



## Retsvirkningerne knyttet til sociale klausuler

**Majse Jarlov, Advokat  
Bender von Haller Dragsted**

**Dansk Forening for Udbudsret,  
København, den 20. maj 2009**

# Oversigt

- I. Hvad er sociale klausuler?
- II. Er sociale hensyn lovlige i medfør af EU-retten?
- III. Må ordregiver tage sociale hensyn ved udvælgelsen af tilbudsgivere?
- IV. Må ordregiver tage sociale hensyn ved tildeling af kontrakten?
- V. Må ordregiver stille sociale krav til udførelsen af kontrakten?

# I. Hvad er sociale klausuler?

# Afgrænsning

- Hvad er sociale hensyn?

Bredt begreb som både dækker over hensyn som udspringer af arbejdslovgivningen og hensyn til fremme af særlige gruppers muligheder i samfundet som f.eks. handicappede, etniske minoriteter eller kvinder.

- Hvad er sociale klausuler?

Sociale klausuler har til formål at varetage sociale hensyn. Hvis et socialt hensyn gøres til et kontraktvilkår, er der tale om en social klausul.

# Afgrænsning

- En *social klausul i et udbud* er et krav om, at den, der vinder opgaven, skal påtage sig at opfylde en nærmere defineret social forpligtelse.
  - Det kan f.eks. dreje sig om:
    - at ansætte et antal personer på særlige vilkår
    - at vedtage en politik for etnisk ligestilling, arbejdsfastholdelse eller arbejdsmiljø.
  - En social klausul er et kontraktkrav og dermed et krav som skal opfyldes af den virksomhed, som får tildelt opgaven.

# Introduktion til Udbudsdirektivet

II. Er sociale hensyn lovlige jf. EU-retten?

## Hvad siger EU-direktiverne?

- Grundlaget for EU-direktiverne som regulerer offentlige anskaffelser er fastlæggelse af nogle regler for udvælgelse og tildeling som er baseret på *kommercielle* og *økonomiske* betragtninger.
- Sociale hensyn er ikke-økonomiske hensyn.
- Udir. 2004/18 / Fdir. 2004/17;
  - Artikel 19 / 28 (reserverede kontrakter)
  - Artikel 23 / 34 (tekniske specifikationer)
  - Artikel 53 / 55 (tildelingskriterier)

## Hvad siger EF-Traktaten?

- EF-Traktaten artikel 2;  
Fællesskabet har bl.a. til formål at fremme *”...et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau, ligestilling mellem mænd og kvinder”*.
- Der er et traktatmæssigt grundlag for at varetage sociale hensyn!



## III. Sociale hensyn ved udvælgelsen

## Udvælgelse af tilbudsgiver

- Kan sociale hensyn danne grundlag for udvælgelse jf. Udir. artikel 45 – 52, Fdir. artikel 54?
- Må sociale hensyn tillægges betydning ved vurdering af tilbudsgivers kvalifikationer til at løse opgave?
  - Kan ordregiver under udvælgelsen eksempelvis tillægge det betydning om tilbudsgiver kan dokumentere en politik om beskæftigelse af udsatte grupper?
- Ved udvælgelse vurderes virksomheden generelt.
- Sociale krav er typisk relateret til virksomhed og medarbejdere. Hensyn *kan derfor* varetages ved udvælgelsen. MEN er det lovligt?

# Egnethedsvurdering

- Vurdering af egnethed relateret til virksomhedens personlige forhold.
  - Udbudsdirektivets artikel 45, udtømmende liste over, hvornår overtrædelse af sociallovgivning berettiger til en udelukkelse af tilbudsgiver.
- Vurdering af egnethed relateret til virksomhedens tekniske formåen.
  - Udbudsdirektivets artikel 48, udtømmende liste over oplysninger/dokumentation som kan kræves.  
Hensyntagen til virksomhedens ”sociale holdning” kun mulig, hvis holdning udtryk for virksomhedens tekniske evne til at udføre kontrakt som nødvendig-  
gør særlig evne på det sociale område.

