

## KONKURRENSKOMMISSIONEN

### VERKSAMHETSBERÄTTELSE

Femte verksamhetsåret (1998/99)

I januari 1994 sammankallades på initiativ av Föreningen Den Nya Välfärden en privat kommission av experter för att bevaka och uppmärksamma frågor om konkurrenssnedvridningar med stöd av allmänna medel. Konkurrenskommissionens ändamål är att aktivt motverka sådan konkurrensbegränsning som ligger i bristande likhet i villkoren för skattefinansierade och privata entreprenörer på marknaden och som därmed skadar medborgarna i deras egenskap av skattebetalare och konsumenter. Kommissionen skall uppmärksamma och motverka fall där offentliga, skattefinansierade organ genom överträdelse av lag eller förordning, genom skattesubventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med affärsverksamhet snedvriden 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 riskerar att snedvrida konkurrensen,
- att informera media om dessa fall,
- 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 skattefinansierad kränkning av konkurrensneutraliteten.

Som ordförande i Konkurrenskommissionen har fungerat förre generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G. Rune Berggren. Övriga experter i kommissionen har under verksamhetsåret varit ordföranden i Föreningen Den Nya Välfärden Patrik Engellau, förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt Monica Werenfels-Röttorp, SAF.

Till Konkurrenskommissionen har under verksamhetsåret varit knuten ett kansli som har ställts till kommissionens förfogande av Föreningen Den Nya Välfärden.

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 bakomliggande sakförhållandena på ett rimligt sätt går att klargöra, utreder kommissionens handläggare frågan. Utredningen sammanfattas i en preliminär promemoria (PM 1) som för kännedom och eventuellt yttrande tillställs det skattefinansierade organ som beslutat i ärendet eller på annat sätt berörs av utredningen. En slutlig promemoria (PM 2) med en sammanfattning av inkomna yttranden upprättas därefter och överlämnas till Konkurrenskommissionen 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 information omfattas av sekretess hos kommissionen.

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 förfarandet överensstämmer med gällande bestämmelser, t.ex. kommunallagen eller lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. I de ärenden som upptas för utredning och slutlig bedömning uttalar sig kommissionen på grundval av föreliggande sakförhållanden. Kommissionen gör emellertid inte någon sådan bevisvärdering som det ytterst ankommer på domstolarna att göra. Kommissionen svarar ensam för resultatet av sin granskning och sina slutsatser och agerar vid sin granskning inte som ombud för någon part.

Konkurrenskommissionens slutliga bedömningar överlämnas regelmässigt till berörda offentliga organ samt för kännedom till Konkurrensverket och, i förekommande fall, till Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Bedömningarna tillställs även massmedia. Sedan starten år 1994 har Konkurrenskommissionen mottagit 394 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp 45 fall för granskning. Av de i kommissionen hittills anhängiggjorda ärendena har hittills 201 lett till slutlig bedömning. De återstående ärendena har i de flesta fall avskrivits.

#### VERKSAMHETSÅRET 1998/99

Konkurrenskommissionens femte verksamhetsår omfattar perioden den 1 juli 1998 till och med den 30 juni 1999.

Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionen mottagit 70 diarieförda anmälningar från enskilda och företag som ansett att konkurrensneutraliteten kränkts med allmänna medel. Därutöver har kommissionen på eget initiativ tagit upp fem fall för granskning. Av de i kommissionen anhängiggjorda ärendena har 39 lett till slutlig bedömning. Övriga ärenden har antingen avskrivits eller är under utredning. Kommissionen har avhållit sex protokollförda sammanträden.

#### BEDÖMDA ÄRENDEN

De ärenden Konkurrenskommissionen har utrett och bedömt under året kan delas in i tre huvudgrupper: 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. Kommissionen har under verksamhetsåret noterat ett flertal fall där offentliga aktörer, vilka riskerat att utsättas för kommissionens kritik, frivilligt vidtagit rättelse efter det att felaktigheter har uppmärksamats genom kommissionens preliminära utredning (PM 1). Kommissionen har i dessa fall valt att utan ytterligare påpekanden lägga ärendena till handlingarna.

I) I gruppen av ärenden rörande konkurrenssnedvridning genom åsidosättanden av reglerna för offentlig upphandling har Konkurrenskommissionen avgjort 20 ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

II) I gruppen av ärenden rörande konkurrensnedvridning genom överträdelser av den egna kompetensen har Konkurrenskommissionen avgjort 1') ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

III) I gruppen ärenden rörande konkurrensnedvridning på annat sätt har Konkurrenskommissionen under verksamhetsåret avgjort sex ärenden. Samtliga av dessa ärenden har resulterat i kritik från kommissionen

Ett urval av de under året bedömda ärendena återfinns refererade i en bilaga till denna berättelse.

