

VERKSAMHETSBERÄTTELSE tredje verksamhetsåret

Under senare år har stat, kommuner och landsting försökt införa moment av konkurrens i den offentliga verksamheten. Det har skett i olika former:

Den offentliga serviceverksamheten på den kommunala nivån har delats upp i en beställar- och en utförardel med sikte på att åstadkomma i vart fall intern konkurrens mellan utförardelarna. Offentliga verksamheter har bolagiserats, vilket enligt gällande upphandlingsregler leder till att kommunala uppdrag inte får läggas ut på dessa företag utan en upphandling i konkurrens och att avgivna anbud skall behandlas objektivt och utan favorisering av de offentligt ägda företagen.

Dessutom förekommer det att offentligt ägda företag erbjuder sina tjänster på den allmänna marknaden åt offentliga eller privata beställare. Det föreligger då risk att konkurrensen snedvrids på grund av att de offentliga företagen i skydd av att de ytterst garanteras av den offentliga beskattningsrätten kan erbjuda tjänsterna till lägre priser än privatfinansierade företag.

Den 1 januari 1994 sammankallades på initiativ av Föreningen Den Nya Valfärden en privat kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma dessa frågor. Konkurrens-kommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrens-begränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata entreprenörer på marknaden och som skadar medborgarna i deras egen-skap av skatte-betalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skatte-subsidier eller genom att sammanblanda myndighets-utövning med service snedvrider konkurrensen.

Konkurrenskommissionens uppgifter är:

att undersöka anmälda eller på annat sätt uppmärksammade fall, låta berörda parter yttra sig och därefter bedöma huruvida fallen strider mot lag eller förordning eller i övrigt mot de principer om vilka Konkurrenskommissionen skall värna,
att informera media om fall som bryter mot dessa principer,
att ge publicitet åt bedömda fall samt att överlämna fallen till Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) eller annan myndighet för kännedom eller åtgärd, samt
att ge råd åt medborgare och företag som anser sig utsatta för offentlig kränkning av konkurrens-neutraliteten.

Som ordförande i Konkurrenskommissionen har fungerat förre general-direktören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G. Rune Berggren. Övriga experter i kommissionen har under verksamhetsåret varit ordföranden i Föreningen Den Nya Valfärden Patrik Engellau, förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth, riksdagsmannen, chefsåklagaren i Kristianstad Bengt Harding Olson samt Monica Werenfels-Röttorp, SAF.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knuten en handläggande jurist som har ställts till kommissionens förfogande av Föreningen Den Nya Valfärden och Stiftelsen Med-borg-ar-nas Offentliga Utredningar (MOU). Kommissionens kontakter med mass-media har handlagts av föreningens och stiftelsens informationschef.

Innan ett ärende tas upp av Konkurrenskommissionen underkastas det en preliminär bedömning av om saken är en angelägenhet för kommissionen att granska. Om så bedöms vara fallet och de under-liggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra utreder kommissionens hand-läggare frågan. Utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det offentliga organ som beslutat i ärendet. En slutlig promemoria med en sam-manfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till Kon-kur-rens-kommissionen för bedömning.

Anmälan till Konkurrenskommissionen sker kostnadsfritt och den som anmäler får vara anonym. Uppgifter om vem eller vilka som anmält ärenden för granskning eller på annat sätt lämnat informa-tion omfattas av total sekretess under kommissionens vidare hantering av ärendet.

Allt som anmäls eller på annat sätt kommer till Konkurrenskommissionens kännedom underkastas en självständig och förutsättningslös granskning av kommissionen, som bedömer huruvida konkurrensen riskerar att snedvridas genom det anmälda förfarandet samt huruvida detta överensstämmer med gäl-lande bestämmelser, t.ex. kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakom-lig-gande EG-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutligt beslut uttalar sig kommis-sionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör emellertid inte någon sådan bevisvärdering som ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser och agerar vid sin gransk-ning inte som ombud för någon part.

Konkurrenskommissionens slutliga bedömningar överlämnas till berört offentligt organ samt för kännedom till Konkurrensverket och, i förekommande fall, till Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Svenska Kommunförbundet samt Landstings-förbundet. Bedömningarna tillställs även mass-media. Sedan starten år 1994 har Konkurrens-kommis-sionen mottagit 253 diarietförda anmälningar från enskilda och företag som ansett sig utsatta för offentlig kränkning av konkurrens-neutraliteten eller av andra orsaker velat uppmärksamma sådana kränkningar. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 27 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har 124 lett till slutlig bedömning.

VERKSAMHETSÅRET 1996/97

Konkurrenskommissionens tredje verksamhetsår omfattar perioden den 1 juli 1996 till och med den 30 juni 1997.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 72 diarietförda anmälningar från enskilda och företag som ansett sig utsatta för offentlig kränkning av konkurrens-neutraliteten eller av andra orsaker velat

uppmärksamma sådana kränkningar. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 13 fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 41 lett till slutlig bedömning. Konkurrenskommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden .

Bedömda ärenden

De ärenden konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan grovt sett delas in i tre huvud-grupper: I) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling, II) ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen, samt III) ärenden rörande konkurrenssnedvridning på annat sätt.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 32 ärenden. Samtliga av dessa har lett till kritik av den in-blan-dade myndigheten. Bland annat märks följande ärenden:

KKO 95-050, bristande affärsmässighet. Stockholm Energi AB, som är ett helägt kommunalt bolag, hade i samband med en upphandling av transporttjänster antagit de i upphandlingen minst förmånliga anbuden. Som grund för beslutet åberopade bolaget en undantagsbestämmelse i lagen om offentlig upphandling. Bolagets egen advokat hade tidigare utrett lagens tillämpligheten och avrått från att åberopa den aktuella undantagsbestämmelsen då den, enligt advokatens bedömning, inte på några villkor kunde anses vara tillämplig i den aktuella upphandlingen. Konkurrenskommissionen bedömde att bolagets agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling.

KKO 96-034, direktupphandling, gynnande av ett kommunalt bolag. Halmstads kommun hade upphandlat tjänster för renhållning (sophämtning m.m.) från det egna kommunala renhållnings-bolaget. Upphandlingen föregicks inte av någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, utan uppdraget lämnades direkt till bolaget. Konkurrenskommissionen, som bedömde att agerandet snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling, uppmanade kommunen att omgående upphandla renhållningen i konkurrens på marknaden. Kommissionen noterade vidare att Halmstads kommun sedan över tolv år tillbaka hade vidmakthållit ett avtal med det kommunala bolaget som upphandlats i strid mot gällande bestämmelser.

KKO 96-038, direktupphandling, gynnande av ett kommunalt bolag. Jönköpings läns lands-ting vidmakthåller sedan år 1978 ett avtal om köp av tjänster för persedeltvätt m.m. från ett av landstinget delägt tvätteribolag. Den ursprungliga upphandlingen hade i strid mot de vid tidpunkten gällande bestämmelserna inte föregåtts av någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, I stället hade uppdraget utan konkurrens lämnats direkt till bolaget. Enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall löpande avtal normalt konkurrensupphandlas på nytt minst vart fjärde år. Konkurrenskommissionen, som bedömde att kommunens agerande

snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upphandling, uppmanade landstinget att omgående upphandla tvätteritjänsterna i konkurrens på marknaden.

KKO 96-074, bristande affärsmässighet. Botkyrka kommun hade i samband med anbudsfordran avseende prenumerationstjänster m.m. föreskrivit att anbudsgivarna skulle lämna sådana uppgifter om sina affärsmarginaler m.m. som är att anse som affärshemligheter. Konkurrens-kom-mis-sionen konstaterade att de aktuella kraven saknade sådan saklig relevans för anbudsvärderingen som kan krävas enligt lagen om offentlig upphandling, samt att förfarandet riskerade att rubba förutsättningarna för konkurrensen. Efter kommissionens kontakter med kom-munen ändrades förutsättningarna för upphandlingen så att kravet på röjande av affärshemligheter togs bort.

KKO 96-080, otillbörligt gynnande av leverantör. Bodens kommun hade begärt in anbud på leveranser av rengöringsmaterial m.m.. Av förutsättningarna för upphandlingen framgick att leverans normalt skulle ske inom en vecka efter successivt avrop. Emellertid uteslöts alla andra anbudsgivare utom företag som hade material-depå "inom 4 km från kungsbron i Boden" från att lämna anbud. Konkurrens-kom-mis-sionen konstaterade att det aktuella kravet på materialdepås lokalisering saknade sådan saklig relevans i förhållande till de angivna leverans-villkoren som kan krävas enligt lagen om offentlig upphandling, samt att villkoret, genom att utesluta vissa leverantörer, riskerade att rubba förutsättningarna för konkurrensen.

KKO 97-008, otillbörligt gynnande av leverantör. Socialstyrelsen hade begärt in anbud på tjänster för sjukvårdsupplysning per texttelefon från SOS Alarm AB samt två landsting. Några andra leverantörer hade inte beretts möjlighet att lämna anbud. Enligt lagen om offentlig upphandling skall anbud inhämtas från minst tre leverantörer. Av de tillfrågade var de båda landstingen emellertid enligt lag förhindrade att avge anbud i den aktuella upphandlingen. Den enda leverantör som inkom med anbud i upp-handlingen var följaktligen SOS Alarm. Konkurrens-kom-mis-sionen konstaterade att de båda lands-tingen inte kunde betraktas som leverantörer i lagens mening och att anbudsfordran därmed skett på ett ofullständigt och felaktigt sätt. Kommis-sionen bedömde att Socialstyrelsens agerande snedvred konkurrensen samt stred mot lagen om offentlig upp-handling.

