



Sendt til samtlige  
kommunalbestyrelser, regions-  
råd og KL

### **Tilsynsudtalelse om kommuners brug af private konsulenter på det sociale område**

Ankestyrelsen gennemfører en undersøgelse af 30 kommuners brug af private konsulenter på det sociale område.

Ankestyrelsens undersøgelse gennemføres i to faser.

Første fase af undersøgelsen er denne generelle udtalelse, der indeholder en redegørelse for de rammer, der gælder for kommuners anvendelse af private konsulenter, herunder de betingelser, der skal være opfyldt, for at en kommune lovligt kan anvende private konsulenter til løsning af opgaver på det sociale område. Vi har til brug for denne udtalelse gennemgået de kontrakter, vi har modtaget fra 30 kommuner med henblik på en vurdering af, hvilke problemstillinger de enkelte former for samarbejde med private konsulenter kan give anledning til.

Anden fase af undersøgelsen er en vurdering af lovligheden af de enkelte kontrakter, som de 30 kommuner har indgået med private konsulenter. Denne vurdering forudsætter en gennemgang af de samlede oplysninger fra de enkelte kommuner, herunder kontrakterne, de konkrete sager og kommunalbestyrelsernes redegørelser.

I nærværende generelle udtalelse gennemgår vi således gældende ret og fastlægger den juridiske ramme for vores vurdering af, om de konkrete samarbejder med private konsulenter har været lovlige.

I anden fase af undersøgelsen vil vi foretage en vurdering af lovligheden af hver enkelt kommunes indgåede kontrakter og udmøntningen af disse

24. juni 2020

J.nr. 19-62648

Ankestyrelsen  
7998 Statsservice

Tel +45 3341 1200

[ast@ast.dk](mailto:ast@ast.dk)  
[sikkermail@ast.dk](mailto:sikkermail@ast.dk)

EAN-nr:  
57 98 000 35 48 21

Åbningstid:  
man-fre kl. 9.00-15.00

inden for den juridiske ramme, der er opstillet i denne generelle udtalelse.

Vurderingen vil ske på grundlag af den redegørelse for gældende ret og inden for den juridiske ramme for vurderingen af lovligheden af samarbejdet med konsulenterne, der er fastlagt i nærværende generelle udtalelse.

Da der vil være tale om en vurdering ikke alene af kontrakterne, men også af det konkrete samarbejde i praksis, vil der i en række tilfælde være behov for at stille yderligere spørgsmål til de involverede kommuner.

De 30 kommuner vil herefter hver især modtage et særskilt svar.

## **Konklusion**

Der gælder en række betingelser, når kommunerne indgår kontrakter med private konsulenter om ydelser på det sociale område. Ankestyrelsen vurderer i den forbindelse, at kommunerne kan indgå kontrakter med private konsulenter om ydelser på det sociale område inden for følgende rammer:

### *Ydelser om gennemgang af konkrete sager*

Ved ydelser, der indebærer en juridisk, socialfaglig og økonomisk gennemgang af konkrete sager, hvor resultatet kan udmønte sig i afgørelser om nedsættelse af borgernes ydelser, er der tale om sagsforberedelse i afgørelsessager, som skal leve op til følgende krav:

- Konsulentfirmaet skal have den nødvendige faglige ekspertise, og der må ikke være interessekonflikter
- Offentligretlige regler og grundsætninger, herunder spørgsmålet om inhabilitet, skal overholdes
- Der skal være sikkerhed for, at der ikke i realiteten er delegeret afgørelseskompetence
- Kommunen skal foretage kvalitetssikring og selvstændig vurdering af sagerne

Kommuner kan ikke lovligt aflønne konsulenter for ydelser, der indebærer sagsforberedelse i afgørelsessager efter "no-cure-no-pay"-princippet. Dette skyldes, at konsulentfirmaet må anses for at have en direkte økonomisk interesse i sagens udfald, og dermed vil der foreligge inhabilitet.

Er der tale om, at konsulentfirmaet aflønnes efter en fast timepris, kan der – afhængig af, hvordan kommunen har udvalgt de sager, konsulentfirmaet skal gennemgå – være krav om, at kommunen i retningslinjerne for opgavefordelingen mellem kommunen og konsulentfirmaet sikrer sig, at konsulentfirmaet ikke alene oplyser kommunen om sager med mulige besparelser, men også oplyser om sager, hvor der kan være spørgsmål om, at borgeren får for lav en ydelse.

#### *Ydelser som indeholder forhandlinger med leverandører*

Hvis konsulentfirmaet udfører forhandling af takster/priser uden vurdering af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere, og den ydelse, som borgeren får, ikke bliver påvirket af forhandlingen, skal kommunen gardere sig mod mulige interessekonflikter. En mulig interessekonflikt kunne være, at konsulentfirmaet har indgået aftale med et bosted om driftsoptimering og senere bliver bedt om at forestå forhandlinger med bostedet om besparelser. Derudover giver denne ydelse ikke i øvrigt anledning til problematiske forhold. Det gælder efter vores opfattelse uanset, om betalingen for arbejdet sker efter "no-cure-no-pay"-princippet eller som en fast pris.

I det omfang forhandlingen med leverandøren også udmønter sig i en afgørelse over for borgeren om ændring af borgerens ydelser, må konsulentens vurdering af borgerens behov anses for at have karakter af sagsforberedelse i en afgørelsessag og skal derfor leve op til de krav, der stilles for sådant arbejde. Det gælder efter vores opfattelse uanset, om kommunen er til stede ved alle forhandlinger og møder med leverandører. Er der tale om forhandlinger, der i realiteten indebærer sagsforberedelse i en afgørelsessag, kan kommunen ikke lovligt indgå en kontrakt med aflønning efter "no-cure-no-pay"-princippet.

#### *Ydelser om kompetenceudvikling*

Ydelser om kompetenceudvikling samt anbefalinger til fremadrettet kvalitetssikring og effektivisering har karakter af køb af tjenesteydelser og er derfor ikke begrænset af ovennævnte krav.

Det kan ikke alene på baggrund af ordlyden af de enkelte kontrakter vurderes, om kommunernes brug af private konsulenter er i overensstemmelse med de ovenfor anførte rammer for kommunernes lovlige brug af konsulenter på det sociale område. Denne vurdering forudsætter en gennemgang af de samlede oplysninger fra de enkelte kommuner, herunder kontrakterne, de konkrete sager og kommunalbestyrelsernes redegørelser. Som det fremgår ovenfor vil dette indgå i undersøgelsens anden fase.

## **Ankestyrelsens gennemgang**

### **1. Baggrund og overblik over udtalelsen**

#### **1.1. Sagens baggrund**

Social- og Indenrigsministeriet har i brev af 16. december 2019 bedt Ankestyrelsen om at tage spørgsmålet om lovligheden af visse kommuners brug af private konsulenter på det sociale område op til behandling.

Af Social- og Indenrigsministeriets brev af 16. december 2019 fremgår bl.a. følgende:

**"1.** Social- og Indenrigsministeriet er blevet gjort opmærksom på, at flere kommuner har indgået aftaler med private konsulentfirmaer, der bl.a. tilbyder kommuner at gennemgå sager inden for det sociale område med henblik på at komme med anbefalinger om ændringer i den bistand og støtte, som kommunerne aktuelt yder borgere inden for det sociale område.

Aftalerne indebærer efter det oplyste, at konsulentfirmaerne gennemgår en i aftalerne nærmere afgrænset sagsmængde i kommunerne inden for det sociale område og kommer med anbefalinger i forhold til bl.a. kvalitet og effektivisering.

Aftalerne er i visse tilfælde indgået efter "et no-cure-no-pay"-princip, hvorefter konsulentfirmaets honorar er afhængig af de besparelser, som kommunen opnår eller vil kunne opnå ved at følge konsulentfirmaets anbefalinger i de enkelte sager.

Social- og Indenrigsministeriet skal i den forbindelse henvise til vedlagte kopier af 3 artikler fra Altinget.dk den 12. december 2019.

Social- og Indenrigsministeriet skal videre henvise til vedlagte kopier af to kontrakter mellem kommuner og private konsulentfirmaer, som ministeriet har modtaget fra Altinget i forbindelse med Altingets henvendelse til ministeriet om social- og indenrigsministerens kommentar til Altingets artikler.

**2.** Social- og Indenrigsministeriet skal hermed anmode Ankestyrelsen om at tage spørgsmålet om lovligheden af de under pkt. 1

nævnte engagementer med private konsulentfirmaer op til behandling som led i det kommunale og regionale tilsyn.”

