

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-001

PM 2 2004-02-19 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunal verksamhet på den allmänna marknaden utanför den kommunala kompetensen (förbudet mot interkommunala entreprenadlösningar).

Östersunds kommun har beslutat att inom sin förvaltning inrätta ett upphandlingskontor som i konkurrens med privata företag skall sälja sina tjänster till kringliggande kommuner.

Kommunfullmäktige i Östersund beslutade vid sammanträde den 11 december 2003 (KF § 190/03) att bilda ”ett gemensamt upphandlingskontor tillsammans med andra kommuner”, vilket skall finansieras inom kommunens befintliga budgetramar.

Av kommunfullmäktiges beslut framgår att en utredning på uppdrag av kommundirektören i Östersunds kommun har föreslagit att Östersunds kommun tillsammans med i vart fall Krokoms, Härjedalens och Åre kommuner, och utan att skapa något kommunalförbund eller gemensam nämnd, skall inrätta ett gemensamt kontor för upphandlingsfrågor med placering i Östersund. Östersunds kommun skall därvid vara huvudman och arbetsgivare för verksamheten och de övriga deltagande kommunerna skall till Östersunds kommun avtalsvägen betala för sin del i kontoret.

Av en tjänstemannapromemoria som upprättats till underlag för kommunfullmäktiges beslut framgår att kostnaden för det aktuella upphandlingskontoret beräknas uppgå till antingen 2,240 miljoner kronor eller 2,575 miljoner kronor per år, beroende på antalet kommuner som skall köpa tjänster av kontoret. De externa intäkterna beräknas under motsvarande förutsättningar uppgå till 616.000 eller 859.000 kronor per år^u. Östersunds kommun räknar således med en extern finansiering motsvarande c:a 30 procent av den totala kostnaden för driften av upphandlingskontoret.

På marknaden för upphandlingstjänster finns det ett väl fungerande privat utbud.

Gällande rätt

Kommuner som bedriver affärsverksamhet på den allmänna marknaden har en betydligt förmånligare ställning än sina privata konkurrenter. Ytterst finansieras kommunernas verksamhet genom skattemedel. Normalt föreligger inte heller något avkastningskrav på det av kommunen riskerade kapitalet. Problemen med offentligt finansierade aktörers verksamheter på konkurrensmarknader har i ett flertal avgöranden uppmärksammats av det statliga Konkurrensverket, som bl.a. har uttalat att den från konkurrenssynpunkt enda acceptabla lösningen i princip är att kommuner inte bedriver verksamheter på varu- och tjänsteområden med fungerande konkurrens (se. bl.a. KKV, Dnr 530/93 samt SOU 1995:105 sid. 226-227).

Kommunernas allmänna befogenheter regleras i kommunallagen (1991:900). Kommunal verksamhet har länge omgärdats av ett antal rättsliga grundprinciper. De flesta har vuxit fram genom rättspraxis. En del av dessa har under årens lopp kommit att lagfästas och då framför allt i kommunallagen. Principerna har vuxit fram i syfte att begränsa den kommunalrättsliga kompetensen. Tanken bakom de kommunalrättsliga principerna är, förutom att begränsa den kommunalrättsliga kompetensen, att kommunerna skall dimensionera sina resurser så att de kan producera den mängd tjänster som de egna innevanarna (kommunmedlemmarna). har behov av. Kommunal verksamhet får således inte dimensioneras i syfte att skapa utrymme för att kunna sälja tjänster till andra.

Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen får kommunerna enbart ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar

och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller annan. Bestämmelsen ger bl.a. uttryck, dels för en princip om att kommuner inte skall ägna sig åt verksamheter som enligt lag skall bedrivas av andra myndigheter, dels för den s.k. *lokaliseringsprincipen* enligt vilken en kommun inte får engagera sig i verksamheter utanför det egna geografiska området eller som riktar sig till andra än de egna kommunmedlemmarna.

Lokaliseringsprincipen innebär att den verksamhet som en kommun bedriver skall ha anknytning till det egna geografiska området eller till de egna medlemmarna. Principen uppställer därigenom vissa hinder mot att kommuner säljer tjänster till varandra. En kommun kan som huvudregel således inte ägna sig åt interkommunal entreprenadverksamhet i syfte att bibehålla sysselsättningen för den egna personalen eller för att expandera verksamheten utöver den egna kommunens behov.

