



Avknoppning

Ett verktyg för valfrihet & ökad mångfald?

Kartläggning i Stockholms län

Rapport
2008

Centerpartiet i Stockholms län presenterar här en kartläggning över hur Stockholms läns kommuner och landsting ser på avknoppning. En kortfattat nulägesanalys görs varefter en avslutande politisk diskussion förs kring möjliga instrument för att uppnå ökad mångfald och valfrihet för medborgarna. Med "kommun" avses i texten såväl kommun som landsting om inget annat särskilt anges.

Inledning

På senare år har stora steg tagits på den svenska marknaden och inom den offentliga förvaltningen för att öka medborgarnas möjligheter att påverka den service de vill ha. Allt mer ser såväl medborgare som statens företrädare det som en naturlig sak att människor får välja i vilken skola de ska gå, vilken sorts äldreomsorg de önskar och vilken läkare som de helst vill gå till. Delvis nya marknader har växt fram med en mångfald av företag som alla profilerar sig på olika sätt. Avknoppning har varit ett instrument som har använts för att uppnå målen om valfrihet och mångfald; Skolverket har t ex redovisat att under 2006 inkom endast ett par ansökningar om avknoppningar medan man 2007 tog emot hela 59 stycken.

Avknoppning återfinns knappast i några förarbeten till de kommunrelevanta lagarna, inte heller existerar någon juridiskt vedertagen definition. Det är svårt att överskatta betydelsen av det faktum att lagstiftarna aldrig hade förutsett att en kommun själv skulle vilja överlåta en verksamhet till privata aktörer (egen personal eller inte).

En viktig orsak till att publicera denna rapport är den osäkerhet som många medborgare idag upplever kring vad som egentligen gäller för avknoppningar. Att denna osäkerhet också delas av tjänstemän och politiker är något som bekräftas av den enkät som vi har genomfört och som presenteras nedan. Denna rapport rör huvudsakligen avknoppning inom skola och vård, områden som kommunerna har ett särskilt ansvar för via speciallagstiftning och som innehåller inslag av myndighetsutövning. Det är inom dessa områden som avknoppningar vanligen sker.

Det finns en rad olika begrepp och juridiska definitioner som det gäller att hålla reda på i detta sammanhang. Vi vill med denna rapport främst belysa problemen och kommunernas arbete kring avknoppningar och gör inga anspråk på att fullständigt ha beskrivit alla viktiga aspekter av saken. Sammanfattningar vad gäller terminologi och begrepp för alternativa driftsformer finns bland annat i utredningen från Sveriges kommuner och landsting (SKL; främst bilaga 1 ss 9-14) och i betänkandet till Frittvalsutredningen SOU 2008:15 (ss 85-93).

Denna rapport består av tre delar. Som bilagor återfinns förutom enkäten (Bilaga 1) och svaren på densamma (Bilaga 2) också en redogörelse för några aktuella rättsfall på området (Täby kommun samt landstingen i Östergötland respektive Stockholms län, Bilaga 3).

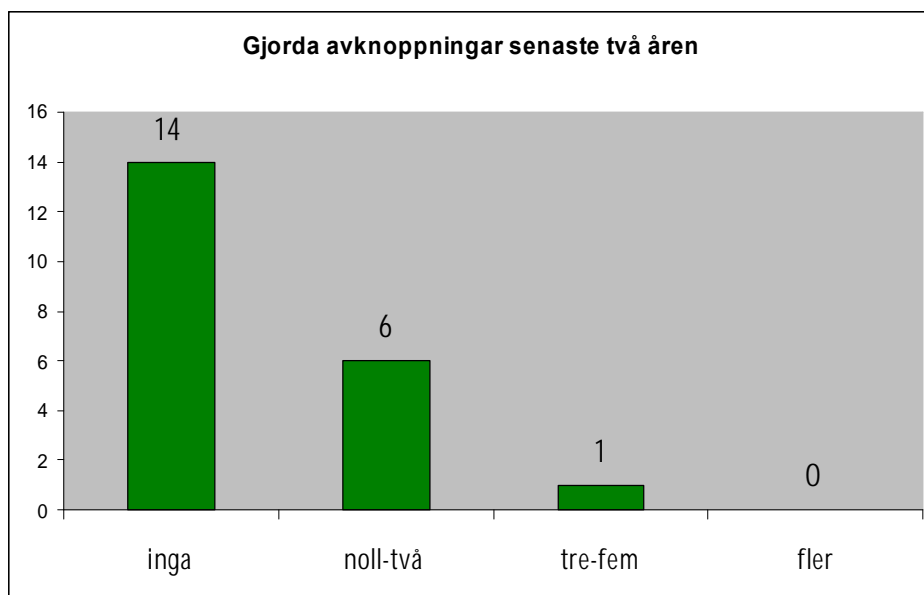
1. (s 3-6): Redovisning av enkäten som har genomförts bland kommuner i Stockholms län
2. (s 7-15) Beskrivning av det huvudsakliga innehållet i de rapporter som under året har kommit på området (Sveriges kommuner och landsting, Statskontoret samt Konkurrensverket)
3. (s 15-17) Avslutande diskussion.

Undersökningen

Centerpartiet i Stockholms län valde i maj 2008 att formulera ett antal frågor som vi ville ställa till representanter för länets kommuner inklusive landstinget (Bilaga 1). Totalt svarade 21 kommuner inklusive landstinget på frågorna vilket motsvarar 78 %, vilket får anses vara en tämligen hög svarsfrekvens.¹ Enkäten består av totalt tio frågeställningar som via kommusekreterarna skickades ut till de tjänstemän vid kommunen som är närmast ansvariga för avknopningsfrågor. Kommunerna har valt att hantera svarandet lite olika och i de flesta fall är det kommunchef, ekonomichef eller kommunjurist som har svarat. I flera fall har frågorna besvarats av chefer för controller- eller utredningsenheter och i några fall har det varit antingen kommusekreteraren eller någon annan chefsfunktion som har svarat.

Tidigare gjorda avknoppningar under de senaste två åren

Totalt är det sex kommuner som har genomfört upp till två avknoppningar; landstinget har genomfört fler. Därutöver har tre kommuner särskilt angett att de har gjort avknoppningar några år tidigare. Av de som har knoppat av de senaste två åren (exklusive landstinget) har fyra specificerat att det rör sig om förskolor; i ett fall gäller det en skola F-3.



Det är alltså inte någon majoritet bland länets kommuner som har använt avknopningsverktyget under de senaste två åren.

Definition av och riktlinjer för "avknoppning"

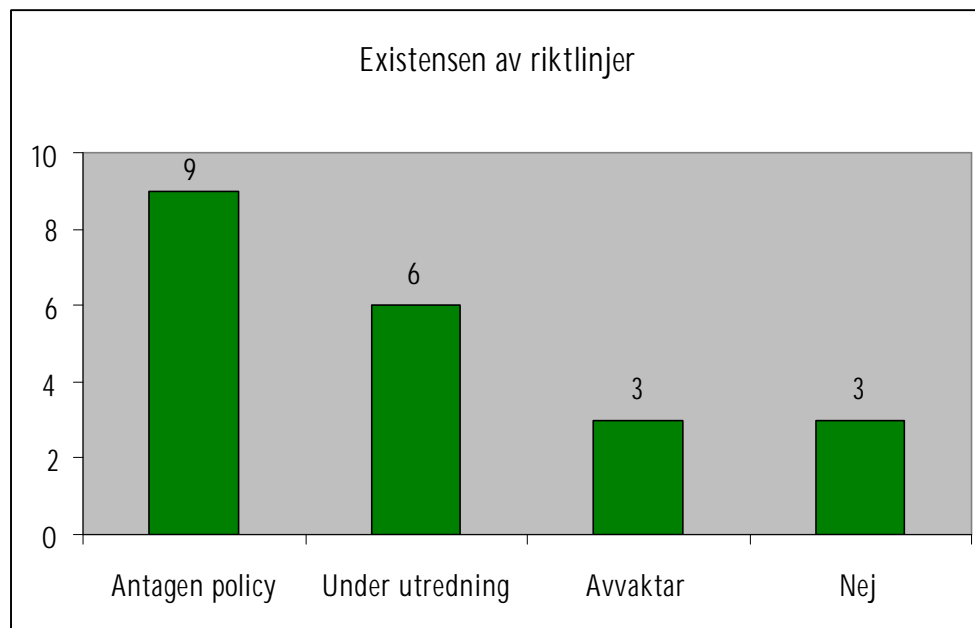
Det är nio kommuner som har definierat avknoppning i en policy eller liknande dokument. Definitioner som återfinns är följande och för resterande hittades ingen definition;

- Att drift av stadens verksamhet övergår till företag och anställd i staden ingår som ägare (Stockholm)
- Att kommunal verksamhet helt eller delvis tas över av någon form av företag vars ägare tidigare varit anställd i kommunen (Järfälla)

¹ De kommuner som inte har svarat är Botkyrka, Sigtuna, Södertälje, Tyresö och Täby. Stockholms stad har inte heller svarat på frågorna i enkäten men har bistått med en del bakgrundsmaterial. Enligt artikel i Svenska Dagbladet 15 augusti har totalt 20 kommunala enheter avknoppats under 2006-2008, varav 12 förskoleenheter och sex inom hemtjänst.