## NÅGRA AVGJORDA ÄRENDEN SOM SEDERMERA HANDLAGTS I DOMSTOL

Konkurrenskommissionens bedömningar har i ett flertal fall lett till att anmälaren eller någon annan berörd part fört frågan vidare för prövning även i domstol. Processer har förts i såväl allmän domstol (tingsrätt m.m.) som förvaltningsdomstol (länsrätt m.m.). Kommissionens bedömningspromemorior har normalt haft en sådan utformning att dessa har kunnat bilda grundval för inlagor i domstolarna.

Följande fall utgör några exempel på ärenden som efter kommissionens handläggning och bedömning även har varit föremål för domstols handläggning:

Lidingö stad hade upphandlat snickeritjänster för biblioteksinredning och därvid antagit en prismässigt dyrt 20 procent dyrare lösning än lägsta anbud. Till stöd för att anta detta anbud hade

kommunen i beslutsprotokollet bland annat åberopat omständigheter som inte klargjorts i förfrågningsunderlaget. Konkurrenskommissionen bedömde därför att de av kommunen angivna skälen att anta det dyrare anbudet inte överensstämde med upphandlingslagens krav på affärsmässighet. I en därpå följande skadeståndprocess i tingsrätt tog kommunen delvis tillbaka de åberopanden som angivits i beslutsprotokollet och angav att det dyrare anbudet istället var kvalitetsmässigt bättre än det billigare. Eftersom båda aktuella anbuden i praktiken vitsordats uppfylla högsta tänkbara kvalitetsnorm (A-standard) kunde kommunen emellertid inte visa vari den påstådda kvalitetskillnaden låg. Tingsrätten dömde därför Lidingö stad att betala skadestånd till den förfördelade leverantören. Staden överklagade till hovrätten, men förliktes senare med leverantören och betalade visst skadestånd.

Malå kommun hade upphandlat tvätteritjänster m.m. Vid värderingen av de inkomna anbuden hade kommunen påfört det ursprungligt lägsta anbudet en post motsvarande kostnaden för lösen av tvättgods från den tidigare leverantören av tvätt till kommunen. Anbudet kom härigenom att bli något dyrare än närmaste konkurrerande anbud, som hade avgivits av det företag som tidigare levererat de aktuella tjänsterna. I underlaget för upphandlingen hade kommunen inte redovisat att något påslag skulle ske. Konkurrenskommissionen påpekade att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) uttalat att omställningskostnader inte skall tillmätas någon betydelse vid värdering av inkomna anbud, samt bedömde att de av kommunen angivna skälen att anta den tidigare leverantörens anbud inte överensstämde med upphandlingslagens krav på affärsmässighet. Tingsrätten kom senare till samma slutsats som

kommissionen och dömde Malå kommun att betala skadestånd till den förfördelade leverantören. Kommunen har överklagat domen till hovrätt, där målet för närvarande handläggs.

Landstinget Västra Götalandsregionen hade i en upphandling av vissa tandvårdstjänster utformat upphandlingen som en inbjudan till leverantörer att lämna "intresseanmälningar". Landstinget avsåg att senare lägga dessa anmälningar till grund för beslut om vilka leverantörer som skulle få leverera de aktuella tjänsterna. Konkurrenskommissionen bedömde att förfarandet riskerade att snedvrida konkurrensen genom att införa moment av godtycke i värderingsprocessen samt att upphandlingens handläggning stred mot upphandlingslagens formkrav. Länsrätt beslutade senare att upphandlingen skulle göras om genom infordran av anbud på ett korrekt sätt. Länsrättens dom har vunnit laga kraft.

I den nya upphandling som Landstinget därefter genomförde utformades förfrågningsunderlaget så att enbart tandvårdspersonal med bakgrund i den offentliga vården fick komma ifråga. Konkurrenskommissionen bedömde att detta krav snedvred konkurrensen samt stred mot upphandlingslagens krav på affärsmässighet och objektivitet. Länsrätt beslutade på nytt att upphandlingen skulle göras om, utan konkurrensnedvridande föreskrifter. Även denna dom har vunnit laga kraft.

