

Advokat Lise Groesmeyer
Ved Stranden 18
Postboks 2034
1012 København K
Telefon 77 30 40 50
Telefax 77 30 40 77



NOTAT

om udbudspligt og hjemmelskrav ved Københavns Kommunes driftsoverenskomster med selvejende institutioner efter ombygning og omdannelse til almene ældreboliger

1. Problemformulering og disposition

- 1.1 Sundhedsforvaltningen har bedt om min vurdering af, om der er pligt til at udbyde indkøbet af de pleje- og omsorgsydelser, som hidtil har været omfattet af Københavns Kommunes driftsoverenskomster med en række selvejende institutioner.

Spørgsmålet om udbudspligt er opstået i tilknytning til:

Dels ombygningen af de fysiske faciliteter, som hidtil har været anvendt til plejehjem og beskyttede boliger på grundlag af driftsoverenskomster med selvejende institutioner. Det gælder generelt, at ombygningen finansieres efter almenboligloven, og at de fysiske faciliteter derved overgår (hvis de ikke allerede har status heraf) til at være almene boliger, der mærkes som almene plejeboliger.

Dels overvejelser om at ændre de vilkår, som gælder i forholdet mellem Københavns Kommune og de selvejende institutioner med henblik på at sikre større selvbestemmelse for institutionerne sammenholdt med de traditionelle driftsoverenskomster typisk indgået i 1970'erne. Københavns Kommunes overvejelser herom er navnlig beskrevet i rapporten "Det selvforvaltende plejehjem" (foreligger endnu kun i arbejdsudkast).

- 1.2 I den forbindelse - og ikke mindst i lyset af den udbudsretlige løsning, som fremstår som mest relevant - er der endvidere opstået spørgsmål om, hvorvidt Københavns Kommune har hjemmel til at fastholde eller indgå driftsoverenskomster som de hidtidige også efter ombygning af plejehjemsfaciliteterne og den organisationsændring, der følger med. Spørgsmålet skyldes især, at en kommune siden 1988 kun har haft hjemlen til at drive bestående plejehjem og beskyttede boliger efter bistandslovens regler og således ikke fra da har kunnet oprette nye plejehjem mv., herunder ved at indgå driftsoverenskomst med selvejende institutioner.

- 1.3 Notatet er disponeret således:

Afsnit 1	Problemformulering og disposition
Afsnit 2	Sammenfatning og konklusion

Afsnit 3	Det relevante lovgrundlag i bistands- og servicelovgivningen
Afsnit 4	Udgangspunktet i forhold til udbudspligt
Afsnit 5	Plejhjem i Københavns Kommune
Afsnit 6	Kan en kommune <i>i forhold til servicelovens regler</i> indgå en "driftsoverenskomst" med en selvejende institution om drift af plejeydelser ved en plejeboligbebyggelse?
Afsnit 7	Er der relevante undtagelser til udgangspunktet om udbudspligt/annonceringspligt, f.s.v. angår en kommunes "driftsoverenskomst" om drift af plejeydelser ved en plejeboligbebyggelse?



2. Sammenfatning og konklusion

- 2.1 Hvis Københavns Kommune ønsker at indgå en samlet kontrakt om drift af plejhjem eller drift af plejeboliger (reelt en aftale om levering af serviceydelser efter servicelovens § 83), er udgangspunktet, at aftalen skal annonceres på passende vis og i øvrigt tildeles ved en lige og gennemsigtig konkurrence. Dette følger fra og med 1. juli 2007 af nye regler i tilbudsloven, som fastlægger pligt til annoncering af bl.a. kontrakter om sådanne tjenesteydelser, som ellers er fritaget fra EU-udbud.
- 2.2 Det vil dog ikke gælde, hvis forholdet mellem Københavns Kommune og en selvejende institution om drift af plejhjem/plejeboliger indebærer en sådan binding af institutionens drift og eksistens til Kommunen, at institutionen må anses for en in-house enhed.

Betydningen heraf vil være, at en aftale mellem Kommunen og institutionen ikke udgør en sådan (ekstern) aftaleindgåelse, som skal annonceres/udbydes efter tilbudslovens nye regler herom, men i stedet kan indgås uden annoncering/udbud i medfør af *in-house undtagelsen*.

De centrale elementer i relation til in-house undtagelsen er, at Københavns Kommune udøver en kontrol over de selvejende institutioner, som svarer til Kommunens kontrol over egne tjenestegrene, samt at de selvejende institutioner udfører hovedparten af deres virksomhed sammen med Københavns Kommune.

Dvs. at Københavns Kommune i relation til de økonomiske rammer, institutionens anvendelse til Kommunens formål og de driftsmæssige rammer i øvrigt skal (kunne) bestemme principielt på samme vis som i forhold til kommunale plejhjem. Endvidere har det betydning, at Kommunen reelt har rådighed over, om og hvor længe og på hvilke vilkår den selvejende institution skal fortsætte med den pågældende virksomhed.

In-house undtagelsen forudsætter derimod ikke, at Kommunen helt skal undlade at overlade selvbestemmelse til de selvejende institutioner. Navnlig inden for det faglige område må det antages, at Kommunen kan tillade videre grænser for institutionens ret til fx at lade særlige værdier have betydning for dagligdagen i institutionen.

- 2.3 Ud fra min gennemgang af et eksempel på en typisk driftsoverenskomst indgået i 1970'erne og af den omhandlede institutions vedtægter, er det min vurdering, at Københavns Kommunes aftalerektion til netop den institution formentlig vil være omfattet af in-house undtagelsen. Det betyder, at Københavns Kommune i forhold til udbuds/annonceringsregler formentlig vil kunne indgå aftale med denne institution også efter en ombygning, forudsat at in-house relationen fastholdes.

Det samme vil formodentlig kunne antages i forhold til en lang række andre institutioner, hvis overenskomst- og vedtægtsforhold jeg ikke har gennemgået. Det største usikkerhedspunkt i den forbindelse synes at knytte sig til karakteren af en selvejende institution og derved, om hver institutions vedtægter i tilstrækkelig grad gør institutionens fortsatte eksistens afhængig af Københavns Kommune, således at det reelt er Københavns Kommune, der bestemmer, hvor længe in-house relationen til institutionen skal opretholdes. Dette usikkerhedsmoment vil dog kunne svækkes, hvis man aftalemæssigt kunne afskære institutionerne fra at kunne opsige de indgåede driftsoverenskomster.



- 2.4 Bl.a. i lyset af Sundhedsforvaltningens overvejelser om revision af driftsoverenskomsterne kunne det efter min opfattelse være relevant systematisk – punkt for punkt - at gennemgå Københavns Kommunes faktiske styring og kontrol i forhold til de kommunale plejehjem, hhv. til de selvejende institutioner både efter de gældende driftsoverenskomster og efter en revideret driftsoverenskomst (som denne forventes at kunne se ud). Dermed vil man sikre, at bedømmelsen i relation til in-house reglen ikke kun baserer sig på det overordnede aftalegrundlag (driftsoverenskomsterne i kombination med vedtægterne), men på de faktiske forhold.

En sådan systematisk gennemgang vil bidrage til at øge sikkerheden i den juridiske vurdering af, om in-house undtagelsen er anvendelig.

- 2.5 Vurderingen i forhold til in-house undtagelsen er dog nødvendigvis konkret og skønspræget og kan dermed ikke være ganske sikker. Hertil kommer den generelle usikkerhed, som knytter sig til det forhold, at der er tale om en selvejende institution og karakteren af en sådan, som kan siges i sig selv at modsige, at andre kan have kontrol over institutionen.

En større sikkerhed kunne opnås ved at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen om anvendelsen af in-house undtagelsen i relation til driftsaftaler med de selvejende institutioner, herunder på baggrund af en sådan systematisk gennemgang som foreslået. Selv om Konkurrencestyrelsen ingen formel kompetence har til at godkende anvendelse af in-house undtagelsen, har en positiv stillingtagen fra Konkurrencestyrelsen betydning ikke blot mere generelt, men også konkret hvis leverandører senere evt. klager til styrelsen.

- 2.6 I forhold til udbuds-/annonceringspligt kan man endvidere overveje, om ombygningerne medfører ændringer af det hidtidige kontraktgrundlag i et sådant omfang, at dette indebærer, at der indgås en ny aftale. Er dette ikke tilfældet, vil udbuds-/annonceringsregler ikke være relevante allerede som følge af, at aftalerne er indgået før disse regler.

Der er efter min vurdering et vist berettiget grundlag for at anføre, at der ikke foreligger ændringer af en sådan karakter og et sådant omfang, at der er tale om en ny aftaleindgåelse. Det har derved betydning, at der er tale om en reduktion af ydelser, som jeg forudsætter kan ske uden påvirkning af andre dele af kontraktudførelserne.

Der er dog uundgåeligt en vis usikkerhed knyttet til en sådan vurdering, som i høj grad angår et skøn over væsentligheden af ændringen vedr. lokalerne set i forhold til det samlede aftaleforhold.

I lyset af overvejelserne om øget selvbestemmelse for de selvejende institutioner og derved en evt. revision af driftsoverenskomsterne i øvrigt må det antages, at det gene-

relt også vil have mindre praktisk relevans at søge at holde fast i de gamle driftsoverenskomster i relation til udbudsreglerne. Den centrale begrundelse i relation til udbudsreglerne må således antages at skulle være in-house undtagelsen.

- 2.7 F.s.v. angår det spørgsmål, om Københavns Kommune har hjemmel til at fastholde eller indgå driftsoverenskomster som de hidtidige også efter ombygning af plejehjemsfaciliteterne, er det min vurdering, at servicelovgivningen ikke begrænser udgangspunktet om kommunernes metodefrihed i relation til, hvordan praktisk og personlig hjælp leveres til beboere i plejeboliger.



Københavns Kommune kan således frit - forudsat overholdelse af udbudsreglerne - vælge at indgå aftale med de selvejende institutioner, som hidtil har drevet plejehjem i henhold til driftsoverenskomster. Jeg bemærker særligt, at servicelovgivningen ikke indeholder krav eller forudsætninger om fritvalgsbestemmelser eller konkurrenceudsættelse af de opgaver, som knytter sig til plejeboligbebyggelser.

Det må endvidere antages, at hverken serviceloven eller den almindelige kommunalret begrænser Københavns Kommune i at aftale vilkår, som svarer til de hidtidige driftsoverenskomsters vilkår, herunder med omfattende beføjelser for Kommunen i relation til navnlig institutionens økonomi.

- 2.8 Jeg skal i den forbindelse dog særligt nævne den begrænsning, som er fastlagt i tilsynspraksis, og som går ud på, at en kommune ikke må overlade opgaveudførelse til en privat organisation/et selskab og stadig selv bevare rådighed over opgaveudførelsen fx gennem et bestyrelsesflertal.

Efter min vurdering er det dog ud fra det foreliggende tvivlsomt, om aftalebestemmelser som i de hidtidige driftsoverenskomster giver Københavns Kommune så vidtgående beføjelser, at Kommunen i relation til nævnte kommunalretlige begrænsning må anses for at have bevaret rådigheden over opgaveudførelsen, herunder da institutionerne i vidt omfang (inden for de generelt gældende rammer) har selvbestemmelse med hensyn til den daglige drift og dagligheden i plejeboligbebyggelsen.

Hertil kommer, at der ikke er grundlag for at antage, at lovgiver ved ophævelsen af bistandslovens bestemmelse om driftsoverenskomster om plejehjem har tilsigtet at begrænse muligheden for at lade driften af plejeboligbebyggelser forestå af selvejende institutioner med en tæt tilknytning til kommunen som efter de hidtidige driftsoverenskomster.

- 2.9 Der er således antageligt ikke er noget i vejen for, at Københavns Kommune indgår aftaler med selvejende institutioner på vilkår, der svarer til de hidtidige driftsoverenskomster efter bistandslovens § 80/servicelovens § 192, blot med den forskel, at aftalerne angår levering af ydelser efter servicelovens § 83 til beboere i plejeboliger.

Fuldstændig sikkerhed for især den konklusion, at en kommune fortsat kan indgå aftaler med vilkår som de hidtidige driftsoverenskomster, kan dog kun fås ved at sikre sig de kompetente myndigheders (Socialministeriet og Statsforvaltningen Hovedstaden) stillingtagen.

