

Näringsdepartementet
Marknad och konkurrens
SE-103 13 STOCKHOLM

Stockholm, den 24 augusti 2009

SKRIFTLIGT YTTRANDE FRÅN STOCKHOLMS STAD

MED ANLEDNING AV EUROPEISKA KOMMISSIONENS ÄRENDE CP 248/08 M.FL.
ÖVERGÅNG AV KOMMUNAL HEMTJÄNSTVERKSAMHET TILL PRIVAT REGI

Klagande:

Anonym

Påstådd stödgivare:

Stockholms kommun (nedan kallad Stockholms stad)
med delgivningsadress Stadsledningskontoret, Juridiska
avdelningen, SE-105 35 STOCKHOLM

Biträdd av advokat Ulf Öberg och advokat Ida Otken Eriksson
(medlem av det danska advokatsamfundet, registrerad vid Sveriges
advokatsamfund)

Advokatfirman Öberg & Associés AB
Box 2098, 103 13 Stockholm
Tel 08-545 12 550
Fax 08-545 12 559

Saken:

Påstått olagligt statsstöd i samband med övergång av Johannes
hemtjänst och Södermalms hemtjänst till Johannes Hemtjänst AB
(556736-5225) och Södermalms Hemtjänst AB (556746-3251).

I – INLEDNING OCH STOCKHOLMS STADS INSTÄLLNING TILL KLAGOMÅLET

1. Europeiska kommissionen har i skrivelse den 10 juni 2009 ställd till Sveriges ständiga representation vid Europeiska unionen (dnr. COMP F3/HS/fz D(2009)103) uppgivit att den mottagit ett antal klagomål gällande möjligt olagligt statsstöd i samband med övergång av offentlig verksamhet till personalen, och uppmanat behöriga svenska myndigheter att kommentera påståendena i de bifogade klagomålen inom 20 dagar.
2. Genom e-post av den 17 juni 2009 har Näringsdepartementet berett Stockholms stad tillfälle att yttra sig över klagomålen, i den utsträckning de berör staden (övergång av Johannes hemtjänst och Södermalms hemtjänst till Johannes Hemtjänst AB och Södermalms Hemtjänst AB).
3. Med anledning av mellanliggande semestrar och för att få möjlighet att bereda frågorna i vederbörlig ordning anhöll rättschefen vid Näringsdepartementet Dan Sandberg genom skrivelse 2009-08-18 (dnr N2009/5422/MK) om en förlängning av den angivna svarsfristen till torsdagen den 1 oktober 2009.
4. Stockholms stads inställning till de framförda klagomålen (bilaga 1-2), är att de övergångar som klagomålen rör inte utgör statsstöd i den mening som avses i artikel 87 EG, och någon anmälningsplikt enligt artikel 88.3 EG således inte föreligger.
5. Stockholms stad hemställer därför att Europeiska kommissionen avskriver klagomålet och beslutar att inte inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget avseende den påstådda stödåtgärden.
6. Stockholms stad vill därutöver framföra följande.

II – BAKGRUND

Lagregleringen av den kommunala hemtjänsten

7. Kommunernas ansvar för vård och omsorg om äldre och stödinsatser för personer med funktionsnedsättning regleras i socialtjänstlagen (2001:453, SoL), hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, HSL) samt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Hemtjänstinsatser, inte bara till äldre utan också till personer som är yngre än 65 år med funktionsnedsättning, beviljas med stöd av SoL.
8. Enligt SoL har kommunen det yttersta ansvaret för att de som vistas i kommunen får det stöd och den hjälp som de behöver.
9. Hemtjänst utgår som bistånd enligt socialtjänstlagen. Den som inte själv kan tillgodose sina behov eller kan få dem tillgodosedda på annat sätt har således rätt till bistånd av socialnämnden för sin försörjning och för sin livsföring i övrigt. Den enskilde skall genom biståndet tillförsäkras en skälig levnadsnivå. Biståndet skall utformas så att det stärker hans eller hennes möjligheter att leva ett självständigt liv. Kommunen har även befogenhet att ge bistånd utöver detta om det finns skäl till det.
10. De insatser som regleras i lagen och som i första hand är aktuella när det gäller de äldre är:
 - hemtjänst, dvs. biståndsbeslutad personlig omvårdnad och service som ska underlätta för den enskilde att bo hemma,
 - permanent boende och korttidsboende i särskilda boendeformer med service och omvårdnad, samt
 - dagverksamhet, dvs. individuellt beslutad verksamhet under dagtid som syftar till att underlätta för den enskilde att bo hemma.

Ö&A

11. Hemtjänsten omfattar såväl servicetjänster (städning, tvätt, inköp, matlagning m.m.) som omvårdnadstjänster (hjälp med personlig hygien, dusch, på- och avklädning, hjälp vid måltider, tillsyn m.m.). Verksamheten omfattar också ledsagning, avlösning av anhörig och trygghetslarm.
12. Den 1 oktober 2006 var det i Sverige nära 239 000 personer, 65 år och äldre (ca 15 procent av åldersgruppen), som bodde permanent i särskilda boendeformer eller som var beviljade hemtjänst i ordinärt boende. Av dessa var drygt 140 300 beviljade hemtjänst och ca 98 600 personer bodde i särskilt boende. Utvecklingen går mot färre personer med särskilt boende och fler personer med hemtjänst. Cirka 80 procent av dem som i dag är beviljade särskilt boende är 80 år eller äldre.
13. Stockholms stads kostnader för hemtjänst var år 2008 cirka 1,3 miljarder kronor per år. I oktober 2008 hade 16 908 personer över 65 år hemtjänst i Stockholm, 2 191 var under 65 år. Privata utförare svarade i december 2005 för 50 % av ärendena och kommunens egen regi för 50 %. De privata utförarnas andel av ärendena varierade kraftigt mellan stadsdelarna.

Stockholms stads policy för upphandling och konkurrensutsättning

14. Enligt Stockholms stads anvisningar 2008-06-24 till policys för upphandling och konkurrensutsättning (bilaga 3) skall stadens upphandlingar genomföras affärsmässigt och med utgångspunkt i grundprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.
15. Stockholms stad skall enligt samma policy verka för att vårda, utveckla och bibehålla konkurrensen på marknaden. Stadens nämnder skall också i sitt arbete med konkurrens och valfrihet beakta mindre företags möjligheter att delta i stadens upphandlingar.

Ö&A

16. Enligt policyn för konkurrensutsättning har vem som helst – medarbetare, enskilda eller företag – rätt att kräva att viss verksamhet skall upphandlas. En s.k. utmaning kan också avse att en viss verksamhet skall försäljas. Nämnderna är skyldiga att seriöst pröva en utmaning.
17. Om en verksamhet, del av verksamheter, eller flera av stadens verksamheter utmanas, skall staden ta tillvara det intresse som visas och den möjlighet som det kan ge att utveckla kvalitet och effektivitet, en ny marknad eller att stärka en redan befintlig sådan.