I några fall har de av Konkurrenskommissionen uppmärksammat frågorna lett till ändring i praxis: kommissionen har vid ett upprepat antal tillfällen, bland annat i tidigare verksamhetsberättelsen, uppmärksammat svårigheterna med s.k. otillåtna direktupphandlingar - d.v.s. upphandlingar där de upphandlande enheterna valt att helt kringgå upphandlingslagens bestämmelser och istället köpa det man behöver direkt från en viss leverantör, utan att infordra några konkurrerande anbud.

Länsrätterna har tidigare vägrat ta upp klagomål mot sådana förfaranden till s.k. överprövning enligt lagen om offentlig upphandling med motiveringen att något egentligt upphandlingsförfarande aldrig påbörjats, varför någon prövning enligt domstolarnas mening heller inte har varit möjlig. Regeringsrätten har numera avgjort saken i ett ärende som tidigare behandlats av Konkurrenskommissionen. I målet, som avsåg en s.k. otillåten direktupphandling av tvätteritjänster vid Landstinget i Halland, uttalade Regeringsrätten att regelverket i lagen om offentlig upphandling måste anses förutsätta att dylika otillåtna direktupphandlingar skall kunna angripas genom överprövning enligt lagen. Någon grund för avvisning av talan om överprövning föreligger enligt praxis således inte längre. Såvitt Konkurrenskommissionen erfarit upptas numera mål angående en s.k. otillåten direktupphandling regelmässigt för prövning.

Vid mål om skadestånd i tingsrätt och hovrätt på grund av s.k. otillåten direktupphandling har domstolarna hittills ogillat framförda anspråk, även när den klagande leverantören har kunnat visa att de av honom erbjudna priserna klart understiger den valda leverantörens. Till grund för sin inställning har domstolarna anfört att den klagande leverantören inte har kunnat visa att någon annan inte hade kunnat vara ännu billigare, och istället skulle ha vunnit en tänkt (hypotetisk) upphandling. Konkurrenskommissionen har vid flera tillfällen påtalat det orimliga i en sådan bevisbördeplacering. Högsta

domstolen har numera beviljat prövningstillstånd i ett av kommissionen tidigare avgjort ärende om otillåten direktupphandling. I det aktuella målet, som gäller skolstädning i Ekerö, har bland annat ingivits ett rättsutlåtande som menar att bevisbördan angående vem som slutligen skulle ha vunnit en tänkt konkurrensupphandling istället bör placeras hos den upphandlade enhet som brutit mot lagen. Om enheten påstår att den klagande leverantören inte skulle ha vunnit upphandlingen, trots att leverantören har visat att det av honom erbjudna priset är lägre än det antagna anbudets, bör enheten också kunna styrka denna uppgift. Klarar den upphandlande enheten inte detta bör talan om skadestånd istället bifallas. Det bästa sättet för kommuner och andra upphandlande enheter att skydda sig mot omfattande skadeståndsanspråk bör vara att de inte bryter mot lagen. Högsta domstolens avgörande i denna för upphandlingsrätten principiellt mycket viktiga fråga väntas under året. En annan väsentlig fråga för den framtida rättstillämpningen är huruvida det kan anses affärsmässigt att dimensionera en upphandling så att enbart en eller ett fåtal leverantörer kan delta med anbud. Landstinget i Kronoberg hade i en upphandling av tjänster för barntandvård dimensionerat uppdragets volym (40 000 barn och ungdomar) så att enbart ett av Landstinget tidigare anlitat företag kunde komma ifråga för att lämna anbud. Landstinget hade även i andra sammanhang gett tillkänna uppfattningen att enbart detta företag borde komma ifråga för fortsatt uppdrag. Konkurrenskommissionen bedömde att Landstinget utan större problem kunnat dela upp volymen i mindre enheter och infordrat anbud på såväl hela uppdraget som en eller flera delar av det. Kommissionen menade att upphandlingens uppläggning snedvred konkurrensen samt stred mot upphandlingslagens krav på affärsmässighet och objektivitet. Frågan har genom handläggning i domstol numera slutligt avgjorts i praxis. Regeringsrätten beviljade prövningstillstånd och förordnade att Landstinget skulle göra om förfarandet och i den nya upphandlingen dela upp volymen i mindre enheter så att tillgänglig konkurrens utnyttjades bättre.

## ÄRENDEN AV SÄRSKILD PRINCIPIELL BETYDELSE

Bland de ärenden som Konkurrenskommissionen haft att granska under verksamhetsåret har kommissionen som förut redovisats observerat ett antal fall där kommuner har drivit skattefinansierad friskvårds- och träningsverksamhet (s.k. gym) samt solarier i konkurrens med befintliga privata företag på den allmänna marknaden.

