



UNDERVISNINGS
MINISTERIET



UNDERVISNINGS
MINISTERIET

Sociale klausuler - uddannelses- og praktikaftaler

Indledning

Offentlige myndigheder skal ved indgåelse af vareindkøbs-, tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakter iagttage de fællesskabsretlige udbudsregler, herunder udbuds- og forsyningsvirksomhedsdirektivet samt EUF-traktatens regler og principper.

5. april 2011

Udbudsreglerne giver mulighed for, at offentlige myndigheder i forbindelse med udbud kan tage hensyn til sociale aspekter blandt andet ved i kontrakten at opstille vilkår for opgavens udførelse. Sådanne krav i kontrakten betegnes som sociale klausuler.

Notatet har til formål at bidrage til en kortlægning af de ordregivende myndigheders mulighed for at anvende sociale klausuler om ansættelse af erhvervsuddannelses- og erhvervsgrunduddannelseselever i forbindelse med udførelse af en offentligt udbudt opgave, der er omfattet af EU's udbuds- eller forsyningsdirektiv, samt virksomhedernes retsstilling i forhold hertil.

Notatet skal ses i sammenhæng med de foreliggende mere generelle vejledninger om udbud og sociale klausuler, hvis indhold ikke vil blive gentaget systematisk her.

Yderligere oplysninger om praksis m.v. vedr. sociale klausuler kan findes på Udbudsportalen.dk og i vejledninger fra bl.a. EU-Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. især Konkurrencestyrelsens (nu Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) vejledning "Sociale hensyn ved offentlige indkøb" fra 2004, som findes på styrelsens hjemmeside: www.ks.dk og Kommissionens vejledning fra 2010 "Buying Social – A guide to taking account of social considerations in public procurement".

Retlige overvejelser i forbindelse med sociale klausuler og uddannelsesaftaler

Når en ordregivende myndighed ønsker at anvende kontraktvilkår om oprettelse af uddannelses- og praktikaftaler¹ i et udbud, skal myndigheden generelt være opmærksom på, at vilkåret skal overholde fællesskabsrettens bestemmelser og principper.

¹ Ved en uddannelsesaftale forstås i notatet en aftale mellem en virksomhed og en erhvervsuddannelseselev om skoleundervisning og praktikuddannelse, indgået i henhold til lov om erhvervsuddannelser hhv. en aftale mellem en virksomhed og en elev om praktikuddannelse indgået i henhold til lov om erhvervsgrunduddannelse mv.

Der foreligger ingen praksis fra Klagenævnet for Udbud eller domstolene vedrørende de ordregivende myndigheders mulighed for at anvende sociale klausuler om ansættelse af elever i uddannelsesstillinger. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har som myndighed på udbudsrettens område heller ikke udtalt sig vejledende om spørgsmålet eller på anden vis taget stilling til spørgsmålet.

Det er ikke muligt at opstille udtømmende generelle retningslinjer for, hvordan anvendelse af sociale klausuler vedrørende uddannelses- og praktikaftaler kan være forenelig med fællesskabsrettens krav. Ethvert udbud skal således bedømmes konkret i forhold til de gældende regler og principper.

Fællesskabsrettens bestemmelser og principper indebærer navnlig, at følgende betingelser skal være opfyldt:

For det første skal kontraktvilkåret være beskrevet i det offentliggjorte udbudsmateriale (Åbenhed og gennemsigtighed).

For det andet skal kontraktvilkåret være sagligt begrundet (Saglighed).

For det tredje skal kontraktvilkåret overholde proportionalitetsprincippet og må således ikke være mere vidtgående, end udførelsen af den konkrete kontrakt tilsiger (Proportionalitet).

For det fjerde må kontraktvilkåret ikke have direkte eller indirekte diskriminerende virkning på tilbudsgivere fra andre medlemsstater (Ikke-diskriminerende).

Endelig vil det som hovedregel kun være lovligt at opstille kontraktvilkår, der vedrører eller regulerer udførelsen af ydelser i myndighedens eget land.

Nedenfor vil disse krav blive behandlet nærmere.

1. Åbenhed og gennemsigtighed

En social klausul skal være gennemsigtig og klart beskrevet i udbudsmaterialet, herunder i en eventuel udbudsbekendtgørelse, sådan at tilbudsgiveren kender vilkåret og kan tage det i betragtning i forbindelse med sin beslutning om at afgive tilbud.

Såfremt betingelserne ikke er klart beskrevet i udbudsmaterialet, vil det skabe usikkerhed for tilbudsgiverne, og derved reelt kunne afskære potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud.

