

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625, 114 86 Stockholm Tel: 08-545 038 10 Fax: 08-611 35 62

Justitiedepartementet

Remissyttrande

2004-09-27

Ert dnr. Ju 2004/4070/L1

Angående Förtroendekommissionens betänkande: Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata aktörer på den allmänna marknaden. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G Rune Berggren. Övriga ledamöter är tidigare regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm Erik Nerep, jur.kand. Lennart Palm samt tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth.

Konkurrenskommissionen har verkat sedan år 1994 och hittills bedömt över 400 ärenden. Eftersom kommissionens verksamhet är inriktad på snedvridande tendenser i konkurrens mellan offentligt finansierade aktörer och privata företag omfattar yttrandet endast de delar av betänkandet i avsnitt 11 som berör konkurrensen och offentlig sektor.

Som närmare motiveras i det följande tillstyrker Konkurrenskommissionen i allt väsentligt att de åtgärder för stärkt regelverk och tillsyn på konkurrensområdet som föreslås i betänkandets avsnitt 11 genomförs.

Kommissionen förordar därutöver att möjlighet införs att tala mot befintlig kommunal näringsverksamhet oberoende om och när verksamheten har beslutats, samt att effektiva sanktionsmedel i form av löpande vite och straffansvar införs för att komma tillrätta med lagtrots och domstolstrots, både vid offentlig upphandling och vid överträdelser av den kommunala kompetensen.

1. Offentlig upphandling

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) läggs ned och att nämndens uppgifter istället förs över till Konkurrensverket, vars ekonomiska resurser på området därvid bör förstärkas i enlighet med förslaget. Tillsynsverksamheten bör organiseras i enlighet med den s.k. enrådighetsmodellen. Särintressen bör i fortsättningen inte vara representerade i tillsynsorganisationen.

Kommissionen har inom ramarna för sin granskande verksamhet kunnat konstatera att överträdelser vid offentlig upphandling lämnats i princip osanktionerade i gällande rätt, bl.a. genom att upphandlande enheter, utan ytterligare konsekvenser, fritt kan sätta sig över domstols dom. Kommissionen tillstyrker därför förslaget att i lagen om offentlig upphandling införs en sanktion genom s.k. marknadsskadeavgift och att Konkurrensverket ges möjlighet att föra talan om sådan avgift i domstol.

Kommissionen befarar emellertid att enbart den föreslagna marknadsskadeavgiften inte medför tillräckligt effektivt medel mot överträdelser. Konstruktionen med en begränsad avgift skulle göra det

möjligt för upphandlande enheter att ”köpa” sig fria från sitt upphandlingsansvar. Som framgår av vad som redovisas nedan har enheterna icke sällan försäkringslösningar som täcker dylika kostnader.

Mora kommun hade i en offentlig upphandling beslutat att godkänna ett avtal med ett privat flygbolag om köp av löpande flygtransporttjänster för c:a 6,2 miljoner kronor. Mot beslutet väckte ett konkurrerande flygbolag talan i domstol. Länsrätten i Dalarnas län konstaterade i dom att tilldelningen stred mot förutsättningarna för upphandlingen. Förfarandet förklarades därför olagligt och domstolen förordnade att upphandlingen skulle göras om (dom i mål nr. 965-03 E). I media förklarade en företrädare för Mora kommun att kommunen, oavsett vad domstolen kommit fram till, inte avsåg vidta någon rättelse. Istället hänvisades den förfördelade leverantören till att eventuellt söka kompensation genom skadestånd: ”- Vi har försäkrat oss mot skadeståndskrav på grund av felaktigheter i upphandlingar. Självriskan är på 100.000 kronor. Även om vi förlorar gör vi en utmärkt affär på att låta [vinnande bolag] fortsätta flyga avtalstiden ut”, uppgav kommunföreträdaren bland annat (Mora tidning den 27 augusti 2003).

Konkurrenskommissionen förordar därför att i lagen om offentlig upphandling införs bestämmelser med innebörden att domstols förordnande om överprövning vid offentlig upphandling även skall kunna förenas med löpande vite till dess att förordnandet slutligen åtlyds av den upphandlande enheten.

Vidare bör sanktionsmedlen inte vara utformade så att de enbart belastar det allmänna, d.v.s. det kollektiv av kommunmedlemmar och skattebetalare som upphandlingsbestämmelserna bland annat avser att skydda. Vid uppenbara fall av överträdelser, såsom t.ex. upphandlande enheters domstolstrots, bör även ett personligt straffansvar för berörda befattningshavare kunna utkrävas. Lämpligast kan detta ske genom att tjänstefelstadgandet i 20 kap. brottsbalken utökas till att även omfatta beslut och andra åtgärder i samband med offentlig upphandling.

