

GENERELLE FORHOLD I FORBINDELSE MED INDGÅELSE AF DRIFTSOVERENSKOMSTER

1. INDLEDNING

Socialforvaltningen i Københavns Kommune har bedt Horten udarbejde et notat om de generelle retlige forhold, der gør sig gældende i forbindelse med kommunens indgåelse af driftsoverenskomster med private, der skal udføre offentlige opgaver.

Afsnit 2 indeholder en sammenfatning og overblik over de centrale opmærksomhedspunkter, når kommunen indgår i et samarbejde med private på grundlag af en driftsoverenskomst.

I afsnit 3 redegøres for den udbudsretlige in-house regel, som har betydning for, om kommunen kan indgå driftsoverenskomst med en privat aktør uden udbud.

I afsnit 4 redegøres for retlige forhold, som skal iagttages for at sikre kommunen de nødvendige redskaber til kontrol og tilsyn (styringsredskaber), når en opgave udføres i henhold til driftsoverenskomst med kommunen.

2. SAMMENFATNING OG OVERBLIK

2.1 *Tværgående overvejelser i forhold til administration og kommunens styringsbehov ved indgåelse af driftsoverenskomst*

Når der indgås en driftsoverenskomst med en privat enhed (efter benævnt "institution") om at udføre en kommunal opgave, skal det sikres, at både den udbudsretlige in-house regel og kommunens retlige styringsbehov opfyldes.

I forhold til det styringsmæssige behov for kommunen flugter de udbudsretlige krav (kontrolkriteriet) i det væsentligste med de krav, der følger af de ulovfæstede kommunalretlige grundsætninger, og de beskrives derfor samlet nedenfor i afsnit 2.3 (i sammenfattet form) og er uddybet i afsnit 4.

Hvis kommunen ved indgåelse af driftsoverenskomsten og formulering af vilkårene heri tager samlet højde for udbudsretten og de ulovfæstede kommunalretlige krav til kontrol og tilsyn, vil det bidrage til at begrænse det administrative arbejde, som institutionen påføres som følge af driftsoverenskomsten.

De styringsmæssige redskaber, som er behandlet nedenfor, er nødvendige, for at kommunen kan overlade opgaven til en privat institution inden for de gældende retlige rammer. Der er således ikke elementer nedenfor, der kan udgå for at mindske den administrative byrde hos den private institution, men der kan ved udformningen af de enkelte vilkår tages højde for, at de ikke bør skabe unødige administrative byrder.

2.2 *Udbudsretten (in-house reglen), herunder hovedparts-kriteriet*

Det er en betingelse for, at kommunen og en privat institution kan indgå aftaler, uden at disse skal i udbud, at in-house reglen er opfyldt. I modsat fald skal aftalen udbydes, hvis tærskelværdien er overskredet. Det vil derfor være attraktivt for institutionen at indgå en driftsoverenskomst med kommunen i overensstemmelse med in-house reglen, da dette indebærer, at kommunen kan indgå aftale med institutionen uden udbud.

In-house reglen retter sig mod den situation, hvor ordregiver (kommunen) er så nært forbundet med den, der udfører opgaven (den private institution), at opgaven kan anses som udført in-house, dvs. af ordregiver (kommunen) selv.

Det er derfor en betingelse for at benytte in-house reglen, at der er en meget tæt styring med institutionen (kontrolkriteriet, der beskrives i afsnit 2.3), og at hovedparten af institutionens omsætning sker med kommunen som ordregiver (hovedparts-kriteriet). Derudover må der ikke være direkte privat ejerskab af den selvejende institution med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivningen, og som ikke medfører en afgørende indflydelse på institutionen (ingen private andele), jf. nærmere nedenfor i afsnit 3.

Institutionen skal ifølge hovedparts-kriteriet udføre minimum 80 % af sine aktiviteter for kommunen. Ved beregning af, hvad der er omfattet af de 80 %, tages der udgangspunkt i institutionens gennemsnitlige samlede omsætning eller andre passende aktivitetsbaserede indikatorer, så som afholdte økonomiske omkostninger ud fra et gennemsnit over de seneste tre år forud for indgåelse af driftsoverenskomsten.

