentere, at kravet om ansættelserne er opfyldt, betragtes dette som misligholdelse af kontrakten. Sker der efter påbud fortsat misligholdelse fra leverandørens side, kan ordregiveren hæve kontrakten efter de bestemmelser kontraktens § x fastlægger.

Bilag 5. "Eksempel" på hovedelementer i en arbejdsfastholdelsespolitik:

Aftale om socialt partnerskab mellem XX Virksomhed og YY Kommune.

Aftalen tilstræber at sikre og udbygge en sund og tryk organisation under hensyntagen til XXs samlede arbejdsmiljø i samarbejde med kommune, læge, sundhedsvæsen m.v.

Herudover tilstræber aftalen et samarbejde om at fastholde medarbejdere, der på grund af sygdom eller sociale årsager ellers risikerer at miste deres arbejde. Samtidig vil XX forsøge at integrere udefra kommende personer, der på grund af fysiske, psykiske eller sociale årsager ikke har en arbejdspladstilknytning.

Parterne har tavshedspligt.

Aftalen forudsætter et positivt samarbejde mellem alle parter og bygger på frivillighed.

- ✘ Aftalen omhandler ansatte i XX.
- ✘ XX afgør hvilke ansatte, der kan indgå i ordningen.
- ✘ XX afgør ligeledes udfra sædvanlige ansættelseskriterier, hvem der kan ansættes udefra.
- ✘ Det er frivilligt for den ansatte at deltage i dette projekt.

I. XXs enheder udfærdiger løbende rapporter over medarbejdere, der har været sygemeldt i mere end to uger. Personaleudviklingschefen følger op på rapporterne og underretter personalerepræsentanterne i Helbredsudvalget om, hvilke medarbejdere, der har helbredsmæssige problemer af en art, at det vurderes, at kommunen skal inddrages. Ligeledes formidler personaleudviklingschefen at få medarbejderens accept på, at kommunen inddrages.

Herefter kontakter XX den pågældende kommune.

II. Når en medarbejders sag overføres til kommunen, overtager kommunen det videre sagsforløb. Kommunen indkalder herefter de aktuelle personer til en rundbordssamtale. Kommunen er ansvarlig for administrationen af alle indkaldelser. Før samtalen skal en godkendelse underskrives (se vedlagte bilag). Alle samarbejdsparter, som den sygemeldte, XX og kommunen finder det nødvendigt at indkalde, kan blive indbudt til rundbordssamtalen. XX og samarbejdsparterne vil samarbejde for at forebygge en eventuel langtidssygemelding eller udstødning fra

arbejdsmarkedet.

III. Specielle ressourcer inddrages i den gruppe medarbejdere, som i mange år har arbejdet i XX, og hvor det nu kniber med at udføre opgaverne 100%.

✘ Når der er truffet beslutning om, at en ansat skal ind i ordningen, udformes en handlingsplan.

✘ Kommunen sørger for at igangsætte et behandlingsforløb og er ansvarlig for hurtig opfølgning på de problemer, som den ansatte må have. Kommunen er samtidig ansvarlig for at koordinere opfølgningen.

✘ Aftalen har som målsætning at samarbejde om at fastholde medarbejdere, der på grund af sygdom eller sociale årsager ellers risikerer at blive udstødt af arbejdsmarkedet. Ligeledes vil XX i fremtiden om muligt bidrage med løsninger for personer, der er faldet ud af det ordinære arbejdsmarked. Derfor afholdes der halvårlige samarbejds møder for at planlægge et bredt socialt ansvar. Noget alle parter vil kunne få glæde af i fremtiden.

✘ De halvårlige møder afholdes i samarbejde med kommunerne.

✘ Aftalen kan ikke tilsidesætte gældende arbejdsmarkedslovgivning eller fagretlige aftaler og regler.

Denne aftale vurderes løbende og kan opsiges af begge parter uden forudgående varsel.

BILAG 6

De EU-retslige aspekter og konsekvenser:

1. Generelt:

Offentlige myndigheders indkøb af varer og tjenester og bygge- og anlægskontrakter reguleres dels af Finansministeriets udbudscirkulære, der alene gælder for statslige myndigheder, dels af EUs udbudsdirektiver, der omvendt gælder for både stat og (amts)kommuner, når der er tale om udbud over en vis (tærskel)værdi.

