

## **NOTAT OM TO MODELLER FOR UDMØNTNING AF LOKALT FORANKRET BESKÆFTIGELSESIKTSATS**

### **1. INDLEDNING**

Københavns Kommune har anmodet Horten om at undersøge de retlige rammer for to modeller for udmøntning af midler til lokalt forankret beskæftigelsesindsats:

- 1) Midlerne tildeles som støtte til SydhavnsCompagniet, Settlementet, Indvandrerkvindecenteret, Place de Bleu og Opzoomerne ("tilskudsmodellen").
- 2) SydhavnsCompagniet, Settlementet, Indvandrerkvindecenteret, Place de Bleu og Opzoomerne tilrettelægger deres ledelse mv., så kommunen kan indgå drifts-overenskomster med dem uden udbud i henhold til den udvidede in-house regel ("in-house modellen").

Vores sammenfatning fremgår af afsnit 2.

Baggrunden for sagen beskrives i afsnit 3. I afsnit 4 beskrives de retlige rammer for tilskudsmodellen, dels i forhold til den skrevne lovgivning, dels i forhold til de ulovfæstede grundsætninger om kommunalfuldmagten. Endelig indeholder afsnit 5 en beskrivelse af kriterierne for at være omfattet af den udvidede in-house regel, samt en beskrivelse af processen og konsekvenserne ved in-house modellen for såvel de fem aktører som for kommunen.

### **2. SAMMENFATNING**

#### **2.1 Tilskudsmodellen**

For, at et beløb kan ydes som tilskud, er det en forudsætning, at der ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Er der tale om gensidigt bebyrdende aftale, skal aftalen indgå i overensstemmelse med udbudsreglerne. Se afsnit 4.1.

Lov om aktiv beskæftigelsesindsats (LAB) indeholder hjemmel til forskellige tilskudsordninger. I alle tilfælde drejer det sig imidlertid om tilskud rettet mod borgerne eller mod virksomheder, som ansætter borgere med løntilskud. Der ses derimod ikke i øvrigt i LAB at være hjemmel til, at kommunen kan yde tilskud til eksterne aktører. Se afsnit 4.3.1.

Integrationsloven: Baseret på lovens formålsbestemmelse og den brede forståelse af begrebet "integrationsindsats", der også må anses at omfatte andet end de pligtmæssige opgaver i integrationsloven, vurderer vi ikke, at bestemmelserne i integrationsloven om kommunens "ret og pligt"-opgaver udtømmende regulerer de tilfælde, hvor kommunen kan vælge at yde støtte til integrationsfremmende aktiviteter. Se afsnit 4.3.2.

I forhold til serviceloven har vi efter aftale med forvaltningen inddraget § 103, stk. 2, og herudover § 18, da den tidligere har været inddraget i sagen. Bestemmelserne indeholder ikke hjemmel til, at kommunen kan yde tilskud til eksterne aktører, men det fremgår, at § 18 suppleres af kommunalfuldmagten. Se afsnit 4.3.3.

Kommunalfuldmagten giver ikke mulighed for at yde støtte til aktører, der arbejder for at fremme beskæftigelsesparathed, hvis støtten er målrettet enkeltpersoner, der er afgrænset efter økonomiske eller andre sociale kriterier. Inden for boligforsyning findes en særlig praksis, der indebærer, at kommunen – trods forbud mod støtte til enkeltpersoner, der er afgrænset efter økonomiske eller andre sociale kriterier – kan yde støtte i form af boligforsyning til persongrupper, som kommunerne i anden sammenhæng har særlige forpligtelser over for. Der er imidlertid ikke holdepunkter for at antage, at dette princip kan udvides til beskæftigelses- eller integrationsområdet. Derimod kan kommunerne give støtte til aktører, der arbejder generelt med beskæftigelsesfremme og integrationsindsats, men altså på betingelse af, at slutmodtagerne ikke afgrænses efter økonomiske eller andre sociale kriterier. Det bemærkes, at de aktører, der modtager støtten, skal vælges ud fra kriterier, der sikrer, at lighedsgrundsætningen og krav om saglighed iagttages. Det forhold, at kommunen hidtil har benyttet en given aktør som leverandør i henhold til en udbudt kontrakt, kan ikke isoleret set udgøre et tilstrækkeligt sagligt grundlag til at tildele støtte til denne aktør. Se afsnit 4.4.

**Bilag 1** indeholder en nærmere beskrivelse af betingelserne for at yde støtte til, at eksterne aktører udfører de ønskede opgaver.

## 2.2 In-house modellen

Indgåelse af en driftsoverenskomst om beskæftigelsesindsats skal som udgangspunkt ske efter udbud efter reglerne i udbudslovens afsnit III om light-regime-ydelser.

Kravet om udbud gælder dog ikke, hvis opgaven kan betragtes som udført af kommunen selv – det vil sige in-house. Dette vil være tilfældet, hvis kommunen kontrollerer den enkelte aktør på samme måde som sine egne enheder (*kontrolkriteriet*), hvis mere end 80 % af aktørens aktiviteter udføres i forhold til kommunen (*virksomhedskriteriet*), og der ikke er privat medejerskab af aktøren. Se afsnit 5.4.

