

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-028

PM 2 2006-12-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunal entreprenadverksamhet på den allmänna marknaden (överträdelse av närings- och lokaliseringsprinciperna).

Nacka kommun tillhandahåller och säljer skolhälsovård inte bara internt till de egna kommunala skolorna utan även till friskolor i Nacka och till skolor i andra kommuner.

Nacka kommun har sin kommunala förvaltning organiserad i ett system, där vissa förvaltningar, s.k. produktionsverksamheter, mot ersättning tillhandahåller tjänster och service till övriga förvaltningar. En sådan produktionsverksamhet är ”Verksamheten för Sociala stödresurser” (VSS) inom Nacka kommun. VSS utför och tillhandahåller tjänster inom socialpsykiatri, individ- och familjeomsorg samt stöd och hälsovård för barn inom förskola och skola. Den senare verksamheten, som i huvudsak består av skolhälsovård, bedrivs av ”Team Stöd och Hälsa” som organisatoriskt utgör en del av VSS.

Enligt årsrapport 2004/05 utgör Stöd och Hälsa ”ett kunskapscentrum och ett resurstöd till våra kunder – kommunala och fristående skolor, förskolor och dagbarnvårdare samt Landstinget. Vi arbetar för att sprida kunskap om vårt arbetssätt och vår samlade kompetens till kunderna så att elevvårdsarbetet kan utvecklas lokalt [...] Teamet är organiserat i fem verksamhetsområden; skolhälsovård (läkare och skolsköterskor), psykologtjänster, kuratorstjänster, tal- och motorikpedagogtjänster samt Centrum för läs- och skrivutveckling (CLS). All verksamhet kontrakteras med respektive skola. Skolhälsovården är reglerad i skollagen och skolorna betalar ett visst belopp per elev. Den övriga verksamheten är frivillig och tjänsterna köps per timme. Antalet köpta timmar varierar dels mellan skolorna, dels mellan läsåren”.

Bland Team Stöd och Hälsas kunder återfinns, enligt kommunens egen redovisning, förutom 27 egna kommunala eller landstingskommunala skolor, även 8 friskolor i Nacka samt 5 skolor i andra kommuner. Den externa försäljningen av tjänster till andra än kommunens egna skolor (eller landstingskolor) motsvarar totalt c:a 11 procent av förvaltningens samlade produktion av skolhälsovård, varav c:a 4 procent hänförs till skolor utanför kommunens område.^[1]

Den prissättning som riktar sig till externa kunder ligger uppskattningsvis c:a 35-40 procent under vad motsvarande tjänster kostar hos privata utförare. I det skriftliga informationsmaterial som riktar sig till externa kunder framhåller förvaltningen även särskilt att ”Prisnivån ligger under priserna på den öppna marknaden”.^[2]

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 landstingsäljer 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 för att ”...undvika onödig kapitalförstöring, under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning konkurrerar på den allmänna marknaden”.^[1]

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 onödig 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”^[4]

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.^[5]

Skyldigheten att anordna och tillhandahålla skolhälsovård regleras genom 14 kap. skollagen (1985:1100) samt genom förordningen (1986:572) med vissa tillämpningsföreskrifter till skollagen (skollagsförordningen).

Skolhälsovård skall enligt dessa bestämmelser anordnas för eleverna i förskoleklassen, grundskolan, gymnasieskolan, särskolan, specialskolan och sameskolan på ett sätt som är ägnat att följa elevernas utveckling, bevara och förbättra deras själsliga och kroppsliga hälsa och verka för sunda levnadsvanor hos dem. Skolhälsovården skall bl.a. omfatta kostnadsfria hälsokontroller och enkla sjukvårdsinsatser samt, för elever i särskolan och specialskolan, särskilda undersökningar som föranleds av deras funktionshinder.^[6]

