

PM 2 2000-09-13 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att vid avknoppning / extern försäljning av egenregiverksamhet tillämpa lagen om offentlig upphandling.*

Jämtlands läns landsting för inom ramarna för en avyttring av den egna företagshälsovårdsförvaltningens verksamhet förhandlingar om kommande köp av tjänster för företagshälsovård för landstingets egna personal utan att någon formell upphandling sker. I vart fall ett företag har hindrats från att lämna anbud i upphandlingen.

Jämtlands läns landsting bedriver genom "Landstingshälsan" företagshälsovård i förvaltningsform för huvudsakligen den egna personalens behov. År 1998 hade förvaltningen 13,2 befattningar, och omsatte c:a 7 miljoner kronor. För att klara sysselsättningen inom förvaltningen har landstinget lagt anbud på extern företagshälsovård. Flera anbud har vunnits i öppen konkurrens och i samarbete med andra företag i branschen. Av Landstingshälsans verksamhet torde c:a 80 procent belöpa sig på intern företagshälsovård för landstingets egna personal medan 20 procent av verksamheten hänför sig till avtal med externa uppdragsgivare.

Vid sammanträde den 19 november 1998 beslutade landstingsfullmäktige i Jämtlands län följande: *"En övergång mot ökad konkurrensutsättning sker. Landstinget tar steget fullt ut och påbörjar en försäljning av Landstingshälsan i enlighet med förslaget i en nyligen framtagen konsultrapport. Övergången bör ske i ett steg. Personalen bör ges möjlighet att överta Landstingshälsan. Landstingsstyrelsen beslutar om en eventuell försäljning"*.

Landstinget har därefter inlett förhandlingar med företrädare för personalen om övertagande genom s.k. *avknoppning* av verksamheten. Avknoppningen skulle innebära att driften av Landstingshälsan överläts i extern (personalägd) driftsform (försäljning) samt att köparen samtidigt, uppdrogs att tillhandahålla aktuella tjänster för landstingets räkning (entreprenadupphandling).

I april 1999 redovisade landstingsdirektören att "delar av personalen" hade visat intresse för att överta verksamheten och överlämnade en promemoria med förslag till försäljning av Landstingshälsan till de intresserade personalföreträdarna. Med stöd av fullmäktiges ovan refererade förordnande beslutade landstingsstyrelsen vid sammanträde den 21 april 1999 (Ls § 91/99) att i enlighet med landstingsdirektörens rapport överföra Landstingshälsans verksamhet "till alternativ driftsform" samt uppdrog åt landstingsstyrelsens ordförande och landstingsdirektören att teckna det slutliga övertagandeavtalet.

Den av landstingsstyrelsen beslutade försäljningen kom emellertid aldrig att fullföljas. I februari 2000 rapporterade landstingsdirektören att försäljningen till personalen inte ansetts möjlig att verkställa under år 2000. Landstingsstyrelsen beslutade därför den 9 februari 2000 (Ls § 31/00) att uppdra åt landstingsdirektören att under året utreda bland annat en "försäljning av landstingets företagshälsovård".

Under våren 2000 har landstinget enligt uppgift fört förhandlingar med minst ett privat företag i företagshälsovårdsbranschen om övertagande av driften av Landstingshälsan (försäljning) samt tillhandahållande av aktuella tjänster för landstingets räkning (entreprenadupphandling).

Någon egentligt upphandlingsförfarande av den del av affären som hänför sig till entreprenadupphandling har emellertid inte påbörjats och något förfrågningsunderlag i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling synes inte ha upprättats. Ett privat företag (Leverantören X) som sedan tidigare bedriver liknande verksamhet med företagshälsovård har vid förfrågan inte fått del av något underlag om förutsättningarna för upphandlingen samt upplysts att det "inte är aktuellt" för företaget att lämna anbud i densamma.

Värdet av tjänsterna för landstinget egna behov av företagshälsovård torde uppskattningsvis uppgå till över 5 miljoner kronor per år.