Ankestyrelsen har på baggrund af Social- og Indenrigsministeriets anmodning sendt en høring om kommunens brug af private konsulenter på det sociale område til kommunalbestyrelserne i 31 kommuner.

Vi har bedt hver enkelt af de 31 kommunalbestyrelser om at sende de indgåede kontrakter. Derudover har vi bedt om at modtage de enkelte kommuners seneste fem sager, som er indgået i konsulentfirmaets arbejde, inklusiv alt skriftligt materiale fra konsulentfirmaet. Endelig har vi bedt kommunalbestyrelserne om en redegørelse om samarbejdet med konsulentfirmaerne.

Vi har forud for afgivelsen af denne udtalelse modtaget svar fra de 31 kommuner.

En enkelt kommune er på baggrund af høringssvaret fra kommunen taget ud af Ankestyrelsens undersøgelse, da den pågældende kommune ikke havde anvendt private konsulenter.

### ***1.2. Ankestyrelsens kompetence som tilsynsmyndighed***

Ankestyrelsen fører tilsyn med, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder. Det står i § 48, stk. 1, i kommunestyrelsesloven.

Ankestyrelsen kan udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser. Det står i § 50 i kommunestyrelsesloven.

Ankestyrelsen fører således et retligt tilsyn og kan derfor ikke tage stilling til hensigtsmæssigheden af kommunale dispositioner, herunder sagsbehandlingens tilrettelæggelse, hvis ikke det er reguleret i lovgivningen. Vi kan heller ikke tage stilling til spørgsmål om god forvaltnings-skik.

### ***1.3. Udtalelsens indhold***

Afsnit 2 indeholder en overordnet gennemgang og rubricering af de kontrakter, som kommunerne har indgået med de private konsulenter. Derefter gennemgås i afsnit 3 og 4 de retlige rammer for kommunernes samarbejde med/delegation til private konsulenter. Derefter følger i af-

snit 5 en overordnet retlig vurdering af de konkrete elementer i kontrakterne.

## **2. Kontrakterne og grundlaget for vurdering**

Vi har modtaget og gennemgået de kontrakter, som de 30 kommuner har indgået med konsulentfirmaer på det sociale område.

Kontrakterne vedrører forskellige konsulenttydelser på områder som fx børn, handicap og psykiatri primært inden for lov om social service.

Stort set alle kontrakterne er indgået med et af to konsulentfirmaer, der er specialiseret inden for det sociale område.

Kontrakterne indeholder forskellige benævnelser for ydelserne og beskrivelserne af deres levering. I forhold til Ankestyrelsens vurdering af samarbejderne og deres gennemførelse er det afgørende imidlertid den retlige vurdering af aftalernes konkrete indhold.

Her følger i afsnit 2.1-2.3 en gennemgang af de forskellige typer af konsulenttydelser, betalingsformer og retningslinjer for konsulentens arbejde, som de gennemgåede kontrakter indeholder samt Ankestyrelsens vurdering af, hvordan dette kan kategoriseres.

Afsnit 2.4 indeholder vores sammenfattende bemærkninger til de gennemgåede kontrakter.

### **2.1. Konsulentydelsen**

#### *2.1.1. Ydelser om gennemgang af konkrete sager*

Efter ordlyden i en del af kontrakterne foretager de private konsulenter en juridisk, socialfaglig og økonomisk gennemgang af konkrete sager.

Der er tale om en gennemgang af sagerne, hvor konsulentfirmaet foretager en analyse med henblik på kommunens egen videre vurdering af, om der skal træffes en ny afgørelse. I visse tilfælde udarbejder konsulentfirmaet på baggrund af denne gennemgang også et oplæg til indstilling og udkast til afgørelse over for borgeren. Uanset, om der udarbejdes oplæg til indstilling og udkast til afgørelse, har arbejdet karakter af sagsforberedelse i afgørelsessager.

I de gennemgåede kontrakter er der ikke eksempler på, at kommunen eksplicit har delegeret afgørelseskompetence til det private konsulentfirma. Det fremgår ofte direkte, at konsulentfirmaet ikke træffer afgørelse i sagerne.

### *2.1.2. Ydelser som indeholder forhandlinger med leverandører*

Et større antal af kontrakterne vedrører konsulentbistand til forhandling med leverandører (fx botilbud) i forhold til indsats og takster i konkrete sager.

Når kontrakterne skal vurderes, kan disse forhandlinger deles op i to overordnede kategorier:

1. Forhandling af takster/priser uden en vurdering af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere.
2. Forhandling af takster/priser med vurdering af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere.

I det omfang konsulentydelsen alene indebærer en forhandling om kommunens betaling, indvirker dette som udgangspunkt ikke på borgerens ydelser. Hvis der på den anden side er tale om, at prisen forhandles på baggrund af en ændret vurdering af borgerens konkrete behov for hjælp og støtte, fx efter Voksenudredningsmetoden (VUM), vil der omvendt kunne være tale om egentlig sagsforberedelse og eventuel afgørelsesvirksomhed, der kan indebære en ændring af den hjælp og støtte, som borgeren modtager.

Det fremgår af et større antal af kontrakterne vedrørende denne type ydelse, at konsulentfirmaet ikke varetager myndighedsudøvelse, og at kommunen skal være til stede ved alle forhandlinger og møder med leverandører.

### *2.1.3. Ydelser om kompetenceudvikling*

En del af kontrakterne vedrører desuden ydelser i form af bistand med generel viden og rådgivning med henblik på kompetenceudvikling og uddannelse af kommunens medarbejdere samt anbefalinger til fremadrettet kvalitetssikring og effektivisering.

I det omfang der er tale om en generel gennemgang af retsregler eller socialfaglig metode, vil der være tale om ydelser, der kan betegnes som kursusvirksomhed eller lignende.

## **2.2. Betalingsformer**

### *2.2.1. "No-cure-no-pay"-princippet*

Et større antal kontrakter er indgået efter "no-cure-no-pay"-princippet, hvor honoraret er betinget eller afhængigt af de besparelser, som kommunen opnår eller vil kunne opnå ved at følge konsulentfirmaets anbefalinger. Det vil sige, at der ikke betales honorar ud over kørselsgodtgørelse, hvis kommunen ikke opnår en besparelse.

I nogle tilfælde beregnes honoraret som en procentdel af den forhandlede besparelse. I andre tilfælde beregnes honoraret ud fra en fast timesats, dog således at det samlede honorar ikke overstiger kommunens økonomiske besparelse.

### *2.2.2. Fast pris*

I en del af kontrakterne er prisen for konsulentytelserne aftalt i mere eller mindre faste rammer.

Der ses følgende konstruktioner:

1. Afregning efter en aftalt timetakst.
2. Afregning efter en aftalt timetakst med en aftalt ramme for timeforbruget.
3. En fast pris for den samlede konsulentydelse.

## **2.3. Retningslinjer for konsulentens arbejde**

Til nogle af kontrakterne er der udarbejdet et bilag med instruks om retningslinjer for samarbejdet. Det fremgår, at instruksen er udarbejdet med henblik på overholdelse af forvaltningsretlige principper om delegation af opgaver til private.

I en større del af kontrakterne er der taget højde for en eventuel interessekonflikt hos konsulentfirmaet. Det fremgår således af kontrakterne, at konsulentfirmaet skal give kommunen besked, hvis en sag fx vedrører en borger på et bo- eller dagtilbud, hvor konsulentfirmaet i forhold til det pågældende tilbud enten har gennemført driftsoptimeringer inden for de seneste 18 måneder eller har planlagt driftsoptimeringer inden for de kommende 12 måneder. Sagen vil herefter ikke indgå i konsulentfirmaets arbejde.



I andre kontrakter fremgår det, at konsulentfirmaet skal meddele kommunen, hvis der opstår forhold, som kan give anledning til tvivl om firmaets uafhængighed og habilitet.

#### **2.4. Sammenfattende bemærkninger til indholdet af kontrakterne**

De kontrakter, vi har gennemgået, giver anledning til, at vi rubricerer samarbejderne i følgende kategorier, som kan danne grundlag for vurderingen af den enkelte kontrakt og den konkrete udmøntning heraf:

1. Ydelser om gennemgang af konkrete sager dels som gennemgang af sagerne hvor konsulentfirmaet foretager en analyse med henblik på kommunens egen videre vurdering af, om der skal træffes en ny afgørelse, og dels som gennemgang af sagerne hvor konsulentfirmaet decideret udarbejder oplæg til indstilling og afgørelse over for borgeren.