- Att en eller flera anställda startar ett företag för att bedriva samma slags verksamhet som de tidigare utfört som anställda (Solna)
- Att anställda som lämnar sin anställning och bildar eget företag med syfte att efter godkännande (auktorisering) driva verksamhet som tidigare bedrivits i förvaltningsform (Österåker)
- Att personal som idag är ansvariga för driften själva kan överta sin verksamhet om flertalet i personal- och brukargruppen är positiva till övertagandet (Huddinge)
- Att personal på eget initiativ tar över och driver en tidigare kommunal produktionsverksamhet (Nacka)
- Att kommunens personal startar eget företag för att driva verksamheten (Danderyd)
- Att landstingsdriven verksamhet övergår i personalens regi för att drivas vidare med samma slags verksamhet, och initiativet kommer från personalen (landstinget)
- Att anställda tar över kommunal verksamhet (Vallentuna)

Detta förefaller vara utslag för en stor samsyn mellan kommunerna kring vad definitionen av avknoppning, något som står i kontrast det att det ibland sägs att fenomenet är otydligt och luddigt. De flesta beskriver det "som händer" i termer av övergå eller överta – vilket tydligt indikerar en överlåtelse – samt att det är frågan om att starta eller bilda eller driva något. Detta är avknoppningens båda sidor: kommunen överlåter eller säljer för att därefter köpa tjänsten av den nybildade företaget.



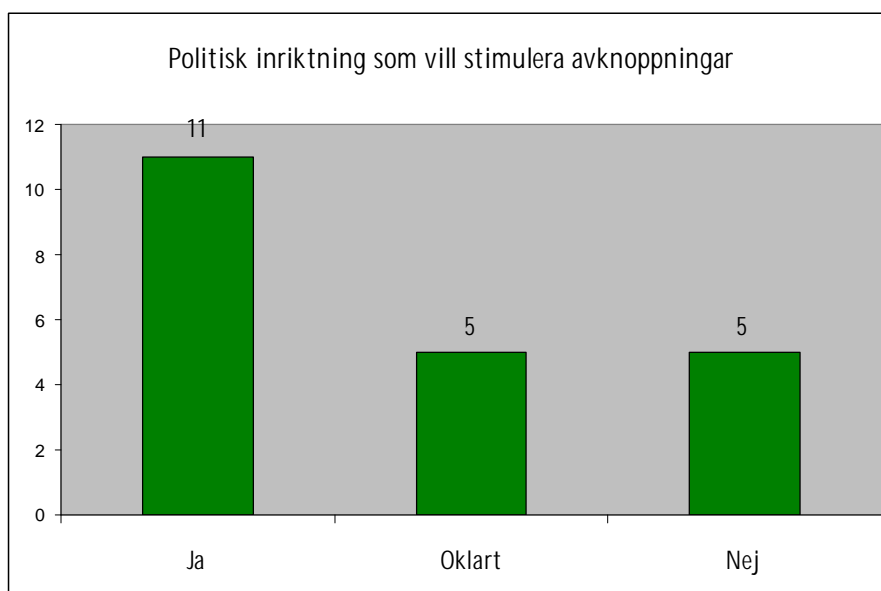
Det är alltså långt fler av länets kommuner som antingen har antagit en policyn för avknoppningar eller som utreder saken, än som faktiskt har genomfört avknoppningar (de senaste två åren). Sju av dessa är antagna eller justerade under 2007 eller 2008 (landstinget, Österåker, Upplands Väsby, Solna, Nacka, Huddinge samt Haninge).

Ofta handlar detta om konkurrensprogram som kommunen har tagit fram och som är ett bra stöd i arbetet för mångfald inte minst med tanke på nya och mindre aktörer på marknaden. Flera av dem innehåller övergripande målsättning och på vilka områden som konkurrensutsättning kan tillämpas.

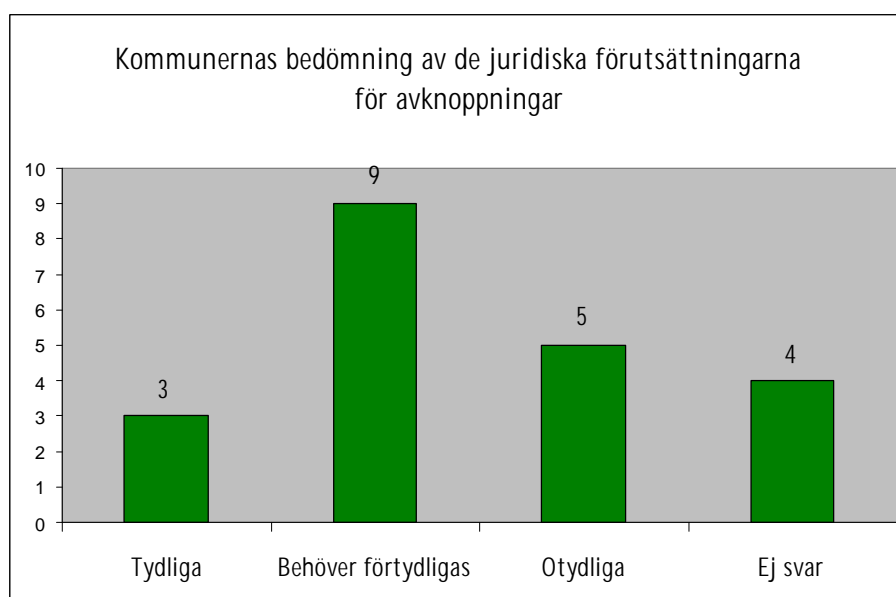
En konkret fråga som brukar nämnas i samband med regler för avknoppningar gäller krav på att en viss andel av personal eller brukare ska vara positivt inställda till en avknoppning. Haninge och

Täby har någorlunda tydliga skrivningar om att majoriteten ska vara positiva respektive positiva eller neutralt inställda. I Nacka gäller att två tredjedelar av de tillsvidareanställda ska vara positiva eller neutralt inställda, samtidigt som förslaget till avknoppning ska finnas för begrundande för personalen under minst tre månader.

Finns en politisk inriktning i kommunen som vill stimulera avknoppningar? Resultatet framgår av diagram nedan. Totalt är det knappt var fjärde kommun som har en tydlig inriktning mot att inte stimulera avknoppningar eller hälften som faktiskt har det.



Hur bedömer kommunen de juridiska förutsättningarna för avknoppning? Kommunernas svar på frågan framgår av diagrammet nedan. Påfallande många (82 %) av de svarande anser att förutsättningarna är otydliga eller åtminstone inte tillräckligt tydliga.

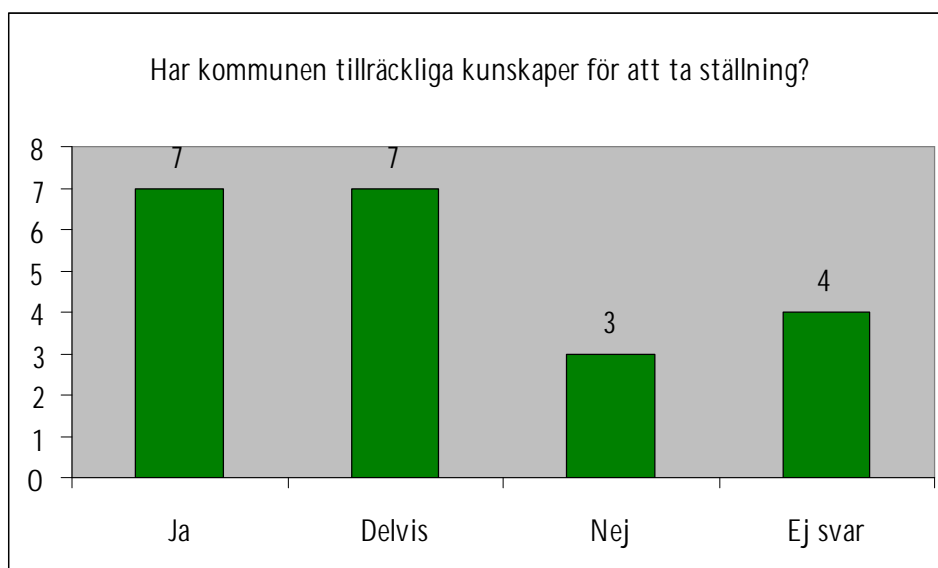


De kommuner som uppfattar att förutsättningarna är tydliga är Nacka, Solna samt Österåker och av vilka de två senare inte har avknoppat någon verksamhet efter 2006. Samtliga de

kommuner som uppfattar att läget är otydligt är sådana som inte har avknoppat alls under perioden.

Har kommunen idag tillräckliga kunskaper för att ta ställning till avknoppningar?

Kommunernas svar på frågan framgår av diagrammet nedan. 41 % av de svarande anser att de idag har tillräckliga kunskaper för att ta ställning till frågor och ärenden kring avknoppningar.



Har kommunen gjort någon egen analys över rapporterna från SKL och Statskontoret?

På denna fråga kan vi konstatera att behovet att särskilt analysera konsekvenserna och innebörden av SKLs och Statskontorets rapporter har varit tämligen stort. 11 kommuner svarar att de antingen har gjort en sådan analys redan eller att den pågår.

Reflektioner

Det generella intrycket är att många kommuner är intresserade av avknoppning som ett verktyg för att öka valfrihet och mångfald. Det finns ett relativt sett stort antal kommuner (16 av 21 eller 76 %) som inte är negativt inställda till avknoppningar och 15 kommuner antingen har redan riktlinjer eller håller på att ta fram detta. Endast fem av kommunernas politiska ledningar är negativt inställda i grunden.

Det är samtidigt svårt att komma bort från intrycket att kommunerna i dagsläget lever med en betydande osäkerhet kring hur de kan agera när antingen medarbetare eller medborgare reser frågan om eventuella avknoppningar. Fyra av fem kommuner tycker att förutsättningarna behöver förtydligas. Österåker är den enda kommunen bland de som har svarat som både har en politisk inriktning som är positiv och som samtidigt uppfattar att de juridiska förutsättningarna är tydliga. Endast tre kommuner säger tydligt att de anser sig ha tillräckliga kunskaper för att ta ställning till frågan. Detta får till följd att flera kommuner avvaktar eller stoppar tills vidare planerade verksamhetsövergångar på grund av den rådande osäkerheten.