Det må formodes, at reglerne om erhvervs- og erhvervsgrunduddannelse og de krav, der stilles til praktikvirksomheder i forbindelse hermed, ikke er almindeligt kendt hos tilbudsgiverne. Derfor må kravet om åbenhed og gennemsigtighed indebære en særlig oplysningsindsats fra den ordregivende myndigheds side, hvis myndigheden vil anvende klausuler om uddannelses- og praktikaftaler som kontraktvilkår.

Dette betyder, at en ordregivende myndighed som udgangspunkt bør foretage en nærmere beskrivelse af reglerne om erhvervsuddannelser/ erhvervsgrunduddannelse og de krav, der stilles til en praktikvirksomhed i forbindelse med ansættelse og uddannelse af elever.

2. Saglighed

En social klausul skal være sagligt begrundet.

Som udgangspunkt gælder, at hvis myndigheden lovligt kan varetage et uddannelsesmæssigt hensyn i myndighedens normale opgavevaretagelse, kan en social klausul om uddannelses- eller praktikaftaler være sagligt begrundet.

Der er som nævnt ingen retspraksis på området, men almindelige forvaltningsretlige principper indebærer, at der skal være en saglig sammenhæng mellem myndighedens formål og de hensyn myndigheden varetager, når den udøver sin virksomhed.

EU-rettens krav om saglighed kan bl.a. indebære, at myndigheden ikke vil kunne stille krav om indgåelse af uddannelses- eller praktikaftaler, såfremt der ikke er ledige, praktikpladssøgende elever inden for de faglige uddannelsesområder, som virksomheden er i stand til at dække.

3. Proportionalitet

En social klausul skal være proportional med den opgave, der udbydes. Det vil sige, at vilkår, der stilles i kontrakten, ikke må være mere vidtgående, end udførelsen af den konkrete kontrakt tilsiger.

Klausulens forpligtigelse af tilbudsgiveren skal derfor vurderes i forhold til den udbudte opgave. I den sammenhæng kan opgavens tidsmæssige udstrækning og økonomiske omfang indgå i vurderingen. Det er imidlertid ikke muligt at opstille en udtømmende liste over forhold, der kan indgå i vurderingen af et kontraktvilkårs overholdelse af proportionalitetsprincippet.

Proportionalitetsprincippet indebærer bl.a., at en social klausul ikke må forpligte tilbudsgiveren i længere tid, end den pågældende kontrakt løber. For kontrakter af kortere tidsmæssig udstrækning end en hel erhvervsuddannelse må den ordregivende myndighed derfor vurdere de potentiel-

le tilbudsgiveres faktiske muligheder for at indgå uddannelses- eller praktikaftaler, der ikke overstiger kontaktens løbetid.

Denne vurdering kompliceres af, at erhvervsuddannelserne omfatter flere end 100 uddannelser med flere end 300 specialer og kompetencegivende trin med meget stor variation med hensyn til varighed, struktur og indhold og deraf følgende forskellige muligheder for indgåelse af uddannelsesaftaler. Praktikaftaler med erhvervsgrunduddannelseselever indgår i individuelt tilrettelagte uddannelser og er typisk af kortere varighed.

Fælles for uddannelsesaftaler i erhvervsuddannelserne er, at aftalerne er uopsigelige efter en prøvetid på tre måneder. Der kan indgås følgende typer af uddannelsesaftaler:

- Klassiske uddannelsesaftaler
- Restuddannelsesaftaler
- Kombinationsaftaler
- Korte aftaler og
- Delaftaler

En klassisk uddannelsesaftale er en aftale, der omfatter samtlige praktik- og skoleophold på en given uddannelse (eller et kompetencegivende trin) samt den afsluttende prøve, dog eventuelt uden det indledende grundforløb på skole. Der henvises herom til lov om erhvervsuddannelser, § 48, stk. 1, 1. og 2. pkt.

Disse uddannelsesaftaler varer typisk fra tre til fire år, men kan vare fra et til fem et halvt år afhængigt af hvilken uddannelse, det drejer sig om.

En restuddannelsesaftale er en aftale, der omfatter resten af en uddannelse, som den pågældende elev allerede har gennemgået, men endnu ikke har færdiggjort, fx på grund af praktikvirksomhedens konkurs. En sådan aftale kan kun omfatte elevens resterende uddannelse, jf. erhvervsuddannelseslovens § 48, stk. 5.

En kombinationsaftale er en aftale mellem en elev og flere praktikvirksomheder, hvoraf det fremgår, hvilke skole- og praktikophold den enkelte virksomhed har del i, jf. lovens § 48, stk. 3, og bekendtgørelse om erhvervsuddannelser, §§ 94 - 98.