2. Ydelser som indeholder forhandlinger med leverandører om takster/priser dels i form af almindelig prisforhandling, som ikke får betydning for de konkrete borgere, og dels i form af forhandlinger, som ud over almindelige prisforhandlinger også indebærer en vurdering og forhandling af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere.

3. Ydelser om kompetenceudvikling i form af bistand med generel viden og rådgivning med henblik på uddannelse af kommunens medarbejdere samt anbefalinger til fremadrettet kvalitetssikring og effektivisering.

Disse ydelser findes i kontrakterne i forskellige kombinationer med betalingsformer og retningslinjer for konsulentfirmaets arbejde.

Vores overvejelser i vurderingen af spørgsmålet om at anvende konsulentfirmaer på det sociale område, jf. afsnit 5, foretages ud fra den overordnede inddeling i de tre typer af ydelser.

### **3. Regler og praksis**

I afsnit 3.1. følger nogle overordnede bemærkninger om rammerne for kommunes ydelser til borgerne og køb af ydelser fra private.

I afsnit 3.2. gennemgås de generelle forvaltningsretlige krav ved myndigheders inddragelse af private aktører.

I afsnit 3.3. gennemgås de krav, der særligt stilles til delegation af sagsforberedelse i afgørelsesager.

### **3.1. Indledende bemærkninger om rammerne for kommunernes ydelser til borgerne og køb af ydelser fra private**

#### *3.1.1. Rammerne for kommunernes ydelser til borgerne*

Kommunerne er undergivet legalitetsprincippet. Det betyder bl.a., at kommuner skal sikre, at borgerne får det, de er berettigede til, men også, at de ikke får mere, end de er berettigede til.

Det følger desuden af § 1, stk. 3, 3. pkt., i lov om social service, at kommunerne er forpligtede til at sikre, at hjælp gives på den måde, der billigst muligt opfylder borgerens behov.

Følgende fremgår bl.a. af bemærkningerne til bestemmelsen, lovforslag nr. 140 af 29. marts 2012 til lov om ændring af lov om social service og lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (Inddragelse af faglige og økonomiske hensyn, fastsættelse af serviceniveauer, refusion for særligt dyre enkeltsager, afregningsfrister og opprioritering af juridisk sagkyndige i de sociale nævn m.v.):

##### "2.1.1 Gældende ret

[...]

Endelig har kommunalbestyrelsen en generel forpligtelse til at handle økonomisk ansvarligt. Det betyder, at kommunalbestyrelsen skal inddrage både faglige og økonomiske hensyn, når der skal træffes afgørelse. Hensynet til kommunernes økonomi kan dog aldrig stå alene, da kommunalbestyrelsens afgørelse skal baseres på en konkret, individuel vurdering af borgerens behov. Kommunalbestyrelsen må derfor aldrig vælge en indsats alene ud fra økonomiske overvejelser. Den enkelte kommunalbestyrelse kan heller aldrig afvise at hjælpe borgere, der har krav på hjælp efter loven, med henvisning til kommunens økonomi.

[...]

##### 2.1.3. Den foreslåede ordning

Det foreslås at præcisere, at afgørelser efter loven træffes på baggrund af faglige og økonomiske hensyn. Det vil sige, at når der er foretaget en konkret og individuel vurdering af borgerens behov, skal der inddrages både faglige og økonomiske hensyn.

[...]

Økonomiske hensyn skal forstås som hensyn til, om tilbud efter loven er anskaffet og eller leveret på en økonomisk hensigtsmæssig måde. F.eks. bør kommunen, hvis den skal vælge mellem to tilbud, som er lige egnede til at opfylde borgerens behov, vælge det billigste.

Der er alene tale om en lovfæstelse af gældende ret, jf. afsnit 2.1.1.”

Det er således sagligt, at kommunerne løbende vurderer, om borgeren får den rette ydelse, og om denne ydelse opnås til den rette pris.

### *3.1.2. Økonomisk forsvarlig forvaltning*

Kommuner har efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommuners opgavevaretagelse en helt generel pligt til at handle økonomisk forsvarligt i alle dispositioner.

Kommuner skal altså udvise ansvarsbevidsthed i deres økonomiske anliggender, sådan at der ikke påføres kommunerne udgifter eller tab, som kunne være undgået.

Fastlæggelsen af, hvad der er økonomisk forsvarligt, må bero på den konkrete situation, og der må som udgangspunkt gives kommunalbestyrelsen et bredt spillerum med hensyn til anvendelsen af kommunale midler.

Ankestyrelsen henviser til Kommunernes opgaver, Karsten Revsbech, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave 2015, s. 109 ff.

Når en kommunalbestyrelse prioriterer anvendelsen af myndighedens økonomiske midler, vil der ofte være tale om en politisk beslutning, og der skal ganske meget til for, at grundsætningen om forsvarlig økonomisk forvaltning kan anses for overskredet.

Fastlæggelsen af, hvad der er økonomisk forsvarligt, må som nævnt bero på den konkrete situation. At en kommune anvender private konsulenter, herunder på det sociale område, er således ikke i sig selv udtryk for en økonomisk uforsvarlig forvaltning.

### *3.1.3. Aflønning af konsulenter*

En kommune kan som led i sin opgavevaretagelse købe varer og tjenesteydelser hos private virksomheder. Kommunen beslutter selv, om den ønsker at udføre de opgaver, som kan overlades til private, i eget regi eller at få dem udført af private.

Hvis en kommune beslutter at købe varer eller tjenesteydelser hos en privat virksomhed, må kommunen efter kommunalfuldmagtsreglerne højst betale markedsprisen for de ydelser, den køber. Hvis kommunen betaler mere end markedsprisen, vil det være ulovlig støtte til den private virksomhed. Da der er tale om et forretningsmæssigt forhold, er der ikke noget til hinder for, at virksomheden opnår en fortjeneste ved salget af varerne eller udførelsen af opgaven, når blot den pris, kommunen betaler, svarer til markedsprisen.

Ankestyrelsen henviser til Kommunernes opgaver, Karsten Revsbech, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave 2015, s. 249, 316 og 322.

Ankestyrelsen bemærker helt overordnet, at der ikke ses at være regler eller særlige hensyn der i almindelighed tilsiger, at afregning efter "no-cure-no-pay"-princippet i sig selv skulle være ulovligt. Det vil således afhænge af en konkret vurdering af de enkelte samarbejder, om der kan være konkrete problemstillinger knyttet til at benytte denne afregningsform.

### *3.1.4. Køb af ydelser fra private leverandører*

Myndighedsarbejde udføres som udgangspunkt af offentlige myndigheder. Myndighederne har imidlertid ikke nødvendigvis altid alle de faglige kompetencer og/eller ressourcer, der skal til for at kunne løfte de opgaver, som de skal udføre. Det kan derfor være nødvendigt og hensigtsmæssigt at købe ydelser fra private leverandører.

Køb af ydelser fra private leverandører kan ske, dels ved at myndighederne køber konkrete ydelser, fx et kursus eller en reparation af en dør, dels ved at myndigheden beder en privat aktør stå for løsningen af bestemte myndighedsopgaver, fx undervisning eller behandling af bestemte sager. Det sidste kaldes delegation. Grænsen mellem de to kan være svær at drage præcist.

Som udgangspunkt kræver det ikke udtrykkelig lovhjemmel at lade private stå for den rent praktiske udførelse af opgaver, der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed. Der kræves som udgangspunkt alene bevillingsmæssig hjemmel.

Vurderingen af om og i hvilket omfang, myndighederne kan delegere opgaver til private, afhænger af den opgave, der delegeres. Der kan derudover også være spørgsmål om, hvilke rammer der er sat for den opgave, der delegeres.

Offentlige myndigheders delegation af afgørelseskompetence og anden myndighedsudøvelse til private kræver derimod udtrykkelig lovhjemmel.

Ved afgørelseskompetence forstås, at en offentlig myndighed ved retsakter ensidigt og bindende bestemmer, hvad der er eller skal være ret i et konkret tilfælde.

Kompetencen til at træffe afgørelser er en central del af myndighedsudøvelsen og skal af retssikkerhedsmæssige årsager både formelt og reelt forblive hos myndigheden.

