

# Tillämpningsanvisningar- policy för konkurrensprövning

## 1 Generella förutsättningar vid alla typer av konkurrensprövning

Kommunens policy för konkurrensprövning är vägledande.

Kommunens upphandlingspolicy och tillämpningsanvisningar ska följas (KF 2009-10-13, § 164) vid upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU).

All verksamhet får utmanas med undantag av myndighetsutövning innefattande hela handläggningen samt beslut, strategiska ledningsfunktioner, verksamhet som drivs enligt kundvalsmodellen, det som enligt lag eller förordning inte kan läggas ut på entreprenad och det som kommunen beslutat inte får konkurrensutsättas.

Den verksamhet som drivs av kommunen och som här kallas egenregi, ska ha möjlighet att lämna anbud. Ansvarig nämnd beslutar om sådant egenregianbud ska lämnas.

Kommunen ska se positivt på initiativ från medarbetare som vill starta eget i någon form och komma in med anbud.

Personalkonsekvenser ska alltid belysas särskilt om entreprenad kan innebära verksamhetsövergång enligt lagen om anställningsskydd (LAS). Ett stort antal lagar berörs när konkurrensprövning sker. Det är viktigt att ta hänsyn till de olika lagarna för att undvika kostnader som uppkommer vid felaktiga tillämpningar. Lagstiftning som särskilt påverkar konkurrensprövning finns inom upphandling, arbetsrätt och arrende och hyresrätt.

Vid konkurrensutsättning kan omställningskostnader uppstå för andra nämnder, till exempel beträffande lokaler, städverksamhet och kostverksamhet.



Omställningskostnader ska belasta den nämnd som fattar beslut om konkurrensutsättning. Nämnd som avser att konkurrensutsätta en verksamhet ska därför samråda med nämnd som kan få omställningskostnader.

## 2 Driftsformer, ansvar och upphandling

### 2.1 Egenregi

Egenregi är när kommunens egen verksamhet drivs i förvaltningsform med kommunen som huvudman. Kommunen har det totala juridiska ansvaret för verksamhetens bedrivande. Omfattningen av verksamheten kan vara lagstadgad eller frivillig och behöver inte upphandlas enligt LOU.

### 2.2 Intraprenad

Intraprenad är egenregiverksamhet men som drivs enligt konceptet med intern beställare och utförare. Kommunen är huvudman och har det totala juridiska ansvaret för verksamheten. En sådan verksamhet behöver inte upphandlas enligt LOU.

Intraprenad kan uppkomma när den egna regin deltagit i en upphandling enligt LOU och den egna regin lämnat det bästa anbudet och antagits som leverantör. I så fall behåller kommunen huvudmannskapet samt det totala juridiska ansvaret för verksamheten.

Verksamhet med kommunala självstyrande skolor finns. En kommunal självstyrande skola kan anses vara en typ av intraprenad med tydligt uppdrag från beställande nämnd och utföraransvar för den kommunala självstyrande skolan. Även i detta fall är kommunen huvudman och har det totala juridiska ansvaret för verksamheten.

### 2.3 Entreprenad

Entreprenad är när en extern utförare får i uppdrag att driva en verksamhet på kommunens uppdrag. Kommunen måste alltid upphandla driften av verksamheten enligt LOU. Även om verksamheten utförs av en extern utförare har kommunen kvar det juridiska ansvaret mot kommuninvånarna.



Affärsrelationen mellan kommunen och den externa leverantören regleras i ett civilrättsligt bindande avtal. Avtalstidens längd ska bestämmas enligt grundläggande principer för lagen om offentlig upphandling.

Om upphandlingen omfattar verksamhet som styrs av särskild lagstiftning krävs både tillstånd/godkännande och tillsyn. De som kan bevilja tillstånd och utöva tillsyn är till exempel kommunen, Skolverket och länsstyrelsen. Vilken myndighet som är aktuell beror på vilken lagstiftning som gäller för verksamheten.

### 2.3.1 Avknoppning

Avknoppning är ett begrepp som används när anställda i kommunen vill ta över viss verksamhet som egna företagare eller som kooperativ och då lämnar sin anställning. Avknoppning där arbetstagarna blir entreprenörer måste upphandlas i konkurrens enligt LOU. Kommunens ansvar är samma som i ett entreprenadförhållande. Uppdragsrelationen mellan kommunen och avknopparen regleras i ett civilrättsligt bindande avtal. Avknoppning sker även inom de verksamheter som redovisas nedan, bidragsfinansierad enskild verksamhet och valfrihetssystem med kundval. Förutsättningarna för dessa gäller även för personal som vill driva sådan verksamhet.

Kommunen ska se positivt på personalens initiativ. Stöd som troligen kan lämnas utan att strida mot lag är information, utbildning och konsulterande hjälp inför start samt tjänstledighet. Andra former av stöd är inte tillåtna.

## 2.4 Bidragsfinansierad enskild verksamhet

Bidragsfinansierad enskild verksamhet är en verksamhetsform som ofta förekommer inom de frivilliga områdena.

Kommunen är inte huvudman för och har inte juridiskt ansvar för verksamheten. Ett exempel är när en kommun ger driftbidrag till en idrottsförening som driver en egen fritidsanläggning eller en av kommunen ägd fritidsanläggning. Anläggningen används i huvudsak av medlemmarna i föreningen. Ett annat exempel är när kommunen ger bidrag till ett föräldrakooperativ som driver barnomsorg i huvudsak för föräldrarnas eget



behov av barnomsorg. Fristående skolor är bidragsfinansierad enskild verksamhet. Etableringen av fristående skolor och fristående förskolor regleras i särskild lagstiftning.

Det finns inte något uppdrag från kommunen. Eftersom kommunen inte uppdrar åt bidragstagaren att utföra en tjänst utan ger ett bidrag, behöver denna verksamhetsform inte upphandlas enligt LOU.

Kommunen kan inte heller styra hur verksamheten bedrivs eftersom någon tjänst inte köps. Kommunen bestämmer ensidigt villkoren för bidragsgivningen. Något avtal med bidragsmottagaren ska inte träffas.

