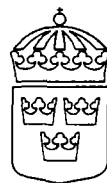


Konstitutionsutskottets yttrande

1993/94:KU3y

Lagstiftning om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling



1993/94
KU3y

Till finansutskottet

Finansutskottet har den 9 november 1993 beslutat bereda konstitutionsutskottet tillfälle att yttra sig över proposition 1993/94:35 om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling jämte motionerna 1993/94:Fi2—Fi5 i de delar som berör konstitutionsutskottets beredningsområde. Konstitutionsutskottet begränsar sitt yttrande till att gälla frågan om förslaget förenlighet med den kommunala självstyrelsen.

Bakgrund

Till grund för den aktuella propositionen ligger ett förslag, utarbetat av en arbetsgrupp inom Näringsdepartementet, med titeln Anbudskonkurrens vid offentlig upphandling — ett lagförslag (Ds 1992:121).

Arbetsgruppen föreslog att en skyldighet skulle införas för stat, kommuner och landsting att upphandla verksamhet som det allmänna driver i egen regi eller genom en särskild juridisk person i konkurrens där den totala produktionskostnaden under det senast avslutade räkenskapsåret översteg 5 miljoner kronor. Inledningsvis skulle minst 50 % av verksamheten inom vissa närmare angivna områden upphandlas i konkurrens. På vissa områden, t.ex. bygg- och anläggningsarbeten, skulle dock en upphandling ske i konkurrens.

Skyldigheten att upphandla i konkurrens skulle enligt förslaget inte omfatta verksamhet som innefattar myndighetsutövning och inte heller de fall då i särskild föreskrift undantag gjorts från denna skyldighet. Stockholms tingsrätt skulle också få en rätt att efter ansökan besluta om undantag från upphandlingsskyldigheten. Vid upphandlingen skulle reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling följas i tillämpliga delar. Vinnande i anbudstävlingen skulle vara det från affärsmässig synpunkt fördelaktigaste anbudet, oavsett om anbudet kommit från en offentlig eller privat producent.

Enligt förslaget skulle ärenden om underlåtenhet att fullgöra upphandlingsskyldighet prövas av Konkurrensverket, och ett åläggande skulle vid vite meddelas av Stockholms tingsrätt. Tingsrättens beslut avsågs kunna överklagas hos Marknadsdomstolen.

Enligt förslaget skulle Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket också få rätt att vid vite meddela förbud att tillämpa ett visst otillbörligt upphandlingsförfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjudna eller att vid vite ålägga att på ett annat sätt ändra ett sådant förfarande, allt under förutsättning att förfarandet i fråga hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den marknad det är fråga om. I förslaget ingick att ett företag som berörs av saken skulle få föra denna talan, om Konkurrensverket i fallet beslutat att inte föra talan.

Förslaget har remissbehandlats, och remissyttrandena har redovisats i en departementsstencil (Ds 1993:40). Mot bakgrund av vad som framkom vid remissbehandlingen har de ursprungliga förslagen i Ds 1992:121 bearbetats ytterligare.

Bland positiva remissinstanser finns vissa statliga myndigheter, bl.a. Statskontoret och Konkurrensverket, vidare olika näringslivs- och arbetsgivarorganisationer som Sveriges Industriförbund, Grossistförbundet Svensk Handel, Svenska Arbetsgivareföreningen och Sveriges Köpmannaförbund. Flertalet av dessa remissinstanser anser att den föreslagna lagstiftningen är nödvändig för att få i gång erforderliga förändringar och ett effektivt resursutnyttjande i den offentliga verksamheten.

Samtliga tillfrågade kommuner med två undantag och samtliga landsting samt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har avstyrkt lagstiftning på området. Flertalet av dessa remissinstanser förespråkar en frivilliglinje. De främsta nackdelarna som kommunerna ser med den föreslagna lagstiftningen är att den skulle innebära ett allvarligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen.