Efter Finansministeriets cirkulære gælder en pligt til at udbyde offentlige opgaver, der kan varetages eksternt. Denne udbudsforpligtelse gælder generelt både over og under EU-direktivernes tærskelværdier. Cirkulærets procedureregler gælder for kontrakter, der er under EU-direktivernes tærskelværdier, og endvidere for sådanne tjenesteydelser, som ikke er udbudspligtige efter direktiverne.

EU-direktivernes tærskelværdier er for statslige institutioners indkøb af varer og tjenesteydelser ca. 1 million kroner, mens der for (amts)kommuner er fastsat en tærskelværdi på 1.5 millioner kr. For bygge- og anlægsvirksomhed er tærsklen 38 millioner kr.

Ikke-udbudspligtig efter EU-direktiverne er f.eks. social- og sundhedsopgaver (bl.a. madfremstilling og hjemmehjælp til dårligt stillede m.v.) samt opgaver inden for turisme og kultur, herunder fritids- og sportsaktiviteter samt undervisningsydelser, medens omvendt vareudbringning, herunder af mad, og visse former for vedligeholdelse af grønne områder er udbudspligtige. Omfatter en kontrakt både udbudspligtige og udbudsfri ydelser, skal der ikke ske udbud, hvis de udbudsfrige ydelsers værdi overstiger de udbudspligtige ydelsers værdi.

Finansministeriets udbudscirkulære fortolkes som udgangspunkt i overensstemmelse med de principper, der gælder efter direktiverne.

Over tærskelværdierne gælder EUs udbudsdirektiver, medmindre der er tale om særligt undtagne tjenesteydelser, jf. ovenfor.

EU-udbudsreglernes sigte er især at stræbe efter integration mellem markederne for offentlige udbud i de enkelte lande og at opnå effektiv konkurrence, herunder at den offentlige sektor i den forbindelse følger markedsøkonomiske principper i sin indkøbspolitik og ikke benytter politisk baserede kriterier for sine afgørelser. Formålet med konkurrencen er både at tilgodese og ligestille virksomhederne og at sikre, at offentlige indkøbere får så høj kvalitet for pengene som muligt.

Integrationsformålet er udmøntet i regler, der sigter mod at hindre, at virksomheder fra andre lande end ordregiverens stilles ringere end nationale eller lokale virksomheder.

For at nå disse mål bygger reglerne på princippet om, at alle indkøb annonceres i EF-tidende og at alle potentielle tilbudsgivere behandles lige.

Sidstnævnte princip – ligebehandlingsprincippet - er formentlig udbudsdirektivernes vigtigste grundregel. Ifølge præmisserne i EF-domstolens dom i Storebæltssagen følger princippet, der nu er udtrykt direkte i direktiverne, af selve hovedformålet med direktivet (her bygge- og anlægsdirektivet). Det antages, at ligebehandlingsprincippet herefter indebærer, at hindringer, der har til formål at give en af tilbudsgiverne en fordel uanset omfanget, altid er forbudt.

En konsekvens af ligebehandlingsprincippet er bl.a., at der efter tilbudsafgivningen ikke må forhandles med tilbudsgiver om kontraktvilkår på andre vilkår end de, der fremgår af udbudsmaterialet (forhandlingsforbudet).

Ved siden af ligebehandlingsprincippet gælder Traktatens almindelige forbud i artikel 12 mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet. Herudover kan Traktatens almindelige bestemmelser om fri bevægelighed for varer (artikel 28), arbejdskraft (artikel 39) og tjenesteydelser (artikel 49) få direkte betydning ved

bedømmelsen af et offentligt indkøb.

Traktatens bestemmelser finder også anvendelse på indkøb under direktivernes tærskelværdier.

Udbudsreglerne afskærer ikke muligheden for, at der i forbindelse med offentlige udbud opstilles krav om, at den vindende virksomhed skal opfylde visse sociale aftalevilkår (i det følgende omtalt som kontraktvilkår). Der er dog en række udbudsretlige problemer, som offentlige myndigheder skal være opmærksom på for at undgå, at der gennemføres udbudsprocedurer, som strider imod direktiverne og/eller Traktaten.

2. Udvælgelses- og tildelingskriterier:

EUs udbudsdirektiver opstiller to slags kriterier – udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Kriterierne har forskellig funktion og skal anvendes i forskellige sammenhænge.