Det finns ändå risk för att kommuninvånarna förväntar sig att kommunen tar ansvar för att verksamheten bedrivs på ett tillfredsställande sätt. Om kommunen börjar gå in och styra verksamheten innebär detta att en tjänst köps. Skyldighet uppkommer då att upphandla tjänsten enligt LOU.

Bidraget ska prövas varje år både vad gäller storlek och om det ska fortsätta.

Om bidrag lämnas till en mottagare som driver verksamhet som styrs av särskild lagstiftning krävs både tillstånd/godkännande och tillsyn. De som kan bevilja tillstånd och utöva tillsyn är till exempel kommunen, Skolinspektionen och länsstyrelsen. Vilken myndighet som är aktuell beror på vilken lagstiftning som gäller för verksamheten.

## 2.5 Valfrihetssystem med kundval

Kundval innebär att kommunen bjuder in privata utförare att konkurrera med kommunens egenregiverksamhet. Kommunen prövar privata utförares lämplighet utifrån samma kriterier som gäller för kommunens egenregiverksamhet. De privata utförare som uppfyller kriterierna godkänns av kommunen och jämföras med kommunens egenregiverksamhet.

De som har rätt till en viss omsorg eller service kan välja mellan kommunens egenregiverksamhet och det privata utföraralternativet. Är kunden inte nöjd med kvaliteten hos en privat utförare kan kunden välja en annan utförare eller egenregin. De privata utförarna får ersättning med det belopp som kommunen



fastställt. För såväl privata utförare som kunder är det viktigt att systemet är konkurrensneutralt.

Godkännande sker efter ett upphandlingsliknande förfarande enligt lagen om valfrihet (LOV) inom bland annat äldreomsorg.

## 2.6 Plats på enskild institution

Plats på en enskild institution är en alternativ, kommunalt finansierade driftsform. Exempel på plats kan vara i ett behandlingshem eller i ett särskilt boende. Platserna köps styckevis eller avropas från ett ramavtal som slutits med leverantören, efter upphandling enligt LOU. Kommunen har det juridiska ansvaret mot den enskilde.

## 2.7 Kommunala företag

Kommunala företag, till exempel aktiebolag eller stiftelse, är ett alternativ till drift i förvaltningsform. Verksamheten är helt eller delvis skattefinansierad. Motiv för bolagisering kan bland annat vara att få effektivitetsvinster, att företagsformen främjar konkurrensneutralitet, att verksamhetens intäkter och kostnader tydligare separeras från annan verksamhet genom en juridiskt avskild och avgränsad redovisningsenhet samt att det kan vara ett led i en utförsäljningsstrategi.

## 2.8 Privatisering

Privatisering är ett begrepp som används för olika företeelser. Renodlad privatisering är när kommunen avyttrar ansvar och verksamhet till ett privatägt bolag eller till enskild person. En övergång till alternativa driftformer innebär med detta synsätt ingen privatisering.

När det gäller ansvaret för offentlig service inom den obligatoriska sektorn, vård och omsorg, skola och förskola, är privatisering av verksamheten inte möjlig så länge kommunen är skyldig att se till att uppgifterna utförs.

Privatisering i sin egentliga betydelse är möjlig endast ifråga om verksamheter inom den frivilliga sektorn, till exempel kultur - utom bibliotek, fritid, energi, bostadsförsörjning.



## 2.9 Gränsdragningsproblem – kommunal eller enskild verksamhet

Det är viktigt att kommunen gör klart vilken verksamhet som ska drivas – egen kommunal verksamhet med annan utförare än kommunen eller bidragsfinansierad verksamhet med enskild utförare. Om kommunen beslutar att låta enskild huvudman driva verksamheten med bidrag så ska den enskilde huvudmannen också ha det avgörande inflytandet över hur verksamheten utformas. I annat fall kan verksamheten ändå komma att betraktas som egen kommunal verksamhet med annan utförare.

Det kan vara svårt att avgöra om en verksamhet är kommunal eller enskild. Om det sammantaget föreligger ett uppdragsförhållande där kommunen kan sägas köpa tjänster med en sammanhållande funktion, är det en kommunal verksamhet i förhållande till de som använder utförarens tjänster.

Kommunala driftentreprenader inom kommunens kärnverksamhet och stöd- eller supporttjänster till sådan verksamhet är kommunal verksamhet med kommunen som huvudman. Detsamma gäller entreprenörer inom ramen för kundvalssystem med enskilda utförare, om kommunen och entreprenören avtalat om att entreprenören ska utföra tjänster åt kommunen mot ersättning.

Föreningar och kooperativ inom bidragsfinansierad enskild verksamhet och företag som driver enskilda institutioner är själva huvudmän för verksamheten och den är att betrakta som enskild verksamhet.

Ett av kriterierna vid bedömning av om en verksamhet är kommunal eller enskild är hur verksamheten finansieras. Om verksamheten uteslutande finansieras med skattemedel och om finansieringen och villkoren bestäms i ett avtal mellan parterna talar det för att det är kommunal verksamhet.

Kommunens styrning och kontroll av verksamheten är andra kriterier vid bedömningen hur verksamheten ska betraktas.



### 3 Utmaningsrätt i Kungsbacka

#### 3.1 Utmaning

I Kungsbacka kommun gäller utmaningsrätt, vilket innebär att den som vill överta driften av en kommunal verksamhet kan utmana kommunen med ett önskemål att en verksamhet ska upphandlas. En utmaning är inte någon rättsligt reglerad rätt, men alla berörda nämnder är skyldiga att pröva sådana framställningar. När en utmaning kommer in ska frågan om verksamheten ska upphandlas enligt utmaningen prövas. Om nämnden beslutar att anta utmaningen ska upphandling påbörjas enligt LOU.

All verksamhet får utmanas med undantag av myndighetsutövning, strategiska ledningsfunktioner, verksamhet som drivs enligt kundvalsmodellen, det som enligt lag eller förordning inte kan läggas ut på entreprenad och det som kommunen beslutat inte får konkurrensutsättas.