Proces: Hvis kommunen ønsker at indgå driftsoverenskomster med aktørerne uden udbud er det vores anbefaling, at aktørerne omdannes til selvejende institutioner, hvis de ikke

allerede er det, og at de ledelsesmæssige forhold indrettes, så kommunen får den fornødne kontrol med aktørerne. Det er vores formodning, at det for nogle aktører vil kunne kræve mindst tre måneder at bringe sig inden for rammerne af in-house kriterierne. Kommunen skal derudover sikre sig, at driftsoverenskomsten indgås på et sagligt grundlag, herunder så det sikres, at kommunen har handlet økonomisk forsvarligt. Kommunen skal derfor foretage en markedsafsøgning, hvor kommunen tager kontakt til en bredere skare af aktører, end de fem aktører, som kommunen har anført at være interesseret i at indgå aftaler med. Dette kan eksempelvis opfyldes ved, at tage kontakt til andre relevante aktører. Var der i forbindelse med annonceringen forud for indgåelse af aftalerne i 2012 en større kreds af mulige leverandører der afgav tilbud, kan kommunen tage kontakt med disse for at høre til interessen for at indgå et in-house samarbejde. Var der kun få tilbudsgivere i 2012, og har kommunen kun kendskab til få relevante aktører, bør markedsafsøgningen ske ved annoncering af in-house af samarbejdet på kommunens hjemmeside, hvor relevante aktører må antages se annoncen. Alternativ kan det ske via en anden relevant hjemmeside, f.eks. [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk).

Konsekvenser: Efter en overgang til en in-house struktur vil kontrolkriteriet sammenholdt med kommunens tilsynspligt medføre, at aktørerne vil miste autonomi. Det vil f.eks. kunne have betydning den måde, hvorpå aktørerne udvikler nye metoder for opgaveløsningen. De gevinster, der måtte have været ved at udskille beskæftigelsesindsatsen, kan derved gå tabt ved at gå tilbage til et in-house samarbejde. Kommunen vil skulle deltage i bestyrelserne, og der skal i forvaltningen afsættes ressourcer til at føre et udvidet tilsyn med aktørerne. Se afsnit 5.6.

**Bilag 2** indeholder en tidslinje for en overgang til en in-house struktur samt en kort beskrivelse af konsekvenserne ved hhv. den nuværende ordning, smh. med en in-house struktur.

### **3. BAGGRUNDEN FOR VURDERINGEN**

Vores vurdering er foretaget på baggrund af en liste over lokalt forankrede beskæftigelsesindsatser i perioden 2015-2016, som vi har modtaget den 15. november 2016, Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningens indstilling af 21. november 2017 til Beskæftigelses- og Integrationsudvalget, samt oplysninger givet på møde mellem kommunen og Horten den 22. november 2016.

I løbet af 2015 og 2016 har kommunen haft aftaler med en række forskellige aktører, herunder SydhavnsCompagniet, Settlementet, Indvandrerkvindecenteret, Place de Bleu og Opzoomerne. Disse aktører er alle uafhængig af kommunen, det vil sige at kommunen ikke yder nogen ledelsesmæssig kontrol over aktører. Tidligere har kommune – i stedet for at indgå gensidigt bebyrdende aftaler – haft driftsoverenskomster på beskæftigelsesområdet.

Aftalerne med SydhavnsCompagniet, Settlementet og Opzoomerne blev indgået i slutningen af 2012 efter en annoncering i henhold den dagældende tilbudslovs afsnit II. I slutningen af 2014 blev aftalerne forlænget, samtidigt med at der blev indgået aftaler med blandt andet Indvandrerkvindecenteret og Place de Bleu.

Med Københavns Kommunes budget 2017 blev der afsat midler til forsøg med lokalt forankret beskæftigelsesindsats. Disse forsøg målrettes forskellige målgrupper, som blandt andet omfatter sårbare indvandrekvinder, samt misbrugere og tidligere misbrugere. Alle målgrupper omfatter personer over 30 år.

Målsætningen med den lokalt forankrede beskæftigelsesindsats er at bringe personer i disse målgrupper nærmere arbejdsmarkedet. Dette gøres blandt andet ved individuelle samtale- og coaching forløb, samt holdundervisning. Alle de ovenfor nævnte aktører hjælper desuden borgeren i virksomhedspraktik, enten i det lokale erhvervsliv eller i aktørernes egne virksomheder.

#### **4. TILSKUDSMODELLEN**

##### **4.1 Beskrivelse af modellen**

I denne model giver kommunen et tilskud til en eller flere aktører med henblik på, at aktørerne udfører en række almenyttige opgaver. Opgaverne skal have til formål at fremme beskæftigelsen hos en række borgere med ingen eller svag tilknytning til arbejdsmarkedet.

Der vil være tale om aktiviteter, der ikke falder inden for "ret og pligt"-tilbud i henhold til lovgivningen, dvs. opgaver som det er frivilligt for kommunen at tilbyde, og frivilligt for borgeren at deltage i.

For, at et beløb kan ydes som tilskud, er det en forudsætning, at der ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale.

Ved vurderingen af, om der er tale om køb eller tilskud, taler det for, at der er tale om et tilskud – og dermed ikke en udbudspligtig kontrakt – hvis:

- Kommunen ensidigt fastlægger betingelserne i aftalen, dvs. at der ikke er en forhandling om pris, ydelse etc.,
- der ikke er en direkte sammenhæng mellem tilskuddet og de opgaver, aktøren varetager,
- aftalen ikke konkret fastsætter opgaver, der skal udføres som modydelse for tilskuddet, og
- aftalen ikke indeholder misligholdelsesbeføjelser.

Er der derimod tale om en gensidigt forpligtende aftale ("noget for noget"), taler det for, at der foreligger en kontrakt, der er omfattet af krav om udbud.

Hvis der er tale om en udbudspligtig aftale, kan en kommune *ikke* under henvisning til kommunalfuldmagten give et "tilskud" til en ekstern aktør for at få udført opgaven og derved omgå udbudsreglerne.