Det har været omdiskuteret, om sagsforberedende arbejde i afgørelses-sager er omfattet af myndighedsudøvelsesbegrebet, jf. Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører, Azad Taheri Abkenar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2017, s. 110. Det er dog nu fastlagt, at delegation af sagsforberedelse ikke kræver lovhjemmel, men delegationen skal ske inden for visse nærmere rammer, jf. nærmere afsnit 3.3.1.

Vi henviser videre til Forvaltningsret, Niels Fenger (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 143 f., Forvaltningsret – Sagsbehandling, Karsten Revsbech m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave 2019, s. 66 og 69, og Forvaltningsret, Steen Rønsholdt, Karnov Group, 5. udgave 2018, s. 95 f. og 196 f.

### ***3.2. Generelle forvaltningsretlige krav ved myndigheders inddragelse af private aktører***

Det er omdiskuteret og behæftet med betydelig tvivl om og i givet fald i hvilket omfang, private aktører forpligtes af de almindelige forvaltningsretlige regler og grundsætninger. Se herom Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører, Azad Taheri Abkenar, Jurist- og Økonomfor-

bundets Forlag, 1. udgave 2017, kap. 5, og særligt s. 202 f., med henvisninger.

Følgende fremgår af Forvaltningsret, Niels Fenger (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 124 f. om anvendelsen af forvaltningsretten uden for den offentlige forvaltning:

”Det forhold, at de generelle forvaltningslove ikke finder anvendelse på et givent organ, udelukker ikke, at uskrevne retsgrundsætninger med et beslægtet indhold finder anvendelse. Det gælder i særdeleshed i forhold til andre offentlige myndigheder end forvaltningsmyndigheder såsom domstolene og ombudsmanden.

Private organer omfattes ikke af den uskrevne forvaltningsret, alene fordi de udfører opgaver, der i større eller mindre grad er af forvaltningsmæssig karakter, eller fordi de har tætte organisatoriske bånd til det offentlige. Der er imidlertid i praksis en vis velvilje mod at lade grundkernen i de mest basale saglighedsprincipper – eller måske snarere principper der ligner de forvaltningsretlige - finde anvendelse på private organer, der udfører forvaltningsvirksomhed i materiel forstand. Det gælder navnlig for lighedsgrundsætningen, magtfordrejningslæren og proportionalitetsbetragtninger, jf. FOB 1973.275, U 1987.610 H, U 1997.889 H og U 2014.3703 H. At der på den anden side ikke nødvendigvis er identitet mellem det nærmere indhold af de forvaltningsretlige principper og de beslægtede principper, der gælder for organer, der ikke er en del af den offentlige forvaltning, illustreres af U 2018.8 Ø og [...] U 1998.1322 H om Københavns Kulturbud Fond 96.

For så vidt angår sagsbehandlingsregler er udgangspunktet, at private retssubjekter – i hvert fald hvor disse ikke er delegeret kompetence til at træffe afgørelser eller foretage myndighedsudøvelse – ikke er underlagt grundsætninger af forvaltningsprocessuel karakter svarende til dem, der findes i forvaltningsloven, jf. U 2001.2348 H og U 2006.782 H [...] samt FOB 2008.323, men sml. U 1987.610 H og U 1997.889 H.”

Ankestyrelsens undersøgelse af de 30 kommuners brug af private konsulenter på det sociale område retter sig, som det fremgår af afsnit 1.2, ikke mod de private konsulents opgavevaretagelse, men derimod mod kommunernes forpligtelser i forhold til anvendelsen af private konsulenter.

Spørgsmålet er derfor om og i givet fald, hvordan kommunerne er forpligtede til at sikre, at den private konsulent overholder de forvaltningsretlige krav, som kommunen selv ville have været underlagt, fx gennem kontraktindgåelsen med den private aktør.

Når der er tale om sagsforberedelse i afgørelsessager, fremgår det af FOB 2013-9, som gennemgås nærmere i afsnit 3.3.1., bl.a. at den private aktør i almindelighed må iagttage helt de samme regelsæt som den ansvarlige myndighed, herunder offentligretlige regler og grundsætninger. Det fremgår også, at ordningen må være tilrettelagt på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at den heller ikke i øvrigt medfører tab af rettigheder for borgeren i sagen. Der må således være udstukket retningslinjer, som sikrer, at der ikke i realiteten delegeres afgørelseskompetence, samt retningslinjer for hvilke skridt der i øvrigt skal foretages af myndigheden, og hvilke den private konsulent skal udføre.

I Forvaltningsret, Niels Fenger (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 148 (citeret nedenfor i afsnit 3.3.2.), anføres det, at der næppe er tvivl om, at hvis der ved delegation af sagsforberedelse i afgørelsessager ikke er aftalt retningslinjer mellem parterne, vil delegationen allerede af den grund være problematisk.

Spørgsmålet er, om der gælder tilsvarende krav, når der er tale om delegation af andre opgaver end sagsforberedelse i afgørelsessager. Problemstillingen ses implicit behandlet i Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører, Azad Taheri Abkenar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2017, s. 232 ff., hvor følgende fremgår:

”Der er [af forfatteren; Ankestyrelsens bemærkning] argumenteret for, at selvom en kontrakt om delegation af myndighedsudøvelse ikke særskilt tager stilling til, hvordan opgaven skal udføres, må det i almindelighed være en forudsætning, at opgaven ikke udføres på en sådan måde, at det indebærer retssikkerhedsmæssige forringelser eller retstab i øvrigt for borgeren. Til trods herfor antages det at være en forpligtelse for myndigheden på kontraktuelt grundlag at indskrive en forpligtelse til, at den private aktør overholder den til enhver gældende offentligretlige lovgivning i relation til den delegerede opgave [...].

[...]

Skønt ovenstående overvejelser – i hvert fald i en aftaleretlig kontekst – kan fremstå som retlige nydannelser, må man konstatere,

at det kan blive meget vanskeligt at overholde delegationslærens krav til forsvarlig delegation<sup>[...]</sup>, såfremt kontraktgrundlaget ikke sikrer, at centrale retssikkerhedsmæssige krav overholdes af den private aktør, ligesom spørgsmålet om, hvilke krav der kan stilles til delegation strengt set har en tættere tilknytning til forvaltningsretten end til aftaleretten.”

Om forpligtelsen for myndigheden til at sikre overholdelse af de forvaltningsretlige krav kan der specifikt om anvendelsen af inhabilitetsregler på personer, som ikke virker i den offentlige forvaltning henvises til Forvaltningsloven med kommentarer, Niels Fenger, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2013, s. 173 f.:

”Uden for forvaltningslovens inhabilitetsregler falder endvidere den virksomhed, der – efter aftale med en offentlig myndighed – udføres af personer, som ikke er ansat eller på anden måde virker i den offentlige forvaltning. Det gælder således med hensyn til virksomhed, der udføres af enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber eller anparts- eller aktieselskaber, selv om virksomheden vedrører, hvad der i traditionel forstand opfattes som en offentlig funktion. Også i sådanne tilfælde kan inhabilitetsspørgsmål imidlertid opstå.

*FOB 1988.69*

En kommune engagerede en advokat til at udforme en lejeaftale med et hotelprojekt. Advokaten havde anpart i det selskab, der solgte grunde og bygninger til brug for hotelprojektet. Advokaten havde således en direkte personlig økonomisk interesse i kommunens dispositioner i sagen og burde derfor ikke have bistået i forbindelse med kommunens behandling af sagen.

*Indenrigsministeriets udtalelse af 5. februar 1999, 4. k.kt. j.nr. 1998/1220/743-5*

Udtalt, at der i den juridiske litteratur er forskellige opfattelser af, hvorvidt en advokat, der efter aftale med en forvaltningsvirksomhed rådgiver myndigheden til brug for dennes behandling af en sag, kan antages at virke inden for den offentlige forvaltning i den betydning, som dette begreb er anvendt i forvaltningslovens § 3. Lægges det til grund, at en advokat, der rådgiver en offentlig myndighed, ikke er direkte omfattet af § 3, vil advokaten imidlertid i medfør af uskrevne retsgrundsætninger kunne anses for inhabil, bl.a. hvis advokaten har en særlig personlig interesse i den pågældende sag eller er repræsentant for nogen, der har en sådan inte-



resse. For så vidt angår den konkrete sag fandt Indenrigsministeriet, at kommunen ikke havde været berettiget til at indhente juridisk bistand fra en bestemt advokat, idet advokaten havde repræsenteret borgerens tidligere mand i en sag vedrørende separation og skilsmisse, der havde nær tilknytning til den sag, hvori kommunen havde indhentet juridisk bistand.”