Följande gäller för utmaningar i Kungsbacka kommun. Det kan även användas som en checklista.

#### 3.2 Checklista vid utmaning

##### 3.2.1 Nämndens prövning

När en utmaning kommer in ska berörd nämnd snabbt pröva om utmaningen ska antas och leda till upphandling, om den ska avslås eller om någon annan åtgärd behöver göras. Utredningar enligt nedanstående checklista ska göras. Beroende på utfallet av dessa kan nämnden gå vidare med beslut.

##### **Av utmaningen ska framgå**

- vilken verksamhet i kommunen som utmanas
- om hela eller delar av verksamheten utmanas
- en beskrivning av utmanaren som är tillräcklig för att dennes trovärdighet ska kunna bedömas på samma sätt som sker enligt LOU:s så kallade seriositetsprövning.



**Utredningen ska besvara frågor om**

- Drift av befintlig verksamhet
- Plan för konkurrensprövning
- Seriositetsprövning enligt LOU
- Organisationsfrågor
- Verksamhetsdelar som inte omfattas av utmaningen
- Ekonomisk effekt för kommunen

**Drift av befintlig verksamhet**

Hur drivs befintlig verksamhet och är det möjligt att konkurrenspröva vid tidpunkten för utmaningen? Om den redan drivs på entreprenad eller intraprenad lämnas det beskedet till utmanaren med information om kvarvarande avtalstid och en bedömning av när arbetet med nästa upphandling kommer att påbörjas.

**Plan för konkurrensprövning**

Finns verksamheten som utmanas med i nämndens plan för konkurrensprövning? Om verksamheten finns med i planen lämnas det beskedet till utmanaren med en bedömning av när arbetet med upphandling kommer att påbörjas.

**Seriositetsprövning enligt LOU**

Nämnden ska göra en prövning av utmanaren, så kallad seriositetsprövning, som motsvarar den som sker vid upphandling. Service Upphandling har rutiner för hur det går till och gör den för den utmanande nämndens räkning. Om en utmanare inte klarar seriositetsprövningen ska utmaningen avslås.

**Organisationsfrågor**

Utredning och bedömning ska göras av om det krävs större omorganisationer eller om en konkurrensprövning får andra konsekvenser för kommunens organisation.





### **Verksamhetsdelar som inte omfattas av utmaningen**

Utredning och bedömning ska göras av effekter för mindre lönsamma verksamhetsdelar som inte omfattas av utmaningen.

### **Ekonomisk effekt för kommunen**

Den totala ekonomiska effekten av utmaningen ska utredas och bedömas för att säkerställa att utmaningen inte medför ökade kostnader för kommunen. Verksamhet som läggs ut på extern utförare innebär att särkostnaden för den verksamheten försvinner. Gemensamma kostnader blir kvar men med en mindre verksamhet att fördela dessa på.

#### **3.2.2 Nämndens beslut**

Beslut om konkurrensutsättning samt utmaningsärenden ska anmälas till kommunstyrelsen som informationsärende. Vid tveksamhet om konsekvenserna för kommunen totalt, överlämnar nämnden frågan till kommunstyrelsen för prövning.

Nämnden redovisar beslut om konkurrensutsättning samt utmaningsärenden i årsredovisningen.

#### **3.2.3 Utmaningen antas**

När utmaningen har antagits ska upphandling påbörjas så snart som möjligt med hänsyn till behovet av förberedelsestid.

## **4 Förberedelse för konkurrensprövning**

### **4.1 När konkurrensprövar vi**

Kommunal verksamhet är i ständig förändring och utveckling. Nämnderna bör i sin omvärldsbevakning uppmärksamma olika driftsformer för att uppnå vision och mål enligt policyn.

Konkurrensprövning kan påbörjas i nämnderna på olika sätt. Nämnderna bör planera för alternativa driftsformer samt ta ställning till de initiativ till alternativa driftsformer som kan uppkommer. Konkurrensprövning kan till exempel aktualiseras genom respektive nämnds konkurrensplan, genom en utmaning från näringslivet eller genom ett initiativ från personal.

#### 4.1.1 Plan för konkurrensprövning

Nämnderna ska gå igenom sina verksamheter och bedöma lämpligheten för olika driftsformer. Genomgången bör resultera i en plan över vilka verksamheter som kan konkurransprövas.

Konsekvenser som kan uppstå för kommunens övriga nämnder ska uppmärksammas och redovisas särskilt i planen. Beslut kan innebära att det uppstår omställningskostnader till exempel för utnyttjandet av kommunens egna eller inhyrda lokaler, städ- eller kostverksamhet och administrativ service. Omställningskostnaderna ska i första hand belasta den nämnd som beslutar om annan driftsform. Samråd mellan nämnderna är obligatoriskt innan beslut om annan driftsform sker. Praxis är att beställande nämnd, efter samråd med utförande nämnd, har att avgöra om konkurrensutsättning eller utmaning ska ske.

Nämnderna ska kontinuerligt pröva och ta ställning till i vilken form deras verksamhet ska bedrivas. Nämnderna bör dels planera för olika alternativa driftsformer, dels ta ställning till de initiativ till alternativa driftsformer som uppkommer i verksamheten.

Beslut om konkurrensutsättning ska, innan beslut fattas i nämnd, anmälas till kommunstyrelsen som informationsärende. Vid tveksamhet om konsekvenserna för kommunen totalt, överlämnar nämnden frågan till kommunstyrelsen för prövning.

Nämnden bör i sin genomgång och sitt beslut om plan göra samma överväganden som sker om en verksamhet utmanas (3.2), analysera marknaden (4.2), göra riskanalys (4.3), gå igenom vilken beställar- och uppföljningskompetens som krävs (4.5 och 6.1) samt överväga kvalitetsfrågor (4.6).

#### 4.1.2 Utmaning från näringslivet

Utmaningsrätt i Kungsbacka redovisas särskilt under tredje kapitlet. Kapitlet innehåller även en checklista vid utmaning.