Införande av en kundvalsmodell och 2006 års upphandling av hemtjänst i Stockholms stad

18. Kommunfullmäktige i Stockholms stad beslutade den 18 juni 2001 att införa en kundvalsmodell för delar av äldreomsorgen och omsorgen av funktionshindrade. De verksamheter som skulle omfattas av kundval var enligt beslutet bl.a. hemtjänst. Systemet innebär att den enskilde som beviljats hemtjänst, själv väljer vilken utförare som ska utföra tjänsten i det egna hemmet.
19. För samtliga privata utförare krävs deltagande i upphandling för att kunna bli en av de utförare som den enskilde kan välja. De utförare som staden träffar ramavtal med konkurrerar med utförare i kommunal regi och andra privata utförare som staden tecknat ramavtal med. Stadens egna enheter deltar inte i upphandling utan är direktkvalificerade.
20. Sedan den första upphandlingen genomfördes för 2002 har flera kompletterande upphandlingar gjorts. Den sista december år 2006 löpte samtliga avtal ut och kommunfullmäktige beslutade att en ny totalupphandling skulle genomföras av hemtjänst samt ledsagning och avlösning inför perioden 2007-01-01 – 2008-03-31. Parterna hade därefter möjlighet att förlänga avtalet med ett plus ett år om skriftlig överenskommelse har träffats senast tre månader före avtalstidens utgång.

Ö&A

21. Under anbudstiden inkom 63 anbudsgivare med anbud varav 35 anbud gällde alla förekommande insatser inom hemtjänsten, 5 anbud gällde enbart städning samt 23 anbud gällde både alla förekommande insatser inom hemtjänsten och enbart städning.
22. Av de 55 anbudsgivarna som uppfyllde skall-kraven i förfrågningsunderlaget valde staden att teckna ramavtal med 54 anbudsgivare. Dessa anbudsgivare redovisas i underbilaga 4 till bilaga 4.

Stockholms stads policy för s.k. avknoppningar

23. Av Stockholms stads budget för år 2008 framgick att utökade valmöjligheter skulle införas med prioritet inom bl.a. äldreomsorgen. Vidare framgick att staden skulle stimulera tillkomsten av fler alternativ och uppmuntra anställda som önskade ta över verksamhet.
24. Enligt Stockholms stads tillämpningsanvisningar 2008-06-30 avseende s.k. avknoppningar (bilaga 5) skall staden uppmuntra anställda som önskar knoppa av verksamhet. Dessa anvisningar gäller generellt vid avknoppning.
25. S.k. avknoppning definieras som när drift av stadens verksamhet övergår från staden till företag där anställd i staden ingår som ägare.
26. Avknoppning inom stadens verksamheter kan enligt stadens policy komma till stånd på i princip tre sätt:
 - Förhandling äger rum angående villkoren för övertagande av lokaler, inventarier m.m., inom vissa av de verksamheter som finansieras med s.k. ”peng” (se nedan i punkterna 27-28 angående det pengfinansierade systemet), d.v.s. främst förskola.

Ö&A

- Anställd/anställda lämnar ett s.k. avknopningsanbud som vinner vid upphandling i konkurrens. Detta gäller i princip inom all verksamhet som inte är ”pengfinansierad”, men även ”pengfinansierad” hemtjänst, ledsagning och avlösning. För att delta som utförare i den ”pengfinansierade” hemtjänsten, ledsagning och avlösning måste de som önskar avknoppa verksamhet delta i en av de återkommande upphandlingar som staden genomför på området.
- Övertagande genom att anställd/anställda köper verksamheten av staden. Detta kan vara ett alternativ främst i det fall staden inte längre avser att bedriva/finansiera verksamheten. Detta alternativ är endast möjligt när det inte är obligatoriskt för kommunen att bedriva verksamheten.

27. Det pengfinansierade systemet innebär att den enskilde brukaren får inflytande över hur de kommunala medlen för en tjänst används. Kommunfullmäktige beslutar årsvis vilka ersättningar (s.k. peng) som ska utgå för berörda tjänster så att alla utförare, såväl kommunala som privata, får samma ersättning för samma typ av uppdrag. Vid upphandling sker sedan utvärdering av vilket eller vilka anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud med hänsyn till erbjuden kvalitet i förhållande till den av staden bestämda ersättningen. För hemtjänstens del innebär systemet att den enskilde brukaren väljer utförare bland dem som staden efter upphandling tecknat ramavtal med, varefter denne utförare erhåller sin ersättning från staden.

28. Ersättningen till utförarna bestäms med utgångspunkt från stadens självkostnad och baseras på en schablonmässigt framräknad timkostnad. I timkostnaden ingår samtliga kostnader för tjänsternas utförande såsom personalkostnader, kostnader för kringtid, resor, administration, lokaler, transporter, material, utrustning, hjälpmedel, mm. Utförarna ersätts utifrån ett nivåsystem enligt de av kommunfullmäktige bestämda ersättningarna, och det bedömda antal timmar som beräknas åtgå för tjänsten, som den enskilde beviljats enligt biståndsbeslut.

Ö&A

29. Avknoppningsprocessen ska enligt stadens policy präglas av öppenhet och transparens. Stadsledningskontoret aviserar pågående avknoppningar och inkomna utmaningar på stadens hemsida. Det ska vara möjligt för den som är intresserad av att t.ex. utmana en viss verksamhet att söka upp information. Med *utmaning* menas att någon – medarbetare, enskild eller företag – kräver att viss verksamhet skall upphandlas eller försäljas. När det gäller verksamhet som upphandlas finns transparens i själva upphandlingsprocessen.
30. Vid avknoppning ska alla anställda, dvs. all personal som arbetar i den avknoppande enheten, erbjudas att följa med verksamheten. Ägare av det avknoppade företaget har laglig rätt till ledighet från staden under sex månader. All medföljande personal har möjlighet att återgå till kommunal tjänst inom 6 månader. Medarbetarna kan också välja att stanna kvar i kommunal anställning.
31. I samband med att personal agerar för att verka som privata utförare i pengfinansierad hemtjänst, ledsagning och avlösning, har de enskilda brukarna med biståndsbeslut valfrihet att följa med till den avknoppade verksamheten. De enskilda brukarna kan således i enlighet med valfrihetssystemet välja en annan utförare.

Norrmalms Stadsdelsnämnds beslut om att godkänna anmälan om avknoppning av Johannes hemtjänst

32. Enhetschefen vid Johannes hemtjänst anmälde under år 2007 intresse till Stockholms stads förvaltning av att avknoppa verksamheten och lämnade anbud i den centrala ramavtalsupphandling av hemtjänst, ledsagning och avlösning, som påbörjades inom staden i oktober 2007 (bilaga 6).

Ö&A

33. Vid sammanträde i Norrmalms Stadsdelsnämnd 2008-01-24 beslutades att godkänna anmälan om avknoppning av Johannes hemtjänst (Sammanträdesprotokoll 2008-01-24, § 16, bilaga 7):

Södermalms Stadsdelsnämnds beslut om att bifalla ansökan om avknoppning av Katarina/Eriksdal, Magdalenagården/Gamla stan och Tanto hemtjänstenheter

34. Enhetscheferna vid hemtjänstenheterna Katarina/Eriksdal, Magdalenagården/Gamla stan och Tanto anmälde under år 2007 intresse till Stockholms stads förvaltning av att avknoppa verksamheten och lämnade anbud i den centrala ramavtalsupphandling av hemtjänst, ledsagning och avlösning, som påbörjades inom staden i oktober 2007.
35. Vid sammanträde 2007-10-25 beslutade Södermalms Stadsdelsnämnd att bifalla ansökan från Katarina/Eriksdal, Magdalenagården/Gamla stan och Tanto hemtjänstenheter om att knoppa av verksamheterna (Protokoll nr 11/2007, 2007-10-25, § 21, bilaga 8).