Ansvar för skolhälsovården åvilar skolhuvudmannen, vilken som regel utgörs av en primärkommun eller ett landsting.^[7] För kommunala skolor är det enligt huvudregeln således kommunens ansvar att anordna skolhälsovården. För elever i fristående skolor (s.k. friskolor) ankommer det på respektive skola att erbjuda skolhälsovård som motsvarar den som ges åt eleverna inom motsvarande skolform inom det offentliga skolväsendet. Detsamma gäller för elever i sådan utbildning som motsvarar förskoleklassen och som bedrivs av någon annan än en fristående skola.^[8]

Viss uppgiftsdelegation mellan primärkommuner och staten eller landstingskommuner får undantagsvis förekomma. Enligt 10 § skollagsförordningen^[9] får sådana uppgifter i fråga om skolhälsovård som enligt skollagen annars ankommer på en primärkommun, efter överenskommelse i stället fullgöras av en landstingskommun. I fall där skolhuvudmannen utgörs av staten eller en landstingskommun får skolhälsovården efter överenskommelse i stället fullgöras av en primärkommun eller landstingskommun. Några andra bestämmelser som medger uppgiftsdelegation eller utvidgning av den kommunala kompetensen föreligger

inte på skolhälsovårdens område. Det är således inte lagligen tillåtet för primärkommuner att tillhandahålla skolhälsovård till andra kommuner eller till fristående skolor.

Yttrande

Nacka kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunen invänder mot påståendet att förvaltningen är organiserad i ett system där vissa förvaltningar tillhandahåller andra förvaltningar service och tjänster. Kommunens verksamhet är organiserad för att med konkurrens som medel tillhandahålla medborgarna bästa möjliga service. Detta åstadkoms genom kundvalssystem när det gäller individuella tjänster och upphandling för kollektiva tjänster. De enda tjänster som riktas till annan förvaltning är intern service såsom ekonomi- och personaladministration, IT-tjänster, information, intendentur och lokalförvaltning. Alla annan verksamhet är riktad mot kommunens medborgare och andra intressenter i Nacka.

Nacka kommun delar i stort sett vad Konkurrenskommissionen har redovisat om gällande rätt men bestrider att verksamheten som bedrivs åt skolor utanför Nacka kommun skulle strida mot lag. Skolhälsovården är uppbyggd på det antal medarbetare som krävs för att tillhandahålla skolhälsovård inom Nacka kommuns ansvarsområde. Syftet med den påtalade externa försäljningsverksamheten är att täcka vissa enstaka timmar som inte behövs för det ordinarie behovet. Detta för att spara skattemedel. Den externa skolhälsovården tillhandahålls inom ramarna för det marginalutrymme som medges i RÅ 1993 ref. 12 och strider således inte mot lag. Tjänsterna marknadsförs heller inte på något sätt.

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 bedriver Team Stöd och Hälsa, som är en kommunal förvaltning inom Nacka kommun, verksamhet med att tillhandahålla bland annat kommunens egna skolor sådan skolhälsovård som skolorna enligt lag måste tillhandahålla. Något kundval eller annat fritt val av vårdgivare föreligger inte för de elever som är inskrivna i skolorna, utan dessa är hänvisade till den skolhälsovård som ytterst tillhandahålls av skolorna och som skolorna köper av Team Stöd och Hälsa.

Som framgår av utredningen säljer Team Stöd och Hälsa sitt överskott av skolhälsovårdstjänster till ett antal friskolor i Nacka kommun samt till skolor i andra kommuner än Nacka. Tjänsterna tillhandahålls enligt vad förvaltningen själv uppger till en prisnivå som ligger under priserna på den öppna marknaden och motsvarar volymmässigt c:a 11 procent av Team Stöd och Hälsas totala verksamhet, varav den del som riktar sig utanför Nacka kommuns område motsvarar c:a 4 procent.

