

KONKURRENSKOMMISSIONEN

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

Finansdepartementet

Remissyttrande R 17-07
2018-01-03

Dnr. Fi2017/03967/K

Yttrande med anledning av betänkandet En generell rätt till kommunal avtalssamverkan (SOU 2017:77)

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

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker den lagändring för interkommunal avtalssamverkan som föreslås av utredningen, eftersom behovet kan tillgodoses genom redan befintliga samverkansformer: gemensamma bolag, kommunalförbund eller gemensamma nämnder.

Det framstår vidare som tydligt att behovet primärt avser sådana tjänster som typiskt sett tillhandahålls av privata utförare, och endast till en mindre del avser myndighetsutövning. Behovet synes även framför allt omfatta tjänster som till sin natur är komplicerade och tidsödande att upphandla, varför det inte är orimligt att tänka sig att kommunerna efterfrågar sätt att kringgå gällande upphandlingslagstiftning, snarare än ett reellt behov av avtalssamverkan. Sådana överväganden bör dock lämnas till den pågående utredningen om förslag till enklare regler för upphandlingar under tröskelvärdet.

Konkurrenskommissionen ser dock ett behov, framförallt för mindre kommuner¹, att kunna delegera till en anställd i en annan kommun att i ett visst ärende besluta å kommunens vägnar. Konkurrenskommissionen förordar därför en sådan utökad möjlighet till extern delegering. Det bör även övervägas om det finns andra sätt att åtgärda problematiken med bristande kompetensberedskap hos mindre kommuner genom exempelvis en kommunsammanslagningsreform.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa ett generellt undantag från lokaliseringsprincipen för interkommunal avtalssamverkan. Om förslaget genomfördes skulle det möjliggöra för kommuner att delta i upphandlingar med kommersiella anbud till varandra, vilket skulle riskera medföra en kraftigt konkurrenssnedvridande påverkan.

¹ Med kommuner avses i detta yttrande såväl kommuner som landsting.

För det fall lagstiftaren väljer att gå vidare med förslaget förordar Konkurrenskommissionen att eventuell interkommunal avtalssamverkan begränsas till myndighetsutövning, med därtill anknyttande tjänster. En dylik begränsning skulle minska risken för att kommuner konkurrerar på marknaden för tjänster som vanligtvis utförs av privata utförare, och därmed även risken för felbedömningar i förhållande till det upphandlingsrättsliga undantaget för kontrakt mellan upphandlande myndigheter.

Utredningen anför att syftet med förslaget inte är att kommuner ska kunna delta med anbud i upphandlingar. Konkurrenskommissionen förordar att detta kommer till uttryck genom att det i lagen tydligt anges att kommuner inte får lämna anbud i offentlig upphandling.

Med beaktande av den svaga processuella ställning som en klagande har i mål om kommunal laglighetsprövning, inkluderat svårigheten att överhuvudtaget identifiera ett överklagbart beslut avseende interkommunal avtalssamverkan, är möjligheten för en kommunmedlem att vinna framgång med en rättslig prövning så gott som försumbar. Mot denna bakgrund framstår utredningens uttalanden om möjligheten till medborgerlig kontroll och ansvarsutkrävande som närmast vilseledande.

Konkurrenskommissionen välkomnar dock förslaget att kommunstyrelsen ska åläggas en granskningsskyldighet av eventuell samverkan. Konkurrenskommissionen förordar att en sådan granskning ska kunna överklagas på samma sätt som ett beslut enligt 6 kap. 1 a § kommunallagen (1991:900).

Konkurrenskommissionen kan inte se att de fulla konsekvenserna av förslaget, särskilt med avseende på vilka effekter uppkomsten av interkommunala entreprenadorganisationer kan ha på marknaden, är tillräckligt utredda. Konkurrenskommissionen sällar sig därför till de tidigare utredningar² som har funnit att ett generellt undantag från lokaliseringsprincipen skulle medföra allt för långtgående konsekvenser, med bland annat demokratiunderskott och bristande insyn för kommunmedlemmarna.

YTTRANDE

1. Grundläggande utgångspunkter

Det finns i dagsläget väl utvecklade möjligheter för interkommunal samverkan i sådana frågor där kommunerna har ett gemensamt intresse.

Kommunerna kan redan idag överlåta i princip alla sina kommunala uppgifter till en gemensam nämnd eller till ett kommunalförbund, inbegripet myndighetsutövning. Det finns således redan existerande former för förvaltningssamverkan som kan tillämpas, oavsett behovets omfattning och art. Detta sker i dag genom kommunala miljö- och hälsoskyddsförbund samt inom räddningstjänsten. Vidare kan kommunerna välja att istället bedriva verksamhet i bolagsform, antingen ensamt eller tillsammans med andra ägarkommuner.