2008 års upphandling av hemtjänst i Stockholms stad

36. Stockholms stad har som anförts ovan sedan den 1 januari 2002 infört ett kundvalssystem inom hemtjänst. Systemet innebär att den enskilde som har beviljats hemtjänst själv väljer utförare av tjänsten. Stadens stadsdelsnämnder beställer/avropar tjänster från den utförare som den enskilde har valt.
37. Utförarna ersätts utifrån ett nivåsystem som grundas på det bedömda antalet timmar som beräknas åtgå för tjänsten.
38. För en närmare beskrivning av Stockholms stads år 2008 genomförda upphandling och tilldelningsbeslut avseende upphandling av hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad hänvisas till Stockholms stads (Stadsledningskontoret)

Ö&A

upphandlingsrapport 2008-01-30 och tilldelningsbeslut 2008-02-19 avseende upphandling av hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad (bilaga 9).

39. Upphandlingen skedde som en förenklad upphandling i enlighet med föreskrifterna i lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen påbörjades genom annonsering i *Anbudsjournalens* databas den 25 oktober 2007. Annonsering skedde samma dag i dagstidningarna *Dagens Nyheter*, *Svenska Dagbladet*, *City* och *Metro*.
40. Under anbudstiden inkom 34 anbud. Ett anbud som inkom återtogs av anbudsgivaren, då företaget redan hade ramavtal med staden.
41. Av de 33 återstående anbudsgivarna uppfyllde 21 anbudsgivare – däribland Johannes hemtjänst AB samt Södermalms hemtjänst AB – skall-kraven i förfrågningsunderlaget, med vilka staden sedermera tecknade ramavtal. Dessa anbudsgivare redovisas i en underbilaga till bilaga 9.
42. Av tilldelningsbeslutet framgår att det under upphandlingen inkom fyra s.k. avknopningsanbud, däribland avseende Johannes och Södermalms hemtjänst.

Avvecklingen av verksamheten vid Johannes och Södermalms hemtjänst och övergång av personal m.m.

43. Vid Norrmalms stadsdelsnämnds sammanträde 2008-03-27 beslutades att verksamheten vid Johannes hemtjänst skulle avvecklas fr.o.m. den 1 april 2008 (bilaga 10), punkt 7, dnr 600-16/2008). Stadsdelsdirektören fick i uppdrag att teckna nödvändiga avtal med företaget Johannes hemtjänst AB.
44. Genom ett *Avtal Norrmalms Stadsdelsförvaltning och Johannes hemtjänst AB*, vilket undertecknades av parterna 2008-04-29 (bilaga 11), reglerades övergången av

Ö&A

personal från Stockholms stad, Norrmalms stadsdelsförvaltning, till Johannes hemtjänst AB.

45. Vid Södermalms stadsdelnämnds sammanträde 2008-03-27 fattades motsvarande beslut om nedläggning av de tre kommunala hemtjänstenheter (hemtjänstenheterna Katarina/Eriksdal, Magdalenagården/Gamla stan och Tanto) från och med 2008-04-01 (bilaga 12), § 27, dnr 699-304/08). Nämnden uppdrog åt stadsdelsdirektören att teckna nödvändiga avtal med företaget Södermalms hemtjänst AB.
46. Genom ett avtal, vilket undertecknades av parterna 2008-04-04 respektive 2008-04-07 (bilaga 13), reglerades intjänade semesterförmåner för personal som övergick från anställning inom Stockholms stad, Södermalms stadsdelsförvaltning, till Södermalms hemtjänst AB.
47. Respektive stadsdelsförvaltning gav oberoende värderingsmän i uppdrag att värdera inventarierna i respektive verksamhet. Värderingsmännens oberoende värderingar bifogas som bilaga 14 – 17.
48. När det gäller övertagande av inventarier lyckades förvaltningen och Södermalms hemtjänst AB aldrig komma överens om ersättningen för dessa, då Södermalms hemtjänst AB ansåg att de var för högt värderade. Endast ett fåtal inventarier som var affärskritiska för verksamheten (bl.a. nyckelskåp) övertogs av Södermalms hemtjänst AB, till det värde som den utomstående värderaren åsatt dem. Större delen av inventarierna återtogs av förvaltningen. Det träffades inget skriftligt avtal kring de få inventarier som till slut köptes loss.
49. Såvitt gäller Johannes Hemtjänst AB övertogs ett kontrakt på en leasingbil och ett fåtal inventarier (bl.a. ett nyckelförvaringsskåp).

Stockholms stads principer för värdering vid avknoppning

50. Sedan den 30 juni 2008 gäller följande principer inom staden för värdering vid avknoppning.
51. För varje avknoppning ska det ske en extern oberoende värdering av varje enskilt objekt utifrån de förutsättningar som gäller för det aktuella objektet. För att skapa en öppenhet omkring avknoppningen och eliminera risk för gynnande av enskild ska avknoppningar och utmaningar som är på gång aviseras på stadens hemsida, d.v.s. när en enhet har meddelat en förvaltning eller nämnd att de önskar knoppa av eller en utmaning inkommit till en förvaltning eller nämnd.
52. För att fastställa ett värde på själva rörelsen och kunna göra en prognos för framtida resultat måste verksamhetens resultat analyseras utifrån hur det ser ut idag avseende eventuellt överskott eller underskott, hur det sett ut ett antal år bakåt i tiden samt utifrån den budget som den avknoppande verksamheten gjort för det blivande företaget. I värderingen måste även en budgetprognos ingå eftersom de ekonomiska förutsättningarna blir annorlunda när verksamheten blir fristående.
53. Utifrån dessa tre perspektiv erhålls ett underlag för en prognos för framtida resultat. I det prognostiserade resultatet finns det immateriella värdet (t.ex. goodwillvärdet) då inbyggt. Detta ska vara vägledande vid den marknadsmässiga värderingen.
54. Överlåtelse av inventarier m.m. ska regleras i avtal. I avtalet kan anges hur priset bestämts, dvs. att det av utomstående auktoriserat bolag skett en marknadsmässig värdering av inventarier och immateriella värden. Som villkor för avtalets giltighet ska erforderliga tillstånd samt hyreskontrakt anges.

Ö&A

Rättslig prövning vid svenska domstolar av Stockholms stads beslut att delar av hemtjänsten i kommunal regi skall övergå i privat regi

55. Som framhållits ovan har Stockholms stad, genom dess stadsdirektör, i tilldelningsbeslut 2008-02-19 avseende upphandling av hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad, beslutat att teckna ramavtal med 21 anbudsgivare, däribland Johannes hemtjänst AB samt Södermalms hemtjänst AB.
56. Kommuninvånaren Torgeir Sätervadet begärde laglighetsprövning av beslutet enligt kommunallagen vid Länsrätten i Stockholms län och yrkade att beslutet att teckna avtal med Johannes hemtjänst AB samt Södermalms hemtjänst AB skulle upphävas.
57. Genom beslut 2008-07-02 konstaterade länsrätten att det beslut Torgeir Sätervadet överklagat är ett sådant beslut på vilket lagen om offentlig upphandling (LOU) är tillämpligt och som därmed inte får överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen. Hans överklagande avvisades därför på denna grund (bilaga 18).
58. I detta sammanhang kan det dock uppmärksammas att en parallell verksamhetsövergång av hemtjänsten i Rågsved och Hagsätra, från kommunal regi till privat regi genom Vantörs hemtjänst AB, för närvarande är föremål för rättslig prövning i svenska förvaltningsdomstolar.
59. I dom 2008-05-06 i mål nr 2311-08 *Jonas Eklund mot Enskede-Årsta-Vantörs stadsdelsnämnd i Stockholms stad* (bilaga 19) fann Länsrätten i Stockholms län inte annat än att avknoppningen inte innebar att något individuellt inriktat stöd kom Vantörs Hemtjänst AB tillgodo och inte heller att avknoppningen medförde ett sådant statsstöd som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen på den gemensamma marknaden, och som förbjuds i artikel 87 EG.

