

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Finansdepartementet

Remissyttrande R 17-02
2017-02-20

Dnr. Fi2016/04014/K

Yttrande med anledning av betänkandet SOU 2016:78, Ordning och reda i välfärden

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, tidigare ställföreträdande generaldirektören vid Konkurrensverket Lennart Göranson samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan inrättandet 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker den föreslagna regleringen av vinster i välfärden. Förslaget medför så betydande konsekvenser för privata utförare att det i princip motsvarar ett vinstförbud, som i förlängningen riskerar leda till offentliga monopol. Fokus bör istället ligga på förbättrade kunskaper om möjligheterna med dagens lagstiftning samt extern kvalitetskontroll med bättre uppföljning av såväl offentlig som privat bedriven verksamhet inom välfärden.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa en särskild reglering för välfärdstjänster. Förslaget innebär inte några markanta skillnader gentemot den nuvarande regleringen i 19 kap. lag (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU - och medför att en redan omfattande reglering utökas till tveksam nytta.

Konkurrenskommissionen förordar istället att det i LOU förtydligas att behovet av kontinuitet i vård och omsorg vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster utgör ett sådant ”*särskilt skäl*” som enligt lagen kan motivera längre ramavtalstid än fyra år. Syftet med utredningens förslag torde kunna uppnås med större kunskap om, och mer effektivt utnyttjande av, möjligheterna i den existerande regleringen.

I den mån förslaget om särskild reglering av sociala tjänster ändå genomförs tillstyrker Konkurrenskommissionen att samtliga rättsmedel görs tillämpliga på upphandling av sociala tjänster. Det är av största vikt att effektiviteten av upphandlingsregleringen säkerställs och att leverantörer ges möjlighet att bevaka sina rättigheter. Konkurrenskommissionen förordar vidare att det i 20 kap. 1 § LOU införs en bestämmelse om att avtalsspärr gäller även för annonserade upphandlingar som skett enligt det föreslagna 19 a kap. LOU. Utredningens förslag innebär att annonserade sociala tjänster inte kommer att omfattas av avtalsspärr, vilket strider mot direktiv 89/665/EEG i dess konsoliderade lydelse.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa möjligheten att reservera deltagandet i vissa upphandlingar. Förslaget innebär en ytterligare komplicerad reglering med oklar praktisk användning. Förbudet mot förlängning av kontrakt utöver tre år medför en kraftig begränsning för idéburna företag. Detta står i direkt motsats till den ökade möjlighet till kontinuitet som förslaget vill åstadkomma.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa en ny lag om valfrihetssystem. Den nuvarande lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV – har medfört ett etablerat ramverk av praxis och förarbeten till stöd för tillämpningen av lagen, något som riskerar att gå förlorat om utredningens förslag genomförs.

YTTRANDE

1. Grundläggande utgångspunkter

Konkurrenskommissionen anser att privata utförare har en naturlig och viktig roll på en marknad för välfärdstjänster som präglas av mångfald, kvalitet och kostnadsmedvetenhet. Detta inkluderar såväl olika associationsformer som de idéburna företagen vilka fyller en tydlig roll i det svenska samhället. De idéburna företagen utgör ett viktigt komplement till privata och offentliga aktörer inom välfärden och Konkurrenskommissionen delar utredningens uppfattning att det bör underlättas för idéburna företag att delta i offentlig upphandling. Detta bör huvudsakligen ske genom ett förtydligande och förenklande av nuvarande reglering.

Utredningen anger upprepade gånger att den nuvarande regleringen ger upphandlande myndigheter de verktyg som krävs för att beakta de särskilda krav som en upphandling av välfärdstjänster medför. Konkurrenskommissionen instämmer i denna bedömning och anser att den existerande regleringen medför tillräcklig flexibilitet för den upphandlande myndigheten att genomföra en effektiv, kvalitativ och konkurrensfrämjande upphandling. Det bör därför i största möjliga mån undvikas att ytterligare komplicera den lagstiftning som utförare av välfärdstjänster har att beakta.

En begränsning av vilka slags aktörer som har möjlighet att bedriva verksamhet inom välfärdssektorerna vore negativt för den utveckling, effektivisering och förnyelse som är angelägen, även bland offentliga utförare. Genom att brukarna får möjlighet att välja mellan olika alternativ provas nya lösningar och framgångsrika privata utförare kan på så sätt stimulera till förbättringar inom hela välfärdssektorn.

2. Reglering av vinster i välfärden

Konkurrenskommissionen avstyrker den föreslagna regleringen av vinster i välfärden.

Utgångspunkten för förslagen synes vara en grundläggande negativ inställning till att näringsverksamhet genererar överskott, dvs. att intäkterna överstiger utgifterna. Detta är en verklighetsfrämmande grundinställning i en marknadsekonomi som den svenska. Utgångspunkten bör i stället vara att resultatet av all ekonomisk verksamhet, privat såväl som offentlig, skall vara tjänster och varor med hög kvalitet, anpassade till användarnas behov, till lägsta möjliga kostnad.