Efter att en promemoria med en preliminär bedömning upprättats och skickats till bland annat länsarbetsnämnden har Länsrätten i Jämtlands län på talan av en leverantör beslutat om verkställighetsförbud tills vidare (inhibition) av den aktuella upphandlingen.<sup>1[1]</sup> Landstinget har därefter angivit att detta inte avser att upphandla ifrågavarande tjänster och att en eventuellt kommande upphandling kommer att genomföras med tillämpning av bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling<sup>2[2]</sup>, varefter länsrätten beslutat avvisa talan om överprövning.<sup>3[3]</sup>

---

<sup>1[1]</sup> Länsrätten i Jämtlands län, beslut den 5 juni 2000 i mål nr. 328-00 E.

<sup>2[2]</sup> Yttrande den 7 juni 2000 i mål nr. 328-00 E, från Jämtlands läns landsting till Länsrätten i Jämtlands län.

<sup>3[3]</sup> Länsrätten i Jämtlands län, beslut den 19 juni 2000 i mål nr. 328-00 E.

### Gällande rätt

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen omfattar bland annat upphandlingar som genomförs av landstingskommuner.

Tjänster för hälso- och sjukvård samt socialtjänst utgör sådana tjänster (kategori 25) enligt bilaga B till lagen, vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Lagen omfattar bland annat myndigheter. Den som är skyldig att följa lagen kallas för *upphandlande enhet*. Med *upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU alla köp av bl.a. tjänster som görs av en upphandlande enhet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som en huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomförs affärsmässigt.

Enligt 6 kap 2 § LOU skall upphandling av B-tjänster handläggas genom något av förfarandena för förenklad upphandling eller direktupphandling. Något annat förfarande får inte tillämpas.

Med *förenklad upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling där alla leverantörer har rätt att delta. Med *leverantör* avses enligt samma lagrum: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

Enligt 6 kap. 4 § LOU skall en upphandlande enhet som tillämpar förfarandet för förenklad upphandling upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt infordra skriftliga anbud genom annons eller skrivelser till minst tre leverantörer. Enheten skall i underlaget eller annonsen om upphandlingen ange vad som är föremålet för denna, samt samtliga omständigheter den tillmåter betydelse vid värderingen av inkomna anbud (se 6 kap. 12 § andra stycket LOU *in fine*).

En leverantör som inte särskilt har tillfrågats har enligt 6 kap. 6 § LOU rätt att på begäran få ta del av förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer och kan av en upphandlande enhet inte uteslutas från deltagande i en offentlig upphandling med mindre än att leverantören uppfyller de förutsättningar som anges i 6 kap. 9 och 10 §§ LOU - d.v.s. att leverantören är på obestånd, har gjort sig skyldig till brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen, inte är registrerad på föreskrivet sätt eller är restförd för skatter och sociala avgifter.

Med *direktupphandling* förstås enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling utan föregående infordran av skriftliga anbud i konkurrens på marknaden. Förfarandet får enligt 6 kap. 2 § LOU endast förekomma om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på en upphandlande enheten eller om det som skall upphandlas är av så lågt värde att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde.

För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) angivit ett eller högst två basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring (c:a 37.000 kronor) som riktmärke för ett sådant lågt värde under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas (se NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, sid. 57).

Fråga om blandade försäljningar och upphandlingar där en upphandlande enhet realiserar en avdelning, förvaltning eller motsvarande som tidigare tillhandahållit nyttigheter i form av varor eller tjänster intern inom enheten, och samtidigt avser att teckna kontrakt med förvärvaren om fortsatta leveranser av samma nyttigheter, har i flera fall behandlats i praxis och doktrin:

I RÅ 1998 not. 44 var fråga om ett landsting som beslutat att sälja den egna tvätteriförvaltningen och i samband med försäljningen teckna avtal om successiva leveranser av tvätteritjänster med förvärvaren. Regeringsrätten konstaterade att det i ifrågavarande fall var fråga om ett förfarande som omfattades av lagen om offentlig upphandling.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har vid upprepade tillfällen påpekat att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att lägga ut verksamhet som tidigare drivit i egen regi på extern entreprenad utan något föregående upphandlingsförfarande. Detta gäller oberoende huruvida driften av verksamheten övertas av personalen (avknoppning) eller om överföringen till entreprenadform sker på annat sätt, genom att ett tidigare på marknaden etablerat företag övertar driften. I det ovan refererade målet i Regeringsrätten yttrade sig nämnden och uttalade bland annat följande:

*"Den omständigheten att de pågående överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer, vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlåtas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling. Landstinget har anfört att LOU inte skall vara tillämplig så länge de åtaganden som tas över till omfattning och löptid är affärsmässiga. NOU kan dock inte instämma i detta resonemang. Begreppet affärsmässigt återfinns inte i Europarådets direktiv om offentlig upphandling. Det är en inhemsk konstruktion som övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlings-reglementen. Avsikten med LOU är dock inte enbart att en upphandlande enhet anskaffar varor, byggentreprenader och tjänster till rätt pris i förhållande till kvalitet och övriga krav, utan även att detta sker i konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör även att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och alla anbudsgivare behandlas lika. Avsikten med annonsering och/eller offentliggörande av förfrågningsunderlag i samband med upphandlingar är inte enbart att få fram lämpliga anbud utan även att möjliggöra för intresserade leverantörer att delta i myndighetens anskaffning av varor och tjänster och få kunskap om existerande och kommande marknader".*  
[...] *"Även om det finns inslag av en försäljning anser NOU att landstingets huvudsakliga syfte med det kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtalet har varit att tillförsäkra sig att få behovet av tvätteritjänsterna tillgodosett och personalens anställning under en övergångstid tryggad. Värdet av tjänsterna är så högt att en anskaffning av dessa och inte försäljning av fastigheten synes vara det primära ändamålet och skulle ha upphandlats. Erbjudandet om övertagandet av fastigheten och rörelsetillgångarna kunde i stället ingå i upphandlingen som en delbetalning för tjänsterna".*

I en rapport till regeringen i mars 1998 (dnr.165/97-29, sid. 29) konstaterar nämnden vidare:

*"Ett problem är huruvida ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag - 'avtal' om leverans av varor och tjänster i samband med överlåtelsen av verksamheten. För närvarande föreligger ibland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser, 'avtal', ingår. Dagens regler tillåter inte att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet" (KKO:s understrykning).*

I sin årssammanfattning för åren 1993-1995, kap. 2.3 "Köp mellan bolag och myndigheter m fl." anger nämnden också att:

*"Köp mellan följande organisationer skall följa LOU och upphandlas med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns: mellan kommuner (inklusive kommunalförbund), mellan kommun och kommunalt bolag, stiftelse m.m., mellan kommun och statlig myndighet eller statligt bolag, stiftelse m.m., mellan statlig myndighet och statligt bolag, stiftelse m.m., mellan kommunala bolag, stiftelser m.m., mellan statliga bolag, stiftelser m.m.) utom i vissa fall mellan s.k. anknutna företag (4 kap. 4a § LOU). [nytt stycke] Det är således normalt inte tillåtet att vid annan upphandling än direktupphandling vända sig direkt till en annan juridisk person".*

*"Resonemanget gäller också när organisationen gör en s.k. avknoppning. Bildar exempelvis en kommun ett bolag i syfte att bolaget skall tillhandahålla kommunen en vara eller tjänst, kan kommunen likväl inte*

upphandla direkt av detta bolag. Upphandlingen måste ske i konkurrens. Således kan exempelvis tidigare anställda, t.ex. i form av ett personalkooperativ, med nuvarande tolkning, inte tilldelas ett kontrakt utan att andra leverantörer ges tillfälle att lämna anbud" (KKO:s understrykning).

I delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling" (SOU 1999:139, sid. 70) refererar den statliga upphandlingskommittén en skrift av Hallgren, Hilborn och Sandström, "Kommunala driftentreprenader" (1997, sid. 51) och anger följande:

*"Om anställda inom den upphandlande enheten bildar ett personalkooperativ eller någon annan form av personalägt företag kan enheten inte sluta avtal med kooperativet om att köpa tjänster utan att först infordra anbud".*

Den likaledes statliga utredning som särskilt uppmärksammat upphandlingsproblematiken på hälso- och sjukvårdens område konstaterar i sitt slutbetänkande "Upphandling av hälso- och sjukvård" (SOU 1999:149, sid. 127 ff.) att gällande rätt inte medger övergång av verksamhet till entreprenadform utan föregående upphandling.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)<sup>4[4]</sup>. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>5[5]</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt. För närvarande pågår prövningen av ett mål vid Högsta domstolen om skadestånd vid otillåten s.k. direktupphandling, utan föregående infordran av konkurrerande anbud.<sup>6[6]</sup>