Det er på denne baggrund Ankestyrelsens opfattelse, at der består en forpligtelse for kommuner, der bruger private konsulenter på det sociale område, til at sikre, at de private konsulenter overholder de samme forvaltningsretlige krav, som kommunerne selv ville have skullet overholde ved kommunernes sagsbehandling. Dette gælder i særlig grad, når kommunen delegerer sagsforberedende arbejde til den private konsulent. Tilsvarende må gælde, når kommunen delegerer andre myndighedsopgaver, således at det sikres, at opgaven løses på en sådan måde, at borgeren ikke er retssikkerhedsmæssigt dårligere stillet ved, at det er et privat konsulentfirma og ikke kommunen, der løser opgaven.

### **3.3. Nærmere om delegation af sagsforberedelse**

#### *3.3.1. Ombudsmandens udtalelse FOB 2013-9*

Mulighederne og dermed også grænserne for at delegere sagsforberedende arbejde i afgørelsessager til private er blevet behandlet af Folketingets Ombudsmand i FOB 2013-9. Følgende fremgår bl.a. af udtalelsen:

”Det må [...] lægges til grund, at der ikke gælder et almindeligt krav om lovhjemmel, når det alene drejer sig om inddragelse af (delegation til) private i *forberedelsen* af afgørelsessager.

Det må her bl.a. indgå, at der – i modsætning til ved delegation af egentlig afgørelseskompetence – ikke er tale om, at den pågældende private aktør endeligt kan fastlægge borgernes retsstilling.

Det må også indgå, at inddragelse af private aktører i myndighedernes sagsforberedelse kan tjene væsentlige hensyn i forhold til borgerne, f.eks. i tilfælde, hvor der som følge af sagsbelastningen i den pågældende myndighed ellers ikke ville kunne træffes afgørelse inden for rimelig tid.

Både principielle og reale hensyn taler således efter min opfattelse for ikke at anlægge en meget restriktiv linje i spørgsmålet.

**3.2.3.** Det er samtidig klart, at der må stilles en række krav til sådanne ordninger, bl.a. med det sigte, at den enkelte borgers retsstilling ikke alligevel forringes som følge af inddragelsen af private – f.eks. ved at de sagsbehandlingsregler, der gælder for den offentlige forvaltning, i realiteten omgås.

Det er næppe muligt på det generelle plan at gøre udtømmende op med problemstillingen, men de væsentligste synspunkter kan efter min opfattelse sammenfattes således:

- Den private aktør må have den nødvendige fagkyndige ekspertise til at udføre opgaven, og opgaven må kunne udføres, uden at der opstår interessekonflikter i forhold til myndigheden. F.eks. vil et privat advokatfirma naturligvis ikke kunne varetage opgaver for myndigheden i en sag, hvor firmaet samtidig repræsenterer den private part i sagen.
- De sagsskridt m.v., som den private aktør foretager, må leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav m.v., der stilles til den offentlige forvaltning. Den private aktør må derfor i almindelighed iagttage helt de samme regelsæt som den ansvarlige myndighed, herunder offentligretlige regler og grundsætninger. Det indebærer bl.a., at indhentelse af oplysninger må ske indenfor de samme retlige rammer, som gælder for offentlige forvaltningsmyndigheder, at f.eks. partshøring må ske i overensstemmelse med forvaltningsloven, og at der iagttages fortrolighed i overensstemmelse med lovgivningens almindelige regler. Med hensyn til sidstnævnte spørgsmål bemærker jeg, at straffelovens grundlæggende regler om tavshedspligt også gælder for private, der udfører opgaver for offentlige myndigheder, jf. lovens § 152 a. Også persondataloven omfatter såvel offentlige myndigheder som private dataansvarlige, jf. lovens § 1 og § 42.
- Ordningen må være tilrettelagt på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at den heller ikke i øvrigt medfører tab af rettigheder for den private part i sagen. Der må således være understøttet retningslinjer, som sikrer, at der ikke i realiteten delegeres afgørelseskompetence, samt retningslinjer for, hvilke skridt der i øvrigt skal foretages af myndigheden, og hvilke den private skal udføre.

- Den delegerende myndighed må – både formelt og reelt – stå inde for den afgørelse, der bliver truffet, og for sagsbehandlingen i den forbindelse. Det indebærer bl.a., at det oplysningsgrundlag, som den private aktør har tilvejebragt, må forelægges for myndigheden til kvalitetssikring, og at der hos myndigheden må ske en selvstændig vurdering af oplysningsgrundlaget, inden der træffes afgørelse. Myndigheden har også pligt til at påse, at selve udsendelsen af afgørelsen sker i overensstemmelse med de generelle forvaltningsretlige regler.

**3.2.4.** Endelig vil det efter min opfattelse have betydning, hvor omfattende delegationen er, både med hensyn til andelen af myndighedens sager og delegationens tidsmæssige udstrækning. F.eks. vil ordninger, hvorefter private aktører på mere varig basis står for sagsforberedelsen, i almindelighed ikke kunne anses for tilladelige.

Det er næppe muligt mere præcist at fastlægge grænserne på dette punkt.

[...]

**3.3.4.** Indledningsvis kan det konstateres, at aftalen med Miljøklagenævnet indebar, at Kammeradvokaten påtog sig at udføre dele af sagsbehandlingen i en række sager om husdyrbrug. Der var således ikke tale om delegation af Miljøklagenævnets *afgørelseskompetence* i de pågældende sager, men alene om delegation af kompetence til at stå for visse dele af *sagsforberedelsen*.

Kammeradvokaten må anses for fagligt egnet til at påtage sig de opgaver, som efter aftalen skulle udføres.

Udformningen og tilrettelæggelsen af den del af sagsbehandlingen, som blev udført af Kammeradvokaten, skete i et tæt og løbende samarbejde mellem Miljøklagenævnet og Kammeradvokaten, og fordelingen af opgaverne mellem nævnets sekretariat og Kammeradvokatens medarbejdere blev besluttet på grundlag af en aftale, som parterne i fællesskab justerede undervejs.

Ifølge aftalen skulle de enkelte sager bevæge sig i et flow mellem nævnets projektgruppe og medarbejderne hos Kammeradvokaten. Derved blev der skabt sikkerhed for, at sagerne både startede og sluttede i nævnet. Den tekniske del af sagsbehandlingen blev udført af nævnet, mens hovedparten af den juridiske del af sagsbe-

handlingen blev udført af Kammeradvokaten i overensstemmelse med nævnets beslutninger herom.

De endelige udkast til afgørelser blev udarbejdet af Kammeradvokaten, men efter forudgående proces mellem nævnet og Kammeradvokaten. Den endelige afgørelse i sagerne blev truffet og udsendt af nævnet i overensstemmelse med den interne lovbestemte kompetencefordeling mellem nævnet og nævnets formand.

Jeg må efter de foreliggende oplysninger også i øvrigt lægge til grund, at Kammeradvokatens sagsbehandling skete inden for de rammer, som jeg har skitseret ovenfor under pkt. 3.2.

#### **4. Konklusion**

Sammenfattende er det derfor min opfattelse, at Kammeradvokatens bistand til Miljøklagenævnet i forbindelse med behandlingen af de 103 klagesager om husdyrbrug var i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige principper om delegation af myndighedsudøvelse til private.”

Statsforvaltningen Hovedstaden og Ankestyrelsen har tidligere udtalt sig om samme spørgsmål, men retstilstanden må i dag anses som samlet beskrevet i udtalelsen fra Folketingets Ombudsmand.

##### *3.3.2. Litteratur om spørgsmålet*

I den juridiske litteratur er spørgsmålet om delegation af forberedelse af afgørelsessager beskrevet bl.a. følgende steder:

Problemstillingen er grundlæggende behandlet i Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører, Azad Taheri Abkenar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2017.

Forvaltningsret, Niels Fenger (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 146 ff., hvor bl.a. følgende fremgår:

”Indtil udtalelsen i FOB 2013-9 var der en vis usikkerhed om rammerne for privates bistand til det offentlige i forbindelse med afgørelsessager. Statsforvaltningen og Ankestyrelsen afgav f.eks. udtalelser, der tilsyneladende lagde snævre rammer for bl.a. kommunernes muligheder for at få private til at bistå i forbindelse med forberedelsen af konkrete afgørelsessager. I en række situationer

synes statsforvaltningen og Ankestyrelsen – ved vurderingen af, om delegationen af kompetencen til at foretage sagsforberedende skridt havde været lovlig – at lægge vægt på, om det var åbenbart, at den private medvirken var uden indflydelse på den afgørelse, som kommunen traf. Var det ikke tilfældet, var der efter statsforvaltningens og Ankestyrelsens opfattelse tale om ulovlig delegation. Dette var bl.a. tilfældet i de ordninger, hvor den private udarbejdede en indstilling om sagens afgørelse.

