

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Betänkandet En generell rätt till kommunal avtalssamverkan (SOU 2017:77)

Fi2017/03967/K

Sammanfattning

Konkurrensverket avstyrker utredningens förslag om en generell rätt till kommunal avtalssamverkan. Orsakerna till detta är följande:

- Förslaget innebär att lokaliseringsprincipen delvis överges och öppnar därigenom för en expansion av säljverksamhet som bedrivs av kommuner och landsting utanför det egna geografiska området i konkurrens med privata näringsidkare. Utredningen har inte tillräckligt utrett konsekvenserna för näringslivet av en utökad offentlig säljverksamhet. Förslagets effekter kan därför inte bedömas på sätt som krävs för att det ska kunna läggas till grund för lagstiftning.
- Konkurrensverket kan enligt gällande reglering yrka på verksamhetsförbud enligt 3 kap. 27 och 28 §§ konkurrenslagen (2008:579) för sådan konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som bedrivs i strid med lokaliseringsprincipen. Vid försäljning till annan kommun eller landsting kommer ett verksamhetsförbud inte att vara möjligt med den föreslagna regeländringen om de varor eller tjänster som säljs omfattas av den kommunala kompetensen. Detta minskar möjligheterna att effektivt ingripa vid konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.
- Konkurrensverket ifrågasätter också om utredningen har uttömt möjligheterna att utforma en mer begränsad rätt till kommunal avtalssamverkan. Med en sådan begränsad rätt till avtalssamverkan inom relevanta områden skulle syftet med regleringen uppnås samtidigt som risken för icke avsedda effekter minskar.

Konkurrensverket anser även att det bör följas upp om en eventuellt utvidgad lokaliseringsprincip i kombination med det upphandlingsrättsliga undantaget för horisontell samverkan, det s.k. Hamburg-undantaget, leder till att färre kontrakt konkurrensutsätts.

Konsekvenser avseende kommunal försäljning på konkurrensutsatta marknader

Utredningens förslag om en utvidgning av lokaliseringsprincipen innebär bland annat, om det genomförs, att kommuner och landsting skulle kunna lämna anbud i varandras upphandlingar. Trots detta så förmodar utredningen att dess förslag inte i någon större utsträckning kommer att öka förekomsten av konkurrens från offentliga aktörer på marknader där även privata alternativ föreligger. Utredningen redovisar dock knapphändiga belägg för denna förmodan. Tvärtom framgår av betänkandet att kommunerna i relativt hög utsträckning är intresserade av utökade möjligheter till avtalssamverkan på områden som it, juridiska specialisttjänster och administration (tabellen på s. 157). På dessa områden torde det i många fall finnas möjlighet att köpa motsvarande tjänst från privata leverantörer.

Enligt utredningens uppfattning innebär självkostnadsprincipen en naturlig begränsning av risken för att en kommun åtar sig uppgifter från andra kommuner i en utsträckning som inte står i rimlig proportion till omfattningen av den verksamhet som bedrivs för egen del.

Konkurrensverket konstaterar att självkostnadsprincipen inte är en garanti för återhållen kommunal försäljning. Förutom att ett pris i nivå med självkostnaden kan vara ekonomiskt gynnsamt för den säljande kommunen eller landstinget då det kan ge ett täckningsbidrag till gemensamma kostnader, finns det även andra incitament än vinst för att expandera sin offentliga säljverksamhet utanför det egna geografiska området. En sådan expansion kan skapa konkurrensproblem.

Konkurrensverket har i sin tillsynsverksamhet utrett ett flertal ärenden rörande offentlig säljverksamhet som utövats av kommuner och landsting utanför kommunens och landstingets geografiska område. Det gäller till exempel försäljning av tvätteritjänster, larmtjänster, tolkverksamhet, handikaphjälpmiddel och elservicetjänster. Utredningens förmodan att kommuner och landsting skulle sakna intresse att expandera sina verksamheter utanför sina geografiska områden överensstämmer därför inte med Konkurrensverkets erfarenheter på området.

Konkurrensverket vill framhålla att lagstiftaren tidigare gett uttryck för en försiktig hållning i samband med att en generell rätt till interkommunala avtal övervägdes 2008. Flera nackdelar med en sådan möjlighet identifierades, bland annat konsekvenser för konkurrensen mellan kommunala och privata aktörer. Detta ledde till att en generell regel om interkommunala avtal inte föreslogs (prop. 2008/09:21 s. 71). Konkurrensverket kan konstatera att de nackdelar en generell möjlighet till interkommunala avtal ansågs medföra 2008 fortfarande kvarstår.

