

Avknoppning inom vård och omsorg - upphandlingsrättsliga aspekter

Syfte

Syftet med denna promemoria är att främst med hänsyn till upphandlingslagstiftningen redovisa de rättsliga förutsättningarna för kommuner och landsting att genomföra avknoppningar inom vård och omsorg.

Inledning

Begreppet avknoppning har ingen enhetlig definition men vanligen avses fallet då en kommun eller ett landsting avskiljer en del av sin verksamhet till anställda som därefter driver verksamheten vidare i ett fristående företag (eller annan associationsform). Även om det sällan är direkt uttalat underförstås att det avknoppade företaget ska fortsätta att leverera tjänster till kommunen eller landstinget. Många privata leverantörer inom vård och omsorg har sitt ursprung i avknoppningar från offentliga verksamheter där de första kontrakten tilldelats direkt utan öppen konkurrensutsättning.¹

Motiven för avknoppning inom offentlig verksamhet är ofta att främja mångfald och entreprenörskap i syfte att öka konkurrensen och därmed uppnå lägre priser och högre kvalitet samt att nya idéer, företag och produkter utvecklas.

Det är möjligt att överlämna en uppgift som en kommun eller ett landsting ansvarar för så länge uppgiften inte innefattar myndighetsutövning.² Kommunen eller

¹ NUTEK 2007:24 sid 6.

² Kommunallagen (1991:900) 3 kap. 16 §.

landstinget frånhänder sig med detta dock inte ansvaret för sådana uppgifter som är obligatoriska enligt lag.

En avknoppning kan ses som en process som består av två steg: 1) avskiljande av verksamhet respektive 2) kommunens eller landstingets köp av tjänster efter det att avknoppningen genomförts.

Avskiljandet av verksamhet

I ett första steg, vid avskiljandet av verksamheten, kan avknoppning innebära att kommunen eller landstinget överlåter tillgångar till ett företag. Därvid uppstår frågor rörande former för försäljning och prissättning.

Vid försäljning aktualiseras både kommunal- och EG-rättsliga regler.³ Den kommunalrättsliga principen om förbud mot understöd till enskilda företag innebär ett principiellt hinder mot att lämna individuellt stöd till näringsidkare, vilket betyder att tillgångar ska överlåtas till marknadsvärde.⁴ Kravet på att kommuner och landsting ska ha en god ekonomisk hushållning förhindrar vidare i regel förmögenhetsmässiga dispositioner som innebär att kommunen eller landstinget avhänder sig tillgångar under marknadsvärdet.⁵

EG-rätten förbjuder som huvudregel statsstöd, dvs. stöd till företag som riskerar att snedvrída konkurrens på ett sätt som påverkar handeln mellan medlemsstaterna.⁶ Europiska kommissionen har utfärdat en allmän vägledning angående myndigheters⁷ försäljning av fastigheter (mark och byggnader).⁸ Enligt den ska överlåtelse ske antingen genom ett öppet och offentligt anbudsförfarande eller efter att värdering skett av oberoende värderingsmän för att fastställa ett marknadsvärde.

³ Frågeställningen behandlas utförligt i Statskontorets rapport 2008:10 "Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter".

⁴ Kommunallagen 2 kap 8 §. Till denna ansluter även innehållsmässigt principen om likställighet, kommunallagen 2 kap 2 §. Se även SOU 2007:72 "Kommunal kompetens i utveckling".

⁵ Kommunallagen 8 kap 1 §.

⁶ EG-fördraget art. 87.1. Vissa undantag från huvudregeln finns i art. 87.2-3.

⁷ Reglerna om förbud mot statsstöd omfattar statliga men även regionala myndigheter såsom landsting och kommuner, se EG-domstolens mål 323/82 (Intermill).

⁸ Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Köp av tjänster efter avknoppning

I ett andra steg, efter avknoppning, köper kommunen eller landstinget motsvarande tjänster. Det aktualiserar frågan om upphandlingsreglerna måste följas.

Upphandlingslagstiftningen

Vård- och omsorgstjänster är s.k. B-tjänster som regleras i lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, 15 kap. Som huvudregel ska kontrakt tilldelas efter ett öppet och marknadsmässigt anbudsförfarande genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling, dvs. ett förfarande utan krav på anbud, är enbart möjligt när kontraktets värde är lågt eller om det föreligger synnerliga skäl. Vad som utgör lågt värde är inte fastställt i med en beloppsgräns i lagstiftningen.⁹ Med synnerliga skäl avses enligt förarbetena oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kan råda över samt exempelvis sådana situationer där det är uppenbart att kvaliteten i vården eller omsorgen riskerar att försämrans till följd av upphandlingen.¹⁰

Entreprenadlösning

Entreprenadlösning föreligger när en kommun anlitar ett företag genom ett uppdragsförhållande där företaget åtar sig att för kommunens räkning, varaktigt och självständigt, utföra en eller flera tjänster i en sammanhållen verksamhet.