Det forudsættes i det følgende, at der reelt vil være tale om tilskud.

## 4.2 Introduktion til hjemmelskravet

Kommunernes adgang til at varetage opgaver og herunder yde tilskud til, at aktører uden for kommunen varetager opgaver, er begrænset af de rammer, der lovgivningsmæssigt er fastlagt for kommunernes opgavevaretagelse, suppleret af de uskrevne retsgrundsætninger om kommunalfuldmagten.

Hvis kommunen ønsker at give tilskud til aktiviteter eller opgaver, der varetages af en ekstern aktør, skal det sikres, at støtten alene anvendes til opgaver, som kommunens selv lovligt kunne varetage. Dette gælder, uanset om hjemlen til opgavevaretagelsen findes i skrevne lovregler eller i kommunalfuldmagtsreglerne.

Vurderingen af, hvorvidt kommunen har hjemmel til at yde støtte til aktørerne, beror i første række på en vurdering af den skrevne lovgivning. Det skyldes, at de uskrevne grundsatninger om kommunalfuldmagten viger for den skrevne lov. Den skrevne lov kan dels indeholde hjemmel til at yde støtte, dels indeholde forbud mod at yde støtte. Parallelt hermed må det vurderes, om reguleringen i den skrevne lovgivning udtømmende gør op med muligheden for at yde støtte, således at kommunalfuldmagten er fortrængt.

I afsnit 4.3 beskriver vi rammerne i den skrevne lovgivning. I opdraget for dette notat er vores vurdering afgrænset til at omfatte lov om aktiv beskæftigelsesindsats (LAB), integrationsloven og § 103, stk. 2, i serviceloven. Herudover gør vi en kort bemærkning om servicelovens § 18.

I afsnit 4.4 følger derefter en vurdering af støttemulighederne på grundlag af de uskrevne grundsatninger om kommunalfuldmagten.

## 4.3 Den skrevne lovgivning

### 4.3.1 *Lov om aktiv beskæftigelsesindsats (LAB)*

Lovens formål er at bidrage til et velfungerende arbejdsmarked, herunder ved at fastsætte regler om bistand til arbejdssøgende med at få arbejde samt støtte personer, der på grund af begrænsninger i arbejdsevnen har særlige behov for hjælp til at få arbejde, jf. § 1, stk. 1, nr. 4.

Det følger endvidere af § 1 a, at kommunalbestyrelsens opgaver efter LAB varetages i jobcentre, og LAB regulerer de forpligtelser, jobcentrene er pålagt for at imødekomme lovens formål. Således anvendes formuleringer som "Jobcenteret har til opgave at bistå..." igennem hele loven.

De opgaver, der i henhold til LAB pålægges kommunerne er således i det væsentlige "ret og pligt"-opgaver, hvilket også understøttes af lovens forarbejder, hvor det i de indledende, almindelige bemærkninger er fremhævet at "Princippet om ret og pligt til aktivering opretholdes".

Muligheden for at overlade opgaver til eksterne parter er behandlet i lovens kapitel 2A, herunder i § 4 b, hvorefter "Kommunen kan overlade det til andre aktører at udføre opgaver og træffe afgørelse efter denne lov. Ansvar for indsatsen påhviler fortsat kommunalbestyrelsen."

Nærmere regler om kommuners overladelse af opgaver efter LAB til andre er fastsat i bekendtgørelse nr. 1561 fra 2014 om andre aktører. Der fremgår heraf blandt andet, at der fortsat vil være tale om "ret og pligt"-opgaver, og at kommunerne skal føre tilsyn med de eksterne aktører.

LAB indeholder endvidere hjemmel til forskellige tilskudsordninger, herunder løntilskud, fleksløntilskud og tilskud til selvstændige erhvervsdrivende. I alle tilfælde drejer det sig imidlertid om tilskud rettet mod borgere eller virksomheder, som ansætter borgere med løntilskud mv.

Der ses ikke i øvrigt i LAB at være hjemmel til, at kommunen kan yde tilskud til eksterne aktører.

#### 4.3.2 Integrationsloven

Formålet med integrationslovens er, jf. lovens § 1, blandt andet at bidrage til, at nyankomne udlændinge får mulighed for at udnytte deres evner og ressourcer med henblik på at kunne deltage i samfundet på lige fod med andre borgere, herunder at nyankomne udlændinge bliver selvforsøgende. Dette skal ske gennem en integrationsindsats, der blandt andet bidrager til at, nyankomne udlændinge sikres mulighed for at deltage i samfundets politiske, økonomiske, arbejdsmæssige, sociale, religiøse og kulturelle liv, og som bibringer den enkelte udlænding en forståelse for det danske samfunds grundlæggende værdier og normer. Loven har endvidere til formål at fremme muligheden for, at samfundets borgere, virksomheder, myndigheder, institutioner, organisationer og foreninger m.fl. kan bidrage til integrationsindsatsen, jf. § 1, stk. 3.

Begrebet "integrationsindsatsen" er ikke nærmere defineret i loven, men må forstås bredt i overensstemmelse med lovens ovennævnte formål.

Det følger af integrationslovens § 4, at kommunalbestyrelsen er ansvarlig for de integrationsopgaver, der er nærmere beskrevet i loven, herunder om boligplacering af flygtninge og gennemførelse af integrationsprogrammer, der, jf. lovens kapitel 4, navnlig er møntet på at få pågældende udlænding ind på arbejdsmarkedet. Der er i vidt omfang tale om "ret og pligt"-opgaver. Imidlertid fremgår det af ordlyden af § 4, stk. 1, sidste linje, at kommunalbestyrelsen – ud over de pligtmæssige opgaver i integrationsloven – også er ansvarlig for en "samordning heraf med den øvrige integrationsindsats i kommunen". Forudsætningsvis kan der altså udføres andre integrationsfremmende aktiviteter i kommunen end de pligtmæssige opgaver.