KKO 97-024, otillbörligt gynnande av leverantör. Kronobergs läns landsting hade begärt in anbud på tjänster för barn- och ungdomstandvård. Genom utformningen av förutsättningarna för upphandlingen uteslöts i praktiken alla tänkbara leverantörer utom ett företag. Detta företag (Skaraborgstandvård AB) hade bildats genom en avknoppning från landstingets egen regi för fem år sedan och sedan dess utfört de aktuella tjänsterna. Någon konkurrensupphandling av de aktuella tjänsterna hade tidigare inte ägt rum, vilket stred mot gällande bestä-melser. Konkurrens-kom-mis-sionen konstaterade att upphandlingen utformats på ett felaktigt sätt och bedömde att landstinget därmed snedvred konkurrensen. Senare har Länsrätten i

Kronobergs län beslutat att upphandlingen skall göras om.

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort nio ärenden. Av dessa har åtta lett till kritik av den inblandade myndigheten. I ett fall har det till kommissionen inkomna yttrandet lett till att kommissionen utan ytterligare uttalanden lagt ärendet till handlingarna. Bland annat märks följande ärenden:

KKO 96-078, landstingskommunal entreprenad i en annan kommun. Locum Drift AB, som är ett av Stockholms läns landsting indirekt helägt bolag (och skyddat från konkurrens genom att landstinget i strid mot gällande bestämmelser underlåtit att konkurrensupphandla bolagets tjänster), hade i konkurrens med bl.a. privata företag tecknat avtal med Danderyds kommun om drift och underhåll av väg-, park- och fastighetsmark i Dan-de-ryd. Vid verksamhet som bedrivs genom landstingsägda bolag gäller enligt kommunallagen samma regler som om verksamheten hade bedrivits i landstingets egen regi. Konkurrenskommissionen påpekade att Locum Drift ABs aktuella verksamhet, som inte ingår i ett landstings normala åtaganden, kunde strida mot såväl kommunallagen som mot moderbolagets, Locum AB, bolagsordning samt bedömde att verksamheten snedvred konkurrensen.

KKO 97-001, kommunal entreprenad i en annan kommun. Gator och Grönt i Linköping AB, som är ett av Linköpings kommun indirekt helägt bolag (och skyddat från konkurrens genom att kommunen i strid mot gällande bestämmelser underlåtit att konkurrensupphandla bolagets tjänster), hade i konkurrens med privata företag tecknat avtal med två kringliggande kommuner, Mjölby och Finspång, om tjänster för renhållning m.m. Konkurrenskommissionen påpekade att Gator och Grönts aktuella verksamhet kunde strida mot kommunallagen och bedömde att verksamheten snedvred konkurrensen.

KKO 97-011, landstingskommunal entreprenad för ett annat landsting. Landstinget i Södermanland, hade genom ett med landstingen i Uppland och Västmanland gemensamt ägt tvätteribolag, Landstingstvätten i Eskilstuna AB, lämnat anbud på att tvätta åt Stockholms läns landsting. Konkurrenskommissionen påpekade att Landstingstvätteriets aktuella anbud kunde strida mot kommunallagen och bedömde att detta riskerade att snedvrida konkurrensen. Kommissionen uppmärksammade också att landstinget vid sin egen upphandling av tjänster tidigare själv åberopat det aktuella förbudet mot verksamhet i andra landsting som grund för att avslå ett (ekonomiskt mer fördelaktigt) anbud från Stockholms läns landsting.

III) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret inte avgjort något ärende:

Särskilt uppmärksammade ärenden

Bland de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret och tidigare har Arbetsmarknadsstyrelsens (AMS) myndigheter utmärkt sig särskilt. Bland de fall Konkurrenskommissionen har

haft att granska har Arbetsmarknadsstyrelsens myndigheter hittills förekommit i 15 ärenden. Av dessa ärenden avser de flesta tillämpningar av lagen om offentlig upp-handling där den statliga AmuGruppens koncerndotterbolag i konkurrens med privata företag deltagit som anbuds-givare till länsarbetsnämnderna. Bland annat har följande fall före-kommit för kommissionens utredning och bedömning.

KKO 95-022 Länsarbetsnämnden i Blekinge län I. Länsarbetsnämnden i Ble-kinge hade begärt in anbud på arbets-marknads-utbild-ning för arbetsökande i hela länet. I upphandlingen villkorades bl.a. att Ronneby och Söl-ves-borg skulle ut-göra kursorter. På dessa orter bedrev Amu-Gruppen sedan tidigare arbets-mark-nads-utbild-ning. Konkurrens-kom-missionen upp-märk-sammade att läns-arbetsnämndens agerande torde snedvrída konkur-ensen samt strida mot lagen om offent-lig upphandling. Senare har såväl länsrätt som kammarrätt beslutat att den aktuella upp-handlingen skall avbrytas. Länsarbetsnämnden har därefter gjort om upphandlingen utan angi-vande av de aktuella kursorterna. I en intervju i radio efter domstolarnas beslut uttalade läns-arbetsdirektören att det, oaktat domsto-larnas bedömning, fortfarande var länsarbetsnämndens uppfattning att enbart Ronneby och Sölvesborg kunde komma ifråga som kursorter. Några objektiva, sakliga skäl till varför enbart dessa kursorter kunde komma ifråga har länsarbets-nämnden inte redo-visat.