Kommunen er forpligtet til at overholde udbudsreglerne og skal derfor sikre sig, at hovedparts-kriteriet overholdes. Det er således nødvendigt, at der er bestemmelser i driftsoverenskomsten, der sikrer, at institutionen har hovedparten af sin aktivitet med kommunen.

2.3 *Styringsmæssige forhold, herunder kontrolkriteriet*

De væsentlige forhold, hvor kommunen skal have kontrol- eller tilsynsredskaber, er følgende:

Institutionens formål og opgaveudførelse

Kommunen skal via driftsoverenskomsten have kontrol med de faglige og økonomiske rammer for udførelsen af den opgave, som den selvejende institution skal varetage for kommunen, og det skal indgå i institutionens formål at udføre denne opgave for kommunen.

Det er kommunen, der efter serviceloven (eller anden relevant lovgivning, som danner grundlag fra den kommunale varetagelse af opgaven) har ansvaret for, at opgaven udføres fagligt tilfredsstillende og i overensstemmelse med det politisk bestemte serviceniveau, også når den overlades til fx en selvejende institution. Kommunen skal derfor via regelmæssige planer og opfølgning kunne sikre, at institutionen udfører sine opgaver inden for den faglige ramme, som kommunen ønsker og har vedtaget for området.

Udpegning/valg til ledelsesorganer

Det kan i institutionens vedtægtsbestemmelser fastsættes, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne skal vælges blandt institutionens brugere, og/eller at en udpegningsret, der tilkommer bestyrelsen i en anden enhed (fx en forening eller fond) begrænses, eksempelvis til at denne eksterne aktør maksimalt kan udpege en tredjedel af bestyrelsesmedlemmerne.

Væsentlig indflydelse fra tredjemand, som fx en forening, fond el.lign., der har udpegningsret til flertallet i bestyrelsen, kan rejse tvivl om de hensyn, der varetages af institutionens ledelse, men er ikke nødvendigvis et problem. Kommunen skal under alle omstændigheder have de fornødne redskaber i driftsoverenskomsten til at sikre, at institutionen fagligt og økonomisk drives inden for de rammer, som kommunen sætter for opgaveudførelsen. Ved en (mulig) større ekstern indflydelse på ledelsen vil der derudover være behov for skærpet opmærksomhed fra kommunens side på interessekonflikter (habilitetsproblemer) i driften af institutionen.

Det skal også sikres, at der ikke opstår habilitetsproblemer, fx når institutionen skal indgå aftaler om lokaleleje eller andet, hvor institutionen påtager sig en økonomisk forpligtelse. Dette er eksempelvis særligt relevant, hvis institutionen og udlejer er nært forbundne, enten ved at udlejer har ret til at udpege mere end halvdelen af ledelsen i institutionen, eller ved at der i øvrigt er væsentligt personsammenfald i ledelsesorganerne.

Sikring af, at aftaler indgås på armslængde-principper kan fx sikres ved, at aftaler, hvor institutionen påtager sig væsentlige økonomiske forpligtelser, skal godkendes af kommunen.

Væsentlige økonomiske dispositioner

Det skal gennem driftsoverenskomsten sikres, at de udgifter til fx lokaleleje (herunder i forhold til vedligeholdelse og istandsættelse), som afholdes af institutionen, ikke overstiger markedsleje og markedsvilkår. Dette kan sikres ved, at der i henholdsvis vedtægter og driftsoverenskomst er vilkår om, at kommunen skal godkende lejeaftaler og større økonomiske dispositioner i det hele taget, og at institutionen er forpligtet til at udlevere relevante oplysninger om økonomiske forpligtelser på kommunens anmodning.

Hvis tilbuddet drives fra lokaler med blandet anvendelse, skal det sikres, at kommunen gennem sin betaling ikke er med til at finansiere aktiviteter, der falder uden for driftsoverenskomsten.

Regnskab og budget

Det skal i driftsoverenskomsten sikres, at kommunen kan føre tilsyn med institutionens regnskabsaflæggelse og budget. Hvis institutionens drift er fuldt finansieret af kommunale midler, skal kommunen via vedtægter og driftsoverenskomst sikre, at institutionen aflægger regnskab efter de regler, der i øvrigt gælder for regnskabsaflæggelse i fuldt kommunalt finansierede institutioner.