Integrationslovens § 5 indeholder udtrykkeligt hjemmel til, at kommunen kan overlade udførelsen af bestemte opgaver, der indgår som led i gennemførelse af integrationsprogrammer, til organisationer eller foreninger mv. Bestemmelsen må forstås sådan, at den vedrører kommunens pligtmæssige opgaver, og at overladelse heraf til eksterne aktører i

øvrigt forudsætter indgåelse af en aftale om køb af en tjenesteydelse, opgavebeskrivelse og honorering af de eksterne organisationer mv.

Integrationslovens § 5a giver hjemmel til, at kommunen kan udbetale støtte til privatpersoner i kommunen, som ønsker at fungere som værtfamilier for nyankomne udlændige og herunder holde private middage, deltage i mindre udflugter og lignende. Støtte, der udbetales efter § 5a, vil – i modsætning til § 5 – ikke have karakter af en aftalebaseret uddelegering af bestemte, kommunale opgaver. Men bestemmelsen kan efter sit indhold alene anvendes til at udbetale støtte til privatpersoner, der yder den beskrevne integrationsindsats.

Integrationsloven omhandler som nævnt primært "ret og pligt"-opgaver for kommunen og muligheden for tilskud til integrationsarbejde i forbindelse med "ret og pligt"-opgaver, herunder f.eks. løntilskud.

Baseret på lovens formålsbestemmelse, som nævnt ovenfor, og den brede forståelse af integrationsindsatsen, der også omfatter andet end de pligtmæssige opgaver, vurderer vi, at bestemmelserne i integrationsloven om "ret og pligt"-opgaver ikke udtømmende regulerer de tilfælde, hvor kommunen kan vælge at yde støtte til integrationsfremmende aktiviteter. Det indebærer, at loven ikke er til hinder for, at kommunalfuldmagten kan udgøre hjemmel til at yde støtte inden for området.

#### 4.3.3 *Service\_loven*

##### *Service\_lovens § 103, stk. 2*

Service\_lovens § 103, stk. 2, om særligt tilrettelagte beskæftigelsesforløb lyder således:

"Kommunalbestyrelsen kan tilbyde særligt tilrettelagte beskæftigelsesforløb til personer med særlige sociale problemer."

Kommunen har oplyst, at bestemmelsen ikke knytter sig til andre bestemmelser med den virkning, at der er tale om "ret og pligt"-tilbud. Bestemmelsen omhandler således frivillige tilbud til de nævnte persongrupper.

Imidlertid vedrører § 103, stk. 2, efter sit indhold en hjemmel for kommunen til at give *borgerne* et tilbud som beskrevet ovenfor. Hvis kommunen ønsker at stille tilbud som er omfattet af § 103, stk. 2, til rådighed for borgerne via en ekstern aktør, vil dette udgøre *køb af en tjenesteydelse* og ikke *tildeling af et tilskud* til aktøren, jf. også afsnit 4.1 ovenfor. Derfor vil udbudsreglerne skulle iagttages, med mindre kriterierne for in-house reglen er opfyldt, jf. afsnit 5.

##### *Service\_lovens § 18*

Det fremgår af service\_lovens § 18, at kommunalbestyrelsen skal samarbejde med frivillige sociale organisationer og foreninger. Dette indebærer hjemmel til at yde støtte til foreningsarbejde.

Ifølge kommunen er fristen for at søge støtte til 2017 udløbet, og der er derfor ikke mulighed for at yde støtte efter denne bestemmelse.

I det omfang fristen beror på en internt fastsatte regel, vil dette kunne ændres – for fremtiden og med virkning for alle. Ændring skal i så fald ske med respekt for principperne om ligebehandling og saglighed. Se supplerende om ligheds- og saglighedskravene i afsnit 4.4.4.

Af relevans for hjemmelsspørgsmålet fremgår det dog af pkt. 220 i vejledning nr. 1 til serviceloven (Socialministeriets vejledning nr. 12 af 15/2 2011), at

"Kommunalbestyrelsen kan yde forskellige former for støtte til de lokale frivillige sociale aktiviteter, som ligger ud over § 18-støtten. Det kan f.eks. være i form af at stille lokaler til rådighed, gratis sekretariatsbistand og gratis trykning af materialer. Der er også mulighed for at aftale at støtte en forening gennem ansættelse af personer i fleksjob eller lign., som kan være med til at understøtte den frivillige sociale aktivitet. Det forudsætter, at der er tale om et ordinært ansættelsesforhold, som den fleksjobberettigede ansættes i."

Dette indebærer, at kommunalfuldmagten finder anvendelse parallelt med § 18, dvs. at bestemmelsen er ikke udtømmende regulerer kommunens mulighed for at yde tilskud.

#### 4.4 Kommunalfuldmagten og forvaltningsretlige grundsætninger

##### 4.4.1 *Introduktion og mellemledsgrundsætningen*

I det omfang en kommunes mulighed for selv at varetage en opgave eller give støtte til, at andre udfører opgaven, ikke udtømmende er reguleret i den skrevne lovgivning, må det vurderes, om de uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten kan udgøre hjemmelsgrundlag for opgaven eller støtten.

Som det fremgår under afsnit 4.3.1-4.3.3 ovenfor, indeholder de omhandlede love hverken udtrykkelig hjemmel, men heller ikke forbud imod, at kommuner giver tilskud til aktører, der varetager de i sagen omhandlede opgaver med beskæftigelsesfremme og integration.