KKO 95-047 Länsarbetsnämnden i Blekinge län II. När den upp-hand-ling som redovisats ovan gjordes om hem-ställ-de den leverantör som klagat i den tidigare upp-handl-ingen att en av handel-skammare utsedd person i enlighet med bestäm-melsen i 6 kap. 7 § första stycket lagen om offentlig upphandling skulle närvara vid anbuds-öpp-ningen i den nya upp-handlingen. En av Syd-svenska Handels-kam-maren utsedd per-son, en tjänste-man vid handelskammaren, infann sig hos länsarbets-nämnden men nekades med hänvisning till sekretess-lagen att närvara vid förrättningen. Konkurrenskommissionen bedömde att länsarbetsnämndens agerande stred mot lagen om offentlig upphandling och riskerade att snedvrída konkurrensen, samtidigt som förfarandet var ägnat att rubba för-tro-endet för myndighetens objektivitet. Regeringsrätten har i ett liknande mål avse-ende Länsarbetsnämnden i Älvsborgs län beslutat att sekretess-lagen inte utgör hinder för så-dan närvaro av en handels-kammar-rep-resentant som angivits i lagen om offentlig upphand-ling.

KKO 95-048 Länsarbetsnämnden i Hallands län. Länsarbetsnämnden i Halland har i en upphandling avse-ende arbetsmarknadsutbildning, restaurang- och stor-hus-hålls-utbildning, beslutat att uppdraget skulle tilldelas Amu-Gruppen istället för en privat utbildningsanordnare. Enligt länsarbetsnämndens beslutsmotivering var utbild-nings-anordnarna kvalitetsmässigt jämbördiga varför priset, där AmuGruppen enligt länsarbetsnämnden inkommit med det lägsta priset, därmed blivit avgörande för beslutet om upphandling. Efter beslutet om upp-handling har länsarbets-nämnden upp-märksammats på att myndigheten har gjort ett räknefel vid noll-ställningen av anbuderna och att det privata

anbudet istället var det prismässigt billigaste anbudet. Myndigheten har då gjort en förnyad prövning och en "djupare granskning" av ärendet och därvid funnit att Amu-Gruppens (dyrare) anbud istället var det "kvalitets-mässigt bästa" anbudet, varvid myndigheten vidhöll det tidigare beslutet att lämna uppdraget till AmuGruppen. Den senare invändningen har inte prövats av Konkurrenskommissionen.

KKO 96-052 Länsarbetsnämnden i Göteborgs och Bohus län I. Läns-arbets-nämnden i Göteborg hade inhämtat anbud på arbetsmarknadsutbildning, bl.a. trafik-utbildning. Efter anbudstidens utgång befanns en privat trafikskola ha lagt ett lägre anbud än AmuGruppen. Läns-arbets-nämnden lät då AmuGruppen räkna om sitt anbud och inkomma med ett nytt, lägre pris. Trots att detta pris fortfarande var högre än den privata trafik-skolans beslutade länsarbetsnämnden att köpa tjänsterna från AmuGruppen. Till grund för beslutet åberopade länsarbets-nämnden en mängd nya omständigheter som inte angivits i anbudsunderlaget och som i vissa avseenden var felaktiga. Konkurrenskommissionen uppmärksammade att läns-arbetsnämndens agerande torde snedvrida konkurrensen samt strida mot lagen om offentlig upphandling. Senare har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) granskat ärendet och även bedömt att upphandlingen inte har hanterats i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Efter kritik från Konkurrenskommissionen och Nämnden för offentlig upphandling samt inför hot om stämning vid tingsrätt har läns-arbetsnämnden betalat ett skadestånd till den förfördelade trafikskolan på 730.000 kronor.

KKO 97-006 Länsarbetsnämnden i Göteborgs och Bohus län II. Länsarbets-nämnden i Göteborg hade inhämtat anbud på arbetsmarknadsutbildning. I anbuds-för-utsättningarna har länsarbetsnämnden bl.a. angivit att anbudsgivarna skall lämna uppgifter till ledning för bedömningen av vilka handels-marginaler de tillämpar. Detta förfarande har i ett tidigare mål avseende Länsarbets-nämnden i Älvsborgs län bedömts strida mot lagen om offentlig upphandling. Enligt Kammarrättens i Göteborg dom skall denna bedömning gälla omedelbart och tills vidare. Målet har överklagats till Regeringsrätten där prövning för närvarande pågår. Regerings-rätten har inte förordnat om omedelbart verkställighetsförbud (inhibition) av kammarrättens dom, vilken således äger giltighet intill dess Regeringsrätten slutgiltigt avgjort frågan. Oaktat rättsläget tillämpar Länsarbetsnämnden i Göteborg över ett år efter kammarrättens dom fortfarande det ogillade förfarandet. Konkurrens-kommissionen uppmärksammade att läns-arbetsnämndens agerande torde snedvrida konkurrensen samt strida mot lagen om offentlig upphandling. Allmän förvaltnings-domstol (Länsrätten i Göteborg) har senare beslutat att Läns-arbets-nämndens i Göteborg angivna förfarande strider mot lagen om offentlig upphandling och att upphandlingen skall göras om.

