



KØBENHAVNS KOMMUNE
Sundheds- og Omsorgsforvaltningen

NOTAT

Til Sundheds- og Omsorgsudvalget

15-08-2017

Sagsnr.
2017-0286112

Dokumentnr.
2017-0286112-5

Sagsbehandlere
Niels Nicolai Nordstrøm
Bo Lyng

Drift af plejecentre - Beskrivelse af forhold angående driftsoverenskomster samt udbud af drift

Indhold

1	Baggrund og formål.....	4
1.1	Den politiske bestilling	4
1.2	Medlemsforslagets motivering.....	4
2	Den grundlæggende juridiske ramme.....	5
2.1	Drift af plejehjem.....	5
2.2	Aftaler om drift af plejehjem med private	7
2.2.1	In house aftaler, ikke udbud	7
2.2.2	Aftaler ved udlicitering, udbud.....	8
3	De eksisterende aftalers muligheder.....	9
3.1	Eksempler på politiske beslutninger	10
3.2	Vedtægtsforhold.....	10
4	Muligheder ved nye aftaler.....	11
4.1	Krav til in house aftaler	11
4.1.1	Styringsmuligheder i in house aftaler	12
4.1.2	Ingen konkurrenceudsættelse	13
4.2	Krav til udliciterede kontrakter	13
4.2.1	Styringsmuligheder i udliciterede kontrakter	13
4.2.2	Konkurrenceudsættelse.....	15
4.2.3	Konsekvenser ved udlicitering	15
4.2.4	Reserverede kontrakter	16
4.3	Friplejeboliger.....	16

Bilag:

Bilag 1 Det selvforvaltende plejehjem

Bilag 2 DLA Nordics notat

Bilag 3 Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse

Bilag 4 Borgerrepræsentationens vedtagne koncept for driftsoverenskomst af 13. januar 2011

Bilag 5 Bestyrelsesforhold i forhold til værdigrundlag, udpegning og supplerings

1 Baggrund og formål

Sundheds- og Omsorgsudvalget godkendte den 20. juni 2016 et medlemsforslag vedrørende en ny og mere fri model for selvejende plejecentre (2017-0237889). Den politiske bestilling og medlemsforslaget er gengivet i afsnit 1.1. og 1.2.

For kunne opstille nye muligheder for drift af plejecentre, så er det vigtigt at danne sig et overblik over dels lovgivningens krav, dels de eksisterende aftaleforhold og deres baggrund, samt hvilke krav der er til ændring eller indgåelse af nye aftaler om drift af plejecentre.

Nærværende notat er således et baggrundsnotat, der giver et overblik over relevante forhold, der bør kendes ved udarbejdelse af de tre politiske bestillinger: et statusnotat, en ny model og en proces- og kommunikationsplan.

Nedenfor beskrives først den grundlæggende juridiske ramme for drift af plejehjem og aftaler herom med private.

Herefter beskrives de eksisterende aftalers muligheder, samt herunder eksempler på politiske beslutninger, der er truffet til indgåelse og udfyldning af aftalerne, og et overblik over særligt relevante dele af vedtægterne for de selvejende institutioner, som Københavns Kommune for tiden har driftsoverenskomst med.

Til sidst beskrives, hvilke lovgivningsmæssige krav der er til indgåelse af nye aftaler med private i form af krav til in house aftaler samt konkurrenceudsættelse, herunder hvilke styringsmuligheder kommunen har alt efter aftaleform.

1.1 Den politiske bestilling

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen skal på udvalgsmødet i september fremlægge

1. et statusnotat, der på baggrund af en rundspørge blandt de selvejende plejecentre i København samt andre relevante interessenter beskriver fordele og ulemper ved hhv. in-house-modellen og en mere traditionel driftsoverenskomst.
2. et forslag til en ny model for selveje på plejecentre, som kan supplere in-house-modellen – således at selvejende plejecentre fremadrettet frit kan vælge mellem enten den nuværende 'in-house-model' eller en ny og mere fri model, der med udgangspunkt i en mere lempelig driftsoverenskomst, kan sikre en øget grad af selvstændighed.
3. en proces- og kommunikationsplan for, hvordan de nuværende kommunale og selvejende plejecentre kan overgå til den nye model, hvis de ønsker det – og en proces for, hvordan andre aktører med udgangspunkt i en driftsoverenskomst med Københavns Kommune kan få mulighed for at byde ind på driften af både eksisterende og nye plejecentre.

1.2 Medlemsforslagets motivering

Der er i dag i Sundheds- og Omsorgsforvaltningen 19 kommunale og 25 selvejende plejecentre. De er alle drevet efter den såkaldte in-house-model, som er en relativt stram driftsoverenskomst i sammenligning med andre kommuner. Det bevirker, at de selvejende plejecentre i meget høj grad er bundet op på regler og retningslinjer, som kan virke hæmmende på muligheden for at tilrettelægge ældrepleje på forskellige måder – og hæmmende for at for eksempel civilsamfundsaktører kan spille en større rolle i udviklingen af byens plejecentre.