Hvis en kommune giver tilskud til en aktivitet, der varetages af en ekstern aktør, skal kommunen sikre, at støtten alene anvendes til opgaver, som kommunen selv lovligt kan udføre, jf. mellemledsgrundsætningen. Hvis en kommunen ikke må udføre opgaven – f.eks. fordi modtageren er afgrænset efter sociale kriterier – kan kommunen således heller ikke yde støtte til en ekstern aktør, hvis opgaven er rettet mod en kreds, der afgrænses efter sociale kriterier.

Hvis modtageren både udøver aktiviteter, som kommunen selv ville kunne udøve, og også andre (f.eks. kommercielle) aktiviteter, skal den kommunale støtte øremærkes, så den alene anvendes til lovlige kommunale opgaver. Kommunen skal føre kontrol med, at modtageren anvender det økonomiske tilskud til den pågældende lovlige kommunale opgave.



#### 4.4.2 Lovlig kommunal interesse

Det følger af tilsynspraksis, at de uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten giver kommunerne hjemmel til at varetage eller yde støtte til opgaver, som tilgodeser borgernes almene interesser og behov. Dette omtales sådan, at der skal være en "lovlig kommunal interesse" i at anvende midler til at udføre opgaven. Der gælder et tilsvarende krav, hvis kommunen yder støtte til, at en ekstern aktør udfører opgaven, jf. ovenfor om mellemledsgrundsætningen.

Kredsen er lovlige kommunale interesser er bred – og dynamisk – og omfatter eksempelvis blandt andet fremme af borgernes fritids- og friluftsliv, foreningsliv, sundhed, kultur, demokratisk deltagelse og idræt. Også hensynet til – mere generelt – at fremme beskæftigelsen er en lovlig kommunal interesse, ligesom hensynet til at fremme integrationen er det. Dette afspejles eksempelvis i den omfattende lovgivning på de to områder, der både pålægger kommunerne en række forpligtelser, og i et vist omfang udgør en udtømmende regulering, men som også giver kommunerne rum til at tilrettelægge indsatsen lokalt.

#### 4.4.3 Forbuddet mod støtte til enkeltpersoner

Det gælder som udgangspunkt, at en kommune ikke uden lovhjemmel kan yde støtte til enkeltpersoner eller enkelte virksomheder. En opgave eller en støtte skal således komme alle eller en sagligt afgrænset kreds til gode. Særligt gælder det, at en kommune ikke kan give støtte til enkeltpersoner eller grupper af enkeltpersoner, der er afgrænset efter økonomiske eller andre sociale kriterier.

Mellemledsgrundsætningen indebærer, at en kommune heller ikke kan give støtte til eksterne aktører med henblik på at få varetaget opgaver, hvor modtagerne afgrænses efter økonomiske eller sociale kriterier.

Det antages imidlertid i praksis, at kommunerne med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne kan varetage boligforsyning rettet mod visse persongrupper, der må antages at have specielle behov. Dette forudsætter dog, at kommunerne i anden sammenhæng har særlige forpligtelser over for disse persongrupper, dvs. forpligtelser, som kommunerne ikke har over for kommunens øvrige borgere.

Dette illustreres af Statsforvaltningen Hovedstadens udtalelse af 10. januar 2007 om billige boliger, hvor blandt andet følgende fremgår:

"En kommunalbestyrelse må således på grund af den centrale placering, som kommunerne har i indsatsen over for bl.a. ældre, syge og svagelige, have en vis frihed til at realisere en ældrepolitik, der tilgodeser ønsket om, at de ældre kan forblive længst muligt i eget hjem eller i boliger med mindre institutionspræg end de traditionelle plejehjem.

Det er imidlertid en forudsætning herfor, at der ikke ved kommunens medvirken reelt ydes uhjemlede lejetilskud til de pågældende beboere. Det er tillige en forudsætning, at boligerne tilsigtes forbeholdt de ældre på grundlag af en behovsvurdering. I de kommunale tilsynsmyndigheders praksis er det på den

baggrund lagt til grund, at en kommune ikke har en generel adgang til at påtage sig opgaver i relation til boligforsyningen af ældreboliger, men at der må foretages en konkret bedømmelse af de enkelte ældres særlige behov.

Det anførte hænger sammen med, at en kommune ikke uden lovhjemmel kan tildele ydelser til enkeltpersoner, som er afgrænset efter økonomiske eller andre sociale kriterier. Den behovsvurdering, der skal foretages i relation til de nævnte ældre m.v., kan således ikke uden særlig hjemmel relatere sig til den enkelte ældres økonomiske situation."

(vores understregning)

Der er ikke praksis, der illustrerer, om samme princip finder anvendelse på beskæftigelses- og integrationsområdet. Der er endvidere tale om et princip, der udgør en snæver undtagelse fra en fast praksis, og som kan henføres til kommunernes historiske opgaver inden for boligforsyning. Vi finder derfor – i mangel af anden praksis – ikke, at der er holdpunkter for at antage, at denne praksis kan udstrækkes til at omfatte beskæftigelses- eller integrationsområdet.

Kommunen har derfor *ikke* mulighed for at yde støtte til aktører med henblik på at sikre forløb for borgere afgrænset efter økonomiske eller sociale kriterier. Derimod vil kommunen kunne give eksterne aktører støtte til at varetage generelle opgaver, der har til formål at fremme beskæftigelse eller integration, jf. ovenfor afsnit 4.4.2, hvilket forudsættes at være tilfældet i det følgende.