De båda kommunförbunden har särskilt utvecklat sina synpunkter vad gäller förslagets förenlighet med principerna för den kommunala självstyrelsen. Landstingsförbundet anför sålunda att förslaget utgör ett direkt ingrepp i landstingens inre organisation och att det därmed inskränker den kommunala självstyrelsen. Förslaget strider enligt förbundet mot såväl vad regeringen och riksdagen uttalat i fråga om avreglering och kommunal självstyrelse som bestämmelserna i Europarådskonventionen om kommunal självstyrelse. Liknande synpunkter framförs av Svenska Kommunförbundet.

I den lagrådsremiss som föregick den nu aktuella propositionen har bl.a. behandlats den föreslagna lagregleringens förhållande till grundlagarna och andra rättsregler av övergripande natur. Lagrådets granskning (protokoll 1993-09-24) har inte givit anledning till erinringar i denna del.

Propositionen

Lagförslaget i den nu aktuella propositionen (prop. 1993/94:35) har till följd av den bearbetning som skett efter den nyss refererade remissbehandlingen fått en delvis annan utformning än motsvarigheten i den ursprungliga departementspromemorian. I lagen föreslås i stället att

det skall bli möjligt att pröva och vid vite förbjuda sådana konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga upphandlares sida som i lagen är att anse som otillbörliga.

Enligt lagförslaget 3 § får Marknadsdomstolen efter ansökan förbjuda en enhet att vid genomförande av en upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att något företag påtagligt diskriminerats i förhållande till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller att beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

Ansökan om ingripande i form av förbud eller åläggande skall enligt förslaget göras av Konkurrensverket och ställas till Marknadsdomstolen, som beslutar i ärendet. Om Konkurrensverket inte utnyttjar denna möjlighet, får ansökan i stället göras av bl.a. en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag. Det sistnämnda innebär också en skillnad i förhållande till det ursprungliga förslaget.

I propositionen görs en analys av huruvida det behov som den föreslagna lagstiftningen avses svara mot i stället skulle kunna fyllas av lagen om offentlig upphandling eller av konkurrenslagen (1993:20). Regeringens bedömning är att så inte är fallet. Lagen om offentlig upphandling anses inte ge stöd för att ingripa mot konkurrenssnedvridande beteenden på ett sätt som ger tillräckligt skydd åt samhällsekonomin och konsumenternas intressen. Sannolikheten för att konkurrenslagen skulle vara tillämplig är så låg att den inte heller enligt regeringen får anses vara användbar i det aktuella sammanhanget. Därför behövs det ett system med klara rättsregler på området som ger ett stöd för ingripanden mot vissa konkurrenssnedvridande beteenden.

Som redan framgått har under beredningen i regeringskansliet kritik riktats mot förslaget från bl.a. de båda kommunförbunden. Det har hävdats att lagbestämmelser som ger en möjlighet till ingripande genom förbud eller åläggande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling strider mot principen om kommunal självstyrelse.

Kritiken har delvis sin grund i vissa bestämmelser i Europakonventionen om kommunal självstyrelse. Det är närmast artikel 6 i konventionen, Lämpliga administrativa strukturer och resurser för de kommunala uppgifterna, och artikel 8, Administrativ tillsyn över kommunernas verksamhet, som åberopats.

Motionerna

Med anledning av propositionen har fyra motioner väckts i riksdagen, 1993/94:Fi2—Fi5. I samtliga motioner yrkas avslag på den framlagda propositionen.

I motion Fi2 begär Birgitta Hambræus (c) att riksdagen avslår propositionen. Motionären hänvisar bl.a. till vissa remissinstanser en-

ligt vilka förslaget i den förra versionen (Ds 1992:121) skulle innebära ett otillbörligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen och att det skulle öka risken för statlig detaljreglering av kommunal verksamhet.