Regnskabsaflæggelsen skal give kommunen mulighed for at føre tilsyn med, at institutionens økonomiske dispositioner er forsvarlige både budgetmæssigt og i forhold til, at aftaler mellem institutionen og tredjemand ikke påfører kommunen tab eller indebærer udlodning af kommunale driftsmidler. Derudover skal kommunen kunne påse, at betalingen medgår til finansieringen af de tilbud, der er omfattet af driftsoverenskomsten, og ikke bidrager til finansiering af andre aktiviteter.

Tilsyn

Det skal i vedtægterne og driftsoverenskomsten sikres, at kommunen har nødvendige styringsmæssige muligheder for at sikre den faktiske udførelse af sine tilsynsforpligtelser både i forhold til drift, faglighed og økonomi. Det kan ske ved, at der indsættes bestemmelser og vilkår i vedtægter og driftsoverenskomsten om kommunens godkendelse af regnskaber, budgetter, vedtægtsændringer og eventuelt andre forhold af væsentlig betydning for en forsvarlig drift af tilbuddet både fagligt og økonomisk.

Vedtægter

Kommunen skal ved indgåelse af driftsoverenskomsten sikre sig, at det fremgår af vedtægterne, at vedtægtsændringer skal godkendes af kommunen. Dette er nødvendigt for at sikre, at institutionens formål og kommunens godkendelsesbeføjelser i forhold til regnskab, væsentlige økonomiske dispositioner, anvendelse af overskud og anvendelse af formue ved opløsning ikke efterfølgende kan ændres uden kommunens godkendelse.

3. OPFYLDELSE AF IN-HOUSE REGLEN MED DRIFTSOVERENSKOMST

3.1 Udbudslovens § 12

3.1.1 Kriterierne for in-house reglen

Efter udbudslovens in-house regel kan en aftale, herunder en driftsoverenskomst, indgås uden udbud, hvis følgende tre betingelser er opfyldt:

1. *kommunen kontrollerer institutionen på en måde, der svarer til den kontrol, kommunen fører med sine egne organisatoriske enheder (kontrolkriteriet),*

2. mere end 80 % af institutionens aktiviteter udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, som institutionen har fået betroet af kommunen eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af kommunen (hovedparts-kriteriet),
3. der ikke er direkte privat ejerskab af institutionen med undtagelse af private kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivningen, og som ikke medfører en afgørende indflydelse på institutionen (ingen private andele).

De tre betingelser er kumulative og skal derfor alle være opfyldt, for at undtagelsen finder anvendelse. In-house reglen er en undtagelse til udbudsreglerne, og reglen skal derfor fortolkes indskrænkende.

I samarbejdet mellem institutionen og kommunen, skal kommunen kunne løfte bevisbyrden for, at reglen konkret finder anvendelse, da det er kommunen, som er den ordregivende myndighed og sædvanligvis udbudspligtig.

3.1.2 Hvordan kan kontrolkriteriet opfyldes?

Kommunen skal føre kontrol med institutionen på en måde, som kommunen ville føre kontrol med egne organisatoriske enheder ("svarer til"). Reglen kodificerer praksis fra EU-domstolen og anses for opfyldt, når den ordregivende myndighed udøver "bestemmende indflydelse på den juridiske persons (institutionens) strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger".¹

Følgende kan fx indgå i den samlede vurdering af, om kommunen fører tilstrækkelig kontrol:

- Vedtægter og formål
 - Institutionens *formål* er at være tilknyttet til en bestemt kommune.
 - Kommunen godkender *ændringer* af formål og vedtægter, hvorved institutionen ikke selvstændigt kan ændre tilknytningen til en bestemt kommune, eller foretage afgørende ændringer af institutionens karakter.
 - Kommunen har kontrol med driftsoverenskomstens ophør, hvilket vil være tilfældet, hvis den kan opsiges af kommunen.
- Væsentlige/kommercielle dispositioner
 - Kommunen har kontrol med væsentlige/kommercielle dispositioner, her ved afgrænses institutionens selvstændige dispositionsret, hvilket giver kommunen kontrol over dispositioner af større betydning.
 - Kontrol med institutionens opgaveløsning.
 - Institutionen har ikke mulighed for frit at fastsætte takster for institutionens foranstaltninger.
- Regnskab og budget
 - Institutionens bevillingsramme/budget kræver kommunal godkendelse.
 - Institutionen er underlagt samme krav til budgetopfølgning og regnskabsrevision som kommunens egne interne afdelinger.
 - Institutionen anvender kommunale styringssystemer.