#### 4.4.4 Forvaltningsretlige grundsætninger

Ved beslutning om, hvem der skal modtage kommunal støtte, er kommunen – ud over kravet om hjemmel – forpligtet til at sikre, at støtten tildeles i overensstemmelse med grundsætningerne om ligebehandling og saglighed.

Én måde at sikre *lighed* i forhold til adgang til støtten vil være at etablere en pulje, som alle aktører vil kunne søge støtte fra. Alternativt vil kommunen, der har det fornødne indgående kendskab til de relevante aktører og opfordrer disse til at søge midler – uden at etablere en egentlig pulje – kunne vælge at tildele støtte uden som sådan at lave opslag med ansøgningsfrist mv. Kommunen vil i den forbindelse ikke kunne afvise at behandle ansøgninger fra aktører, som søger, uden at kommunen aktivt har opfordret dertil.

I forhold til *saglighed* kan dette sikres ved i et opslag at tilkendegive, hvilke kriterier støtten tildeles efter. Kriterierne skal være saglige, f.eks. erfaringer, metoder etc., og vurderingen skal foretages på baggrund af disse kriterier. Det forhold, at kommunen hidtil har benyttet en aktør som leverandør i henhold til en udbudt kontrakt, kan ikke isoleret set udgøre et tilstrækkeligt sagligt grundlag til at tildele støtte.

#### 4.4.5 Sammenfatning: En model for støtte efter kommunalfuldmagten

Kommunen vil kunne yde støtte til aktører, der arbejder for at fremme beskæftigelsesparathed, hvis følgende betingelser opfyldes:

- Der skal være tale om støtte, ikke køb af en ydelse, da køb vil være omfattet af udbudsreglerne,
- støtten skal medgå til at varetage en lovlig kommunal interesse, herunder f.eks. generel fremme af beskæftigelse eller af integration,
- støtten skal rette sig mod generelle tiltag, og kan således ikke målrettes grupper (slutmodtagere), der er afgrænset efter økonomiske eller sociale kriterier,
- de eksterne aktører, der modtager støtten, skal vælges ud fra kriterier, der sikrer, at lighedsgrundsætningen og krav om saglighed iagttages, og
- støtten skal øremærkes, hvis den enkelte modtager ikke udelukkende udfører lovlige kommunale opgaver, dvs. opgaver som kommunen selv lovligt kunne udføre.

I forhold til statsstøttereglerne bemærkes, at der må ske en konkret vurdering af, om den enkelte aktør, der modtager kommunens støtte, udøver en kommerciel aktivitet, og i så fald om støtten har en grænseoverskridende virkning. Hvis et af ovenstående kriterier ikke er opfyldt, vil der ikke være tale om ulovlig statsstøtte, hvis støtten har hjemmel i dansk ret, jf. betingelserne ovenfor.

## **5. IN-HOUSE MODELLEN**

### **5.1 Udbud af driftsoverenskomsten**

Den beskæftigelsesindsats, der er beskrevet i notatets afsnit 3, var frem til 1. januar 2013 omfattet af afsnit II i tilbudsloven. Der skulle derfor ske en annoncering af kontrakterne og indhentes tilbud, inden kontrakterne kunne indgås. Fra 1. januar 2013 og frem til 1. januar 2016 var indsatsen alene omfattet af bilag II B i det dagældende udbudsdirektiv (2004/04/EF), og var dermed undtaget fra udbudspligten.

Med den nye udbudslov er sociale tjenesteydelser omfattet af bilag XIV til udbudsdirektivet (2014/24/EU). Har en social tjenesteydelse en værdi over 5,6 mio. kr., skal den udbydes efter udbudslovens afsnit III - light-regimet, jf. udbudslovens § 7.

Beskæftigelsesindsatsen er en social tjenesteydelse omfattet af bilag XIV i udbudsdirektivet. Indgåelse af en driftsoverenskomst om beskæftigelsesindsats skal som udgangspunkt ske efter udbud efter reglerne i udbudslovens afsnit III om light-regime-ydelser.

### **5.2 Den udvidede in-house regel i udbudslovens § 12**

Det følger af udbudslovens § 12, at udbudsloven ikke finder anvendelse på kontrakter, som indgås mellem en ordregivende myndighed og en juridisk person, når følgende betingelser er opfyldt:

- (i) I henhold til udbudslovens § 12, nr. 1, skal ordregiveren kontrollere den juridiske person på en måde, der svarer til den kontrol, ordregiveren fører med sine egne organisatoriske enheder (kontrolkriteriet).
- (ii) Mere end 80 % af den juridiske persons aktiviteter skal i henhold til udbudslovens § 12, nr. 2, udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den juridiske person har fået betroet af ordregiveren (eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af ordregiveren) (virksomhedskriteriet).
- (iii) Der er ingen direkte private kapitalandele i den juridiske person - med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet iht. lovgivningen, og som ikke medfører en afgørende indflydelse på den juridiske person, jf. udbudslovens § 12, nr. 3.

Hvis ovenstående kriterier er opfyldt, skal driftsoverenskomsten ikke udbydes, da opgaven kan betragtes som udført af kommunen selv – det vil sige in-house.

### **5.3 In-house begrebets betydning i forhold til selvejende institutioner**

Det følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af 2. februar 2010 om "In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner", at selvejende institutioners opgavevaretagelse for kommuner kan karakteriseres som in-house, hvis in-house-betingelserne i det konkrete tilfælde er opfyldt.