#### 4.1.3 *Initiativ från personalen*

Anställda kan anmäla intresse att ta över och själv driva verksamhet som de utför som anställda. I andra kapitlet redovisas förutsättningar för så kallad avknoppning efter rubriken entreprenad.

Kommunen ska se positivt på personalens initiativ. Beslut om att personal får ta över viss verksamhet måste dock ske på samma villkor som när näringslivet tar över.

#### 4.2 Marknadsanalys vid förberedelse för konkurrensprövning

Inför en konkurrensprövning ska nämnden göra en marknadsanalys för att bedöma vilka möjliga aktörer som finns. Analysen har stora likheter med den som görs av Service Upphandling inför en upphandling och det är därför en fördel att använda Service Upphandling i analysarbetet. Syftet med marknadsanalysen i förberedelsefasen är att ge underlag till nämnden för beslutet om konkurrensprövning ska ske eller inte.

##### **Frågor som bör analyseras är följande**

- Finns endast få och stora aktörer, med risk för monopol eller oligopol?
- Kan den verksamhet som konkurreras ut delas upp eller på annat sätt utformas så att även mindre aktörer kan delta?
- Hur ser efterfrågan på marknaden ut för tillfället? Syftet med analysen är att utreda möjligheten till bra priser och att anpassa konkurrensutsättning till det, för att till exempel få längre avtal vid lågkonjunktur. Det ger möjlighet till förmånliga priser för kommunen samtidigt som det ger utförare uppdrag i kärva tider.

#### 4.3 Riskanalys vid förberedelse för konkurrensprövning

Inför en konkurrensprövning ska nämnden göra en riskanalys för att bedöma risk och konsekvenser av att en vald utförare inte klarar av sina åtaganden. Konkurrensutsättning får inte medföra att kommunen inte klarar av att uppfylla sina åtaganden särskilt inom områden där kommunen har lagstadgat ansvar.



En viktig fråga är hur nämnden kan garantera brukarna god kvalitet på tjänster som någon annan utför. Riskbedömningen är därför starkt kopplad till marknadsanalysen. Stabilitet och långsiktighet hos aktörerna på marknaden ska bedömas, särskilt inom de områden där kontinuitet är viktigt för brukarna till exempel inom omsorgerna.

Risken ska inte göras isolerat för det aktuella objektet utan nämnden måste informera sig om övriga nämnders verksamhet. Om konkurrensprövning av liknande verksamhet sker hos annan nämnd bör effekterna av det analyseras. Frågor om samordning och risk att tappa för mycket kompetens bör ingå

Service Upphandling kan och bör användas när analysen görs, inte bara när det gäller upphandling utan även när andra driftsformer är aktuella. Även Service Personal har en central roll när risken ska göras.

#### **Frågor som bör analyseras**

- Hur ser risken ut på personalsidan? Kommer ett stort antal av den berörda personalen att stanna kvar i kommunen med övertalighet som följd? Vilken risk är det att många återvänder när eventuell tjänstledighet går ut? Förlorar kommunen mycket kompetens? Kan kommunen ta tillbaka verksamheten?
- Hur ser risken ut för utföraren? Följer tillräckligt mycket personal med till utföraren för att denne på lång sikt ska kunna driva en verksamhet med bra kvalitet?
- Har nämnden och förvaltningen tillräckligt med kunskap när det gäller kvalitet och omfattning för att göra en bra beställning och teckna avtal?
- Vad händer med personalen som väljer att gå över? Kommer de att få goda arbetsförhållanden och därmed göra en bra insats?
- Finns risk för att samordningen mellan nämnderna försvinner när det kommer andra aktörer?
- Är de aktörer som finns på marknaden stabila och långsiktiga?



#### 4.4 Personalfrågor som ska beaktas vid förberedelse för konkurrensprövning

Ett antal viktiga frågor måste hanteras som informations- och förhandlingsskyldighet, vem som är arbetstagare, så kallad verksamhetsövergång och anställningsskyddet samt omställningskostnader.

##### 4.4.1 Informations- och förhandlingsskyldighet

Beslut om att viss verksamhet ska konkurransprövas oavsett om det är upphandling, föreningsdrift, övergång till ett kommunalt företag etc, är en verksamhetsförändring som faller under arbetsgivarens primära förhandlingsskyldighet enligt 11 § medbestämmandelagen (MBL).

Innan beslut fattas om att anlita någon som entreprenör som inte är anställd hos kommunen har arbetsgivaren vidare en särskild form av primär förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL.

Vid verksamhetsövergångar bör så kallade övergångsförhandlingar äga rum. En övergångsförhandling är en förhandling mellan den fackliga organisationen och den tillträdande entreprenören om den praktiska hanteringen av de arbetstagare som går över från kommunen till entreprenören. Ofta är det av värde om kommunen på något sätt deltar i övergångsförhandlingarna. Sådana trepartsförhandlingar kan även påverka kommunens möjligheter att lösa den egna övertaligheten.

Det är viktigt att ta fram en plan för information med tidsangivelser. Även om beslutet att konkurranspröva verksamheten är politiskt är det viktigt att ge personal, fack och brukare rejält med tid för diskussion och information.

##### 4.4.2 Vem är arbetstagare

Frågan om vem anses som arbetstagare hos kommunen har stor betydelse både när arbetstagare hos kommunen startar eget och när entreprenörer anlitas. Om någon anses som arbetstagare faller denne inom den arbetsrättsliga lagstiftningens tillämpningsområde med medföljande rättigheter för arbetstagaren och motsvarande – i vissa fall – långtgående skyldigheter för arbetsgivaren.



Frågan om vem som ska anses som arbetstagare är av tvingande natur. Det innebär att det inte går att med rättsligt bindande verkan träffa avtal om att ett visst avtal (rättsförhållande) alltid ska vara entreprenad och entreprenören vara uppdragstagare och inte arbetstagare.