[...]

Over for statsforvaltningernes tilkendegivelser blev det bl.a. anført, at det ikke ville give megen mening at inddrage en privat virksomhed eller lignende i forbindelse med en sagsbehandling, hvis det på forhånd var udelukket, at den bistand, som virksomheden bidrog med, måtte have nogen form for betydning for sagen.

Dette spørgsmål tog Ombudsmanden stilling til i FOB 2013-9. [...] Ombudsmanden udtalte, at det næppe er muligt på det generelle plan, at gøre udtømmende op med problemstillingen. Ombudsmanden fandt imidlertid grundlag for at opstille fire centrale krav, der vil skulle opfyldes, for at der kan ske delegation til en privat rådgiver. Det drejer sig om følgende:

- 1) den private aktør må have den nødvendige fagkyndige ekspertise til at udføre opgaven, og opgaven må kunne udføres, uden at der opstår interessekonflikter i forhold til myndigheden,
- 2) de sagsskridt m.v., som den private aktør foretager, må leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav, der stilles til den offentlige forvaltning,
- 3) ordningen må være tilrettelagt på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at den heller ikke i øvrigt medfører tab af rettigheder for den private part i sagen. Der må således være udstukket retningslinjer, som sikrer, at der ikke i realiteten delegeres afgørelseskompetence, samt retningslinjer for, hvilke skridt der i øvrigt skal foretages af myndigheden, og hvilke den private skal udføre, og
- 4) den delegerende myndighed må – både formelt og reelt – stå inde for den afgørelse, der bliver truffet, og for sagsbehandlingen i den forbindelse. Det indebærer bl.a., at det oplysningsgrundlag,

som den private aktør har tilvejebragt, må forelægges for myndigheden til kvalitetssikring, og at der hos myndigheden må ske en selvstændig vurdering af oplysningsgrundlaget, inden der træffes afgørelse. Myndigheden har også pligt til at påse, at selve udsendelsen af afgørelsen sker i overensstemmelse med de generelle forvaltningsretlige regler.

Det kan lægges til grund, at delegation til private af de sagsforberedende skridt i afgørelsessager fremover vil blive bedømt i forhold til ovenstående fire punkter, og der er således f.eks. næppe tvivl om, at hvis der ikke er aftalt retningslinjer mellem parterne, vil delegationen i givet fald allerede af den grund være problematisk. Selv om retstilstanden materielt er væsentlig mere imødekomende over for privat bistand i sagsforberedelsen end tidligere antaget, ændrer dette ikke på, at der tillige stilles en række formelle krav, der skal være overholdt i forbindelse med den enkelte delegation.

Den myndighed, der har delegeret sagsforberedelsen, må sikre sig, at samtlige indhentede oplysninger af betydning for sagen videregives til myndigheden, således at de kan indgå umiddelbart i grundlaget for myndighedens afgørelse. Dette gælder såvel skriftligt som mundtligt modtagne oplysninger. En sådan videregivelse er påkrævet, dels for at myndigheden som forudsat i officialprincippet selv kan kontrollere, at de fornødne oplysninger for afgørelsen foreligger, dels for at myndigheden kan sikre sig, at partshøring foretages i overensstemmelse med de almindelige regler herom. Den private kan således – på baggrund af delegation – efter omstændighederne foretage sagsforberedende skridt, men den private skal i givet fald iagttage de samme regelsæt som den ansvarlige offentlige myndighed, herunder offentligretlige regler og grundsætninger. Det indebærer bl.a., at f.eks. partshøring, som gennemføres af en privat på grundlag af delegation, må ske i overensstemmelse med forvaltningslovens §§ 19-20.”

Forvaltningsret – Sagsbehandling, Karsten Revsbech m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave 2019, s. 69, hvor følgende fremgår:

”Der er også adgang til uden lovhjemmel i et vist omfang at overlade *forberedelsen af afgørelsessager* til private (konsulentfirmaer og lign.), men adgangen er begrænset, jf. FOB 2005.499 og FOB 2013-9.

[Fodnote 72]

I U 2017.3389 H problematiserede sagens parter ikke det forhold, at et konsulentfirma havde udarbejdet skriftlig vurdering om en medarbejders egnethed til at bestride en bestemt stilling. Landsretten – hvis begrundelse Højesteret tiltrådte – anførte, at dette hverken formelt eller reelt kunne betragtes som delegation af afgørelseskompetence, så vidt ses for at understrege, at myndigheden havde foretaget en selvstændig vurdering af, om vedkommende skulle afskediges eller kunne omplace-res.”

Forvaltningsret, Steen Rønsholdt, Karnov Group, 5. udgave 2018, s. 197, hvor følgende fremgår:

”Delegation af sagsbehandlingsskridt til private, som har karakter af afgørelser i forvaltningslovens forstand, f.eks. afgørelser om partsaktindsigt, kræver hjemmel. Der er derimod ikke noget almindeligt forbud imod delegation af sagsbehandling i øvrigt, men en række forudsætninger skal være opfyldt, jf. FOB 2013-9.”

#### **4. Nærmere overvejelser om aftalekonstruktionerne i forhold til det retlige grundlag i afsnit 3**

##### **4.1. Generelle overvejelser**

Som beskrevet i afsnit 3.1.-3.3., er der en række krav, der skal iagttages, når myndighedsopgaver delegeres til private.

De krav, der efter FOB 2013-9 stilles til delegation af sagsforberedelse, har, som det fremgår ovenfor, det sigte, at den enkelte borgers retsstilling ikke forringes som følge af inddragelsen af private, fx ved at de sagsbehandlingsregler, der gælder for den offentlige forvaltning, i realiteten omgås.

Det indebærer bl.a., at der ikke må være interessekonflikter, og at de sagsskridt, som den private konsulent foretager, må leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav, der stilles til den offentlige forvaltning.

Det indebærer bl.a. også, at kommunen må stå inde for den afgørelse, der bliver truffet og for sagsbehandlingen i den forbindelse.

##### **4.2. Særlige spørgsmål om interessekonflikter og inhabilitet**

Der skal som nævnt ovenfor generelt være opmærksomhed på eventuelle interessekonflikter og inhabilitetsspørgsmål ved brug af private konsulenter.

Ved interessekonflikter forstås, at det private konsulentfirma kan have interesser, der kolliderer med kommunens.

Ved inhabilitet forstås, at det private konsulentfirma kan have en sådan interesse i sagens udfald, at der er en generel risiko for, at der bliver inddraget usaglige hensyn i sagsbehandlingen.

Ved vurderingen af, om der foreligger omstændigheder, der i almindelighed er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed, foretages en generel bedømmelse, hvor vedkommendes personlige forhold ikke tages i betragtning, jf. Inhabilitet i forvaltningen, Hans Gammeltoft-Hansen, Karnov Group, 1. udgave 2011.

I en række tilfælde vil det private konsulentfirmas interesse være sammenfaldende med kommunens. Det kan fx være, når der skal forhandles om de priser eller takster, en kommune betaler for et givent ophold på en institution, eller hvis indsatsen over for borgere skal forbedres, uden at der herved delegeres sagsforberedende arbejde, jf. eksempelvis Ankestyrelsens principmeddelelse 186-11.

I andre tilfælde kan det private konsulentfirma have interesser, der kolliderer med kommunens. Det kunne fx være situationen, hvis det private konsulentfirma rådgiver en given social institution og samtidig skal forhandle med institutionen på vegne af kommunen.

Tilsvarende vil det private konsulentfirma kunne have sådanne selvstændige interesser i den sag/det spørgsmål, der skal behandles, at der foreligger en generel risiko for, at konsulentfirmaets ageren i sagen af den grund vil være påvirket af usaglige eller uvedkommende hensyn. I det omfang et konsulentfirma også leverer sociale tilbud til kommunerne i konkrete sager og således ikke kun står for forhandling og sagsforberedende arbejde, vil spørgsmålet om inhabilitet og/eller interessekonflikter med kommunen kunne opstå.

