

PM 2 2000-09-13 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen, dels genom kommunal affärsverksamhet (gym) utanför den kommunala kompetensen, dels genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillåten direktupphandling). Fråga är även om överträdelse av konkurrenslagen genom missbruk av dominerade ställning.*

Burlövs kommun driver i konkurrens på den allmänna marknaden ett s.k. gym i den egna simhallen. Kommunen har tecknat avtal om hyra av inventarier och köp av vissa tjänster för driften av gymmet, utan att någon föregående infordran av konkurrerande anbud har skett. Kommunens drift av det aktuella gymmet innefattar även en subvention till kunder som utnyttjar gymmet i det att dessa utan extra avgift bereds tillträde även till simhallen.

Burlövs kommun driver sedan tidigare en träningsanläggning, ett s.k. gym, i en lokal i den kommunala simhallen i Arlöv. Genom avtal den 24 september 1999 jämte tilläggsavtal och förtydliganden den 2 februari, den 27 april samt den 29 maj 2000 har kommunen tecknat avtal med ett privat företag (Pulse Fitness Scandinavia AB nedan Gym-entreprenören) om att företaget i det aktuella gymmet skall installera och upplåta viss utrustning (motions- och träningsmaskiner) samt tillhandahålla vissa tjänster i anslutning därtill.

Avtalet mellan kommunen och Gym-entreprenören är rubricerat som ett "Utökat Hyresavtal" avseende de för verksamhetens bedrivande relevanta lokalerna och ersätter ett tidigare avtal mellan parterna av den 1 maj 1998. I avtalet anges Gym-entreprenören som "hyresgästen". Avtalet innefattar emellertid bestämmelser om att kommunen och Gym-entreprenören gemensamt skall fastställa vilka försäljningspriser som skall åsättas verksamheten gentemot allmänheten, samt att kommunen till Gym-entreprenören månadsvis skall erlagga en andel av de till verksamheten hänförliga intäkterna, motsvarande 38 procent av nettointäkterna för träning samt en fast del belöpande sig till 17.500 kronor per månad. Enligt ett exempel för avräkning mellan kommunen och Gym-entreprenören som bifogats avtalet skall Burlövs kommun under en elvmånadersperiod till Gym-entreprenören betala 303.650 kronor.

Av avtalet framgår vidare att driften och tillsynen av gymmet i simhallen i allt väsentligt skall handhas av kommunen. Kommunen skall bland annat svara för försäljning av biljetter, inläpp av besökare, information, bokning, samt instruktion och daglig grovstädning av lokalerna. Gym-entreprenören skall enligt avtalet svara för löpande underhåll av installerad utrustning samt tillhandahålla reservdelar för installerad utrustning. Gym-entreprenören skall vidare hålla i gymmet befintlig kommunal personal utbildad och fortbildad.

Avtalet gäller fem år från och med den 15 oktober 1999 till och med den 14 oktober 2004 med tolv månaders ömsesidig uppsägning. Beslut om avtalet har utan någon föreliggande delegation fattats av ordföranden i kommunens kultur- och fritidsnämnd samt godkänts i efterhand av fritidsnämnden genom beslut den 21 juni 2000 (KUF § 64/00).

Av utredningen i ärendet framgår vidare att kommunen tillämpar bland annat följande priser för simhallen: entréavgiften för bad utgör 20 kronor; entréavgiften för träning i simhallens gym utgör 20 kronor; kombinerad avgift för bad jämte gym utgör 30 kronor. Vid lösen av kombinationsbiljett för gym och bad subventionerar badet således gymmet med tio kronor.

På den aktuella orten (Arlöv) finns det minst ett privatägt gym som uppger att det utsatts för snedvridande konkurrens effekter genom det kommunala gymets verksamhet. I regionen finns det därjämte ytterligare etableringar av privata gym som påverkas eller riskerar att påverkas av den kommunala affärsverksamheten ifråga.

### Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras om Burlövs kommun snedvrider konkurrensen. Fråga i ärendet är (I) huruvida det är någon angelägenhet enligt kommunallagen för Burlövs kommun att vara verksam och konkurrera på marknaden för friskvård och träning i s.k. gym samt (II) huruvida kommunens beslut att utan föregående upphandling i konkurrens teckna avtal med ett företag om hyra av utrustning m.m. innefattar en överträdelse av lagen om offentlig upphandling. Slutligen är fråga även (III) om kommunens subvention av den aktuella gymverksamheten, genom att erbjuda gymets kunder fritt tillträde till simhallen, strider mot konkurrenslagen.

(I) Kommunernas allmänna befogenheter regleras i kommunallagen (1991:900). 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. Enligt 2 kap. 7 § samma lag får näringsverksamhet bedrivas av kommunen enbart om den går ut på att tillhandahålla *allmännyttiga anläggningar eller tjänster* åt de egna kommunmedlemmarna och drivs utan vinstsyfte.

Stadgandena ger därmed uttryck för ett *förbud mot kommunal näringsverksamhet*. Förbudet motiveras bl.a. av att en kommunal förvaltning är något principiellt åtskild från den verksamhet som drivs av näringslivet och kan med viss förenkling sägas innebära att kommun (och landstingskommun) inte utan speciellt, tungt vägande skäl får gå in på verksamhetsområden som traditionellt hävdas av det privata näringslivet<sup>[1]</sup>.

I rättspraxis har kommunala engagemang eller annat stöd tillåtits i viss utsträckning för att allmänt främja lokal idrotts- och friluftsverksamhet<sup>[2]</sup>. I några avseenden har sådana investeringar bedömts ligga utanför den kommunala kompetensen<sup>[3]</sup>. Några vägledande avgöranden i praxis avseende kompetensligheten hos kommunala gym eller motsvarande träningsanläggningar finns emellertid ännu inte.

Kommunala förvaltningar som bedriver verksamhet på den allmänna marknaden har en betydligt förmånligare ställning än motsvarande privata konkurrenter. Ytterst garanteras förvaltningarnas verksamheter av kommunens skattekollektiv, antingen genom kommunala borgensåtaganden eller genom att kommunen som ägare tillskjuter kapital med stöd av skattemedel. Normalt föreligger inte heller något avkastningskrav på det av kommunen investerade kapitalet. Problemen med offentligt finansierade aktörers verksamheter på konkurrensmarknader har i ett flertal avgöranden uppmärksammats av 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 utan i stället vid behov köper önskvärd vara eller tjänst på marknaden efter anbudstävlan (jfr. bl.a. KKV, Dnr 530/93 samt SOU 1995:105 sid. 226-227).

Uppfattningen att kommunerna bör avhålla sig från dylik verksamhet synes även finna stöd hos regeringen. I riksdagen har biträdande näringsministern Mona Sahlin bland annat uttalat följande: ”*Jag vill hålla med om [...] att det finns områden som kommunerna inte borde ägna sig åt. Dit hör solarier, gym, kaffe, bilreparationer osv. Jag tycker att det finns ett utrymme för självrannsakan ute i kommunerna. Det är viktigt att kommunerna har en mycket väl genomtänkt strategi för var man själv tycker att gränsen går. Om det finns minsta risk för påverkan på den privata sektorns utveckling bör kommunerna avstå från att bedriva egen verksamhet på de områdena*”<sup>[4]</sup>.

<sup>[1]</sup> Se Lindquist, Kommunala befogenheter, Publica, fjärde upplagan 1993, sid. 59.

<sup>[2]</sup> Jfr. vidare RÅ 1924 ref. 4 samt 1970 c 85 (köp av respektive uppförande av idrottsanläggning), RÅ 1938 s 247 (bastu- och badanläggning), RÅ 1942 s 425 och 1935 s. 147 (golfbana) RÅ 1970 c 86 (bowlinghall).

<sup>[3]</sup> Jfr. RÅ 1973 A 258 (travbana) samt RÅ 1969 ref. 26 (motorbana för racertävling).

<sup>[4]</sup> Statsrådet Sahlin, Riksdagens snabbprotokoll 1998/99:13 tisdagen den 10 november Kl. 14.00 - 14.11, 14.30 - 14.59.