- 2.10 Konkluderende er det således min vurdering,

at Københavns Kommune i forhold til serviceloven og kommunalretligt formentlig også efter ombygning og organisationsændring af plejehjem til plejeboliger kan

- indgå driftsoverenskomst herom med de selvejende institutioner på vilkår svarende til de hidtidige driftsoverenskomster,
- at dette kan ske uden udbud/annoncering, i det omfang relationen mellem Københavns Kommune og hver selvejende institution må anses for at opfylde kriterierne i in-house undtagelsen,
- at Sundhedsforvaltningen med det formål at underbygge en anvendelse af in-house undtagelsen bør overveje at foretage en systematisk gennemgang af ligheds- og forskelspunkter mellem kommunale, hhv. selvejende plejehjem/plejeboliger set i forhold til Københavns Kommunes faktiske kontrol og styring,
- at det endvidere vil være centralt, at Københavns Kommune i forhold til hver institution har eller sikrer sig rådighed over, hvor længe institutionen skal fortsætte på sådanne in-house vilkår,
- at øget selvbestemmelse til de selvejende institutioner samt indføjelser af mere sædvanlige kontraktbestemmelser i driftsoverenskomsterne - afhængigt af det konkrete indhold - vil (kunne) svække mulighederne for at anvende in-house undtagelsen, og
- at det kan være af værdi i den foreliggende situation at søge de usikkerhedsmomenter, der dog stadig består - herunder i relation til det principielle spørgsmål om, hvorvidt den fornødne kontrol kan foreligge i forhold til en *selvejende* institution - afklaret nærmere ved at indhente en vejledende udtalelse af Konkurrencestyrelsen.



3. Det relevante lovgrundlag i bistands- og servicelovgivningen

- 3.1 Et vigtigt element i forståelsen af lovgrundlaget er den ændring pr. 1. januar 1988, som blev fastlagt i bistandslovens § 81 med følgende formulering:

”§ 81. Opførelsen af plejehjem og beskyttede boliger kan ikke påbegyndes efter 1. januar 1988.

Stk. 2. Allerede oprettede plejehjem og beskyttede boliger kan, også efter istandsættelse og ombygning, fortsat drives efter denne lov.”

Denne bestemmelse knyttede sig til den forudgående bestemmelse i bistandslovens § 80, der lød således:

”§ 80. Plejehjem og beskyttede boliger kan oprettes og drives af en eller flere kommuner, amtskommuner eller som selvejende institutioner, med hvilke kommunalbestyrelsen indgår driftsoverenskomst.”

Siden (i 1992) blev bestemmelserne tilpasset, idet ordet ”oprettes” udgik af § 80, og idet stk. 1 i § 81 også udgik. Resultatet var følgende formulering af §§ 80-81:

”§ 80. Plejehjem og beskyttede boliger kan drives af en eller flere kommuner, amtskommuner eller som selvejende institutioner, med hvilken kommunen har indgået overenskomst.

§ 81. Plejehjem og beskyttede boliger kan fortsat drives efter denne lov efter istandsættelse og ombygning.”

- 3.2 Ændringen i 1988 betød således et ophør med det traditionelle plejehjem, der som en samlet opgave overtog ansvaret og sørgede for beboernes fornødenheder og derved oppebar beboernes pension (bortset fra lommepenge), og dermed overgang til en type institution, hvor beboerne har eget lejemål i plejeboligbebyggelsen og fortsat modtager pension og deraf betaler bl.a. leje.



For alle *plejeboliger*, der er etableret fra og med 1988, gælder følgende:

- Hver beboer har en individuel lejekontrakt med ejeren af den bygning, som plejeboligerne ligger i, og betaler leje, varme mv. som ved et almindeligt lejemål.
- Fra og med almenboliglovens indførelse i 1997 er det en afdeling i en almen boligorganisation, som er bygningsejeren og dermed udlejer i forhold til beboeren. Boligen er en plejebolig efter almenboliglovens § 5, stk. 2, dvs. en almen ældrebolig med tilknyttede omsorgs- og servicefunktioner med tilhørende personale. F.s.v. angår plejeboliger etableret mellem 1988 og 1996, har lovgrundlaget været den tidligere lov om boliger for ældre og personer med handicap.
- Plejeboligen er anvist af kommunen, der skal tilbyde en almen plejebolig eller en plads på et plejehjem inden for 2 måneder, jf. almenboliglovens §§ 54-54a.
- Kommunen leverer personlig og praktisk hjælp til beboeren efter servicelovens kapitel 16 på samme måde som, hvis beboeren boede i anden bolig end en plejebolig. Kommunen skal derved træffe afgørelse om den hjælp, som tilbydes, jf. servicelovens § 88. Servicelovens regler om frit leverandørvalg gælder dog ikke, jf. nærmere herom i afsnit 3.5.
- Beboeren betaler for den personlige og praktiske hjælp efter servicelovens almindelige regler, jf. § 161.

For *plejehjem* etableret efter bistandsloven gælder følgende:

- Kommunen skal tilbyde borgeren en plejehjemsplads (eller en almen plejebolig) inden for 2 måneder, jf. § 5 i bkg. nr. 1385/2005 om plejehjem og beskyttede boliger ("plejehjemsbekendtgørelsen").
- Beboeren optages på plejehjemmet og skal derved tage imod tilbuddet om bolig og forsyning af el og varme. Endvidere skal beboeren tilbydes kost, vask, rengøring og leje af linned, men kan afslå disse og evt. andre tilbud.
- For boligydelsen betaler beboeren til kommunen et beløb, der fastsættes ud fra en andel af boligens driftsudgifter, hhv. beboerens indkomst, jf. plejehjemsbekendtgørelsens §§ 16-18. Bekendtgørelsen fastsætter endvidere nærmere betalingsregler, herunder for varme og el.
- Kommunen leverer personlig og praktisk hjælp til beboeren efter servicelovens kapitel 16 på samme måde som, hvis beboeren boede i anden bolig end en plejebolig. Kommunen skal derved træffe afgørelse om den hjælp, som tilbydes, jf. servicelovens § 88. Servicelovens regler om frit leverandørvalg gælder dog ikke, jf. nærmere herom i afsnit 3.5.
- Beboeren betaler for den personlige og praktiske hjælp efter servicelovens almindelige regler, jf. § 161.

Som det fremgår, beror forskellen mellem plejeboliger og plejehjemspladser på, hvordan boligtilbuddet juridisk er organiseret, dvs. om den er baseret på et særskilt lejemål hos en almen boligorganisation, eller om det indgår som en kommunal ydelse. Servicetilbuddet (dvs. den personlige og praktiske hjælp) er derimod baseret på samme grundlag og med samme indhold i de to forskellige organisationsformer.

Tilsvarende er den væsentligste driftsmæssige forskel, at *plejehjem* (men ikke *plejeboliger*) også omfatter bygningsmæssig drift enten i form af egen bygning eller i form af et samlet lejemål, herunder hos almene boligorganisationer.

- 3.3 I dag er driften af *plejehjem* reguleret i servicelovens § 192, der - som en overgangsbestemmelse - fastsætter, at regionsråd og kommunalbestyrelser ”driver de bestående plejehjem og beskyttede boliger efter de hidtil gældende regler i lov om social bistand”.

I plejhjemsbekendtgørelsen (som er udstedt i henhold til § 192) er dette gentaget dog med den tilføjelse i § 1, stk. 1, at muligheden for at drive bestående plejehjem mv. også gælder ”efter istandsættelse og **mindre** ombygning” (min fremhævelse).

Plejehjemsbekendtgørelsen betyder således, at et plejehjem, der ombygges i andet end mindre omfang, ikke kan fastholdes som plejehjem efter bistandslovens regler. Væsentlig ombygning af et plejehjem betyder dermed, at der skal ske en organisatorisk ændring fra plejehjem til plejebolig. Derved skal boligdelen udskilles fra plejhjemmets ydelse og overføres til at være alene et mellemværende mellem den enkelte beboer og en udlejer, når kommunen først har anvist beboeren boligen.

Udlejer vil derefter typisk være en almen boligorganisation som følge af, at offentlig støtte til ombygningen (kun) ydes i regi af almenboligloven. Hvis den selvejende institution hidtil selv har ejet plejhjemsbygningen, vil offentlig støtte til en renovering og ombygning betyde, at bygningen skal overdrages til en almen boligafdeling, og boligerne mærkes som almene plejeboliger.

- 3.4 Det gælder fælles for plejehjem og plejeboliger, at grundlaget for den praktiske og personlige hjælp til beboerne er reglerne i servicelovens kapitel 16.

Som nævnt ovenfor skal kommunen træffe afgørelse om og tilbyde hjælpen til beboerne på principielt samme måde som, hvis beboeren boede i en bolig uden for plejehjemmet/plejeboligerne. Kommunen skal således bl.a.

- tilbyde personlig hjælp og pleje samt hjælp eller støtte til nødvendige praktiske opgaver i hjemmet, jf. servicelovens § 83,
- sikre, at sådan hjælp i fornødent omfang kan varetages døgnet rundt, jf. § 87,
- træffe afgørelse om tildeling af hjælp mv. efter en konkret individuel vurdering, jf. § 88, og
- sikre, at den hjælp, der er truffet afgørelse om, leveres og inden for en rimelig frist, jf. § 90.

Kommunen har endvidere pligt til at ”skabe grundlag for, at modtagere af hjælp efter § 83 kan vælge mellem forskellige leverandører af hjælpen”, jf. servicelovens § 91. Dette kan ske enten ved, at kommunen efter et udbud indgår kontrakt med mindst 2 leverandører (udbudsmodellen), eller ved at kommunen godkender og indgår kontrakt med alle kvalificerede leverandører, der ønsker adgang til at levere § 83-ydelser i overensstemmelse med de kvalitets- og priskrav, som kommunen har fastsat (godkendelsesmodellen).

Udbudsmodellen og godkendelsesmodellen er således obligatorisk fastlagt som de måder, en kommune kan organisere, hvordan § 83-ydelserne leveres med henblik på at sikre modtagerne af hjælpen et *frit valg* mellem flere leverandører. Kommunens pligt til at sikre, at der altid kan leveres hjælp, betyder dog, at kommunen normalt også vil have en egen enhed, der kan levere § 83-ydelser i alle tilfælde, herunder hvis borgeren ikke har valgt en anden leverandør.

- 3.5 Servicelovens regler om frit valg i servicelovens §§ 91-92 gælder dog ikke for beboere i plejehjem eller plejeboliger. Det følger af lovens § 93, som fastsætter en undtagelse fra frit valgs reglerne i §§ 91-92.

Herudover indeholder § 93 ikke bestemmelse om, hvordan kommunen skal organisere leveringen af serviceydelserne efter § 83 bortset fra, at kommunen skal "fastsætte og offentliggøre de kvalitetskrav, der stilles til leverandører af kommunale serviceydelser" til beboere i plejehjem og plejeboliger, jf. stk. 2.



Baggrunden for undtagelsen i § 93 var i lovforarbejderne beskrevet således:¹

"Beboere i plejehjem og lignende boligenheder har særlige plejebehov, der bedst varetages ved en samlet, koordineret og fleksibel indsats, hvor den enkelte leverandør har base under boligenhedens tag. Det betyder, at driften af plejehjem og lignende boligenheder med udvidede plejefunktioner tilknyttet stiller særlige udfordringer til tilrettelæggelsen af hjælpen. Derfor bør denne gruppe af ældre efter regeringens opfattelse ikke være omfattet af retten til frit at vælge leverandør.

Regeringen ønsker dog, at den øgede åbenhed om de krav, der fra kommunalbestyrelsens side stilles til leverandørerne, også skal gælde i forbindelse med driften af plejehjem og lignende boligenheder. Derfor foreslås det, at kommunalbestyrelsen pålægges at offentliggøre beskrivelsen af de krav, der stilles i forbindelse med driften af plejehjem og lignende boligenheder."

- 3.6 Servicelovens udgangspunkt er, at modtagere af hjælp selv skal betale herfor, medmindre loven fastsætter andet, jf. § 158. De nærmere regler om betaling for personlig og praktisk hjælp er fastsat i bkg. nr. 616/2006. Varig hjælp som fx i en plejebolig er dog vederlagsfri for borgerne.

Udgifter efter serviceloven, som ikke betales af modtagerne af hjælp, finansieres af kommunen, jf. servicelovens § 173. Kommunen har således

".. det fulde myndigheds- og finansieringsansvar for sociale tilbud. En kommune kan beslutte og finansiere en visitation til egne tilbud, private tilbud, andre kommuners tilbud eller regionale tilbud.

Køb af et tilbud/pladser i private tilbud eller andre kommuners tilbud består i køb af enkeltpladser, hvor prisfastsættelsen fastsættes i en konkret aftale eller i henhold til en rammeaftale ved køb af flere pladser.

.... Kommunerne kan selv oprette og drive tilbud og har mulighed for at sælge pladser til andre kommuner."²

4. Udgangspunktet i forhold til udbudspligt

- 4.1 EU's udbudsdirektiv gælder, når det offentlige indgår kontrakter af en vis størrelse.

Jeg lægger til grund, at Københavns Kommunes aftaler om drift af plejehjem (drifts-overenskomster) eller om drift af plejeboliger utvivlsomt har en værdi, som ligger endog betydeligt over den relevante tærskelværdi på knapt 1,6 mio. kr.

¹ Citatet er fra lovforslag nr. 130/2001 fra indførelsen af fritvalgsreglerne i den tidligere servicelov. Reglerne er uændret videreført i den gældende servicelov.

² Jf. lovforslag nr. 38/2004, 2. samling, vedr. serviceloven af 2007.

- 4.2 Udbudsdirektivet indeholder forskellige regler afhængigt af, om en kontrakt angår de såkaldte *prioriterede* tjenesteydelser eller de *ikke-prioriterede* tjenesteydelser. Det er således kun den første gruppe, som er underlagt direktivets krav om EU-udbud, mens der for den anden gruppe kun gælder enkelte af direktivets bestemmelser.