Syftet med dessa regler är bland annat att personer som är arbetstagare inte genom juridiska konstruktioner ska ges en svagare ställning när det gäller trygghet än om de vore anställda. Vid en rättslig prövning om ett visst avtalsförhållande ska ses som en anställning eller inte, görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

Nämnden ska i konkurrensprövningen se till att reglera villkoren för entreprenören så att rättigheter och skyldigheter fördelas mellan två jämbördiga avtalsparter och att klart och tydligt ange att kommunen betraktar entreprenören som arbetsgivare med ansvar för arbetstider, verksamhetens exakta innehåll, sättet för genomförande av arbetsuppgifterna mm.

#### **4.4.3 Verksamhetsövergång och anställningsskydd**

När en konkurrensprövning sker och det blir en verksamhetsövergång, så övergår anställningsavtalen automatiskt till den nye utföraren enligt 6 b § lagen om anställningsskydd (LAS). En anställd kan motsätta sig att följa med till en ny arbetsgivare och då använda sin rätt att stanna kvar hos kommunen. Om en arbetstagare väljer att stanna kvar hos kommunen kan följden bli att arbetsbrist uppstår. Det får då lösas enligt gällande arbetsrättsliga regler.

För att reglerna i 6 b § LAS ska vara tillämpliga ska identitet föreligga mellan den verksamhet som överlåtaren bedrev och den verksamhet som förvärvaren övertagit och bedriver.

EG-domstolen har ställt upp följande kriterier för bedömning av om identitet föreligger:



- Arten av företag eller verksamhet
- Om företagets materiella tillgångar som byggnader och lösöre har övertagits eller inte.
- Värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsepunkten.
- Om majoriteten av de anställda har övertagits eller inte.
- Om kunderna har övertagits eller inte.
- Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
- I förekommande fall den tidsperiod som verksamheten legat nere.

Omständigheterna ska inte ses isolerade, utan en samlad bedömning ska göras av alla förhållanden kring övergången. Det ska vara en stabilt organiserad ekonomisk enhet som går över till ny arbetsgivare. En ekonomisk enhet är således inte enbart den verksamhet som bedrivs. Identiteten följer även av andra omständigheter som dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftmetoder och, i förekommande fall, det driftkapital som enheten förfogar över. Enbart den omständigheten att arbetsuppgiften gått över till ny utförare innebär inte att det är fråga om övergång av verksamhet.

Reglerna om verksamhetsövergångar kan i vissa fall ge upphov till osäkerhet om det ekonomiska och kvalitativa utfallet av en planerad upphandling av driften. Om alltför många väljer att inte gå över till ny arbetsgivare kan det leda till höga avvecklingskostnader för kommunen.

Osäkerheten bör kunna begränsas om kommunen ser till att samverka med personal och fack på ett sådant sätt att de får möjlighet att delta i och påverka villkoren i samband med beslut om att konkurrensutsätta verksamheten. Ett exempel är möjligheten att bevilja tjänstledighet för arbete hos privat övertagare enligt samma regler som för att pröva annat arbete i 6 månader eller, om särskilda skäl föreligger, i högst 1 år.

En särskild fråga är när upphandlingar sker i en andra omgång efter att den första avtalstiden gått ut. Anställda riskerar vid sådana tillfällen att inte bli



erbjudna fortsatt anställning om inte identitet föreligger mellan den första och andra utförarens verksamhet.

Det är möjligt att under vissa förutsättningar kräva i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna ska vara beredda att överta berörd personal, oavsett om verksamhetsidentitet föreligger eller inte. Förutsättningen är att villkoret inte strider mot upphandlingsregler. Det bör därför endast användas om kommunen anser att personalkontinuiteten är av särskild vikt. Så kan vara fallet när verksamheten berör vård- och omsorgstagare. Kommunen måste i varje särskilt fall kunna motivera behovet av personalkontinuitet. Varje nämnd måste bedöma om risk för övertalighet finns och planera för detta.

I samband med beslut om att konkurrensutsätta viss verksamhet kan nämnden besluta om tjänstledigheter ska beviljas. Om nämnden beslutar att så ska ske får tjänstledigheter beviljas enligt samma regler som för att pröva annat arbete i 6 månader eller, om särskilda skäl föreligger, i högst 1 år.

#### *4.4.4 Omställningskostnader*

Om en verksamhet övergår från kommunal drift till entreprenad kan omställningskostnader för personal uppstå hos kommunen. Det gäller framför allt om anställda begär att få stanna kvar i kommunen och det inte omedelbart finns lediga arbeten som räcker. Även i de fallen att anställda följer med till entreprenören och sedan blir uppsagda på grund av arbetsbrist inom fem år från övergången kan kommunen få kostnader för avgångsersättning eller andra insatser (enligt AGF-KL, avgångsförmåner för kommuner och landsting).

I det enskilda fallet är kostnaderna nästan omöjliga att uppskatta i förväg. Nämnden ska vid bedömningen av vilken verksamhet som ska konkurrensutsättas väga in riskerna för omställningskostnader. Kommunens omställningskostnader för personal får bekostas ur respektive nämnders anslag. Vid upphandling får de dock inte tas med i jämförelsen mellan olika alternativ i upphandlingen.

#### **4.5 Beställarkompetens vid förberedelse för konkurrensprövning**

Konkurrensprövning förutsätter en utvecklad beställarkompetens i kommunen. Utbildning krävs för de som är beställare inom förvaltningarna och nämnderna.





Beställarkompetensen hör ihop med de kvalitetskrav som måste finnas på den verksamhet som konkurrensprövas.

I förberedelsen för konkurrensprövning ska ingå genomgång av om beställarkompetens finns inom verksamhetens område och, om så inte är fallet, de som är beställare utbildas.

Nämnden bör redan vid denna kontroll överväga och förbereda förvaltningens organisation för genomförande av konkurrensprövning. Det är särskilt viktigt vid upphandling av driftentreprenad där nämnden beslutar att egenregianbud ska läggas. Förvaltningschef kan inte ansvara för både egenregianbud och utarbetande av anbudsunderlag och särskilt beslut om organisationen krävs.

