

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Dnr Fi2017/03967/K

Malmö den 26 januari 2018

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

Avfall Sverige är kommunernas branschorganisation inom avfallshantering. Det är Avfall Sveriges medlemmar som ser till att avfall tas om hand och återvinns i landets alla kommuner. Vi gör det på samhällets uppdrag: miljösäkert, hållbart och långsiktigt. Vår vision är "Det finns inget avfall". Vi verkar för att förebygga att avfall uppstår, att mer återanvänds och att det avfall som uppstår återvinns och tas om hand på bästa sätt. Kommunerna och deras bolag är ambassadör, katalysator och garant för denna omställning.

Avfall Sverige bildades redan 1947 och har omkring 400 medlemmar. Avfall Sveriges medlemmar är kommuner, kommunalförbund, kommunala bolag och kommunala regionbolag inom avfall och återvinning. Deras kunder utgör Sveriges invånare och en stor del av näringslivet. Genom medlemmarna representerar Avfall Sverige Sveriges befolkning. I Avfall Sverige ingår, som associerade medlemmar, cirka 150 tillverkare, konsulter och entreprenörer aktiva inom avfallshantering.

1. Förslagets koppling till Avfall Sveriges generella ståndpunkter

Avfall Sveriges årsmöte har år 2015 beslutat om ett antal generella ståndpunkter.

Avfall Sverige anser att avfallshanteringen är en väsentlig del av samhällets infrastruktur och att avfallshanteringen ska ge en god och behovsanpassad service för medborgare och verksamheter. Det betyder bland annat att kommunerna organiserar sig och samverkar med såväl andra kommuner som externa aktörer på det sätt som man bäst finner lämpligt. Kommunernas ansvar verkställs i egen regi eller med privata utförare. Kommunerna kan erbjuda tjänster av allmänt ekonomiskt intresse till andra kommuner och verksamheter.

Avfall Sverige anser att upphandlings- och affärsmodeller som stödjer avfallshierarkin ska användas i första hand. Avfall Sverige anser också att samverkan mellan kommuner ökar kompetensen för upphandling och försäljning och att försäljning av resurser ska göras med

samma affärsmässighet som vid upphandling.

Avfall Sverige konstaterar att ett förverkligande av utredningens förslag skulle ligga helt i linje med Avfall Sveriges ståndpunkter enligt ovan.

2. Sammanfattning

- Avfall Sverige *välkomnar utredningens förslag* om förbättrade möjligheter till kommunal avtalssamverkan. Avfall Sverige instämmer i övrigt i vad Sveriges Kommuner och Landsting anger i sitt remissvar, i de generella delar som har bäring på avtalssamverkan som sådan.
- Möjligheten till *avtalssamverkan är ett mycket viktigt verktyg* – och ett bra alternativ till mer formellt organiserad samverkan i kommunalförbund, gemensam nämnd och gemensamt bolag - för kommuner i deras verkställande av den i 15 kap. 20 § reglerade kommunala renhållningsskyldigheten.
- Många av *de åtgärder som kommunerna önskar vidta inom ramen för den kommunala renhållningsskyldigheten lämpar sig synnerligen väl för avtalssamverkan*. Dessutom innebär möjligheten till avtalssamverkan att avfallet kan behandlas närmare källan än vad som kan bli fallet om avfallshanteringen upphandlas.
- Avfall Sverige välkomnar förslagen om avtalssamverkan och anser, med hänvisning till upphandlingslagstiftningen, att det är *rimligt att en bedömning måste göras i det enskilda fallet om avtalet uppfyller kriterierna för undantag för upphandling* mellan myndigheter eller är undantaget de reglerna på annan grund.
- Avfall Sverige instämmer i utredningens ståndpunkt att det *inte finns skäl att avgränsa möjligheten att avtalssamverka i kommunallagen enbart till sådan verksamhet som inte kräver upphandling*.
- De *kodifierade möjligheterna till avtalssamverkan i upphandlingsdirektiven*, implementerade genom LOU, utgör ytterligare argument för behovet av en tydlig reglering av möjligheterna till avtalssamverkan enligt kommunallagen.
- Avfall Sverige välkomnar utredningens förslag att *Upphandlingsmyndigheten bör få i uppdrag att stödja upphandlande myndigheter i de upphandlingsrättsliga bedömningarna*.
- Utredningens redogörelse för avtalssamverkan är klagörande och det är *viktigt att motsvarande tydliga motiv till de föreslagna bestämmelserna anges i den kommande propositionen med förslag till tydliggjord lagstiftning om avtalssamverkan*.