Det avkastningsmått som utredningen tillämpar – innefattande avkastning på bokfört operativt kapital – saknar relevans för personalintensiva tjänsteföretag. Detta beror på att i dessa företag finns det icke bokförda s.k. goodwill-värden som följer av exempelvis kundkontakter, personalkompetens och starka varumärken.

Förslaget medför så betydande konsekvenser för privata utförare att det i princip motsvarar ett vinstförbud. Detta riskerar leda till verksamhetskonzentration i offentliga monopol. Fokus bör istället ligga på större kunskaper om möjligheterna med dagens lagstiftning samt bättre kontroll och uppföljning med skärpta kvalitetskrav på såväl offentlig som privat verksamhet inom välfärden.

En vinstbegränsning riskerar i synnerhet att leda till att företag som stannar kvar på marknaden använder sina resurser på ett mindre effektivt sätt. Strävan att hålla nere resultatet kan locka till obehövliga kostnadsökningar i form av exempelvis höjda ersättningar till företagsledningen. Förslaget riskerar även att slå ut mindre företag då stora koncerner har bättre förutsättningar att kunna utöka sitt operativa kapital, genom till exempel inköp av fastigheter som de bedriver sin verksamhet i. Förslaget medför således en risk för att mångfalden av leverantörer på marknaden utarmas.

Utredningen anger på s. 334 att ”*Befintliga aktörer som inte vill följa de nya reglerna kan avstå från att söka detta nya tillstånd men fortsätta att bedriva sin verksamhet eller någon annan typ av verksamhet.*” Uttalandet är dock närmast illusoriskt eftersom många verksamheter är specialiserade mot just den välfärdstjänst som verksamheten bedriver. Dessa verksamheter tvingas således att antingen ansöka om tillstånd eller avveckla sin verksamhet. Problemet förstärks ytterligare av det faktum att förslaget innebär ett förbud mot blandade verksamheter med såväl offentlig som privat finansiering. Detta innebär att företag som bedriver sådan verksamhet tvingas att separera verksamheterna i olika juridiska personer för att kunna fortsätta bedriva den offentligt finansierade verksamheten. Detta medför att stordriftsfördelarna och effektivitetsvinsterna med att anlita en privat utförare äventyras. Något som i sin tur riskerar att få kostnadsdrivande och kvalitetssänkande effekter.

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget att enskilda individer inte ska omfattas av tillståndsplikten. Eftersom förslaget riskerar medföra en betydande börda för småföretagare och mindre organisationer välkomnas att åtminstone enskilda individer undantas. Dock kan sättas i fråga det föreslagna undantagets förenlighet med det unionsrättsliga kravet på likabehandling.

3. Införandet av en särskild reglering av välfärdstjänster

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa en särskild reglering för välfärds-tjänster. Förslaget innebär att en redan omfattande reglering utökas till tveksam nytta och utan bärande skäl för att särbehandla de sektorer som i betänkandet definieras som välfärdstjänster. Inom såväl varu- som tjänsteproduktion finns många företag som helt eller delvis finansieras av det allmänna, exempelvis genom försäljning av skolmateriel, tillhandahållande av måltider till äldreboenden eller utförande av sjuktransporter. I likhet med sådana sektorer bör införandet av välfärdstjänster präglas av en kostnadseffektiv strävan mot hög kvalitet där en begränsning av vinsten inte utgör något självändamål.

Utredningen anser att den nya regleringen skulle medföra större flexibilitet vid utformandet av upphandlingsförfarandet, det kan dock konstateras att förslaget inte innebär några markanta skillnader gentemot den nuvarande regleringen i 19 kap. LOU. Som exempel på förslagets utökade flexibilitet anges möjligheten att teckna ramavtal på längre tid än fyra år, vilket kan behövas för tjänster där kontinuitet spelar stor vikt. En sådan möjlighet existerar dock redan enligt 7 kap. 2 § LOU, som tillåter längre avtalstid vid ”*särskilda skäl*”. Syftet med förslaget torde såldes kunna uppnås genom större kunskap om möjligheterna enligt redan existerande lagstiftning. I den mån det finns ett behov att ytterligare framhålla dessa möjligheter förordar Konkurrenskommissionen att 7 kap. 2 § LOU förtydligas med att behov av kontinuitet vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster, utgör särskilt skäl för en längre ramavtalstid än fyra år.

Oavsett valt förfarande måste den upphandlande myndigheten säkerställa att upphandlingen följer de allmänna principerna i 2 kap. LOU. Avsaknaden av tydlig reglering torde därför närmast medföra att den upphandlande myndigheten får svårare att avgöra huruvida förfarandet är i överensstämmelse med principerna och riskerar därtill att medföra ett ökat antal överprövningar.