Udvælgelseskriterierne vedrører undersøgelsen af leverandørernes egnethed. Undersøgelsen heraf kan alene ske på grundlag af kriterier baseret på leverandørernes personlige/økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet. Hensigten med disse regler er ikke at begrænse medlemslandenes kompetence til at fastsætte det egnethedsniveau i henseende til økonomisk og finansiell samt teknisk formåen, der kræves for at deltage i en bestemt udbudsforretning, men for at fastsætte hvilke referencer eller bevismidler, der kan kræves fremlagt som dokumentation for egnetheden.

Tildelingskriterierne er de kriterier ordregiveren kan anvende ved valget af de indkomne bud. Den ordregivende myndighed må alene lægge tildelingskriterier beskrevet i udbudsbekendtgørelse/materiale til grund. De kriterier, der kan lægges til grund, er enten den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kriteriet om den laveste pris giver ingen fortolkningsproblemer. Det er alene den pris, som de bydende forlanger, der kan tages i betragtning, og ordren skal tilbydes den bydende, der forlanger den laveste pris.

Kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud er nærmere præciseret i direktiverne med angivelse af en række elementer, der kan være bestemmende for, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige. Kriterierne, der kan variere, er f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig værdi, eftersalgsservice og teknisk bistand, udførelsesfrist og pris.

Tildelingskriterier skal - for at kunne anses for lovlige – have en økonomisk tilknytning til den efterspurgte ydelse, jf. også nedenfor under pkt. 4.

3. Kontraktvilkår:

I nær tilknytning til udvælgelseskriterierne "mindstekrav", der som nævnt fastlægger, hvilken type leverandør, ordregiveren ønsker sig, er de vilkår, som

ordregiveren kræver, at leverandøren forpligter sig til at opfylde i forbindelse med effektueringen af opgaven. Disse vilkår – kontraktvilkår - er fremadrettede og adfærdsnormerende, medens udvælgelseskriterierne i nogen grad ser bagud og angår historisk verificerbare forhold.

Kontraktvilkårene vil fremgå af det kontraktudkast, som bør indgå som en bestanddel af udbudsmaterialet. Da forhandlingsforbuddet normalt sætter grænser for parternes adgang til at forhandle væsentlige kontraktvilkår efter ordretildelingen, er det derfor ofte forekommende, at der i udbudsmaterialet indgår et detaljeret kontraktudkast (eller alternativt er en henvisning til eksisterende standardkontrakter på området), således at udbudsmaterialets beskrivelse blot skal udfyldes med de elementer, som hentes fra det accepterede tilbud. Tilbudsgiverne er normalt tvunget til at acceptere et foreliggende kontraktudkast, hvis de vil have ordren. Sådanne kontraktvilkår bliver da ikke et af de elementer, som tilbudsgiverne konkurrerer om. Det er på forhånd sikkert, at uanset hvem der får ordren, vil vilkåret være gældende.

Det bemærkes, at det vil være direkte i strid med udbudsdirektiverne at gøre kontraktvilkår til et konkurrenceparameter i form af et udvælgelses- eller tildelingskriterium, hvis vilkåret enten ikke holder sig inden for de udvælgelseskriterier, der kan kræves dokumentation for, eller ikke har en sådan økonomisk tilknytning til den efterspurgte leverance, at det kan bruges som tildelingskriterium, jf. nedenfor under pkt. 4.

Det er derfor væsentligt at holde sig for øje, at kontraktvilkår ikke må "blandes sammen med" hverken tildeling- eller udvælgelseskriterierne.

Adgangen til at fastsætte kontraktvilkår er ifølge Kommissionen begrænset af Traktatens regler om ikke-diskrimination. Det vil således være i strid med Traktaten, hvis der blev fastsat et kontraktvilkår, som i realiteten kun kunne opfyldes af én leverandør eller en eksklusiv gruppe af leverandører.

Adgangen til at fastsætte kontraktvilkår er ifølge Kommissionen endvidere begrænset af princippet om proportionalitet.

Ordregivere kan imidlertid frit opstille sådanne kontraktvilkår, som er i overensstemmelse med fællesskabsreglerne.

4. Adgangen til at stille sociale krav i kontrakten:

EF-domstolen har i en dom (Beentjes-sagen) fastslået, at det ikke er i strid med fællesskabsretten, at det blev pålagt entreprenøren i et bygge- og anlægsarbejde at ansætte langtidsledige. Domstolen opstillede dog som betingelse, at et sådan kontraktvilkår ikke diskriminerede mod udenlandske leverandører, og at vilkåret fremgik af selve udbudsbekendtgørelsen, der offentliggøres i EU-tidende.