Lagligheten av kommunal verksamhet kan prövas genom att ansökan om s.k. laglighetsprövning<sup>5[5]</sup> inges till allmän förvaltningsdomstol (länsrätt). Den omständighet att fristen för talan om laglighetsprövning utan att sådan talan har anhängiggjorts i domstol medför emellertid inte att den därmed lagakraftvunna verksamheten blir laglig. Beslutet om verksamheten kan däremot inte undanröjas.

(II) All offentlig upphandling sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Med upphandling avses enligt lagens 1 kap. 5 § bl.a. leasing, hyra eller hyrköp av varor eller tjänster. Av samma kapitel 2 § framgår vidare att dess bestämmelser omfattar upphandlingar som görs av bl.a. kommuner. De som är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser benämns upphandlande enheter.

Frågan huruvida den typ av ”hyresavtal” som här är aktuellt skall utgöra upphandling i upphandlingslagens mening har tidigare varit föremål för prövning av domstol<sup>6[6]</sup>. I domen, som är ett länsrättsavgörande, framhölls att det ”hyresavtal” varom fråga var i målet, genom sin konstruktion avseende fördelningen av intäkterna från försäljningen bland annat innefattade moment av anskaffning i form av ett köp (samt i det aktuella fallet byggtreprenad för ombyggnad av simhallen). Den aktuella affärsuppgörelsen utgjorde därmed enligt länsrättens mening inte något renodlat avtal om hyra av lokaler, vilket är undantaget lagens reglering, utan en upphandling på vilken lagen om offentlig upphandling normala bestämmelser skall tillämpas.

Upphandlingar av varor eller tjänster skall, om värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 1,756 miljoner kronor<sup>7[7]</sup>, handläggas enligt bestämmelserna i upphandlingslagens 1 kap. 1-4 §§, 6 och 7 kap.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>8[8]</sup> (jfr. art. 6 i EG / Romfördraget). Regeln är bl.a. utformad i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför därmed att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Vid upphandling understigande gällande tröskelvärde skall anbud normalt infördras genom skrivelser till minst tre leverantörer<sup>9[9]</sup>. Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten därefter anta det anbud som i beaktande av samtliga i förväg angivna omständigheter framstår som ekonomiskt mest fördelaktigt.

<sup>5[5]</sup> 10 kap 8 § KL.

<sup>6[6]</sup> Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 214-98, meddelad i Lund den 26 februari 1998.

<sup>7[7]</sup> Vid upphandlingar av varor och tjänster, gällande tröskelvärde från den 1 april 2000 med tillämpning av förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>8[8]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>9[9]</sup> Vilken omfattning anbudsinfördran under tröskelvärdet skall ske får i varje fall bedömas utifrån vad som kan anses affärsmässigt betingat med tillämpning av huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU. Lagen innehåller inga bestämmelser om hur många anbudsgivare som skall tillfrågas eller hur anbudsgivarna skall väljas ut. Enligt förarbetesuttalanden borde vid förfarandet för *förenklad upphandling* de rutiner som hade tillämpats med stöd av den på området tidigare gällande upphandlingsförordningen i allt väsentligt gälla även i fortsättningen. Enligt tidigare bestämmelser på det kommunala området skulle anbud vid upphandlingar av varor eller tjänster enligt praxis normalt inhämtats från minst tre leverantörer, förutsatt att det fanns tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare. Se 9 § Svenska kommunförbundets normalreglemente för kommunal upphandling jämte anvisningar (Kommentus förlag 1983). Jämför vidare Länsrätten i Göteborgs och Bohus län dom i fråga om överprövning enligt LOU, mål nr. 1615-94 (dom avkunnad i Göteborg den 25 maj 1994) Länsrätten uttalade därvid domskälsvis att det ”[v]id tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde det... ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola etc.”. Med ledning av uttalanden i kommentarerna till normalreglementet för kommunal upphandling kan antas att kravet på antalet leverantörer som enligt de äldre bestämmelserna skulle vara tillfrågade sannolikt är högre vid upphandlingar inom den s.k. hårda sektorn, vid t.ex. upphandling av teknisk service samt vid varuupphandlingar, än inom den s.k. mjuka sektorn vård, omsorg, skola etc.