Afgrænsningen mellem de prioriterede, hhv. de ikke-prioriterede tjenesteydelser sker ud fra udbudsdirektivets bilag IIA-B, hvorfor ydelserne også kaldes A-, hhv. B-tjenesteydelser (denne betegnelse anvendes i det videre).

Det må antages, at de ydelser med praktisk og personlig hjælp, som indgår i drift af plejehjem, hhv. plejeboliger, *samlet* hovedsageligt angår B-tjenesteydelser. Dette er også generelt antaget.

Betydningen heraf er, at der ikke gælder krav om EU-udbud efter udbudsdirektivets regler, når Københavns Kommune indgår en driftsoverenskomst eller anden samlet aftale om drift af plejehjem/plejeboliger eller levering af serviceydelser efter servicelovens § 83.

- 4.3 Imidlertid antages det, at de almindelige principper og bestemmelser i udbudsdirektivet og EF-Traktaten alligevel medfører pligt til at foretage *en passende offentliggørelse* af bl.a. kontrakter om B-tjenesteydelser. Melder der sig flere interesserede på baggrund af offentliggørelsen, skal udbyderen endvidere sikre en konkurrence på lige og gennemsigtige vilkår.

At der gælder en sådan pligt til *udbud light*, er udtalt af både EU-Kommissionen og Konkurrencestyrelsen. Indtil videre har EF-Domstolen kun fastslået denne pligt til *udbud light* i forhold til andre undtagelser fra pligten til egentligt EU-udbud, men Domstolen må forventes inden for få måneder at fastslå det samme også vedrørende kontrakter om B-ydelser (jeg bemærker, at de forslag til afgørelse, som foreligger fra Domstolens generaladvokat, fastslår sådanne forpligtelser).

- 4.4 Afklaringen af dette ved en dom fra EF-Domstolen har dog mindre praktisk relevans, da Folketinget den 10. maj 2007 har vedtaget et lovforslag, som indfører pligt for offentlige udbydere til at annoncere alle kontrakter med en værdi på mere end kr. 500.000, herunder kontrakter om B-ydelser som fx aftaler om plejeydelser. Endvidere skal udbyderne sikre lige og gennemsigtige konkurrencevilkår i forbindelse med sådanne annonceringer.

Disse nye regler om annonceringspligt træder i kraft den 1. juli 2007 og skal således følges ved indgåelse af bl.a. kontrakter om B-ydelser fremover.

Jeg bemærker særligt, at økonomi- og erhvervsministeren under udvalgsbehandlingen af lovforslaget den 22. marts 2007 udtalte som svar på en henvendelse fra Dialogforum for Selvejende Sociale Institutioner, at kommunernes

”driftsaftaler med de selvejende institutioner om fx drift af plejehjem, krisecentre, daginstitutioner mv. vil således også blive omfattet af annonceringspligten. Jeg kan dog oplyse, at lovforslaget ikke vil have nogen umiddelbar virkning på de driftsaftaler, som allerede er indgået”.

- 4.5 Hvis Københavns Kommune ønsker at indgå en samlet kontrakt om drift af plejehjem/plejeboliger eller om levering af serviceydelser efter servicelovens § 83³, herunder evt. som en driftsoverenskomst, er udgangspunktet således (både nu og efter 1. juli 2007), at kontrakten ikke skal i EU-udbud, men skal annonceres på passende vis og i øvrigt tildeles ved en lige og gennemsigtig konkurrence.

I afsnit 7 nedenfor vurderer jeg, om der er relevante undtagelser til dette udgangspunkt om annonceringspligt.

Herunder vil jeg også vurdere, om ombygningerne har den betydning for de hidtidige driftsoverenskomster, at disse må anses for ændret i en sådan grad, at Københavns Kommune vil blive anset for at have indgået nye driftsoverenskomster. Jeg bemærker herved, at de nye annonceringsregler ikke medfører pligt til at udbyde allerede indgåede driftsoverenskomster, jf. Økonomi- og Erhvervsministerens besvarelse af ovennævnte udvalgsspørgsmål.

5. Plejehjem i Københavns Kommune

- 5.1 Københavns Kommune har p.t. 53 plejehjem eller plejeboligbebyggelser. Heraf er 19 kommunale, mens 33 plejehjem/plejeboligbebyggelser drives ved selvejende institutioner med driftsoverenskomst med Kommunen. Der er endvidere 1 friplejehjem.

I alt er 13 plejehjem (8 kommunale og 5 selvejende) ombygget og er derved overgået til at være plejeboligbebyggelser.

Ifølge Københavns Kommunes moderniseringsplan vil en række yderligere plejehjem etableret efter bistandslovens regler blive ombygget i de kommende år med støtte efter almenboligloven, således at plejehjemmene derved overgår til at være almene plejeboliger.

- 5.2 De selvejende institutioner med driftsoverenskomst med Kommunen er for hovedpartens vedkommende knyttet til en bestemt organisation med særlige værdier som følge af et specielt fokus eller tilknytningsforhold. Det kan være en religiøs tilknytning, en tilknytning til arbejderbevægelsen el.lign. eller fokus på særlige sygdomme.

De selvejende institutioner ledes af en bestyrelse, som Københavns Kommune ikke deltager i. Københavns Kommune har dog i kraft af den indgåede driftsoverenskomst vidtgående beføjelser i forhold til de selvejende institutioner.

Nogle selvejende institutioner har udtrykt ønske om en tydeliggørelse af Kommunens kompetencer og samtidig om, at institutionerne i højere grad end nu gives selvbestemmelse.

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har derfor igangsat et projekt med det formål at undersøge og vurdere mulighederne for øget selvbestemmelse for de selvejende institutioner. Der foreligger p.t. kun - som omtalt indledningsvist - et foreløbigt arbejdsudkast til rapport om "Det selvforvaltende plejehjem". Et af de foreløbige usikkerhedsmomenter i rapportudkastet er forholdet til udbudsreglerne ved en revision af driftsoverenskomsterne med henblik på at overlade større selvbestemmelse til de selvejende institutioner.

³ Jeg bemærker, at visse serviceydelser i sig selv antageligt er A-ydelser (fx rengøring) og således skal udbydes ved et EU-udbud, hvis der indgås separate leverandørkontrakter herom.

Rapportudkastets overvejelser om en fremtidig model for driftsoverenskomster vil indgå i mine nærmere overvejelser nedenfor i afsnit 7 om undtagelser fra pligten til udbud/annoncering.

- 5.3 De selvejende institutioner, der driver plejehjem efter driftsoverenskomst med Københavns Kommune, råder selv over de nødvendige lokaler til brug for plejehjemsdriften. I nogle tilfælde ejer institutionen selv lokalerne, i andre tilfælde lejer institutionen lokalerne. Udlejer kan være en almen boligorganisation, Københavns Kommune eller andre, herunder en stiftelse eller lignende, som den selvejende institution har tilknytning til.

Som beskrevet i afsnit 3.2 ovenfor gælder det generelt, at der ikke foreligger lejemaal mellem den enkelte beboer og den selvejende institution eller udlejeren af lokalerne. Det gælder antageligt også for de plejehjem, der er etableret i almene boligorganisationers lokaler, idet lokalerne typisk vil være udlejet samlet som (ét) erhvervslejemaal til den selvejende institution.

Ved ombygning ændres dette, jf. også den generelle beskrivelse i afsnit 3.3, da boligerne mærkes som almene plejeboliger og dermed udlejes ved individuelle lejekontrakter mellem den almene boligorganisation og den beboer, som anvises af kommunen.

I nødvendigt omfang overdrages de lokaler, som de selvejende institutioner hidtil har rådet over som lejer eller ejer, ved ombygning til en boligafdeling af en almen boligorganisation. Overdragelsen sker efter det oplyste - som udgangspunkt - mod afdelingens overtagelse af indestående gæld.

Efter ombygning vil de selvejende institutioner ikke længere (som ejer eller lejer) stå for at stille lokaler til rådighed for driften af plejeboligerne.

Ejerskab og ansvaret for lokalerne vil da ligge hos den almene boligorganisation, hvor en afdelingsbestyrelse, hhv. organisationens hovedbestyrelse vil træffe beslutning vedr. lokalernes vedligeholdelse og andre ejendomsdriftsforhold.

- 5.4 De servicearealer knyttet til almene plejeboliger, som anvendes ved ydelsen af hjælp efter servicelovens § 83, er efter ombygning enten ejet eller lejet af Københavns Kommune.

Kommunen stiller så arealerne til rådighed for den, som rent faktisk udfører ydelserne, herunder de selvejende institutioner.

- 5.5 Som udgangspunkt vil de enkelte selvejende institutioner være knyttet til de samme lokaler også efter en ombygning (der bortses herved fra betydningen af en evt. udbuds-/annonceringspligt). I visse tilfælde kan der dog blive tale om, at en selvejende institution "flyttes" permanent til andre lokaler i forbindelse med ombygningerne.

Om de organisatoriske forhold ved ombygningerne har Sundhedsforvaltningen oplyst, at de selvejende institutioner ikke nedlægges eller ophører på anden vis ved ombygningerne. Herunder sker der ikke omdannelse af de selvejende institutioner til almene boligorganisationer eller almene afdelinger efter almenboliglovgivningens særlige regler herom.

Under selve ombygningen vil plejefloden normalt ophøre, således at beboerne flyttes til andre plejehjem/ældreboliger, og plejepersonalet opsiges.

Den selvejende institutions bestyrelse er dog fortsat i funktion, der udarbejdes driftsbudget og regnskab også under ombygningen, og lederen er fortsat ansat (men beskæftiges typisk andetsteds i Sundhedsforvaltningen). Bestyrelsen og lederen deltager bl.a. ved planlægning af byggeriet og ved (bygherre)beslutninger undervejs i byggefasen.

- 5.6 Efter ombygning (og idet der bortses fra spørgsmålet om udbudspligt) har de selvejende institutioner, som anvender ombyggede lokaler, fortsat stået for levering af hjælp efter servicelovens § 83 til beboerne i (efter ombygningen) plejeboligbebyggelsen. Der har alene været den forskel, at institutionen ikke længere er ansvarlig for boligydelsen, idet beboerne efter ombygning har hver sit lejemål hos en almen boligafdeling.

Sundhedsforvaltningen har oplyst, at driftsoverenskomsterne som udgangspunkt ikke opsiges i forbindelse med ombygningerne.

Et eksempel på en driftsoverenskomst om drift af *plejeboliger* efter ombygning er indgået mellem Københavns Kommune og den selvejende institution Solgavehjemmet. Denne overenskomst adskiller sig ikke i indhold fra de driftsoverenskomster, som blev indgået før 1988 på grundlag af bistandslovens § 80. Eneste forskel synes således at være i driftsoverenskomstens overskrift, hvor det nu angives, at overenskomsten angår "driften af plejen m.v. af beboerne", mens den tidligere driftsoverenskomst angik "driften af plejehjemmet".

Der foreligger endvidere andre tilsvarende eksempler, der - som overenskomsten om Solgavehjemmet - stammer fra 2000-2001.

Forholdet til udbudspligt eller hjemmelsgrundlag har efter det oplyste ikke hidtil været afklaret i forbindelse med indgåelse/videreførelse af driftsoverenskomster efter ombygning af plejehjem til plejeboligbebyggelser omfattet af almenboligloven.

- 5.7 I relation til udformningen af driftsoverenskomster bemærker jeg, at bistandslovgivningen indeholdt en skabelon for kommuners driftsoverenskomster med selvejende institutioner om plejehjem og beskyttede boliger, jf. Socialministeriets cirkulære af 29. marts 1976.

Selv om der så vidt vides ikke foreligger en standard for de driftsoverenskomster, som Københavns Kommune har indgået gennem årene, svarer de ældre driftsoverenskomster (og også nye driftsoverenskomster) formentlig i høj grad til denne skabelon. Der kan dog findes eksempler på nyere driftsoverenskomster, som adskiller sig væsentligt fra skabelonen.

I afsnit 7 er gennemgået et eksempel på en typisk driftsoverenskomst samt tilhørende vedtægter for den selvejende institution med henblik på vurdering i forhold til den udbudsretlige in-house regel, jf. nærmere herom i afsnit 7.2.5.

6. **Kan en kommune i forhold til servicelovens regler indgå en "driftsoverenskomst" med en selvejende institution om drift af plejeydelser ved en plejeboligbebyggelse?**

- 6.1 Det almindelige kommunalretlige udgangspunkt er, at når en kommune har hjemmel til at varetage en opgave (i loven eller på grundlag af kommunalfuldmagten), kan kommunen selv vælge, *hvordan* opgaven varetages.

Denne metodefrihed begrænses kun, hvis lovgivningen foreskriver eller forudsætter, at opgaven skal løses på en bestemt måde eller inden for visse grænser.

Endvidere gælder en række generelle begrænsninger som fx, at myndighedsudøvelse ikke kan delegeres til andre.

