

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-001

PM 2 2006-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunal entreprenadverksamhet på den allmänna marknaden (överträdelse av näringsförbudet och lokaliseringsprincipen).

Göteborgs stad har avtalsvägen, gentemot staten och Försäkringskassan, åtagit sig att utföra översättningstjänster till ett sammanlagt värde av c:a 15 miljoner kronor.

Göteborgs stad genom Västra Frölunda stadsdelsnämnd har genom avtal den 14 och 28 december 2005 gentemot staten genom Rikspolisstyrelsen åtagit sig att inom ramarna för den s.k. Tolkcentralen i Göteborg (nedan Tolkcentralen) tillhandahålla samtliga myndigheter under regeringen samt ett antal övriga myndigheter och organisationer med översättningstjänster från och till svenska från de engelska, bosniska K/S, finska, franska, ryska, spanska samt tyska språken.

Avtalet löper under perioden den 1 januari 2006 till och med den 30 juni 2007 och kan därefter förlängas med ett år, till och med den 30 juni 2008, på oförändrade villkor (1,5 + 1 = 2,5 år).

Västra Frölunda stadsdelsnämnd har även enligt avtal av den 17 och 26 oktober 2005 åtagit sig att tillhandahålla Försäkringskassan med översättningstjänster från och till svenska från de arabiska, engelska, estniska, franska, grekiska, ryska, italienska, kinesiska, lettiska, litauiska, nederländska, polska, portugisiska, ryska, slovenska, somaliska, spanska, thailändska, turkiska, tyska, och ukrainska språken samt från språk i det forna Jugoslavien och från farsi.

Avtalet med Försäkringskassan löper under perioden den 1 november 2005 till och med den 30 oktober 2007 och kan därefter förlängas med ett år i taget i högst två år, således till och med den 30 oktober 2009 (2 + 2 = 4 år).

Beslut om att ingå de aktuella avtalen har fattats av stadsdelschefen respektive chefen för Tolkcentralen på uppgiven delegation av Västra Frölunda stadsdelsnämnd. Besluten anmäldes och protokollfördes vid stadsdelsnämndens sammanträde den 31 januari 2006 (§ 15/ 2006-01-31).

Tolkcentralen är en förvaltning inom Göteborgs stad. Förvaltningen är organisatoriskt underordnad Västra Frölunda stadsdelsnämnd. Tolkcentralen omsatte under år 2004 c:a 50 miljoner kronor varav drygt 2,9 miljoner kronor hänförde sig till översättningstjänster.^[1] Kontraktsvärdet av de tecknade avtalen kan för Tolkcentralens vidkommande uppskattas till c:a 10 miljoner kronor^[2] respektive 5 miljoner kronor^[3] per år, således uppskattningsvis totalt c:a 15 miljoner kronor per år. Detta innebär en utvidgning av Tolkcentralens verksamhet på området för översättningstjänster med över 500 procent.

Enligt föreliggande avtal med staten skall aktuella översättningstjänster från och till engelska tillhandahållas till ett pris av 1,43 kr per ord (under 2.000 ord) samt 1,30 kr per ord (över 2.000 ord). För övriga i avtalet med staten reglerade språk (franska, tyska, serbokroatiska och bosniska, finska spanska samt ryska) har Göteborgs stad åtagit sig att tillhandahålla översättningar till ett pris av 1,60 kr per ord (under 2.000 ord) samt 1,50 kr per ord (över 2.000 ord).