KKO 97-018 Länsarbetsnämnden i Skaraborgs län, m.fl. Länsarbets-nämnden i Skaraborg hade tillsammans med tre övriga västsvenska läns-arbets-nämnder begärt in anbud på industriteknisk

arbetsmarknads-utbildning för arbetssökande i hela länet. I upphandlingen villkorades i visst avseende att Lidköping, där Amu-Gruppen hittills bedrivit den aktuella utbildningen, skulle utgöra kursort. Under upphandlingens gång rättades förutsättningarna för upphandlingen till att kursort istället skulle utgöra Skövde, dit AmuGruppen flyttat den aktuella utbildningen (om lagligheten av riktade kursortsangivelser, se KKO 95-022, referat ovan, där kammarrättens dom inte torde vara okänd för arbetsmarknadsstyrelsens myndigheter). Vidare förekom att uppgifter om en privat anbudsgivares (lägre) anbudspris var känt av AmuGruppen i samband med prisförhandlingar i upphandlingen. Allmän förvaltningsdomstol (Länsrätten i Skaraborg) har senare beslutat om inhibition och att upphandlingen skall göras om.

Publicering av ärenden En viktig uppgift för konkurrenskommissionen har varit att sprida kännedom om kommissionens avgöranden och på detta sätt påverka offentliga aktörer direkt eller genom den allmänna opinionens tryck. Den viktigaste vägen att nå detta syfte har varit pressreleaser beträffande kommissionens verksamhet och avgöranden. Massmedias behandling har varit övervägande positiv, framför allt i lokala och regionala press- och etermedia. Några fall har uppmärksammats även i rikstäckande media. Genom mediabevakningen känner allt fler kommunala aktörer och bland allmänheten till kommissionens verksamhet.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i över 550 media-nedslag: tidningsartiklar och inslag i radio och TV.

Övrigt

Utöver hantering och publicering av ärenden har Konkurrenskommissionen också verkat för att främja kringkonkurrensneutralitet inom offentlig verksamhet har belysts och diskuteras på andra sätt.

Vid flera tillfällen har Konkurrenskommissionen medverkat vid seminarier, paneldiskussioner och i andra fora där konkurrens och offentlig upphandling har diskuterats. Kommissionen har även kontaktats av enskilda företagare och tjänstemän i statlig och kommunal förvaltning som önskat synpunkter och upplysningar om Konkurrenskommissionens arbete och avgjorda fall, samt i viss mån vägledning i enskilda frågor.

Slutsatser

De slutsatser Konkurrenskommissionen kan dra av de första verksamhetsårens erfarenheter är att de konkurrens-snedvridande beteenden som förekommer inom den offentliga sektorn i korthet kan sammanfattas i tre huvudgrupper:

Åsidosättanden av reglerna om offentlig upphandling. Denna grupp utgör den största delen av de av kommissionen granskade fallen. Överträdelse av förbud i lag att engagera sig i viss verksamhet. Denna grupp utgör ungefär femtedel av ärendena. Övriga ärenden där olika former av subventioner snedvrider förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens på den allmänna marknaden.

Åsidosättanden av reglerna om offentlig upphandling

Som kommissionen påpekat i tidigare års verksamhetsberättelser varierar orsakerna till att bestämmelserna för offentlig upphandling åsidosätts från fall till fall. Icke sällan är förklaringen okunnighet om gällande bestämmelser.

Mot bakgrund av att upphandlingslagen vid det här laget har varit i kraft i snart fyra år torde argumentet att myndigheterna ännu inte har hunnit vänja sig vid den nya lagstiftningen inte längre kunna anföras, särskilt i beaktande av att liknande regelsystem för att garantera affärsmässighet och opartiskhet vid handhavandet av allmänna medel även återfanns i tidigare bestämmelser, både för den statliga och kommunala sektorn.

Undantagna från de tidigare bestämmelserna var emellertid Arbetsmarknadsstyrelsens myndigheter (AMS och länsarbetsnämnderna), vid upphandling av arbetsmarknadsutbildning. Konkurrenskommissionen kan i belysningen av de fall som anmälts för granskning (se redovisningen ovan) inte undgå att notera att länsarbetsnämndernas handläggning av vissa upphandlingar synes ha genomförts som om detta numera upphävda undantag fortfarande gällde.