Partierne ønsker generelt at sikre større mangfoldighed i organisationsformer og drift. Derfor ønsker vi at give mere selvstændighed til de selvejende plejehjem. Ligesom vi gerne ser, at der kommer nye aktører på banen med henblik på at udvikle de selvejende plejehjem til gavn for borgerne. Hermed kan vi give vores borgere flere valgmuligheder, idet de enkelte plejehjem får mulighed for at udvikle sig forskelligt.

Partierne foreslår derfor, at der udarbejdes et notat, der ser på fordele og ulemper ved de nuværende driftsmodeller, og at forvaltningen på den baggrund udarbejder et forslag til en supplerende driftsmodel, der kan øge frihedsgraderne på selvejende plejecentre.

Notatet skal udarbejdes på baggrund af en rundspørge/erfaringsopsamling blandt de eksisterende plejecentre samt ved at inddrage andre aktører, der har erfaringer med selveje i andre kommuner – for eksempel Diakonissestiftelsen, OK-Fonden, Selveje Danmark mfl. Formålet er at få belyst udfordringer og barrierer for selveje i det eksisterende setup i Københavns Kommune. De samme aktører foreslås inddraget i udarbejdelsen af den nye model for driftsoverenskomst.

2 Den grundlæggende juridiske ramme

I dette afsnit beskrives den grundlæggende juridiske ramme for drift af plejehjem og aftaler herom med private. Først behandles kort det historiske perspektiv, der har dannet forudsætninger for de nutidige forhold, der dernæst beskrives. Herefter behandles de grundlæggende forhold for aftaler om drift af plejehjem med private, samt herunder henholdsvis in house aftaler og udliciterede aftaler.

2.1 Drift af plejehjem

Københavns Kommunes tradition for at have driftsoverenskomster med selvejende institutioner om ”drift af plejehjem” er meget lang, og går helt tilbage til, da drift af plejehjem blev et offentligt foretagende. Københavns Kommune har uanset lovændringer løbende fastholdt og tilpasset samarbejdet med de selvejende institutioner.

Historisk perspektiv

Ved indførelsen af bostandsloven midt i 70’erne blev det bestemt, at kommunerne skulle sørge for plejeboligtilbud. Forpligtelsen blev da i vid udstrækning opfyldt ved, at kommunerne indgik driftsoverenskomst med eksisterende selvejende plejehjem og dermed sikrede, at kommunen kunne disponere over plejhjemspadserne.

Tankegangen om selvejende plejehjem med driftsoverenskomst med en kommune bygger således historisk set på, at driften ”som altovervejende hovedregel” betragtes som en del af den offentlige forvaltning. Det vil sige, at institutionerne stort set blev underlagt de samme offentligretlige vilkår som ”de kommunale plejehjem” for eksempel i forhold til offentligheds- og forvaltningslovgivningen, fastsættelse af løn- og ansættelsesvilkår for personalet, regelsæt om budget, regnskab og revision samt i begrænsningen af at kunne tilbyde tilkøbsydelse.

Modsat tankegangen i dag om ”eget hjem” blev plejhjemmene drevet som egentlige institutioner. Siden 1988 er nye plejeboliger etableret i henhold til ældreboliglovgivningen eller lov om almene boliger.

Nutidige grundlæggende forhold

I dag findes der ”gamle” plejehjem, der senest er videreført med hjemmel i servicelovens § 192, og ”nye” plejeboliger, der er reguleret efter almenboligloven.

Levering af hjælp er reguleret af servicelovens kapitel 16.

Kommunen skal hertil have en værdighedspolitik, der beskriver de overordnede værdier og prioriteringer for personlig hjælp, omsorg og pleje m.v., som ydes efter lov om social service til personer over folkepensionsalderen, jf. § 1 a i lov om social pension efter servicelovens § 81 a.

Der er i dag ikke længere lovhjemmel til at indgå driftsoverenskomster med selvejende institutioner, og ændringslovene har i forarbejderne henvist til, at levering af hjælp efter serviceloven er udbudspligtig.

Derfor har kommunen etableret de nugældende driftsoverenskomster med selvejende institutioner efter reglerne om in house, der i 2016 er kodificeret i udbudslovens § 12.

Det nugældende koncept for driftsoverenskomster blev vedtaget af Københavns Borgerrepræsentation den 13. januar 2011.

Konceptet har søgt at sikre, at kommunen overholder vilkårene for in house og har samtidigt søgt i relevant omfang, at videreføre Socialministeriets anbefalinger fra 1986 i cirkulære om ”institutioner under kommunerne” vedrørende forhold, som ministeriet anbefalede burde indgå i den selvejende institutions vedtægt og driftsoverenskomst for blandt andet plejehjem.

Det karakteristiske for selvejende institutioner er, at de i juridisk henseende betragtes som ”non profit virksomheder” efter principperne i fondsloven, men de er dog undtaget fondsloven, efter dennes § 1, stk. 2, nr. 7, da selvejende institutioner er undtaget, hvis driften overvejende dækkes af kommunale midler, og de er undergivet tilsyn af det offentlige, og når det i hver institutions vedtægt er fastsat, at det offentlige træffer bestemmelse om anvendelse af institutionens midler i tilfælde af dennes opløsning.

De selvejende institutioner er således ”selvstændige formuesubjekter”, er undtaget fondsloven, men har ikke karakter af privat erhvervsdrivende virksomhed.