Kommissionen har analyseret dommens konsekvenser i en meddelelse fra 1989 "om regionale og sociale aspekter" (KOM(89)400 endelig udg.) Ifølge meddelelsen kan et sådant socialt aspekt indgå som kontraktvilkår.

I meddelelsen angiver Kommissionen endvidere, hvorfor sociale aspekter ikke kan anvendes som konkurrenceparameter (tildelingskriterier). Kommissionen angiver således, at "de forskellige kriterier, der er givet som eksempler i det pågældende direktiv, drejer sig alle om forhold, som påvirker den med budde forbundne økonomiske fordel for det ordregivende organ ... At en tilbudsgiver rent faktisk har mulighed for at ansætte de pågældende langtidsledige har normalt ingen indvirkning på, hvor stor økonomisk fordel kontrakten frembyder for indkøbsorganet. Økonomiske fordele som for eksempel mindre sociale udgifter eller øget forbrug hos dem, der ansættes, er *indirekte*, og skal ses *helt isoleret* fra selve kontraktens genstand. Med mindre der kan påvises at foreligge særlige omstændigheder, hvorunder det at ansætte de pågældende langtidsledige *ville øge den med kontrakten forbundne økonomiske fordel for indkøbsorganer*, ville dette kriterium ikke være foreneligt med direktivet. *Det samme gælder for andre kriterier, som ikke har noget at gøre med en bestemt kontrakts genstand.*"

Sådanne sociale aspekter kan imidlertid i følge Kommissionens 1989-meddelelse under visse betingelser indgå som kontraktvilkår.

For så vidt angår fremme af sociale formål angives i meddelelsen - udover bekæmpelse af langtidsledighed - også andre legitime formål, herunder bekæmpelse af andre former for ledighed, f.eks. ungdomsledighed, samt et bredt spektrum af sociale hensyn så som erhvervsuddannelse, sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen, arbejdsgiver/arbejdstagerforhold og afskaffelse af diskrimination begrundet i race, religiøs overbevisning eller køn.

Kommissionen har endvidere udtalt, at kontraktvilkår under alle omstændigheder skal overholde de relevante bestemmelser i fællesskabslovgivningen, herunder specielt restriktioner, der udspringer af Traktatens principper om fri etableringsret og frihed til at levere tjenesteydelser samt princippet om ikke-diskrimination begrundet i nationaliteten. Et kontraktvilkår kan således repræsentere en overtrædelse af ikke-diskriminationsprincippet, hvis det viser sig, at det kun kan overholdes af nationale virksomheder, eller hvis det vil være vanskeligere for tilbudsgivere fra andre medlemsstater at overholde det. Hertil kommer, at et kontraktvilkår ikke må diskriminere over for andre EU-arbejdstagere. En vurdering af dette aspekt skal derfor også foretages.

Meget afhænger således af den nøjagtige ordlyd af et bestemt kontraktvilkår og af, hvilken virkning det i praksis har for tilbudsgivere og arbejdstagere fra andre medlemsstater. Vurderingen af, om kontraktvilkår er forenelige med fællesskabslovgivningen, må således foretages fra sag til sag.

Et simpelt vilkår, hvorefter den vindende tilbudsgiver skal ansætte et bestemt antal eller en bestemt procentdel arbejdsløse, langtidsledige eller unge arbejdsløse med henblik på gennemførelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, synes ikke at diskriminere tilbudsgivere fra andre medlemsstater. Alle tilbudsgivere, hvad enten de er indenlandske eller ej, vil være nødsaget til at ansætte personer, som er uden arbejde, og alle har lige store muligheder for (eller vanskeligheder med) at gøre det. Med hensyn til ligestilling ville en forpligtelse til at ansætte et vist antal eller en vis procentdel kvinder eller en anden gruppe personer efter kriterier, der ikke bygger på nationalitet, sandsynligvis heller

ikke frembyde noget problem, selv om en endelig afgørelse heraf nødvendigvis måtte afhænge af en vurdering af alle relevante kendsgerninger i en bestemt sag.

Omvendt ville f.eks. et vilkår inden for uddannelse om, at en virksomhed udelukkende skal ansætte et vist antal eller en vis procentdel praktikanter under nationale uddannelsesprogrammer, diskriminere praktikanter under tilsvarende ordninger i andre medlemsstater. Derimod ville en forpligtelse til at ansætte praktikanter, som med hensyn til nationalitet ikke er begrænset til et bestemt land, ikke frembyde noget problem.