Sådan samverkan behöver nämligen inte göras till föremål för upphandling så länge bolaget bedriver mer än 80 procent av sin verksamhet gentemot de offentliga aktörer som äger och kontrollerar bolaget. Detta sker i dag när det gäller exempelvis avfallshantering och vattenproduktion.

² Se bland annat SOU 2007:72 s. 294 och SOU 2012:30 s. 302.

Interkommunal samverkan kan sålunda ske i såväl förvaltningsform, genom kommunal-förbund eller gemensamma nämnder, som i privaträttslig organisationsform genom gemensamt ägda bolag eller i föreningar, såsom regionala kommunförbund.

Kommuner som finner behov av att i en viss typ av fråga samverka med andra kommuner har således redan i dag ett flertal väl fungerande alternativ – förvaltningsrättsliga såväl som privaträttsliga – att välja mellan. Dessa är som huvudsak organisatoriska former, där de medverkande kommunerna samverkar för att skapa effektivitetsvinster och bättre förvaltning av skattepengarna utan att därför träffa civilrättsliga avtal med varandra.

Utredningen har utrett möjligheten för kommuner att, utöver dessa samverkansformer, även bedriva verksamhet genom direkt civilrättslig avtalssamverkan. Sådan samverkan saknar den organisatoriska struktur som annars kännetecknar de ovan nämnda samverkansformerna, och kan därigenom tyckas ”enklare” för kommunerna att tillämpa.

Konkurrenskommissionen anser dock att utgångspunkten måste vara att kommunalt skattefinansierad verksamhet huvudsakligen ska bedrivas i förvaltningsform eller i de ekonomiskt särredovisade samverkansformer som erbjuds genom bolag och föreningar. Skattefinansierade aktörer, som kommuner, ska inte konkurrera med sådana tjänster som typiskt tillhandahålls av privata aktörer. Det föreligger redan idag problem med överetablering av kommunala investeringar och bristande följsamhet av upphandlingslagstiftningen och inom branscher såsom exempelvis avfallsförbränning som riskerar att ytterligare förstärkas.

2. Behov av utvidgade möjligheter till avtalssamverkan

Såsom närmare redovisats ovan finns det idag ett antal möjliga interkommunala samverkansformer att välja mellan, särskilt i förhållande till uppgifter som innefattar myndighetsutövning. Konkurrenskommissionen ställer sig därför tveksam till om den föreslagna möjligheten till civilrättslig avtalssamverkan fyller något *preciserat* behov.

I betänkandet anger utredningen att någon egen inventering av behovet inte har skett. Vidare uppges att materialet primärt avser ett generellt behov av samverkan, och inte behovet av *avtalssamverkan* specifikt. Dessutom uttalas att det inte är helt tydligt på vilket sätt som existerande regelverk kan uppfattas utgöra ett hinder mot avtalssamverkan idag. Trots detta gör utredningen ett antal svepande och ogrundade antaganden avseende det behov som anses finnas. Bland annat anförs följande:

”För det första finns det många områden där kommuner önskar utvidgade möjligheter till avtalssamverkan där det inte finns några privata alternativ till kommunala utförare. Detta gäller främst många obligatoriska kommunala uppgifter som innefattar myndighetsutövning.”³

När samma behov ska redovisas utifrån möjligheten att begränsa avtalssamverkan till att endast omfatta myndighetsutövning anförs istället att

”många av de områden där kommunerna önskar utvidgade möjligheter till avtalssamverkan avser verksamheter som sannolikt inte utgör myndighetsutövning”.⁴

Behovet synes således variera, närmast utifrån vad som för stunden bedöms passa utredningens argumentation bäst.

³ Betänkandet, s. 179.

⁴ Betänkandet, s. 195.

I utredningsbetänkandet anges att två av de tre mest efterfrågade områdena för avtalssamverkan är administration samt IT och digitalisering – tjänster som huvudsakligen erbjuds av privata utförare och inte innefattar någon myndighetsutövning. Det kan således sättas i fråga om det redovisade behovet av avtalssamverkan för myndighetsutövning verkligen har sådan omfattning som påstås av utredningen, särskilt med beaktande av att det idag finns ett flertal alternativa former för att bedriva dylik samverkan avseende just myndighetsutövning,

Konkurrenskommissionen ifrågasätter därför om det verkligen föreligger ett sådant behov utredningen påstår. Det framstår som tydligt att det anförda behovet huvudsakligen omfattar tjänster som typiskt sett tillhandahålls av den privata marknaden, och endast till en mindre del avser myndighetsutövning. Behovet förefaller framför allt avse tjänster som till sin natur är komplicerade och tidsödande att upphandla, varför det inte är orimligt att tänka sig att kommunerna närmast vill få ett sätt att kunna tillgodose sitt behov av dessa tjänster vid sidan om upphandlingsbestämmelserna, snarare än ett reellt behov av interkommunal samverkan. Sådana överväganden lämpar sig bäst för den just nu pågående utredningen om vissa förklarade upphandlingsregler (Fi 2017:05), som inom kort ska presentera ett förslag på enklare regler för upphandlingar under tröskelvärdet.