Ö&A

60. Jonas Eklund har fullföljt sin talan vid Kammarrätten i Stockholm. Genom dom 2009-04-09 i mål nr 4671-08 *Jonas Eklund mot Stockholms kommun (bilaga 20)* har kammarrätten upphävt länsrättens dom och Stockholms kommuns beslut den 20 december 2007, § 8, att hemtjänsten i Rågsved och Hagsätra avvecklas från den 1 april 2008 under förutsättning att Stockholms stads äldrenämnd beviljar tillstånd till Vantörs Hemtjänst AB att bedriva enskilt drivna hemtjänstverksamheter *samt att* stadsdelsdirektören får i uppdrag att avtala och besluta om övertagandet av inventarier.
61. Stockholms stad har begärt prövningstillstånd hos Regeringsrätten i mål nr 2812-09 samt yrkat att Regeringsrätten med ändring av Kammarrättens dom avslår Jonas Eklunds överklagande och fastställer länsrättens dom.

Införandet av LOV

62. Lag om valfrihetssystem (LOV) trädde ikraft den 1 januari 2009. Lagen reglerar vad som ska gälla för de kommuner och landsting som vill konkurrenspröva kommunala och landstingskommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd, vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Valfrihetssystem enligt den föreslagna lagen är ett alternativ till upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och kan tillämpas på bl.a. omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster.
63. Den upphandlande myndighet som vill tillämpa lagen måste annonsera löpande på en nationell webbplats för valfrihetssystem. Såväl privata företag som ideella organisationer kan ansöka om att bli godkända som leverantörer. Kommuner och landsting ges möjlighet att genom avtal reglera förutsättningarna för valfrihetssystemet. Alla leverantörer som ansökt om att få vara med i ett valfrihetssystem och som uppfyller de fastställda kraven godkänns, varefter kontrakt tecknas.

Ö&A

64. Lagen bygger på att det inte är någon priskonkurrens mellan leverantörerna. Den enskilde ges i stället möjlighet att välja den leverantör som han eller hon uppfattar tillhandahåller den bästa kvaliteten. Enligt lagen ansvarar kommunen eller landstinget för att brukaren eller patienten får fullödlig information om samtliga leverantörer som man kan välja emellan. För personer som inte väljer ska det finnas ett ickevalsalternativ. Leverantörer som anser sig förfördelade ges en möjlighet att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om rättelse.
65. I sin proposition 2008/09:29 s. 132 framhåller regeringen angående s.k. avknoppningar att en mångfald av aktörer berikar den offentligt finansierade hälso- och sjukvården samt omsorgen. En mångfald av vårdgivare inspirerar bl.a. till innovativa lösningar och förbättrad produktivitet och effektivitet, vilket skapar goda förutsättningar för en positiv kvalitetsutveckling inom hälso- och sjukvården samt omsorgen. En mångfald av vårdgivare är dessutom en förutsättning för en ökad valfrihet i vården och omsorgen. Regeringen fattade under 2007 därför beslut om ett projekt för att ta fram ett handlingsprogram för att främja entreprenörskap och en vägledning för förbättrade upphandlingar inom hälso- och sjukvård samt omsorg. Beslut fattades även om bidrag till utbildning och rådgivning som riktas till dem som är intresserade av att driva verksamhet i privat regi i samband med konkurrensutsättning.
66. Genom beslut i Stockholms kommunfullmäktige den 15 juni 2009 (se bilaga 21, § 22) justerades stadens sätt att hantera ramavtal inom äldreomsorgen för att anpassa förfarandet till den nya lagstiftningen. Förslagen innebär att stadsdirektören får ansvar för att ta fram förfrågningsunderlag, annonsera, godkänna leverantörer och förvalta avtal.

III – DE AKTUELLA AVKNOPPNINGARNA UTGÖR INTE STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 EG

EG:s statsstödsregler syftar inte till vinstmaximering vid övergång av offentlig verksamhet till privat regi

67. Anmälaren gör i sitt klagomål gällande att vid försäljning av egendom som tillhör en kommun eller ett landsting, skall det ske en upphandling i konkurrens så att högsta marknadsvärde uppnås.
68. Till stöd för denna uppfattning har anmälaren givit in en av Statskontoret författad promemoria *Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – kommunalrättsliga och EG/EU-rättsliga aspekter* (dnr 2008/59-5). De slutsatser som dras i promemorian 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 enligt promemorian att det inte är möjligt att rikta erbjudanden till grupper av anställda (s. 4).
69. Anmälaren synes därmed med stöd av Statskontorets rapport göra gällande att det enligt EG:s statsstödsregler skulle ha förelegat en *rättslig skyldighet* för Stockholms stad att erbjuda de aktuella hemtjänstverksamheterna i kommunal regi till försäljning på den öppna marknaden. Resonemanget grundar sig på antagandet att, eftersom inga andra företag har erbjudits möjlighet att lägga anbud på verksamheten, något marknadspris inte har kunnat fastställas, eller att övergången av verksamheten från kommunal till privat regi under alla omständigheter skett till underpris.
70. Stockholms stad delar inte denna tolkning av EG:s statsstödsbestämmelser.

Ö&A

71. Enligt Stockholms stad har EG:s statsstödsbestämmelser varken har till syfte eller ställer krav på att kommuner och landsting *vinstmaximerar* vid överlåtelser av offentligt ägd egendom.
72. Statsstödsreglerna har endast till syfte att *undvika att offentligt ägd egendom säljs till underpriser* som riskerar att snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden. Dessa regler medför däremot inte någon skyldighet för Stockholms stad att bjuda ut kommunalt bedriven hemtjänst till försäljning genom ett öppet anbudsförfarande.
73. Andra syften av allmänintresse, som t.ex. intresset av en ökad konkurrensutsättning inom äldreården, övertagande av verksamheten av personalen, främjandet av ägarledda små och medelstora företag, samt uppmuntrandet av kvinnligt nyföretagande, kan således beaktas vid valet av privat utförare av de kommunala verksamheterna i fråga, under förutsättning att kommunal egendom inte säljs till underpris. Av artikel 295 EG följer dessutom att EG-fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.
74. EG-kommissionen har förvisso i sin 23:e rapport om konkurrenspolitiken från år 1993 gjort gällande att inga statsstödfrågor uppstår om ett företag säljs till högstbjudande efter ett öppet anbudsförfarande.¹ Därav kan man emellertid inte dra den långtgående slutsatsen, att det skulle finnas en på EG-rätten grundad skyldighet att överlåta all offentligt ägd egendom genom öppna anbudsförfaranden.
75. Kommissionens år 1993 formulerade konkurrenspolitik saknar nämligen stöd i EG-domstolens rättspraxis, och har dessutom underkänts av EG:s förstainstansrätt i dom av den 16 september 2004 i mål T-274/01, Valmont mot kommissionen (REG 2004, s. II-3145).

¹ 23rd Report on Competition Policy 1993, p. 34.

Ö&A

76. Till yttermera visso synes kommissionens 1993 års formulerade konkurrenspolitik, såsom den tolkas av anmälaren, ha frångåtts av Europeiska kommissionens beslutspraxis på statsstödsområdet i fråga om privatiseringar (se bl.a. kommissionens beslut 2000/629/EC av den 11 april 2000 om de stödåtgärder som Italien genomfört till förmån för Centrale del Latte di Roma (EGT L 265, s. 15, punkt 85 ff.).