Modsat vil et krav om, at den vindende tilbudsgiver skal ansætte et bestemt antal personer, der er bosiddende i et bestemt område, umiddelbart blive anset for diskriminerende.

Det bemærkes, at klausuler, der tager sigte på at sikre, at en virksomhed overholder de på en bestemt lokalitet gældende ansættelsesvilkår, ikke umiddelbart synes at udgøre et problem. Alle virksomheder (lokale, nationale eller fra en anden stat), behandles ens, og hverken udenlandske virksomheder eller udenlandske arbejdstagere stilles ringere i forhold til borgere fra den pågældende medlemsstat. Et vilkår om, at alle personer, der ansættes med henblik på gennemførelse af kontrakten, skal være underlagt ansættelsesvilkårene på en bestemt lokalitet, kan dog volde problemer, hvis hensigten er, at det også skal gælde for personer, der udfører opgaven i andre medlemsstater. I forbindelse med bygge- og anlægsarbejder og visse tjenesteydelser kan det ske, at ansatte under kontrakten er beskæftiget uden for den stat, hvor den ordregivende myndighed er hjemmehørende. Inden for offentlige indkøbskontrakter er denne situation naturligvis meget mere almindelig. Det er vanskeligt at se, hvad der skulle berettigede vilkår, hvorefter nationale ordregivende myndigheder gives tilladelse til at eksportere lokalt gældende ansættelsesvilkår til andre medlemsstater, idet sådanne bl.a. ville kunne fremkalde uacceptable rets- og/eller politiske konflikter.

Det antages derfor som altovervejende hovedregel, at det alene vil være lovligt at opstille kontraktvilkår, der vedrører eller regulerer udførelsen af ydelser inden for det land, hvor den ordregivende myndighed er hjemmehørende.

Opsummerende kan det siges, at anvendelsen af kontraktvilkår om ansættelsesforhold på særlige vilkår er begrænset på tre måder:

- kontraktvilkåret må som alt overvejende hovedregel ingen indflydelse have på vurderingen af tilbudsgivernes evne til at udføre det pågældende arbejde (udvælgelseskriterierne) eller på tildelingskriterierne
- det må ikke repræsentere en overtrædelse af andre principper i fællesskabslovgivningen, navnlig arbejdskraftens frie bevægelighed, den frie etableringsret, friheden til at levere tjenesteydelser og den nationalitetsbegrundede ikke-diskrimination. I praksis synes dette at kræve, at hvert enkelt tilfælde undersøges for sig.
- der kan kun indføres vilkår, der søger at realisere målsætninger inden for det land,

hvor den ordregivende myndighed er hjemmehørende.

Hertil kommer, at vilkåret skal nævnes enten i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, ligesom kravet skal kunne betegnes som proportionalt, jf. straks nedenfor.

5. Krav om proportionalitet:

Lovligheden af et kontraktvilkår vil endvidere – uanset at samtlige ovenstående forhold er opfyldt – ifølge Kommissionen afhænge af, om vilkåret kan betegnes som proportionalt, hvilket i nærværende sammenhæng skal forstås således, at vilkåret skal have tilknytning til kontrakten.

I det omfang man i forbindelse med opstilling af sociale aftalevilkår ønsker at stille krav om udfærdigelse af en etnisk ligestillingspolitik eller en arbejdsfastholdelsespolitik hos den leverandør, som vinder ordren, antages dette ifølge Kommissionen alene at være muligt i forhold til personer ansat til at udføre den konkrete arbejdsopgave. Man kan således næppe pålægge en større virksomhed med adskillige ansatte at udfærdige sådanne politikker generelt; dvs. for andre end de personer, der er beskæftiget med selve arbejdsopgaven. Dette skyldes, at et sådant generelt krav formentlig ville stride imod proportionalitetsprincippet som ikke havende en tilstrækkelig og direkte tilknytning til udførelsen af den konkrete arbejdsopgave.

De samme betragtninger vedrørende proportionalitet kan muligvis gøre sig gældende vedrørende det antal personer inden for en særlig persongruppe, som ordregiver kan kræve ansat af en leverandør. Det kan således muligvis være et disproportionalt og dermed et ulovligt kontraktvilkår, hvis ordregiveren kræver, at leverandøren skal ansætte personer ud over det antal personer, som leverandøren selv skønner er nødvendigt for udførelsen af den pågældende opgave, uanset om leverandøren kompenseres økonomisk herfor eller ej.

