



Til Økonomiudvalget

25. maj 2005

Journalnr.
5.00.000.09-006/04

/mkj

Partnerskaber om uddannelse

Baggrund

På et møde den 22. april 2004 behandlede Borgerrepræsentationen et medlemsforslag fra Enhedslisten om partnerskaber om uddannelse (BR 112/04). Borgerrepræsentationen henviste sagen til Økonomiudvalget med høring af Uddannelses- og Ungdomsudvalget og Københavns Erhvervsråd. Økonomiforvaltningen bemærkede forud for medlemsforslagets behandling i Borgerrepræsentationen, at en del af medlemsforslaget, nemlig dokumentationskravet vedrørende uddannelsespolitik ved kommunens udbud, burde gøres til genstand for en nærmere juridisk undersøgelse.

Uddannelses- og Ungdomsudvalget foreslog på mødet den 27. april 2005, at Økonomiudvalget forestår den nærmere juridiske undersøgelse, som Økonomiforvaltningen anbefalede i april 2004.

Resumé

Som det fremgår nedenfor, er det Økonomiforvaltningens opfattelse, idet bemærkes, at dette notat er afstemt med advokat Lise Groesmeyer, DLA Nordic A/S, at krav om oplysning om virksomhedens uddannelsespolitik ikke er et lovligt vilkår ved udvælgelsen (prækvalifikationen), at det er tvivlsomt, om uddannelsespolitikken kan udgøre et delkriterium, hvor tildelingen sker efter "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", men at kommunen under iagttagelse af visse nedenfor nærmere beskrevne vilkår kan opstille et kontraktkrav om, hvorledes virksomheden skal løse den konkrete opgave for kommunen, f.eks. ved, at virksomheden skal påtage sig uddannelsesforpligtelser i et bestemt omfang, hvormed medlemsforslagets intentioner til dels imødekommes. Dog bemærkes, at kommunen som ordregiver først har mulighed for at kontrollere virksomhedens opfyldelse af kontraktkravet, når ordren er tildelt.

Et kontraktkrav kan kun opstilles i forhold til løsning af den konkrete opgave. Der kan ikke stilles generelle krav til uddannelsespolitikken for hele virksomheden, kun den del af virksomheden som løser en opgave for kommunen.

**Økonomiforvaltningen
9. kontor**

**Rådhuset
1599 København V**

**Telefon
33 66 33 66**

**Telefax
33 66 70 03**

**Direkte telefon
33 66 22 78**

**E-mail
mkj@okf.kk.dk**

www.kk.dk

Sagsfremstilling

Af medlemsforslaget fremgår bl.a.:

...At Københavns kommune i forbindelse med udbud af anlægsopgaver og andre opgaver kræver, at virksomheder dokumenterer deres uddannelsespolitik, hvad angår rekruttering af lærlinge. Virksomhedens uddannelsespolitik indgår i vurderingen af tilbudet, idet man i den ny lov om prisindhentning godt kan lade andre udvælgelseskriterier end den simple pris være afgørende for valg af virksomhed efter udbud, når disse andre udvælgelseskriterier offentliggøres i forbindelse med udbudet.”

Lovlige krav ved selve udvælgelsen:

Ved prækvalifikationen af en tilbudsgiver – det vil sige udvælgelsen af de virksomheder som skal have mulighed for at byde på en udbudt opgave - skal der fokuseres på virksomhedens evne til at løse den konkrete opgave. Ved udvælgelsen ved EU-udbud kan kommunen som ordregiver kun bede om de oplysninger, som fremgår af udbudsdirektivets § 48, og denne bestemmelse omfatter ikke virksomhedens uddannelsespolitik.

Lovlige krav ved tildeling af en ordre:

Ved tildelingen af en ordre kan efter tilbudsloven og udbudsdirektivet sondres mellem 1) det laveste bud eller 2) det økonomisk mest fordelagtige bud. Med sidstnævnte tildelingskriterium åbnes der mulighed for konkurrence på andre parametre end den rene prismæssige konkurrence. Ved bygge- og anlægsopgaver kan f.eks.:

- Betryggende kvalitetsikring i det konkrete byggeri
- Miljøhensyn
- Logistik
- Arkitektur
- Tilgængelighed
- Byggetid

være lovlige underkriterier. Det har hidtil været opfattelsen, at kun delkriterier, som angik en økonomisk fordel ved de enkelte tilbud var lovlige, hvilket sjældent er tilfældet ved sociale klausuler. I en dom afsagt i 2002 af EF-Domstolen, der angik miljøkriterier vedrørende bussers støjniveau og emission af farlige stoffer, godkendte EF-