Den overordnede ledelse af en selvejende institution varetages af en bestyrelse, der ansætter en leder til at varetage den daglige ledelse og drift.

Kommunen har ikke nogen arbejdsgiverbeføjelser overfor bestyrelsen og har typisk ikke indflydelse på, hvem der vælges til bestyrelsen.

Kommunen kan ikke ”afsætte” en bestyrelse, og ”fyring” kan derfor om nødvendigt kun ske ved opsigelse af driftsoverenskomsten.

2.2 Aftaler om drift af plejehjem med private

Rammerne for alle aftaler om drift ved driftsoverenskomster med selvejende institutioner eller ved udliciterede kontrakter skal iagttage, at kommunen til enhver tid har forsyningspligt, ansvar for myndighedsopgaven og for leveringen af al hjælp.

Driftsoverenskomster og udliciterede kontrakter skal overholde servicelovens krav til levering af hjælp samt tilsyn og retssikkerhedslovens krav til sikring af borgernes retsstilling ved overholdelse af de forvaltningsretlige regler, særligt §§ 15, 16 og 43. Kravene til (delegeret) sygepleje efter sundhedsloven skal overholdes. Samtidig skal det sikres, at aftaler indgås i overensstemmelse med den kommunale styrelseslov, særligt § 2, hvorefter kommunen ikke må overdrage en opgave og samtidig bevare fuld kontrol, samt lånebekendtgørelsens § 3, nr. 3 og 7, der bestemmer, at visse af de selvejende institutioners lån og økonomiske dispositioner påvirker kommunens låneramme.

Vedrørende retssikkerhedslovens § 43, forholdet til undtagelsen fra fondsloven og forholdet til lånebekendtgørelsen, kan det noteres, at § 43's stk. 1 blev ophævet i 2011, hvilket er relevant, da bestemmelsen indebar, at der i forbindelse med indgåelse af længerevarende driftsaftaler på det sociale område skulle tages stilling til, hvad der skal ske med eventuel formue, som opstår på grund af aftalens vilkår. Af forarbejderne til lovændringen fremgår det, at ophævelsen ikke ændrer på, at en kommune fortsat vil kunne indgå fornødne aftaler om stillingtagen til utilsigtet formueophobning.

Kommunen er hertil også ved indgåelse af aftaler underlagt de almindelige forvaltningsretlige principper, for eksempel proportionalitetsprincippet og lighedsgrundsætningen

Forvaltningen har i perioden fra 2006 til 2011 indgående undersøgt relevante faktiske og retlige forhold forud for de nugældende driftsoverenskomster. Der skal særligt henvises til

- projektet "Det selvforvaltende plejehjem" – hvor råderummet for selvforvaltning blev undersøgt, (bilag 1)
- DLA Nordic's (nu Horten) "Notat om udbudspligt og hjemmelskrav ved Københavns Kommunes driftsoverenskomster med selvejende institutioner efter ombygning og omdannelse til almene ældreboliger" (bilag 2) og
- Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse "In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner" (bilag 3).

Projektet og advokatnotatet er ikke af nyere dato, og der er forhold, der har ændret sig, men dokumenterne giver et grundigt historisk indblik og rummer megen viden, der stadig er relevant, og som med fordel enten kan benyttes eller afvises.

In house driftsoverenskomster skal overholde betingelserne i udbudslovens § 12. Juridisk afdeling deltog i kommunens arbejdsgruppe under udarbejdelsen af udbudsloven og gjorde meget ud af at påpege, at den beskrevne retsstilling i Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse ikke burde ændres med udbudslovens § 12. Da Karnov i sine noter henviser til udtalelsen, antages det, at denne fortsat er relevant.

2.2.1 In house aftaler, ikke udbud

I forarbejderne til lovændring i 1998 kan det ses, at plejehjemsområdet er medtaget under "andre opgaveudførere", da der fremadrettet ikke længere ville blive tale om "institutionspladser", og der på voksenområdet forventedes behov for "fleksible løsninger" til

forskellige behov. Ministeren udtalte samtidig, at opgaverne også på voksenområdet fortsat ville kunne løses af selvejende institutioner.

Der er således ikke længere konkret lovhjemmel til at indgå driftsoverenskomster med selvejende institutioner. Ændringslovene har hertil i forarbejderne henvist til, at levering af hjælp efter serviceloven er udbudspligtig.

In house driftsoverenskomster skal i dag overholde betingelserne i udbudslovens § 12, herunder navnlig kontrolkriteriet.

Rammerne for in house drift ved aftaler i driftsoverenskomster med selvejende institutioner skal iagttage, at kommunen til enhver tid har forsyningspligt, ansvar for myndighedsopgaverne og for leveringen af al hjælp. Derfor skal det sikres, at kommunens pligter, beslutninger og afgørelser vedrørende de ovenfor under afsnit 2.2. nævnte forhold overholdes.

Aftalerne skal endvidere kunne rumme ”gamle” plejehjem, der senest er videreført med hjemmel i servicelovens § 192, og ”nye” plejeboliger, der er reguleret efter almenboligloven.