77. Av punkterna 88-89 i kommissionens beslut Centrale del Latte di Roma framgår nämligen följande:

”Av samma meddelande följer att medlemsstaterna vid försäljning av statlig egendom inte behöver vare sig anordna formella anbudsförfaranden eller tillämpa reglerna i direktiven om offentlig upphandling. Detta betyder att försäljning av statlig egendom genom direkta förhandlingar är tillåten enligt gemenskapens regler, oberoende av om det har skett en aktiv och omfattande utannonsering därav eller ej.

När det gäller försäljningspriset för företaget, och som i det aktuella fallet vid försäljning utan formellt anbudsförfarande, brukar kommissionen bara kräva att försäljningspriset skall vara i linje med marknadsvärdet av tillgångarna enligt den oberoende värderingsmannens bedömning.”

78. Dessutom har Europeiska kommissionen i sitt meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader antagit vägledande regler beträffande överlåtelse av bl.a. tomtmark.²

79. Av meddelandet framgår att det finns två möjligheter att utesluta förekomsten av statligt stöd vid myndigheters överlåtelse av tomtmark: *antingen* genom att marknadsvärdet fastställs genom en oberoende expertvärdering, *eller* att överlåtelsen sker genom ett villkorslöst anbudsförfarande, genom vilket det högsta budet antas. Kommissionen har således när det gäller fast egendom *likställt* överlåtelse med en *oberoende expertvärdering* och överlåtelse med ett *öppet anbudsförfarande*.

² Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Ö&A

80. Härav följer att de EG-rättsliga statsstödsreglerna inte utgör hinder för att rikta erbjudanden till grupper av anställda i syfte att konkurrensutsätta verksamhet som drivs i kommunal regi.

Vid övergången av hemtjänstverksamheten från kommunal till privat regi har ingen annan försäljning eller upplåtelse av kommunal egendom än förvärvet av inventarier skett

81. Stockholms stad konstaterar att vid övergången av hemtjänstverksamheten från kommunal till privat regi, har ingen annan försäljning eller upplåtelse av kommunal egendom än förvärvet av inventarier skett. Någon överlåtelse av firmanamn har inte ägt rum.

82. Förvärven av inventarier har skett efter oberoende expertvärderingar, vilket inte synes ha ifrågasatts av anmälaren.

83. Den första frågan i förevarande fall är huruvida *övergången av personalstyrkan* från Stockholms stad till Johannes hemtjänst AB respektive Södermalms hemtjänst AB utgör en försäljning eller upplåtelse av kommunal egendom för vilket ett marknadsmässigt vederlag borde ha utgått.

84. Det råder ingen tvekan om att inom vissa ekonomiska sektorer, såsom tillhandahållande av hemtjänst och åldringsvård i hemmet, är tillgångarna ofta minimala och verksamheten grundas i huvudsak på arbetskraft.

85. Av EG-domstolens rättspraxis avseende tolkningen av rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT L 61, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91) följer bl.a. att en organiserad grupp av arbetstagare som särskilt och varaktigt har avdelats

Ö&A

för ett gemensamt uppdrag kan således, i brist på andra produktionsfaktorer, utgöra en ekonomisk enhet (se bl.a. dom av den 10 december 1998 i de förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, Hernández Vidal m.fl., REG 1998, s. I-8179, punkt 27).

86. Det bör dock betonas att Johannes hemtjänst AB respektive Södermalms hemtjänst AB i enlighet med Stockholms stads avknoppningspolicy inte har haft någon möjlighet att mot de anställdas vilja överta arbetskraft från Stockholms stad. Vid avknoppning ska alla anställda, dvs. all personal som arbetar i den avknoppande enheten, erbjudas att följa med verksamheten. All medföljande personal har dock möjlighet att återgå till kommunal tjänst inom 6 månader. Medarbetarna kan också välja att stanna kvar i kommunal anställning.
87. När det gäller Södermalms hemtjänst AB har ca 24 av 160 anställda utnyttjat möjligheten att återgå till kommunal tjänst inom 6 månader. Mot bakgrund av personalens frihet att återgå till kommunal tjänst – vilken de även upplystes om i samband med avknoppningarna – förelåg således en stor osäkerhet om de framtida förutsättningarna för den avknoppade verksamheten. Det ter sig således naturligt att något ”marknadsvärde” inte har åsatts övertagandet av arbetskraften vid övergången av verksamheten från kommunal till privat regi, trots att de anställda utgör en av de främsta och viktigaste resurserna vid tillhandahållandet av hemtjänster.
88. Det är även ostridigt att när personal övertar s.k. pengfinansierad hemtjänst, har de enskilda brukarna med biståndsbeslut valfrihet att följa med till den avknoppade verksamheten. De enskilda brukarna kan således i enlighet med valfrihetssystemet välja en annan utförare.
89. Stockholms stad anser dock inte heller att *övergången av kassaflödet* från Stockholms stad, till följd av att enskilda brukare med biståndsbeslut faktiskt följt med till den avknoppade verksamheten, nödvändigtvis utgör en försäljning eller upplåtelse av

Ö&A

kommunal egendom eller en förmån för vilket ett marknadsmässigt vederlag borde ha utgått.

90. I detta sammanhang måste den frivilliga övergången av brukare bedömas i ljuset av de rättsliga och ekonomiska villkoren för en överföring av en kundstock i samband med privatisering (se analogt dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och UFEX mot kommissionen, REG 2008, s. I-0000, punkt 128).
91. Slutligen bör det uppmärksammas att det inte är tillåtet att driva kommunal verksamhet med vinstsyfte. I princip all kommunal verksamhet lyder enligt kommunallagen under självkostnadsprincipen. Detta innebär att en kommun inte får ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster och nyttigheter som kommunen tillhandahåller. För tjänster som en kommun är skyldig att tillhandahålla får den bara ta ut avgift om det är särskilt föreskrivet. Enligt socialtjänstlagen får kommunen ta ut skäliga avgifter för hemtjänsten, men avgifterna får inte överstiga kommunens självkostnader. Vid fastställande av avgiften för den enskilda finns vidare begränsningar i socialtjänstlagen i form av högsta belopp och förbehållsbelopp.
92. Självkostnadsprincipen gäller för det totala uttaget för en verksamhet. Principen innebär dock inte att avgifterna aldrig får överstiga kostnaderna. Det är inte alltid möjligt att med avgifter som fastställs utifrån kalkylerade kostnader, och som för den enskilde brukaren bestäms med nyss redovisade begränsningar, uppnå fullständig överensstämmelse mellan kostnader och intäkter i verksamheten. Verksamheten kan därmed för vissa år komma att visa ett visst överskott och andra år ett visst underskott. Det totala avgiftsuttaget får emellertid inte överstiga de totala kostnaderna för verksamheten under en längre tid. Oavsett en verksamhets omsättningsstorlek ska det således inte kunna finnas någon vinstgivande verksamhet eller annat övervärde i verksamheten att överlåta till annan utförare när en kommunal verksamhet läggs ned och överförs till privat regi.

93. Sammanfattningsvis kan man alltså enligt ovanstående dra slutsatsen att den enda egentliga kommunala egendom som övergick vid avknoppningarna var inventarierna. Varken det faktum att personalen erbjöds övergå till de nya utförarna, eller övergången av kassaflödet kopplat till antalet brukare som valde att följa med till de nya utförarna, är att se som en försäljning eller upplåtelse av kommunal egendom för vilket ett marknadsmässigt vederlag borde ha utgått.