Rikspolisstyrelsen har avseende omfattningen av sitt avtal med Göteborgs stad uppgivit bl.a. följande: ”Avtalet mellan RPS och Tolkcentralen, Göteborgs Stad EKB 939/1646-05 är rikstäckande och omfattar samtliga myndigheter på nedanstående länk: <http://www.avropa.nu/templates/BuyerList 47.aspx?fapage=1527>”. Av den återopade länken framgår en tolvsidig förteckning över statliga myndigheter m.m., från Kriminalvården

i Ystad till Haparanda tingsrätt, vilka anges som avropsberättigade enligt avtalet med Göteborgs stad.^[4]

Vid genomgång av Tolkcentralens underlag för interndebitering inom Göteborgs stad sista kvartalet 2005 framgår att översättningar från eller till engelska internt har debiterats med 2,50 kr per ord Motsvarande översättningar till eller från franska och tyska har internt debiterats med 1,80 kr per ord, serbokroatiska och bosniska, finska samt spanska har internt debiterats med 2,50 kr per ord medan ryska har debiterats med 3,20 kr per ord.^[5] I en skrivelse till Konkurrenskommissionen har Västra Frölunda stadsdelsnämnd uppgivit att Tolkcentralen internt tillämpar självkostnadsprincipen vid debitering av övriga förvaltningar inom Göteborgs stad.

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 och landstingens allmänna befogenheter regleras i kommunallagen (1991:900). Kommunalverksamhet 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 utformats i syfte att avgränsa den kommunalrättsliga kompetensen.

Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen (KL) får kommuner 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 kommunerna 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 som riktar sig till andra än de egna kommunmedlemmarna.

Tanken bakom lokaliseringsprincipen är, förutom att begränsa den rättsliga kompetensen, att kommuner och landsting skall dimensionera sina resurser så att de kan producera den mängd tjänster som de egna innevånarna (kommunmedlemmarna) har behov av. Kommunal eller landstingskommunal verksamhet får således inte dimensioneras i syfte att skapa utrymme för att kunna sälja tjänster till andra.

Lokaliseringsprincipen innebär således att den verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver måste ha anknytning till kommunens egna geografiska område eller till de egna medlemmarna.

Principen uppställer därigenom vissa hinder mot att kommuner och landstings säljer tjänster till varandra eller till exempelvis staten. En kommun kan som huvudregel således inte ägna sig åt entreprenadverksamhet i syfte att bibehålla sysselsättningen för den egna personalen eller för att expandera verksamheten utöver det egna behovet.

Som grundläggande förutsättning enligt det s.k. näringsförbudet är att kommunal verksamhet inte permanent får göra sig beroende av intäkter från externa kunder. Från näringsförbudet har i rättspraxis (se RÅ 1993 ref. 12) emellertid godtagits vissa undantag, där en kommun får att ”...undvika onödig kapitalförstöring, under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning konkurrerar på den allmänna marknaden”.^[6]

Av Regeringsrättens refererade avgörande framgår att som huvudregel gäller att kommuner och landsting inte skall inlåta sig i ren affärsverksamhet. Orsaken till att det då aktuella affärsavtalet ändå godkändes var att det avsåg endast en ringa del (c:a 1,5 procent) av den totala omsättningen, undantagsvis under en övergångsperiod vid tillfällig överkapacitet, i syfte att undvika onödigt kapitalförstöring. Rätten konstaterade vidare att det inte var visat i målet att förfarandet innefattade någon beaktansvärd affärsrisk eller innebar överträdelse av lokaliseringsprincipen. Detta ger anledning att anta att utgången hade kunnat bli annan om förfarandet innefattat överträdelser i angivna avseenden, exempelvis genom större volymer och / eller försäljning utanför det egna området.

Någon generellt giltig måttstock för vad som kan anses vara tillåten kommunal entreprenadverksamhet finns inte, men som framgår av det refererade avgörandet ovan skall stor restriktivitet iakttas vid överträdelser av det s.k. näringsförbudet. Den s.k. lokaliseringsprincipen enligt samma lag får över huvud taget inte överträdas utan uttryckligt stöd av lag eller praxis.