2.2.2 Aftaler ved udlicitering, udbud

Rammerne for udliciteret drift ved kontrakter med private virksomheder skal på samme vis som beskrevet i afsnit 2.2.1 iagttage, at kommunen til enhver tid har forsyningspligt, ansvar for myndighedsopgaverne og for leveringen af al hjælp.

Rammerne for udlicitering er i væsentligt omfang de samme som kommunen allerede har benyttet i forbindelse med udbud af kontrakter på området for frit valg.

Drift af plejecentre er omfattet af udbudslovens Afsnit III om indkøb af sociale tjenesteydelser over tærskelværdien på 5,6 mio. kr. også kaldet ”light-regimet”. Det betyder, at en stor del af de udbudsretlige regler i udbudslovens Afsnit II ikke gælder ved udbud af plejehjemsdrift. Kommunen kan altid vælge at følge reglerne i Afsnit II, hvis det ønskes.

Light-regimet giver et betydeligt råderum. Kommunen kan i stort omfang selv bestemme, hvordan proceduren tilrettelægges, og hvilke kriterier driftsaftalen ønskes tildelt efter, blot de udbudsretlige grundsætninger om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes. Der er ikke krav om, at forvaltningen vælger de to klassiske udvælgelseskriterier (det økonomiske mest fordelagtige tilbud og laveste pris). Det er dog et krav, at forvaltningen offentliggør tildelingskriterierne forud for tilbudsfristen. Da reglerne for de normale udelukkelsesgrunde for at deltage i udbuddet ikke gælder, vil forvaltningen kunne angive egne udelukkelsesgrunde. Disse skal blot bygge på et sagligt grundlag, og skal overholde de udbudsretlige grundsætninger om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Light-regimet kræver, at der sker forudgående annoncering i EU-tidende, når forvaltningen ønsker at tildele en kontrakt. Hvis flere driftsoverenskomster skal opsiges og udbydes, vil kommunen kunne offentliggøre en samlet forhåndsmeddelelse i EU-tidende, om at kommunen udbyder flere kontrakter om drift af flere plejecentre i den kommende tid. En forhåndsmeddelelse har gyldighed i et år. Ved en forhåndsmeddelelse undgår man, at hver enkel drifts-aftale skal annonceres.

Når kommunen tildeler en kontrakt, skal den offentliggøre valget, og kommunen skal orientere hver enkelt tilbudsgiver om, hvorfor denne ikke blev valgt.

Light-regimet efter udbudsloven er omfattet af flere af håndhævelsesreglerne i lov om klagenævnet for udbud, hvilket blandt andet betyder, at reglen om stand still, og klagenævnets mulighed for at erklære en kontrakt for uden virkning også gælder for kontrakter under light-regimet, da der kan indbringes klage for Klagenævnet for Udbud.

3 De eksisterende aftalers muligheder

Hvis der ønskes ændringer i de eksisterende aftaler (bilag 4), så skal det vurderes, om der er tale om ændringer, der kan rummes indenfor aftalens egne bestemmelser.

Hvis ændringer kan rummes inden for grænserne for kontrolkriteriet, så forudsættes det, at de selvejende institutioner, der er omfattet af de nuværende driftsoverenskomster, inddrages.

De eksisterende aftaler lægger i præamblen vægt på, at *”de selvejende plejehjem og plejecentre medvirker til, at borgerne har mulighed for at vælge plejeboligt tilbud med forskelligt værdigrundlag”*.

De eksisterende aftaler er indrettet, så kommunen, som regel med inddragelse af bestyrelsen, kan ændre mange relevante forhold. De eksisterende aftaler har således krav af rammeaftale, der konkret udfyldes via det, der bestemmes under samarbejdet mellem kommunen og de selvejende institutioner.

De relevante bestemmelser er som følger.

Under afsnit 2. Aftalens formål fremgår det, at *”Uden nærværende aftale i sin helhed skal fornyes, kan revidering og opdatering som følge af ny eller ændret lovgivning, ændret organisation i kommunen m.v. ske i form af et tillæg til driftsoverenskomsten.”*

Under afsnit 3. Parternes ansvar fremgår det, at *”Den selvejende institution skal levere ydelser, der er i overensstemmelse med de til enhver tid gældende love, kommunale politikker, strategier, beslutninger og bestemmelser, bl.a. i forhold til kvalitetskrav, økonomistyring, kapacitetsstyring og udviklingsprojekter. Kommunen kan, i overensstemmelse med lovgivning og øvrige regler, beslutte hvordan og i hvilket omfang den selvejende institution skal efterleve de kommunale politikker, beslutninger og bestemmelser.”*

Under afsnit 3. Parternes ansvar fremgår det, at *”Begge parter forpligter sig til at medvirke til dialog og samarbejde til gavn for opgavevaretagelsen. I det omfang, kommunen benytter adgangen i nærværende aftale til at foretage væsentlige ændringer, f.eks. i forhold til målopfyldelse eller ændrede regler for opgavevaretagelsen, forudsættes den selvejende institution inddraget.”*

Under afsnit 4. Opgaveløsning fremgår det, at *”Kommunen har mulighed for at fastsætte og ændre de nærmere regler og rammer for den selvejende institutions opgaveløsning. I nedenstående er denne mulighed præciseret inden for specifikke områder. Listen over områder er ikke udtømmende.”*

Listen, der ikke er udtømmende, omfatter ”visitation (pladser og tilbud)”, ”medarbejderforhold”, ”faglighed”, ”systemer og support”, ”lån, bygninger og forpligtelser”, samt ”budget og regnskab”

Afsnit 2 giver således mulighed for at ændre aftalen i fald rammen for kommunens drift ændrer sig.