I rättspraxis har lokaliseringsprincipen försetts med viktiga modifikationer som hänger samman med dels befolkningens rörlighet, dels ofullkomligheter i kommunindelningen. Praxis har i något fall godtagit att undantag skett på så sätt att kommuner och landsting har fått sälja tillfällig överskottskapacitet på marknaden. En grundläggande förutsättning är emellertid att kommunal verksamhet inte permanent får göra sig beroende av intäkter från externa kunder, vilket belyses av följande avgörande av Regeringsrätten:

I RÅ 1993 ref. 12 behandlas ett fall där ett landstingsägt tvätteri bedrev verksamhet på den allmänna marknaden. Tvätteriet måste enligt landstinget långsiktigt dimensionera sina resurser för sitt behov och det ansågs då nödvändigt att söka sig nya kunder för att undvika kapitalförstöring. Det i målet aktuella avtalet motsvarade en andel mindre än 1,5 procent av tvätteriets samlade produktion. I domen anges inledningsvis att det överklagade beslutet innebär att tvätteriet inlåter sig på verksamhet som normalt faller utanför den kommunala kompetensen. Domstolen konstaterade emellertid att tvätteriets verksamhet var till helt övervägande del inriktad på att tillgodose det egna landstingets behov och den aktuella försäljningen på den allmänna marknaden omfattade endast en ringa del av produktionen. Tvätteriverksamhet är dessutom en sådan etablerad och erkänd verksamhet som ett landsting får ta befattning med. Det får därför anses naturligt, menade domstolen, att tvätteriet, bl.a. för att undvika onödig kapitalförstöring, under en övergångsperiod och *vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning* konkurrerar på den allmänna marknaden. Det var inte heller visat, menade domstolen, att den aktuella affärsverksamheten skulle innebära någon beaktansvärd affärsrisk *eller utgöra ett brott mot lokaliseringsprincipen*.

Någon generellt giltig måttstock för vad som kan vara att betrakta som tillåten kommunal entreprenadverksamhet finns inte, men som framgår av det refererade avgörandet ovan skall stor restriktivitet iakttas vid överträdelser av lokaliseringsprincipen.

I några fall har lagstiftningsvägen medgivits undantag från förbudet mot interkommunala entreprenadlösningar. Enligt 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453) får kommuner exempelvis sluta avtal om att tillhandahålla varandra tjänster inom socialtjänsten. I förarbetena²¹ motiveras undantaget med att kommunerna därmed medges möjlighet att överskrida den kommunala behörigheten enligt kommunallagen och att detta undantag motiverats av att öka möjligheterna för kommunerna att överlämna vissa arbetsuppgifter till varandra, om detta sett ur ett kvalitetsperspektiv bedöms vara lämpligt. Hade det inte funnits något generellt förbud mot kommunala entreprenadlösningar torde socialtjänstlagens kompetensutvidgade undantagsbestämmelse knappast behövas.

I andra fall har lokaliseringsprincipen kommit att utvidgas genom praxis – se RÅ 1977 ref. 77 (vägtrafik), RÅ 1974 A 2082 (flygtrafik), RÅ 1976 Ab 236 (eldistribution) samt RÅ 1972 C 143 (vattenförsörjning och avloppsrening m.m.). Av samtliga dessa avgöranden framgår att utvidgningen motiveras av befolkningens rörlighet eller ofullkomligheter i kommunindelningen. Dessutom framgår av praxisavgörandena att det i vart fall fordras något slags anknytning till kommunens område eller dess medlemmar.

Av prop. 1996/97:105 framgår under rubriken "Rättsliga gränser för samverkan" bl.a. följande avseende interkommunala entreprenadlösningar:

”Kommunal verksamhet har länge omgärdats av ett antal rättsliga principer. De flesta har vuxit fram i rättspraxis. En del av dessa har under årens lopp kommit att lagfästas och då framför allt i kommunallagen (1991:900). En av dessa principer är lokaliseringsprincipen som i dag finns intagen i 2 kap. 1 § kommunallagen. Principen ställer upp vissa hinder både mot att kommuner och landsting säljer tjänster till varandra och mot att de samverkar och erbjuder varandra sin kompetens i fråga om myndighetsutövning. Lokaliseringsprincipen innebär att den verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver skall ha en anknytning till det egna geografiska området eller till de egna medlemmarna. I praktiken innebär lokaliseringsprincipen formella begränsningar för kommunernas maktbefogenheter, beslutanderätt och inflytande” (KKO:s understrykning).^[3]

Lokaliseringsprincipens förbud mot interkommunala entreprenader har även utretts inom ramarna för den statliga ”Samverkansutredningen”. Av slutbetänkandet, ”Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m.” (SOU 2000:114) framgår bl.a. att i vart fall utredningen utgått från att den grundläggande kompetensbestämmelsen i 2 kap. 1 § kommunallagen innefattar hinder för kommuner och landsting att utföra uppgifter eller sälja tjänster utanför sitt geografiska område.^[4]