I några fall har lagstiftningsvägen medgivits undantag från lokaliseringsprincipen. Enligt 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453) får kommuner exempelvis sluta avtal om att tillhandahålla varandra tjänster inom socialtjänsten. Enligt lagen (2005:952) om vissa kommunala befogenheter i fråga om kollektivtrafik får ett kommunalt aktiebolag vidare ingå avtal med en trafikhuvudman om att utföra viss lokal och regional linjetrafik utan att verksamheten har sådan anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar som annars krävs enligt kommunallagen. Enligt ellagen (1997:857) får kommunala elföretag, utan hinder av bestämmelsen i kommunallagen om anknytning till kommunens område eller dess medlemmar, utanför kommunens område bedriva viss verksamhet avseende elhandel, nätverksamhet samt viss fjärrvärmeverksamhet.

I några få fall har lokaliseringsprincipen kommit att utvidgas genom praxis – se RÅ 1977 ref. 77 (vägtrafik), RÅ 1974 A 2082 (flygtrafik), samt RÅ 1972 C 143 (vattenförsörjning och avloppsrening m.m.).

Av refererade bestämmelser samt angiven rättspraxis framgår att det som huvudregel fordras särskilt stöd i lag för att en kommun skall få bedriva verksamhet utan sådan anknytning till kommunens område eller dess medlemmar som förutsätts enligt kommunallagens bestämmelser. Kompetensutvidgande föreskrifter har i förekommande fall motiverats med hänvisning till befolkningens rörlighet eller ofullkomligheter i kommunindelningen. I de fall som har tillkommit genom praxis har det dessutom alltid förelegat något slags anknytning till kommunens område eller dess medlemmar. Av prop. 1996/97:105 framgår under rubriken ”Rättsliga gränser för samverkan” bl.a. följande:

”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”^[2]

Lokaliseringsprincipens förbud mot kommunal entreprenadverksamhet 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 att den grundläggande kompetensbestämmelsen i 2 kap. 1 § KL innefattar hinder för kommuner och landsting att utföra uppgifter eller sälja tjänster utanför sitt geografiska område.^[3]

Fråga om tolktjänster och översättningstjänster m har varit föremål för utredning av den statliga Tolkförmedlingsutredningen. I betänkandet (SOU 2004:15) konstaterade utredningen att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet endast under förutsättning att detta görs utan vinstsyfte och avser att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Det finns dock inget hinder, framhåller utredningen, mot att en kommun bedriver verksamhet i egen regi som riktar sig till de egna kommunmedlemmarna. Utredningen, som på det aktuella området ville utvidga möjligheterna till kommunal verksamhet, framlade ett förslag om att det i lag införs en kompetensutvidgande rätt för kommuner, landsting och kommunala företag att på området för tolkförmedling, men inte för översättningstjänster, bedriva konkurrensutsatt verksamhet. Förslaget innebär i korthet att kommunal tolkförmedling skall undantas från de kompetensbegränsande principerna i kommunallagen samtidigt som det införs krav på att verksamheten skall särredovisas.^[9] Förslaget har emellertid ännu inte lett till någon lagstiftning. Några motsvarande kompetensutvidgande bestämmelser även på området för översättningstjänster föreslogs aldrig.

Yttrande

Göteborgs stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunen har, utan att särskilt yttra sig till Konkurrenskommissionen, hänvisat till vad som yttrats i pågående mål om laglighetsprövning i länsrätt.

Av yttrandet till länsrätten framgår att avsikten med anbudsgivningen enbart har varit att tillhandahålla den lokala polismyndigheten och Försäkringskassans lokalkontor i Göteborgsområdet med översättningstjänster. Kommunen åberopar även ett avgörande i Regeringsrätten (RÅ 1992 ref. 61) enligt vilket det har ansetts kompetensligt för den kommunala räddningstjänsten att mot viss ersättning tillhandahålla allmänheten med viss rådgivningsverksamhet motsvarande högst fem procent av den berörda avdelningens verksamhet. I yttrandet framhåller kommunen vidare att Tolkcentralen ”*samverkar med fem privata firmor för att uppnå godkänd omsättning*” samt att ”*Dessa fem översättningsfirmor är alltså medleverantörer i aktuell upphandling*”. Vad avser uppgifterna om underprissättning uppger kommunen att verksamheten tidigare har genererat ett överskott, priserna har därför sänkts för att bättre anpassas till kommunens självkostnad. Kommunen menar sålunda att varken lokaliseringsprincipen eller någon annan kommunal princip har trätts för när.