En förklaring till att offentliga aktörer visar bristande respekt för gällande lagar och förordningar och överträder dem kan vara att bestämmelserna inte är effektivt sanktionerade. I upphandlingslagen finns två olika system för sanktioner. (I) Dels kan förvaltningsdomstol under pågående upphandling föreskriva att upphandlingen skall göras om eller att upphandlingsbeslut inte får fattas förrän rättelse i visst avseende har skett. (II) Dels kan en förfördelad part i ett avgjort upphandlingsärende tilldömas skadestånd efter prövning i allmän domstol. Konkurrenskommissionens erfarenhet är att dessa sanktioner inte fungerar tillfredsställande. Initiativet till att en överträdelse beivras vilar för närvarande på att en leverantör väcker talan om överprövning eller skadestånd. Eftersom leverantörerna av affärsmässiga skäl är rädda för att stöta sig med de offentliga upphandlarna är dessa ofta ytterst ovilliga att föra processer om överprövning eller skadestånd. Klara överträdelser blir på denna grund därför icke sällan opåtalade. En annan grund är de bevissvårigheter som i praktiken föreligger för leverantörerna för att vinna framgång vid vissa mål om klara överträdelser.

Särskilt uppenbart framstår dessa problem vid s.k. otillåtna direktupphandlingar, d.v.s. fall då en upphandlande enhet i strid mot lagens bestämmelser beslutat att direktupphandla varor eller tjänster från en viss leverantör, utan föregående infordran av anbud i konkurrens på de allmänna marknaden. Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret särskilt uppmärksammat två sådana fall.

Det ena fallet (KKO 96-045) gällde möjlighet till överprövning i förvaltningsdomstol. Kommunstyrelsen i Nyköping hade vid ett protokollfört sammanträde beslutat att kommunen utan någon föregående upphandling i konkurrens på marknaden, skulle uppdra vissa tjänster avseende fastighetsförvaltning åt det kommunala bostadsbolaget. En privat leverantör ansökte hos länsrätt om överprövning av upphandlingen. Länsrätten avvisade talan. I beslutet konstaterade rätten visserligen att "Kommunstyrelsens beslut kan utläsas som ett direktiv för Nyköpings kommun att åsidosätta sina skyldigheter om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § lagen om offentligt

upphandling" men bedömde att något "egentligt upphandlingsförfarande" inte inlemts, varför lagens om offentlig upphandling sanktionsmedel inte var tillämpliga i det aktuella fallet. Länsrättens beslut fastställdes av Kammarrätt. Regeringsrätten vägrade prövningstillstånd.(2) Om ett "egentligt upphandlingsförfarande" anses inlett först sedan kontrakt skrivits mellan upphandlare och leverantör kan förfarandet för överprövning överhuvud taget inte tillämpas vid s.k. otillåtna direktupphandlingar. Möjligheten till överprövning enligt lagen upphör nämligen i och med att skrivet kontrakt tecknas mellan parterna. En konsekvens av domstolarnas bedömning, som får uppfattas som prejudicerande, är att det saknas rättsliga remedier för överprövning (och även för skadestånd, vilket närmare skall utvecklas nedan) när upphandlande enheter väljer att helt sätta sig över de genom lagen om offentlig upphandling och lagens bakomliggande EG-direktiv påbjudna regelsystemet.

Det andra fallet (KKO 95-021) gällde möjlighet till skadestånd i allmän domstol. Ekerö kommun hade utan föregående upphandling i konkurrens på marknaden tilldelat ett av kommunen delägt privat företag vissa uppdrag avseende städning m.m., bl.a. av en större gymnasieskola i kommunen. En privat leverantör som under en längre tid försökt få tillfälle att lämna anbud i kommunen men av-visats, ansökte hos tingsrätt om stämning på skadestånd. Den privata leverantören gjorde gällande att hans företag skulle ha kunnat utföra samma tjänster som kommunen direktupphandlat till ett betydligt lägre pris samt åberopade en av en opartisk auktoriserad revisor utförd undersökning som styrkte påståendet. Tingsrätten ogillade talan. I domen konstaterade rätten att leverantören haft erforderlig förmåga att utföra den aktuella entreprenaden och att Ekerö kommun genom det angivna förfarande brutit mot lagen om offentlig upphandling. Tingsrätten menade emellertid att leverantören inte lyckats styrka sin skada, bland annat genom att leverantören inte kunnat visa att någon annan anbudsgivare inte hade kunnat vara ännu billigare i en tänkt (hypotetisk) upphandlingssituation. Domstolen uttalande därvid bl.a. följande: "Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid ett sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadestånds-sanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder detta bör föranleda".(3) Målet ligger för närvarande hos hovrätt för prövning. En konsekvens av tingsrättens bedömning, med det högt ställda beviskrav som framförts, är att det inte heller skadeståndsvis går att påtala klara och uppenbara överträdelser av lagen om offentlig upphandling om upphandlande enheter istället för att försöka följa lagens bestämmelser väljer att helt åsidosätta dessa.

De aktuella sanktionsmedlen återfinns i upphandlingslagens 7:e kapitel samt i de Europeiska gemenskapens upphandlingsdirektiv, de s.k. rättsmedelsdirektiven, 89/665/EEG (den s.k. klassiska sektorn avseende varu-, tjänste- och entreprenadupphandlingar) och 92/13/EEG (den s.k. försörjningssektorn avseende leveranser av energi, vatten och avlopp, kommunikationer m.m.). Enligt EG-direktivet avseende den klassiska sektorn (art. 1) skall medlemsstaterna (punkt 1) vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt. Medlemsstaterna skall vidare (punkt 2) förhindra diskriminering mellan företag samt (punkt 3) se till att ett prövningsförfarande med detaljerade

regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en som har eller haft ett intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse (KKOs kursivering).