Kommissionen har särskilt uppmärksammat gym och solarier som inrättats i kommunala simhallar, där kommunens monopol på inomhusbad har utnyttjats som en särskild konkurrensfördel gentemot övriga aktörer på marknaden.

I några av dessa fall har gymen / solarierna drivits inom ramarna för den kommunala förvaltningsverksamheten, ofta i de kommunala fritidsförvaltningarnas regi. I andra fall har verksamheten drivits av kommuner i joint venture-liknande samarbete med ett privat företag som erhållit provision på kommunens intäkter mot att tillhandahålla viss utrustning m.m. Utgångspunkt för kommissionens granskning har varit att det vid konkurrens mellan offentlig verksamhet och privat verksamhet alltid finns en risk för att konkurrensen snedvrids till nackdel för de privata företagen. Den kommunal verksamheten garanteras ytterst av skattemedel, vilket innebär ett

mycket ringa ekonomiskt risktagande jämfört med motsvarande privata företag på en konkurrensmarknad.

En förutsättning för kommunalt engagemang i vissa verksamheter är att det kommunala engagemanget har stöd av lag eller praxis - antingen genom att verksamheten kan anses ingå i den s.k. allmänna kommunala kompetensen enligt kommunallagen eller genom att det finns ett särskilt stadgande till stöd för den aktuella verksamheten i annan lag (den s.k. kommunala specialkompetensen). Förenklat kan sägas att all kommunal verksamhet förutsätter stöd i lag eller praxis och att verksamhet som saknar sådant stöd inte är tillåten.

Något uttryckligt stadgande som ger stöd för kommunerna att ägna sig åt att driva affärsverksamhet med gym och solarier på den allmänna marknaden finns inte infört i kommunallagen. Några vägledande avgöranden i rättspraxis, som tolkningsvis medger att kommunerna inom ramarna för den kommunala kompetensen kan engagera sig i sådan verksamhet, finns heller inte. De kommunala gymmen och solarierna har således inte något stöd enligt den s.k. allmänna kommunala kompetensen.

Kompetensområdet för vad kommunerna får ägna sig åt kan emellertid utvidgas genom speciallagstiftning för olika ändamål. Det finns flera exempel på lagar som undantagsvis medger för kommunerna att bedriva sådan verksamhet som regelmässigt faller utanför den allmänna kommunala kompetensen enligt kommunallagen. Någon lag som allmänt medger för kommunerna att bedriva verksamhet med gym och solarier finns emellertid inte. Det är således inte heller någon angelägenhet enligt den s.k. kommunala specialkompetensen för kommunerna att ägna sig åt sådan verksamhet.

Såvitt Konkurrenskommissionen därmed kunnat konstatera kan kommunerna lagligen inte ägna sig åt affärsverksamhet med gym och solarier. Uppfattningen att kommunerna bör hålla sig från dylik verksamhet synes numera även finna stöd hos det för den aktuella typen av näringslivsfrågor ansvariga statsrådet Mona Sahlin. Under riksdagens frågestund uttalade hon bland annat uttalat följande: "Jag vill hålla med om [..] att det finns områden som kommunerna inte borde ägna sig åt. Dit hör solarier, gym, kaffe, bilreparationer osv. Jag tycker att det finns ett utrymme för självrannsakan ute i kommunerna. Det är viktigt att kommunerna har en mycket väl genomtänkt strategi för var man själv tycker att gränsen går. Om det finns minsta risk för påverkan på den privata sektorns utveckling bör kommunerna avstå från att bedriva egen verksamhet på de områdena"[1]

I några av de för Konkurrenskommissionens utredning aktuella ärendena bedrevs gym- respektive solarieverksamheterna i omedelbar anslutning med den kommunala simhallsverksamheten och med en gemensam entré för badet och gymet / solariet. I utredningarna uppmärksammade Konkurrenskommissionen att bad i inomhusbassäng icke sällan bildar en lokal monopolmarknad där kommunens simhall eller simhallar utgör det enda tillgängliga utbudet. Om kommunen utnyttjar sin dominerande ställning på denna marknad för att göra affärer på de konkurrensutsatta marknaderna för friskvårds- / träningsverksamhet och solarier kan förfarandet enligt kommissionens mening därmed riskera att utgöra missbruk av dominerande ställning.