Denne retstilstand er bl.a. beskrevet i Karnovs kommentar til kommunestyrelseslovens § 2 på følgende måde:

”Kommunalbestyrelsen har som udgangspunkt fri adgang til at indgå aftaler med private om at løse en kommunal opgave. De forpligtelser, som en kommune har efter lovgivningen, kan kommunen imidlertid ikke fraskrive sig ved aftaler med private, herunder helt eller delvis kommunalt ejede selskaber. Uanset om den faktiske opgaveudførelse overlades til selskaber, vil det således fortsat være kommunalbestyrelsen, der har ansvaret for, at lovgivningens krav til opgavens varetagelse opfyldes. Udgangspunktet om kommunalbestyrelsens frie adgang til at overlade opgaveudførelsen til private kan fraviges ved lov. Det kan således være fastsat eller forudsat i lovgivningen, at en opgave skal løses i kommunalt regi. Myndighedsopgaver, der består i at træffe afgørelse i forhold til borgerne, kan ikke overdrages til private uden udtrykkelig lovhjemmel.”

Umiddelbart nedenfor i afsnit 6.2 vurderes det, om det beskrevne udgangspunkt om metodefrihed er fraveget i relation til levering af personlig og praktisk hjælp til beboere i plejeboligbebyggelser.

- 6.2 En aftale – evt. kaldet en *driftsoverenskomst* – mellem Københavns Kommune og en selvejende institution vedr. drift af en plejeboligbebyggelse vil reelt angå levering af den personlige og praktiske hjælp, som Københavns Kommune er forpligtet til at tilbyde efter servicelovens § 83.

Visse praktiske forhold vil være anderledes end ved levering af § 83-ydelser til beboere uden for plejeboligbebyggelser. Modtagerne af hjælpen vil bo inden for de samme overordnede fysiske rammer med bl.a. visse fællesfaciliteter (fællesrum mv.), og Københavns Kommune vil stille servicearealer til rådighed for personalet, der udfører den personlige og praktiske hjælp.

Det retlige grundlag for hjælpen – dvs. bestemmelserne i servicelovens kapitel 16 – skelner som udgangspunkt ikke mellem, om hjælpen efter § 83 ydes til inden eller uden for en plejeboligbebyggelse.

Som beskrevet i afsnit 3.5 gælder de almindelige frit valgs-regler dog ikke i forhold til beboere i plejeboliger, jf. servicelovens § 93. Dvs. at den pligt, som kommunerne ellers har til at sikre mulighed for borgerne til at vælge mellem flere leverandører ud over den kommunale hjemmepleje, ikke gælder i forhold til beboere i plejeboliger.

Det må således antages, at en kommune frit i forhold til serviceloven kan beslutte, om kommunen selv skal levere hjælp til beboere i plejeboliger, eller om man vil antage en eller flere private leverandører hertil.

Der er således ikke grundlag i serviceloven for at antage, at lovgiver har ønsket at begrænse udgangspunktet om kommunernes metodefrihed i relation til, hvordan praktisk og personlig hjælp leveres til beboere i plejeboliger.

Jeg bemærker, at kommunestyrelseslovens regler om udfordringsret, som ellers ofte er nævnt i tilknytning til kommunernes organisering hjælp til beboere i plejeboliger, jf. fx pkt. 177 i vejledning nr. 94/2006 om personlig og praktisk hjælp, træning, forebyggelse mv., nu er ophævet.

- 6.3 Det må endvidere antages, at Københavns Kommune også frit (forudsat overholdelse af udbudsreglerne, jf. afsnit 7 herom) kan vælge at indgå aftale med de selvejende institutioner, som hidtil har drevet plejehjem i henhold til driftsoverenskomster efter bistandsloven.

Man må dog – i lyset af de særlige vilkår i de hidtidige driftsoverenskomster - overveje, om service- og anden lovgivning eller almindelige kommunalretlige regler kan tænkes at begrænse, *hvilke vilkår* Kommunen kan fastsætte i en sådan aftale med en selvejende institution. Denne overvejelse synes navnlig relevant i lyset af, at der i bistandsloven har været anført en udtrykkelig lovbestemmelse om kommuners indgåelse af driftsoverenskomster med selvejende institutioner om drift af plejehjem.

Tilsvarende indeholder serviceloven stadig bestemmelser, der fastsætter, at en kommune kan indgå driftsoverenskomst om drift af daginstitutioner som selvejende institutioner.

At muligheden for at indgå driftsoverenskomst med en selvejende institution, har været direkte omtalt i (oprindeligt) bistandslovens § 80, har dog øjensynligt haft andre årsager end, at man har ment, at en sådan aftaleindgåelse kræver en udtrykkelig lov hjemmel.

Dels anføres det i lovbemærkningerne til bistandslovens § 80, at bestemmelsen

”fastslår kommunalbestyrelsens valgfrihed med hensyn til selv at oprette institutioner eller indgå overenskomst med selvejende institutioner.”

Det fremgår således af formuleringen, at man (blot) *fastslår* noget, som allerede gælder, nemlig at kommunerne har valgfrihed med hensyn til, om kommunen selv eller gennem en aftale med en privat organisation sikrer de nødvendige plejehjem mv.

Dels må bistandslovens § 80 ses i lyset af, at kommunerne tidligere havde kunnet indgå aftale med andre private organisationer end selvejende institutioner, hvis der var tale om mindre plejehjem. Dette fremgår af de følgende lovbemærkninger til § 80:

”Efter omsorgslovens § 7 gælder kravet om, at en institution skal være selvejende kun, hvis der er plads til mindst 10 pensionister. Det synes dog hensigtsmæssigt, at alle institutioner, der oprettes efter bistandslovens ikrafttræden, uanset antallet af pladser, skal være selvejende.”

Der er således ikke grundlag for at antage, at bistandslovens § 80 har været tilsigtet at skulle give en (nødvendig) hjemmel for kommuners indgåelse af driftsoverenskomster med selvejende institutioner. Derimod har formålet - ud over at understrege kommunens valgfrihed mellem et kommunalt plejehjem og et hjem drevet af en selvejende institution - øjensynligt været at udelukke, at kommuner indgik overenskomster med andre end selvejende institutioner.

- 6.4 Kendetegnende for de driftsoverenskomster, som er indgået oprindeligt med grundlag i bistandslovens § 80, er generelt den nære tilknytning mellem kommunen og den selv-

ejende institution, som bl.a. har betydet, at sådanne institutioner i en række sammenhænge er anset for en del af den offentlige forvaltning.

Den nære tilknytning kommer udtryk i en række vilkår, som man normalt ikke vil finde i en kontrakt med en ekstern leverandør. Som eksempel kan nævnes kommunens omfattende beføjelser i forhold til institutionens økonomiske forhold, herunder formueopbygning, og kommunens underskudsdækning.⁴

Der er næppe nogen af disse vilkår, som *i sig selv* ligger uden for, hvad en kommune kan aftale sig til med grundlag i den metodefrihed, som er beskrevet i afsnit 6.1. Fx er et vilkår om underskudsdækning ikke almindeligt i sædvanlige leverandørkontrakter, da fokus typisk er på endeligt at få en fast og budgetterbar pris for de aftalte ydelser, men der ikke noget kommunalretligt i vejen for, at en kommune betaler efter regning, hvilket også omfatter en usikkerhed om, hvad der betales for det udførte arbejde. Hvis en selvejende institution kun udfører ydelser for kommunen, kan man sige, at underskudsdækningen reelt ikke adskiller sig fra betaling i regning, dvs. at kommunen påtager sig at betale alle udgifter, som viser sig at følge med levering af ydelsen.

- 6.5 Man må derimod overveje, om det forhold, at en sædvanlig driftsoverenskomst (se nærmere herom vilkårene heri i afsnit 7.2.5) tillægger kommunen som kontraktpart omfattende beføjelser overfor den selvejende institution, er i overensstemmelse med kommunalretten, når der ikke i forhold til *plejeboliger* findes en sådan udtrykkelig lovbestemmelse, som bistandsloven/serviceloven hidtil har indeholdt vedrørende bestående plejehjem mv.

Det er således antaget i tilsynspraksis, at en kommune normalt ikke kan udskille sin opgavevaretagelse i et selskab mv. og stadig bevare rådigheden over opgaven ved at have bestemmende indflydelse i selskabet. Begrundelsen er, at kommunen derved kan bringe sin opgavevaretagelse uden for kommunestyrelseslovens regler bl.a. om tilsyn og sanktioner.

I Karnovs kommentar til kommunestyrelseslovens § 2 er begrænsningen beskrevet således:

”En kommunalbestyrelse kan normalt ikke udskille en opgave i et selvstændigt selskab og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen ved at eje mere end 50 % af selskabet eller på anden måde have bestemmende indflydelse på selskabet. Det antages dog, at der for visse opgavetyper foreligger særlige hensyn, der kan begrunde en opgavevaretagelse i privatretlige organisationsformer, uanset at kommunen bevarer rådigheden over opgavevaretagelsen. Dette er navnlig tilfældet, hvor den pågældende opgave har mindre sammenhæng med den øvrige kommunale virksomhed, eller hvor hensynet til en forretningsmæssig ledelse af opgavevaretagelsen er fremtrædende. Som eksempler herpå kan nævnes kommunal forsyningsvirksomhed og forarbejdning af biprodukter af kommunal virksomhed.”

Der er i teorien rejst tvivl om grundlaget for denne begrænsning, jf. omtalen heraf i Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret (2002), s. 737. Begrænsningen lægges dog generelt til grund af det kommunale tilsyn, jf. fx Statsamtet Københavns udtalelse fra 2006 om Hørsholms Kommunes besiddelse af flertallet af aktierne i Rungsted Havn A/S og udpegning af et flertal af bestyrelsesmedlemmerne.

⁴ Det er dog et generelt krav efter den sociale retssikkerhedslovs § 43, stk. 1, at en kommune, der betaler for at få udført opgaver, skal tage stilling til, om der gennem betalinger opbygges formue hos aftalyparten, og hvorledes der skal forholdes en sådan formue.

Begrænsningen antages at gælde i forhold til alle privatretlige organisationsformer, herunder selvejende institutioner.

Indenrigsministeriet har således i 1990 udtalt, at en kommune, der overlader opgaver til en selvejende institution, ikke kan udpege flertallet af medlemmerne i institutionens bestyrelse, da det må anses for en omgåelse af kommunestyrelsesloven, at en kommune varetager en opgave i en privatretlig organisationsform. Det bemærkes, at fokus i denne udtalelse var, om en overvægt af kommunalt udpegede bestyrelsesmedlemmer var tilstrækkeligt til, at der forelå kommunal opgavevaretagelse, selv om det følger af fondsretten, at kommunen ikke kan instruere medlemmerne om udøvelsen af deres hverv. Udtalelsen angik ikke en selvejende institution inden for det sociale område.

Jeg bemærker, at den beskrevne tilsynspraksis synes at være udviklet fra 1980'erne, hvorimod – som omtalt i Gammeltoft-Hansens Forvaltningsret, s. 738 – ældre tilsynspraksis ikke synes at have lagt vægt på, om en kommune med engagement i et selskab havde bestemmende indflydelse på selskabet. Den beskrevne kommunalretlige begrænsning har således antageligt slet ikke været en overvejelse i forbindelse med bistandslovens § 80, hvilket lovforarbejderne heller ikke giver grundlag for at antage.

6.6 Hvis indholdet af de aftaler, som Københavns Kommune måtte indgå med selvejende institutioner om drift af plejeboliger, svarer til de hidtidige driftsoverenskomster, må man – i lyset af den beskrevne kommunalretlige begrænsning – dog overveje følgende spørgsmål:

- Indebærer aftalens (driftsoverenskomstens) vidtgående beføjelser for Københavns Kommune, at Kommunen må anses for at bevare rådigheden over opgaveudførelsen?
- Hvis der svares ja til det første spørgsmål, er der så tale om sådanne særlige forhold, at begrænsningen alligevel ikke forhindrer indgåelsen af en sådan aftale?

6.7 Det skal først bemærkes, at Københavns Kommune slet ikke deltager i de selvejende institutioners bestyrelser eller på anden måde har bestemmende indflydelse, som beror på ejerskab eller deltagelse i institutionernes ledelse. Den omstændighed, som normalt er udslagsgivende i forhold til at konstatere, at kommunen har bevaret rådigheden over opgaveløsningen, er således ikke til stede.

Københavns Kommunes beføjelser efter driftsoverenskomsten er i høj grad knyttet til de økonomiske forhold. Det er således kendetegnende, at de økonomiske rammer for opgaveudførelsen er underlagt kommunens kontrol i form af, at kommunen fastsætter den ramme, som institutionens budget skal ligge inden for, og godkender regnskabet. Hertil knytter sig en række mere detaljerede rammer for bestemte omkostningsposter fx at ansættelser kun kan ske inden for budgetrammerne og skal ske i overensstemmelse med Københavns Kommunes løn- og ansættelsesvilkår.

I sammenligning med en almindelig leverandørkontrakt er der således tale om en omfattende økonomisk styring. Denne styring er dog velbegrunderet i betragtning af betalingsmodellen, hvor Københavns Kommune dækker eventuelle underskud ved driften. Det er endvidere oplyst, at den selvejende institution selv kan disponere inden for de godkendte økonomiske rammer.