Mot bakgrund av att den ovan redovisade rättstillämpningen effektivt omöjliggjort för leverantörer som har eller haft ett intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, tjänster eller bygg-entreprenader att få en upphandlande myndighets beslut prövat på ett rimligt sätt, kan det enligt Konkurrens-kommissionens bedömning hävdas att Sverige i angivet avseende inte uppfyllt sina åtaganden gentemot Europeiska unionen. Det är enligt kommissionens bedömning också djupt otillfreds-ställande att lagen synes ha lämnats osanktionerad i dessa för konkurrensen så väsentliga delar. De bristande sanktionerna, menar kommissionen, är närmast ägnade att inbjuda upphandlande enheter till att helt åsidosätta lagen, istället för att försöka följa dess bestämmelser och därmed utsätta sig för risk för överprövning och skadestånd.

Det synes även hos en del upphandlande enheter finnas en allmänt spridd uppfattning att bestämmelser i lagen om offentlig upphandling enbart utgör rekommendationer som enheterna kan "tolka" enligt fritt skön. Konkurrenskommissionen har i tidigare verksamhetsberättelser pekat på sådana uttalanden från ledande myndighetsföreträdare (ett beslut i Västerås kommun som fattats i strid mot lagen om offentlig upphandling försvarades av kommunens ekonomi-chef med att " - Ibland får man tänja på gränserna". Kommunens chefsjurist angav inför beslutet för politikerna, att beslutet innebar en lagöverträdelse men påpekade samtidigt att den aktuella typen av överträdelse sällan beivrades). Sådana resonemang är inte ovanligt förekommande i de ärenden som är föremål för kommissionens granskningsverksamhet. Den bakomliggande orsaken till dessa uppfattningar kan enligt kommissionen bl.a. vara lagens otillräckliga sanktionssystem.

2. Överträdelser av förbud i lag att engagera sig i viss verksamhet Ett viktigt område för konkurrenskommissionens granskningsverksamhet har varit konkurrens-snedvridning genom att myndigheter överträtt de begränsningar som gäller för myndigheternas engagemang. Inom den statliga sektorn framgår begränsningarna av myndighetens instruktion och regeringens regleringsbrev. Kommunernas handlingsmöjligheter begränsas genom kommunallagens regler om den kommunala kompetensen.

Konkurrenskommissionen har såväl under det senaste verksamhetsåret som under tidigare verksamhetsår funnit åtskilliga fall där myndighetens egna kompetens har överträtts, dels genom att myndigheterna låtit den egna verksamheten expandera till näringslivssektorer som är förbehållet det privata näringslivet, dels genom att riktade subventioner till privata näringsidkare snedvridit konkurrensen för det övriga näringslivet. I flera fall har verksamheten senare förklarats olaglig efter prövning av domstol.

Ett stort problem vid myndigheters överträdelser av den kommunala kompetensen är att sanktioner saknas. Trots domstolsavgöranden där viss verksamhet förklarats olaglig har verksamheten fortsatt som tidigare. Några effektiva möjligheter att garantera efterlevnaden av domstolarnas beslut

finns för närvarande inte.

Ett annat problem gäller själva möjligheten till överklagande. Inom kommunerna fattas normalt beslut om den löpande verksamheten på tjänstemannanivå. Sådana s.k. delegationsbeslut skall anmälas för ansvarig kommunal nämnd. När anmälan har skett och protokollet justerats har kommunmedlem enbart tre veckor på sig att få kännedom om, utreda och överklaga beslutet. Men långt ifrån alla delegationsbeslut anmäls i föreskriven ordning. Domstolarna har i dessa fall funnit sig förhindrade att pröva verksamhetens laglighet. Dessutom protokollförs anmälningsärendena ofta så kortfattat att det i praktiken är omöjligt att bilda sig en uppfattning om vad som avses med beslutet. Enligt Konkurrenskommissionens erfarenhet finns det kommuner som har satt i system att genomdriva tveksamma beslut enligt denna metod.

En klar tendens är att allt mer kommunal verksamhet flyttas över till kommunala bolag. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen uppmärksammat flera fall där kommunala bolag överträtt kommunallagens bestämmelser och, i några fall, även sin egen bolagsordning. Bolagen är icke sällan organiserade i koncerner med dotter- och dotter-dotterbolag. Även om tillkomsten av moderbolagen många gånger kan skett med iakttagande av kommunallagens bestämmelser och med en bolagsordning som i väsentliga avseenden överensstämmer med kommunallagens krav är detta, enligt kommissionens erfarenheter, inte alltid fallet för dotter- och dotter-dotterbolagen. I ett antal av de fall som varit föremål för kommissionens granskning har sådana dotterbolag inrättats utan fullmäktiges hörande och/eller med angivande av bolagsordningar som saknar inskränkningar till de i kommunal-lagen angivna begränsningarna för den kommunala kompetensen. Dessutom medger koncernbildning att kommunala medel genom koncernbidrag förs mellan olika verksamhetsområden utan politiska beslut.