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

### Yttrande

Jämtlands läns landsting har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. hänvisat till att landstinget i februari 2000 beslutat att utreda en eventuell försäljning av landstingshälsan. Landstinget anser att det är dessa senare beslut och inte de tidigare besluten i saken som skall gälla, även om de tidigare besluten inte är formellt

<sup>4[4]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103

<sup>5[5]</sup> 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

<sup>6[6]</sup> Högsta domstolen, mål nr. T 2417-98, Tvättsvamparna HB ./ Ekerö kommun.

upphävda. Landstinget garanterar vidare att det inte har för avsikt att bryta mot lagen om offentlig upphandling om det skulle visa sig att avknoppning senare skall genomföras.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Det aktuella ärendet rör ett kombinerat försäljnings- och anskaffningsavtal, där Jämtlands läns landsting förhandlat om avknoppning / försäljning av sin enhet för företagshälsovård - Landstingshälsan. Förhandlingarna har gällt en överlåtelse / försäljning av verksamheten samt köp av sådana tjänster som Landstingshälsan tidigare tillhandahållit landstinget och dess personal.

Jämtlands läns landsting är en sådan s.k. upphandlande enhet som är skyldig att tillämpa lagen om offentlig upphandling. Av den utredning som redovisats ovan framgår att i princip alla köp av tjänster mellan upphandlande enheter och från dessa fristående juridiska personer omfattas av upphandlingslagens bestämmelser och att upphandling enligt praxis alltid skall ske vid kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtal där anskaffningsintresset dominerar.

Även om det finns inslag av försäljning i den planerade avknoppningen / försäljningen av Landstingshälsan synes landstingets huvudsakliga syfte ha varit att tillförsäkra sig att få behovet av företagshälsovård tillgodosett och personalens anställning tryggad. Värdet av erforderliga tjänster bör vara så högt att anskaffningen av dessa och inte försäljningen av Landstingshälsans eventuella inventarier synes vara landstingets primära ändamål. I enlighet med vad som redovisats ovan skall verksamheten således upphandlas med tillämpning av upphandlingslagens bestämmelser.

Vid en upphandling av aktuellt slag och omfattning skall normalt s.k. förenklat upphandlingsförfarande tillämpas, varvid den upphandlande enheten har att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt tillkännage upphandlingen genom annons eller skrivelser. Samtliga leverantörer, det vill säga även sådana som inte särskilt har tillfrågats i upphandlingen, har rätt att på begäran få ta del av förfrågningsunderlaget och kan av en upphandlande enhet inte utan särskilda skäl uteslutas från deltagande i upphandling.

Jämtlands läns landsting har i den föreliggande upphandlingen underlåtit att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och åtminstone i ett fall direkt hindrat ett företag att lämna anbud. Några synnerliga skäl såsom synnerlig brådska som inte beror på landstinget synes inte föreligga för att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

Trots att landstinget numera förklarar att det inte avser att avknoppa eller försälja den aktuella verksamheten utan att först iaktta bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling kan landstinget inte undgå kritik för det beskrivna förfarandet. Av tillgängliga protokoll framgår att landstinget fattat erforderliga beslut samt deltagit i förhandlingar i syfte att utan föregående upphandling avknoppa Landstingshälsan till företrädare för den i verksamheten berörda personalen. Att avknoppningen sedermera aldrig kom till stånd beror på att personalsidan drog sig ur affären. Genom det beskrivna förfarandet har Jämtlands läns landsting således åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling samt i EG-Romfördraget, vilket medfört att konkurrensen på marknaden för företagshälsovård snedvrids samtidigt som förtroendet för landstinget som upphandlare riskerat att undergrävas.

Det är däremot tillfredsställande att landstinget numera tycks ha insett att någon avknoppning eller annan försäljning kombinerad med köp av aktuella tjänster inte är möjlig utan föregående upphandling i enlighet med gällande bestämmelser. Ärendet föranleder därför inga ytterligare kommentarer från Konkurrenskommissionens sida.

---