Domstolen imidlertid, at et delkriterium ikke behøver at være knyttet til en økonomisk fordel for ordregiveren, men kan være bredere knyttet til den udbudte kontrakt, således at kriteriet tilsigter at varetage bredere samfundsmæssige hensyn til udførelsen af den pågældende kontrakt. Sidstnævnte kunne tale for, at sociale klausuler, herunder uddannelsespolitik, kunne indgå som delkriterium, men Konkurrencestyrelsen har sin vejledning fra 2004 om sociale hensyn anført, at der er grund til at være forsigtig med at anvende sociale hensyn som delkriterier, hvis man som ordregiver vil være på den sikre side. I bemærkningerne til forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (omtales yderligere nedenfor), er anført: ”Også sociale hensyn kan i vist omfang inddrages som et underkriterium...” hvorefter der henvises til ovennævnte domstolsafgørelse. På baggrund af uklarheden om, og i bekræftende fald afgrænsningen af, hvorvidt sociale hensyn kan indgå ved tildelingen, med heraf følgende risici for komplicerede klagesager, fraråder Økonomiforvaltningen på det foreliggende grundlag, at man benytter sociale klausuler som underkriterier.

Kontraktkrav:

Som anført ovenfor, er det Økonomiforvaltningens opfattelse, at kommunen som ordregiver ikke *generelt* kan stille krav om, at virksomheden dokumenterer sin uddannelsespolitik. Kommunen har imidlertid under iagttagelse af nedenstående kriterier mulighed for at opstille et præcist kontraktkrav, som fastlægger, hvordan tilbudsgiver skal opfylde den udbudte opgave for kommunen. Kommunen kan f.eks. stille krav om, at tilbudsgiveren skal påtage sig uddannelsesforpligtelser i et bestemt omfang ved løsningen af den konkrete opgave.

Kontraktkravet kan alene stilles i forhold til den opgave, som virksomheden løser for kommunen, men kan ikke udstrækkes til at gælde for den øvrige del af virksomheden. Hvis en stor virksomhed byder på en opgave, hvor kun få medarbejdere vil være beskæftiget med opgaven for kommunen, kan der kun stilles krav om sociale hensyn – eller uddannelsespolitik for så vidt angår sidstnævnte personkreds.

Med kontraktkravet kan kommunen som ordregiver vedrørende en konkret opgave stille krav om, at f.eks. bestemt antal lærlinge skal engageres ved udførelsen af opgaven, eller evt. et mere blødt krav om, at virksomheden så vidt muligt vil søge at etablere uddannelser pladser i relation til opgaveudførelsen, eller mere indirekte krav om, at virksomheden – så længe opgaven udføres for kommunen – skal deltage i kurser m.v. om, hvordan man bedst indretter sin virksomhed med henblik på at sikre uddannelse af unge.

Hvis tilbudsgiver ikke agter at opfylde kontraktkravet, skal ordregiver afvise tilbudet som ikke-konditionsmæssigt.

Accepterer tilbudsgiveren kontraktkravet ved sit tilbud, har kommunen som ordregiver forud for ordretildelingen ingen mulighed for at kontrollere, hvordan tilbudsgiveren vil leve op til kravet. *Heraf følger, at der med kontraktkravet først er kontrolmulighed, efter at ordren er tildelt.* Opmærksomheden henledes på, at det ved bredere/blødere kontraktkrav - f.eks. at virksomheden skal optimere ansættelsen af lærlinge, mens opgaven udføres for kommunen - vil være vanskeligt at fastslå misligholdelse, hvis virksomheden intet gør i så henseende. En praktisk tilgang kunne være, at ordregiver i forbindelse med kontraktens start konkret tager kontraktkravet op til drøftelse med den valgte virksomhed, dvs. hvordan virksomheden vil sikre f.eks. flere uddannelsespladser under forløbet.

Såfremt kommunen ved udbud opstiller kontraktkrav, skal følgende vilkår overholdes:

Kravet må ikke være direkte eller indirekte diskriminerende overfor virksomheder fra andre EU-lande (herefter kaldet "EU-virksomheder").

Diskrimination kan både foreligge på den måde, at EU-virksomheder slet ikke kan opfylde kravet, eller at det er vanskeligere for EU-virksomheder at opfylde kravet. Dette betyder konkret, at krav om fx et antal unge under uddannelse skal udformes på en måde, som ikke er specifikt indrettet ud fra danske forhold, men skal udformes helt generelt - eller med andre ord, neutralt i forhold til om det er en dansk eller EU-virksomhed (fx som krav om uddannelse af et antal unge ved udførelse af den udbudte kontraktopgave i stedet for ved henvisning til specifikke lærlinguddannelser).

Det kan ikke opstilles nationalitetskrav i forbindelse med et krav om uddannelse af unge; en lærling rekrutteret i Sverige tæller således lige så meget som en dansk rekrutteret lærling.