## IV. Sociale krav ved kontrakttildelingen

## Socialt hensyn som underkriterium

- Kan sociale hensyn indgå som et konkurrenceparameter ved tilbudsvurderingen?
  - Kan ordregiver under tilbudsvurderingen eksempelvis tillægge det betydning, hvilken tilbudsgiver der har beskæftiget flest langtidsledige?
- Hvis tildeling sker på baggrund af tildelingskriteriet laveste pris må ordregiver udelukkende se på prisen, og en hensyntagen til sociale hensyn er dermed udelukket.

## Socialt hensyn og ØMFT

- Inddragelse af sociale hensyn er kun mulig ved brug af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
- Udir. 2004/18 / Fdir. 2004/17, artikel 53 / 55 oplister eksempler på underkriterier, som kan tillægges betydning ved tilbudsvurderingen.
- Sociale hensyn er ikke anført i artikel 53/55, men listen er ikke udtømmende.

## Hvilke underkriterier er lovlige?

- Kriterier knyttet til kontraktgenstanden.
- Kriterier bidrager til en vurdering af produktets iboende egenskaber.
- Kriterier er egnede til at bidrage til ordregivers vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
- Kriterier skal give ordregiver mulighed for at sammenligne tilbuddene objektivt.

## Et praktisk eksempel

- Kan ordregiver vælge at gennemføre en konkurrence, hvor tilbudsgiverne bl.a. konkurrerer på, hvor stor en andel af langtidsledige tilbudsgiver kan beskæftige under kontraktens udførelse?
- Kan ordregiver under tilbudsvurderingen benytte en evalueringsmodel, som tager højde for, at ordregiver ønsker at betale mere for en ydelse, hvis tilbudsgiveren til gengæld ansætter flere langtidsledige?



## Kommissionens fortolk.meddelelse

- Kommissionens fortolkningsmeddelelse (KOM 2001 556) om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter.
- Pkt. 1.4: *”Sociale kriterier er ikke nævnt som eksempel i direktiverne. Hvis man imidlertid ved ”socialt kriterium” forstår et kriterium, der gør det muligt at vurdere f.eks. kvaliteten af en tjenesteydelse for mindre privilegerede personer, så er et sådant kriterium, hvis det bidrager til valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud i direktivernes forstand, legitimt”.*

## Fortolkningsmeddelelse - fortsat

- Kommission udtaler videre: *”Til gengæld vil det være i strid med de gældende udbudsdirektiver at reservere markedsandele til en bestemt kategori af leverandører, eller at anvende prispræferencer. Det samme gælder kriterier for, i hvilket omfang tilbudsgiverne vil anvende en bestemt kategori personer eller har indført et ligestillingsprogram, med andre ord **kriterier, som ikke har noget at gøre med genstanden for en bestemt kontrakt eller med dennes udførelsesbetingelser**”.*

## Betingelser for lovlighed

- Kriterium er knyttet til kontraktgenstanden og giver mulighed for at vurdere produktets iboende egenskaber.
- Tillægger ikke ordregiver et frit valg.
- Kriterium er udtrykkelig nævnt i udbudsmaterialet.
- Kriterium er i overensstemmelse med EF-traktatens grundlæggende principper om ligebehandling og ikke-diskrimination.

## Konklusion

- Underkriterier tager udelukkende hensyn til forhold relateret til den udbudte opgave og den tilbudte løsning.
- Forhold vedrørende opgaven er sjældent af social karakter.
- Sjældent muligt for ordregiver at inddrage sociale hensyn som underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
  - Dog krav af underkriterium har en eller anden form for økonomisk værdi. Begrebet økonomi skal forstås bredt, jf. C-513/99 Concordia.

## V. Sociale krav til udførelsen af kontrakten

# Tekniske specifikationer

- Tekniske specifikationer vedrører ordregivers beskrivelse af den udbudte anskaffelse og fastlæggelsen af kontraktgenstanden.
- Tekniske specifikationer omhandler krav som varen, tjenesteydelsen eller bygge- og anlægsarbejderne skal opfylde. Krav har en effekt på anskaffelsens fysiske karakteristika.
- En social mærkning forstået som virksomhedens “sociale holdning” kan ikke betragtes som en teknisk specifikation.