Betalingsmodellen nødvendiggør også en begrænsning i de aktiviteter, som den selvejende institution kan varetage, således at Kommunen har sikkerhed for kun at finansiere udgifter vedrørende Kommunens borgere. Formålsbestemmelsen i institutionens vedtægter begrænser typisk de lovlige aktiviteter til at være plejehjemsdrift, og den ty-

piske driftsoverenskomst indeholder endvidere supplerende bestemmelse om, at der ikke må optages andre personer end dem, der anvises af Københavns Kommune. Under tiden fastsætter vedtægterne, at institutionen kun må anvendes til brug for borgere i lokalområdet eller for borgere med bopæl i Københavns Kommune. Som følge af lovgivningen om frit plejehjemsvalg kan sådanne lokalpræferencer ikke opretholdes, men det er fortsat efter det oplyste således, at al indflytning/tildeling af plads/bolig sker gennem Københavns Kommunes visitation.

Vedtægterne og/eller driftsoverenskomsten omfatter også beføjelser for Københavns Kommune i relation til vedtægtsændringer (godkendelse) og anvendelsen af institutionens formål i tilfælde af institutionens nedlæggelse (godkendelse og krav om anvendelse til et socialt el.lign. formål). Sidstnævnte bestemmelse er dog i overensstemmelse med kravet i socialretssikkerhedslovens § 43, stk. 1, om en kommune skal tage stilling til, hvordan der skal forholdes med formue, der gennem kommunens betalinger opbygges hos en aftalepart, der udfører opgaver efter sociallovgivningen. Med hensyn til godkendelse af vedtægtsændringer må det endvidere antages, at Kommunen kun kan nægte godkendelse/stille krav om ændring, hvor dette er begrundet i hensynet til en forsvarlig opgaveudførelse og økonomisk styring.

Driftsoverenskomsterne indeholder ikke særlige angivelser om, hvordan ydelserne skal udføres, men en angivelse af, at plejen skal udøves i overensstemmelse med de kriterier, der bliver fastsat af Københavns Kommune. Det er oplyst, at realiteten heri er, at plejen skal ske i overensstemmelse med de kvalitetsstandarder, som i øvrigt stilles til leverandørerne af disse ydelser, jf. servicelovens § 93, stk. 2.

Sundhedsforvaltningen har endvidere oplyst, at de selvejende institutioner – inden for kvalitetskravene/serviceniveauet og gældende lovkrav – er overladt en betydelig selvbestemmelse med hensyn til dagligdagen i plejeboligerne, herunder hvordan institutionens særlige tilknytningsforhold ytrer sig i hverdagen.

- 6.8 Efter min vurdering er det ud fra det foreliggende tvivlsomt, om aftalebestemmelser som i de hidtidige driftsoverenskomster giver Københavns Kommune så vidtgående beføjelser, at Kommunen *i relation til den kommunalretlige begrænsning* må anses for at have bevaret rådigheden over opgaveudførelsen. Jeg lægger herved vægt på, at beslutninger om og som led i den daglige drift foretages af institutionens bestyrelse og ledelse uden Kommunens konkrete indflydelse ud over budgetrammerne, og institutionen selv helt fastsætter de værdier og interesser, som institutionen står for.

Endvidere må der også tages hensyn til, at opgaven efter sin karakter forudsætter en forholdsvis høj grad af kommunal kontrol og indflydelse sammenholdt med leveranceforhold, hvor opgaven er mindre kompliceret, således at bl.a. ydelseskrav kan fastlægges mere endeligt og entydigt for kontraktperioden, og endvidere ikke involverer direkte krævende borgerkontakt.

Betydningen af opgavens karakter ses også illustreret ved de særlige bestemmelser i socialretssikkerhedslovens § 43, som gælder for kommuners overladelse af opgaver til løsning hos private. Ud over det allerede nævnte krav vedrørende formueopgaven bestemmes det i § 43, at forvaltnings- og offentlighedslovene gælder for private, i det omfang de udfører opgaver efter sociallovgivningen, samt at videregivelse og indhentelse af oplysninger vedrørende enkeltpersoner er omfattet af forvaltningslovens §§ 27,

29, 31 og 32. Det er udtrykkeligt angivet i retssikkerhedslovens § 43, at dette også gælder for selvejende institutioner, som udfører opgaver for en kommune.⁵

- 6.9 Selv hvis driftsoverenskomstens bestemmelser måtte antages at indebære, at kommunen bevarer rådigheden over opgaveudførelsen i de selvejende institutioner, er der efter min vurdering grundlag for at argumentere med vægt for, at der her foreligger en sådan særlig situation, at den kommunalretlige begrænsning ikke gælder. Ud over de allerede anførte realhensyn kan der henvises til den langvarige praksis for, at en kommunes plejeopgaver løses gennem tilsvarende driftsoverenskomster med selvejende institutioner, som i høj grad er knyttet til og anset for at være en del af den offentlige forvaltning.

Der er endvidere ikke grundlag for at antage, at ophævelsen af de særlige bestemmelser i sociallovgivningen om indgåelse af driftsoverenskomster om plejehjem har været motiveret af andet end en overgang fra plejehjemsmodellen til den mere individuelle plejeboligmodel. Der er således ikke grundlag for at antage, at man fra lovgivers side i den forbindelse har haft til hensigt at begrænse muligheden for at lade driften af plejeboligbebyggelser forestå af selvejende institutioner med en tæt tilknytning til kommunen.

6.10 Sammenfattende er det min vurdering:

- At servicelovgivningen ikke begrænser udgangspunktet om kommunernes metodefrihed i relation til, hvordan praktisk og personlig hjælp leveres til beboere i plejeboliger.
- At Københavns Kommune frit - forudsat overholdelse af udbudsreglerne, jf. afsnit 7 herom - kan vælge at indgå aftale med de selvejende institutioner, som hidtil har drevet plejehjem i henhold til driftsoverenskomster efter servicelovens § 192. Jeg bemærker særligt, at servicelovgivningen ikke indeholder krav eller forudsætninger om fritvalgsbestemmelser eller konkurrenceudsættelse af de opgaver, som knytter sig til plejeboligbebyggelser.
- At serviceloven og den almindelige kommunalret næppe heller begrænser Kommunen i at aftale vilkår, som svarer til de hidtidige driftsoverenskomsters vilkår, herunder med omfattende beføjelser for Kommunen i relation til navnlig institutionens økonomi.
- At der dog derved kan være grund til at overveje forholdet til den begrænsning, som er fastlagt i tilsynspraksis, og som går ud på, at en kommune ikke må overlade opgaveudførelse til en privat organisation/et selskab og stadig selv bevare rådighed over opgaveudførelse fx gennem et bestyrelsesflertal.
- At det dog ud fra det foreliggende er tvivlsomt, om aftalebestemmelser som i de hidtidige driftsoverenskomster giver Københavns Kommune så vidtgående beføjelser, at Kommunen *i relation til den kommunalretlige begrænsning* må anses for at have bevaret rådigheden over opgaveudførelsen, herunder da institutionerne i vidt omfang (inden for de generelt gældende rammer) har selvbestemmelse med hensyn

⁵ I øvrigt er det antaget (også før retssikkerhedslovens § 43), at selvejende institutioner inden for det sociale område med driftsoverenskomst med en kommune typisk er så tæt knyttet til det offentlige, at de anses for en del af den offentlige forvaltning, således at forvaltnings- og offentlighedslovene gælder i det hele for sådanne institutioner, jf. bl.a. John Vogter, Offentlighedsloven med kommentarer, 1998, s. 59-60.

til den daglige drift og dagligheden i plejeboligbebyggelsen. Hertil kommer, at der ikke er grundlag for at antage, at lovgiver ved ophævelsen af bistandslovens bestemmelse om driftsoverenskomster om plejehjem har tilsigtet at begrænse muligheden for at lade driften af plejeboligbebyggelser forestå af selvejende institutioner med en tæt tilknytning til kommunen som efter de hidtidige driftsoverenskomster.

- At der således antageligt ikke er noget i vejen for, at Københavns Kommune indgår aftaler med selvejende institutioner på vilkår, der svarer til de hidtidige driftsoverenskomster efter bistandslovens § 80/serviceovens § 192, blot med den forskel, at aftalerne angår levering af ydelser efter serviceovens § 83 til beboere i plejeboliger.

Fuldstændig sikkerhed for især den konklusion, at en kommune fortsat kan indgå aftaler med vilkår som de hidtidige driftsoverenskomster, kan dog kun fås ved at sikre sig de kompetente myndigheders (Socialministeriet og Statsforvaltningen Hovedstaden) stillingtagen.

7. Er der relevante undtagelser til udgangspunktet om udbudspligt/annonceringspligt, f.s.v. angår en kommunes "driftsoverenskomst" om drift af plejeydelser ved en plejeboligbebyggelse?

7.1 Udgangspunktet om pligt til annoncering

Som beskrevet i afsnit 4 er udgangspunktet, at en samlet kontrakt om drift af plejehjem/plejeboliger eller om levering af serviceydelser efter serviceovens § 83 ikke skal i EU-udbud, men skal annonceres på passende vis og i øvrigt tildeles ved en lige og gennemsigtig konkurrence. Fra og med 1. juli 2007 følger dette direkte af nye regler i tilbudsloven.

7.2 In-house reglen

7.2.1 Hverken EU's udbudsregler eller de nye regler om annonceringspligt medfører pligt til udlicitering. En kommune er således ikke forpligtet til at købe varer og ydelser eksternt, men kan vælge selv at stå for produktion og udførelse. Dette kaldes *in-house reglen*.

Udgangspunktet er, at in-house reglen kun kan anvendes på produktion og udførelse af ydelser, som foregår inden for kommunen, dvs. inden for én og samme juridiske person.

Foretages produktionen og ydelserne derimod af en anden juridisk person end kommunen, er der normalt tale om et *ex-house forhold*, som baserer sig på en gensidigt bebyrdende aftale, og som dermed falder under EU's udbudsregler.

7.2.2 Det er imidlertid anerkendt også i forhold til udbudsretten, at offentlige myndigheder under tiden organiserer sig med separate enheder, som – uanset den juridiske opdeling – reelt fungerer som en intern del af den pågældende myndighed, og at forholdet mellem myndigheden og en sådan separat enhed ikke udgør et reelt gensidigt bebyrdende aftaleforhold.

Retspraksis har således anerkendt en udvidelse af in-house reglen til også at gælde i sådanne situationer.

Der skal dog være tale om et reelt internt forhold mellem myndigheden og enheden, jf. følgende kriterier (som er opstillet af EF-Domstolen i 2000 og siden uddybet i en række domme):

- a) Myndigheden skal udøve en kontrol over den separate enhed, som svarer til myndighedens kontrol med sine egne tjenestegrene (*kontrolkriteriet*).
- b) Den separate enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed (eller de myndigheder), som enheden kontrolleres af (*virksomhedskriteriet*).



Er ovenstående kriterier opfyldt i forholdet mellem Københavns Kommune og en selvejende institution, betyder det, at Københavns Kommune kan indgå aftale med institutionen uden at være forpligtet til udbud eller annoncering. Det er derved uden betydning, om aftalen er en fortsættelse af den hidtidige driftsoverenskomst blot med de ændringer, som følger af de ændrede forhold vedr. lokaler, eller om der indgås en ny opdateret driftsoverenskomst.

I afsnit 7.2.3-7.2.4 redegøres nærmere for kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet, hvorefter jeg i afsnit 7.2.5 vurderer et typeeksempel på en driftsoverenskomst samt den pågældende selvejende institutions vedtægter i relation til, om kriterierne er opfyldt. I afsnit 7.2.5 omtales kort andre eksempler, som jeg har modtaget. I afsnit 7.2.7 overvejes betydningen af øget selvbestemmelse for de selvejende institutioner, jf. rapportudkastet om "Det Selvforvaltende Plejehjem", i forhold til in-house reglen. Afsnit 7.2.8 indeholder en sammenfatning.

Særligt i relation til økonomi- og erhvervsministerens svar af 22. marts 2007 om annonceringspligten i forhold til driftsaftaler med selvejende institutioner (omtalt i afsnit 4.4) har jeg uformelt fået oplyst hos Konkurrencestyrelsen, at man ikke i den forbindelse har taget højde for en evt. anvendelse af in-house reglen. Konkurrencestyrelsen, der har udarbejdet ministersvaret, har således ikke taget stilling til, om in-house reglen kan være relevant i forhold til sådanne driftsaftaler.

7.2.3 Vedr. kontrolkriteriet:

I kontrolkriteriet ligger nærmere, at myndigheden skal have *mulighed for at påvirke enhedens beslutninger*, og at myndighedens indflydelse skal være *bestemmende i forhold til enhedens strategiske beslutninger* såvel som andre vigtige beslutninger.