3. Generella kommentarer

3.1 Tidigare skrivelse från Avfall Sverige

I en skrivelse från den 17 februari 2016 till Finansdepartementet från Avfall Sverige (*"EU-rättens möjligheter till offentligt – offentligt samarbete (avtalssamverkan) måste klargöras i LOU och den reviderade kommunallagen"*) argumenterade Avfall Sverige för att regeringen skulle utreda och föreslå ändringar i kommunallagen så att de möjligheter till avtalssamverkan som ges av de reviderade upphandlingsdirektiven, nu implementerat i svensk lagstiftning, ska kunna få full effekt.

Avfall Sverige välkomnar därför att regeringen tillsatte den aktuella utredningen och de konstruktiva förslag till reglering som nu har föreslagits.

3.2 Den kommunala renhållningsskyldigheten

Kommunen har ett lagstadgat ansvar för insamling, återvinning och bortskaffande av hushållsavfall (jfr 15 kap. 20 § miljöbalken). Kommunen har ålagts denna ensamrätt att hantera hushållsavfall av miljö- och hälsoskyddsskäl i syfte att det ska säkerställas att hushållsavfall tas om hand. För denna avfallshantering får kommunen ta ut avgifter (jfr 27 kap. 4 § miljöbalken). Detta avgiftsuttag ska förhålla sig till självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § kommunallagen (1991:900).

Hushållsavfall inom kommunen ska transporteras till en behandlingsanläggning i den utsträckning som det behövs av miljö- och hälsoskyddsskäl. Lagstiftningen innebär dock inte att varje kommun ska ha egna resurser för insamling, återvinning och bortskaffande. Sådana resurser kan vara en gemensam kommunal angelägenhet för flera kommuner och kan organiseras i bolagsform. De kan också ägas och drivas av någon juridisk person som är fristående från kommunen. För kommunen gäller dock skyldigheten att avfallet antingen ska återvinnas eller bortskaffas. Förberedelse för återanvändning inkluderas i definitionen av återvinning och kommunerna verkar på olika sätt för att förebygga uppkomsten av avfall. 15 kap. 20 § miljöbalken är en rambestämmelse som ger kommunen stor frihet att utforma sin avfallshantering efter lokala förhållanden med iakttagande av miljöbalkens mål och andra föreskrifter.¹ Det är exempelvis relativt vanligt att kommuner på olika sätt samverkar inom hela eller delar av sitt ansvarsområde.

Sättet att organisera ansvar och utförandet varierar. Det förhåller sig bland annat så att en betydande majoritet, cirka 75 procent, av kommunerna använder en privat utförare för insamling av mat- och restavfall. När det gäller återvinning och bortskaffande är bilden något annorlunda. Materialåtervinningen är starkt knuten till industrins råvaruförsörjning, vilket avspeglar sig i hur ägandet för sådana resurser gestaltar sig. Kommunerna äger majoriteten av kapaciteten för avfallsbehandling i Sverige. Det handlar om allt från anläggningar för energiåtervinning, anläggningar för biologisk återvinning (såsom rötningsanläggningar där biogas produceras) till avfallsbehandlingsanläggningar med deponier. Över 60 procent av biogasanläggningarna ägs dock helt eller till största delen av

¹ Bengtsson, Bjällås, Rubenson, Strömberg: *Miljöbalken En kommentar*, Norstedts juridik s. 15:19.

privata aktörer. Matavfall från hushåll utgör endast en mindre del av det avfall som behandlas i biogasanläggningarna.

I den utsträckning som denna kapacitet inte behövs för hushållsavfall erbjuder kommunerna återvinningstjänster till marknaden. Att kommunerna skulle ha en roll för återvinning och bortskaffande av annat avfall än hushållsavfall förutsattes av lagstiftaren i samband med införandet av förbud mot deponering av organiskt och brännbart avfall i början av 2000-talet. Det förutsattes vidare när möjligheten för kommunerna att utvidga sitt ansvar för annat avfall än hushållsavfall respektive farligt avfall togs bort år 2000 respektive år 2007. Vidare har kommunernas erbjudande av tjänster till marknaden varit förutsatt när olika producentansvar för avfall har införts, exempelvis för förpackningar och elavfall. När det gäller återvinning och bortskaffande av annat avfall än hushållsavfall är näringslivets verksamheter i dagsläget beroende av tillgång till den kapacitet som de kommunägda anläggningarna erbjuder.