Frågan om köp av tjänster från en entreprenadlösning som utgjort en avknoppad verksamhet har prövats av Regeringsrätten.¹¹ I det aktuella målet överlät ett landsting en tvätteriverksamhet som drivits i egen regi inklusive ett avtal med innehållet att tvätteritjänster skulle fortsätta att utföras åt landstinget. Regeringsrätten fastslog att ett sådant tjänsteavtal inte kan ingå i en överlåtelse vid en avknoppning av verksamhet utan att kontraktet måste upphandlas enligt reglerna i LOU.

Rättsläget lämnar därmed inga möjligheter för en upphandlande myndighet att under en övergångsperiod tilldela kontrakt direkt till en avknoppad verksamhet utan ett öppet anbudsförfarande med de smärre undantag som anges nedan (s. 4).¹²

⁹ I ett avgörande från kammarrätt har en upphandling motsvarande drygt 5 prisbasbelopp funnits utgöra lågt värde, Kammarrätten i Sundsvall mål 16-07. I ett yttrande från Nämnden för offentlig upphandling i det aktuella målet ansåg även en oenig nämnd att beloppet på 209 000 kr skulle anses vara lågt värde, dnr NOU 2007/0023-22.

¹⁰ Prop. 2001/02:142 s. 49 och 99.

¹¹ RÅ 1998 not 44.

¹² Upphandlingskommittén föreslog i sitt slutbetänkande ändring av LOU att en upphandlande myndighet skulle medges rätt att sluta avtal om att överlämna en verksamhet till anställda utan att det föregicks av ett upphandlingsförfarande under en begränsad tidsperiod, SOU 2001:31 s 323. Förslaget ledde inte till lagstiftning pga. att ett sådant förfarande ansågs bryta mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Kundvalslösning

Kundvalslösning innebär att konsumenten får välja leverantör av tjänster som finansieras av kommunen eller landstinget. Utformning av kundvalslösningar kan variera men innebär i huvudsak att leverantören inte tilldelas kontrakt efter en upphandling utan att kunden kan vända sig till alla de leverantörer som uppfyller kraven för tjänsten.¹³ Till skillnad från lösning med driftentreprenad är leverantörens möjlighet att vara verksam på marknaden inte begränsad i tid och inträde i kundvalssystemet kan ske kontinuerligt.

Konkurrensverket gör bedömningen att kundvalslösningar utgör en sådan situation som, med dagens regler, innebär att upphandling måste ske enligt LOU.¹⁴ Enligt Konkurrensverkets syn är ett skäl till ståndpunkten att om inte upphandlingsreglerna tillämpas så saknar en leverantör effektiva möjligheter till prövning av beslut.¹⁵

Ett lagstiftningsarbete för valfrihetssystem (LOV) pågår för närvarande med planerat ikraftträdande den 1 januari 2009.¹⁶ Inriktningen på arbetet är att kommuner och landsting kan välja att följa regelverket i LOV istället för LOU vid anskaffning av tjänster inom vård och omsorg. Ett valfrihetssystem för tjänster inom vård och omsorg innebär att samtliga leverantörer som uppfyller kraven kan ansluta sig, vilket betyder att upphandling enligt LOU inte behöver genomföras.¹⁷ Denna lagstiftning kan antas underlätta genomförandet av avknoppningar, eftersom tjänster kan tillhandahållas av samtliga leverantörer, inklusive den avknoppade verksamheten, som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget till kundvalssystemet utan att en upphandling behöver genomföras, även om volymen inte kan garanteras.

Undantagsfall m.m.

Andra typer av förhållanden mellan en kommun eller ett landsting och ett företag som utesluter skyldighet att tillämpa LOU är exempelvis att det föreligger ett anställningsförhållande¹⁸ eller bidragsfinansierad verksamhet¹⁹.

¹³ Kundvalssystem kan även utformas genom en konstruktion med ramavtal som upphandlas och där avropet sker av konsumenten.

¹⁴ Frågan om kundvalssystem inom äldreomsorg skall upphandla har prövats av länsrätten som bedömde att LOU skall tillämpas, Länsrätten i Stockholms län, beslut 2007-11-19 i mål nr. 10527-07 och beslut 2007-11-19 i mål nr. 10517-07. Uppfattningen att kundvalslösningar måste upphandlas delas även av utredningen ”LOV att välja – lag om valfrihetssystem” SOU 2008:15 s. 125.

¹⁵ Ett beslut av kommun eller landsting kan alltid prövas som laglighetsprövning, Kommunallagen 10 kap 1 §.