I situationer, hvor konsulentfirmaet i de gennemgåede sociale sager selv tilbyder at overtage indsatsen for de konkrete borgere, foreligger der en selvstændig interesse for konsulentfirmaet i udfaldet af sagen med en iboende risiko for, at der bliver inddraget usaglige hensyn. Det skyldes, at firmaet har en særlig økonomisk interesse i at overtage indsatsen.



Efter Ankestyrelsens opfattelse knytter der sig en særlig inhabilitetsproblematik til sager, hvor det private konsulentfirma honoreres efter "no-cure-no-pay"-princippet, og honoraret til konsulenten således beregnes ud fra – og dermed afhænger af – den opnåede besparelse for kommunen.

Som anført i afsnit 3.1.3. ses der ikke at være regler eller særlige hensyn der i almindelighed tilsiger, at afregning efter "no-cure-no-pay"-princippet i sig selv skulle være ulovligt. Det vil således afhænge af en konkret vurdering af de enkelte samarbejder, om der kan være konkrete problemstillinger knyttet til at benytte denne afregningsform.

Som ovenfor beskrevet, vil der være en række situationer, hvor det incitament, der ligger i betalingsformen, ikke indebærer en risiko for inddragelse af usaglige hensyn, fordi konsulentfirmaets, kommunens og lovgivningens interesser/intentioner ikke er modstridende. Det vil fx kunne være tilfældet, hvor et konsulentfirma forhandler om at opnå den samme ydelse til borgeren til en lavere pris for kommunen.

I andre situationer kan det anføres, at det incitament, der ligger i betalingsformen, indebærer, at konsulenten må anses for at have en direkte økonomisk interesse i sagens udfald, dvs. at sagen munder ud i, at ydelsen til borgeren nedsættes.

Dette skyldes, at konsulentens honorar for sin deltagelse i sagsbehandlingen ikke afhænger af den indsats, konsulenten yder, men derimod af det resultat som afgørelsen får. Konkret vil konsulentens honorering altså være betinget af, at afgørelsen får et bestemt indhold, og i visse tilfælde kan konsulenten direkte beregne sit eget vederlag på baggrund af resultatet af borgerens sag, fx 10 pct. af det hjælpen til borgeren nedsættes med.

Det er i den forbindelse efter Ankestyrelsens opfattelse uden betydning, om det er den enkelte konsulent eller det firma, som konsulenten er ansat i, og hvis interesser, konsulenten dermed skal varetage, der har en direkte økonomisk interesse i sagens udfald.

En økonomisk interesse i en konkret sags udfald er efter forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1, en inhabilitetsgrund for kommunens medarbejdere. Der kan henvises til Inhabilitet i forvaltningen, Hans Gammeltoft-Hansen, Karnov Group, 1. udgave 2011, s. 60 ff.

Habilitetsreglerne i forvaltningslovens § 3 har karakter af garantiforskrifter. Retsvirkningerne af inhabilitet afhænger af, om inhabiliteten konstateres inden sagens behandling og afgørelse eller efterfølgende. Virkningen af, at en person er inhabil, er normalt, at vedkommende hverken må deltage i afgørelsen eller i øvrigt medvirke ved behandlingen af den pågældende sag, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 3. Omfattet af forbuddet er også deltagelse i den forudgående administrative behandling af sagen, herunder i form af afgivelse af indstillinger eller sagkyndige erklæringer. Vi henviser til Forvaltningsret, Niels Fenger (red)., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 280.

Anvendelse af grundsætningerne om inhabilitet fører til, at myndighederne ikke bør anvende en privat aktør, hvis der foreligger en inhabilitetsgrund for denne aktør, jf. det anførte i afsnit 3.2 og den deri citerede udtalelse i FOB 1988.69 og Indenrigsministeriets udtalelse af 5. februar 1999, 4. kt. j.nr. 1998/1220/743-5. Det betyder, at kommunerne ikke lovligt kan benytte private konsulenter, hvis de har en direkte økonomisk interesse i den afgørelse, der skal træffes, eller i det spørgsmål der skal behandles.

Det er på den baggrund vores opfattelse, at der skal tages højde for interessekonflikter og risiko for inddragelse af uvedkommende private interesser, når der entreses med private konsulenter.

#### ***4.3. Særlige spørgsmål om krav til sagsoplysning ved sagsforberedelse***

Det fremgår af ombudsmandens udtalelse i FOB 2013-9, som refereret i afsnit 3.3.1., at et af de centrale krav til at anvende konsulenter i sagsforberedende arbejde er, at de sagsskridt, som den private aktør foretager, må leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav m.v., der stilles til den offentlige forvaltning. Et andet centralt krav er, at ordningen må være tilrettelagt på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at den heller ikke i øvrigt medfører tab af rettigheder for borgeren i sagen. Der må således være udstukket retningslinjer, som sikrer, at der ikke i realiteten delegeres afgørelseskompetence, samt retningslinjer for hvilke skridt der i øvrigt skal foretages af myndigheden, og hvilke den private konsulent skal udføre.

Efter vores opfattelse indebærer de nævnte krav til delegation af sagsforberedelse til private aktører, jf. herom i indledningen i afsnit 4.1., at det særligt skal overvejes, hvilken betydning det har, hvis den opgave, der delegeres til den private konsulent, er en gennemgang af alle kom-

munens sager om ydelser til borgere med handicap med henblik på at finde og komme med indstilling til afgørelse i sager, hvor der kan være spørgsmål om, at borgeren får for høj en ydelse.

Havde kommunen selv foretaget en tilsvarende gennemgang, ville kommunen – selvom gennemgangen altså havde et andet sigte – være forpligtet til at genoptage sager, hvor kommunen under gennemgangen måtte opdage, at borgeren får for lav en ydelse. Dette følger af det almindelige krav om saglig forvaltning.

Som tidligere nævnt skal de krav, der stilles til delegation af sagsforberedelse til private aktører, sikre, at retsstillingen for borgeren ikke forringes som følge af delegationen af sagsforberedelsen. I den foreliggende situation handler det om at sikre, at retsstillingen for den borger, hvor kommunen ved en fejl yder for lav ydelse, ikke bliver forringet som følge af, at gennemgangen af sagerne foretages af en privat konsulent, der alene har til opgave at oplyse kommunen om sager, hvor der er mulige besparelser.

Kommunen har således en forpligtelse til at sikre, at delegation af sagsforberedelse i denne type sager ikke medfører, at borgerne risikerer at lide et sådant retstab. Det kan ske ved at indskrive denne forpligtelse for det private konsulentfirma i retningslinjerne for opgavefordelingen mellem konsulenten og kommunen.

Er der omvendt tale om en gennemgang, hvor en konsulent efter en forudgående visitation fra kommunens medarbejdere og/eller med en ren økonomisk faglighed skal vurdere, om der kan være besparelspotentiale, og hvor gennemgangen ikke indeholder en vurdering af konkrete sager, kan der efter vores opfattelse ikke stilles de ovenfor skitserede krav til den private konsulent og til de retningslinjer, der er fastsat mellem kommunen og den private konsulent.

## **5. Sådan vurderer vi rammerne for kommunernes samarbejde med private konsulenter**

### ***5.1. Kommunernes økonomiske dispositioner***

Når en kommune indgår en kontrakt med et konsulentfirma om varetagelsen af en opgave, må kommunen som det fremgår af afsnit 3.1.3. ikke betale konsulentfirmaet mere end markedsprisen for at få udført den pågældende opgave, da det ellers vil være ulovlig støtte til konsulentfirmaet.

Herudover ses der ikke at være regler, som Ankestyrelsen påser overholdelsen af, der umiddelbart regulerer, om en kommune aflønner konsulenter efter for eksempel en fast timeløn, en samlet pris for udførelsen af en opgave, et "no-cure-no-pay"- princip eller lignende. Se dog afsnit 4.2. om "no-cure-no-pay"-princippet i afsnittet om særlige spørgsmål om interessekonflikter og inhabilitet.

Hvis aflønningen af et konsulentfirma sker til markedsprisen, vurderet ud fra om kommunen har handlet økonomisk forsvarligt ved indgåelse af kontrakten med et konsulentfirma, er der ikke i sig selv noget ulovligt i at aflønne konsulentfirmaet efter et "no-cure-no-pay"-princip.