Der er ikke noget i vejen for, at enheden har en vis autonomi og selvstændig kompetence, men det skal være inden for de overordnede rammer, som myndigheden har fastlagt for strategi og andre vigtige forhold. Endvidere skal myndigheden have mulighed for at *påvirke* (men ikke nødvendigvis *bestemme*) andre, mindre vigtige beslutninger hos enheden.

Om kontrolkriteriet så er opfyldt, skal altid vurderes konkret. Heri skal indgå alle relevante omstændigheder (lovgivningsmæssige, kontraktmæssige, vedtægtsmæssige såvel som faktiske forhold). I afsnit 7.2.5 nedenfor er skitseret en sådan vurdering i forhold til en konkret selvejende institution.

Som generelt forhold skal det endvidere nævnes, at den separate enheds organisationsform har betydning i forhold til kontrolkriteriet. EF-Domstolen har fx i en dom fremhævet selve karakteren af et aktieselskab (dvs. organisationsformen) som et af flere momenter, der talte imod, at der forelå den krævede kontrol fra ejermyndighedens

side. Domstolen har også markeret, at en kommunal kontrol, der sker gennem et holdingselskab, er svagere pga. et sådant mellemleds medvirken, men at et holdingselskab ikke udelukker en tilstrækkelig kontrol.

Selvejende institutioner er som juridisk organisationsform kendetegnet ved at eje sig selv og ved at bestemme over sig selv. Der foreligger således ikke mellem en kommune og en selvejende institution et ejerforhold, som i sig selv (herunder i kombination med lovgivning og vedtægter) medfører ejerbeføjelser, der kan udgøre/bidrage til den krævede kontrol.

I forhold til selvejende institutioner vil kommunens kontrol således skulle have et andet grundlag (typisk driftsoverenskomst og vedtægter). Om denne kontrol er tilstrækkelig i relation til in-house undtagelsen, må vurderes konkret.

Jeg skal dog bemærke, der i hidtidige praksis om in-house undtagelsen ikke er taget stilling til, om den krævede kontrol nogensinde kan foreligge i forhold til en selvejende institution som følge af, at det er et grundlæggende karakteristika for selvejende institutioner, at ingen uden for institutionen ejer den eller kan bestemme over den.

Konkret er den mest iøjnefaldende forskel mellem kontrol, der beror på et ejerforhold, og så kontrol baseret på en aftale er, at en ejer normalt har fuldt kontrol over, hvor længe den tilknyttede enhed skal indgå i et in-house forhold, mens en aftale som udgangspunkt kan bringes til ophør af begge parter. Ejeren har således den fulde rådighed over etableringen af den tilknyttede enhed som in-house enhed, og om denne tilknytning evt. skal ophøre på et tidspunkt.

Efter min vurdering vil det i forhold til de selvejende institutioner - hvis in-house undtagelsen skal kunne anvendes i forhold til disse uanset deres karakter af at være selvejende - være af væsentlig betydning, at man kan godtgøre en tilsvarende grad af binding, dvs. at Københavns Kommune reelt har rådighed over, om den enkelte selvejende institution (fortsat) skal fungere på in-house vilkår.

Den meste enkle og effektive måde til - aftalemæssigt - at opnå en sådan binding er at afskære de selvejende institutioner fra at kunne opsige den aftale, som fastlægger Københavns Kommunes kontrol i relation til institutionerne. Et vilkår om, at institutionerne ikke kan opsige driftsoverenskomsten, vil således give Københavns Kommune rådighed over, hvor længe in-house relationen skal fastholdes.

Er realiteten dog – selv om institutionerne ifølge driftsoverenskomsten formelt har opsigelsesadgang – at institutionerne ikke kan overgå til anden drift end den hidtidige uden, at Københavns Kommune har accepteret dette, kan dette dog muligvis også være tilstrækkeligt i relation til kontrolkriteriet. En sådan realitet kan tænkes at bero på en kombination af følgende elementer:

- Den selvejende institutions formål som fastlagt i vedtægterne. Typisk er formålet beskrevet som værende pleje og plejehjemsdrift. I nogle tilfælde er denne aktivitet udtrykkeligt begrænset til borgere fra Københavns Kommune eller borgere, som anvises af Københavns Kommune. I andre tilfælde er vedtægtsformålet anført mere neutralt til, at institutionen modtager beboere, der anvendes af ”overenskomstkommunen”.
- Vedtægterne fastsætter typisk, at vedtægtsændringer skal godkendes af Københavns Kommune (eller ”overenskomstkommunen”), samt at institutionens formue

i tilfælde af nedlæggelse skal anvendes til et socialt eller sundhedsmæssigt formål efter Københavns Kommunes (eller "overenskomstkommunens") godkendelse.

- Der er begrænsede muligheder for at opretholde drift af plejehjem/plejeboliger, hvis dette ikke sker i henhold til en aftale med Københavns Kommune. Således vil andre kommuner typisk foretrække at anvise borgere til lokalt beliggende plejehjem/plejeboliger. Selvejende institutioner med en særlig tilknytning som fx Solgavehjemmet, der er knyttet til Dansk Blindesamfund, kan dog formentlig sikre sig et eksistensgrundlag også uden aftale med Københavns Kommune, evt. som friplejeboliger efter det særlige lovgrundlag herfor.

Ovenstående elementer tager sigte på, om Københavns Kommune – trods det manglende ejerskab – har en sådan rådighed over den selvejende institution, at det er kommunen og ikke den selvejende institution, der bestemmer, om institutionen skal fastholdes i et in-house forhold. Det er omtvisteligt, at det i mange tilfælde ikke står de selvejende institutioner frit for "at forlade" Københavns Kommune ved at opsig driftsoverenskomsten, idet det er tvivlsomt, om institutionen kan vedblive at bestå i så fald. I hvert fald i de tilfælde, hvor institutionen – afhængigt af den konkrete udformning af vedtægterne – ikke kan fortsætte drift af plejehjem/plejeboliger i andet regi, vil Københavns Kommune på samme måde som en ejer være herre over, om institutionen skal bestå eller ophøre.

Kontrolkriteriet angår endvidere i høj grad den bestemmende indflydelse, som Københavns Kommune løbende kan udøve i forhold til institutionens virke. Dette vurderes nedenfor i afsnit 7.2.5 ud fra en konkret driftsoverenskomst.

7.2.4 Vedr. virksomhedskriteriet:

I virksomhedskriteriet ligger nærmere, at den separate enheds aktiviteter *hovedsageligt skal være bestemt for myndigheden, og at andre aktiviteter kun må have marginal karakter.*

Begrundelsen for virksomhedskriteriet er, at myndighedens kontrol ikke nødvendigvis vil være fuldstændig, hvis enheden stadig kan udøve en væsentlig del af sine økonomiske aktiviteter med andre aktører end den myndighed (eller de myndigheder), den kontrolleres af.

Bedømmelsen af virksomhedskriteriet skal ske ud fra alle relevante omstændigheder, både kvalitative og kvantitative. Det er således ikke tilstrækkeligt, at den separate enhed har en bestemt (høj) procentandel i "intern" omsætning fra myndigheden, som kontrollerer enheden.

Ved aktiviteter med brugerbetaling regnes indtægter fra brugerbetaling også til den omsætning, som stammer fra myndigheden, hvis brugerbetalingen er en følge af myndighedens beslutning om at anvende enheden til at udføre den pågældende aktivitet. Det gælder, selv om brugerbetalingen sker direkte til den separate enhed.

7.2.5 Vedr. driftsoverenskomst med den selvejende institution Dronning Ingrid Hjem's beskyttede boliger:

Københavns Kommune har i 1978 indgået overenskomst med Dronning Ingrid Hjem's Beskyttede Boliger om driften af beskyttede boliger, jf. den tidligere bistanndslovs § 79, stk. 2, og § 80.

Følgende kan fremhæves fra driftsoverenskomsten, idet jeg ved de enkelte punkter - i parentes og med kursiveret skrift - har anført betydningen i forhold til kontrol- og virksomhedskriterierne samt anført supplerende oplysninger fra Sundhedsforvaltningen om administrationen i praksis:

- Overenskomsten omfatter 93 beskyttede boliger. Ændring af antallet af pladser kræver Københavns Kommunes godkendelse (*dvs. kommunen kontrollerer omfanget af institutionens aktiviteter*).
- Der må ikke i de beskyttede boliger optages andre personer end dem, der visiteres af eller aftales med Københavns Kommune (*dvs. institutionen udfører således som udgangspunkt kun virksomhed sammen med Københavns Kommune, og kommunen kontrollerer, om institutionen kan udøve virksomhed sammen med/for andre. Dette supplerer den økonomiske kontrol, da institutionen dermed er helt afhængig af Københavns Kommunes visitering*).
- Kommunen yder betaling til driften på grundlag af et budget og et regnskab, som er udarbejdet af institutionens bestyrelse, og som er godkendt af kommunen (*dvs. kommunen har fuld økonomisk kontrol med institutionen og dermed også med, hvilke aktiviteter/udgifter institutionen kan udøve. Sundhedsforvaltningen har supplerende oplyst, at den selvejende institution selv disponerer inden for den økonomiske ramme, som fastsættes af Københavns Kommune, herunder ud fra de takster, som beregnes efter servicelovgivningen. Den selvejende institution kan således i nogen grad – under hensyn til de omkostninger, som er "faste", herunder personaleomkostningerne - beslutte at anvende et mindre beløb end det budgetgodkendte vedr. en post og i stedet anvende overskudsbeløbet til en anden aktivitet. Endvidere har institutionerne begrænset mulighed – p.t. 2% - for overførelse af overskud/underskud fra år til år. Evt. budgetoverskridelser godkendes og dækkes af Københavns Kommune, idet man dog afhængigt af begrundelsen forlanger handlingsplan og tættere overvågning med henblik på at undgå gentagelser*).
- Institutionen skal foretage løbende budgetkontrol, og institutionens regnskab skal revideres, efter regler fastsat af Københavns Kommune (*dvs. kommunen regulerer også institutionens detailstyring af økonomien – jeg har dog ikke gennemgået de regler, der henvises til. Sundhedsforvaltningen har endvidere oplyst, at de selvejende institutioner har pligt til at anvende Københavns Kommunes økonomisystem, KØR, som giver institutionerne en trækingsret hos kommunen. Der overføres således ikke fysisk likviditet, og et evt. merforbrug finansieres ved et mertræk hos kommunen*).
- Institutionen må ikke uden Københavns Kommunes samtykke anvende midler til økonomiske dispositioner af større betydning som fx forbedring/udvidelse af boligerne⁶, optagelse af lån, ændring af lånevilkår, ekstraordinært indkøb af inventar eller ekstraordinær vedligeholdelse (*dvs. at kompetencen for institutionens bestyrelse er reelt begrænset til daglig drift. Sundhedsforvaltningen har supplerende oplyst, at institutionen selv kan beslutte inventarkøb og lign., når købet sker inden for budgetrammen eller for overførte overskudsbeløb*).
- Institutionen ansætter og afskediger selv sit personale. Antallet af stillinger og deres art fastsættes dog årligt ved det budget, som skal godkendes af Københavns Kommune. Ansættelser herudover kræver kommunens samtykke. Endvidere skal kom-

⁶ Hvor der er tale om en plejebolig, angår sådanne forhold vedr. selve boligerne den almene afdeling, som plejeboligerne ligger i, og berører således ikke længere den selvejende institution.

munen godkende ansættelsen af institutionens forstander. Løn- og ansættelsesvilkår skal fastsættes i overensstemmelse med det aftalte mellem Københavns Kommune og de organisationer, som har forhandlingsretten for institutionens personale (dvs. *Københavns Kommune har efter driftsoverenskomstens vilkår kontrol over normeringer såvel som ansættelsesvilkår og kontrollerer dermed en af de betydeligste driftsomkostninger. Sundhedsforvaltningen har supplerende oplyst, at der ikke lænere anvendes normeringer, men at personaleantallet i stedet styres gennem den økonomiske ramme. Det er oplyst, at personalet i høj grad behandles og har rettigheder som personalet ved de kommunale institutioner og fx deltager i forvaltningens hovedsamarbejdsudvalg og i den clearingaftale, som søger genplacering af overtallige medarbejdere i andre af forvaltningens institutioner. Sundhedsforvaltningen har endvidere oplyst, at man aldrig har nægtet ansættelse af en leder, men i praksis mere uformelt har rådgivet og udtrykt forbehold ved ansættelser fx om behov for faglig opkvalificering.*)