För det fall två eller flera kommuner önskar samverka kring vissa angelägenheter av gemensamt intresse har lagstiftaren genom ändringar i 3 kap. kommunallagen möjliggjort för dessa att inrätta kommunalförbund^[5] eller gemensamma nämnder^[6] inom vars ramar en viss utvidgning av den kommunala kompetensen torde kunna ske. Av den citerade propositionen 1996/97:105 framgår emellertid att förekommande kommunal samverkan förutses ske inom ramarna för dessa institut. Lokaliseringsprincipens generella förbud mot entreprenadlösningar gäller således fortfarande.

Yttrande

Östersunds kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att kommunen beslutat att avstå från att avge yttrande till Konkurrenskommissionen i ärendet.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har Östersunds kommun beslutat inrätta ett kontor som på permanent basis skall utföra upphandlingstjänster förutom för kommunens eget behov, även för ett antal kringliggande kommuners räkning.

Av kommunfullmäktiges underlag framgår att beslutet inte avser rent tillfällig verksamhet samt att Östersunds kommun avser att driva upphandlingskontoret i egen regi men till en knapp tredjedel finansiera kontorets verksamhet genom externa intäkter från de samverkande kommunerna.

Enligt kommunallagens huvudregel är det inte någon angelägenhet för kommunen att engagera sig i verksamheter utanför det egna området som berör andra än de egna kommun-
innevånarna (den s.k. lokaliseringsprincipen). Undantag från denna princip fordrar som regel särskilt stadgande i lag. Något dylikt lagstadgat undantag för upphandlingsverksamhet finns inte och något kommunalförbund eller gemensam nämnd har inte inrättats för verksamheten.

Kommunfullmäktiges nu aktuella beslut riskerar således innebära överträdelse av den kommunala kompetensen. Frågan om lagligheten enligt kommunallagen avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol. Bortsett härifrån riskerar även konkurrensen snedvridas genom att en skattefinansierad aktör som Östersunds kommun erbjuder sig att entreprenadvägen bedriva kommersiellt betingat verksamhet.

-
- ^[1] Enligt alternativ a) i förslaget ingår Östersunds kommun tillsammans med Krokoms, Härjedalens och Åre kommuner i verksamheten. Kostnaden uppskattas därvid till 2.575.000 kronor varav 1.716.667 kronor hänför sig till Östersunds kommun ensam. Enligt alternativ b) i förslaget ingår Östersunds kommun tillsammans med Krokoms och Härjedalens kommuner i verksamheten. Åre kommun ingår således inte i samarbetet. Kostnaden uppskattas därvid till 2.240.000 kronor varav 1.624.000 kronor hänför sig till Östersunds kommun ensam.
- ^[2] Se prop. 1996/97:124 ”Ändring i socialtjänstlagen” (författningskommentaren till 2 kap. 5 §)
- ^[3] Se prop. 1996/97:105, avsnitt 4.3 ”Rättsliga gränser för samverkan” (sid. 32).
- ^[4] Se den statliga samverkansutredningens slutbetänkande ”Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m.” (SOU 2000:114), sid. 204.
- ^[5] Enligt 3 kap. 20 § kommunallagen får kommuner och landsting bilda s.k. kommunalförbund i syfte att till dessa lämna över vården av vissa gemensamma kommunala angelägenheter. Av bestämmelsens förarbeten framgår att denna möjlighet tillkommit för att underlätta kommunernas och landstingens möjligheter att samarbeta och utnyttja sina resurser på ett effektivt sätt. Bildandet av kommunalförbund innefattar emellertid en mängd formella åtgärder som måste iakttas, bland annat skall en för de ingående kommunerna och/eller landstingen gemensam nämnd inrättas. Vidare skall det finnas ett nämndreglemente, vilket närmare skall reglera formerna för samverkan, bland annat den gemensamma nämndens behörighet och befogenhet.
- ^[6] Enligt 3 kap. 3 a – 3 c §§ kommunallagen får kommuner och landsting även bilda s.k. gemensam nämnd för att fullgöra uppgifter för vilka det enligt särskilda författningar skall finnas en eller flera nämnder i varje kommun eller landsting. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämndens behörighet och befogenhet skall närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna och landstingen. I övrigt gäller samma bestämmelser för gemensam nämnd som för övriga kommunala och landstingskommunala nämnder.