I de granskade ärenden som lett till kritik av kommissionen på denna punkt tillämpade kommunerna en sådan prissättning att simhallarnas ordinarie verksamhet, bestående av bassängbad, simträning, och i vissa fall äventyrsbad m.m., delvis kom att subventionera utbudet av gym- och solarietjänster. Simhallsbesökarna erbjöds i förekommande fall tillträde till de i simhallen befintliga gymmen och solarierna utan extra kostnad eller till kraftigt rabatterade priser. På motsvarande villkor erbjöds gym- och solarietjänster tillgång till simhallarnas allmänna faciliteter. Kommissionen menade en sådana sammanblandningar av monopolverksamhet och konkurrensutsatt affärsverksamhet kan innefatta överträdelse av konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning. Konkurrensverket, som utövar tillsynen över konkurrenslagen, har i ett avgörande under sommaren 1998, med tillämpning av 19 § konkurrenslagen, bedömt att en kommun missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för inomhusbad för att stärka sin ställning på marknaden för solarietjänster. Den aktuella kommunen (Stenungsunds kommun) sålde solarietjänster i kombination med badtjänster till priser som innebar att det var mer förmånligt att köpa ett s.k. tiokort till solarierna, vilket inkluderade bad, än att köpa motsvarande kort för bara bad och att det kostade lika mycket att köpa ett enstaka solariebesök med bad som att köpa bara bad (Dnr. 592/1998).

De fall av joint-venture liknande samarbete mellan kommuner och ett specifikt privat företag som bedömts av kommissionen har varit utformade så att de ger sken av att kommunerna upplåtit hyreslokaler i de kommunala simhallarna till det privata företaget, för att företaget skall kunna driva gym och/eller solarier. I realiteten är det emellertid fråga om en omvänd upplåtelse där det privata företaget mot en provisionsbaserad ersättning tillhandahållit redskap och vissa tjänster åt kommunen. Kommunen har sedan drivit de aktuella gymmen och / eller solarierna och av influtna medel erlagt provisionsbetalning till företaget. Dylika avtal om hyra av varor och köp av tjänster skall enligt kommissionens bedömning upphandlas med iakttagande av lagen om offentlig upphandling, vilket regelmässigt inte skett i de av kommissionen uppmärksammade fallen. Konkurrenskommissionen har påtalat det olagliga i hanteringen och uppmanat det berörda kommunerna att snarast möjligt vidta rättelse.

Sammanfattningsvis är det enligt kommissionens mening över huvud taget inte någon angelägenhet för kommunerna att bedriva verksamhet på marknaderna för friskvårds- och träningsverksamhet (s.k. gym) samt solarier, eftersom det i regel finns ett väl etablerat privat utbud av dylika tjänster.

Gym- och solarier som inrymts i kommunala simhallar riskerar, som kommissionen har visat, att på flera punkter bryta mot gällande lagar - såväl mot kompetensbestämmelserna i kommunallagen om vad en kommun får ägna sig åt som mot konkurrenslagens förbud mot missbruk av dominerande ställning. Jointventure-företag liknande dem som beskrivits ovan riskerar dessutom att bryta mot lagen om offentlig upphandling.

Kommissionens genomgång av ärenden med anknytning till kommunala gym och solarier har bland annat bidragit till att ett nätverk av privata gym-företagare har bildats. Nätverket, som tillkommit på initiativ av Svenska Arbetsgivareföreningens regionkontor i Norrland, är tänkt att senare läggas till grund för skapandet av en branschorganisation för företag i friskvårds- och träningsbranschen.

## 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. Flera fall har uppmärksammats även i rikstäckande media.

Genom mediabevakningen känner allt fler kommunala aktörer och allmänheten till kommissionens verksamhet. Under verksamhetsåret har Konkurrenskommissionens verksamhet resulterat i över 500 medianedslag: tidningsartiklar och inslag i radio och TV.

## ÖVRIGT

Utöver hantering och publicering av ärenden har Konkurrenskommissionen också verkat för att frågor kring konkurrensneutralitet inom offentlig verksamhet har belysts och diskuterats på andra sätt.

Vid flera tillfällen har kommissionens handläggande jurist 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. Bland annat har kommissionen avgivit en utredning till en kommun i västra Sverige, angående skyldighet att upphandla tjänster för renhållning m.m. Därjämte har under året löpande arbete upplysningar och synpunkter om kommissionens erfarenheter lämnats till myndigheter och enskilda som så önskat.

## SLUTSATSER

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