Nämnden ska utse den tjänsteman inom förvaltningen som ansvarar för konkurrensprövningen eller som ansvarar för genomförandet av upphandlingen. Den utsedda tjänstemannen ansvarar för att den kompetens som krävs i form av kunskap om verksamheten tillförs och att Service Upphandling, Service Personal m fl blir involverade. Tjänstemannens uppdrag innefattar inte enbart konkurrensprövningen/upphandlingen utan även övergång till den alternativa driftsformen och uppföljningen. Tjänstemannen måste ha beställarkompetens och uppföljningskompetens.

Utbildning krävs i allmän juridik, upphandlingsjuridik, kommersiella frågor, ekonomi samt i frågor som är nämndsspecifika.

#### *4.5.1 Allmän juridisk kompetens*

Aktuell lagstiftning som bör ingå i utbildning är

- Förvaltningslagen
- Tryckfrihetsförordningen och offentlighets- och sekretesslagen
- Delegering enligt kommunallagen och delegeringsförteckningar för respektive nämnd
- Avtalslagen
- Köplagen



- Speciallagstiftning

Exempel på frågor som bör behandlas är vem som har rätt att förhandla, träffa avtal, göra beställningar, justera beställningar under pågående avtalstid, säga upp avtal etc.

#### *4.5.2 Upphandlingsjuridisk kompetens*

Utbildning bör innefatta att ge en övergripande information om regelverket i LOU samt vilka krav som får och inte får ställas i upphandling. De berörda ska få en övergripande insyn och förståelse för de regelverk som måste följas när kommunen beställer en tjänst.

#### *4.5.3 Allmän affärsmässig kompetens*

Beställarna bör få kunskap om hur de på ett affärsmässigt sätt ska förhålla sig till leverantörerna. Det innefattar

- vikten av ett korrekt förhållningssätt mot alla parter – trovärdighet som kund
- vikten av dokumenterade beställningar
- vikten av dokumenterade ordererkännande
- vikten av dokumenterade reklamationer
- hur ska utebliven leverans hanteras
- eventuell avbeställning
- eventuella vite och andra medel
- eventuell hävning av avtal
- hur hantera leverantör som lovar och inget händer
- vikten av god kännedom av avtalens innehåll både avseende varor/tjänster och villkor
- vikten av att inte gå med på avsteg från villkoren
- vikten av att inte ta till sig problem som leverantören försöker skjuta över eller komma ifrån



- god kännedom om aktuell marknad, till exempel likvärdiga produkter på marknaden.
- konsten att hantera uppkomna kärva situationer utan att själv tappa fattningen

#### 4.5.4 Ekonomi

Beställare bör ha kunskap om kommunens ekonomisystem och övriga system för uppföljning i kommunen. Mervärdesskattefrågor och hur de påverkar verksamheten bör ingå i utbildning.

#### 4.5.5 Nämndspecifik kompetens

Beställare bör ha god kunskap om vad som ska tillhandahållas i form av volym, kvalitet etc. Det gäller dessutom att vara tydlig, så att både beställare och leverantör har samma utgångspunkt. Vid otydlighet finns risk att leverantören får sälja mer och ut- över vad avtalet säger. Utbildningen får här anpassas till varje beställande enhets behov.

#### 4.6 Kvalitetsfrågor vid förberedelse för konkurrensprövning

Alternativa driftformer får inte medföra att kvaliteten i kommunens verksamheter äventyras. Mätbara kvalitetskrav ska ställas i samband med förberedelse till konkurrensprövning.

Nämnden ska utifrån kvalitetsfaktorerna kräva beskrivning av hur kvaliteten ska säkerställas på de tjänster som erbjuds oavsett om det är ett privat företag eller en kommunal utförare. Det är viktigt att kommunens egen verksamhet utsätts för samma kvalitetskrav och kontroll som externa utförare.

Det är viktigt att nämnderna formulerar kvalitetskraven i form av mål och inte arbetsmetoder. Kvalitetskraven ska formuleras i mätbara termer för att en saklig uppföljning och utvärdering ska kunna ske.

#### 4.7 Informationsfrågor vid förberedelse för konkurrensprövning

Nämnden ansvarar enligt konkurrenspolicyen för att informationskravet beaktas. I förberedelserna ingår en plan för information som omfattar information om beslutet att konkurrensutsätta en viss verksamhet, om förfarandet och



tidpunkten för konkurrensutsättningen samt inför genomförandet av den alternativa driften.

#### 4.8 Checklista vid förberedelse för konkurrensprövning

##### **Nämnden beslutar**

- Plan för konkurrensprövning
- Andra initiativ för prövning
- Egenregi
- Organisation inför konkurrensprövning

##### **Förvaltningen ansvarar för**

- Förhandling MBL
- Information till brukare, anställda och fackliga organisationer
- Samverkan med andra nämnder som berörs
- Marknadsanalys
- Riskanalys
- Personalfrågor
- Kvalitetskrav
- Utbildningsfrågor
- Kompetens om upphandling
- Att Service Upphandling ingår i arbetet

## **5 Genomförande av konkurrensutsättning**

### 5.1 Allmänt

Genomförande av konkurrensutsättning sker ofta genom upphandling, vilket är relativt strikt reglerat i lag. Även andra former av övergång till alternativ drift sker genom upphandlingsliknande förfarande. Det kan vara förmånligt för kommunen att, även när upphandling enligt lag inte krävs, använda sig av ett



upphandlingsliknande förfarande. Detta kapitel kommer därför att använda sig av uttrycket upphandling. Kommunfullmäktige antog 2009-10-13 en policy för upphandling (§ 164).

Kommunens gemensamma upphandlingsresurs är Service Upphandling. Samordning av upphandling ska se så långt som möjligt, det vill säga att samma verksamheter i olika förvaltningar ska upphandlas samtidigt. Det innebär mindre administration samtidigt som privata entreprenörer upplever kommunen som en seriös upphandlare.

Om flera nämnder berörs ansvarar respektive nämnd för sin kravspecifikation.

All upphandling omfattas av absolut sekretess från det att anbudsfrågan går ut till dess ärendet är avslutat, när tilldelningsbeslut fattas eller upphandlingsförfarandet avbryts.