I motion Fi3 av Ian Wachtmeister m.fl. (nyd) yrkas också avslag på propositionen. I stället vill motionärerna att riksdagen antar den lag om konkurrenstryck på offentlig produktion som arbetsgruppen föreslog. Enligt motionen är de skäl som anförts mot tvingande anbudstävlingar inte övertygande, och därför bör förslaget i departementsstencilen kunna läggas till grund för omedelbar lagstiftning. Motionärerna begär också, att riksdagen om förslaget avslås hos regeringen begär ett skyndsamt förslag till lag med tvingande regler om skyldighet att anordna anbudstävlingar.

I motion Fi4 begär Johan Lönnroth m.fl. (v) att riksdagen avslår propositionen i dess helhet. Enligt motionärerna är det de lokala politikerna som enligt principen om kommunalt självbestämmande skall bestämma vad som skall upphandlas i konkurrens och inte tvingande regler. Konkurrenslagen och lagen om offentlig upphandling är dessutom nya och oprövade, varför det enligt motionärerna inte är motiverat med ytterligare reglering på området.

I motion Fi5 begär Göran Persson m.fl. (s) att riksdagen avslår propositionen. Motionärerna anför bl.a. att förslaget innebär ett otillbörligt och allvarligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen och att den statliga detaljstyrningen av kommunal verksamhet ökas helt obefogat. Det hävdas också att förslaget innebär ett brott mot den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse. Enligt motionärernas mening kan bestämmelserna om objektivitet och saklighet i 1 kap. 9 § regeringsformen tillämpas vid otillbörligt upphandlingsbeteende, varför det kan ifrågasättas om någon lagstiftning över huvud taget behövs. Motionärerna begär också att riksdagen som sin mening ger regeringen till känna vad i motionen anförts om behovet av konsekvensbeskrivningar som komplement till uttalanden som innehåller politiska ambitioner m.m.

Konstitutionsutskottets bedömning

I remissvaren över det ursprungliga förslaget (Ds 1992:121) och i motionerna som väckts med anledning av propositionen har i flera fall hävdats att lagförslaget strider mot den kommunala självstyrelsens principer.

Den kommunala självstyrelsen i Sverige grundar sig på bestämmelsern i 1 kap. 1 § regeringsformen, enligt vilken folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Enligt 1 kap. 1 § kommunallagen sköter kommuner och landsting på den kommunala självstyrelsens grund de angelägenheter som anges i kommunallagen eller andra föreskrifter. Denna bestämmelse anses utgöra grunden för den s.k. fria sektorn. Härtill kommer den obligatoriska, specialreglerade verksamheten som på sitt sätt är ett utflöde av självstyrelsen. Även de angelägenheter som följer av särskilda bestämmelser skall nämligen enligt förarbetena till

1991 års kommunallag (prop. 1990/91:117 s. 147) skötas på den kommunala självstyrelsens grund. Principen om den kommunala självstyrelsen avser alltså hela den kommunala verksamheten.

Det finns skäl att även erinra om den organisatoriska frihet som kommuner och landsting har genom kommunallagen. Kommunallagens enda krav beträffande den politiska organisationen är att det skall finnas en styrelse med vissa övergripande uppgifter (6 kap. 1—3 §§ kommunallagen). I 3 kap. 4 § kommunallagen regleras uppgifts- och ansvarsfördelningen mellan de övriga nämnderna. Friheten är stor vad gäller vilka nämnder som inrättas och vilka uppgifter de skall ha. Krav finns dock enligt särskilda bestämmelser på att det skall finnas en valnämnd (vallagen 3 kap. 1 §) respektive en överförmyndarnämnd (föräldrabalken 19 kap. 2 §) i kommuner som inte har överförmyndare.

I såväl remissvaren som i en av motionerna har Europakonventionen om kommunal självstyrelse åberopats. Konventionen ratificerades år 1990 sedan riksdagen antagit regeringens proposition (prop. 1988/89:119) i ärendet. Det är främst artikel 6 och artikel 8 i konventionen som åberopats.