Princippet om proportionalitet kan også sætte grænser for krav om oversættelse af omfattende personale-, arbejdsfastholdelses- eller etnisk ligestillingspolitikker. Vurderingen af, hvorvidt der er proportionalitet mellem omfanget af oplysninger, som leverandøren skal fremlægge, og pligten til at dokumentere efterlevelsen af et eller flere kontraktvilkår, beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

6. Kerneområdet for sociale aftalevilkår:

Kerneområdet for sociale aftalevilkår i form af kontraktvilkår i forbindelse med en udbudsforretning vil herefter – som følge af ovenstående forbud imod "eksport" af sociale aftalevilkår - som altovervejende hovedregel være de tilfælde, hvor vilkårene kan knyttes til persongrupper, der udfører opgaven her i landet. Der vil derfor typisk være tale om tjenesteydelseskontrakter eller bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres/leveres "på stedet" og hvor leverandøren og dennes ansatte fysisk indfinder sig på "stedet" for at levere ydelsen.

Den modsatte situation er tjenesteydelseskontrakter, som kan udføres over lange distancer – eks. en edb-tjenesteydelse, der kan leveres fra en anden egn af landet

eller fra et helt andet land end ordregiverens hjemsted. De samme forhold gør sig gældende ved indkøbskontrakter, der typisk opfyldes på produktionsstedet. Her vil det som nævnt ikke være muligt at stille sociale aftalevilkår i kontraktsform, idet man herved i forhold til potentielle udenlandske leverandører opstiller målsætninger, som i givet fald ville skulle realiseres uden for ordregiverens hjemland.

Kommissionen har således i sin 1989-meddelelse, pkt. 61, anført følgende herom:

"For det første er mulighederne for at indføje særlige kontraktvilkår betydeligt mere begrænsede inden for offentlige indkøbskontrakter (af varer) end inden for bygge- og anlægskontrakter. I betragtning af, at indkøbskontrakter hovedsageligt opfyldes på produktionsstedet, er det svært at forestille sig, hvordan vilkår af social art skulle kunne finde anvendelse ved tildelingen af en indkøbskontrakt, uden at man derved enten diskriminerer mellem indenlandske og andre leverandører eller søger at opfylde målsætninger uden for det land, hvori den ordregivende myndighed er hjemmehørende. Der er i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvor arbejdet for størstedelens vedkommende udføres inden for det land, hvori den ordregivende myndighed er hjemmehørende, at der er størst sandsynlighed for, at muligheden for at opfylde domstolens krav er til stede..."

Det bemærkes, at tjenesteydelsesdirektivet ikke var trådt i kraft på daværende tidspunkt, hvorfor dette ikke er nævnt i meddelelsen på lige fod med bygge- og anlægsgdirektivet og vareindkøbsdirektivet.

7. Afsluttende bemærkninger:

Kommissionen har i en senere meddelelse - KOM(98)143 af 13. marts 1998 om offentlige indkøb i EU - i afsnittet "offentlige indkøb og sociale hensyn", bl.a. fremhævet, at "socialpolitikken er af særdeles stor betydning for EU. Den tager blandt andet sigte på at fremme et højt niveau for beskæftigelse og social beskyttelse. Desuden betragter Amsterdam-Traktaten det som en prioritet at afskaffe forskelsbehandling og fremme mænds og kvinders ligeberettigelse i alle Fællesskabets politikker og aktiviteter, lige som der er tilfældet for nødvendigheden af at bekæmpe enhver form for diskriminering".

I meddelelsen giver Kommissionen endvidere udtryk for, at selv om hensigten om en bedst mulig anvendelse af offentlige midler ikke udelukker, at der tages hensyn til bl.a. sociale aspekter, ligesom noget sådant ej heller kræver en ændring af de eksisterende regler, er det imidlertid nødvendigt at definere præcise retningslinier for, hvorledes indkøberne i overensstemmelse med fællesskabsretten, især principperne om åbenhed og ikke-diskriminering samt reglerne om offentlige udbud, kan tage hensyn til sociale kriterier under deres udbudsprocedurer. Ifølge Kommissionen er sådanne retningslinier også vigtige af hensyn til sikringen af ligebehandling for europæiske leverandører. Kommissionen agter derfor at tydeliggøre de principper, der er anvendelige på hensyntagen til sociale aspekter, i en fortolkningsmeddelelse.

Den varslede fortolkningsmeddelelse forventes tidligst at foreligge i slutningen af 1999.