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 Göteborgs stad ingått avtal med staten och Försäkringskassan med innebörd att den kommunala förvaltningen (Tolkcentralen) skall tillhandahålla rikstäckande service av översättningstjänster. Såvitt framgår av föreliggande kontrakt präglas dessa av affärsmässigt betingade överväganden och är även i övrigt kommersiellt reglerade. Avtalen har kommit till efter offentliga upphandlingsförfaranden i konkurrens med andra leverantörer.

Som framgår av redovisad rättspraxis har kommuner bara i undantagsfall befogenhet att gå ut med sina interna tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med det enskilda näringslivet. Kommunernas verksamhet får dessutom inte inrikta sig till att täcka andra behov än sådana allmänna behov som avser kommunens område dess medlemmar.

Tidigare har enligt egen uppgift Tolkcentralen bedrivit översättningsverksamhet motsvarande en årsomsättning på c:a 3 miljoner kronor. Denna har kommit att utvidgas med

uppskattningsvis c:a 15 miljoner kronor genom de aktuella avtalen. Tolkcentralens totala omsättning uppgår enligt vad kommunen har uppgivit till c:a 50 miljoner kronor per år. De beslutade avtalen motsvarar således en utvidgning med c:a 30 procent av hela verksamheten. Sådana särskilda förhållanden såsom tillfällig överkapacitet under ett avvecklingsskede, vilket i rättspraxis har ansetts medföra skäl för undantag från det s.k. näringsförbudet i kommunallagen, föreligger sålunda inte. Avtalet medför dessutom en beaktansvärd affärsrisk för kommunen samt riktar sig till andra än kommunens medlemmar. Påståendet att anlitate underentreprenörer utgör medleverantörer i aktuell upphandling är inte korrekt, eftersom dessa inte utgör medavtalsparter gentemot staten eller Försäkringskassan. Hela det ekonomiska ansvaret för de aktuella avtalen åvilar således kommunen.

De redovisade skillnaderna i prissättning, externt gentemot staten och internt gentemot de egna förvaltningarna, ger anledning att anta att den aktuella anbudsgivningen skett till underpris eller på annat sätt har gjorts beroende av korssubventionering från Tolkcentralens övriga verksamheter. Vad kommunen har påstått om tidigare överskott och anpassning till verklig självkostnad har inte visats och saknar dessutom relevans.

Göteborgs stads avtal med staten och Försäkringskassan riskerar således innebära överträdelser av den kommunala kompetensen, främst näringsförbudet och lokaliseringsprincipen. Frågan om lagligheten enligt kommunallagen avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol. Härutöver riskerar även konkurrensen att snedvridas genom att en skattefinansierad aktör som Göteborgs stad erbjuder sig att entreprenadvägen och i öppen konkurrens med andra leverantörer bedriva kommersiellt betingad översättningsverksamhet på den allmänna marknaden.

[1] Se Göteborgs stad, anbud till staten gm Rikspolisstyrelsen (RPS), sid. 1: ”Tolkcentralen har bedrivit tolkförmedling i snart 40 år och översättningsförmedling sedan 1995. Tolkcentralen omsatte drygt 50 Mkr år 2004 varav drygt 2,9 Mkr på översättningsförmedlingen. Våra translatorer och översättare översatte en miljon ord år 2004. Vi förmedlar översättningar på närmare 60 språk för alla olika myndigheter” (RPS:s nr EKB-939-1646/05)

[2] Det totala värdet av statens aktuella upphandling av översättningstjänster kan uppskattas till c:a 50 miljoner kronor. I den del av upphandlingen där Göteborgs stad tilldelats kontrakt för avrop i första hand kan värdet uppskattas till c:a 20 miljoner kronor, varav Göteborgs stad kommer att stå för ungefär hälften, c:a 10 miljoner kronor.