Absolut sekretess gäller även gentemot de som utarbetar egenregianbud. Det innebär att förvaltningschefen som ansvarar för egenregianbud inte kan medverka i upphandlingsförfarandet.

Inför nämndens beslut att konkurrensutsätta en verksamhet har förberedelser och utredning skett som underlag för beslutet enligt tidigare avsnitt, ”Förberedelse för prövning av konkurrens”. Nämndens ställningstagande beträffande de olika frågeställningarna ska vara underlag för konkurrensutsättningen särskilt när det gäller syftet och målet med verksamheten. Uppföljning och utvärdering ska kunna ske. För att uppföljning ska kunna ske ska mätbara mål i kvalitetskraven formuleras. Nämnden bör också ta ställning till hur och när uppföljning ska redovisas under avtalsperioden. Det är viktigt att uppföljningen före och efter upphandlingen är jämförbar så att utvärdering av intern eller extern utförare är möjlig. Dessutom ska nämnden ta ställning till hur insyn kan garanteras om en privat entreprenör vinner anbudstävlan.

Det är viktigt att ovanstående noggrant övervägs och formuleras samt återspeglas i förfrågningsunderlag och det avtal som träffas på grundval av förfrågningsunderlag och antaget anbud. Kommunens möjligheter att kräva rättelse och andra påföljder vid bristande uppfyllelse av till exempel avtalets



kvalitetskrav är beroende av hur väl genomarbetade och formulerade målen och uppföljningsmetoderna är. 24 Konkurrensprövning i Kungsbacka Kungsbacka kommun

## 5.2 Checklista för genomförande av konkurrensutsättning

### 5.2.1 Organisation

- Utsedd tjänsteman ska sätta samman en organisation med ändamålsenlig kompetens för att ta fram en kravspecifikation.
- I organisationen kan behövas allmän juridisk kompetens, upphandlingsjuridisk kompetens, allmän kommersiell kompetens, ekonomisk kompetens samt god kunskap om verksamheten.
- Om kompetens saknas inom kommunen, kan konsult hjälp köpas.
- I konkurrensutsättningen måste även frågor om övergång och uppföljning finnas med i planen. Projektorganisationen ska ha ändamålsenlig kompetens för att kunna planera övergången till ny utförare och för uppföljningen.

### 5.2.2 Diskussionspunkter för organisationen

- Ansvarsfördelning mellan nämnd, förvaltning och Service Upphandling.
- Tidsplan
- Informationsplan
- Marknadsanalys och Riskanalys - Service Upphandling har rutiner och verktyg för analyser vid genomförande av upphandlingen. I riskanalysen bör även ingå övervägande om övergången till ny utförare.
- Verksamhetens innehåll, omfattning och kvalitet.
- Personal
  - Behovet av personalkontinuitet
  - Registerkontroll av personal



- Innehåll i kravspecifikationen
- Utvärderingskriterier enligt lagen om offentlig upphandling
- Kommunens insyn i verksamheten efter upphandling, hur kommer det att se ut
- Utvärdering/uppföljning och hur det ska gå till
- Avtalstider
- Beslutsgång
- Miljöaspekter
- Tillstånd och anmälningar till myndigheter
- Ekonomi
  - Avvecklingskostnader
  - Betalning av avgifter
  - Hyreskostnader
- Lokaler
  - Moms vid andrahandsuthyrning,
  - Godkännande till andrahandsuthyrning från hyresvärd. Godkännande ska finnas innan förfrågningsunderlaget skickas ut.
  - Besittningsskydd ska avtalas bort för att inte hindra nästa konkurrensutsättning.
  - Inventarier - hyra, ägande, återanskaffningsskyldighet
- Regler för sekretess inom verksamheten.
- Plan för övergång av verksamheten till alternativ drift. Ny utförare beskriver av hur verksamhetsövergång ska ske.



### 5.2.3 Faktaunderlag som behövs för genomförande

- Verksamhetsbeskrivning
- Beskrivning av befintlig personal – antal, kompetens, arbetstid, lönekostnader med mera
- Kartor respektive ritningar på ingående objekt
- Uppgifter om lokaler, inventarier och hyreskostnader
- Uppgift om avgifter som fastställts av kommunfullmäktige
- Lagar och regler som styr verksamheten

### 5.2.4 Genomförande

- Utarbeta kravspecifikation - Utsedd tjänsteman och organisation i samarbete med Service Upphandling.
- Information om innehåll - Information i förvaltningens samverkansgrupp om omfattning och inriktning av innehållet i kravspecifikationen. Om handlingar i ärendet skickas ut i förväg ska de sekretessbeläggas.
- Godkännande av kravspecifikation - Kravspecifikationen ska godkännas innan upphandling påbörjas. Nämnden fattar beslut om hela nämnden ska godkänna kravspecifikationen eller om det räcker med nämndens presidium. Handlingarna är sekretessbelagda.
- Upphandlingsförfarandet inleds - Service Upphandling ansvarar för den formella hanteringen av upphandlingen.
- Utvärdering av anbuden - Utsedd organisation och Service Upphandling i samarbete. Det bud som bäst uppfyller utvärderingskriterierna som beskrivits i upphandlingsunderlaget ska antas.
- I utvärderingen ingår
  - Granskning för att se om de formella kraven uppfylls.
  - Nollställning av anbuden.