¹ Jf. EU-domstolens sag C-458/03, Parking Brixen, pr. 65. Se også EU-domstolens sager C-324/07, Coditel, og C-573/07, Sea.

- Indflydelse på og udpegning af ledelse
 - Kommunen har mulighed for at betinge sig en kontrol på det faglige område.
 - Kommunen har indflydelse på strategi og vigtige beslutninger.
 - Leder: På kommunale institutioner ansætter/afskediger kommunen lederen. I private institutioner er det som udgangspunkt bestyrelsen, der ansætter/afskediger lederen.
 - Bestyrelsen: Hvis kommunen udgjorde flertallet i institutionens bestyrelse, ville dette tale for, at kontrolkriteriet er opfyldt. En sådan indflydelse ville muliggøre kontrol med institutionernes regnskaber, forretningsplaner og kommercielle dispositioner mv. En sådan model kan dog ikke rummes inden for kommunalfuldmagtens retlige rammer, da en kommune som udgangspunkt ikke må overdrage en opgave til en anden retlig enhed og samtidig bevare fuld kontrol over opgaven. Den selvejende institution skal have en vis selvbestemmelsesret, jf. nærmere nedenfor afsnit 4.1.
- Tilsyn
 - Kommunen har lovfæstede og ulovfæstede tilsynsforpligtelser over for institutionen, jf. nærmere nedenfor. Den kommunale tilsynsforpligtelse over for selvejende institutioner vil ofte indebære, at institutionerne er underlagt det samme tilsyn som kommunens egne interne enheder, jf. nedenfor afsnit 4.5.

3.1.3 *Hvordan kan hovedpartskriteriet opfyldes?*

Den private institution skal ifølge hovedpartskriteriet udføre min. 80 % af sine aktiviteter for kommunen. Ved fastsættelse af procentdelene for "aktiviteterne" på 80 %, tages der udgangspunkt i institutionens gennemsnitlige samlede omsætning eller andre passende aktivitetsbaserede indikatorer, så som afholdte økonomiske omkostninger ud fra et gennemsnit over de seneste tre år forud for tildeling af kontrakten (indgåelsen af driftsoverenskomsten), jf. forarbejderne til udbudsloven.

Der kan tænkes forskellige modeller for at opfylde hovedpartskriteriet, fx følgende:

Model 1: Kommunen har 100 % anvisningsret til pladserne

I denne situation vil hovedpartskriteriet være opfyldt, idet kommunen har anvisningsretten til alle pladser i institutionen. Dermed lægges det til grund, at institutionen varetager 100 % af aktiviteterne for kommunen, og kommunen afholder de samlede omkostninger.

Model 2: Kommunen har 100 % anvisningsret, men videresælger op til 20 % af pladserne til andre kommuner

I denne situation vil hovedpartskriteriet være opfyldt, så længe 80 % af aktiviteterne og dermed omsætning kommer fra kommunen.

Model 3: Den private institution kan videresælge op til 20 % af pladserne

I denne situation vil hovedpartskriteriet – som Model 2 – være opfyldt, så længe 80 % af aktiviteterne og dermed den samlede omsætning kommer fra kommunen.

Kommunen skal her være opmærksom på, at kommunens fulde anvisningsret her er udgået, hvilket er et element i vurderingen af kontrolkriteriet, jf. afsnit 3.1.2, herunder i forbindelse med kommunens tilsynsforpligtelse.

3.1.4 *Hvordan kan kriteriet om ingen private andele opfyldes?*

Kriteriet om, at der ikke må være private kapitalandele i den enhed, der indgås aftale med, vil være til hinder for, at der indgås driftsoverenskomst med

- Egentlige kapitalselskaber (A/S'er, ApS'er, P/S'er)
- I/S'er

For alle de nævnte selskabskonstruktioner er dette under forudsætning af, at selskaberne er helt eller delvist ejet af private aktører. Da kommunen ikke kan eje den juridiske person alene, jf. forbuddet mod bestemmende indflydelse, vil der være sådanne private ejerandele.