## **5.2. Rammerne for kontrakterne**

Som det fremgår af afsnit 2.4. kan de gennemgåede kontrakter overordnet inddeles i tre typer af aftaler/samarbejder:

1. Ydelser om gennemgang af konkrete sager dels som gennemgang af sagerne hvor konsulentfirmaet foretager en analyse med henblik på kommunens egen videre vurdering af, om der skal træffes en ny afgørelse, og dels som gennemgang af sagerne hvor konsulentfirmaet decideret udarbejder oplæg til indstilling og afgørelse over for borgeren.
2. Ydelser som indeholder forhandlinger med leverandører om takster/priser dels i form af almindelig prisforhandling, som ikke får betydning for de konkrete borgere, og dels i form af forhandlinger, som ud over almindelige prisforhandlinger også indebærer en vurdering og forhandling af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere.
3. Ydelser om kompetenceudvikling i form af bistand med generel viden og rådgivning med henblik på uddannelse af kommunens medarbejdere samt anbefalinger til fremadrettet kvalitetssikring og effektivisering.

Disse ydelser findes i kontrakterne i forskellige kombinationer med betalingsformer og retningslinjer for konsulentfirmaets arbejde.

I dette afsnit sammenfatter vi de mulige retlige problemstillinger, jf. herom afsnit 3 og 4, som de tre overordnede typer af ydelser generelt kan give anledning til i de videre undersøgelser af de 30 kommuner.

Det er på nuværende tidspunkt i undersøgelsens forløb Ankestyrelsens opfattelse, at der i de gennemgåede kontrakter ikke er indgået aftaler om delegation af afgørelseskompetence. Som kontrakterne fremstår, delegeres der hverken formelt eller i realiteten afgørelseskompetence.

De konkrete sager ser på nuværende tidspunkt således ud til at handle om ydelser, der enten har karakter af sagsforberedelse, faktisk forvaltningsvirksomhed eller køb af ydelser til kommunen.

#### *5.2.1. Ydelser om gennemgang af konkrete sager*

Som det fremgår af afsnit 2.1.2. indeholder en del af kontrakterne en juridisk, socialfaglig og økonomisk gennemgang af konkrete sager, hvor resultatet kan udmønte sig i afgørelser om nedsættelse af borgernes ydelser. I en del af disse kontrakter fremgår det direkte, at konsulentfirmaet udarbejder oplæg til indstilling og afgørelse.

I begge varianter er der tale om sagsforberedende arbejde i afgørelsessager, og kontrakterne skal derfor leve op til kravene hertil.

I kontrakter om sagsforberedelse, kan kommunen ikke lovligt indgå aftaler om aflønning efter "no-cure-no-pay"-princippet.

Er der tale om, at konsulentfirmaet aflønnes efter en fast timepris, kan der – afhængig af, hvordan kommunen har udvalgt de sager, konsulentfirmaet skal gennemgå – være krav om, at kommunen i retningslinjerne for opgavefordelingen mellem kommunen og konsulentfirmaet sikrer sig, at konsulentfirmaet ikke alene oplyser kommunen om sager med mulige besparelser, men også oplyser om sager, hvor der kan være spørgsmål om, at borgeren får for lav en ydelse.

#### *5.2.2. Ydelser som indeholder forhandlinger med leverandører*

Som det fremgår af afsnit 2.1.1. om indholdet af kontrakterne, er der indgået et større antal kontrakter om forhandling med leverandører i forhold til indsats og takster i konkrete sager.

Hvis konsulentfirmaet udfører forhandling af takster/priser uden vurdering af de leverede ydelser i forhold til konkrete borgere, og den ydelse, som borgeren får, ikke bliver påvirket af forhandlingen, skal kommunen gardere sig mod mulige interessekonflikter. En mulig interessekonflikt kunne være, at konsulentfirmaet har indgået aftale med et bosted om driftsoptimering og senere bliver bedt om at forestå forhandlinger med bostedet om besparelser. Derudover giver denne ydelse ikke i øvrigt anledning til problematiske forhold. Det gælder efter vores opfattelse uanset, om betalingen for arbejdet sker efter "no-cure-no-pay"-princippet eller som en fast pris.

I det omfang forhandlingen med leverandøren også udmønter sig i en afgørelse over for borgeren om ændring af borgerens ydelser, må konsulentens vurdering af borgerens behov anses for at have karakter af sagsforberedende arbejde i en afgørelsessag og skal derfor leve op til de krav, der stilles for sådant arbejde. Det gælder efter vores opfattelse uanset, om kommunen er til stede ved alle forhandlinger og møder med leverandører. Er der tale om forhandlinger, der i realiteten indebærer sagsforberedelse i en afgørelsessag, kan kommunen ikke lovligt indgå en kontrakt med aflønning efter "no-cure-no-pay"-princippet.

### *5.2.3. Ydelser om kompetenceudvikling*

Som det fremgår af afsnit 2.1.3. ovenfor om indholdet af kontrakterne, vedrører en del af dem ydelser i form af bistand med generel viden og rådgivning med henblik på kompetenceudvikling og uddannelse af kommunens medarbejdere samt anbefalinger til fremadrettet kvalitetssikring og effektivisering.

I det omfang der er tale om en generel gennemgang af retsregler eller socialfaglig metode mv., vil der være tale om ydelser, der kan betegnes som kursusvirksomhed eller lignende. Det er vores vurdering, at der i disse tilfælde er tale om køb af en tjenesteydelse. Indgåelse af kontrakter om køb af sådanne ydelser falder uden for delegation til private, og skal derfor ikke leve op til de krav, der gælder for sådanne ydelser.

### *5.2.4. Særlige bemærkninger om konsekvens af inhabilitet*

Kommunerne vil efter vores opfattelse være forpligtede til at genoptage de sager, hvor der er spørgsmål om inhabilitet. Har en kommune ved behandlingen af en sag anvendt en konsulent, som vurderet ud fra inhabilitetsbetragtninger har en uvedkommende interesse, vil afgørelsen som udgangspunkt være ugyldig, medmindre habilitetsmanglen efter en konkret vurdering ikke har haft betydning for afgørelsens resultat.

Vi skal generelt bemærke, at et brud på inhabilitetsreglerne som udgangspunkt medfører, at den trufne afgørelse bliver ugyldig, medmindre habilitetsmanglen efter en konkret vurdering ikke har haft betydning for afgørelsens resultat, eller der foreligger tertiære momenter, der i øvrigt taler mod afgørelsens ugyldighed. Der henvises til Forvaltningsret, Niels Fenger (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2018, s. 281 ff.

## **6. Den videre undersøgelse af de 30 kommuner**

Som det fremgår ovenfor, vil Ankestyrelsen i anden fase af undersøgelsen inden for den juridiske ramme, der er opstillet i nærværende generelle udtalelse, foretage en vurdering af lovligheden af hver enkelt kommunes indgåede kontrakter og udmøntningen af disse.

Da der vil være tale om en vurdering ikke alene af kontrakterne, de konkrete sager og kommunalbestyrelsernes udtalelser, men også af det konkrete samarbejde med konsulenterne, vil der i en række tilfælde være behov for at stille yderligere spørgsmål til de involverede kommuner.

Ankestyrelsen vil indledningsvis sende en høring til de 30 kommuner, som har indgået kontrakter med konsulenter. De 30 kommuner vil med høringen blive bedt om at oplyse, hvad de retlige rammer i denne udtalelse giver dem anledning til at foretage, dels i forhold til kontrakterne, dels i forhold til de konkrete sager, der har indgået i konsulenternes arbejde.

Ankestyrelsen vil på baggrund af kommunernes svar tage stilling til, om der er anledning til at foretage sig yderligere i forhold til den enkelte kommune. Ankestyrelsen vil i den forbindelse også inddrage spørgsmål om kommunernes forpligtelse til at genoptage sager, hvor der er truffet afgørelse med medvirken af private konsulenter.

De 30 kommuner vil herefter hver især modtage et særskilt svar.

Det bemærkes, at Ankestyrelsen som tilsynsmyndighed ikke kan tage stilling til rigtigheden af afgørelserne i forhold til de konkrete sager, som indgår i det materiale, kommunerne har sendt til os.

Som klageinstans vil Ankestyrelsen dog – hvis klagefristerne overholdes – kunne behandle konkrete sager, som er afgjort af kommunerne efter lov om social service, og som påklages til os.

Vi offentliggør denne udtalelse på [www.ast.dk](http://www.ast.dk).

Venlig hilsen

Katrine Harlou

**Kopi sendt til:**

Social- og Indenrigsministeriet

**Vi har anvendt:**

Lov om kommunernes styrelse (kommunestyrelsesloven), jf. lovbe-  
kendtgørelse nr. 47 af 15. januar 2019

Forvaltningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 med  
senere ændringer

Lov om social service (serviceloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 798 af 7.  
august 2019