Enligt artikel 6 punkt 1 skall kommunerna själva kunna bestämma om sina inre administrativa strukturer för att anpassa dem till de lokala behoven och för att säkerställa en effektiv förvaltning. I kommentarerna till konventionens bestämmelser sägs att den aktuella punkten behandlar det sätt på vilket förvaltningsgrenarna är organiserade. Kommunerna måste enligt kommentaren kunna fatta beslut om sin egen administrativa struktur så att hänsyn kan tas till lokala förhållanden och administrationens effektivitet. Begränsade specifika krav i centrala eller regionala lagar kan accepteras men får inte vara så omfattande att en stel organisation tvingas på kommunerna.

Enligt artikel 8 punkt 1 får administrativ tillsyn över kommunerna endast utövas i enlighet med de förfaranden och i de fall som föreskrivits i grundlag. Enligt punkt 2 får tillsynen normalt endast syfta till att säkerställa efterlevnad av lag och konstitutionella principer. Kontrollmyndighetens ingripande skall enligt punkt 3 stå i proportion till betydelsen av de intressen som skall skyddas. I kommentaren sägs att bestämmelserna framför allt handlar om den övervakningsfilosofi som normalt förknippas med "förmyndarkontroll" och avser t.ex. krav på bemyndigande för att vidta åtgärder eller krav på bekräftelse av åtgärder för att de skall träda i kraft.

Lagrådets granskning i den del som berör den föreslagna lagregleringens förhållande till grundlagarna och andra rättsregler av övergripande natur har som nämnts ovan inte givit anledning till erinringar. Däremot har granskningen från andra synpunkter föranlett en omarbetning av förslaget.

I propositionen har regeringen redovisat sin syn på huruvida lagförslaget skulle strida mot principen om kommunal självstyrelse (s. 44 f.) bl.a. med avseende på reglering av s.k. inre frågor. Regeringen bedömer med referens till grundlagspropositionen (prop. 1973:90 s. 190 f.) att en lagstiftning med den innebörd det aktuella lagförslaget har inte

strider mot bestämmelserna i 1 kap. 1 § respektive 8 kap. 5 § regeringsformen. Enligt regeringens mening kan inte principen om en fri sektor utgöra ett konstitutionellt hinder mot att riksdagen stiftar en lag om förbud mot beteenden av det här avsedda slaget. I propositionen anförs vidare:

Begränsas vidare genom lagen ett med stöd av denna i det enskilda fallet meddelat förbud till att gälla vid genomförandet av upphandling, kan det enligt vår mening inte med fog hävdas att kommunernas inre arbete berörs på ett sätt som RF inte medger.

Regeringen behandlar även artikel 8 i konventionen (s. 46) och menar att åtgärder enligt den föreslagna lagen knappast omfattas av begreppet administrativ tillsyn som detta beskrivs i de redovisade förarbetena. Regeringen anför vidare:

I alla händelser kan detta inte gälla själva förbudsreglerna utan endast de övriga regler i lagen som syftar till att säkerställa efterlevnaden av lagen, såsom reglerna om uppgiftsskyldighet. Detta är emellertid i så fall fullt i överensstämmelse med konventionen. Någon prövning av lämplighet i den mening detta begrepp har i konventionen sker inte genom den föreslagna lagen. Därför saknar invändningen rörande högre myndigheter inverkan på frågan.

Regeringen finner mot denna bakgrund att den föreslagna lagen inte kommer i strid med Sveriges förpliktelser enligt den aktuella konventionen.

Konstitutionsutskottet gör följande bedömning.

Enligt utskottets mening innebär förslaget ett otillbörligt och allvarligt ingrepp i den kommunala självstyrelsen. Utskottet finner att den statliga detaljregleringen av kommunal verksamhet ökas helt obefogat. Lagförslaget innebär att en statlig bedömning av hur en kommuns egen regi-verksamhet förhåller sig till konkurrerande, extern verksamhet skulle kunna ske som ett led i en prövning enligt lagens bestämmelser. Detta innebär enligt utskottets mening ett brott mot artikel 6 punkt 1 i den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse, enligt vilken kommunerna själva skall bestämma om sina inre administrativa strukturer. Enbart på dessa grunder bör den framlagda propositionen avslås.