Den ersättning som utgår per brukare av hemtjänst till utförarna är inte anmälningspliktigt statligt stöd, då den utgör ett vederlag för en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse

94. Stockholms stad framhåller att hälso- och sjukvård samt äldre- och handikappomsorg enligt svensk rätt utgör s.k. allmännyttiga tjänster som kommuner enligt lag är skyldiga att tillhandahålla. I 2 kap. 1 § kommunallagen definieras dessa som angelägenheter av allmänt intresse, vilket torde motsvara det EG-rättsliga begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (art. 16 och 86.2 EG).

95. Av kommissionens regler och riktlinjer för hur medlemsländerna får finansiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse följer att eftersom medlemsländerna till stor del själva kan bestämma vilka tjänster som är av allmänt ekonomiskt intresse, ska kommissionen enbart ingripa när klassificeringen är uppenbart felaktig.

96. Stockholms stad anser att den ersättning per brukare som utgår till utförare av hemtjänst uppfyller kommissionens egna kriterier för att ersättning av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte skall anses utgöra statsstöd, nämligen:

- att det faktiskt är fråga om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse
- att ersättningen till den som utför tjänsten inte är större än de faktiska kostnaderna
- att företaget inte använder delar av ersättningen för annan kommersiell verksamhet, som ligger utanför det offentliga uppdraget.

Ö&A

97. Vidare uppfyller ersättningen i fråga de kriterier som ställts upp i EG-domstolens Altmark-dom (dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg ("Altmark Trans"), REG 2003, s. I-7747) för att ersättning av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte skall anses utgöra statsstöd, nämligen:

- uppdraget är klart definierat och delegerat till företaget som utför tjänsten;
- ersättningen är beräknad enligt i förväg fastslagna kriterier;
- ersättningen överstiger inte kostnaderna för att utföra uppdraget;
- antalet utförare av uppdraget att tillhandahålla hemtjänst har upphandlats i konkurrens, och brukarna råder i enlighet med kundvalssystemet över vilken utförare han eller hon vill anlita.

98. Även på denna grund bestrider Stockholms stad att Johannes hemtjänst AB respektive Södermalms hemtjänst AB har erhållit en förmån i den mening som avses i artikel 87 EG.

De aktuella avknoppningarna uppfyller inte kravet på selektivitet

99. Stockholms stad konstaterar att vid tillämpningen av artikel 87 EG saknar det dessutom betydelse om den som förmodas ha åtnjutit en fördel genom åtgärden har försatts i en situation som är mer fördelaktig än den som han befann sig i enligt det tidigare rättsläget. Det enda som skall fastställas är huruvida en åtgärd, inom ramen för en viss rättsordning, kan gynna "vissa företag eller viss produktion", i den mening som avses i artikel 87.1 EG, i jämförelse med andra företag som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation, med hänsyn till den målsättning som skall uppfyllas genom den berörda åtgärden (se dom av den 8 november 2001 i mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, REG 2001, s. I-8365, punkt 41 och däri citerad rättspraxis).

Ö&A

100. Stockholms stad framhåller att de aktuella åtgärderna kan motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik, och uppfyller därför, enligt EG-domstolens rättspraxis, inte kravet på att vara selektiv, även om åtgärden skulle utgöra en fördel för den som kommer i åtnjutande av den (se dom i ovan nämnda mål *Adria-Wien Pipeline*, punkt 42).

101. Detta bekräftas av att enligt Stockholms stads policy för konkurrensutsättning, har vem som helst – medarbetare, enskilda eller företag – rätt att kräva att viss verksamhet skall upphandlas och konkurrensutsättas. Även om kretsen av möjliga ingivare av s.k. avknopningsanbud för viss verksamhet är begränsad till anställda inom Stockholms stad, kunde även andra anställda i enlighet med stadens avknopningspolicy ha anmält intresse för att överta de aktuella verksamheterna i privat regi.

Avknoppningarna har under alla omständigheter inte motsvarat ett värde överstigande 200 000 €

102. I enlighet med vad som ovan anförts, konstaterar Stockholms stad att de aktuella åtgärderna varken kan anses ha gynnat ”vissa företag eller viss produktion” eller kan anses uppfylla kravet på att vara selektiv.

103. Under alla omständigheter anser Stockholms stad att kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse (EUT L 379, s. 5) tillämplig, då det framgår av artikel 2.4 b) i förordning nr 1998/2006 att stöd i form av kapitaltillskott eller ett etableringsstöd mycket väl kan anses utgöra genomsynligt stöd av mindre betydelse, om det sammanlagda offentliga kapitaltillskottet ligger under taket för stöd av mindre betydelse.

Ö&A

104. Stockholms stad vidhåller att anmälaren under alla omständigheter inte visat, eller ens gjort sannolikt, att de aktuella avknoppningarna skett till ett värde överstigande 200 000 € per överlåtelse.

IV – DE AKTUELLA ÖVERGÅNGARNA AV KOMMUNAL VERKSAMHET PÅVERKAR INTE HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER OCH SNEDVRIDER INTE KONKURRENSEN PÅ DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

105. Klagomålet får förstås så att det skulle föreligga det en risk för att handeln mellan medlemsstaterna påverkats och att konkurrensen på den gemensamma marknaden snedvridits.
106. Stockholms stad framhåller, att enligt fast rättspraxis måste samtliga kumulativa villkor i artikel 87.1 EG vara uppfyllda för att en åtgärd ska anses utgöra stöd (dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och UFEX mot kommissionen, REG 2008, s. I-0000, punkt 121).
107. Även om de ifrågasatta avknoppningarna skulle anses innefatta ett selektivt tillhandahållande av varor eller tjänster på förmånliga villkor – vilket Stockholms stad bestrider – krävs det därutöver, för att en sådan åtgärd ska kunna kvalificeras som ett anmälningsskyldigt statligt stöd, att den påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen på den gemensamma marknaden.

De aktuella övergångarna av verksamhet påverkar inte handeln mellan medlemsstaterna

108. Stockholms stad bestrider att de aktuella övergångarna av verksamhet påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Ö&A

109. Stockholms stad konstaterar inledningsvis att den relevanta geografiska marknaden för offentligt finansierad hemtjänst till sin natur är extremt lokal, vilket också kommer utvecklas nedan rörande kriteriet om snedvridning av konkurrensen.
110. Hemtjänst tillhandahållas i de flesta fall flera gånger om dagen i brukarens eget hem, till vilket brukaren på grund av sin ålder i stor utsträckning är bunden. Till skillnad från målet Heiser (dom av den 3 mars 2005 i mål C-172/03, Heiser, REG 2005, s. I-1627, punkt 35), där domstolen fann att samhandelskriteriet var uppfyllt eftersom det inte kunde uteslutas att sådana läkare som i likhet med Wolfgang Heiser är specialiserade i ortodonti konkurrerar med kolleger som är etablerade i en annan medlemsstat, är det i de aktuella fallen helt uteslutet att brukare av hemtjänster skulle söka sig till tillhandahållare av tjänster i andra medlemsstater.
111. Dessutom torde det vara ytterst svårt att tillhandahålla hemtjänst, i vart fall inom Stockholms stad, från en annan medlemsstat, utan någon form av lokal etablering. Det kan således endast mycket svårigen påstås att de företag som tillhandahåller hemtjänst i Stockholms stad faktiskt eller ens potentiellt konkurrerar med företag som är etablerade i andra medlemsstater och som tillhandahåller hemtjänst på sin hemmamarknad eller i Stockholms stad.
112. Visserligen följer av domstolens praxis att det, för att kriteriet om påverkan på samhandeln skall vara uppfyllt, inte är nödvändigt att det gynnade företaget självt deltar i handeln mellan medlemsstaterna. När en medlemsstat beviljar ett stöd till ett företag, kan dess verksamhet inom landet upprätthållas eller öka på grund av detta, vilket leder till att möjligheterna för företag från andra medlemsstater att gå in på denna medlemsstats marknad minskar (se t.ex. dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano SpA, REG 2005 s. I-11137, punkt 58).