Afsnit 3 forudsætter i første omgang at ”alt skal overholdes”, men giver samtidig et særdeles stort råderum for fastsættelse af krav til ”*hvordan og i hvilket omfang den selvejende institution skal efterleve de kommunale politikker, beslutninger og bestemmelser*”. Her vil kommunen således kunne nedsætte eller ændre kravene uden en samtidig ændring af driftsoverenskomsten.

Afsnit 4 vedrører i meget høj grad krav, der skal stilles for at driftsoverenskomsten kan leve op til undtagelsesreglen om in house, og her er råderummet begrænset.

3.1 Eksempler på politiske beslutninger

Et eksempel på et politisk styret område er Københavns Kommunes indkøbspolitik, der dels vedrører kommunens indkøbsaftaler, men også krav til kontrakter og herunder arbejds- og sociale klausuler.

For så vidt angår indkøbsaftaler, så vil kommunen godt kunne undtage disse for decentrale enheder, som for eksempel de selvejende plejehjem, under følgende betingelser.

Når en decentral enhed selv er ansvarlig for den pågældende kontrakt, kan værdien efter udbudslovens § 31 anslås for den pågældende enhed alene. Dette medfører, at enheden selv er ansvarlig for en kontrakt, når enheden

- 1) selv står for gennemførelse af udbudsforretningen,
- 2) har et selvstændigt budget for det pågældende udbud, som den råder over, og
- 3) ikke benytter en indkøbsaftale, der er indgået af ordregiveren.

Et andet eksempel er kostpolitikken og herunder kravet til økologi.

En gennemgang og konkret vurdering af ikke lovbundne men kommunale politisk vedtagne krav vil kunne afdække mulighederne for at give institutionerne et større og mere individuelt råderum. Samtidig bør de økonomiske og administrative konsekvenser belyses.

3.2 Vedtægtsforhold

Under den eksisterende driftsoverenskomst afsnit 3. Parternes ansvar fremgår det angående bestyrelsesarbejdet, at ”*Der udarbejdes en vedtægt for den selvejende institution. Vedtægt og ændringer i denne, som har betydning for nærværende aftale, skal godkendes af kommunen.*”

Kommunen har ikke standardkrav til vedtægter, men forvaltningen påser konkret om vedtægter opfylder gældende normer. De aktuelle vedtægter er forskellige – i nogen vedtægter er bestyrelser blot ”selvsupplerende” og medarbejdere og beboere kan ikke deltage, andre vedtægter har krav som ”faglig interesse”, samt krav til at medarbejdere og beboere deltager (i mindretal) i bestyrelsesarbejdet. Antallet af bestyrelsesmedlemmer varierer også.

I bilag 5 findes en oversigt over bestyrelserne i de selvejende institutioner i forhold til værdigrundlag, sammensætning, udpegning og supplerung.

4 Muligheder ved nye aftaler

Såfremt kommunen ønsker væsentlige ændringer, der ikke kan rummes under de gældende driftsoverenskomster, kan driftsoverenskomsterne opsiges med henblik på at indgå nye driftsoverenskomster eller at udlicitere opgaverne og indgå kontrakter.

De generelle rammer for indgåelse af aftaler er allerede beskrevet ovenfor i afsnit 2.2.1 om in house aftaler, ikke udbud og i afsnit 2.2.2 om aftaler ved udlicitering, udbud.

Nedenfor behandles i afsnit 4.1 de mere specifikke krav til in house aftaler, og styringsmulighederne i denne type aftaler. I afsnit 4.2 behandles krav til udliciterede kontrakter, samt styringsmuligheder og konsekvenser ved udlicitering. I afsnit 4.3 nævnes mulighederne for friplejeboliger.

4.1 Krav til in house aftaler

De selvejende institutioner er ikke en del af den offentlige forvaltning, men er underlagt de forvaltningsretlige regler og forvaltningen skal have kontrol med og indflydelse på væsentlige og strategiske beslutninger i den enkelte selvejende institution, men uden at have fuld kontrol med virksomheden.

For at en privat aktør – som kommunen ikke har ejerskab eller har ledelsesmæssig bestemmende funktion over – kan henregnes til den offentlige forvaltning under reglerne om in house, så skal de såkaldte kontrol- og virksomhedskriterier være opfyldt.

Virksomhedskriteriet omfatter, at institutionen som udgangspunkt ikke kan udføre arbejde for andre myndigheder.

Når kommunen lægger en opgave ud til en privat aktør efter reglerne om in house, skal kommunen beholde en kontrol over den private aktør, at der svarer til, den kontrol kommunen har over egne institutioner.

For at ændre i eller indgå nye driftsoverenskomster og dermed give større frihed til de selvejende institutioner er det primært indenfor kontrolkriteriet, grænserne skal afsøges.