Kommunala beslut som fattas i bolag kan inte överklagas och tolkningen av vad bolaget får göra enligt bolagsordningen görs av bolagets styrelse som ofta består av kommunala förtroendemän eller tjänstemän. Oavsett bolagens laglighet synes således kommuner och landsting, utan risk för sanktioner, genom dessa bl.a. kunna bedriva kompetensstridig verksamhet på den allmänna marknaden.

3. Subventioner som snedvrider konkurrensen Den tredje gruppen av ärenden som konkurrenskommissionen har granskat är övriga fall där subventioner snedvridit konkurrensen genom oönskade bieffekter av offentliga stödåtgärder eller oetiskt beteende inom vad som formellt måste betraktas som lagligt. Som kommissionen även har påpekat tidigare har konkurrensen snedvridits t.ex. genom bidrag i strid mot bestämmelserna om beredskapsmedel eller genom kommunala bidrag till föreningar och klubbar som har konkurrerat på den allmänna marknaden. Så till exempel har kommunala bad försetts med solarier, styrketrainingshallar och annan friskvårdsutrustning och konkurrerat på den allmänna marknaden för friskvård, vilket har medfört att konkurrensen har snedvridits.

Effekter

De effekter som konkurrenskommissionen kunnat iaktta av sin verksamhet är

i första hand, att fel-aktig-heter och övertramp har fått uppmärksamhet framför allt i lokala och regionala massmedia. Härigenom sätts press på de offentliga aktörerna i stat och kommun att bättre följa gällande regler i fråga om konkurrensneutralitet. Denna effekt måste för att bli bestående stödjas av fortsatt granskning av reglernas tillämpning.

En annan viktig effekt är att verksamheten har bidragit till att fästa enskildas och massmedias upp-märk-samhet på gränserna för offentliga organs, särskilt de kommunala organens, handlings-möjlig-heter. I flera fall har domstolar, på talan av enskilda efter kommissionens granskning, förklarat kommuners agerande olagligt.

Förändringsbehov

På grund av erfarenheterna av kommissionens verksamhet har kommissionen i tidigare års verk-sam-hets-berättelser framfört krav på förändringar framför allt på följande punkter:

a) Ökade insatser måste göras för att följa upp offentliga organs tillämpning av upphandlingsreglerna. För närvarande råder på många håll rent godtycke vid offentliga upphandlingar.

De angivna bristerna i sanktionerna vid bl.a. lagstridiga direktupphandlingar bör omedelbart ses över på ett sådant sätt att EG-direktiven följs, nämligen att effektiva rättsmedel skapas som skyddar de leve-rantörer som har eller har haft ett intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor, tjäns-ter eller byggtreprenader och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd över-trädelse.

b) Konkurrenslagen bör ändras så, att den blir fullt tillämplig på all kommunal och statlig verksamhet som inte utgör myndighetsutövning och Konkurrensverket bör ha kompetens att ingripa med förbud för all offentlig verksamhet som hindrar eller motverkar konkurrensen.

c) Kommunallagen bör ändras så att klara gränser och sanktioner ges för kommunernas och landstingens hand-lings-möjligheter. Särskilt gäller det kommunernas möjligheter att bedriva verksamhet i konkurrens med det privata näringslivet. Gällande förbud mot spekulativ verksamhet överträds i stor omfattning och måste därför få en klarare och effektivare utformning. Möjligheter måste skapas att stoppa kom-munal verk-samhet som inte är kompetensenlig.

Det senaste årets granskningar har enligt kommissionens bedömning ytterligare skärpt kraven på att föränd-ringar på dessa punkter kommer till stånd.

Stockholm den 4 september 1997

1.Sammanträdena har ägt rum följande datum den 96-08-20, 96-10-10, 96-12-05, 97-02-12, 97-04-09 samt 97-05-25.

2. Länsrätten i Nyköping, beslut mål nummer 1834-96, meddelat den 28 juni 1996; Kammarrätten i Stockholm, beslut i mål nummer 6278-1996, meddelat den 9 december 1996; Regeringsrätten, beslut om avslag på prövningstillstånd i mål nr 379-1997, meddelat den 5 mars 1997.
3. Solna tingsrätts dom i mål nummer T 1129/95, meddelad den 17 mars 1997 (citatet är hämtat från sid. 14 i domen). Även Falu tingsrätt har i ett mål om otillåten direktupphandling anfört liknande domskäl (dom i mål nummer T 1158/96, meddelad den 6 juni 1997). Den uppenbara överensstämmelsen med Solna tingsrätts dom ger anledning till en förmodan att Falu tingsrätt tagit del av och beaktat Solna tingsrätts tidigare bedömning.

[hem]