## Kommissionens fortolk.meddelelse

- Kommissionens fortolkningsmeddelelse (KOM 2001 556), pkt.1.1: *"I det store og hele har de ordregivende myndigheder, når de fastlægger, hvilke produkter eller tjenesteydelser de ønsker at købe, frihed til – også ved brug af alternative tilbud – at vælge varer, tjenesteydelser eller arbejder, der svarer til deres idéer på det sociale område, forudsat at dette valg ikke begrænser adgangen til det pågældende marked til skade for tilbudsgivere fra andre medlemsstater".*

## Tekniske specifikationer - fortsat

- Krav om sociale hensyn kan udspringe af medlemsstaternes obligatoriske tekniske forskrifter vedr. f.eks. produktsikkerhed, sikkerhed, sundhed, handicappedes adgang til bygninger og offentlige transportmidler, jf. Udir. artikel 23, stk. 1, sidste pkt. / Fdir. 34.
- Tekniske specifikationer af social karakter beskriver objektivt den udbudte ydelse.
  - Ved afgrænsning af den udbudte anskaffelse kan der f.eks. stilles sociale krav til produktionsprocessen, forudsat produktionsmetoden er nødvendig for at produkt opfylder myndighedens behov. Metode har tilknytning til selve det udbudte produkt, krav til metode må ikke være diskriminerende.
  - Krav om køb af edb-udstyr til blinde.



## Tekniske specifikationer - konklusion

- Tekniske specifikationer kan varetage sociale hensyn!

## Særlige betingelser

- Udir. artikel 26 / Fdir. 38;  
*”De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn”.*

## Særlige betingelser

- Udir. artikel 26 / Fdir. 38 regulerer ordregivers ret til at varetage bl.a. sociale og miljømæssige hensyn ved fastsættelse af krav herom til kontraktens udførelse.
- Artikel 26 kodificerer EF-Domstolens praksis (sag 31/87, Beentjes) om ret til at opstille kontraktkrav om social klausul, der skal opfyldes af virksomhed, som får tildelt opgaven.
- Oplistning i artikel 26 / 38 er ikke udtømmende, jf. *”navnlig omhandle sociale hensyn eller miljøhensyn...”*

## Særlige betingelser - fortsat

- Udir. / Fdir. præambel, betragtning 33 / 44
  - Ansættelse af bestemte grupper f.eks. langtidsledige, personer m. integrationsvanskeligheder, handicappede.
  - Uddannelse af arbejdsløse/unge ved udførelse af kontrakt.
  - Foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder samt personer med anden etnisk /racemæssige baggrund og til overholdelse ILO-konventioner ved udførelse af kontrakt.

# Retspraksis om sociale kontraktkrav

- Sag 31/87, Beentjes
  - Under udbud af bygge- og anlægsopgave er det et krav, at virksomhed er i stand til at beskæftige langtidsledige.
  - EF-Domstol konkluderer, at krav ikke er udtryk for et traditionelt tildelingskriterium, da krav ikke er relateret til opgaven.
  - EF-Domstolen kategoriserer krav som et ”*yderligere tildelingskriterium*”. Da kravet ikke er knyttet til kontraktgenstanden, men er et kontraktkrav er kategorisering som yderligere tildelingskriterium uheldig og misvisende.

## Særlige betingelser – krav

- Betingelse for lovlighed af social klausul;
  - 1) Foreneligt med fællesskabsretten - krav om overholdelse af EU-rettens generelle principper, herunder krav om ikke-diskrimination. Kontraktkrav må ikke direkte/indirekte have diskriminerende virkning på tilbudsgivere fra andre lande, må ej være sværere for udenlandske tilbudsgiver at opfylde krav.
  - 2) Krav nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne – krav om overholdelse af direktiverne procedureregler, herunder krav om offentliggørelse af krav/kriterier, som ordregiver tillægger betydning ved beslutning om tildeling.

## Særlige betingelser – krav (fortsat)

- 3) Saglighed – Krav skal være relateret til udførelsen af den konkrete kontrakt. Ok at stille krav om politik for etnisk ligestilling, da hensyn følger af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet lovgivning, krav om aktivering af ledige ok, da hensyn følger af lov om aktiv beskæftigelsesindsats.
  