Kontrolkriteriet betyder, at forvaltningen skal have kontrol med og indflydelse på væsentlige og strategiske beslutninger i den enkelte selvejende institution. Den selvejende institution har fortsat et råderum, men det er afgrænset og omfatter i stort omfang den daglige og faglige ledelse, med mindre driftsoverenskomsten siger andet. Institutionen har i de tilfælde, hvor institutionens ledelse er ansvarlig for det faglige indhold og den daglige drift stadig mulighed for at sætte sit eget præg på dagligdagen.

Konkurrencestyrelsen har udtalt, at følgende (men ikke udtømmende) er elementer, der taler for, at den offentlige myndighed har kontrol over den eksterne samarbejdspartner:

- at, der er formåls- og vedtægtskontrol

- at, der er Budgetkontrol, herunder at bevillingsrammen er udarbejdet af myndigheden, og at institutionen er underlagt samme regnskabs- og budgetopfølgning som myndighedens egne institutioner m.fl.
- at, der er pligt til at bruge det kommunale regnskabssystem
- at, der er kontrol med kommercielle dispositioner og overskud
- at, der er yderligere kommunal kontrol i form af faglig kontrol og tilsyn
- at, der er pligt til at følge kommunens politikker for så vidt angår for eksempel kost- og indkøb
- at, der er krav om institutionens overholdelse af kommunens kvalitetsstandarder

Kort sagt - jo mindre selvstyre jo tydeligere er kontrolkriteriet opfyldt.

Københavns Kommune har en clearingsordning, hvorved at personale fra de selvejende institutioner kan flyttes til andre institutioner i Sundheds- og Omsorgsforvaltningen, for eksempel ved manglende opgaver hos de selvejende institutioner, eller hvis den selvejende institution lukkes gennem en periode ved ombygning. Dette taler også for, at institutionerne er omfattet af kommunens kontrol.

Som nævnt må der være et *mindre* råderum i forhold til, hvor meget der kan lempes på kontrollen over den selvejende institution, for at kontrolkriteriet er opfyldt, og dermed at driften af institutionen er omfattet af in house-reglen. Det er en konkret og individuel vurdering af, hvor meget man kan ændre i de eksisterende driftsoverenskomster, før in house-reglen ikke længere er opfyldt.

Eventuel ændring af driftsoverenskomster skal ske med stor forsigtighed. Hvis det vurderes, at Sundheds- og Omsorgsforvaltningen ikke længere har den fornødne kontrol over den selvejende institution svarende til, hvad Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har over egne institutioner, så vil driften af plejecentret skulle i udbud.

4.1.1 Styringsmuligheder i in house aftaler

Der er visse frihedsgrader i forhold til styring i in house aftaler, herunder krav om efterlevelse af politikker, krav til vedtægter, bestyrelse, økonomi og personaleforhold. Afgrænsning og indskrænkning af frihedsgraderne skal tage hensyn til at kommunen ikke må uddelegere kompetence og samtidig bevare fuld rådighed over opgaveudførelsen. I den anden ende begrænser udbudslovens krav til in house aftaler de mulige frihedsgrader.

Politikker. I forhold til politiske mål kan det overvejes i hvilken grad de selvejende institutioners bestyrelser skal gives et øget råderum til selv at bestemme, hvordan institutionens virksomhed og opgavevaretagelse tilrettelægges. En øget frihed i forhold til kommunale politikker, beslutninger og bestemmelser kan ske uden ændring i det eksisterende paradigme. Fuldstændig frihed er dog ikke mulig.

Økonomi og it-systemer. Økonomistyring er central og skal sikre, at selvejende institutioner forvalter eventuelle indskudte kommunale aktiver og midler med videre lovligt samt bedst muligt. IT-drift og -sikkerhed vil kræve væsentlig regulering såfremt, der gives mulighed for at benytte egne systemer og netværk.

Personale. Personalet har i alle tidligere driftsoverenskomster på området været omfattet af kommunens overenskomster og clearingsordning med videre. En ændring af dette vil kræve en forudgående selvstændig undersøgelse af forholdene.

Vedtægter. Aktuelt er kommunens praksis alene at godkende vedtægterne, og konkret stille krav til disse. De selvejende institutioners vedtægter varierer således, og der er ikke fra kommunens side opstillet et paradigme eller lignende for disse.

Bestyrelsen. Ved øgede frihedsgrader bør det overvejes, om bestyrelsernes størrelse og sammensætning i tilstrækkelig grad sikrer en effektiv og professionel ledelse af institutionerne. Aktuelt er der tale om ”ikke professionelle” bestyrelser, der i høj grad styrer efter institutionens værdier.

Individuelt forhandlede aftaler. Såfremt der indgås individuelt forhandlede aftaler med hver enkelt selvejende institution vil dette medføre en øget bureaukratisering, hvilket blandt andet vil kræve flere ressourcer til sikring af overholdelse af den enkelte aftale. Det er tidligere overvejet om aftalerne skulle bestå af en obligatorisk del og en individuel del. Det er dog ikke den løsning, der vandt fremme, under forberedelsen af de nu gældende driftsoverenskomster.