- Bedömning av anbuderna ur verksamhetssynpunkt avseende innehåll, kvalitet och miljökrav samt anbudsgivarens finansiella styrka och företagarkompetens.
- Granskning av egenregianbud genom genomförda uppföljningar och utvärderingar.
- Beslutsförslag - Beslutsförslag skrivs av utsedd ansvarig tjänsteman tillsammans med Service Upphandling. Handlingar som skickas ut till nämnd ska vara belagda med sekretess. Förvaltningschef som representerar verksamhet i egenregi kan inte delta i beredningen och nämndens beslut. Nämnden kan delegera beslut om val av leverantör till presidiet. Om egenregianbudet antas, avbryts upphandlingsförfarandet. Externa anbudsgivare ska då informeras.
- Beslut i nämnden - Innan beslut fattas i nämnd om att anlita någon som entreprenör som inte är anställd hos kommunen har arbetsgivaren vidare en särskild form av primär förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL.
- Upphandlingen avslutas - Service Upphandling avslutar upphandlingen efter nämndens beslut. Service Upphandling ansvarar även för att informera anbudsgivare som förlorar i anbudsgivningen. Upphandlingsarbetet avslutas med en avtalsgenomgång – Service Upphandling står för information om avtalet.
- Verksamhetsövergång - Arbete med förberedelse av verksamhetsövergång ska påbörjas i god tid före avtalsstart. Inför verksamhetsövergång ska utsedd ansvarig tjänsteman och förvaltningschef verka för att berörda fackliga organisationer och tillträdande entreprenör förhandlar om den praktiska hanteringen av de arbetstagare vars anställningsavtal övergår till entreprenören, så kallad övergångsförhandling. Det är ofta till fördel om kommunen deltar i förhandlingen.



## 6 Uppföljning

### 6.1 Uppföljningskompetens

Liksom när det gäller beställarkompetens förutsätter konkurrensutsättning en utvecklad uppföljningskompetens i kommunen. Utbildning krävs för dem som ska följa upp konkurrensutsättning inom förvaltningarna och nämnderna. Uppföljningen hänger nära samman med beställningen. Beställarkompetensen bör ligga till grund även för uppföljningskompetensen. Det som bör tillföras är en fördjupning av kompetensen i avtalstolkning.

Utbildning bör inriktas på hur avvikelser hanteras. Hantering av kreditfakturor, anmärkning mot fakturor, avräkningar samt betalning av ostridigt belopp bör ingå.

Uppföljning har i likhet med revision en granskande funktion. Syftet är bland annat att upptäcka avvikelser från avtal eller hur kvaliteten mäts utifrån avtal och beställningar. För att kunna fullgöra uppföljningsuppdraget krävs kunskap om kommunens ekonomisystem och övriga system för uppföljning. Mervärdesskattefrågor och hur de på- verkar verksamheten bör ingå i kompetensen.

### 6.2 Checklista för uppföljning

- Övergång mellan utförare - Utsedd ansvarig tjänsteman ansvarar för arbetet med övergång. Nämnden ska följa upp och utvärdera övergången.
- Den alternativa driften ska följas upp och utvärderas utifrån kraven i anbudsunderlaget. Om verksamheten inte utvecklas på ett sätt som överensstämmer med upphandlingen och övriga förutsättningar ska åtgärder omedelbart vidtas.



## 7 Särskilt om egenregianbud

Nämnden ska besluta om egenregianbud ska lämnas. I samband med beslutet utses förvaltningschef eller annan tjänsteman som ansvarig för egenregianbudet.

Ett egenregianbud som medför förändringar enligt 11 § MBL, ska förankras under sekretess i förvaltningens samverkansgrupp innan anbudet avges. Detta är förvaltningschefens ansvar.

Egenregianbud innebär att kommunens egen verksamhet konkurrerar med externa anbudsgivare om uppdraget.

För att utforma ett anbud krävs att man får tillgång till och kan samla in all den information som är nödvändig.

Privata entreprenörer har ofta större vana vid anbudsskrivning och kan därför lättare tolka kravnivån i förfrågningsunderlaget. För att kommunen ska kunna konkurrera med privata anbudsgivare är det viktigt att utnyttja den interna kompetensen inom kalkylering, konkurrentanalys, marknadsföring och beställarkompetens.

### 7.1 Konkurrensneutralitet och rollfördelning

Kommunens dubbla roller som beställare och utförare kan leda till intressekonflikt vid anbudsvärdering och vid val mellan kommunala egenregianbud och privata anbud. Samma person får därför inte delta både vid utarbetandet av förfrågningsunderlaget och vid förvaltningens egenregianbud.

Under anbudsförfarandet är det viktigt att det görs en tydlig åtskillnad mellan de olika rollerna. Det ska råda fullständig sekretess mellan anbudsgivare och beställare under anbudstiden.

### 7.2 Om ett egenregianbud antas

Ett antaget egenregianbud ska hanteras på samma sätt som ett externt anbud. Detta innebär att kommunen ska upprätta en intern överenskommelse där tid, prestationer, kvalitet, priser, betalningar, uppföljning och rapportering regleras på exakt samma sätt som skulle ha skett i ett avtal med en extern utförare. Den verksamhet som får en sådan överenskommelse bör undantas från



besparingsåtgärder och andra förändringar som inte framgår av överenskommelsen. Det betyder att i budgetarbetet bör en intraprenadöverenskommelse behandlas på samma sätt som det vore ett entreprenadavtal med en extern part.

### 7.3 Att göra en kalkyl

Ett egenregianbud måste omfatta alla kostnader för att driva en verksamhet. Vissa kostnader är direkta och kan enkelt härledas medan andra är indirekta och kan vara svåra att kalkylera. Kostnader för central administration och lokaler är exempel på indirekta kostnader.

Sveriges kommuner och landsting har gett ut häftet ”Självkostnadskalkylering vid konkurrensprövning och införande av valfrihetssystem” (2009), vilket bör användas som vägledning för att göra en kalkyl.

Den eller de som skriver förvaltningens anbud kan inte lämna ett eget anbud, själv eller genom annan juridisk person. Den eller de som lämnar förvaltningens anbud bör göra berörda medarbetare delaktiga i anbudsprocessen. Det är viktigt att notera och uppmärksamma att så länge anbudet inte är färdigställt är det ett internt arbetsmaterial och inte en allmän handling. Personal som är intresserade av att lämna ett eget anbud får inte vara delaktiga i förvaltningens anbudsprocess.

---

**Beslutad av:** Kommunfullmäktige i protokoll KF § 8/11

**Ansvarig förvaltning:** Kommunstyrelsens förvaltning

**Kontakt:** Kungsbacka direkt 0300-83 40 00, [info@kungsbacka.se](mailto:info@kungsbacka.se)

