

Notat om resultatbaseret betalingsmodel ved levering af velfærdsydelser

1. INDLEDNING OG KONKLUSION

DRC Dansk Flygtningehjælp har anmodet om vores vurdering af, hvorvidt en kommune kan indgå en aftale med en resultatbaseret betalingsmodel med en investor og en leverandør af en velfærdsydelse, og i givet fald om det som en del af betalingsmodellen kan indgå, at et eventuelt overskud skal "geninvesteres" i kommunale velfærdsydelser. Det kunne eksempelvis være en beskæftigelsesindsats, hvor vederlaget til leverandøren afhænger af resultatet af indsatsen, og hvor investoren ønsker, at kommunen anvender et evt. overskud, der er en konsekvens af indsatsen, til at øge velfærden inden for et specifikt område i kommunen.

Dette notat dækker både tilfælde, hvor leverandøren alene indgår aftale med en kommune, samt tilfælde, hvor også en investor indtræder i aftaleforholdet.

Vores sammenfattende konklusioner er:

- En kommune kan indgå en aftale med en resultatbaseret betalingsmodel med en investor samt en leverandør af en velfærdsydelse. En kommune kan ligeledes udbetale et aftalt overskud genereret af en velfærdsindsats til en investor. Såfremt kontrakten med den resultatbaserede betalingsmodel har en anslået værdi, der overstiger den relevante tærskelværdi i udbudsloven, vil kommunen have pligt til at sende kontrakten i udbud.
- En kommune kan ikke med retligt bindende virkning indgå aftale om, at et eventuelt budgetmæssigt overskud forbundet med velfærdsindsatsen skal "geninvesteres" i kommunen, forstået sådan at kommunen forpligter sig til at anvende et evt. overskud inden for specifikke velfærdsområder. Leverandøren (eller investoren) må derfor acceptere, at aftaler af denne karakter har karakter af politiske hensigtserklæringer, der ikke kan håndhæves retligt.

2. BAGGRUND

DRC Dansk Flygtningehjælp har i samarbejde med COWI udarbejdet en resultatbaseret betalingsmodel, der tager udgangspunkt i erfaringerne fra en beskæftigelsesindsats for længerevarende ledige ikke-vestlige mænd med fysiske, psykiske eller sociale udfordringer. Denne beskæftigelsesindsats blev med støtte fra Poul Due Jensens Fond udviklet og gennemført af DRC Dansk Flygtningehjælp for 56 deltagere på vegne af Viborg og Herning Kommuner i perioden 1. oktober 2020 til 30. april 2022.

COWI har forestået dokumentationen af beskæftigelsesindsatsen, der bl.a. viser, at indsatsen både gav et budgetøkonomisk og samfundsøkonomisk overskud. Det budgetøkonomiske overskud er beregnet til 28.253 kr. pr. deltager og det samfundsøkonomiske overskud er beregnet til 80.695 kr. pr. deltager.

Gevinsterne blev opnået som følge af en væsentlig mer-beskæftigelseeffekt på 17,6 pct. Det vil sige, at mens ca. 35 pct. af deltagerne i SIB-forløbene i Herning og Viborg Kommuner opnåede beskæftigelse, gjaldt det for godt 17 pct. i en sammenlignelig kontrolgruppe.

COWI har beskrevet betalingsmodellen i et notat af 13. januar 2023. Notatet er vedlagt som bilag 1.

3. RETSGRUNDLAG

3.1 Kommunalfuldmagt

3.1.1 *Kommunalfuldmagten som retsgrundlag og grænser afledt af lovgivningen*

Kommuner kan udføre aktiviteter og afholde økonomiske udgifter med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne, som er en række almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse.

Anvendelse af kommunalfuldmagten som hjemmelsgrundlag forudsætter, at det pågældende opgavefelt ikke er lovreguleret på en måde, som direkte eller forudsætningsvis bringer den kommunale opgavevaretagelse i strid med legalitetsprincippet. Udgangspunktet er, at kommunerne ifølge almindelige hjemmelsbetragtninger må være forpligtet til at realisere den pågældende lovgivning – hverken mere eller mindre. Hvis fortolkning af lovgivningen fører til, at reguleringen af den pågældende opgavevaretagelse er udtømmende, afskæres kommunerne fra at påtage sig, ændre eller supplere den pågældende opgave.

Almindelige hjemmelsprincipper vil også i vidt omfang afskære en kommune fra at søge et forvaltningsformål opnået med andre midler end de i loven hjemlede. Hvis den pågældende lovgivning således anviser forbud eller påbud som middel, kan kommunen ikke i stedet betale sig til det ønskede resultat. I en

tilsynssag har Indenrigsministeriet således udtalt, at et amtsråd ikke kunne købe nogle dambrug med det formål at begrænse forurening, idet det retsmiddel, lovgivningen hjemlede, var forbud eller påbud (Indenrigsministeriets skrivelse af 16. juli 1984, j.nr. 1984/112/1500-3).