Ö&A

113. I det föreliggande fallet måste det dock uteslutas att det eventuella stöd som Johannes Hemtjänst AB och Södermalms Hemtjänst AB mottagit skulle göra det svårare för företag från andra medlemsstater att etablera sig på den svenska marknaden för hemtjänst. Tvärtemot innebär decentraliseringen och liberaliseringen av marknaden för hemtjänst inom Stockholms stad att möjligheterna för utländska aktörer att ta sig in på denna marknad ökar.
114. Det framgår även av EG-domstolens fasta praxis att samhandelskriteriet inte är avhängigt huruvida de tjänster som tillhandahålls är lokala eller regionala, eller av storleken av det berörda verksamhetsområdet (dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg, REG 2003, s. I-7747, punkt 82). Den omständigheten att ett stödbelopp är relativt ringa eller att storleken på det företag som erhåller stödet är relativt blygsam utesluter förvisso inte heller *a priori* att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas (domen i det ovannämnda målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, punkt 81, och dom av den 27 november 2003 i de förenade målen C-34/01–38/01, Enirisorse, REG 2003, s. I-14243, punkt 28, samt domen i det ovannämnda målet Heiser, punkt 32).
115. Domstolen har emellertid i detta sammanhang betonat att ett relativt ringa stödbelopp kan påverka handeln mellan medlemsstaterna *i det fall* den sektor i vilken de företag som får stödet bedriver sin verksamhet präglas av stor konkurrens (dom av den 26 september 2002 i mål C-351/98, Spanien mot kommissionen, REG 2002, s. I-8031, punkt 63, och av den 29 april 2004 i mål C-298/00 P, Italien mot kommissionen, REG 2004, s. I-4087, punkt 54). Domstolen har förvisso också uttalat att stöd till en sektor som kännetecknas av att den omfattar *ett stort* antal småföretag således även om stödet är litet i det enskilda fallet, kan ha återverkningar på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna, om det potentiellt står öppet för alla eller en mycket stor del av företagen inom denna sektor (se dom av den 26

Ö&A

september 2002 i det ovannämnda målet Spanien mot kommissionen, punkt 64, och av den 29 april 2004 i mål C-372/97, Italien mot kommissionen, REG 2004, s. I-3679, punkt 57).

116. Det framgår av domstolens preciseringar i ovannämnda mål att den omständigheten att stödbeloppet är litet och storleken på det företaget som erhåller stödet blygsamt, innebär att det måste finnas vissa *ytterligare omständigheter* för att stödet skall kunna anses påverka samhandeln. De ytterligare omständigheter som domstolen tidigare tagit fasta på, att området präglas av stor konkurrens, eller att stödet ges till ett stort antal småföretag, är inte uppfyllda i det föreliggande fallet.
117. Tvärtemot har avknoppningarna ägt rum på en marknad som till sin natur är lokal, eftersom den endast innebär tillhandahållande av tjänster till stödberättigade invånare inom kommunen. Denna uppfattning har även stöd i kommissionens egen beslutspraxis. Stockholms stad hänvisar i första hand till kommissionens beslut N 543/2001 av den 27 februari 2002 – Ireland Capital Allowances for Hospitals (EGT C 154, s. 4), i vilket kommissionen inte fann att samhandelskriteriet var uppfyllda vad avser stöd till investeringar i sjukhus på Irland samt till beslut N 258/2000 av den 21.12.2000 – Germany Leisure pool Dorsten (EGT C 172, s. 16).
118. Stockholms stad hänvisar också till att kommissionen, i sitt beslut av den 30 januari 2008 om det statliga stöd C 35/06 (f.d. NN 37/06) som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening (EUT L 120, s. 3 (det s.k. Åre kommun-fallet), bl.a. konstaterade att den aktuella marknaden var ”huvudsakligen av lokal eller regional karaktär” (punkten 68) och att ”påverkan på handeln mellan medlemsstaterna torde vara tämligen begränsad” (punkten 72).
119. Till skillnad från den påstådda stödmottagaren i Åre kommun-fallet, är ägarna till de företag som övertog den aktuella hemtjänsten egenföretagare och ingår inte i en koncern som verkar på den gemensamma marknaden. Även detta talar mot att

Ö&A

samhandeln har påverkats negativt eller att konkurrensen på den gemensamma marknaden har snedvridits.

120. Detta bekräftas till yttermera visso av att vård- och omsorgstjänster utgör s.k. B-tjänster som regleras i 15 kap. lagen om offentlig upphandling (2007:1091) LOU, och som upptagits i Bilaga II B till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), vilka således regleras av dess artikel 21.
121. Någon allmän presumtion att ett kontrakt avseende tjänster som omfattas av bilaga II B till direktiv 2004/18 alltid skulle anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse kan, enligt EG-domstolens rättspraxis, inte ställas upp (se dom av 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9777, punkt 33).
122. Stockholms stad påpekar också att "Health and social works" ingick i de aktiviteter som kommissionen i samband med 2003 års LET-projektet ("Limited effect on Trade") ansåg ha begränsad påverkan på samhandeln. Även om LET-projektet skrinlades, är det ett faktum att lokala tjänster av denna art endast i mycket speciella fall kan anses ha någon inverkan på samhandeln.
123. Stockholms stad påminner även om att förstainstansrätten i två nyligen avkunnade domar har skärpt kraven på kommissionens motiveringsskyldighet vad gäller kriteriet om påverkan på samhandeln (se dom av den 22 februari 2006 i mål T-34/02, EURL Le Levant 001 m.fl., REG 2006, s. II-267, punkt 117 och dom av den 6 september 2006 i mål T-304/04 och T-316/04, italienska republiken och Wam, REG 2006, s. II-64). EG-domstolen ställer upp som krav att kommissionen gör en konkret ekonomisk bedömning av marknadssituationen (dom av den 28 november 2008 i mål T-254, Hotel Cipriani, REG 2008, s. II-0000, punkt 228).

Ö&A

124. Kommissionens överklagande i målet Wam ogillades av EG-domstolen i april år 2009 (dom av den 30 april 2009 i mål C-494/06 P, kommissionen mot Italien och Wam). I denna dom fastslog EG-domstolen att en allmän motivering, som består av en redogörelse för de principer som har fastställts i rättspraxis, inte i sig kan anses uppfylla kraven på motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG (punkten 59).
125. Anmälaren måste således visa att det finns en koppling mellan den faktiska situationen och risken för att samhandeln skall påverkas.
126. Det faktum att ett klagomål har framställts till kommissionen räcker inte i sig för att visa att det finns en sannolikhet att konkurrensen kommer att snedvridas (se t.ex. den ovannämnda målet kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9777, punkt 34).

De aktuella övergångarna av verksamhet varken snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen

127. En stödåtgärd utgör anmälningspliktigt statsstöd som kan vara oförenligt med den gemensamma marknaden om den har inverkat eller kan inverka på handeln mellan medlemsstaterna och verkar snedvridande på rådande konkurrens på denna marknad.
128. Om ett stöd som beviljas av en medlemsstat förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom gemenskapen, skall denna handel anses påverkad av detta stöd (se bl.a. dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, Philip Morris mot kommissionen, REG 1980, s. 2671, punkt 11, svensk specialutgåva, volym 5, s. 303, av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring, REG 2001, s. I-9067, punkt 21, och av den 29 april 2004 i det ovannämnda målet Italien mot kommissionen, punkt 52).