Utredningarna från Sveriges kommuner och landsting, Statskontoret & Konkurrensverket Inledningsvis är det värt att poängtera att en avknoppning består dels av försäljning av en verksamhet (till en riktad grupp: personalen), dels av att kommunen samtidigt förbinder sig att köpa framtida tjänster från detta (nybildade) företag. Fokus i de rapporter som redogörs för här skiftar en del i detta avseende, vilket kan vara bra att hålla i minnet.

Sveriges kommuner och landsting

Den 28 januari 2008 presenterade Sveriges kommuner och landsting (SKL) rapporten "Avknoppning av skolor – juridiska aspekter".² Enligt Hans Ekman på SKL valde man att fokusera just på skolan dels för att vi där har haft de mest uppmärksammade fallen, dels för att det på skolsidan bedömdes vara extra komplicerat pga de roller som kommunen respektive Skolverket har.

I SKLs eget pressmeddelande föreslog man en modell med fyra steg för att genomföra avknoppningar på ett "lämpligt sätt", och om kommunerna följer den ser inte SKL "några rättsliga problem";

1. Kommunfullmäktige i en kommun som vill främja avknoppning av skolor bör anta riktlinjer så att avknoppningen lever upp till lagstiftningens krav och inte gynnar särskilda grupper, till exempel personalen i en skola.
2. Kommunen bör ha ett öppet förfarande beträffande vilka förutsättningar som gäller för avknoppningen.
3. En marknadsmässig värdering av lokaler och övriga tillgångar som ska överlåtas inklusive goodwillvärdet skall göras. Det bästa sättet är att ta in anbud från flera intressenter.
4. Kommunen bör i avtalet om tillgångarna villkora att friskoleintressenten måste få ett godkännande av Skolverket för att avtalet ska gälla.

Bland de lagrum som vanligen används i samband med diskussioner om avknoppningar hör:

- Kommunallagen, regler för stöd till enskilda näringsidkare, KL 2 kap 8 §
- Kommunallagen, normen om god ekonomisk hushållning, KL 8 kap § 1
- Kommunallagen, grunderna för laglighetsprövning, KL 10 kap 8 §
- Lagen om offentlig upphandling, regler om likvärdig behandling av alla leverantörer, LOU 1 kap 9 §
- EUs regler om förbud mot statsstöd, EG-fördraget artiklarna 87 och 88
- Kommissionens meddelande om stöd vid fastighetsförsäljning, 97/C 209/03
- Tjänstedirektivet 2006/123/EG; Domen Herbert Schwarz och Marga Gootjes Schwarz mot Finanzamt Bergish Gladbach c-76/05

En laglighetsprövning enligt kommunallagen är medborgarnas instrument för att pröva kommunala beslut, men det är samtidigt svårare att dra slutsatser från domar i sådana mål jämfört med andra rättsprocesser eftersom domstolen inte drar några egna slutsatser utan bara utgår från de lagrum mm som klagande har angivit under överklagandetiden. Domstolen tar t ex inte ställning till om beslutet strider mot annan lagstiftning. Ett kommunalt beslut kan med andra ord vara olagligt även om domen friar kommunen i laglighetsprövningen. Och om LOU är tillämplig får samtidigt inte laglighetsprövning göras, det är antingen det ena eller det andra lagrummet som gäller. Överprövning enligt LOU är ett medel för potentiella anbudsgivare som

² Bilaga 1: Kommunala åtgärder för att främja uppkomsten av enskilt huvudmannaskap inom skolan – skolorättslig bedömning. Bilaga 2: Kommunala åtgärder för att främja uppkomsten av ett privat huvudmannaskap inom skolan – kommunalrättslig bedömning. Bilaga 3: "Överlåtelse" av kommunal skolverksamhet och gemenskapsrättens regler om statligt stöd.

de kan använda för att inom viss tid överklaga beslut, men LOU kan alltså inte användas av privatpersoner eftersom det är tänkt för affärsmässiga relationer. Utredningen – som är en analys utifrån skollagen, kommunallagen samt EG-rätten – slår fast att avknoppning inte är något juridiskt begrepp utan att förfarandet kan sägas sammanfatta flera olika beslut som syftar till att främja mångfalden på området. Man konstaterar också att en kommun inte har befogenhet att överlåta verksamhet till en fristående skola utan det åligger Skolverket – och enbart Skolverket – att bedöma friskolorna ur kvalitetssynpunkt. Det speciella vid avknoppning av t ex en grundskola är att också huvudmannskapet går över till den nya aktören, något som inte sker om t ex landstinget avknoppar en verksamhet och sedan tecknar ett tidsbegränsat vårdavtal med en vårdcentral. Värt att nämna är också att det inte förefaller helt klart var den nedre gränsen går för att lägga ner de kommunala skolorna; "om det t ex är den sista kommunala grundskolan i kommunen är beslutet olagligt" (SKL bilaga 1 s 15).

När det gäller kommunallagen finner SKL att en avknoppning enligt reglerna om god ekonomisk hushållning och förbudet mot att stödja enskild näringsidkare (8 kap 1 § och 2 kap 8 §) måste ske på "marknadsmässiga villkor". Dels innebär det att beräkna värdet av elevstock, kompetens, goodwill och andra fördelar som den fristående skolan får. Dels säger faktiskt SKL att "tidigare kommunalt anställda kan alltså inte gynnas i denna situation" vilket är en princip som senare inte konkretiseras (s 4).

Utan författningsstöd blir ett kommunalt beslut om att positivt särbehandla enskild för att främja uppkomsten av fristående skola i samband med nedläggning av en kommunal skola att betrakta som kompetensöverskridande i rättslig mening eller, uttryckt på annat sätt, olagligt. (SKL bil 2 s 2)

En särskild omständighet rör det som kallas för myndighetsutövning, eftersom det krävs särskilt lagstöd för att överföra sådan verksamhet till privat sektor.³ Det är Skolverket som ger den fristående skolan rätten till myndighetsutövning och själva systemet med fristående skolor är i sig ett lagstöd för överförande av myndighetsutövning inom skolan. På vårdområdet finns inget motsvarande system som med de fristående skolorna och där måste särskilt lagstöd finnas för att ge ett företag rätten till myndighetsutövning.

När det gäller EU-lagstiftningen konstaterar SKL att artikel 87.1 i EG ställer upp fyra villkor vilka samtliga ska vara uppfyllda för att ett otillåtet statsstöd ska anses föreligga:

- 1) stöd lämnas till enskild med hjälp av offentliga medel
- 2) stöd gynnar vissa företag eller viss produktion
- 3) stöd snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen
- 4) stöd påverkar handeln mellan medlemsländerna.

Viktiga principer är utifrån detta marknadsmässig prissättning, offentliggörande och icke-diskriminering. Därifrån härleds också ett krav på insyn i de finansiella omständigheterna som rör stödet som ges till skolorna.

Frågan är därmed i första hand om det finns en marknad för undervisning på fristående skolor, vilket beror på bedömningen huruvida denna verksamhet

³ "Förvaltningsuppgift kan överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse, registrerat trossamfund eller någon av dess organisatoriska delar eller till enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, skall det ske med stöd av lag." RF 11 kap 6 § 3 st. Ett annat lagrum är RF 8 kap 5 § som stadgar att det är i lag som meddelas vilka som är kommunernas befogenheter och skyldigheter.

anses som en tjänst dvs som en motprestation som normalt utförs mot ersättning enligt definitionen i artikel 50 EG ... vi kan inom ramen för denna utredning inte ge frågan ... ett slutgiltigt svar. (SKL bilaga 2 s 6)

EG-rättsligt förändras en icke-ekonomisk allmännyttig tjänst som konkurrensprövas, från att ha varit undantagen EG-rättens konkurrensregler till att omfattas av dessa. Detta innebär att EG-fördragets regler om konkurrens, art. 81–82 och statligt stöd art. 86–88 samt tjänstedirektivet 2006/123/EC ska beaktas på konkurrensprövade tjänster. (SOU 2008:15 s 83)

Bakgrunden är att det tidigare inte kunde anses finnas konkurrens i EU-ländernas olika utbildningssystem vilket också var praxis inom EG-rätten på åtminstone 80-talet och början av 90-talet. Då såg man verksamheten på skolor – inklusive eventuellt fristående sådana – som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och inte som en verksamhet på en marknad. Aktörerna sågs alltså inte som företag och reglerna om statsstöd var därför inte tillämpliga. Företagens verksamhet är – om den utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – alltså skyddade från konkurrens. Vårdtjänster anses t ex i EG-rätten ofta vara sådana konkurrensskyddade tjänster. För fristående skolor finns nu dock tecken som tyder på att tidigare praxis ändras till förmån för att fristående skolverksamhet åtminstone i vissa fall inte ska anses vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.⁴ Anledningar till att fristående skolor i så fall inte längre ska anses undantagna från konkurrensregler och reglerna om fri rörlighet är t ex att företagen bedriver verksamheten mot betalning, går med vinst och är börsnoterade (SKL bilaga 3 s 4).⁵

Ett annat exempel på gemenskapsrättens betydelse för Sveriges kommuner är det som kallas för avknopningsstöd dvs var gränsen går för vilken hjälp som kommunen får ge till ett enskilt företag utan att det är olagligt. I bilaga 1 till SKLs utredning sägs – utifrån rättspraxis – information, utbildning, konsultstöd och tjänstledighet vara acceptabelt stöd utan att det kommer i strid med den svenska förvaltningsrätten. I bilaga 3 däremot sägs att åtgärder som konsultation "måste betraktas såsom tjänster finansierade med allmänna medel" vilket "kan ha betydelse" för bedömningen av statsstödsreglerna (s 3). Denna glidning motsvaras av det faktum att bilagorna har olika utgångspunkt: den svenska förvaltningsrätten respektive den europeiska. I SOU 2008:15 konstateras också att vissa kommuner erbjuder avknopningsstöd och att det är viktigt att detta sker i enlighet med kommunallagen, EUs statsstödsregler samt upphandlingslagstiftningen; "att den egna personalen erbjuder förmåner som kan medföra att dessa försätts i en mer förmånlig situation än redan existerande leverantörer är en situation som måste beaktas" (s 256).