Allmänt har kommunala förvaltningar helt andra ekonomiska förutsättningar än privata företag för att bedriva verksamhet och konkurrera på den allmänna marknaden. Även förvaltningar som är verksamma i interna s.k. köp-sälj-system har exempelvis tillgång till skyddade marknader inom den egna kommunala organisationen och finansieras ytterst genom skattemedel, som regel utan något särskilt avkastningskrav. Förvaltningarna kan i vissa fall vara frestade att på marginalen sälja tjänster även till kunder på den allmänna marknaden utanför den egna kommunen, exempelvis för att erhålla jämnare kostnadsstäckning och därmed kunna spara skattemedel. Priserna kan därför som regel hållas på nivåer under vad som annars gäller på den öppna marknaden.

Vad kommunerna sällan tänker på i dessa lägen är att en dylik försäljningsverksamhet, även om den kan upplevas som försumbar i den kommunala ekonomin, riskerar medföra skadeverkningar för de oftast mindre företag som utsätts för den kommunal konkurrensen. Kommunens ambition spara skattemedel riskerar således medföra att privata företag, med helt

andra ekonomiska förutsättningar än kommunen, kan skadas eller helt slås ut från marknaden. Det är därför kommunala förvaltningar inte skall ge sig ut och konkurrera med sina tjänster på kommersiell basis.

Som framgår av redovisad rättspraxis har kommunerna bara i undantagsfall befogenhet att gå ut med sina interna tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med det enskilda näringslivet. I det återopade rättsfallet RÅ 1993 ref. 12 tilläts undantagsvis att en landstingsdriven tvätteriförvaltning sålde tjänster motsvarande 1,5 procent av sin aktuella omsättning för att under ett avvecklingsskede utnyttja tillfällig överkapacitet. Vidare skedde försäljningen inom landstingets område och utgjorde således inte något brott mot den s.k. lokaliseringsprincipen.

Nacka kommuns nu aktuella försäljning av externa skolhälsovårdstjänster motsvarar omkring 11 procent av berörd verksamhet och tillhandahålls inte undantagsvis under ett avvecklingsskede. Vidare omfattar försäljningen till en andel av c:a 4 procent verksamhet utanför kommunens område och kan till skillnad från det återopade rättsfallet således även bedömas utgöra ett brott mot lokaliseringsprincipen.

Frågan om lagligheten enligt kommunallagen avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol. Såvitt Konkurrenskommissionens kan bedöma förfaller dock Nacka kommuns verksamhet med att sälja skolhälsovård till friskolor inom kommunen och till skolor utanför kommunens område innebära en överträdelse av den kommunala kompetensen, främst lokaliseringsprincipen och näringsförbudet. Den marginella besparing som kommunen påstår sig uppnå genom sin externa försäljningsverksamhet riskerar således att strida mot lag samt att slå ut eller skada privata skolhälsovårdsföretag och därmed snedvrیدا konkurrensen på den ganska begränsade marknad som föreligger för sådana tjänster.

[1] Se Nacka kommun, Team Stöd och Hälsa, Årsrapport 2004/05, sid. 9, vari framgår bl.a. att förvaltningen tillhandahåller skolhälsovård till 27 egna kommunala skolor (eller skolor med landstingshuvudman), 8 friskolor i Nacka samt 5 skolor utanför Nacka kommun.

[2] Skrivelse från Nacka kommun, rubricerad "Höstinformation från Stöd och Hälsa till våra externa kunder gällande budgetåret 2007" daterad den 27 oktober 2006, sid 1.

[3] 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 återopades 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. Tvätteristyrelsens 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 onödigt 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".

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

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

[6] Se 14 kap. 1-2 samt 6 §§ skollagen.

[7] Se 1 kap. 4-5 §§ skollagen.

[8] Se 14 kap. 7 och 7a §§ skollagen som även innefattar delegation till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela avvikande föreskrifter.

[9] Se 10 § förordningen (1986:572) med vissa tillämpningsföreskrifter till skollagen (1985:1100). Bestämmelsen tillkommen med stöd av delegation enligt 14 kap. 7 § skollagen (se fotnot ovan).