Ö&A

129. För att kunna bedöma huruvida konkurrensen inom EU kan komma att snedvridas är det nödvändigt att definiera den relevanta produkt- och geografiska marknaden. Därefter måste den relevanta marknads struktur granskas för att kunna bedöma i vilken utsträckning det ifrågavarande stödet i förekommande fall påverkar konkurrensförhållandena på den gemensamma marknaden.
130. Den relevanta produktmarknaden är *offentligt finansierad hemtjänst i ordinärt boende*, som innefattar undersegmenten *servicetjänster* och *omvårdnadstjänster*. Då brukarna är hänvisade till hemtjänst som godkänts och upphandlats av Stockholms stad, är den geografiska marknaden Stockholms stad.
131. I Stockholms stad finns det 139 utförare som erbjuder hemtjänst i konkurrens med varandra. Det totala antalet brukare i Stockholms stad uppgår till ungefär 19 000 per den 1 oktober 2008. Den kommunala hemtjänsten inom berörda enheter inom Södermalm omfattade ca 630 brukare och Johannes hemtjänstområde omfattade ca 290 brukare. De avknoppade verksamheterna stod således för 3 % respektive 1,5 % av den lokala marknaden, sett till antalet brukare. I förhållande till hela marknaden för hemtjänst i Stockholms stad står således de överlåtna verksamheterna för en mycket liten del.
132. Överlåtelseerna rör således förvisso en marknad som är konkurrensutsatt, även om någon priskonkurrens till följd av det ovan beskrivna pengfinansierade systemet inte förekommer. Marknaden kännetecknas dock på intet sätt av en befintlig och/eller ökande handel över gränserna. Med hänsyn till detta medför inte de ifrågasatta övergångarna att näringsidkare från andra medlemsstater avskräcks från att etablera sig på marknaden och erbjuda sina tjänster i Sverige, eller gör det i mindre omfattning. Övergångarna underlättar inte heller för några aktörer etablerade i Sverige att ta sig in på andra marknader inom EU.

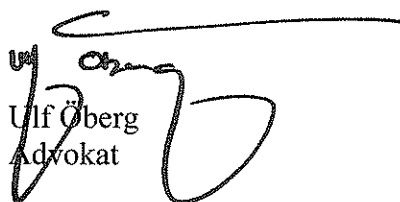
Ö&A


133. Enligt fastslagen praxis kan konkurrensen endast anses vara snedvriden om den aktuella överföringen av verksamhet har ändrat strukturen på den berörda marknaden och påverkat situationen mellan de konkurrerande företag som redan är verksamma på denna marknad (se ovan nämnda dom i målet Chronopost och UFEX mot kommissionen, punkt 130).
134. Enligt Stockholms stad har så inte skett i detta fall. Genom avknoppningen av verksamheten skapades förvisso nya konkurrenter, men endast såtillvida att verksamheten övergick till nybildade bolag. Stockholms stad har således svårt att se hur de aktuella överföringarna skulle kunna ha haft en snedvridande effekt, varken på den lokala marknaden, eller på den gemensamma marknaden.
135. Syftet med de aktuella verksamhetsövergångarna från kommunal regi till privat regi är tvärtom att fristående utförare ska ges möjlighet, att med bättre kvalitet och till samma pris, utmana den kommunala hemtjänsten. Det är således troligt att effekten av övergångarna i själva verket *stärker* konkurrensen på marknaden för offentligt finansierad hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad. Detta eftersom de nybildade bolagen i större mån, såsom fristående företag, tillåts konkurrera med och utöva konkurrenstryck gentemot starkare aktörer på marknaden, till gagn för konsumenterna, dvs. brukarna av hemtjänst.
136. Härtill kommer att även de omtvistade övergångarna kan anses öka de framtida möjligheterna för konkurrens.
137. Även på dessa ovanstående grunder kan övergången av de aktuella hemtjänstverksamheterna från kommunal regi till privat regi inte anses utgöra anmälningspliktigt statligt stöd enligt artikel 87 EG.


V – SLUTSATSER

138. Sammanfattningsvis har anmälaren inte gjort sannolikt att de aktuella övergångarna har skett till underpris, att de påverkat eller riskerar att påverka handeln mellan medlemsstaterna, eller att de snedvridit eller riskerar att snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden. Överlåtelseerna innefattar således inte statsstöd i den mening som avses i artikel 87 EG, och någon anmälningsplikt enligt artikel 88.3 EG föreligger således inte.
139. Anmälaren har under alla omständigheter inte heller visat, eller ens gjort sannolikt, att de aktuella avknoppningarna skett till ett värde överstigande € 200 000 per överlåtelse jämte förordning nr 1998/2006.
140. Stockholms stad hemställer därför att Europeiska kommissionen avskriver klagomålet och beslutar att inte inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget avseende den påstådda stödåtgärden.

Stockholm, dag som ovan,


Ulf Öberg
Advokat


Jakob Lundström
Jur. kand.


Ida Otken Eriksson
Advokat

BILAGEFÖRTECKNING

1. Anonym anmälan av den 5 juni 2008.
2. Komplettering av anonym anmälan av den 8 juni 2008.
3. Stockholms stads (Stadsledningskontoret) anvisningar 2008-06-24 till policys för upphandling och konkurrensutsättning.
4. Stockholms stads (Stadsledningskontoret) upphandlingsrapport och tilldelningsbeslut 2006-11-01 avseende upphandling av hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad (Dnr 327-1530/2006).
5. Stockholms stads tillämpningsanvisningar 2008-06-30 avseende s.k. avknoppningar.
6. Enhetschefen vid Johannes hemtjänst anmälan om intresse till Stockholms stads förvaltning av att avknoppa verksamheten m.m.
7. Sammanträdesprotokoll avseende Norrmalms Stadsdelsnämnd (2008-01-24).
8. Sammanträdesprotokoll avseende Södermalms Stadsdelsnämnd (2007-10-25).
9. Stockholms stads (Stadsledningskontoret) upphandlingsrapport och tilldelningsbeslut 2008-01-30 avseende upphandling av hemtjänst i ordinärt boende i Stockholms stad (Dnr 327-3635/2007).
10. Sammanträdesprotokoll från Norrmalms stadsdelsnämnds sammanträde 2008-03-27.
11. Avtal mellan Norrmalms Stadsdelsförvaltning och Johannes hemtjänst AB.
12. Sammanträdesprotokoll från Södermalms stadsdelsnämnds sammanträde 2008-03-27.
13. Avtal avseende semesterförmåner för personal som övergick från anställning inom Stockholms stad, Södermalms stadsdelsförvaltning, till Södermalms hemtjänst AB.
14. Värderingsintyg för Katarina/Eriksdals hemtjänst.
15. Värderingsintyg för Tanto hemtjänst.
16. Värderingsintyg för Magdalenagårdens/Gamla stans hemtjänst.
17. Värderingsintyg för Johannes hemtjänst.
18. Länsrätten i Stockholms läns beslut 2008-07-02.
19. Länsrätten i Stockholms län doms 2008-05-06 i mål nr 2311-08 *Jonas Eklund mot Enskede-Årsta-Vantörs stadsdelsnämnd i Stockholms stad.*
20. Kammarrätten i Stockholms dom 2009-04-09 i mål nr 4671-08 *Jonas Eklund mot Stockholms kommun.*
21. Beslutsprotokoll i Stockholms kommunfullmäktige den 15 juni 2009.