Sammanfattningsvis härleder SKL en rad villkor för hur kommunerna bör arbeta med avknopningar som i sin helhet förmodligen inte har varit uppfyllda vid samtliga avknopningar av skolor som har skett i Stockholms län. På så sätt har SKL bidragit till att förtydliga läget. Det faller t ex inte på kommunen att göra en kvalitetsprovning av skolorna (det gör Skolverket); däremot måste villkoren om marknadsmässighet efterlevas och flera anbud bör tas in för att kunna bestämma värdet av skolan. I det s k "goodwill-värdet" ingår t ex att få tillgång till etablerad personal, elevunderlag och administrativa system.

⁴ Domen Herbert Schwarz och Marga Gootjes Schwarz mot Finanzamt Bergisch Gladbach c-76/05, punkt 38.

⁵ I Kommerskollegiums guide till Tjänstedirektivet anges vad som inte omfattas av detsamma. Där nämns "vissa sociala tjänster t ex barnomsorg" och "vårdtjänster" men i övrigt ingenting om utbildning. (Dnr 370-0273-2007)

Statskontoret

Den 21 februari i år gav regeringen ett uppdrag till Statskontoret att göra en analys av vilka principer som enligt gällande rätt ska ligga till grund för prissättningen av en verksamhet när en kommun eller ett landsting överläter den till kommunal personal. Denna analys⁶ har sedan den publicerades i april framställts i ganska skarp kontrast till SKLs utredning och använts av många kritiker till avknoppning. Bakgrunden till uppdraget, som Statskontoret gav till Olle Lundin, docent i förvaltningsrätt vid Uppsala Universitet, beskrevs så här:

Regeringen vill stimulera en större mångfald av utförare inom den offentligt finansierade välfärden. Det är regeringens uppfattning att med fler utförare ökar möjligheten till utveckling och högre kvalitet i verksamheten. Ett sätt att uppnå sådan mångfald är att anställda inom en offentligt driven verksamhet får ta över och driva den vidare på egen hand (Regeringens pressmeddelande 21/2)

Sammanfattningsvis kommer rapporten, som består av analys av kommunalrätten och EG/EU-rätten, fram till att marknadsmässig värdering och ett anbudsförfarande ska genomföras om en verksamhet ska avknoppas. Med hänvisning till ett meddelande från kommissionen för överlåtelse av fastigheter menar Statskontoret att i första hand bör ett öppet anbudsförfarande tillämpas och först i andra hand genom prissättning via oberoende expertvärdering. Enligt samma meddelande kan vi för övrigt konstatera att det talas om "en skäligen tidsrymd till förfogande för förhandling av köpet" och att det finns en sk anmälningsskyldighet för en kommun att anmäla all överlåtelse som skett till ett pris som ligger under marknadsvärdet.⁷ Även om meddelandet gäller överlåtelse av fast egendom resonerar såväl SKL som Statskontoret utifrån att principerna i meddelandet även förmodligen gäller vid avknoppningar. Likställighetsprincipen är vidare inte tillämplig vid avknoppningar och begreppet avknoppning saknar i sig rättslig betydelse. Det saknas samtidigt rättspraxis på området och rapporten menar att det är önskvärt att de högsta instanserna tar de slutgiltiga ställningstagandena när det gäller avknoppning.

Slutsatsen i denna utredning är att vid försäljning av kommunal egendom ska kommunen agera som vilken annan aktör som helst på en marknad och söka uppnå högsta pris. Det innebär bl.a. att det inte är möjligt att rikta erbjudanden till grupper av anställda. Till denna slutsats ska läggas det rättsliga kravet, som följer av åttonde kapitlet kommunallagen, på att en kommun ska upprätthålla en god ekonomisk förvaltning. Det innebär att kommunala försäljningar ska genomföras inom ramen för ett marknadstänkande. Den allmänna internationaliseringen av kommunalrätten, fr.a. med EG/EU-rättens inverkan, tydliggör och tvingar kommuner att agera i enlighet med marknadens villkor. (Statskontorets rapport s 4)

Denna slutsats är något skarpare och mer kategorisk mot avknoppningar än den som SKL drar i sin rapport, samtidigt som det dock finns stora likheter i de båda ifråga om underlaget i den bakomliggande analysen.

Något som kännetecknar denna rapport är vikten som läggs vid den europeiska lagstiftningens relevans för svenska kommuner i allmänhet och EU-kommissionens roll som tillsynsmyndighet inom statsstödsområdet i synnerhet. Det exemplifieras av att "Årefallet" lyfts fram som ett exempel på hur långtgående kommissionens granskning är i förhållande till den klart mer begränsade laglighetsprövningen. Åre kommun sålde en obebyggd fastighet till Konsum för 2 miljoner trots att Lidl erbjöd 6,6 miljoner, men trots detta beslutade kommunfullmäktige den 5

⁶ Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EUrättsliga aspekter, promemoria från Statskontoret presenterad 29 april 2008.

⁷ Meddelande 97/C 209/03 om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.

oktober 2005 att sälja till Konsum. Kommunen anförde bland annat att det inte fanns tillräckliga bevis för att försäljningspriset hade varit under marknadsvärdet och att försäljningen ingick i en trepartsuppgörelse som var strategiskt viktig för kommunen. Länsrätten avlog den 24 maj 2006 överklagandet i en laglighetsprövning. Samtidigt underrättar stiftelsen Den Nya Valfärden EU-kommissionen om överlåtelsen i november 2005 och den 30 januari 2008 beslutade kommissionen att mellanskillnaden på 4,6 miljoner utgjorde ett statligt stöd som Åre kommun ska återkräva från Konsum. Kommissionen konstaterar i sitt beslut⁸ att "så snart det läggs fram ett trovärdigt och bindande bud som är direkt jämförbart med och högre än värdet enligt en expertvärdering, bör budet ges företräde". Man hade också synpunkter på att den värdering som hade gjorts av fastigheten byggde på index som inte var uppdaterade. Efter detta skrev den klagande i länsrätten till Kammarrätten och åberopade kommissionens beslut varefter Kammarrätten den 9 april i år beslutade upphäva länsrätten dom och kommunfullmäktiges beslut.

Om vi ser på kommunernas avknoppningsstöd så är Statskontorets bedömning att undantaget från huvudregeln – att en kommun inte får ge något stöd alls – är "mycket begränsat" (s 16). Så här ser det ut för de kommuner som har fastställda riktlinjer:

- Möjlighet till avbetalningsplan för finansiering (Täby)
- Möjlighet till avbetalning under tio år (Nacka)
- Möjlighet till mer regelbunden fakturering (Stockholms stad)
- Utbildning och rådgivning (Haninge)
- Information och visst stöd (Huddinge)
- Juridisk rådgivning (Järfälla)
- Information och rådgivning (Danderyd)
- Rådgivning och utbildning (Österåker)

För samtliga gäller att det finns regler för tjänstledighet. Det förberedande arbetet förutsätts i samtliga fall ske utanför arbetstid med undantag för Järfälla som öppnar för att göra det på arbetstid. I proposition 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem nämns endast att "exempel på avknoppningsstöd kan vara "starta eget-kurser", tjänstledighet och återanställningsgaranti" (s 132).

Sammanfattningsvis menar rapporten att "avknoppning, i meningen att riktade erbjudanden till anställda utgår från kommunen, inte [kan] betraktas som rättsenlig" (s 36). Öppenhet, saklighet och opartiskhet är ledorden som bör gälla; "en öppen försäljningsprocess där så många aktörer som möjligt deltar gör att värderingsmomentets betydelse minskar" (s 47). Det är alltså viktigt att den aktuella överlåtelsen erbjuds till en större krets enligt principerna om öppenhet och genomskinlighet, och "med största sannolikhet" finns inget rättsligt utrymme för riktade erbjudanden till en viss intressent. Rapporten ser dock inget problem med s k hembudsklausuler enligt vilka kommunen försäkras om att (under en viss tid) rätten att köpa tillbaka verksamheten.

Ett exempel i sammanhanget är de beräkningar som Dagens Nyheter har gjort och som pekar på att landstinget i Stockholms län har gått miste om stora värden eftersom man inte har inkluderat värderingar för någonting annan än inventarier i beräkningen av försäljningspriserna av fem vårdcentraler som avknoppats under våren 2008.⁹

⁸ Ärende Statligt stöd nr C 35/2006.

⁹ DN 3 juni 2008 s 16-17.

I denna värdering ska det totala värdet av det avknoppade uppskattas. Inventarier, fastigheter, ideella värden, t ex goodwill, ska ingå i denna värdering (Statskontorets rapport s 31)

En kommun är skyldig att förutom en marknadsmässig ersättning för inventarier och lokaler begära ersättning för det mervärde av goodwillkaraktär som kan finnas på olika sätt. Ett sådant värde kan uppkomma genom den fördel och position som en fristående skola får genom tillgång till en väletablerad verksamhet med personal, elevunderlag och administrativa system... Mervärdet i form av goodwill kan ge möjlighet till framtida vinster [som bör] värderas separat och ingå i den marknadsmässiga värderingen. (SKL s 8)

Vad gäller eventuella framtida vinster bör en möjlighet finnas att skriva in i överenskommelsen att kommunen vid en eventuell, snar försäljning får del av försäljningssumman, sk hembudsklausuler. (Statskontoret s 33)

Konkurrensverket

En promemoria presenterades av Konkurrensverket den 4 september¹⁰. Där är syftet att redovisa de rättsliga förutsättningarna inom vård och omsorg för kommuner och landsting främst med hänsyn till upphandlingsreglerna. Rapporten berör alltså inte skolområdet.