Konkurrenskommissionen ser dock ett behov, för framförallt mindre kommuner, att i ett visst ärende kunna delegera till en anställd i en annan kommun att besluta å kommunens vägnar. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i lagen införs en utökad möjlighet till *extern delegation*. Det bör även övervägas om det finns andra sätt att åtgärda problematiken med mindre kommuner, till exempel genom att utreda förutsättningarna för en ny kommunsammanslagningsreform.

3. Samverkansavtal och upphandlingsreglerna

I utredningsbetänkandet konstateras mycket riktigt att interkommunal avtalssamverkan som huvudregel omfattas av upphandlingslagstiftningen eftersom sådan i huvudsak omfattar rena tjänsteavtal. Utredningen redogör även för det så kallade ”Hamburg-undantaget” som från all upphandlingsskyldighet undantar samarbete mellan upphandlande myndigheter.⁵

För att undantaget ska kunna komma ifråga måste detta dock avse ett faktiskt samarbete där offentliga tjänster tillhandahålls för att uppnå avtalsparternas gemensamma mål. Det får således inte avse rena köp av tjänster där den ena parten är i en beställarfunktion och den andra parten huvudsakligen framstår som leverantör. Undantaget har således ett begränsat användningsområde och det krävs en omfattande och komplicerad rättslig bedömning innan det med säkerhet kan fastställas att ett kontrakt är undantaget annonseringsplikten. Som utredningen framhåller innebär detta en rättslig osäkerhet som ställer höga krav på kommunerna vid sina aktuella bedömningar i varje enskilt fall. Det är därmed tveksamt om framför allt de mindre kommunerna besitter erforderlig kompetens för att göra dessa bedömningar.

En lagstiftning som anger att avtalssamverkan är tillåtet, men samtidigt förutsätter att komplicerade bedömningar ska göras utifrån upphandlingslagstiftningens undantagsrätt, är ägnat att öka andelen överprövningar. Detta går tvärt emot lagstiftarens intentioner och kan på sikt medföra risk för att Sverige döms i EU-domstolen för fördragsbrott och överträdelse av upphandlingsdirektiven.

⁵ För det s.k. Hamburg-undantaget, se 3 kap.17-18 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU.

Konkurrenskommissionen har vid upprepade tillfällen uppmärksammat kommuner som anser att olika slags egenpåkittade etiketter som ”projektavtal” eller ”innovationsavtal” ger skäl att frånga upphandlingslagstiftningen. Således är det inte orimligt att anta att även ”samverkansavtal” föreslås sälla sig till dessa fabricerade undantag, med därpå följande risk för konkurrenssnedvridning.

4. Undantag från lokaliseringsprincipen

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa ett generellt undantag från lokaliseringsprincipen för interkommunal avtalssamverkan. Om förslaget genomfördes skulle det möjliggöra för kommuner och landsting att delta i upphandlingar med anbud, vilket skulle riskera att få kraftigt konkurrenssnedvridande verkan.

En kommun måste förhålla sig till självkostnadsprincipen och får inte driva verksamheter utifrån ett vinstsyfte. En kommun står dock inte under sådan redovisningsplikt som till exempel ett aktiebolag gör, vilket medför att det finns betydande svårigheter att kontrollera finansieringen av den bedrivna verksamheten. Genom den föreslagna möjligheten till interkommunal avtalssamverkan suddas gränserna ut mellan drift för eget behov och extern affärsverksamhet, med risk för korssubventionering. Uppkommande underskott i en förlustbringande extern verksamhet kan således komma att finansieras med skattepengar från andra delar av den kommunala verksamheten.