En nyckelaspekt för att uppnå en effektiv avfallshantering är att Sveriges kommuner kan samarbeta om organiseringen och upphandlingen av avfallshanteringstjänster. Samverkan är på många håll nödvändigt, eftersom många av Sveriges kommuner är små och/eller glest befolkade. Det offentliga samarbetet mellan olika kommuner behövs för att Sveriges kommuner ska kunna sköta sin avfallshantering på ett så samhällsekonomiskt och resurseffektivt vis som möjligt.

En i kommunallagen reglerad generell rätt till kommunal avtalssamverkan utgör ett viktigt komplement till befintliga möjligheter för kommunen att verkställa den i 15 kap. 20 § reglerade kommunala renhållningsskyldigheten.

Många av de åtgärder som kommunerna önskar vidta lämpar sig synnerligen väl för avtalssamverkan. Dessutom innebär möjligheten till avtalssamverkan att avfallet kan behandlas närmare källan än vad som kan bli fallet om avfallshanteringen upphandlas. Ett exempel är två närliggande kommuner där den ena kommunen till exempel har kapacitet för biologisk återvinning genom rötning av matavfall medan den andra kommunen har kapacitet för energiåtervinning av avfall.

Som framgår ovan utförs cirka 75 procent av insamlingen av hushållsavfall av upphandlade privata utförare. Avfall Sverige tror inte att möjligheten till avtalssamverkan skulle ersätta offentlig upphandling av de skyldigheter inom ramen för den kommunala renhållningsskyldigheten som kommunen inte önskar utföra i egen regi. Däremot skulle tydligare möjligheter till avtalssamverkan utgöra ett viktigt komplement till att utföra skyldigheterna i egen regi eller genom samverkan i kommunalförbund, gemensam nämnd och gemensamt bolag för kommuner eller efter upphandling via privata utförare.

3.3 Avtalssamverkan och upphandlingsdirektiven

Den reviderade upphandlingslagstiftningen implementerar EU:s reviderade upphandlingsdirektiv och principerna i den så kallade "Hamburgdomen" och innebär en

breddning av de juridiska definitionerna av tillåtet offentligt samarbete enligt (inom ramen för en marknadsbegränsning om 20 procent).

Den nya möjlighet till avtalssamverkan som medges enligt ovan är en viktig anledning till att det behöver göras förtydliganden i kommunallagen så att kommunallagen inte riskerar att utgöra ett hinder mot sådan avtalssamverkan. Möjligtvis skulle LOU och dess möjligheter till avtalssamverkan kunna betraktas som *lex specialis* i förhållande till kommunallagen, men det är en alltför osäker grund att tillämpa LOU:s regler om avtalssamverkan på. Visserligen har ju också EU-rätten överhöghet över svensk lagstiftning och därmed har de reviderade upphandlingsdirektiven förstås företräde över eventuell svensk lagstiftning som hindrar tillämpningen av direktiven. Men lagstiftningen bör förstås justeras i syfte att undvika att någon process behöver drivas via EU-domstolen för att få effekt av de möjligheter som regleras i direktivet.

De kodifierade möjligheterna till avtalssamverkan i upphandlingsdirektiven, implementerade genom LOU, utgör ytterligare argument för behovet av en tydlig reglering av möjligheterna till avtalssamverkan enligt kommunallagen.

3.4 Avtalssamverkan och kommunal kompetens

Delar av näringslivet har i remissvar till de aktuella förslagen farhågor för att möjligheten till avtalssamverkan skulle accentuera problem med osund prissättning från offentliga aktörer. Eftersom avtalssamverkan mellan kommuner inte föregås av något anbudsförfarande sker inte heller slutandet av avtal i någon konkurrens med privata aktörer och det handlar därför inte om någon konkurrensnedvridning. De tjänster som kan bli föremål för avtalssamverkan måste självfallet ligga inom ramen för den kommunala kompetensen enligt kommunallagen eller ske inom ramen för kommunens så kallade anknätningskompetens enligt kommunallagen. Prissättningen avseende utförda tjänster måste dessutom ske med utgångspunkt i kommunallagens självkostnadsprincip.