Enheder, der "ejer sig selv", vil opfylde kriteriet om, at der ikke er private ejerandele. Det omfatter:

- Selvejende institutioner
- Fonde

Det kan være mere tvivlsomt, om foreninger vil opfylde kriteriet om, at der ikke er "private ejerandele". Foreninger er medlemsejede, og det er umiddelbart mest nærliggende, at kriteriet er opfyldt, hvis det er en forening med privatpersoner som medlemmer. Noget andet vil muligvis gælde, hvis foreningens medlemskreds består af fx flere aktieselskaber, herunder især hvis konstruktionen må antages at være etableret ud fra omgængelsesbetragtninger. Det vil komme an på, hvordan vedtægterne for foreningen er udformet.

4. KOMMUNENS STYRINGSBEHOV OG -MULIGHEDER EFTER ALMINDELIGE KOMMUNALRETlige REGLER (OPGAVEUDFØRELSE, STØTTE OG ØKONOMISK FORSVARLIG FORVALTNING)

4.1 *Den retlige ramme for institutionens opgaveudførelse under en driftsoverenskomst*

Den retlige regulering af den private institution som juridisk enhed vil afhænge af, hvilken retlig enhed der er tale om.

Fonde og selvejende institutioner er som retlige enheder omfattet af fondsloven, men fondsloven omfatter ikke fonde og selvejende institutioner med driftsoverenskomst på opgaver efter serviceloven, når denne udelukkende udfører den type opgaver, som driftsoverenskomsten vedrører, jf. lovens § 1, stk. 4, nr. 2. Loven omfatter heller ikke selvejende institutioner, hvis drift overvejende dækkes af statslige eller kommunale midler, og som

er undergivet tilsyn af det offentlige, hvis det offentlige træffer bestemmelse om anvendelse af institutionens midler i tilfælde af opløsning.

Der findes derfor ikke en egentlig lovregulering af fonde og selvejende institutioner, der har driftsoverenskomst med en kommune om at drive fx sociale tilbud efter serviceloven. Der må derfor i forhold til de retlige rammer tages udgangspunkt i almindelige fonds- og foreningsretlige principper sammen med den skrevne og uskrevne lovgivning, som kommunen er underlagt i sin opgaveudførelse på området.

Kommunen har i medfør af sit myndighedsansvar og sit forsyningsansvar efter serviceloven (eller anden relevant lovgivning, som danner grundlag for den kommunale varetagelse af opgaven) ansvaret for at sikre forsvarlige rammer både fagligt og økonomisk for udførelsen af den opgave, som institutionen skal varetage.

Da det er kommunens ansvar, at opgaven udføres fagligt tilfredsstillende og i overensstemmelse med det politisk bestemte serviceniveau, også når den overlades til en privat institution, skal kommunen via regelmæssige planer og opfølgning kunne sikre, at institutionen udfører sine opgaver inden for den faglige ramme, som kommunen ønsker og har vedtaget for området.

Kommunen kan derudover efter serviceloven eller anden lovgivning have det egentlige driftsorienterede tilsyn med tilbuddet.

Den lovgivningsmæssige ramme indebærer derfor, at kommunen må sikre sig nogle styringsredskaber i forhold til driften af institutioner, som har driftsoverenskomst om udførelse af en kommunal opgave.

Det følger omvendt forudsætningsvist af kommunestyrelseslovens § 2 og af en uskreven retsgrundsætning om kommuners opgaveudførelse, at en kommune som udgangspunkt ikke må overdrage en opgave til en anden retlig enhed og samtidig bevare fuld kontrol over opgaven. Den private enhed (institution) skal have en vis selvbestemmelsesret.

Efter praksis har institutioner med driftsoverenskomst som selvstændig privat juridisk enhed selv arbejdsgiveransvaret for medarbejderne og det økonomiske ansvar for institutionens drift, det vil sige at institutionen i sidste ende kan gå konkurs, hvis institutionen efter ophør af driftsoverenskomsten med kommunen har økonomiske forpligtelser over for leverandører eller andre kreditorer, der ikke kan dækkes af kommunen inden for rammerne af driftsoverenskomsten.