I den mån förslaget om särskild reglering av sociala tjänster genomförs tillstyrker Konkurrenskommissionen att samtliga rättsmedel görs tillämpliga på upphandlingar av sociala tjänster. Det är av största vikt att effektiviteten av upphandlingsregleringen säkerställs och att leverantörer ges möjlighet att bevaka sina rättigheter. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i 20 kap. 1 § LOU införs att avtalsspärr gäller även för annonserade upphandlingar som skett enligt det föreslagna 19 a kap. LOU. Tilldelningen av kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet faller under det direktivstyrda området, se artikel 74-76 i direktiv 2014/24/EU. Såvitt framgår av EU:s rättsmedelsbestämmelser¹ ska det för kontrakt som tilldelas enligt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) finnas en avtalsspärr om minst 10 dagar. Eftersom sociala tjänster omfattas av 19 kap. LOU, är kravet för närvarande uppfyllt i svensk lagstiftning. Utredningens förslag innebär dock att annonserade sociala tjänster inte kommer att omfattas av någon avtalsspärr, vilket i sådant fall skulle strida mot EU:s rättsmedelsdirektiv (89/665/EG) i dess konsoliderade lydelse.

¹

Se artikel 46 i det s.k. koncessionsdirektivet 2014/23/EU (med ändringar av direktiv 89/665/EG).

Oaktat unionsrättens krav har den svenska lagstiftaren valt att reglera avtalsspärren för upphandlingar under tröskelvärdet på samma sätt som i den direktivstyrda sektorn. Som motivering anfördes att det skulle säkerställas att det finns goda förutsättningar för överprövning innan avtal om upphandling sluts, se prop. 2009/10:180 s. 108. Detta är än mer aktuellt i förhållande till sociala tjänster som ofta är av sådan art att dessa normalt inte bör kunna träffas av ogiltighet på grund av föreliggande hänsyn till ett allmänintresse. Det är således av största vikt att avtalsspärr införs även för sociala tjänster i den mån förslaget införs, eftersom leverantörer annars riskerar att stå utan ett effektivt rättsmedel.

4. Reserverad upphandling

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa möjligheten att reservera deltagandet i vissa upphandlingar. Förslaget innebär ytterligare komplicerad reglering med oklar praktisk användning. Det är sannolikt en begränsad krets av aktörer som uppfyller kraven i den föreslagna regleringen. Dessa företag och organisationer torde dessutom vara så specialiserade att det obligatoriska förbudet mot förlängning av kontraktet riskerar medföra betydande svårigheter för berörda företag och organisationer att fortsätta verksamheten efter den begränsade kontraktstidens utgång. Detta står i direkt motsats till den ökade möjlighet till kontinuitet som förslaget vill åstadkomma då det får konsekvenser för såväl den upphandlande myndigheten som för det idéburna företaget.

5. Krav på sociala hänsyn

Konkurrenskommissionen delar inte utredningens uppfattning att det inom ramen för en upphandling går att använda återinvestering av vinst som ett tilldelningskriterium eller ett särskilt kontraktsvillkor. Konkurrenskommissionen instämmer dock i bedömningen att en återinvestering av vinst inte kan anses falla under begreppet sociala hänsyn. Av EU-domstolens dom i *Concordia Bus* (C-513/99) EU:C:2002:495 p. 59 framgår att kriterierna för tilldelning av ett kontrakt ska ha ett samband med föremålet för upphandling. Ett tilldelningskriterium om återinvestering av vinst kan enligt Konkurrenskommissionens mening knappast ha något sådant samband eftersom kriteriet hänför sig till det utförarens interna förhållande och inte till dess anbud.

Ett sådant kriterium kan inte heller anses ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som utredningen konstaterar ska samma bedömning göras i samband med användandet av återinvestering av vinst som ett särskilt kontraktsvillkor, vilket medför att inte heller ett sådant villkor kan anses förenligt med unionsrätten.

5. En ny lag om valfrihetssystem

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa en ny lag om valfrihetssystem. Utredningen anger att den föreslagna lagen ska frikopplas från upphandlingslagstiftningen för att göra lagen mer lättillgänglig och tydlig. Den upphandlingsrättsliga regleringen är dock tydlig. Bestämmelserna är sedan länge etablerad med utvecklad praxis och förtydliganden avseende till exempel gränsdragningsproblematik och tillämpningen av de unionsrättsliga principerna. Den nuvarande utformningen av LOV medför att det finns ett etablerat ramverk till stöd för tillämpningen av lagen, något som riskerar att försvinna om utredningens förslag genomförs.

Utredningen föreslår att möjligheten att begära rättelse ska ersättas med förvaltningslagens bestämmelser om överklagande av beslut. Detta medför att en leverantör inte kan begära rättelse, till exempel i de fall myndigheten ställt ovidkommande krav eller utformningen av valfrihetssystemet medför diskriminering.

Utredningen menar att detta kan prövas vid överklagande av ett beslut om att inte godkänna en sökande. Vid detta förhållande kan lagstridiga krav komma medföra att leverantörer helt avstår från att ansöka om deltagande i ett valfrihetssystem, istället för att som hittills begära rättelse av de lagstridiga kraven. Konkurrenskommissionen välkomnar visserligen den utökade prövning som ett överklagande enligt förvaltningslagen (1986:223) innebär, men detta behöver inte utesluta möjligheten att begära rättelse av ett felaktigt utformat valfrihetssystem. Eftersom möjligheten till förvaltningsprövning är underordnad kommunal laglighetsprövning riskerar dessutom i vissa fall leverantörer som inte är kommunmedlemmar att stå helt utan effektiva rättsmedel.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/

Pär Cronhult
/föredragande/