4.1.2 Ingen konkurrenceudsættelse

Når reglerne for in house aftaler er overholdt, så kan kommunen formulere og indgå aftaler uden konkurrenceudsættelse. Forud for de nugældende driftsoverenskomster har Københavns Kommune i meget høj grad benyttet disse frihedsgrader og har inddraget de selvejende institutioner, deres interesseorganisationer og andre relevante interessenter før det endelige aftaleudkast blev besluttet.

4.2 Krav til udliciterede kontrakter

Udliciterede kontrakter skal overholde de af Borgerrepræsentationen fastsatte krav til rammeaftaler for tjenesteydelser. Københavns Kommune benytter allerede den vedtagne rammeaftale og de vedtagne krav hertil i kontrakterne med de private leverandører af personlig og praktisk hjælp under reglerne om frit valg efter serviceloven.

Skal driftsoverenskomsterne i udbud, vil det kræve, at forvaltningen igangsætter et grundigt udbudsretligt forarbejde i forhold til den strategiske linje, der ønskes fastlagt overfor de kommende leverandører af plejecentersydelserne.

Det er ikke muligt at lave løbende tilpasninger af væsentlig karakter i udliciterede kontrakter, og mindre uvæsentlige ændringer kan samlet også blive til væsentlige ændringer. Der kan alene ændres i kontrakterne i overensstemmelse med udbudslovens regler herom. Her er det klare udgangspunkt, at en ændring ikke kan foretages, hvis den ville kunne ændre på et tilbud.

Der vil i givet fald være tale om kontrakter med private aktører, hvor kommunen ikke kan etablere samme tætte styring med institutionerne i forhold til styringen under in house modellen. Det betyder, at kommunen mister en del af den fleksibilitet, der er ved in house modellen.

4.2.1 Styringsmuligheder i udliciterede kontrakter

I udliciterede kontrakter skal styringsmulighederne være indarbejdet i kontrakt og bilag. Styringsmulighederne kan som udgangspunkt ikke ændres i kontraktens løbetid.

Der er begrænsede muligheder for at ændre i en driftsaftale med en privat leverandør efter tildeling, med mindre der er tale om uvæsentlige ændringer. Udvalget vil derfor heller ikke have mulighed for at tilføje yderligere midler til et plejecenter i løbet af driftsperioden, hvis der er ønske om yderligere aktiviteter eller for at sikre driften.

Såfremt forvaltningen har sendt en kontrakt i udbud, kan der således i løbet af kontraktperioden, kun foretages ændringer af kontrakten, såfremt det kan rummes af de udbudsretlige regler.

I udbudsloven er der dog en række situationer, hvor det er muligt at ændre i en kontrakt efter indgåelse af kontrakten. Selvom udbudslovens regler herom vedrører lovens Afsnit II og ikke Afsnit III, og således ikke direkte finder anvendelse i light-regimet, så antages det, at der er samme adgang under light-regimet.

Da udbudsloven opstiller tilladelige ændringer, medfører dette, at det ikke er muligt at foretage ændringer af kontrakten på andet grundlag end det, der står oplyst i loven.

Loven opstiller følgende situationer, hvor det er muligt at foretage ændringer:

- som følge af en ændringsklausul, der nøje beskriver kendte ændringsmuligheder og den procedure, der skal følges ved en ændring med hjemmel heri
- ved køb af supplerende ydelser (og der vil være stort værdispild ved genudbud af oprindelig kontrakt)
- ved omstændigheder, der ikke har kunnet forudses
- ved særlige former for leverandørskifte, herunder ved fusion, opkøb med videre
- uvæsentlige ændringer

Der er tale om en væsentlig ændring, hvis ændringen betyder, at kontraktens karakter bliver væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Det vil være en væsentlig ændring, hvis ændringen betyder, at andre kunne have budt på kontrakten, eller at forvaltningen muligvis ville have accepteret et andet tilbud. Der er også tale om en væsentlig ændring, hvis ændringen medfører, at den økonomiske balance forskydes til fordel for leverandøren, og det ikke ville kunne rummes i den oprindelige kontrakt. Det betyder for eksempel, at viser det sig efterfølgende, at en selvejende institution mod forventning ikke alligevel kunne drive et plejecenter for den økonomiske ramme, så vil udvalget ikke efterfølgende kunne beslutte at yde et tilskud. Det er dog muligt at foretage en mindre ændring på under 10 % af den samlede økonomiske ramme for kontrakten. Det må dog fortsat ikke ændre væsentligt på kontraktens karakter.

Kommunens kontrakter på området for frit valg, tager højde for ændringer af kommunens politisk vedtagne krav. Kontrakterne tager også højde for mulighederne ved leverandørens konkurs. Leverandørens problemer med overholdelse af faglighed vil være at betragte som misligholdelse af kontrakten og kan ikke medføre ændringer.

I en konkurrenceudsat kontrakt kan kommunen ikke styre leverandørens økonomiske dispositioner. Leverandøren kan således ikke underlægges kommunens økonomistyring.

4.2.2 Konkurrenceudsættelse

I forhold til udbud af drift af plejecentre antages det, at det alene er hjælp efter serviceloven der vil udbydes, i det drift af boliger sker under almenboligloven. Udbud, der omfatter etablering af nye plejeboliger i almennyttig form, behandles ikke i nærværende notat.