Inledningsvis konstaterar Konkurrensverket att en avknoppning består av två steg: först avskiljandet eller försäljningen av verksamheten och därefter kommunens köp av motsvarande tjänster. (SKLs rapport uppehåller sig huvudsakligen vid det första steget, liksom Statskontoret, även om resonemang om "tjänst av allmänt ekonomiskt intresse" har bäring på det andra steget.) I det första steget aktualiseras regler kring försäljning och prissättning, i det andra steget upphandlingsreglerna. Vad gäller det första steget konstaterar Konkurrensverket kortfattat att frågan har behandlats utförligt i Statskontorets rapport och att EG-rätten förbjuder understöd till enskilda företag. I sammanfattningen skriver man att "kommuner och landsting alltid bör utnyttja marknadens förutsättningar och konkurrens för att erhålla bästa möjliga villkor vid avknoppning" (s 7).

I det andra steget – kommunens köp av tjänster – utgår diskussionen från vilka undantag som finns idag från gällande lagstiftning LOU. Direktupphandling kan bara tillämpas vid låga värden eller vid synnerliga skäl. Entreprenadslösningar föreligger vidare när en kommun anlitar ett företag genom ett uppdragsförhållande dem emellan, och här är slutsatsen att rättsläget inte lämnar några möjligheter att tilldela en avknoppad verksamhet kontrakt utan ett öppet anbudsförfarande. Vad gäller kundvalslösningar hänvisas till pågående process med lagen om valfrihetssystem (LOV) och att denna lag kommer att underlätta avknoppningar eftersom den avknoppade verksamheten får tävla om konsumenterna på samma villkor som andra företag, förutsatt att man uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget).

Konkurrensverket gör bedömningen att kundvalslösningar utgör en sådan situation som, med dagens regler, innebär att upphandling måste ske enligt LOU ... Utgångspunkten vid avknoppning ... är således att kontrakt måste tilldelas efter en upphandling enligt LOU. (s 4f)

Om man inte använder LOV måste således LOU tillämpas inom ett kundvalssystem, enligt Konkurrensverket. Ett skäl som anges för detta är att leverantören annars skulle sakna möjligheter till prövning av beslut.

¹⁰ Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter. Promemoria från Konkurrensverket 2008-09-04.

Vidare resonerar Konkurrensverket om möjligheterna som finns att inom ramen för LOU underlätta avknopningsprocesser. Till dessa hör att dela upp upphandlingen i flera kontrakt; att låta bolag under bildande vara med i upphandlingen; att med en "fristående option" låta överlåtelsen av verksamheten avgöras av den vinnande parten först efter själva upphandlingen; att avbryta upphandlingen om endast en lämplig leverantör återstår.

Sammanfattningsvis finns det enligt Konkurrensverket endast små möjligheter att avknoppa en verksamhet inom vård och omsorg utan öppen konkurrensutsättning enligt LOU. Den kommande LOV (se mer nedan) kommer dock innebära ändrade förutsättningar inom hälso- och sjukvård samt sociala tjänster.

Kommentarer

Rapporterna från SKL, Statskontoret och Konkurrensverket berör delvis samma frågor men också på olika områden. Ett särskilt problem i SKLs utredning – som ju fokuserar på skolområdet – är t ex frågan om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse där det verkar ha skett en utveckling av rättspraxis men där de andra två rapporterna inte ger oss någon vägledning.

En annan fråga gäller på vilket sätt man kan avknoppa. I vår undersökning är det fem kommuner – Järfälla, landstinget, Solna, Stockholm och Nacka – som i enligt med sina riktlinjer är öppna för avknoppning genom upphandling dvs att den enhet som vill avknoppas får delta och givet att man vinner upphandlingen görs en avknoppning. Danderyd, Österåker och Huddinge verkar begränsa avknoppningar i sina kommuner till inom ramen för kundvalssystem, vilket även de fem andra kommunerna tillåter. Frågan är intressant att betrakta i ljuset av rapporterna som snarast ger vid handen att upphandling krävs om inte något annat lagstöd föreligger. Intentionerna i Statskontorets rapport är tydliga på den punkten, medan Konkurrensverket skriver det uttryckligt (för vård och omsorg). SKL har å andra sidan fokuserat på skolområdet och har inget riktigt tydligt budskap i denna fråga.

Stockholms stad angav nyligen i sina tillämpningsanvisningar att avknoppning kan ske antingen som överlåtelse efter förhandling eller via offentlig upphandling. Det förra var bara möjligt inom ramen för kommunens pengsystem dvs främst förskola och skola. Inom dessa områden skulle nämnden fatta beslut om nedläggning om inte allvarliga hinder mot avknoppningen finns. Under färdigställandet av denna rapport har dock Stockholms stad meddelat att de stoppar alla avknoppning av grund-, gymnasie- och särskolor och man har uttalat att det är viktigt att man följer den lagstiftning som finns. Behovet av avknoppningar sägs ha minskat i och med skolpengssystemet och ett växande utbud av friskolor. Värt att notera är dock att förskolorna inte sägs omfattas av denna förändring.

SKLs och Statskontoret – och inte minst Konkurrensverkets PM – rapporter ger vid handen att upphandlingslagstiftningen borde aktualiseras vid avknoppningar givet att det inte sker inom annat lagrum. Ett annat sådant lagrum kan skapas efter SOU 2008:15 "Lov att välja – lag om valfrihetssystem" (LOV) där man tydliggör reglerna för valfrihetssystem och även principerna som ska gälla för samtliga leverantörer av en viss tjänst.

Så kallade kundvalssystem har varit ett svar på frågan om hur man främjar valfrihet och mångfald inom offentligt finansierade tjänster. Regeringen har nu med sitt arbete på området

valt att fokusera på just valfrihetssystem som svar på frågan och det är i dagsläget mycket mera tveksamt om man kan avknoppa en enhet utan vare sig valfrihetssystem eller upphandling.

Offentlig upphandling är idag en process som inte är helt enkel. Lagen om valfrihetssystem (LOV) är tänkt som ett frivilligt verktyg för konkurrensutsättning som inom hälso- och sjukvård samt sociala tjänster kan användas som lagstöd av kommunen istället för LOU. Principer som lyfts fram är t ex proportionalitet, öppenhet och likabehandling. I förslaget valfrihetssystem talar man om löpande annonsering som innebär att en enhet som vill avknoppas – och alla andra potentiella leverantörer också – när som helst kan ansöka om att få komma med i systemet. Det sker via auktorisation och de som avknoppar blir "listade" på samma villkor och med samma risk som alla andra leverantörer. Myndighetens lägsta kravnivå ska vara att samtliga leverantörer som vill delta i ett valfrihetssystem ska uppfylla de krav som ställs i lagar, förordningar och föreskrifter. En nationell databas för valfrihetssystem föreslås också.

I ett valfrihetssystem godkänns alla leverantörer som skickat in en ansökan och uppfyller kraven. Tilldelningskriterierna "ekonomiskt mest fördelaktiga" eller "lägsta pris" finns inte i lagen om valfrihetssystem. Konkurrenssituationen mellan leverantörerna uppstår istället efter att kontrakt har tecknats och den pågår löpande under hela avtalsperioden. Det är inte fråga om en priskonkurrens mellan leverantörerna, priset fastställs av den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget. Valfrihetssystemet medför istället en kvalitetskonkurrens i brukarledet. Det anses att reglerna för valfrihetssystem är enklare än de som gäller vid en upphandling (s 136, 261).

Ett sådant valfrihetssystem innebär: a) att brukaren eller medborgaren själv väljer bland flera möjliga utförare, b) att det finns en fri etableringsrätt för företag som vill slå sig in på marknaden samt c) att det finns en likvärdig ersättning för utförarna.

Något som har varit vanligt i delar av Stockholms län har just varit att avknoppa en verksamhet inom ett kundvalssystem där man i princip söker efter någon som kan över verksamheten och hyra (inte köpa) in sig i samma lokaler. Det är också därför som priset normalt sett har värderats utifrån inventarierna eftersom man har uppfattat att det bara är detta som byter huvudman. Det är dock inte alla kommuner som har arbetat upp ett tydligt auktorisationsförfarande, något som kan underlätta för fler aktörer att bilda eget.

När det gäller värderingsfrågan har SKL menat att vi generellt sett har gått från en princip där man inte kan sälja för "uppenbart underpris" till principen om att faktiskt ta ett marknadspris. Några exempel på detta ser vi också i kommunernas riktlinjer. Täby kommun anger t ex i sin nya policy att goodwillvärde ska ingå och Upplands Väsby anger i sin nya policy att goodwillfrågan ska lösas genom avtal där sådana värden tillfaller även kommunen i händelse vid försäljning av verksamheten upp till tre år efter avknoppningen.¹¹ I Nacka ska överlåtelsen ska till marknadspris och goodwill ska inkluderas.

I en färsk dom från länsrätten i Stockholm skriver man i domen att goodwillvärdet i samband med avknoppning av en hemtjänstverksamhet "får anses vara begränsat" (mål 2311-08). Det är ett exempel på bedömningar som inte uppenbart stämmer överens med ovanstående utgångspunkter. Ett annat exempel som är intressant i sammanhanget är den avbrutna

¹¹ Just Upplands Väsby har för övrigt en mycket tydlig uppfattning om avknoppningar som innebär att kommunen kan avknoppa skolor (i kommunen sker detta enbart inom förskola och skola) på i princip samma sätt som tidigare. Man betonar att frågan ska ses ur ett långsiktigt strategiskt perspektiv, samtidigt som man uppger att för den egna kommunens räkning har de nödvändiga avknoppningarna nu redan gjorts.

avknoppningen av en gymnasieskola i Järfälla där inventarierna värderades till två miljoner och goodwillvärdet till knappt nio miljoner kronor (Dnr Ubn 2008/16).