Konkurrensverket anser att ett förslag som på ett så ingripande sätt utvidgar den kommunala kompetensen måste föregås av en grundlig konsekvensbeskrivning på det näringspolitiska området för att kunna läggas till grund för lagstiftning.

Bristen på erforderlig konsekvensutredning är i sig ett tillräckligt skäl för att Konkurrensverket ska avstyrka utredningens förslag om en generell rätt till kommunal avtalssamverkan.

Konsekvenser för effektiviteten i tillämpningen av regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Konkurrensverket utövar tillsyn över efterlevnaden av bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 och 28 §§ konkurrenslagen (2008:579). Konkurrensverket kan i domstol yrka på verksamhetsförbud eller förfarandeförbud för en offentlig säljverksamhet som begränsar konkurrensen. En verksamhet som bedrivs av en kommun eller ett landsting och som är förenlig med lag får dock inte förbjudas.

Utredningens förslag om att utvidga lokaliseringsprincipen skulle, om det genomförs, i många fall begränsa de möjliga åtgärder som kan vidtas om förekomsten av en konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har konstaterats. I situationer där kommuner och landsting bedriver konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet utanför sina geografiska områden kommer denna verksamhet inte att kunna förbjudas i det fall att försäljningen riktar sig mot en annan kommun eller landsting och de varor eller tjänster som säljs omfattas av den kommunala kompetensen.

Möjligheten till förfarandeförbud kvarstår i samma utsträckning som tidigare, men i de fall där ett verksamhetsförbud vore det mest effektiva ingripandet kommer alltså denna möjlighet i många fall att försvinna.

Effekterna av en begränsning av tillämpningsområdet för regleringen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – som blir en konsekvens av utredningens förslag – har inte analyserats eller ens beskrivits av utredningen. Utredningen har enbart utgått ifrån att förslaget om generell avtalssamverkan inte kommer att öka förekomsten av konkurrens från kommuner och landsting på marknader där även privata alternativ föreligger.

Även på den grunden att möjligheten att på mest effektiva sätt ingripa mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet försvagas avstyrker Konkurrensverket utredningens förslag.

Frågan om rätten till avtalssamverkan borde vara generell

Utredningen har kortfattat beskrivit varför förslaget gällande kommunal avtalssamverkan inte begränsas till ärenden som avser myndighetsutövning, offentliga tjänster eller ett geografiskt närliggande område. Förslaget om en generell rätt till kommunal avtalssamverkan innebär, på det sätt som nämns ovan, en inskränkning i tillämpningsområdet av regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Det innebär också en ökad risk för snedvridning av konkurrensen när kommuner, som har konkurrensfördelar genom att exempelvis tillämpa självkostnadsprincipen, får större möjlighet att konkurrera med privata aktörer.

Konkurrensverket anser därför att utredningen i högre utsträckning borde ha utrett möjligheterna att införa en begränsad rätt till kommunal avtalssamverkan.

Utredningen uppger att "Syftet med bestämmelsen är inte att kommuner och landsting ska kunna lämna anbud i andra kommuners och landstings upphandlingar. Däremot ska de kunna bistå varandra när marknaden inte fungerar eller inte existerar, vilket t.ex. gäller vid avtalssamverkan om uppgifter som innefattar myndighetsutövning."

Konkurrensverket anser att utredningen borde ha inriktat sitt arbete på att utforma ett förslag om en mer begränsad avtalssamverkan, till exempel såvitt avser myndighetsutövning. En generell rätt till avtalssamverkan kräver en mer grundlig behovs-, marknads- och konsekvensanalys av effekterna för både offentliga och privata aktörer. En begränsad rätt till avtalssamverkan skulle reflektera syftet med förändringen samtidigt som risken för andra, icke avsedda effekter minskas.

Oklar effekt avseende konkurrensutsättning av kontrakt

Om utredningens förslag genomförs kan antalet tillfällen där det upphandlingsrättsliga undantaget för horisontell samverkan¹ skulle kunna användas bli fler. Detta innebär inte per automatik att kommuner och landsting får ökade möjligheter att köpa direkt av varandra med stöd av det upphandlingsrättsliga undantaget utan de måste alltså i varje enskilt fall bedöma om rekvisiten för undantaget är uppfyllda. I vilken mån utredningens förslag innebär att samverkan ersätter situationer där kommuner och landsting i dag konkurrensutsätter kontrakt är oklart. En utveckling där färre kontrakt konkurrensutsätts kan vara problematisk. Om utredningens förslag om en generell rätt till kommunal avtals-samverkan genomförs bör det ske en uppföljning av eventuella konsekvenser avseende konkurrensutsättning av kontrakt.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Katarina Magnusson.

Rikard Jermsten

Katarina Magnusson

¹ Det s.k. Hamburg-undantaget enligt 3 kap. 17 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.