- Københavns Kommune fører tilsyn med de beskyttede boliger og skal have adgang til når som helst at bese institutionen og tale med beboere og personale (det er et naturligt element i kontrolkriteriet, at myndigheden også skal kunne føre ubegrænset tilsyn med aktivitetens udførelse. Dette er tilfældet her, selv om tilsynet muligvis ligeså meget følger af lovgivningens krav til et kommunalt tilsyn).
- Beboernes betaling efter bistanndsloven kan indbetales til institutionen (en sådan brugerbetaling skal i forhold til virksomhedskriteriet henregnes til institutionens udførelse af virksomhed for kommunen. Sundhedsforvaltningen har dog oplyst, at bestemmelsen om beboernes betaling er forældet, idet beboernes betaling nu sker i form af en huslejebetaling og som takstbetaling til kommunen).
- Overenskomsten kan af begge parter opsiges med 6 måneders varsel, idet der ikke gælder krav om begrundelse (dvs. *Københavns Kommune kan med kort varsel fjerne grundlaget for institutionens varetagelse af plejeydelserne, fx hvis institutionen ikke efterlever driftsoverenskomstens krav. Dette styrker således, at der er realitet i kommunens kontrol. Sundhedsforvaltningen har dog oplyst, at man aldrig har opsagt en driftsoverenskomst bortset fra, hvor dette har været begrundet i ombygning eller i institutionens geografiske beliggenhed set i forhold til behov. Realiteten er efter det oplyste, at man i tilfælde af problemer forhandler sig til en acceptabel ordning.*)
- Ved institutionens nedlæggelse skal formuen anvendes til et socialt eller sundhedsmæssigt formål efter Københavns Kommunes godkendelse (dvs. *at kommunen endvidere har kompetence mht. anvendelsen af den formue, som er opbygget bl.a. gennem kommunens betaling for driften.*)

Der foreligger endvidere et sæt (udaterede) vedtægter for Dronning Ingrid Hjem's Beskyttede Boliger. Ifølge disse gælder endvidere følgende:

- Det anføres, at den selvejende institution er oprettet af Dansk Røde Kors Københavnsafdeling "i samarbejde med Københavns Kommune".
- Formålet anføres at være at modtage folke- og invalidepensionister med bopæl i Københavns Kommune. F.s.v. angår et mindre antal pladser, har en norsk, hhv. en svensk forening ret til at indstille personer, forudsat at de opfylder de helbreds- mæssige og sociale betingelser (dvs. *at det er institutionens vedtægtsbestemte formål at udøve virksomhed for Københavns Kommune af den karakter, som er omfattet af driftsoverenskomsten. Indstillingsretten er ikke en visiteringsret og ændrer*

ikke ved, at institutionens virksomhed således i forhold til virksomhedskriteriet udføres sammen med Københavns Kommune).

- Bestyrelsen omfatter ikke medlemmer, der udpeges af Københavns Kommune, ligesom der ikke er fastsat pligt til at indsende bestyrelsesreferater til kommunen (*dvs. Københavns Kommunes kontrol kan ikke baseres på deltagelse eller bestemmende indflydelse i bestyrelsen eller på oplysninger opnået ved bestyrelsesmøderne. Er de øvrige kontrolbeføjelser for kommunen tilstrækkeligt tunge, herunder således at bestyrelsens arbejde er begrænset til daglig drift inden for de af Kommunen fastsatte rammer, er indflydelse på og viden fra bestyrelsesarbejdet næppe en betingelse for tilstrækkelig kontrol*).
- Udover vedtægtsbestemmelserne vedr. tegningsret henviser vedtægterne til driftsoverenskomsten med hensyn til de nærmere regler for institutionens ledelse og drift (*dvs. at det markeres ud ad til, at der gælder særlige vilkår for institutionens drift som følge af tilknytningen til Københavns Kommune ved driftsoverenskomsten*).
- Som i driftsoverenskomsten indeholder vedtægterne bestemmelser om indsendelse af budget og regnskab til Københavns Kommunes godkendelse. Endvidere indgår der bestemmelse om kommunens godkendelse af revisor.
- Som i driftsoverenskomsten indeholder vedtægterne bestemmelse om, at Københavns Kommune i tilfælde af institutionens nedlæggelse skal godkende formuens anvendelse til et socialt eller sundhedsmæssigt formål.
- Vedtægterne kan ikke ændres uden Københavns Kommunes godkendelse.

Ovenstående gennemgang baserer sig på driftsoverenskomst og vedtægter for Dronning Ingrid Hjem's Beskyttede Boliger. I forhold til denne konkrete institution må det efter min vurdering formentlig antages, at den udvidede in-house regel vil være anvendelig som undtagelse fra udbudspligt ved en driftsoverenskomst om plejeydelser fremover. Jeg bemærker herved særligt, at denne institutions vedtægtsbestemte formål er begrænset til at modtage borgere med bopæl i Københavns Kommune, således at en opsigelse af driftsoverenskomsten reelt vil betyde, at institutionen ikke længere kan drive virksomhed efter sit formål.⁷

7.2.6 Vedr. andre institutioner/driftsoverenskomster:

De øvrige eksempler på driftsoverenskomster, som jeg har modtaget, svarer overvejende til driftsoverenskomsten med Dronning Ingrid Hjem's Beskyttede Boliger. Det gælder også de nyere driftsoverenskomster fra 2000-2001, som angår af drift af plejeboliger.

Disse nyere driftsoverenskomster indeholder således vilkår, som tilsvarende sikrer en grundlæggende økonomisk styring fra Kommunens side med fastlæggelse af budgetrammen og godkendelse af regnskab samt begrænsningerne i institutionens økonomi-

⁷ Lovgivningen om frit plejehjemsvalg betyder dog, at en sådan geografisk begrænsning ikke kan opretholdes helt. Hvilken betydning bestemmelserne om frit plejehjemsvalg har i relation til sådanne vedtægtsbestemmelser, er ikke vurderet. Det er således ikke vurderet, om frivalgsbestemmelserne ændrer den geografiske begrænsning fastsat i vedtægterne ud over de antageligt få tilfælde, hvor borgere ønsker at benytte sig af fritvalsreglerne.

ske råderum, samt at institutionen kun kan udøve virksomhed for Københavns Kommune.

Jeg skal fremhæve, at der i hvert tilfælde skal ske en grundig gennemgang af alle relevante omstændigheder. Driftsoverenskomsterne og vedtægterne er selvsagt et væsentligt grundlag ved vurderingen, men forholdene kan fx vise sig at være anderledes i praksis, herunder i forhold til den enkelte institution.

Endvidere kan de faktiske forhold tænkes at illustrere, at forholdet mellem Københavns Kommune og de selvejende institutioner er et reelt in-house forhold set i forhold til udbudsreglerne. Et eksempel kunne være de foreliggende ombygninger, der foretages på initiativ fra Københavns Kommune som led i en samlet ombygningsplan. Et andet eksempel er de områder, hvor de selvejende institutioners personale sidestilles med kommunalt plejepersonale i relation til deltagelse i Sundhedsforvaltningens amarbejdsudvalg og clearingaftale.

7.2.7 Vedr. øget selvbestemmelse for selvejende institutioner, jf. rapportudkast om Det Selvforvaltende Plejehjem

Som tidligere omtalt har Sundhedsforvaltningen igangsat et projekt med det formål at undersøge og vurdere mulighederne for øget selvbestemmelse for de selvejende institutioner. Der foreligger p.t. et foreløbigt arbejdsudkast til rapport om "Det selvforvaltende plejehjem".

I projektarbejdet er anvendt to forskellige modeller for en øget grad af selvforvaltning, dels en revideret driftsoverenskomst, dels en kontrakt a la privat leverandør. Den grundlæggende forskel mellem de to modeller er, om Københavns Kommune betaler driften efter medgåede omkostninger og derved dækker et evt. underskud, eller om leverandøren betales et fast honorar og selv skal sikre dækning af omkostningerne inden for honoraret uden mulighed for merbetaling fra kommunen.

Ved den første model fastholdes således en økonomisk binding mellem Københavns Kommune og institutionen som i dag, herunder med kommunal underskudsdekning og deraf følgende bestemmelser om kommunal kontrol og indsigt. Ved denne model vil en øget selvforvaltning derfor primært angå det faglige samt evt. mindre justeringer af den økonomiske binding (fx at en forøgelse af muligheden for at overføre overskud fra år til år fra de nuværende 2% - i rapportudkastet er de 2 % dog foreslået fastholdt).

Den anden model baserer sig derimod på en almindelig leverandørkontrakt, hvor Kommunens kontrol (i princippet) alene angår, om leverandøren leverer den aftalte ydelse for det aftalte honorar, således at Kommunens kontrol ikke vil omfatte interne forhold hos leverandøren i relation til, hvordan ydelserne udføres (bortset fra som led i myndighedstilsynet).

Det kan ikke antages, at den anden model (kontrakt a la privat leverandør) kan anvendes uden, at Københavns Kommune annoncerer kontrakten efter de kommende regler i tilbudsloven, jf. herom i afsnit 4. In-house undtagelsen kan således ikke antages at være relevant i forhold til denne model.

Derimod må det antages, at in-house modellen *kan være* relevant i forhold til den første model (revideret driftsoverenskomst) *afhængigt* af de konkrete frihedsgrader, der indrømmes de selvejende institutioner i denne model.

Det er i den forbindelse ikke muligt at angive en egentlig facitliste over, på hvilke punkter der skal være kontrol fra Kommunens side for, at kontrolkriteriet er opfyldt. De helt centrale elementer i forhold til anvendelsen af in-house undtagelsen er dog den grundlæggende økonomiske styring fra Kommunens side med fastlæggelse af budgetrammen og godkendelse af regnskab samt begrænsningerne i institutionens økonomiske råderum, herunder i forhold til opbygning af (fri) kapital, samt at institutionen realistisk set ikke har andre anvendelsesmuligheder end at udøve den virksomhed, som Københavns Kommune har fastsat.



Derimod har det efter min opfattelse mindre betydning, hvilken frihedsgrad den selvejende institution tillægges i forhold til det faglige og de værdier, som præger institutionsdriften. Det svækker således ikke kontrolelementet, at Kommunen – inden for serviceniveauet og de lovgivningsmæssige rammer i øvrigt - overlader det til hver institution at træffe beslutning om, hvordan hjælpen og dagligheden i øvrigt ved institutionen skal fungere. Som eksempel kan nævnes, om hver institution skal følge Københavns Kommunes politik om økologisk mad.

Endvidere er det oplagt således, at jo mere ensretning, der er mellem de kommunale plejehjem og de selvejende institutioner i relation til, hvad Københavns Kommune har indflydelse på, jo mere vil dette indikere, at Kommunen udøver en kontrol i forhold de selvejende institutioner, som svarer til Kommunens kontrol med de kommunale institutioner. Der vil således være en række elementer, som ikke isoleret vil være afgørende for, om in-house undtagelsen kan anvendes, men som dog kan bidrage til et samlet billede af, om Kommunens kontrol svarer til den, der udøves med de kommunale institutioner. Et eksempel er, om den selvejende institution skal følge Københavns Kommunes indkøbspolitik, som - i modsætning til en politik om økologisk mad - har karakter af et økonomisk styringsinstrument.

I den forbindelse skal jeg også nævne, at en høj grad af specifikation af Københavns Kommunes beføjelser i forhold til de selvejende institutioner kan have den virkning, at Kommunens indflydelse anses for begrænset til netop de specificerede beføjelser. Jeg har i den forbindelse forstået, at det har været et ønske fra nogle institutioner at opnå en klar afgrænsning af Kommunens beføjelser overfor institutionerne, herunder også i form af sædvanlige kontraktbestemmelser om misligholdelse og sanktioner. Såfremt man ønsker at fastholde, at de selvejende institutioner udgør in-house enheder og derfor ikke i relation til udbuds- og annonceringsreglerne er eksterne kontraktparter, bør man være opmærksom på at undgå sådanne kontraktbestemmelser, som typisk hører hjemme i kontrakter mellem eksterne parter.

Den udformning, som driftsoverenskomsterne fra 1970'erne har med fastsættelse af mere overordnede krav og beføjelser for Københavns Kommune, understøtter således i sig selv antagelsen om, at relationen er et internt afhængighedsforhold og adskiller sig væsentligt fra en ekstern kontraktrelation. Sundhedsforvaltningen bør derfor - med henblik på in-house undtagelsen - være varsom med at angive Københavns Kommunes beføjelser mere udtømmende og med at opstille sædvanlige juridiske kontraktvilkår om sanktioner, misligholdelse mv. i de reviderede driftsoverenskomster.

- 7.2.8 Samlet er det min vurdering, at det typiske forhold mellem Københavns Kommune og en selvejende institution om drift af plejehjem/plejeboliger indebærer en sådan binding af institutionens drift og eksistens til Kommunen, at institutionen formentlig i mange tilfælde kan anses for en in-house enhed. Betydningen heraf er, at en aftale mellem Kommunen og institutionen ikke udgør en sådan (ekstern) aftaleindgåelse, som skal annonceres/udbydes efter de nye regler i tilbudsloven herom.

De centrale elementer i relation til in-house undtagelsen er, at Københavns Kommune i relation til de økonomiske rammer, institutionens anvendelse til Kommunens formål og de driftsmæssige rammer i øvrigt kan bestemmes på samme vis som i forhold til kommunale plejehjem. Endvidere har det betydning, at Kommunen reelt har rådighed over, om og hvor længe den selvejende institution skal fortsætte med den virksomhed og på de vilkår.

In-house undtagelsen forudsætter derimod ikke, at Kommunen helt skal undlade at overlade selvbestemmelse til de selvejende institutioner. Navnlige inden for det faglige område må det antages, at Kommunen kan tillade videre grænser for institutionens ret til fx at lade særlige værdier have betydning for dagligdagen i institutionen.