Udbud af plejadrift er efter udbudslovens § 7 omfattet af den relativt enkle proces i udbudslovens Afsnit III, kaldet ”light regimet”. Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har som allerede nævnt god erfaring med dette, da processen har været benyttet for eksempel ved udbud under frit valg af personlig og praktisk hjælp i samarbejde med Socialforvaltningen.

Kommunen har således et paradigme for rammeaftale med indhold og betingelser i kontrakterne med leverandørerne under frit valg, der vil kunne tilpasses til et eventuelt kommende udbud af plejadrift til beboere i plejeboliger.

I forbindelse med overvejelser om alternativ proces og vilkår i kontrakt, så kan der for eksempel vælges omvendt licitation, hvor kommunen fastsætter en pris / takst, juridiske vilkår samt mindstekrav, der alle vil være minimumskrav og fastsætter krav / ønsker til besvarelse fra tilbudsgiverne, der ikke er mindstekrav, og som kan benyttes til at finde det bedste tilbud ud fra. Der vil også kunne forhandles i processen.

4.2.3 Konsekvenser ved udlicitering

Udlicitering vil få konsekvenser for de nuværende selvejende institutioner, som kommunen har driftsoverenskomst med.

Der findes 17 plejehjem i kommunen, der er omfattet af overgangsbestemmelsen i servicelovens § 192. Af disse enheder er 12 selvejende institutioner. Disse enheder vil ikke kunne bringes i udbud, da der ikke er mulighed for at etablere nye plejehjem omfattet af servicelovens § 192 med mindre, at der samtidigt opføres almene plejeboliger.

Såfremt driftsoverenskomsterne opsiges, og driften bringes i udbud vil en af konsekvenserne være, at de selvejende institutioner ikke længere vil være undtaget fondsloven. Kan de etablere økonomi og faglighed og leve op til kravene i et udbud, kan de overgå til at blive erhvervsdrivende fonde, hvis ikke en privat selskabsform vælges.

I fald, der udbydes kontrakter om drift af pleje til beboere i plejeboliger med henblik på privat drift, så vil kravene til leverandørerne følge kommunens krav til private, og der vil således stilles krav om en professionel ledelse og dermed et skærpet ansvar i forhold til det ansvar, der nu gælder for bestyrelserne af selvejende plejehjem, der typisk er frivillige og ikke professionelle virksomhedsledere.

Hvis en enkelte selvejende institution ændrer form, så vil institutionens formål og karakter ændres, samtidig er den selvejende institution ikke garanteret at vinde udbuddet.

Der vil sandsynligt være krav i et eventuelt kommende udbudsmateriale, som vil kræve, at den selvejende institution investerer og tilpasser sig. Da de selvejende institutioner ikke har mulighed for i større omfang at opspare midler, betyder det, at de selvejende institutioner kan blive presset økonomisk.

Udbud vil medføre, at kontrakterne tildeles for en kortere årrække, ofte 4 år, hvorefter kontrakterne skal i genudbud. Det betyder, at leverandøren ikke vil være sikker på en varig drift af et konkret plejecenter.

Da de selvejende institutioner i dag er in house, kan de selvejende institutioner i stor grad trække på forvaltningens viden, kapacitet og personaleressourcer, hvis der opstår problemer. Under en kontrakt tildelt efter udbud, så vil forvaltningen stadig være en vigtig sparringspartner, men forvaltningen vil ikke have mulighed for at komme den selvejende institution til hjælp, hvis der er behov for større tilførsel af ressourcer eller omlægning af organisationen.

4.2.4 Reserverede kontrakter

Det er efter udbudslovens § 190 muligt for forvaltningen at begrænse, hvem der er deltager i et udbud af plejehjemsopgaver til organisationer, der udelukkende beskæftiger sig med tjenesteydelser på sundheds- og socialområdet. Der er dog ulemper ved at anvende denne regel, idet en virksomhed kun kan få tildelt driften af et specifikt plejecenter én gang inden for de sidste 3 år, og således ikke vil kunne få kontrakten flere gange i træk. Derudover vil det sandsynligvis kræve et større arbejde for den enkelte selvejende institution at tilpasse sig betingelserne for at være omfattet af reserveringen. Vedtægterne skal opdateres, hvilket også kræver kommunens godkendelse, og organisationsformen skal ændres. Det kræves efter udbudsloven, at ledelsen baseres på principper om medarbejderejskab, eller medarbejderdeltagelse, eller på anden vis aktiv deltagelse af medarbejdere, brugere eller interessenter. Der vil i dette tilfælde være tæt sammenhæng til definitionen af en socialøkonomisk virksomhed.

4.3 Friplejeboliger

Det er muligt for de private aktører at organisere sig efter friplejeboligloven, hvor der er tale om private plejehjem uden den tætte kontrol og kontrakt med kommunen. Hvis en selvejende institution ønsker at overgå til drift efter friplejelovgivningen, så skal den leve op til en lang række krav. Sundhedsstyrelsens opstiller for eksempel krav til certificering, økonomisk soliditet, og der vil fortsat være krav til systematiske kontrolsystemer.