

RETLIGE RAMMER FOR KØB AF YDELSE, HHV. STØTTE TIL EN EKSTERN AKTØR

1. BAGGRUND

Socialforvaltningen, Københavns Kommune, har d.d. bedt Horten redegøre for de overordnede retlige rammer, når en forvaltning i kommunen ønsker at

- indgå en aftale med en ekstern om køb af en ydelse, hhv.
- give tilskud til en ekstern.

Baggrunden er, at der i kommunen er et beløb til rådighed på ca. 5 mio. kr., som overvejes anvendt med henblik på beskæftigelsesfremmende tiltag.

Henset til den tidsmæssige ramme for udarbejdelsen af notatet, er der nedenfor alene skitseret de helt overordnede retlige rammer.

Vores vurdering kan sammenfattes som følger:

- I det omfang en kommune ønsker at købe en ydelse, finder udbudsreglerne anvendelse. Kriterierne herfor er beskrevet i afsnit 2 nedenfor.
- Hvis der *er* tale om en udbudspligtig aftale, kan en kommune *ikke* under henvisning til kommunalfuldmagten give et "tilskud" til en ekstern aktør for at få udført opgaven.
- Hvis der *ikke* er tale om en udbudspligtig aftale, kan kommunen give et tilskud, enten med hjemmel i den skrevne lovgivning eller med hjemmel i de uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten. I sidstnævnte tilfælde skal almennyttekriteriet, herunder forbuddet mod – direkte eller indirekte – at yde støtte til enkeltpersoner efter sociale kriterier iagttages.

- Ved beslutning om at etablere en pulje og ved tildeling af tilskud skal principperne om ligebehandling og saglighed iagttages.

2. KØB AF EN YDELSE

En kommune kan indkøbe ydelser fra eksterne, i det omfang der er tale om opgaver, som kommunen skal have løst for sig selv eller opgaver, som kommunen kan eller skal stille til rådighed for borgerne. Der skal således være hjemmel til at afholde udgiften.

I det omfang en kommune ønsker at købe en ydelse, finder udbudsreglerne anvendelse. Udbudsreglerne indeholder en processuel regulering af, hvordan aftaler indgås. Derimod udgør udbudsreglerne ikke et hjemmelsgrundlag for at afholde udgiften til indkøbet, jf. også om hjemmelskravet ovenfor. Denne hjemmel skal således findes i den skrevne lovgivning (f.eks. serviceloven, beskæftigelseslovgivningen mv.) eller i de uskrevne retsgrundsætninger om kommunalfuldmagten.

Som hovedregel indebærer udbudsreglerne, at aftaler med en værdi på over ca. 1,6 mio. kr. skal indgås efter iagttagelse af udbudsloven, herunder en række processuelle bestemmelser. For visse kontrakter gælder det såkaldte light-regime, der indebærer, at alene en relativt enkel procedure skal følges. Andre ydelser, der leveres direkte til borgerne, kan være helt undtaget fra udbudspligt.

Grænsen for, hvornår der er tale om *køb af en ydelse*, hhv. *tildeling af et tilskud*, kan være vanskelig at drage.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en udtalelse af 4. april 2011 i forbindelse med klage over Viborg Kommunes aftale med VIBORGegnens Erhvervsråd udtalt, at der ikke var tale om *køb*, da kommunens interesse i at opgaverne blev udført, ikke kunne anses for at gå videre end kommunens interesse i generelt at støtte erhvervsrådets erhvervsfremmende aktiviteter.

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

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

Er der derimod tale om en gensidigt forpligtende aftale ("noget for noget"), taler det for, at der foreligger en kontrakt, der er omfattet af krav om udbud, jf. ovenfor indledningsvist i dette afsnit om udbudsreglerne.

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

Det bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en udbudspligtig aftale, og hvilke processuelle regler der i så fald skal iagttages, er uafhængigt af, hvilken forvaltning der indgår aftalen med den private aktør.