Bl.a. i lyset af projektarbejdet med en revision af driftsoverenskomsterne kunne det efter min opfattelse være relevant systematisk – punkt for punkt - at gennemgå Københavns Kommunes styring og kontrol i forhold til de kommunale plejehjem, hhv. til de selvejende institutioner både efter de gældende driftsoverenskomster og efter en revideret driftsoverenskomst (som denne forventes at kunne se ud). En sådan systematisk tilgang kunne tage udgangspunkt i gennemgangen i rapportudkastet om Det Selvforvaltende Plejehjem. Dermed vil man sikre, at bedømmelsen i relation til in-house reglen ikke kun baserer sig på det overordnede aftalegrundlag (driftsoverenskomsterne i kombination med vedtægterne), men på de faktiske forhold.

En sådan systematisk gennemgang vil bidrage til at øge sikkerheden i den juridiske vurdering af, om in-house undtagelsen er anvendelig.

Vurderingen i forhold til in-house undtagelsen er nødvendigvis konkret og skønspræget og kan dermed ikke være ganske sikker. Hertil kommer den generelle usikkerhed, som knytter sig til karakteren af en selvejende institution, som i sig selv kan siges at modsige, at andre kan have kontrol over institutionen.

En større sikkerhed kunne opnås ved at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen om anvendelsen af in-house undtagelsen i relation til driftsaftaler med de selvejende institutioner, herunder på baggrund af en sådan systematisk gennemgang som foreslået. Selv om Konkurrencestyrelsen ingen formel kompetence har til at godkende anvendelse af in-house undtagelsen, har en positiv stillingtagen fra Konkurrencestyrelsen betydning ikke blot mere generelt, men også konkret hvis leverandører senere evt. klager til styrelsen.

Endvidere kan en inddragelse af Konkurrencestyrelsen muligt bidrage til, at driftsoverenskomsterne ikke udformes mere strengt end højst nødvendigt. Fx kan man bede om styrelsens specifikke stillingtagen til, om det efter styrelsens opfattelse er nødvendigt at supplere driftsoverenskomsterne med en egentlig uopsigelighedsbestemmelse for de selvejende institutioner, eller om institutionernes begrænsede muligheder for at udøve andre aktiviteter uden Københavns Kommunes samtykke allerede binder institutionerne tilstrækkeligt til Københavns Kommune, jf. omtalen af denne problemstilling i afsnit 7.2.3.

7.3 Indgås der i det hele taget en ny kontrakt?

7.3.1 EU's udbudsregler medfører ikke pligt til at udbyde eksisterende aftaler. Det gælder også, selv om aftalerne muligvis er indgået for mange år siden og måske endda, før EU's udbudsregler omfattede tjenesteydelser (dvs. før 1/7 1993).

Pligten til at foretage EU-udbud efter udbudsdirektivet udløses derimod af, at der *indgås* en gensidigt bebyrdende aftale.

Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at dette også vil være tilfældet, hvis en eksisterende aftale ændres så væsentligt, at der reelt er tale om en ny aftaleindgåelse.

Det samme må antages at gælde i forhold til en pligt til at foretage en passende offentliggørelse af kontrakter om B-ydelser, herunder efter de kommende regler om annonceringspligt for bl.a. B-ydelser, jf. omtalen af disse regler i afsnit 4 ovenfor.



7.3.2 Hvor grænsen går for, hvor meget en eksisterende aftale kan ændres, uden at der derved opstår pligt til udbud, er indtil videre ikke beskrevet ved klare kriterier.

I en afgørelse fra 2006 har Klagenævnet for Udbud dog udtalt, at der er adgang til ”i specielle tilfælde at foretage mindre ændringer i kontrakten efter kontraktindgåelse under den forudsætning, at ændringerne er sagligt begrundede”.

Endvidere har Konkurrencestyrelsen i en vejledning fra 2004 om udbud i forbindelse med kommunalreformen beskrevet retstilstanden således, at der skal skelnes mellem *væsentlige ændringer* og *ikke væsentlige ændringer*.

Det anføres endvidere, at det er muligt at foretage ikke væsentlige ændringer af en eksisterende kontrakt, mens væsentlige ændringer skal betragtes som indgåelse af en ny kontrakt. I så fald - ved væsentlige ændringer - skal der gennemføres et udbud på ny, hvis kontraktgenstanden for udbuddet har en værdi over tærskelværdien.

Til uddybning af, hvad der udgør en ikke væsentlig ændring, anfører vejledningen følgende kriterier:

- i. At der i det væsentligt fortsat er tale om den samme ydelse.
- ii. At kontraktens centrale elementer er opretholdt, således at der reelt er tale om samme kontraktforhold.
- iii. At udbyderen ikke befinder sig i en valgsituation med hensyn til ydelse og valg af leverandør på tidspunktet for ændringen (fx pga. en uopsigelig kontrakt).
- iv. At ændringer holder sig inden for det, der er nødvendiggjort af forhold uden for udbyderens kontrol, herunder at udbyderen ikke benytter situationen til at gennemføre andre ændringer.
- v. At ændringer kan foretages uden, at udbyder og leverandør genforhandler væsentlige dele af aftalen fx pris og leveringsbetingelser.
- vi. Det anføres supplerende, at man ikke kan afvise, at den forholdsmæssige ændring af kontraktsummen skal tillægges betydning, men at der ikke kan anvendes en generel procentsats som indikator for ikke væsentlige ændringer. I en senere udtalelse fra december 2005 har Konkurrencestyrelsen dog fundet, at en prisstigning på knap 15 % udgjorde en så væsentlig ændring af en kontrakt, at kontrakten (der angik kantinedrift, der ligesom radio- og tv-programmer er en B-ydelse) skulle udbydes på ny.

I afsnit 7.3.3-7.3.4 gennemgår jeg forholdene vedr. Københavns Kommunes driftsoverenskomster med henblik på at vurdere, om de muligt kan anses for opretholdt uanset ombygningerne, herunder ud fra de ovennævnte pkt. i-vi.

7.3.3 Ombygningen af et plejehjem vil – som beskrevet i afsnit 3.2-3.3 - betyde en væsentlig organisatorisk ændring derved, at boligerne overgår fra at have været en del af et plejehjem til at være almene plejeboliger omfattet af almenboligloven og til at blive udle-

jet ved individuelle lejekontrakter med beboerne. Dermed medfører en ombygning, at de fysiske faciliteter ikke længere leveres af de selvejende institutioner, hvorimod institutionerne leverer de samme pleje- og omsorgsydelser som hidtil.

Det skal således vurderes, om denne ændring vedr. boligdelen medfører en så væsentlig ændring af driftsoverenskomsterne, at det må anses for en ny aftaleindgåelse.

I den forbindelse bemærker jeg, at ingen af de gennemgåede driftsoverenskomster særligt omtaler leveringen af lokaler/bygningsdriften eller opstiller særlige krav hertil.

Der er øjensynligt heller ingen realitetsforskel mellem de overenskomster, som er indgået med selvejende institutioner, som stiller lokaler til rådighed, jf. fx Dronning Ingrid Hjemts Beskyttede Boliger, hhv. med de institutioner, hvor beboerne lejer boligerne ved individuelle lejemaal hos den almene boligorganisation, jf. fx Solgavehjemmet. Eneste forskel findes således øjensynligt i driftsoverenskomsternes overskrift, hvor der i de første tilfælde er angivet, at overenskomsten angår ”driften af plejehjemmet”, mens der i de sidste tilfælde anføres, at overenskomsten angår ”driften af plejen m.v. af beboerne i ...”, jf. fx overenskomsterne fra 1983, hhv. 2000 vedr. Bonderupgård.

Jeg lægger endvidere til grund, at ombygningerne og de organisatoriske ændringer i den forbindelse ikke i sig selv medfører, at driftsoverenskomsterne ophører eller skal fortsætte med en anden juridisk person end hidtil. Endvidere ses der ikke i driftsoverenskomsterne eller i servicelovgivningen at være noget til hinder for, at driftsoverenskomsterne opretholdes, selv om driften suspenderes for en periode pga. ombygninger.

Selv hvor der måtte blive tale om en fysisk flytning, således at plejehjemmet skal drives fra andre lokaler, kan det efter min vurdering anføres, at den konkrete fysiske placering af plejehjemsdriften må anses for et mindre væsentligt forhold, når den - som realiteten er - bestemmes af Københavns Kommune som led i den overordnede planlægning på området.

- 7.3.4 Det fremgår som en foreløbig oplysning i de tidligere advokatnotater fra 2005, at udgiftsfordelingen mellem plejedrift og bygningsdrift er gennemsnitligt ca. 90/10%, således at omkostningerne til plejedriften er langt de væsentligste.

Konkret økonomisk vil ændringen af, hvem der står for leveringen af lokaler, således kun berøre en mindre del af de samlede omkostninger, ligesom udgiftsfordelingen også bekræfter, at hovedopgaven er plejeydelsen.

Man kan således efter min vurdering med nogen føje anføre, at lokaleydelser/bygningsdriften reelt kun er et accessorium til hovedopgaven med plejeydelsen. Selv om lokaleydelser måtte udgå, vil der i det væsentlig stadig være tale om samme ydelse, ligesom driftsoverenskomstens centrale elementer vil være opretholdt, jf. pkt. i-ii nævnt ovenfor i afsnit 7.3.2.

Ændringen vedr. lokaleydelser er endvidere nødvendiggjort af forhold uden for Københavns Kommunes kontrol, jf. pkt. iv, idet en renovering af plejehjemmene til en tidssvarende standard kun kan finansieres efter almenboligloven, hvilket kræver, at lokaler overgår til at være almene plejeboliger.

Selv om driftsoverenskomsterne kan opsiges med 6 måneders varsel, kan det endvidere anføres at ville være en helt uforholdsmæssig konsekvens, herunder med nedlæggelse af institutionerne til følge, hvis driftsoverenskomsterne skulle opsiges pga. ændringen vedr. lokalelevering, jf. pkt. iii.

Som anført ovenfor behøver ændringen vedr. lokaleleveringen ikke at medføre nogen realitetsændring af driftsoverenskomsterne (bedømt ud fra de gennemgåede overenskomster) bortset fra, at institutionens budget - og dermed Københavns Kommunes betaling - vil blive reduceret med omkostningerne til lokaler/bygningsdrift. Selv om der vil ske en prisændring, går jeg ud fra, at det vil være bestemte, entydigt identificerbare budgetposter, der vil udgå, således at ændringen kan ske uden egentlig forhandling, jf. pkt. v.



Endvidere har det betydning, at Københavns Kommune så ikke benytter lejligheden til at foretage andre (væsentlige) ændringer af driftsoverenskomsterne.⁸

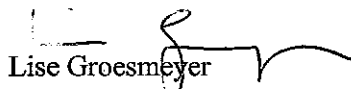
F.s.v. angår størrelsen af ændringen, jf. pkt. vi, antages der foreløbigt at blive tale om en reduktion på ca. 10 % vedr. lokaleudgifter/bygningsdrift. Efter min opfattelse betyder en sådan andel ikke *i sig selv*, at der vil være tale om en væsentlig ændring, og reduktionens størrelse skal endvidere ses i sammenhæng med de øvrige omstændigheder, som taler imod, at ændringen vedr. lokalelevering udgør en væsentlig ændring af driftsoverenskomsten.

7.3.5 Samlet er der efter min vurdering et vist berettiget grundlag for at anføre, at ombygningerne ikke medfører en sådan ændring af driftsoverenskomsterne, at dette må anses for en ny aftaleindgåelse, som medfører pligt til udbud eller annoncering af plejeydelserne. Det har herved også betydning, at der er tale om en reduktion af ydelser, som jeg forudsætter kan ske uden påvirkning af andre dele af kontraktydelserne. Der er dog uundgåeligt en vis usikkerhed knyttet til en sådan vurdering, som i høj grad angår et skøn over væsentligheden af ændringen vedr. lokalerne set i forhold til det samlede aftaleforhold.

Såfremt en driftsoverenskomst allerede er opsagt, eller såfremt Sundhedsforvaltningen af andre årsager vil opsige eller væsentligt ændre en driftsoverenskomst, er denne grundelse for, at der ikke foreligger udbudspligt, dog ikke anvendelig.

I lyset af overvejelserne om øget selvbestemmelse for de selvejende institutioner og derved en evt. revision af driftsoverenskomsterne i øvrigt må det endvidere antages, at det generelt har mindre praktisk relevans at søge at "fastholde" de gamle driftsoverenskomster i relation til udbudsreglerne. Den centrale begrundelse i relation til udbudsreglerne må således antages at skulle være in-house undtagelsen, jf. afsnit 7.2.

København, den 12. juli 2007
DLA Nordic A/S


Lise Groesmeyer

⁸ Der kan dog konkret blive tale om udvidelse af plejeboligbebyggelserne, hvilket vil udvide kontrakten også med hensyn til omfanget af pleje- og omsorgsydelser. Dette understreger behovet for en helt konkret vurdering i relation til det spørgsmål, om den hidtidige kontrakt kan anses for videreført.