En kort aftale er en aftale, der består af mindst en hel praktikperiode med en tilhørende skoleperiode i en uddannelses hovedforløb, jf. lovens § 48, stk. 1, 3. og 4. pkt. Aftalen kan omfatte yderligere perioder, herunder grundforløbet. Det er ikke muligt at sige noget konkret om den tidsmæssige udstrækning af en kort aftale, da det afhænger af den pågældende uddannelse, de pågældende perioder og de pågældende parter, der

indgår aftalen. En elev, der har afsluttet en kort uddannelsesaftale, som ikke omfatter uddannelsens afsluttende del, skal derpå indgå en ny uddannelsesaftale eller optages til skolepraktik for at kunne afslutte sin uddannelse.

En delaftale kan alene indgås med elever, der er optaget til skolepraktik, jf. lovens § 66 f. Denne type uddannelsesaftale kan derfor alene indgås inden for uddannelser, der udbydes med skolepraktik. En delaftale består af maksimalt en praktikperiode. En delaftale kan derfor være af meget begrænset tidsmæssig udstrækning, men da aftalen alene kan indgås med en elev, der er optaget til skolepraktik, kan det ikke garanteres, at det vil være muligt for en tilbudsgiver at indgå en delaftale på alle tidspunkter. Endvidere vil der ikke være garanti for, at de elever, der er optaget til skolepraktik, vil have behov for eller forudsætninger for at lære det, som den udbudte opgave giver mulighed for.

I bedømmelsen af, om proportionalitetsprincippet er opfyldt, kan det endvidere indgå i vurderingen, om det antal elever, der skal beskæftiges under kontrakten er proportional med de faktiske muligheder for at ansætte elever med kontrakter af passende art og varighed.

Proportionalitetsprincippet indebærer endvidere, at antallet af elever, der skal beskæftiges under kontrakten, skal være proportional med opgavens størrelse. Opgaven, der udbydes, må derfor bl.a. have en vis medarbejdermæssig størrelse for, at der kan stilles krav om praktikpladser. Dette indebærer en særlig udfordring for myndighederne, idet de ikke nødvendigvis har indsigt i, hvor mange medarbejdere leverandøren forventer at bruge til at udføre den udbudte opgave. Forpligtelsen for myndigheden er ikke desto mindre at foretage en vurdering.

Kontraktværdien og lønsummens størrelse kan være indikatorer for, hvor mange personer der medgår til at løse opgaven, men et ensidigt fokus på kontraktværdien kan give et fejlagtigt billede af den medarbejdermæssige størrelse af opgaven, bl.a. fordi materialeomkostninger m.v. kan udgøre en væsentlig post, ligesom lønsummens fordeling på forskellige medarbejdergrupper (ufaglærte, faglærte, teknikere, ingeniører, administrativt personale, salgs- og marketingspersonale, finansielle medarbejdere m.v.) kan have betydning for vurderingen af opgavens personale-mæssige volumen.

4. Ikke-diskrimination

En social klausul skal overholde EUF-traktatens ligebehandlingsprincip, hvorfor den ikke direkte eller indirekte må diskriminere tilbudsgivere fra andre EU-lande. Der må derfor ikke stilles krav, der kun kan opfyldes af tilbudsgivere, der har hjemsted eller forretningssted i Danmark, eller som

det vil være vanskeligere for udenlandske end danske tilbudsgivere at opfylde.

En tilbudsgiver skal efter EU-retten frit kunne vælge, hvilke personer eller underleverandører den pågældende tilbudsgiver vil gøre brug af i forbindelse med opfyldelse af en kontrakt. Tilbudsgiveren skal derfor have mulighed for at ansætte personer fra ethvert EU-land, som tilhører en persongruppe, der svarer til den, som er fastlagt i klausulen. Det vil derfor som udgangspunkt stride mod ligebehandlingsprincippet at henvise til bestemte (danske) uddannelser.

Det vil derimod antageligt være nødvendigt, at myndigheden i udbudsmaterialet beskriver de sociale hensyn, som ønskes tilgodeset ved at oprette uddannelses- og praktikaftaler inden for de danske uddannelser.

Princippet om ikke-diskrimination indebærer således en betydelig udfordring, hvis hensigten med at anvende sociale klausuler i form af krav om at ansætte erhvervsuddannelses- og erhvervsgrunduddannelseselever er at tilvejebringe flere praktikpladser til ungdommen i Danmark inden for erhvervsuddannelserne og erhvervsgrunduddannelsen.

Dette skyldes – ud over det forhold, at tilbudsgiveren frit skal kunne vælge medarbejdere og underleverandører uanset disses nationalitet – at erhvervsuddannelsesloven foreskriver, at en praktikvirksomhed skal være godkendt som praktiksted.