2. Kommunal näringsverksamhet

Kommunal och landstingskommunal verksamhet har i ökande utsträckning kommit att bedrivas i företagsform. För närvarande finns det c:a 1.500 företag, hel eller delägda av kommun eller landsting, som är verksamma och på den allmänna marknaden konkurrerar med det privata näringslivet. Därtill kommer kommunala förvaltningar som vid sidan om den ordinarie förvaltningsverksamheten bedriver ren näringsverksamhet.

Huvudsakligen bedriver dessa företag och förvaltningar sådan verksamhet som kommunerna normalt skall tillhandahålla allmänheten, såsom bostäder, renhållning, energiförsörjning, kollektivtrafik m.m. Icke sällan förekommer emellertid att verksamheten kompletteras med sådana ”anknytande” tjänster som inte ingår i det kommunala kompetensområdet. Exempelvis förekommer att kommunala simhallar inrättar s.k. gym och bedriver försäljning av därtill relaterade varor och tjänster, att allmännyttiga bostadsföretag bedriver verksamhet med privat fastighetsservice på entreprenad, att kommunala företag för kabel-TV och bredbandstrukturer säljer datorer och datortillbehör och därmed sammanhängande varor och tjänster på den allmänna marknaden, att kommunala energibolag bedriver försäljning till allmänheten av värmepannor och annan kringutrustning samt att kommunala renhållningsföretag eller förvaltningar går utanför den egna kommunens område och konkurrerar med privata företag i andra kommuner.

Som Företroendekommissionen påpekat i betänkandet begränsas kommunernas formella mandat av ett antal principer, varav de flesta finns intagna i kommunallagen (1991:900). De ovan beskrivna verksamheterna strider i regel mot dessa principer, men regelverket innefattar inte några effektiva korrektiv för att komma till rätta med överträdelserna.

För att otillåten kommunal näringsverksamhet som bedrivs i förvaltningsform skall kunna domstolsprövas fordras exempelvis att verksamheten kan identifieras genom ett protokollfört beslut av kommunfullmäktige, ansvarig kommunal nämnd, eller partssammansatt organ. De flesta fall av kompetensstridig affärsverksamhet som varit föremål för Konkurrenskommissionens granskning har emellertid varken beslutats eller godkänts i behörig ordning. Verksamheterna synes istället ha initierats på tjänstemannanivå för att under hand möjligen erhålla tyst acceptans av behörig kommunal myndighet. Det är under angivna förhållanden mycket svårt att inom ramarna för gällande bestämmelser hindra sådan kompetensstridig kommunal näringsverksamhet som bedrivs i förvaltningsform. På området gällande bestämmelser behöver därför kompletteras med ett regelverk som vid varje tidpunkt medger en effektiv prövning av kommunal näringsverksamhet.

Liksom Förtroendekommissionen funnit utgör det vidare ett problem, att rätten att tala mot kompetensöverskridande verksamhet är inskränkt till att omfatta enbart kommunmedlemmar. Konkurrenskommissionen tillstyrker därför förslaget att talerätten bör utvidgas till att omfatta även företag som inte är kommunmedlemmar.

När det gäller otillåten kommunal näringsverksamhet som bedrivs i företagsform saknas det, såsom Förtroendekommissionen kunnat konstatera, över huvud taget korrektiv enligt gällande bestämmelser. Kommunala företag som drivs som bolag, stiftelser eller ekonomiska föreningar är enbart underkastade de civilrättsliga regelverk som gäller för respektive associationsform. Lagligheten enligt gällande kommunala kompetensbestämmelser av beslut som fattas inom sådana företag kan således inte överklagas eller på annat sätt underkastas domstols bedömning.

I samband med tillkomsten av 1991 års kommunallag uppmärksammandes risken för att kommunala bolag skulle komma att används som tillflykt för icke kompetenslig kommunal verksamhet. Bestämmelser som syftade till att skapa kontroll över kommunala verksamheter som fördes över i bolagsform infördes därför i lagen. Bland annat föreskrevs att det kommunala ändamålet skulle ha fastställts av fullmäktige samt att berörda bolag skulle se till att kommunfullmäktige gavs tillfälle att yttra sig innan beslut i verksamheten av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Tanken var att såväl det av kommunfullmäktige fastställda kommunala ändamålet som fullmäktiges yttranden senare skulle kunna underkastas en formell laglighetsprövning i domstol.

Konkurrenskommissionens granskning av otillåten kommunal näringsverksamhet i bolagsform visar emellertid att de beskrivna kontrollmekanismerna inte fungerar. Antingen har kommunfullmäktige genom allmänt hållna beskrivningar av den överförda verksamheten (exempelvis att ”...*bolaget skall utveckla och marknadsföra ADB-stödd kommunal teknik ... samt bedriva därmed förenlig verksamhet*”) underlåtit att definiera det kommunala ändamålet på ett sätt som utesluter icke kompetenslig verksamhet, eller så har fullmäktige helt överlåtit till det berörda bolaget att själv definiera vad som

ligger i den kommunala kompetensen (exempelvis att bolaget skall bedriva ”*allmänt näringslivsbe-främjande åtgärder inom ramen för kommunens kompetens*”).