En aftale, der har en sådan karakter, at den er omfattet af udbudspligt, vil således være det, uanset om den indgås af Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen eller af Socialforvaltningen. Da det skyldes, at udbudsreglerne er et sæt processuelle regler, som skal iagttages, uanset om hjemmelsgrundlaget for at købe ydelsen findes i beskæftigelseslovgivningen, serviceloven etc.

3. BETINGELSER FOR AT YDE STØTTE TIL EN EKSTERN AKTØR

3.1 Generelt om hjemmelsgrundlag

En kommune skal have et juridisk grundlag for at udføre aktiviteter eller give støtte til, at andre udfører aktiviteter.

Et sådant hjemmelsgrundlag kan findes i den skrevne lovgivning eller i de uskrevne kommunalfuldmagtsregler. De uskrevne kommunalfuldmagtsregler er som udgangspunkt subsidiære og viger for den skrevne lovgivning.

3.2 Serviceloven

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

Ifølge kommunen er fristen for at søge støtte til 2017 udløbet, og der er derfor ikke mulighed for at yde støtte efter denne bestemmelse. I det omfang, der er tale om internt fastsatte regler (frist, kriterier for at modtage støtte mv.), vil de kunne ændres – for fremtiden og med virkning for alle. Ændring skal ske med respekt for ligebehandling og saglighed, herunder bl.a. ved at varsle ændringen, så alle relevante aktører kan nå at indgive ansøgning. Også ved selve afgørelsen om tildelingen af støtte i henhold til en pulje, skal principperne om ligebehandling og saglighed iagttages.

3.3 **Kommunalfuldmagten**

3.3.1 *Almennyttekriteriet*

De uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten giver kommunerne hjemmel til at varetage eller yde støtte til opgaver, som tilgodeser borgernes almene interesser og behov (den kommunale interesse), herunder opgaver der fremmer borgernes fritids- og friluftsliv, sundhed, kultur, idræt og turisme.

Kommunen skal i den forbindelse, herunder ved tildeling af støtte, sikre, at der ikke ydes støtte til enkeltpersoner eller enkelte virksomheder, men at foranstaltningerne kommer alle eller en sagligt afgrænset kreds af borgere/virksomheder til gode.

I forhold til at yde støtte til borgere kan nævnes, at sociale kriterier ikke er en saglig afgrænsning. Ydelser tildelt efter sociale kriterier skal således have hjemmel i lovgivningen, eksempelvis beskæftigelseslovgivningen, boligstøttere reglerne etc.

De opgaver, som kommunen selv lovligt kan udføre, kan kommunen også under visse betingelser yde støtte til, hvis opgaverne udføres af en anden end kommunen.

3.3.2 *Mellemledsgrundsætningen*

Hvis en kommune giver tilskud til en aktivitet, der varetages af en ekstern aktør, skal det sikres, at støtten alene anvendes til opgaver, som kommunen selv lovligt kan udføre, jf. mellemledsgrundsætningen.

Kan kommunen ikke selv yde støtte – f.eks. fordi slutmodtageren er afgrænset efter sociale kriterier, jf. pkt. 3.3.1 ovenfor – kan der således heller ikke ydes støtte til en ekstern aktør, der udfører opgaven rettet mod en kreds, der afgrænses efter sociale kriterier.

3.3.3 *Øremærkning af støtten*

Hvis modtageren både udøver aktiviteter, som kommunen selv ville kunne udøve, og også andre (f.eks. kommercielle) aktiviteter, skal en kommunal støtte øremærkes, så den alene anvendes til lovlige kommunale opgaver.

Da anlæg kan anvendes til enhver aktivitet, er det ikke muligt at øremærke anlægstilskud. Da anlægsstøtte således ikke kan øremærkes, kan en kommune ikke give anlægsstøtte til en aktør, der laver både lovlige og ikke-lovlige kommunale opgaver.

Uanset om der er tale om anlægs- eller driftstilskud, skal kommunen føre kontrol med, at modtageren anvender det økonomiske tilskud til den pågældende kommunale opgave.

Kommunen skal endvidere i forbindelse med sit tilskud sikre, at en modtager, der har til formål at opnå fortjeneste, ikke opnår et unormalt stort udbytte.

Hellerup, den 18. november 2016
Horten

Rikke Søgaard Berth