En avslutande kommentar utifrån ovanstående gäller EU-lagstiftningen. Statskontorets analys är att EU-kommissionen blir mer och mer restriktiv när det gäller tolkningen av statsstödsreglerna och tillsammans med diskussionen ovan om definitionen av tjänst inom EU – även om det i allra högsta grad är en pågående diskussion – finns det skäl att utgå från att ett beslut om överlåtelse av kommunal verksamhet bör följas av en marknadsmässig hantering. Om t ex de tjänster som är privatiserade men som står under kommunalt ansvar (exempelvis utbildning vid en friskola) anses falla under reglerna för handel med tjänster blir också principerna om fri rörlighet och konkurrens tillämpliga.

Under denna rapportens sammanställande publicerades svar på två frågor som en svensk parlamentariker ställt till kommissionen.¹² Svaret från konkurrenskommissionären Neelie Kroes kom den 3 september och löd enligt följande.

Vad beträffar försäljning av offentliga företag återfinns kommissionens ståndpunkt i den tjugotredje rapporten om konkurrenspolitiken (1993, s. 402 ff) som ger vägledning om hur medlemsstaterna bäst kan se till att de efterlever reglerna om statligt stöd vid privatiseringar. Här fastställs de villkor som – om de uppfylls – leder till ett antagande om att privatiseringen, helt eller delvis, av ett företag inte har några inslag av stöd. Villkoren är följande:

- Privatiseringen sker via ett konkurrensutsatt anbudsförfarande som är öppet för alla, öppet för insyn och inte knutet till några villkor, som exempelvis förvärv av andra tillgångar än de som budet gäller eller fortsatt drift av vissa affärsverksamheter.
- Företaget säljs till högstbjudande.
- Anbudsgivarna ska ha tillräckligt med tid och information för att kunna göra en skälig bedömning av tillgångarnas värde, vilken de kan basera sitt anbud på.

Om en medlemsstat väljer en annan metod går det inte att utesluta eventuella inslag av statligt stöd. Om tvivel föreligger bör åtgärden därför anmälas till kommissionen i enlighet med bestämmelserna i artikel 88.3 i EG-fördraget.

Det finns ingenting i detta svar som ger oss anledning att ompröva det som vi på andra sätt i rapporten har fastställt, nämligen att avknoppningar numera får anses vara ett problematiskt verktyg att använda.

Avslutande diskussion

Det har hänt någonting mycket värdefullt vad gäller offentlig service i Sverige under de senaste åren. Fler och fler tjänster kan medborgarna själva påverka genom att helt enkelt välja en annan utförare än den som man har för tillfället. Inom såväl barnomsorg, skola, äldreomsorg och annan vård kan länets innevånare idag i många kommuner själva välja vilken utbildning eller vilken behandling som passar dem bäst. Centerpartiet bejakar denna utveckling.

Denna rapport har handlat om ett sätt att åstadkomma ökad valfrihet för medborgarna och ökad mångfald av utförare, nämligen avknoppningar. Det finns fördelar med flera av de

¹² 1. Är det i överensstämmelse med EG-rättens förbud mot stöd som snedvrider konkurrensen att låta vissa utvalda anställda köpa offentlig egendom utan att köpet har föregåtts av marknadsmässig upphandling? 2. Är det förenligt med EG-rättens regler mot statsstöd att offentlig verksamhet/egendom erbjuds till försäljning utan offentlig upphandling till anställd personal eller till privata personer/företag?

avknoppningar som har gjorts; exempelvis har flera nya företag startats av tidigare anställda. Samtidigt har fler och fler frågetecken rests kring förfarandet och man har undrat hur avknoppning går ihop med bland annat principerna om konkurrensutsättning och transparenta regler.

Denna rapport har fokuserat framförallt på de problem som har uppmärksammats med avknoppningar på senare tid. Någon entydig bild kan ännu inte tecknas men utifrån såväl målen om valfrihet och ökad mångfald som principerna om konkurrensutsättning tillhör avknoppning förmodligen inte de verktyg vi främst behöver. Avknoppning avser ett riktat erbjudande till anställda om överlåtelse som inte prissätts marknadsmässigt och det är inte rimligt att värden som under lång tid har arbetats upp av medborgarna säljs utan en korrekt ekonomisk värdering. I delarna som gäller krav på marknadsmässighet och oberoende värderingar vill vi därför välkomna SKLs och Statskontorets rapporter eftersom de hjälper oss att förstå komplexiteten på detta område.

För Stockholms län gäller att åtta av tio kommuner tycker att förutsättningarna för att kunna göra avknoppningar bör bli tydligare. Detta är en viktig signal till såväl regeringen som till andra organisationer som sätter och tolkar spelreglerna för kommuner på detta område, inte minst då flera av dessa kommuner i grunden är positivt inställda till valfrihet och mångfald.

För medborgarna har en ny möjlighet att påverka myndigheternas beslut öppnats genom EU-kommissionens möjlighet till granskning, även retroaktivt. Det gör samtidigt att processer via EU-kommissionen på sätt och vis är mer kraftfulla instrument än en laglighetsprövning. Det är en utmaning för de förtroendevalda att hantera även denna, relativt sett nya, möjlighet.

För medborgarna handlar denna fråga framförallt om ökad kvalitet i de tjänster som man betalar för. Och med detta övergripande mål framför oss är det också lätt att inse behovet av en rad olika åtgärder eller verktyg för att uppnå detta. Några delar som inte har lyfts fram i denna rapport men som likväl är viktiga är positiva attityder till entreprenörskap och att redan tidigt i utbildningen lyfta fram nya arbetssätt. En möjlighet kan, som SKL också nämner i sina slutsatser, vara att öka möjligheterna till entreprenad inom skolan, vilket också har hanterats i ett par offentliga utredningar. Försöken med lokala styrelser har i det stora hela fallit väl ut och är exempel på hur skolan kan förändras oberoende av hur ägarstrukturen ser ut.

En annan viktig aspekt för att kunna erbjuda medborgarna en större mångfald av utförare dvs fler alternativ är att små företag också deltar i upphandlingarna. I dagsläget är det alltför få offentliga upphandlingar som i tillräckligt hög utsträckning tar hänsyn till småföretagarnas villkor när det gäller t ex mängd, avtalsperiod, betalnings-period mm. Små företag har det ganska svårt att ta sig in på upphandlingsmarknader, vilket lagen om valfrihetssystem nu försöker råda bot på. Med auktorisationsförfarande och lika villkor för samtliga leverantörer bör mindre marknadsaktörer ha lättare att konkurrera, bland annat för att det skapar ett transparent och lättbegripligt system. Det är i detta ljus man ska betänka att LOU-förfarandet ibland anses vara alltför tidsödande för små företag och det vore intressant att se motsvarande valfrihetssystem tillämpas även på andra områden än dagens.

En del av diskussionen i denna rapport har landat i frågan om valfrihetssystem, som per definition innebär en konkurrensutsättning i och med att medborgarna eller brukarna kan välja – och välja bort – som de själva vill. Förhoppningen med lagen om valfrihetssystem är att även

små företag, föreningar mm ska kunna bli utförare och flera kommuner i denna undersökning uppfattar just att avknoppning bäst sker inom ramen för valfrihetssystem. Under förutsättning att upphandlingslagstiftningen då inte behöver tillämpas kan detta vara en möjlig väg att gå, och detta bör kunna vara fallet inom skolans område.

Med LOV kan man säga att vårdvalssystemen på olika håll i landet nu får ett tydligt lagstöd, och vi kommer vidare utifrån problemen t ex med frågan om landstingen har ingått avtal med ekonomiska villkor eller ej (se bilaga 3). Även om LOU även i framtiden kommer att vara en möjlig väg att gå ger LOV kommunerna här ytterligare ett verktyg för att konkurrensutsätta sin verksamhet inom hälso- och sjukvård samt sociala tjänster utan att detta kommer i konflikt med upphandlingsreglerna.

CENTERPARTIET I STOCKHOLMS LÄN ANSER

1. Att valfrihet, mångfald och konkurrens på lika villkor är grundläggande värden som bör utgöra mål för all offentlig förvaltning
2. Att oberoende värderingar och ett förfarande med öppen anbudsprocess är avgörande för att skapa en korrekt prissättning av verksamheten
3. Att avknoppning inte hör till de instrument som främst bör användas för att uppnå dessa värden
4. Att valfrihetssystem är ett attraktivt verktyg som skapar goda förutsättningar för att få in fler aktörer på marknaden och som bör tillämpas på fler områden
5. Att i de fall avknoppningar dock sker inkludera kundstock och goodwill i försäljningspriset och att erbjudanden till avknoppningsstöd bör definieras och ges i begränsad omfattning
6. Att all offentlig upphandling i högre utsträckning bör ta hänsyn till förutsättningarna särskilt för de mindre företagen
7. Att det behövs bättre information om och en förstärkt diskussion kring EU-lagstiftningens betydelse för medborgarna påverkansmöjligheter på myndigheternas beslut
8. Att gemensamhetsrätten inom EU ger möjligheter till granskning av kommuners och landstings beslut utöver vad som är möjligt genom laglighetsprövning
9. Att möjligheterna till självstyrande kommunala skolor och lokala styrelser bör stärkas
10. Att det vore värdefullt med en diskussion kring vilken den rimliga marknadsandelen är för kommunerna på såväl skol- som vårdområdet

Bilaga 1. Frågor kring avknoppning. Enkäten som skickades ut till kommunerna i maj 2008.