Eftersom det i de båda ovan beskrivna fallen enbart är bolaget och dess styrelse som har att ta ställning till och definiera vilka hinder som kommunallagens kompetensbestämmelser kan tänkas medföra för den egna verksamheten är risken för kompetensöverskridanden högst påtaglig. Någon möjlighet till objektiv domstolsprövning av verksamhetens laglighet enligt kommunallagen föreligger över huvud taget inte i dessa fall.

Inte heller medför den omständigheten att bolagen i vissa fall har skyldighet enligt lag att inhämta yttrande från kommunfullmäktige någon annan effekt. I de ärenden som granskats av Konkurrenskommissionen har berörda kommunala bolag i så gott som samtliga fall underlåtit att inhämta yttrande från kommunfullmäktige. I några fall har bolagen, trots tvingande lagstiftning, till och med saknat bindande föreskrifter om att sådant yttrande skall inhämtas.

Den beskrivna ordningen är även otillfredsställande genom att det i gällande rätt saknas effektiva korrektiv för att komma till rätta med kommunala bolag som medvetet sätter sig över kommunalrättsligt begränsande föreskrifter i bolagsordning eller på annat sätt. Förekomsten av verksamhet som bedrivs av ett kommunalt bolag i direkt strid mot gällande bolagsordning kan t.ex. inte överklagas eller på annat sätt göras till föremål för undanröjande beslut i domstol eller på annat sätt. Bolagen är inte heller förhindrade att gå emot yttranden som inhämtats av kommunfullmäktige.

Även om ett beslut om kommunal näringsverksamhet skulle undanröjas av domstol finns det för närvarande inga sanktioner för att genomdriva domstolens beslut. Kommunal näringsverksamhet som förklarats olaglig av domstol kan således, oavsett om verksamheten bedrivs i bolagsform eller i förvaltningsform, fortgå i oförhindrad utsträckning.

Det anförda leder till slutsatsen att farhågorna om att kommunala bolag skulle komma att används som tillflykt för icke kompetenslig kommunal verksamhet således har besannats och den reglering som skall motverka dylika överträdelser är inte effektiv. Detta är inte bara otillfredsställande ur ett kommunalrättsligt perspektiv, utan också ägnat att allvarligt äventyra förtroendet för näringslivets förutsättningar i stort samt för möjligheterna till en effektiv konkurrens. Även allmänhetens förtroende för de offentligt finansierade aktörernas verksamhet riskerar att undergrävas genom att uppenbara lagöverträdelser tillåts att sättas i system.

För att komma tillrätta med de alltmer ökande inslagen av otillåten kommunal näringsverksamhet fordras utökade remedier och att kommunallagens begränsningar av den kommunala kompetensen underbyggs genom effektiva sanktioner. Liksom är fallet för den offentliga upphandlingen bör sanktionsmedlen vara utformade så att de inte enbart drabbar de kollektiv av kommunmedlemmar och skattebetalarna som de ytterst avser att skydda. Även ett personligt straffansvar vid uppenbara överträdelser måste därför komma ifråga. Liksom vid offentlig upphandling bör straffbestämmelserna i 20 kap. brottbalken utvidgas till att omfatta även beslut om kommunal näringsverksamhet.

Konkurrenskommissionen tillstyrker Förtroendekommissionens förslag om att kommunallagen bör ändras så att avgifter kan utdömas om kommuner i strid mot lagen bedriver näringsverksamhet på en konkurrensmarknad. Kommissionen tillstyrker även förslaget att Kommunallagen bör ändras så att beslut av kommunala bolag kan överklagas och att överklagan kan göras även av andra än kommunmedlemmar.

Konkurrenskommissionen förordar härutöver att kommunallagen ändras så att talan om lagligheten av en befintlig kommunal näringsverksamhet alltid kan föras i domstol, även om verksamheten inte omfattas av något beslut i formell mening samt att domstolen ges möjlighet att löpande förbjuda verksamhet som strider mot kommunallagens kompetensbestämmelser. Förordnande om förbud mot viss näringsverksamhet bör vidare kunna förenas med vite. Vid fortsatta överträdelser i strid mot domstols förordnande bör straffansvar för tjänstefel även kunna komma ifråga.

Stockholm den 27 september 2004

KONKURRENSKOMMISSIONEN

G Rune Berggren

/ordförande/

Pär Cronhult

/föredragande/