- 4) Proportionalitet - Krav må ikke være mere vidtgående end formålet tilsiger, krav skal have en direkte tilknytning til udførelse af den konkrete arbejdsopgave, dvs. næppe stille krav om at tilbudsgiver generelt har en fastholdelsespolitik men derimod ok at stille krav om politik i forhold til de medarbejdere, som er ansat til at udføre opgaver som den udbudte.

# Begrænsninger

- Sag C-346/06 Ruffert
  - Ved offentligt udbud af entreprisekontrakt er det kontraktkrav, at entreprenør overholder lokal kollektiv overenskomst om "Offentligt bygge- og anlægsarbejder" og pligt til at betale overenskomstmæssigt fastsatte mindsteløn.
  - EF-Domstol ; Krav uforeneligt med udstationeringsdirektivet og friudveksling af tjenesteydelser i artikel 49, da krav om mindsteløn ej fastsat ved lov, adm. bestemmelser eller almen gyldig kollektiv aftale.



## Ruffert - fortsat

- EF-Domstolens begrundelse;
  - 1) Bestemmelsen indeholder ikke en fastsat lønsats.
  - 2) Bestemmelsen skal ikke overholdes af private virksomheder inden for samme sektor i det pågældende geografiske område, og kravet om generel anvendelighed ikke er opfyldt.
  - 3) Restriktion er ikke berettiget af saglige formål, da intet taler for, at beskyttelsen i henhold til kontrakten kun er nødvendig for en arbejdstager beskæftiget med en offentlig byggeopgave, i modsætning til en arbejdstager som arbejder for en privat byggherre.

# Udbudsbekendtgørelsen

- Udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.4) Andre særlige vilkår som gælder for opfyldelse af kontrakten kræver, at sociale klausuler anføres i bekendtgørelsen.
- Men i medfør af Udbudsdirektivets artikel 26 er det ok at "gemme" kontraktvilkåret om social klausul til en angivelse i udbudsbetingelserne.
- Uoverensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsen og artikel 26!

## Håndhævelse af kontraktkrav

- Retsvirkning af at tilbudsgiver ikke accepterer et kontraktkrav (teknisk specifikation el. social klausul);
  - Tilbud i uoverensstemmelse med udbudsgrundlag.
  - Tilbud indeholder et forbehold med deraf følgende ret/pligt for ordregiver til at afvise tilbud.
  - Tilbudsgiveren ikke kan komme i betragtning ved tildeling af kontrakten.

## Håndhævelse af kontraktkrav - fortsat

- Hvis tilbudsgiver accepterer kontraktkrav, kan ordregiver alligevel vælge at afvise en tilbudsgiver, som ordregiver har en saglig grund til at tro ikke kan efterleve kontrakten?
  - Ja, når krav vedrører teknisk specifikation.
  - Nej, når krav vedrører særlige betingelser, jf. sag 31/87 Beentjes.

## Håndhævelse af kontraktkrav

- Kontrol; Ordregiver skal have mulighed for at kontrollere om tilbudsgiver overholder krav om ansættelse af et bestemt andel langtidsledige.
- Sanktion; Hvis det ved kontrol viser sig, at tilbudsgiver ikke overholder kontraktkrav, skal kontrakten angive en konsekvens, eksempelvis bod, misligholdelse og ophævelse ved gentagelser.

Spørgsmål.....?

## Nyttige links

- Bender von Haller Dragsted [www.bvhd.dk](http://www.bvhd.dk)
- Udbudsretligt nyhedsbrev
  - [www.bvhd.dk/nyhedsbrev-tilmelding](http://www.bvhd.dk/nyhedsbrev-tilmelding)

Tak for i dag !

Majse Jarlov, advokat  
Bender von Haller Dragsted  
Kalkbrænderiløbskaj 4  
2100 København Ø  
E-mail: [maj@bvhd.dk](mailto:maj@bvhd.dk)  
Tlf.: 32 71 34 22  
Mobil: 20 75 27 43