Endelig skal kommunen sikre, at driftsoverenskomsten indgås på vilkår, som sikrer kommunens forpligtelser efter de uskrevne regler i kommunalfuldmagten om støtte og økonomisk forsvarlig forvaltning, herunder da driftsunderskud typisk vil blive dækket af kommunen, så længe kommunen har driftsoverenskomst med institutionen.

Kommunen kan sikre sig de nødvendige styringsredskaber via vedtægter og driftsoverenskomst.

4.2 *Udpegning/valg til ledelsesorganer*

Det er karakteristisk for fonde og selvejende institutioner, at de "ejer sig selv". Dette skal afvejes over for kommunens styringsbehov, når institutionen udfører en kommunal opgave.

Det kan i institutionens vedtægtsbestemmelser fastsættes, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne skal vælges blandt institutionens brugere, og/eller at en udpegningsret til bestyrelsen fx en privat forening, fond el.lign. begrænses til fx en tredjedel af bestyrelsesmedlemmerne.

Væsentlig indflydelse fra tredjemand, som fx en forening, fond el.lign., der har udpegningsret til flertallet i bestyrelsen, kan rejse tvivl om de hensyn, der varetages af institutionens ledelse, men er ikke nødvendigvis et problem. Kommunen skal under alle omstændigheder have de fornødne redskaber i driftsoverenskomsten til at sikre, at institutionen fagligt og økonomisk drives inden for de rammer, som kommunen sætter for opgaveudførelsen. Ved en (mulig) større ekstern indflydelse på ledelsen vil der derudover være behov for skærpet opmærksomhed fra kommunens side på interessekonflikter (habilitetsproblemer) i driften af institutionen.

Selvejende institutioner, som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol, er omfattet af forvaltningslovens regler om inhabilitet, jf. forvaltningslovens § 1, stk. 2, nr. 2. Det følger endvidere af § 43 i lov om retssikkerhed på det sociale område, at forvaltningsloven gælder, når en kommune overlader opgaver efter serviceloven til andre end offentlige myndigheder.

I en institution med driftsoverenskomst om udførelse af en kommunal opgave skal bestyrelsesmedlemmerne derfor iagttage reglerne om inhabilitet i forvaltningsloven, når institutionen indgår aftaler, der medfører væsentlige økonomiske forpligtelser for institutionen.

Bestyrelsesmedlemmer i institutionen, der deltager i ledelsen af fx et selskab eller anden privat juridisk person, bør derfor ikke deltage i beslutninger om indgåelse af aftaler el.lign., der indebærer, at institutionen påtager sig væsentlige økonomiske forpligtelser over for det pågældende selskab el.lign.

Der skal derfor fra kommunens side være opmærksomhed på, at der ikke må opstå habilitetsproblemer, når institutionen skal indgå aftaler om fx lokaleleje eller andet, hvor institutionen påtager sig en økonomisk forpligtelse. Dette er eksempelvis særligt relevant, hvis institutionen og udlejer er nært forbundne, enten ved at udlejer har ret til at udpege mere end halvdelen af ledelsen i institutionen, eller ved at der i øvrigt er væsentligt personsammenfald i ledelsesorganerne.

Sikring af, at aftaler indgås på armslængde-principper kan fx sikres ved, at aftaler, hvor institutionen påtager sig væsentlige økonomiske forpligtelser, skal godkendes af kommunen.

Det skal samtidig sikres, at vedtægtsændringer skal godkendes af kommunen.

4.3 *Regnskabsaflæggelse og budget*

Kommunen skal både i kraft af sit ansvar som forsyningspligtig myndighed og som tilsynsmyndighed tilrettelægge en kontrol med institutionens regnskabsaflæggelse og budget.

Hvis institutionens drift er fuldt finansieret af kommunale midler, skal kommunen via vedtægter og driftsoverenskomst sikre, at institutionen aflægger regnskab efter de regler, der i øvrigt gælder for regnskabsaflæggelse i fuldt kommunalt finansierede institutioner.

Regnskabsaflæggelsen skal give kommunen mulighed for at føre tilsyn med, at institutionens økonomiske dispositioner er forsvarlige både budgetmæssigt og i forhold til, at aftaler mellem institutionen og tredjemand ikke påfører kommunen tab eller indebærer udlodning af kommunale driftsmidler.