Enligt utskottets mening saknas det inte regler för denna del av den kommunala verksamheten. I det framlagda förslaget bortser regeringen helt från den möjlighet som rättssystemet redan nu erbjuder i fråga om otillbörligt beteende vid upphandling. I 1 kap. 9 § regeringsformen finns exempelvis bestämmelser om objektivitet och saklighet som kan tillämpas på otillbörligt beteende vid upphandling. Det kan mot den bakgrunden ifrågasättas om någon lagstiftning över huvud taget behövs.

Mot denna bakgrund föreslår utskottet att propositionen avstyrks.

På konstitutionsutskottets vägnar

Thage G Peterson

I beslutet har deltagit: Thage G Peterson (s), Bertil Fiskesjö (c), Birger Hagård (m), Catarina Rönnung (s), Kurt Ove Johansson (s), Ingvar Johnsson (s), Ingvar Svensson (kds), Harriet Colliander (nyd), Henrik S Järrel (m), Lisbeth Staaf-Igelström (s), Ola Karlsson (m), Elvy Söderström (s), Björn von der Esch (m), Ulla Pettersson (s) och Ingela Mårtensson (fp).

Från Vänsterpartiet, som inte företräds av någon ordinarie ledamot i utskottet, har suppleanten Bengt Hurtig (v) närvarit vid den slutliga behandlingen av ärendet.

Avvikande meningar

1. Avvikande mening (c, m, fp, kds)

Bertil Fiskesjö (c), Birger Hagård (m), Ingvar Svensson (kds), Henrik S Järrel (m), Ola Karlsson (m), Björn von der Esch (m) och Ingela Mårtensson (fp) anser att den del av utskottets yttrande under rubriken "Utskottets bedömning" som börjar med "Enligt utskottets mening" och slutar med "att propositionen avstyrks" bort ha följande lydelse:

Konstitutionsutskottet delar regeringens och Lagrådets bedömningar vad gäller det aktuella lagförslagets förenlighet med den kommunala självstyrelsens princip.

Utskottet konstaterar att det nu föreliggande lagförslaget skiljer sig från det ursprungliga i ett viktigt hänseende. Förslaget i departementspromemorian (Ds 1992:121) innebar tvingande bestämmelser om att upphandling inom vissa kvantitativt angivna ramar skulle ske i konkurrens. De starka opinionsyttringar, främst från kommuner och landsting, mot förslaget som kom fram vid remissbehandlingen av detta förslag hade enligt utskottets mening till en betydande del sin förklaring i obligatoriet. Den omarbetning av förslaget som regeringen gjort medför att grunden för den tidigare framförda kritiken minskat väsentligt. De vidtagna förändringarna har inte minst påverkat förslagets förenlighet med den kommunala självstyrelsen i positiv riktning.

Sammanfattningsvis finner konstitutionsutskottet att proposition 1993/94:35 bör tillstyrkas.

2. Avvikande mening (nyd)

Harriet Colliander (nyd) anser att den del av utskottets yttrande under rubriken "Utskottets bedömning" som börjar med "Enligt utskottets mening" och slutar med "att propositionen avstyrks" bort ha följande lydelse:

De skäl som anförts mot tvingande anbudstävlingar enligt förslaget i departementspromemorian (Ds 1992:121) är enligt utskottets mening inte övertygande. Snarare ger de uttryck för ett konserverande revirtänkande inom kommuner och landsting. Arbetsgruppens lagförslag har i sak inte blivit föremål för någon beaktansvärd kritik och bör därför kunna läggas till grund för omedelbar lagstiftning.

Om riksdagen inte anser sig kunna anta arbetsgruppens förslag bör riksdagen hos regeringen begära ett skyndsamt förslag till lag med tvingande regler i fråga om upphandling i konkurrens, dvs. tvingande anbudstävlingar.

Mot denna bakgrund föreslår utskottet att propositionen avstyrks.