En virksomhed, der ønsker at ansætte en erhvervsuddannelseselev, skal efter erhvervsuddannelsesloven godkendes til den uddannelse, som aftalen skal omfatte. Godkendelsen gives efter ansøgning af vedkommende faglige udvalg, som er en særlig forvaltningsmyndighed, nedsat i henhold til erhvervsuddannelsesloven af arbejdsmarkedets parter inden for de enkelte uddannelsesområder. Som følge af territorialprincippet kan et fagligt udvalg ikke godkende virksomheder uden for Danmark. En virksomhed kan kun godkendes som praktikvirksomhed, hvis den har enten hovedsæde i Danmark eller en afdeling med hjemsted i Danmark og virksomheden er registreret i Det centrale Virksomhedsregister (CVR). Vilkåret kan derfor afskære tilbudsgivere fra andre medlemsstater fra at byde.

Der gælder ikke en tilsvarende godkendelsesprocedure for virksomheder, der indgår praktikaftaler med erhvervsgrunduddannelseselever, men disse elever skal efter reglerne herom, være bosat i Danmark for at kunne påbegynde en erhvervsgrunduddannelse og efterfølgende indgå praktikaftale med en virksomhed. Derfor vil et krav om indgåelse af praktikaftaler med erhvervsgrunduddannelseselever også kunne være en overtrædelse af EU-traktatens ligebehandlingsprincip.

Andre overvejelser i forbindelse med sociale klausuler

Krav om oprettelse af uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud kan tænkes udformet på flere måder. En myndighed kan fx overveje at stille krav om, at der til løsningen af opgaven skal nyansættes et bestemt antal elever, og at personer, som tilbudsgiveren i forvejen har en uddannelsesaftale med, ikke kan tælle med.

Det kan også tænkes, at myndigheden ønsker at tillade, at allerede ansatte elever kan tælle med.²

Det bemærkes, at hverken Klagenævnet for Udbud eller domstolene har taget stilling til, om disse modeller er i overensstemmelse med fælleskabsrettens principper og krav.

Hvis myndigheden vælger at stille krav om nyansættelser, vil myndigheden forholdsvis let kunne konstatere, hvor mange praktikpladser der bliver oprettet i forbindelse med kontrakten. Må elevstillingerne besættes ved overførsel til opgaven af elever, der i forvejen er ansat i virksomheden, kan det være vanskeligere at konstatere, hvorvidt der bliver oprettet flere praktikpladser som følge af klausulen.

Det kan indgå i beslutningsgrundlaget, at nogle tilbudsgivere måske vil være tilbageholdende med at indgå frivillige uddannelses- og praktikaftaler, hvis de må påregne at blive forpligtiget til at ansætte nye elever i forbindelse med indgåelse af kontrakter med myndigheden.

Den ordregivende myndighed bør generelt vurdere de økonomiske konsekvenser af en påtænkt klausul, da en pligt til ansættelse af elever kan medføre en forhøjelse af prisen i de modtagne tilbud. Denne vurdering skal ikke kun ses ud fra myndighedens egen økonomi, men også ud fra myndighedens pligt til at træffe saglige begrundet beslutninger, således at omkostningen ved indførelsen af en sociale klausul ikke klart overstiger den opnåede gevinst i form af indgåelse af uddannelses- og praktikaftaler.

Afsluttende bemærkninger

Udbudsreglerne skal sikre, at det offentlige får løst sine opgaver til den bedste pris og kvalitet, og at alle potentielle tilbudsgivere får en ligelig og fair behandling.

² Kommunernes Landsforening har i maj 2010 indlagt en artikel om krav om uddannelsesaftaler på Udbudsportalen.dk, hvor disse to modeller er beskrevet som et forslag til hvordan krav om praktikpladser kan opstilles som et vilkår i offentlige indkøbskontrakter.

Den offentlige myndighed bør derfor altid overveje, hvilke krav der er væsentlige for at opnå en god kontrakt, og som følge heraf stille netop de krav, som er nødvendige for at få løst den konkrete opgave.

Der kan i princippet tages sociale hensyn i alle faser af en udbudsproces. Det mest almindelige er at anvende sociale klausuler som vilkår for, hvordan den vindende leverandør skal udføre kontrakten.

Det er ikke muligt generelt at angive, i hvilket omfang det er foreneligt med fællesskabsrettens krav og andre retskilder at anvende sociale klausuler vedrørende uddannelses- og praktikaftaler. Det vil derfor bero på en konkret vurdering af en række elementer i hver enkelt udbudssituation.

I forhold til andre områder, hvor myndigheder ønsker at varetage sociale hensyn, rummer uddannelsesområdet en række særlige udfordringer, som er knyttet til de lovregulerede ansættelsesforhold med uddannelses- sigte for erhvervsuddannelses- og erhvervsgrunduddannelseselever, jf. lov om erhvervsuddannelser og lov om erhvervsgrunduddannelse mv.