1. Har kommunen genomfört några avknoppningar tidigare? *Ja, Nej*

Om så är fallet, hur många avknoppningar senaste två åren? *0-2, 3-5, Fler*

Beskriv kortfattat vilket/a verksamhetsområde/n som har berörts av avknoppningarna:

2. Vilken definition av "avknoppning" finns i kommunen?

3. Har kommunen antagit riktlinjer för avknoppningar?

Om så är fallet, vilken typ av riktlinjer finns? *Antagen policy, Förslag finns, Del i annan policy, Program, Del i annat program, Hanteras av varje nämnd, Annan*

Om riktlinjer inte finns idag, vilka planer finns i nuläget? *Ingen anledning att ta fram, Målsättning finns, Utredning pågår, Varje nämnd får hantera det, Avvaktar, Annan*

4. Finns det en politisk inriktning i kommunen som strävar efter att stimulera avknoppningar?

Ja, Nej, Oklart

Om "ja", vem beslutar om avknoppning? *Kommunfullmäktige, Respektive nämnd, Annat*

Om "ja" (fråga 4), finns det någon regel om hur stor del av personalen som ska vara positiv?

Om "ja" (fråga 4), finns det något fastställt tillvägagångssätt för att göra en konsekvensanalys av avknoppningen?

Om "ja" (fråga 4), vad gäller för finansieringen av köpet av verksamheten?

Om "ja" (fråga 4), finns det regler som anger hur den ekonomiska värderingen ska ske?

Om "ja" (fråga 4), vad gäller om en aktör, annan än den som avknoppningen avser, också erbjuder sig att ta över verksamheten?

5. Vilken definition av "avknoppning" finns i kommunen?

6. Enligt kommunen, vad är det främst som särskiljer ett avknoppningsförfarande från ett upphandlingsförfarande?

7. Hur bedömer kommunen de juridiska förutsättningarna för att göra avknoppningar i nuläget? *De är tydliga, De skulle behöva förtydligas, De är otydliga*

8. Har kommunen som du / ni bedömer det idag tillräckliga kunskaper för att ta ställning till avknoppningar? *Ja, Delvis, Nej vi behöver mer information*

9. Har kommunen gjort någon egen analys över de rapporter som har presenterats under året (t ex SKL, Statskontoret)? *Ja, Pågår, Nej, Finns inget behov av det*

10. Har du / ni någon övrig kommentar kring avknoppningar?

Bilaga 2. Sammanställning av de 21 kommuner som svarat på enkäten.

KOMMUN	Genomförda avknoppningar			Definition	Riktlinjer	Politisk inriktning	Juridiska läget			Tillräckliga kunskaper			Egen analys	
	Inga	0 till 2	3 till 5				Fler	Tydliga	Behöver förtydligas	Otydliga	Ja	Delvis		Nej
Danderyd		x		se policy	Antagen policy	Ja								
Ekerö	x			finns ej	utredning	Ja			x			x		Pågär
Häringe	x			se policy	Antagen policy	Ja						x		Pågär
Huddinge		x		se policy	Antagen policy	Oklart			x			x		Pågär
Järfälla	x			se policy	Antagen policy	Oklart						x		Pågär
Lidingö	x			finns ej	avvaktar	Oklart						x		Nej
Nacka		x		se policy	Antagen policy	Nej		x						Inget behov
Norrköping	x			finns ej	avvaktar	Oklart								
Nykvarn	x			finns ej	avvaktar	Nej		x				x		Nej
Nynäshamn	x			finns ej	Nej	Nej			x				x	Nej
Salem	x			finns ej	utredning	Oklart						x		Pågär
Sollentuna		x		finns ej	målsättning	Ja						x		Nej
Solna	x			se policy	Antagen policy	x		x					x	Ja
Sundbyberg	x			finns ej	Nej	Nej						x		Inget behov
Upplands-Bro	x			finns ej	Nej	Nej								
Upplands Väsby		x		se policy	Antagen policy	Ja						x		Ja
Vallentuna		x		anges	utredning	Ja							x	Pågär
Vaxholm	x			finns ej	utredning	Ja				x				Ja
Värmdö	x			finns ej	utredning	Ja				x				Pågär
Österåker	x			se policy	Policy	Ja		x				x		Pågär
Landstinget			x	se policy	Antagen policy	Ja								Delvis

Bilaga 3. Beskrivning av några aktuella avknoppningar.

Bland de lagrum som vanligen används i samband med diskussioner om avknoppningar hör:

- Kommunallagen, regler för stöd till enskilda näringsidkare, KL 2 kap 8 §
- Kommunallagen, normen om god ekonomisk hushållning, KL 8 kap § 1
- Kommunallagen, grunderna för laglighetsprövning, KL 10 kap 8 §
- Lagen om offentlig upphandling, regler om likvärdig behandling av alla leverantörer, LOU 1 kap 9 §
- EUs regler om förbud mot statsstöd, EG-fördraget artiklarna 87 och 88
- Kommissionens meddelande om stöd vid fastighetsförsäljning, 97/C 209/03
- Tjänstedirektivet 2006/123/EG; Domen Herbert Schwarz och Marga Gootjes Schwarz mot Finanzamt Bergisch Gladbach c-76/05

En laglighetsprövning enligt kommunallagen är medborgarnas instrument för att pröva kommunala beslut, men det är samtidigt svårare att dra slutsatser från domar i sådana mål jämfört med andra rättsprocesser eftersom domstolen inte drar några egna slutsatser utan bara utgår från de lagrum mm som klagande har angivit under överklagandetiden. Domstolen tar inte ställning till om beslutet strider mot annan lagstiftning. Ett kommunalt beslut kan med andra ord vara olagligt även om domen friar kommunen i laglighetsprövningen. Och om LOU är tillämplig får samtidigt inte laglighetsprövning göras, det är antingen det ena eller det andra lagrummet som gäller. Överprövning enligt LOU är ett medel för potentiella anbudsgivare som de kan använda för att inom viss tid överklaga beslut, men LOU kan alltså inte användas av privatpersoner eftersom det är tänkt för affärsmässiga relationer.

Täby kommun

Våren 2006 gick ansökan för Tibble gymnasium till Skolverket för att få bilda friskola. Avsändaren – rektorn Maj Dellström – sa i DN att "idén väcktes hos mig när jag såg kommunens verksamhetsplan, som säger att man ska stödja medarbetare som vill ta över verksamheter" (21 april 2006). Som delar av sitt syfte med att ombilda skolan sa hon att "det handlar om att det blir kortare beslutsvägar. Vi kan fatta beslut snabbt och effektivt på den egna skolan. Och framför allt slipper vi den kommunala upphandlingen." Kommunens rekommendation till Skolverket blev strax innan valet 2006 att inte ge tillstånd för ombildningen och bland kritikernas argument hörde bland annat att kommunen skulle förlora ekonomiskt på ombildningen. Under våren 2007 sa sedan först Skolverket och sedan kommunen ja till ombildningen som kom att ske till höstterminen 2007, till ett pris av 9,2 miljoner kronor (enligt flera bedömare ligger dock marknadsvärdet högre än så). Beslutet överklagades av totalt sju klaganden genom laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Under hösten 2007 beslutade så Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) att snabbtreda frågan, där SKL ansåg att grundfrågan var "om skollagstiftningen medger att en kommun med ett aktivt agerande medverkar till att konkurrera ut sig själv" (Leif Petersén, jurist vid SKL, Dagens Samhälle 11 okt 2007). I december 2007 fann länsrätten att Täby kommun inte hade agerat i strid med Kommunallagen när man avknoppade Tibble gymnasium. Detta beslut överklagades i januari 2008 och ligger för närvarande för avgörande hos kammarrätten. De klagande anser bl a att kommunen har underlättat etableringen av ett privat företag på ett regelvidrigt sätt, att ersättningen som kommunen och Tibble Fria Gymnasium kommit överens om är lägre av skäligt och att goodwillvärdena inte har räknats med i försäljningspriset. (Bland annat pga det senare har SKL och Statskontoret kritiserat länsrätten dom.) I början av oktober kan vi förvänta oss att Kammarrätten fattar beslut om man ger prövningstillstånd eller inte.

28 april detta år antog Täby kommunfullmäktige – med stöd av (m), (kd) och (c) – en avknoppningspolicy ungefär samtidigt som ett annat ärende kom till sitt avgörande. Under våren 2007 hade nämligen rektorn vid Skarpängsskolan lämnat in ansökan till Skolverket som godkände densamma 30 januari 2008. Under maj månad var frågan så först på väg att lösas genom en överlåtelse till priset av 4 miljoner sätt men så kom sedan en intresseanmälan från Kunskapsskolan AB som sade sig vara beredda att betala minst 10 miljoner. Den 22 maj meddelade sedan moderaterna i Täby att avknoppningen stoppats eftersom man menade att de juridiska implikationerna blivit för stora för att gå vidare. Man menade samtidigt att den juridiska frågeställningen blev oklar när det kom in ett annat anbud (Leif Gripenstam (m) SvD 22 maj / SVT Rapport 23 maj).¹³

Landstinget i Östergötland

Innan vi kommenterar om landstinget i Stockholms län är det relevant att återge turerna kring Landstinget i Östergötland som den 22 maj 2007 beslutade att, under förutsättning att hälso- och sjukvårdsnämnden upprättade ett vårdavtal med det nya företaget, bevilja att verksamheten vid Närsjukvården i Finspång skulle övergå i alternativ form och övertas av personalen.¹⁴ Samtidigt uppdrogs till landstingsstyrelsens ordförande och landstingsdirektören att teckna ett överlåtelseavtal med den nya entreprenören. Beslutet överklagades av en privatperson via en laglighetsprövning enligt Kommunallagen vilket avlogs av länsrätten i oktober samma år. Närvårdsbolaget Hamra AB (via samma privatperson) ansökte om överprövning av upphandlingsförfarandet och landstinget meddelade länsrätten att de den 22 januari 2008 avbrutit processen med upphandlingen varefter länsrätten den 29 januari beslöt avskriva det påbörjade överprövningsärendet tills vidare. Därefter upptog dock landstinget upphandlingen på nytt via ett beslut taget 27 februari¹⁵. Överprövningen genomfördes nu enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Närvårdsbolaget hävdade att upphandlingen skulle ses som en olaglig direktupphandling medan Landstinget menade, liksom tidigare, att förfarandet var en överlåtelse av en verksamhet som inte omfattas av de upphandlingsrättsliga reglerna. Man menade att en överlåtelse av en tidigare förvaltningsutförd verksamhet från ett offentligt organ inte utgör en upphandling och därför inte omfattas av vare sig LOU eller gamla LOU. Landstinget hänvisade bland annat till ett mål där Uppsala kommun fått rätt angående en direktupphandling.¹⁶ Man menade att "den överlåtelse som sker från landstinget till en privat aktör när viss del av landstingets verksamhet privatiseras omfattas inte av reglerna i LOU" och vidare menade också landstinget att något vårdavtal inte hade tecknats (skrivelse till länsrätten 4 juli 2007).