3.1.2 *Kravet om kommunal interesse*

Kommunalfuldmagten begrænses af retsgrundsætningen om kommunal interesse. En kommune kan således kun udføre eller støtte aktiviteter i det omfang, der er en kommunal interesse i aktiviteten. Det beror på en konkret vurdering, om en aktivitet har en kommunal interesse. Men udgangspunktet er, at en kommune kan engagere sig i aktiviteter, der har et sagligt og almennyttigt sigte, og som må anses for en fællesopgave for det lokalsamfund, som kommunen udgør. En kommunes uddannelsesaktiviteter med henblik på at fremme beskæftigelsen i kommunen ligger inden for rammerne af den kommunale interesse, jf. f.eks. Indenrigs- og Sundhedsministeriets skrivelse af 4. februar 2003. Det gælder også, selvom beskæftigelsesindsatsen retter sig mod en bestemt gruppe af borgere i kommunen som f.eks. unge.

3.1.3 *Forbud mod individuel støtte til erhvervsvirksomheder*

Kommunalfuldmagten begrænses af et forbud mod individuel støtte til erhvervsvirksomheder. En kommune kan ikke yde individuelle tilskud til erhvervsvirksomheder på grundlag af kommunalfuldmagten. Sådan støtte kan alene ydes med hjemmel i lovgivningen.

Bestemmelsen omfatter økonomisk støtte i bred forstand. Både tilskud, lån, usædvanlige rentefordele, garantier og vederlagsfrie fordele vil være omfattet. Forbuddet omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed, uanset om virksomheden udøves af offentlige myndigheder eller af institutioner, foreninger eller selskaber mv., der er organiseret på privatretligt grundlag.

Som en væsentlig undtagelse fra forbuddet gælder, at kommuner efter omstændighederne lovligt kan yde individuel støtte til private erhvervsvirksomheder, i det omfang der herved varetages en lovlig kommunal interesse, jf. f.eks. Statsforvaltningen udtalelse af 25. marts 2009 om Ikast-Brande Kommune.

Undtagelsen tager sigte på den situation, hvor en kommune i stedet for selv at udføre en lovlig kommunal opgave giver tilskud eller anden økonomisk støtte til en privat, som udfører en tilsvarende opgave. Det er i den forbindelse en betingelse, at kommunen fører kontrol med, at den økonomiske støtte alene anvendes til den pågældende kommunale opgave.

Kravet om kommunal interesse indebærer, at den, der modtager støtten, ikke driver virksomheden med et erhvervsøkonomisk formål. Dette er dog ikke til hinder for, at den private, der modtager støtten, opnår en rimelig forrentning af indskudt kapital, så længe den private leverandør eller investor ikke opnår et unormalt stort udbytte, jf. f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udg., 2002, s. 731. Det skyldes, at det ikke er en kommunal interesse at sikre private virksomheder økonomisk vinding på kommunens bekostning. Hvis aftalen med den private leverandør eller investor indgås på markedsmæssige vilkår, er der ikke tale om støtte, men om betaling for levering af en ydelse.

3.1.4 Økonomisk forsvarlighed

Når kommuner varetager en i øvrigt lovlig opgave, er det et krav, at opgavevaretagelsen foregår på en måde, som er økonomisk forsvarlig. Grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning fastsætter en forpligtelse til generelt at handle økonomisk forsvarligt, så kommunen ikke påføres udgifter, der kunne have været undgået. Spørgsmålet om, hvad der kan anses for forsvarligt, er imidlertid – inden for en bred margin – forbundet med stor usikkerhed. Der er således rum for et betydeligt skøn ved vurderingen af, om en given disposition er økonomisk forsvarlig. En disposition vil alene kunne anses for økonomisk uforsvarlig, hvor tilsidesættelsen af kommunens økonomiske interesser er så oplagt, at dette vil kunne medføre et erstatningsansvar for kommunen som offentlig myndighed. Inden for disse rammer vil det imidlertid være en politisk afgørelse, hvorledes kommunalbestyrelsen prioriterer anvendelsen af myndighedens økonomiske midler, jf. Hanna Ege og Hans B. Thomsen i Niels Fenger (red.), Forvaltningsret, side 750.

3.2 Resultatbaseret aflønningsform

Ankestyrelsen har i udtalelse af 24. juni 2020, j.nr. 19-62648, foretaget en vurdering af 30 kommuners brug af konsulenter til løsning af opgaver på det sociale område. Ankestyrelsen slog generelt fast, at der ikke er regler, der i sig selv forhindrer, at kommunerne aflønner private konsulenter efter det såkaldte ”no-cure-no-pay-princip”, dvs. en aflønningsform, der indebærer, at konsulentens aflønning er afhængig af, om kommunen opnår en besparelse som resultat af konsulentens anbefalinger i de konkrete sager. Ankestyrelsen udtalte dog samtidig, at kommuner ikke lovligt kunne aflønne konsulenter for ydelser, der indebar sagsforberedelse i afgørelsessager efter ”no-cure-no-pay”-princippet. Ankestyrelsen lagde herved vægt på, at det incitament, der lå i betalingsformen, indebar, at konsulenten havde en direkte økonomisk interesse i sagens udfald, dvs. at sagen mundede ud i, at ydelsen til borgeren blev nedsat. Dette skyldtes, at konsulentens honorar for sin deltagelse i sagsbehandlingen ikke afhang af den indsats, konsulenten havde ydet, men af det resultat, som afgørelsen ville få. I visse tilfælde kunne konsulenten direkte beregne sit eget vederlag på baggrund af resultatet af borgerens sag, f.eks. 10 pct. af det, som hjælpen til borgeren blev nedsat med. Ankestyrelsen lagde herudover bl.a. vægt på, at grundsætningerne om

inhabilitet fører til, at myndighederne ikke bør anvende en privat aktør, hvis der foreligger en inhabilitetsgrund for denne aktør.