¹⁶ Lagrådsremiss avseende Lag om valfrihetssystem överlämnades till Lagrådet 2008-08-21.

¹⁷ Det finns även förslag på att det ska finnas en skyldighet för landsting att införa valfrihetssystem inom primärvården, se Utredningen om patientens rätt, delbetänkande SOU 2008:37.

¹⁸ LOU 1 kap. 6 §. I vissa fall är en avknoppning från kommunal verksamhet starkt bunden till kommunen, vilket kan aktualisera frågeställningen om det föreligger ett anställningsförhållande och inte uppdragsförhållande. I SOU 2001:31 s. 213 görs en genomgång av kriterier som tyder på att ett anställningsförhållande råder.

¹⁹ En enskild verksamhet kan utföras bidragsfinansierat där kommunen ensidigt beslutar om bidragets storlek och när det ska upphöra. Något avtal mellan företaget och kommunen om motprestation

Såvitt avser en tjänstekoncession²⁰ så ska de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna följas²¹ även om själva procedurreglerna i LOU inte behöver följas.²²

Avgörandet om situationen är sådan att köp av tjänster ska ske enligt upphandlingsreglerna eller inte kan ge upphov till gränsdragningsproblem.

Hur upphandling kan genomföras vid avknoppning

Utgångspunkten vid avknoppning av kommunal eller landstingsverksamhet inom vård och omsorg är således att kontrakt måste tilldelas efter en upphandling enligt LOU. Upphandlingslagstiftningen är inte utformad för att underlätta omvandling av offentlig egenregiverksamhet till alternativa driftsformer som exempelvis avknoppning av en verksamhet. Det finns dock åtgärder att vidta för att underlätta en sådan process inom ramen för gällande lagstiftning. Även om de ekonomiska riskerna och administrativa bördorna för en anbudsgivare minskas vid upphandlingen, och därmed förutsättningar för avknoppning av verksamhet underlättas, kvarstår affärsrisken att den avknoppade verksamheten inte vinner anbudstävlingen.

Upphandlingsform

En kommun eller landsting kan välja att dela upp en upphandling i flera kontrakt i syfte att underlätta för små och medelstora företag att delta i anbudstävlan.

Förfrågningsunderlag

En upphandling får inte utformas för att särbehandla ett företag utan kontraktstilldelningen ska ske på sådant sätt som utnyttjar den konkurrens som finns på marknaden. Objektiva och konkurrensneutrala krav och villkor ska användas.

Bolag under bildande kan ge anbud

Generellt sett är det inte möjligt att ställa krav på vilken juridisk form en anbudsgivare ska ha.²³ Även ett företag under bildande kan därför delta i en upphandling genom att anbud lämnas av en eller flera fysiska personer (exempelvis bolagsmännen tillsammans). Därmed behöver inte personal ha genomfört en full-

finns inte. Exempel på bidragsfinansiering är aktivitetsbidrag till idrottsföreningar (SOU 2001:31 s. 210).

²⁰ Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten, LOU 2 kap. 17 §. Det är fråga om en tjänstekoncession när den ekonomiska aktören bär riskerna för att etablera och driva tjänsten samt har ett driftsansvar. Aktören får betalt av användarna, t.ex. i form av avgifter. I ett antal avgöranden i domstol har exempelvis sotning, gymverksamhet/friskvård, driftentreprenad för gästhamn och parkeringsövervakning befunnits vara tjänstekoncessioner.

²¹ Detta framgår av bl.a. EG-domstolens praxis i mål C-458/03 (Parking Brixen GmbH) samt av Europiska kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (Europeiska gemenskapernas officiella tidning C 121 av den 29 april 2000).

²² LOU 1 kap. 2 § (dock ska LOU 1 kap. 12 § tillämpas vid tilldelning av tjänstekoncessioner).

²³ LOU 1 kap. 10 §. Däremot kan en upphandlande myndighet begära att en grupp av leverantörer som lämnat ett gemensamt anbud skall ha en viss juridisk form om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt, LOU 1 kap. 11 §.

ständig bolagsbildning med företagsregistrering, F-skattsedel m.m. för att kunna delta i en upphandling.

En konsekvens av att tillåta bolag under bildande att lämna anbud är att det inte går att ställa krav på ekonomisk och teknisk kapacitet vid tidpunkten för anbuds-lämnandet. Därför måste sådana krav som är nödvändiga för bedrivande av verksamheten utformas som kontraktsvillkor som ska vara uppfyllda vid utförande av kontraktet (s.k. genomförandevillkor).²⁴ Det innebär att krav på leverantörens tekniska, yrkesmässiga och ekonomiska kapacitet behöver vara uppfyllt och kunna visas upp först i ett senare skede efter anbuds-lämnandet men innan tjänsten som sådan levereras till brukare eller patienter.