¹³ I juli lämnade Lärarförbundet in en stämningsansökan mot Täby kommun för brott mot medbestämmandelagen i fallen med avknoppningarna av Tibble gymnasium och Skarpängsskolan.

¹⁴ Besluten formulerades på följande sätt: a) "att verksamheten vid Närsjukvården i Finspång får övertas av personalen och övergå i en alternativ drift- och ägarform under förutsättning att Hälso- och sjukvårdsnämnden upprättar vårdavtal med den nya entreprenören" samt, b) "att uppdra till landstingsstyrelsens ordförande och landstingsdirektören att teckna överlåtelseavtal med den nya entreprenören".

¹⁵ Ur beslutsprotokollet för Hälso- och sjukvårdsnämnden den 27 februari: "att avtal tecknas med Närsjukvården i Finspång AB för en period av 5 år med möjlighet till förlängning 1+1 år, med de förbehåll som finns i avtalstexten" och "att uppdra till närsjukvårdsdirektören i östra Östergötland att teckna avtalet". Förslaget kommer från ledningsstabens skrivelse 30 januari, dagen efter att länsrätten avbröt processen.

¹⁶ I fallet mellan Uppsalatolkarna AB och Uppsala kommun (där länsrättens dom ändrades av kammarrätten) finner dock kammarrätten i januari 2008 att "avtalstexten ger inte stöd för att kommunen har åtagit sig att köpa tjänster..." dvs kommunen har avtalat att låta verksamheten övergå i enskild regi men man har inte åtagit sig att på förhand köpa tjänsterna från ett visst företag. Detta är en avgörande skillnad i rättens bedömning i fallen Uppsala kommun och Landstinget i Östergötland.

Länsrätten biföll den 7 april 2008 Närvårdsbolagets ansökan eftersom Landstinget hade beslutat om inte bara överlåtelseavtal utan samtidigt om vårdavtal, varigenom man enligt rätten också förband sig att köpa tjänster. Att avhända sig en verksamhet utgör inte i sig en offentlig upphandling men då landstinget samtidigt skapat ett avtal om köp av tjänst med ett specifikt företag så är det att betrakta som just en offentlig upphandling. I öppnandet av ett tillsynsärende skrev också Konkurrensverket till Landstinget i Östergötland den 30 april och anmodade dem att inte agera "i strid med domstolens dom" Resultatet av domen (varmed Landstinget ålades att göra om upphandlingen enligt LOU) blev att Hälso- och sjukvårdsnämnden den 21 maj beslutade "att inte gå vidare och teckna avtal med Närsjukvården i Finspång i enlighet med tidigare beslut" att dra tillbaka planerna på att avknoppa verksamheten.

Den 11 juni skriver sedan sex landstingsråd en debattartikel där de skriver att man inom den politiska majoriteten utifrån länsrättens dom "övervägt alternativet att trotsa domslutet och skriva på avtalet" men att man av hänsyn till vårdtagare och personal beslutat att dra tillbaka ärendet. Man anser att "när LOU förhindrar avknoppningar av vårdverksamhet till personalägda företag, så är det också en stopplag som regeringen nu skyndsamt måste göra något åt" (Dagens Medicin 11 juni 2008).

Landstinget i Stockholms läns landsting

Landstinget har uppmärksamrats bland annat i den DN-artikel som nämnts ovan som gäller försäljningen av fem vårdcentraler och där kritiken gäller att man ej har tagit betalt för värden utöver själva inventarierna.¹⁷ Detta eftersom riskerna med verksamheten bedöms vara så hög att det inte vore korrekt;

Avhängigt förutsättningar och bedömningar i varje enskilt fall...kan detta innebära såväl övervärden (goodwill) som undervärden (negativ goodwill) i förhållande till bedömda värden på verksamhetens inventarier och övriga materiella tillgångar/skulder. (ur *Värderingsprinciper vid verksamhetsöverlåtelser*, Öhrlings PWC 10 december 2007)

Med andra ord skulle värdet av kundstock, personal och övrigt goodwill kunna vara även negativt, vilket är en verklighetsbeskrivning som landstinget får sägas vara tämligen ensamma om. Det som Statskontoret konstaterar är att "svårigheten att värdera sådant som traditionellt hanterats inom ramen för den kommunala sektorn är naturligtvis stor", men slutsatsen av det är snarast en risk att undervärdera priset ifråga (§ 47).

Flera av dessa avknoppningar av vårdcentraler överklagades till länsrätten. I ett av fallen argumenterar landstinget utifrån ett intressant perspektiv, nämligen att beslutet inte överhuvudtaget är ett överklagningsbart beslut utan att det utgör "en ren verkställighetsåtgärd" av en tjänsteman. Det aktuella överlåtelseavtalet är enbart en följd av de generella förutsättningarna med auktorisationsförfarande som landstingsfullmäktige- och styrelse har beslutat om. I sin dom 19 september menar dock länsrätten att beslutet inte bara är av rent verkställig art och att överklagandet inte kan avslås av den anledningen. Däremot avslås överklagandet eftersom "ifrågavarande överlåtelseavtal innefattar inte något avtal om överlåtelse av tjänst" och att beslutet därför inte kan vara ogiltigt utifrån en laglighetsprövning. Länsrätten

¹⁷ Köpeskillingen motsvarar i de femöverlåtelseerna ungefär 3 procent av omsättningen. Vid tidigare gjorda privatiseringar som nämns i artikeln har resultatet – efter överlåtelsen – efter finansnetto varit över tio procent av omsättningen.

tar med andra ord överhuvudtaget inte ställning till prissättningsfrågan utan menar att det avgörande är att något ekonomiskt bindande avtal om leverans av tjänst inte har skrivits (det var detta som landstinget i Östergötland gjorde i samband med själva överlåtelsebeslutet). Anledningen till att prisfrågan inte kom i fokus var förstås att frågan om ett överlåtelseavtal för tjänsten besvarades nekande. I annat fall hade prissättningen rimligen hamnat i fokus.

Frågan om ett avtal om överlåtelse av tjänst har uppstått har dock i tidigare rättsfall varit en tvistefråga. I fallet med Täby kommun som anordnade äldreomsorg inom ramen för ett valfrihetssystem menade kommunen just att ett uppdragsförhållande uppstår mellan brukaren och utföraren, och inte mellan kommunen och utföraren. Detta ogillades dock av länsrätten som ansåg att socialtjänstlagen innebär att kommunen reglerar villkoren för utföraren på ett sådant sätt att en upphandling måste ske. Det är inte uppenbart att länsrätten i Stockholms län har gjort exakt samma bedömning i detta fall som i de aktuella fallen med landstinget.¹⁸

Regeringsrätten har vidare i fall som gäller landstingens samverkansavtal funnit att dessa avtal inte är något som ska upphandlas enligt LOU, men EU-kommissionen är av en annan uppfattning och menar att "avtal med ekonomiska villkor" har ingåtts oberoende av om detta utgår från en lagstiftning som landstinget själv har beslutat om eller inte. Dvs kommissionen utgår mer från den faktiska, ekonomiska innebörden av agerandet än från landstingets reella möjlighet att påverka innehållet i avtalet. Kommissionen menar att beloppen ofta är så stora att de är intressanta för den inre marknaden och att principerna om icke-diskriminering och insyn måste gälla. En allmän observation måste då bli att EU-kommissionens avvägningar är särskilt relevanta för svenska kommuner att beakta. (SOU 2008:15 s 102-103)

Ett annat aktuellt och intressant exempel från Stockholms läns landsting är beslutet 9 oktober 2008 att ge Folk tandvården i uppdrag att sälja mellan sju och nio procent av sin verksamhet. Syftet med detta var att "fler aktörer med större mottagningar ska kunna öka konkurrensen och bidra till en positiv utveckling av folk tandvården" (pressmeddelande 9 okt 2008). I beslutsunderlaget framgår att detta ska ske genom en auktionsprocess som inleds med offentliggörande av försäljningen och där Folk tandvården upprättar förslag till överlåtelseavtal som köparkandidaterna har att ta ställning till. Därtill ska en oberoende värdering göras av bland annat just de aspekter som tidigare har varit tvistefrågor i avknoppningsdiskussionen: utrustning, inventarier, varulager, goodwill, varumärke, underliggande avtal, kundstock. De intresserade personalgrupperna behandlas sedan på samma sätt som andra företag i auktionsförfarandet.

¹⁸ Mål nummer 10517-07. Domen är överklagad till kammarrätten.