[3] Det totala värdet av Försäkringskassans aktuella upphandling av översättningstjänster kan uppskattas till c:a 20 miljoner kronor. Göteborgs stad har tilldelats kontrakt för avrop i tredje hand. Värdet av kontraktet kan med ledning av detta uppskattas till c:a 5 miljoner kronor.

[4] Rikspolisstyrelsens, email till Konkurrenskommissionen den 19 april 2006.

[5] Samtliga priser angivna exklusive lagstadgad mervärdesskatt. Express tillägg eller liknande extraordinarie debiteringsgrunder har räknats bort.

[6] I RÅ 1993 ref. 12 hade ett landsting (Älvsborg) övertagit en tvätterianläggning från staten. På grund av senare inträffade förändringar minskade underlaget för tvätteriverksamheten. Tvätteriet behövde därför långsiktigt dimensionera sina resurser för landstingets eget behov och landstinget ansåg det nödvändigt att under en övergångstid söka nya kunder för att undvika kapitalförstöring. I december 1988 beslutade landstinget att godkänna ett avtal om att utföra tvätteritjänster åt SAAB SCANIA AB i Trollhättan. Mot detta beslut anfördes laglighetsbesvär, innebärande att landstinget överskridit sin befogenhet enligt den s.k. näringsprincipen. Överträdelse av lokaliseringsprincipen åberopades aldrig eftersom Trollhättan låg inom landstingets område.

I målet anförde landstinget bl.a. att en fortlöpande anpassning av tvätteriets verksamhet pågick. För att undvika kapitalförstöring var det dock vid tillfällig överkapacitet nödvändigt att söka nya kunder. Det aktuella avtalet med SAAB SCANIA AB motsvarade mindre än 1,5 procent av produktionen och innebar ingen affärsrisk. Kammarrätten i Göteborg, vars avgörande senare fastställdes av Regeringsrätten, avslog talan om laglighetsbesvär. Till grund härför anfördes bl.a. följande: ”Landstingskommuner har bara i undantagsfall befogenhet att gå ut med sina interna tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med det enskilda näringslivet. Tvätteristyrerelsens beslut innebär därför att tvätteriet inlåter sig på verksamhet som normalt faller utanför den kommunala kompetensen. - Tvätteriets verksamhet är emellertid till helt övervägande del inriktad på att tillgodose det egna landstingets och Skaraborgs läns landstings behov och avtalet med SAAB SCANIA AB innebär att endast en ringa del av produktionen riktas mot den allmänna marknaden. Tvätteriverksamhet är dessutom en sådan etablerad och erkänd verksamhet som ett landsting får ta befattning med. Det får därför anses naturligt 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 är inte heller visat att avtalet med SAAB SCANIA AB skulle innebära någon beaktansvärd affärsrisk eller utgöra ett brott mot lokaliseringsprincipen. - Med hänsyn till det anförda finner kammarrätten vid en sammantagen bedömning att det klandrade beslutet inte innebär att tvätteristyrelsen överskridit sin befogenhet. Inte heller i övrigt har det visats att beslutet är olagligt i något av de hänseenden som anges i ... kommunallagen”.

[7] Prop. 1996/97:105, avsnitt 4.3 ”Rättsliga gränser för samverkan”, sid. 32.

[8] Samverkansutredningen, slutbetänkandet ”Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m.” (SOU 2000:114), sid. 204.

^[9] Se Tolkförmedlingsutredningen, betänkandet ”Tolkförmedling – kvalitet registrering tillsyn” (SOU 2004:15) sid. 15 och 20.