Hvis institutionen benytter faciliteter som fx en kantine, som deles med andre tilbud eller virksomheder, skal regnskabsaflæggelsen give kommunen mulighed for at kontrollere, at de aftalemæssige rammer for institutionens brug af faciliteterne sikrer, at kommunen ikke yder driftsstøtte til fx privat kantinedrift.

4.4 *Institutions økonomiske dispositioner, herunder lokaleleje*

En privat institution med driftsoverenskomst kan drive sit tilbud fra egne eller lejede lokaler.

Kommunen skal i medfør af sit almindelige budgetansvar og forpligtelsen til økonomisk forsvarlig forvaltning sikre, at de udgifter til fx lokaleleje (herunder i forhold til vedligeholdelse og istandsættelse), som afholdes af institutionen, ikke overstiger markedsleje og markedsvilkår. Dette vil også være omfattet af kommunens tilsynsforpligtelse i et lovfæstet driftsorienteret tilsyn og kan sikres via vilkår i driftsoverenskomsten.

Kommunen bør stille krav om gennemsigtighed i vilkårene for institutionens lokaleleje, navnlig hvis lejeaftalen vedrører en del af et større lejemål, må lejeaftalen indeholde en opgørelse af det lejede areal, så kommunen kan påse, at omfanget af det lejede er passende i forhold til udførelsen af den opgave, som institutionen udfører.

Der er forskellige muligheder for opgørelse eller afgrænsning af det lejede areal, fx en nærmere angivelse af, hvilke lokaler lejemålet omfatter. Der kan også anvendes en fordelingsnøgle, hvis de samme lokaler skal anvendes både til drift af tilbuddet og til andre tilbud eller formål, som ikke ligger inden for driftsoverenskomsten.

Der må fra kommunens side være en skærpet opmærksomhed på, at en aftale om lokaleleje ikke begunstiger en nærtstående udlejer, fx en fond, som har udpegningsret til institutionens bestyrelse eller, hvor der er et personsammenfald i henholdsvis fondens og institutionens bestyrelse.

Dette kan sikres ved, at der i henholdsvis vedtægter og driftsoverenskomst er vilkår om kommunens godkendelse af lejeaftaler og større økonomiske dispositioner i det hele taget, og at institutionen er forpligtet til at udlevere relevante oplysninger om økonomiske forpligtelser på kommunens anmodning.

Derudover må kommunen tage højde for den budgetmæssige ramme på det område, som institutionens tilbud ligger indenfor. Kommunens budgetmæssige ramme for tilbud på området vil ud fra et almindeligt lighedsprincip være normerende for den økonomiske ramme for både kommunale tilbud og tilbud drevet af private institutioner med drifts-overenskomst.

Hvis institutionens huslejeudgift udgør en forholdsmæssig større andel af det samlede budget sammenlignet med andre tilbud, kan det være ensbetydende med, at der er færre midler afsat til det faglige arbejde i tilbuddet, herunder færre medarbejdere, end i andre tilbud på området. Kommunen må i så fald vurdere, om det vil være økonomisk forsvarligt at opgaven udføres af denne institution, eller om opgaven bør udføres ved at benytte andre tilbud.

4.5 *Tilsyn og godkendelse*

De nødvendige styringsmæssige rammer for kommunen kan sikres ved, at der indsættes bestemmelser og vilkår i vedtægt og driftsoverenskomst om kommunens godkendelse af regnskaber, budgetter, vedtægtsændringer og eventuelt andre forhold af væsentlig betydning for en forsvarlig drift af tilbuddet både fagligt og økonomisk.

Derudover skal det sikres, at kommunen kan udøve et evt. lovfæstet driftsorienteret tilsyn, som omfatter tilsyn med tilbuddenes personale, bygninger og økonomi.

Hvis kommunen har denne type lovfæstede myndighedsmæssige tilsyns- og godkendelsesforpligtelser, som omfatter både drift, økonomi og den faglige udførelse af opgaven, taler det for, at det udbudsretlige kontrolkriterium er opfyldt, jf. ovenfor afsnit 3.1.2.

Hellerup, 8. december 2020
Horten



Rikke Søgaard Berth



Lisbet Vedel Thomsen