Så länge som avtalssamverkan är kompetensenligt kan det inte heller handla om någon konkurrensnedvridning i strid med reglerna om offentlig säljverksamhet i 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579).

4. Specifika kommentarer

En generell rätt till avtalssamverkan s. 21:

Utredningen föreslår att det införs en generell rätt till avtalssamverkan i kommunallagen genom vilken en kommun får utföra uppgifter åt en annan kommun utan hinder av lokaliseringsprincipen.

Vidare anser utredningen sammanfattningsvis att undantaget från lokaliseringsprincipen bör göras generellt för kommunal avtalssamverkan och oavsett om den aktuella tjänsten innefattar myndighetsutövning eller utgör en offentlig tjänst enligt upphandlingslagstiftningen. En konsekvens är att kommunen eller landstinget i det enskilda fallet måste pröva om avtalet uppfyller kriterierna

för undantaget för upphandling mellan myndigheter (Hamburgundantaget) i LOU eller är undantaget upphandlingsreglerna på annan grund.

Avfall Sverige välkomnar förslagen och anser, med hänvisning till upphandlingslagstiftningen, att det är rimligt att en bedömning måste göras i det enskilda fallet om avtalet uppfyller kriterierna för undantag för upphandling mellan myndigheter eller är undantaget de reglerna på annan grund.

Upphandlingsrätten påverkar möjligheterna till avtalssamverkan s. 192 ff:

Utredningen anser sammanfattningsvis att undantaget från lokaliseringsprincipen bör göras generellt för kommunal avtalssamverkan och oavsett om den aktuella tjänsten innefattar myndighetsutövning eller utgör en offentlig tjänst enligt upphandlingslagstiftningen.

En konsekvens är att kommunen eller landstinget i det enskilda fallet måste pröva om avtalet uppfyller kriterierna för undantaget för upphandling mellan myndigheter (Hamburgundantaget) i LOU eller är undantaget upphandlingsreglerna på annan grund.

Om det inte gör det måste avtalet konkurrensutsättas. Undantaget kommer alltså innebära ett undantag från lokaliseringsprincipen oavsett om det krävs upphandling eller ej. Genom att utforma undantaget på detta sätt ges kommuner och landsting möjlighet att utnyttja alla de rättsliga möjligheter som finns att avtalssamverka utan att tillämpning av upphandlingsreglerna aktualiseras. En nackdel är att varje kommun och landsting själv måste ta ställning till om det krävs upphandling när en avtalssamverkan övervägs.

Även om vissa kommunala samverkansavtal alltså förutsätter tillämpning av upphandlingslagstiftningen menar utredningen att detta inte är skäl att avgränsa möjligheten att avtalssamverka i kommunallagen enbart till sådan verksamhet som inte kräver upphandling. Mot bakgrund av den rättsliga osäkerheten på området är en sådan reglering knappast heller möjlig att införa.

Avfall Sverige instämmer i utredningens ställningstagande enligt ovan och välkomnar förslagen i denna del.

Utredningen anger vidare s. 194:

Konsekvensen av det av utredningen föreslagna undantaget från lokaliseringsprincipen blir att de upphandlingsrättsliga förutsättningarna måste bedömas från fall till fall. Den upphandlingsrättsliga bedömningen ”frikopplas” med andra ord från den kommunal rättsliga.

Detta gäller emellertid redan i dag. Skillnaden blir främst att när den begränsning av möjligheten till kommunal avtalssamverkan som lokaliseringsprincipen hitintills utgjort tas bort, så ökar möjligheten att ingå samverkansavtal. Detta medför i sin tur att de kommuner som avser utnyttja detta ökade kommunalrättsliga utrymme i allt flera situationer måste bedöma om upphandlingslagstiftningen medför hinder mot ingåendet av sådana samverkansavtal. Detta gäller särskilt om samverkansavtalen avser uppgifter som inte utgör myndighetsutövning.