Det vil således være muligt at bringe kommunens driftsoverenskomst med de i punkt 3 nævnte aktører uden for udbudsloven, hvis aktøren er en selvejende institution, eller der af aktørerne oprettes en selvejende institution, som bliver kommunens kontraktpart for en af driftsoverenskomsterne.

Denne model er allerede anvendt af flere kommuner i forbindelse med drift af plejecentre, og det er således vores vurdering, at modellen også kan anvendes af Københavns Kommune, hvis de under afsnit 5.2 nævnte betingelser opfyldes. Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning er udarbejdet ud fra de udbudsretlige regler, som var gældende før udbudsloven. Men i og med at udbudsreglerne ikke er blevet ændret afgørende med udbudsloven i forhold til den udvidede in-house regel, er det vores vurdering, at udbudsloven ikke påvirker vejledningens værdi.

Modellen har dog endnu ikke været prøvet af Klagenævnet for Udbud eller domstolene, og der består derfor en risiko ved denne model frem for at udbyde driftsaftalen efter reglerne om light-ydelser. Dog vurderer vi denne risiko for at være begrænset.

Neden beskriver vi, hvad der som minimum skal til, for at de tre kriterier i udbudslovens § 12 er opfyldt.

## 5.4 De tre kriterier i udbudslovens § 12

### 5.4.1 Kontrolkriteriet, jf. udbudslovens § 12, nr. 1

Det er ikke fastlagt i praksis, nøjagtigt hvilke omstændigheder, der medfører, at en ordregivende myndighed kan siges at udøve kontrol over en juridisk enhed. Der må derfor foretages en vurdering, hvor samtlige omstændigheder inddrages.

Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning er de omstændigheder, der vil blive lagt vægt på, når det vurderes, om kontrolkriteriet er opfyldt, blandt andet være deltagelse i bestyrelsen, kontrol via vedtægter og formål, kontrol med budget, kontrol med kommercielle beslutninger samt om der er en kommunal tilsynsforpligtelse.

Kontrolkriteriet medfører derfor, at det ikke er nok alene at indgå en driftsoverenskomst. Det er heller ikke nok, at kommunen kun har kontrol med budgettet. En kontrol med budgettet bør kombineres med en vedtægtsbestemmelse, der fastsætter aktørens virkeområde – et virkeområde der ikke kan ændres uden kommunens samtykke. Derudover bør kommunen også have plads i aktørens bestyrelse, men må på grund af det kommunalretlige forbud mod bestemmende indflydelse ikke besætte et flertal af bestyrelsespladserne. Dette sikrer en løbende kontrol med driften af aktøren.

### 5.4.2 Virksomhedskriteriet, jf. udbudslovens § 12, nr. 2

Det er findes ikke entydige regler for, hvordan det måles, om 80 %-reglen er iagttaget, dvs. hvor stor en del af aktørens aktiviteter der knytter sig til ordregiveren. Forarbejderne til udbudsloven foreslår, at ved opgørelsen af procentdelen af aktiviteter skal tages hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger. Det vil derfor altid være en konkret vurdering, når der tages stilling til, hvilke mål der skal anvendes. I nærværende situation, må det antages, at Klagenævnet for Udbud vil se på, hvor de midler, som aktørerne modtager, kommer fra, dvs. omsætning og eventuelt tilskud.

Kravet om at 80 % af aktiviteterne skal udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den juridiske person har fået betroet af ordregiveren, medfører således, at det er begrænset, hvor mange aktiviteter aktøren kan udføre for andre end dem, der er omfattet af kommunens indsats.

Hvis 80%-grænsen ikke kan iagttages på grund af for stor omsætning med andre end in-house relationen, kan virksomhedskriteriet også opfyldes ved at dele af aktøren udskilles til en selvstændig juridisk enhed. En sådan adskillelse vil dog af andre årsager kunne være uhensigtsmæssig for aktøren.

### 5.4.3 Kriteriet om ingen direkte kapitalandele i den juridiske person, jf. udbudslovens § 12, nr. 3

Det er ikke et absolut krav, at en driftsoverenskomst skal indgås med en selvejende institution for at være omfattet af in-house reglerne. Begrebet private kapitalandele og forbuddet mod privat kapitaldeltagelse skal dog forstås meget bredt. EU-Domstolen har så-

ledes i en nylig sag, C-574/12, *Centros Hospitalar*, udelukket, at in-house reglerne kan anvendes, når den juridiske person er en privat velgørende organisation med private medlemmer. Det vil sige, at foreninger med privat deltagelse i hvert fald i visse tilfælde ikke kan opfylde kriteriet i § 12, nr. 3.

Vi har i overensstemmelse med opdraget ikke undersøgt, hvordan aktørerne er organiseret, herunder om de lever op til kriteriet om ingen private kapitalandele. På baggrund af ovenstående er det dog vores anbefaling, at aktørerne omdannes til selvejende institutioner – hvis det ikke allerede er tilfældet. Dette vil mindske risikoen for, at Klagenævnet for Udbud måtte finde, at in-house kriterierne ikke er opfyldt, og at driftsoverenskomsterne derfor skulle være udbudt efter reglerne i udbudsloven.

## 5.5 Proces for at overgå til en in-house struktur

### 5.5.1 Kommunen: Udvælgelse af samarbejdsparter

Da der er tale om in-house samarbejder, vil kommunen ikke være forpligtet til at udbyde driftsoverenskomsterne. Det er imidlertid vores anbefaling, at kommunen gennemfører en markedsafsøgning eller evt. en form for konkurrenceudsættelse blandt potentielle samarbejdsparter.