Særligt i relation til vareindkøbskontrakter er risikoen for diskrimination højere, idet krav kan have betydning for den måde, som en udenlandsk virksomhed har indrettet sin vareproduktion på i hjemlandet. Et krav om anvendelse af unge under uddannelse kan således evt. medføre så byrdefulde ændringer af virksomhedens hjemlige organisation mv., at dette må anses for indirekte diskriminerende eller for en handelshindring.

Det er EU-Kommissionens opfattelse, at kontraktkrav vedr. sociale forhold normalt kun kan angå ydelser, der udføres i udbyderens hjemland, hvilket jo fører til, at

kravene heller ikke kan stilles i relation til vareproduktion uden for udbyderens hjemland. Dette beskrives under tiden som et krav om, at et socialt krav ikke må eksporteres til et andet EU-land.

Kravet må ikke være uproportionalt

Krav i tilknytning til uddannelse af unge må ikke være mere vidtgående, end formålet tilsiger. Heri ligger også, at kravet kun må være knyttet til de opgaver, som virksomheden udfører for Københavns Kommune, og altså ikke må udstrækkes til virksomhedens andre aktiviteter. Endvidere bør kommunen som ordregiver normalt ikke opstille strengere krav end kommunen selv ville kunne opfylde, hvis kommunen selv skulle udføre opgaven.

Kravet skal offentliggøres ved udbuddet

Det pågældende krav skal beskrives klart i udbudsbeholdningen eller i udbudsmaterialet.

Det opstillede krav skal være sagligt.

Dette krav er nok så meget begrundet i dansk ret, dvs. et udslag af det generelle krav om, at en kommune skal agere sagligt.

Kravet skal i udbudsprocessen behandles som andre kontraktkrav.

Det betyder bl.a. , hvis der er en virksomhed, som i sit tilbud meddeler ikke at ville opfylde et krav om uddannelse af unge, skal den virksomheds tilbud normalt forkastes som ukonditionsmæssigt.

Forskellige regelsæt ved udbud:

Ovennævnte bemærkninger knytter sig til EU udbud. For udbud efter tilbudsloven, dvs. bygge- og anlægsopgaver under tærskelværdien, gælder mht. til udvælgelses- og tildelingskriterier i det væsentlige samme principper som ved EU udbud.

Af et netop vedtaget forslag til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, der træder i kraft den 1. september 2005, fremgår af bemærkningerne, at der intet er til hinder for, at ordregiveren kan fastsætte særlige kontraktvilkår (kontraktkrav) vedrørende entreprenørens pligt til at varetage sociale hensyn under udførelsen af kontrakten. Der kan således også opstilles kontraktkrav for bygge- og anlægsopgaver omfattet af tilbudsloven.

For så vidt angår udbud, som ikke er omfattet af EU's udbudsdirektiver og tilbudsindhentningsloven gælder de almindelige kommunalretlige grundsætninger, samt de pligter, som følger af selve EF-Traktaten.

Sidstnævnte omfatter bl.a. de forbud mod diskrimination og handelshindringer, som er det primære grundlag for begrænsningerne beskrevet ovenfor, særligt vedrørende kontraktkrav. Derfor gælder begrænsningerne i stort set samme omfang ved enhver indgåelse af kontrakt, hvad enten den sker ved et EU-udbud eller på anden måde.

Det er yderligere Økonomiforvaltningens opfattelse, at det kommunale tilsyn undertiden fortolker kravene om saglighed og proportionalitet strengere end det ovenfor anførte om sociale hensyn, og at de ovenfor anførte vilkår for at indsætte kontraktvilkår i udbud, som alene er underlagt kommunale grundsætninger, i hvert fald skal iagttages ved udbudet.

Konklusion:

Københavns Kommune kan ikke – som anført i medlemsforslaget – generelt stille krav om, at virksomhederne dokumenterer deres uddannelsespolitik, hvad angår rekruttering af lærlinge. Kommunen kan i forbindelse med et udbud opstille et præcist kontraktkrav om, at virksomheden ved løsning af den konkrete opgave for kommunen f.eks. skal påtage sig uddannelsesforpligtelser i bestemt omfang, f.eks. et krav om at virksomheden skal bruge et bestemt antal under uddannelse til løsning af opgaven. Kravet kan kun opstilles til den konkrete opgave, og kan kun opstilles over for den del af virksomheden, som løser en opgave for kommunen. Kommunen har som ordregiver forud for ordretildelingen ingen mulighed for at kontrollere, hvordan tilbudsgiveren vil leve op til kontraktkravet. Heraf følger, at der med kontraktkravet først er kontrolmulighed, når ordren er tildelt. Endvidere henledes opmærksomheden på, at bløde kontraktkrav vanskeligt kan håndhæves. I øvrigt skal ovenstående vilkår for sociale klausuler være overholdt.

Bilag

Medlemsforslag