En möjlighet för kommuner att lämna anbud i upphandlingar medför även effekter som utredningen inte synes ha beaktat. En kommunal upphandlande myndighet som annonserar en upphandling kan således få in anbud från en annan kommun. Detta medför att den anbudsgivande kommunen, såsom upphandlingsrättslig ”leverantör”, ges rätt att överpröva upphandlingen i domstol, med medföljande möjlighet till skadestånd vid uteblivet avtal. Vidare kan den upphandlande kommunala myndigheten mot sin vilja tvingas sluta avtal med den anbudsgivande kommunen, om denne har lämnat det bästa anbudet i upphandlingen. Det föreligger inga upphandlingsrättsliga möjligheter för en upphandlande kommun att hindra en annan kommun från att lämna anbud - tvärt om föreligger enligt det upphandlingsrättsliga regelverket en absolut rättighet för andra kommuner att lämna anbud. Detta riskerar medföra en ofrivillig centralisering genom storskalig kommunal entreprenadverksamhet. Detta scenario kan knappast vara syftet med lagstiftningen.

Utredningen anför att syftet med förslaget inte är att kommunerna ska kunna delta med anbud i upphandlingar. Konkurrenskommissionen förordar därför, för det fall lagstiftaren går vidare med förslaget, att det även i lagen uttryckligen anges att kommuner inte får lämna anbud till varandra vid offentlig upphandling.

Konkurrenskommissionen förordar även att eventuell avtalssamverkan begränsas till myndighetsutövning, med därtill anknytande tjänster. En sådan begränsning skulle minska risken för att kommuner konkurrerar på marknaden för tjänster som vanligtvis utförs av privata utförare, och därmed även risken för felbedömningar i förhållande till undantaget för kontrakt mellan upphandlande myndigheter.

5. Konsekvenser av förslaget

Konkurrenskommissionen kan inte se att konsekvenserna av förslaget är tillräckligt utredda. Utredningen anger bland annat att det inte finns något kommunalt intresse av att bygga upp en omfattande uppdragsverksamhet samt att det visserligen finns en risk för överetablering men att kommunmedlemmarna i slutändan ges möjlighet påverka beslutsfattandet genom sin röst i de kommunala valen.

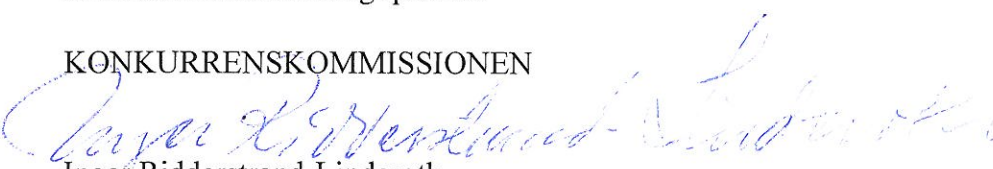
Uttalandena är enligt Konkurrenskommissionens mening alltför optimistiska och visar på den närmast naiva inställning som utredningen har mot det demokratiunderskott som riskerar att uppstå till följd av förslaget.

Det finns redan idag omfattande kommunala investeringar för interkommunal uppdragsverksamhet som kan anses behörighetsmässigt tveksamma. Inom områden som avfalls- hantering och energiproduktion finns det exempelvis omfattande överetablering av kommunala investeringar med verksamheter som dras med kraftigt underskott. Förslaget är närmast ägnat att ytterligare driva på en sådan utveckling, vilket i slutändan drabbar de berörda kommunala skatte- eller avgiftsbetalarna.

Utredningens uttalanden om möjligheten till medborgerlig kontroll och ansvarsutkrävande framstår närmast som ägnade att vilseleda. Det finns en betydande problematik i förhållandet mellan kommunalrätten och upphandlingsrätten, där antingen leverantörer eller kommunmedlemmar nekas talerätt beroende på vilken lag som kan anses tillämplig – en bedömning som dessutom kommer att kräva avsevärd juridisk kompetens. Om man därtill beaktar den underlägsna processuella ställning som den klagande i grunden har, och svårigheten att överhuvudtaget identifiera ett överklagbart beslut avseende avtalssamverkan, så framstår möjligheten för en kommunmedlem att vinna framgång med en rättslig prövning som minimal.

Konkurrenskommissionen välkomnar dock förslaget att kommunstyrelsen ska åläggas en granskningsskyldighet av eventuell samverkan. Konkurrenskommissionen förordar att en sådan granskning ska kunna överklagas på samma sätt som ett uppsiktsbeslut enligt 6 kap. 9 § kommunallagen (2017:725). Utredningen har som argument mot detta framfört att det därigenom skulle möjliggöra för en kommunmedlem att kunna överklaga en verksamhet i en annan kommun. I och med att både hemkommunen och utförarkommunen måste följa kommunallagen kan detta knappast utgöra ett problem, eftersom både medborgare i hemkommunen och utförarkommunen måste anses ha ett intresse av att kunna få en avtalssamverkan rättsligt prövad.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/



Pär Cronhult
/föredragande/