Baggrunden herfor er, at selvom en in-house driftsaftale ikke er udbudspligtig, skal kommunen sikre sig, at aftaleindgåelsen er gennemført på et sagligt grundlag, herunder så det sikres, at kommunen har handlet økonomisk forsvarligt.

Der findes ikke lovfæstede regler for, hvordan denne markedsafsøgning skal foretages.

Det vil ikke være tilstrækkeligt til at udgøre en markedsafsøgning, hvis kommunen tager kontakt til de fem aktører, som kommunen har anført at være interesseret i at indgå aftaler med. Kommunen skal således som minimum tage kontakt til en bredere skare af mulige samarbejdspartnere. Dette kan eksempelvis opfyldes ved følgende:

- Har kommunen kendskab til andre mulige leverandører, kan kommunen kontakte disse for at høre til deres interesse i at indgå et in-house samarbejde.
- Var der i forbindelse med denne annonceringen forud for indgåelse af aftalerne med SydhavnsCompagniet, Settlementet og Opzoomerne i 2012 en større kreds af mulige leverandører der afgav tilbud, kan kommunen tage kontakt med disse for at høre til interessen for at indgå et in-house samarbejde.
- Var der ved annonceringen i 2012 kun enkelte interesserede, eller er der kun få af disse, der forsat arbejder inden for området, og har kommunen ikke kendskab til andre aktører, der kunne have interesse, er det nødvendigt at annoncere in-house samarbejdet. Dette kan ske et sted på kommunens hjemmeside, hvor relevante aktører må antages se annoncen. Alternativ kan det ske via en anden relevant hjemmeside, f.eks. [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk).

Hvis der er interesse for in-house samarbejdet fra andre aktører, end de fem, som kommunen pt. har aftaler med, er kommunen forpligtet til at udarbejde saglige kriterier for udvælgelse af samarbejdspartnere.

Samlet set kan det udtrykkes således, at kommunen skal gennemføre en *udbudslignende* proces for at overgå til en in-house struktur, hvorefter der ikke længere vil være behov for konkurrenceudsættelse af (drifts)aftaler med aktørerne.

Det vil være kommunens ansvar at påse, at aktørernes vedtægter mv. får et indhold, så kriterierne for, at der er tale om en in-house struktur, er opfyldt. Hvis kommunen indgår en driftsoverenskomst, der er omfattet af udbudslovens afsnit III, med en aktør der ikke opfylder in-house kriterierne, uden at iagttage udbudsreglerne, vil Klagenævnet for Udbud under en klagesag være forpligtet til at erklære driftsoverenskomsten for uden virkning, jf. klagenævnsløven § 17, stk. 1, nr. 1. Det betyder, at kommunen vil skulle bringe driftsoverenskomsten til ophør.

#### 5.5.2 *Aktørerne: Forberedelse til in-house samarbejdet*

Det står aktørerne frit, om de ønsker at overgå til en in-house struktur. I afsnit 5.4 er de tre kriterier beskrevet ud fra, hvad der som minimum skal til, for at et samarbejde er omfattet af in-house reglerne. Hvis aktørerne ikke ønsker at medvirke til at disse kriterier opfyldes, kan in-house modellen derfor ikke gennemføres.

Vi har i overensstemmelse med vores opdrag ikke gennemgået de fem aktørers nuværende organiseringsformer eller vedtægter. Det er dog vores formodning, at det for nogle aktører vil kunne kræve mindst tre måneder at bringe sig inden for rammerne af in-house kriterierne.

Derudover vil det formentlig være ressourcekrævende for aktørerne at gennemføre den omstrukturering af ledelse og evt. organiseringsform, som kan være fornøden for at imødekomme kriterierne for, at der er tale om en in-house struktur. Omkostninger til rådgivning (advokat, revisor) vil skulle afholdes af den enkelte aktør selv. Det vil således være i strid med kommunalfuldmagtens forbud mod støtte til enkelte virksomheder, hvis kommunen afholder rådgivningsomkostninger, som det ellers ville tilkomme den enkelte virksomhed at afholde.

#### 5.6 **Konsekvenserne af in-house strukturen**

##### *Set fra aktørernes side*

Kontrolkriteriet sammenholdt med kommunens tilsynspligt medfører, at aktørerne vil afgive en betydelig del af rådigheden over opgavevaretagelsen og derved miste autonomi. Det vil f.eks. kunne have betydning den måde, hvorpå aktørerne udvikler nye metoder for opgaveløsningen.

De gevinster, der måtte have været ved at udskille beskæftigelsesindsatsen, kan derved gå tabt ved at gå tilbage til et in-house samarbejde.

For aktører, der har mere end 20 % af deres aktiviteter med andre end Københavns Kommune, vil en efterlevelse af virksomhedskriteriet medføre, at aktøren må skære ned på de aktiviteter der udføres på foranledning af private, staten og andre kommuner – eller alternativt udskille aktiviteterne for Københavns Kommune i en særskilt juridisk enhed, der etableres og drives, som 80 %-reglen iagttages.

*Set fra kommunens side*

Kommunen vil skulle deltage i bestyrelserne, og der skal i forvaltningen afsættes ressourcer til at føre et udvidet tilsyn med aktørerne. Det må, såfremt denne model vælges, vurderes, i hvilket omfang det aktiverer pligter for kommunen i forhold til aktørernes faste ejendomme mv.

Til gengæld skal der ikke længere gennemføres udbud på området. Det betyder dog også, at de gevinster i form af konkurrence på metodeudvikling mv., som konkurrenceudsættelse måtte have indebåret under den nuværende kontraktmodel, vil fortabes.

--0--

Hellerup, den 30. november 2016  
Horten



Andreas Christensen



Rikke Søgaard Berth