Överlåtelse av tillgångar

Är det aktuellt med en överlåtelse i samband med avknoppningen kan den ekonomiska risken minskas genom att överlåtelseavtalet utgör en fristående option kopplad till upphandling med innebörd att den vinnande leverantören kan välja att realisera överlåtelseavtalet eller ej.²⁵ På det sättet elimineras risken att ett företag köper tillgångar från kommunen eller landstinget och därefter inte vinner upphandlingen. Innebär överlåtelsen större värden kan de finansiella villkoren utgöras av en avbetalningsplan som knyter an till de framtida intäkterna för att minska skuldsättningen för den leverantör som köper tillgångar från kommunen eller landstinget.

Avbrytande av upphandling

Avbrytande av upphandling förutsätter sakliga skäl. En kommun eller landsting kan därför inte avbryta en upphandling om det visar sig att ett mer konkurrenskraftigt anbud lämnas av en annan leverantör än den aktuella avknoppningen. Däremot har det ansetts att om endast en lämplig leverantör återstår vid anbuds-utvärdering kan sakliga skäl finnas för att avbryta en upphandling.²⁶

Offentlighetsrättsliga aspekter för upphandlingskontraktet

När verksamhet som tidigare har genomförts i egenregi ska övergå till privat drift efter upphandling måste offentlighetsrättsliga aspekter hanteras i kontraktet, eftersom avtalets utformning är avgörande för att kommunen ska kunna fullgöra sitt ansvar.²⁷

Avtalet ska tillförsäkra att kommunen/landstinget kan kontrollera och följa upp verksamheter som är ett kommunalt åliggande och som överlämnas till privat företag.²⁸ Kontraktet ska därför innehålla kvalitativa och kvantitativa mål, inrikt-

²⁴ LOU 11 kap. 12 § anger att det finns möjlighet för en leverantör att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla krav i upphandling. Lagrummet är dock inte direkt tillämpligt för upphandling som inte uppfattas av direktivet enligt LOU 15 kap. 2 §.

²⁵ Förutsättningarna för ett sådant överlåtelseavtal beskrivs ovan i denna PM.

²⁶ EG-domstolen C-27/98 pkt 31-34.

²⁷ Prop. 1993/94:188 s. 40.

²⁸ Kommunallagen 3 kap. 19 §.

ning, riktlinjer samt grundläggande krav och bestämmelser som satts upp för verksamheten som möjliggör utvärdering av företagets prestation.²⁹

I avtalet bör allmänhetens intresse av att få insyn i hur uppgiften utförs av det privata företaget beaktas.³⁰

Upphandlingen bör utformas för att ge incitament till investering och utveckling av verksamheten, vilket förutsätter en tillräckligt lång kontraktstid så att leverantören ges en rimlig avskrivningstid. Stora driftentreprenader kan därför motivera längre kontraktstid, vilket måste avvägas mot att löptiderna inte får vara så långa att konkurrensen hindras eller snedvrids.

Kontraktet bör innehålla lämpliga påföljder vid kontraktsbrott så att kontraktet kan fungera som ett effektivt styrinstrument. I sista hand måste en kommun eller landsting kunna häva ett avtal om verksamheten utförs felaktigt.³¹

Sammanfattande bedömning

Konkurrensverket anser att kommuner och landsting alltid bör utnyttja marknadens förutsättningar och konkurrens för att erhålla bästa möjliga villkor vid avknoppning, både vid avskiljandet av verksamheten och när kommunen eller landstinget köper motsvarande tjänster efter det att avknoppningen genomförts.

Som framgår av denna PM finns det små möjligheter att i praktiken avknoppa en verksamhet inom vård och omsorg utan att en öppen konkurrensutsättning behövs genomföras enligt LOU. Därmed finns inga garantier att kommunalt och landstingsanställd personal vinner upphandlingen och att den avknoppade enheten får ett kontrakt.

Den föreslagna lagen om valfrihetssystem (LOV) medför andra affärsmässiga förutsättningar för en avknoppning från en kommunal eller landstingsverksamhet, jämfört med om anskaffning av tjänster sker efter upphandling enligt LOU. Etablering underlättas då samtliga leverantörer som uppfyller kraven för valfrihetssystemet får erbjuda sina tjänster, samtidigt som konkurrensen ökar när fler leverantörer tävlar om att brukaren eller patienten ska välja deras tjänster. Kommunen eller landstinget kan däremot inte garantera den avknoppade verksamheten någon uppdragsvolym eftersom det är konsumenternas val som avgör.

²⁹ SOU 1999:149 s. 155.

³⁰ Kommunallagen 3 kap. 19 § a.

³¹ Prop. 1993/94:188 sid. 40.