Såsom framgår av avsnitt 7.6 anser utredningen att Upphandlingsmyndigheten bör få i uppdrag att stödja upphandlande myndigheter i de upphandlingsrättsliga bedömningarna. En sådan nationell stödfunktion kan underlätta för kommuner och landsting att ta ställning till om ett samverkansavtal kräver upphandling eller inte.

Avfall Sverige instämmer i utredningens ställningstagande enligt ovan och välkomnar också att Upphandlingsmyndigheten bör få i uppdrag att stödja upphandlande myndigheter i de upphandlingsrättsliga bedömningarna.

Vilken skillnad gör utredningens förslag s. 227:

Utredningen anger att det idag finns två generella rättsliga hinder mot samverkan i avtalsform: lokaliseringsprincipen i kommunallagen och upphandlingsreglernas huvudregel om annonserad konkurrensutsättning, som innebär begränsningar även i de fall ett upphandlingspliktigt avtal ingås mellan offentliga organ. I dag är det enligt huvudregeln i kommunallagen inte tillåtet för en kommun att åta sig att utföra uppgifter åt en annan kommun. Utredningens förslag innebär att lokaliseringsprincipen i princip inte längre kommer att utgöra någon sådan begränsning av möjligheterna till avtalssamverkan. Samverkansföremålet måste dock även fortsättningsvis falla inom den kommunala befogenheten - antingen med stöd av den allmänna befogenheten i kommunallagen (utgöra en angelägenhet av allmänt intresse) eller med stöd av speciallagstiftning (befogenhetslagen eller speciallagstiftning).

Här konstaterar Avfall Sverige att 15 kap. 20 § miljöbalken just är sådan speciallagstiftning som ger kommunen befogenheter och till och med skyldigheter att verkställa den kommunala renhållningsskyldigheten.

Utredningen anger vidare att vad närmare gäller de praktiska konsekvenserna av utredningens förslag innebär detta alltså ett generellt undantag från lokaliseringsprincipen för samverkan i avtalsform. I någon mening jämföras genom förslaget avtalssamverkan med samverkansformerna kommunalförbund och gemensam nämnd i det att samverkan i avtalsform får avse alla kommunala uppgifter. Kommuner kommer alltså att kunna anlita varandra för att utföra kommunala uppgifter på ett sätt som inte tidigare var tillåtet enligt kommunallagen. Den generella regeln gör detta möjligt på i princip samtliga områden där kommunens rätt att utföra uppgifter baseras på den kommunala befogenheten i kommunallagen. Kommunerna måste emellertid fortfarande ta ställning till om avtalssamverkan omfattas av upphandlingsreglerna. När kommunens rätt att utföra tjänster åt en annan kommun är reglerad i speciallagstiftning gäller även fortsättningsvis särskilda regler om avtalssamverkan på vissa områden.

Ur mer principiell synvinkel innebär utredningens förslag ett omvänt synsätt på möjligheten att använda avtal som kommunal samverkansform: från att avtalssamverkan (enligt utredningens definition) och extern delegation generellt sett inte är tillåtet, men med undantag på olika områden, till att avtalssamverkan generellt blir tillåten (men med undantag på olika områden).

Såsom framgår av genomgången ovan är utredningen av uppfattningen att befintliga regler om avtalssamverkan i vissa speciallagar ska lämnas oförändrade. På dessa områden kommer alltså de särskilda reglerna i dessa speciallagar även fortsättningsvis att gälla i stället för den av utredningen föreslagna nya bestämmelsen i kommunallagen. För det fall pågående utredningar, eller samhällsutvecklingen i övrigt, medför ett behov av att förändra eller utöka möjligheten till avtalssamverkan även på dessa områden kommer det givetvis att vara möjligt att ersätta även dessa särskilda bestämmelser med den föreslagna nya regeln om avtalssamverkan i kommunallagen.

Utredningens redogörelse enligt ovan är klargörande och det är viktigt att motsvarande tydliga motiv till de föreslagna bestämmelserna anges i den kommande propositionen med förslag till tydliggjord lagstiftning om avtalssamverkan.

För fortsatta kontakter i dessa frågor hänvisar vi till vår jurist Sven Lundgren, sven.lundgren@avfallsverige.se, telefon 040-35 66 00.

Med vänliga hälsningar,
Avfall Sverige

Claes Thunblad
Ordförande

Weine Wiqvist
VD