3.3 Udbudsret

Spørgsmålet er, hvorledes kommunen skal udvælge leverandøren, der skal gennemføre projektet.

Det udbudsretlige udgangspunkt er, at alle "offentlige kontrakter" skal udbydes i overensstemmelse med udbudslovens regler, forudsat at værdien af kontrakten overstiger de gældende tærskelværdier.

Efter udbudslovens § 24, nr. 24, er "offentlige kontrakter" defineret som "*gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem én eller flere økonomiske aktører og én eller flere ordregivende myndigheder [...]". Det er således en betingelse for udbudspligt efter udbudsloven, at der foreligger en gensidigt bebyrdende aftale mellem den offentlige part og leverandøren. En kontrakt er gensidigt bebyrdende, når ordregiver over for en økonomisk aktør indvilliger i at betale en aftalt sum penge eller en anden form for økonomisk modydelse mod at modtage en kontraktbestemt ydelse. Der skal med andre ord være tale om, at ordregiver foretager en anskaffelse.*

Den i afsnit 1 beskrevne aftale med en resultatbaseret betalingsmodel falder umiddelbart inden for denne definition, idet kommunen betaler leverandøren for at udføre de af projektet omfattede aktiviteter.

Det betyder, at kommunen skal sende kontrakten i udbud, såfremt værdien af kontrakten overskrider de relevante tærskelværdier (henholdsvis ca. 1,6 mio. kr. for almindelige tjenesteydelser og ca. 5,5 mio. kr. for sociale og andre specifikke tjenesteydelser). Det beror på en konkret vurdering af de af kontrakten omfattede ydelser, hvilken tærskelværdi der finder anvendelse.

Selv hvis kontraktens værdi er lavere end tærskelværdierne, kan der være krav om konkurrenceudsættelse (annoncering) af kontrakten, såfremt den antages at have grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens afsnit IV. For kontrakter under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse gælder, at der i henhold til udbudslovens afsnit V skal foretages en markedsafdækning inden kontraktindgåelsen, såfremt kontrakten har en anslået værdi på mindst 500.000 kr., således at det sikres, at kontrakten indgås på markedsmæssige vilkår.

4. VURDERING

Hvis en leverandør som f.eks. Dansk Flygtningehjælp indgår aftale med en kommune om levering af velfærdsydelse, eksempelvis en beskæftigelsesindsats, er der ikke regler, herunder i kommunalfuldmagten, der forhindrer, at leverandørens vederlag fastlægges efter en resultatbaseret betalingsmodel. Det samme gælder for vederlaget, der måtte tilfalde en eventuel investor. Det bemærkes herved, at der ikke

som i forberedelse af afgørelsessager er betænkeligheder ved at levere velfærdsydelser til en kommune, f.eks. i en beskæftigelsesindsats, hvor betalingen afhænger af det resultat, der opnås. Det skyldes, at der ikke er risiko for, at leverandørens indsats påvirkes af uvedkommende hensyn.

En resultatbaseret betalingsmodel har endda den fordel, at kommunen har mulighed for på forhånd at sikre sig, at der er en sammenhæng mellem den leverede ydelse og kommunens betaling herfor. Der er i den forbindelse ikke noget til hinder for, at leverandører har et profitformål for øje. Det er imidlertid et krav, at betalingen fra kommunen er betinget af opnåelse af objektive konstaterbare kriterier, og at betalingsparametrene er fastlagt på forhånd.

Såfremt kontrakten med den resultatbaserede betalingsmodel har en anslået værdi, der overstiger den relevante tærskelværdi i udbudsloven, vil kommunen have pligt til at sende kontrakten i udbud.

Kommunen vil imidlertid ikke med retligt bindende virkning kunne indgå aftale om, at et eventuelt budgetmæssigt overskud forbundet med velfærdsindsatsen skal "geninvesteres" i kommunen, forstået sådan at kommunen forpligter sig til at anvende et evt. overskud inden for specifikke velfærdsområder. Det skyldes, at kommunalbestyrelsen ikke retligt kan binde sig selv eller en fremtidig kommunalbestyrelse til ikke at ændre en beslutning om anvendelse af kommunens ressourcer. Leverandøren (eller investoren) må derfor acceptere, at aftaler af denne karakter har karakter af politiske hensigtserklæringer, der ikke kan håndhæves retligt.

København, den 21. marts 2023



Azad Taheri Abkenar

Advokat (L), Senior Manager, Ph.d.