Undantag från skyldigheten att infordra konkurrerande anbud genom annons eller skrivelser får med tillämpning av 6 kap. 2 § LOU ske enbart om varorna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan produceras av endast en viss leverantör, om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan onödigt dröjsmål eller om det som skall upphandlas är av så *lågt värde* att kostnaden för ett mer förbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde<sup>10[10]</sup>.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att "*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*"<sup>11[11]</sup>.

Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn<sup>12[12]</sup>.

Kommentar [PC1]:

I konkurrenslagen (1993:20) finns bestämmelser om underprissättning. En bestämmelse i lagen (19 §) som baseras på EG:s konkurrensregler förbjuder förfaranden där företag missbrukar dominerande ställning genom att påtvinga andra oskäligen affärsvillkor.

Dominerande ställning föreligger när ett företag har en så stark ekonomisk ställning att företaget i avsevärd utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter. Vägledande för bedömningen av huruvida dominerande ställning föreligger är en uppskattning av företagets marknadsandel. Av uttalanden i konkurrenslagens förarbeten<sup>12[12]</sup> och hänvisningar till hittillsvarande EG-praxis kan man dra slutsatsen att marknadsandelar närmare 40 till 50 procent av den relevanta marknaden tyder på marknadsdominans. Överstiger företagets andel 65 procent av den relevanta marknaden antas marknadsdominans föreligga. Övriga faktorer av betydelse för bedömningen är företagets finansiella styrka och tillgång till skyddade marknader.

Missbruk av dominerande ställning kan bl.a. ta sig uttryck i att ett dominerande företag tillämpar priser som ligger under vad företaget normalt skulle behöva för kostnadstäckning och vinst (s.k. underprissättning). På detta sätt eliminerar företaget uppkomsten av en effektiv konkurrens genom att slå ut finansiellt svagare konkurrenter.

Konkurrensverket har i ett avgörande nyligen, med tillämpning av 19 § konkurrenslagen (Dnr. 592/1998) uttalat att en kommun missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för inomhusbad för att stärka sin ställning på marknaden för solarietjänster. Den aktuella kommunen (Stenugsunds kommun) sålde solarietjänster i kombination med badtjänster till

<sup>10[10]</sup> För tolkningen av vad som i 6 kap. 2 § LOU avses med *synnerlig brådska* hänvisar bestämmelsens förarbeten till tidigare bestämmelser enligt Riksrevisionsverkets föreskrifter till 4 § upphandlingsförordningen (1986:366) samt anvisningarna till 7 § normalreglementet för kommunal upphandling. Enligt dessa bestämmelser anses *synnerlig brådska* föreligga endast vid eldsvåda, översvämning eller annan sådan katastrof samt där annat skäl föreligger för att myndighet skall undvika avsevärd ekonomisk eller annan skada. För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU)<sup>10[10]</sup> vid upphandling av varor angivit ett basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller *c:a 38.000 kronor* som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas.

<sup>11[11]</sup> Reg. prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478.

<sup>12[12]</sup> Reg.prop. 1992/93:56 sid. 86-87.

priser som innebar att det var mer förmånligt att köpa ett s.k. tiokort till solarierna, vilket inkluderade bad, än att köpa motsvarande kort för bara bad och att det kostade lika mycket att köpa ett enstaka solaribesök med bad som att köpa bara bad. Tingsrätt har på talan av Konkurrensverket sedermera ådömt kommunen att betala konkurrensskadeavgift till följd av överträdelsen.

### Yttrande

Burlövs kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att anföra något i sak.

### Bedömning

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

I det aktuella ärendet har Burlövs kommun etablerat ett gym i den kommunala simhallen vilket konkurrerar med privata företag i regionen. Kommunen har vidare, utan föregående konkurrensupphandling, tecknat avtal med ett privat företag (Gym-entreprenören) om att företaget skall installera, upplåta och underhålla viss tränings- och motionsutrustning i det aktuella gymmet samt hålla där sysselsatt kommunal personal utbildad. Slutligen tillämpar kommunen en kombinationsprissättning som medför att de som utnyttjar gymets tjänster kan erhålla en subventionerad entréavgift för bad i simhallen. Det aktuella förfarande föranleder följande kritiska påpekanden:

(I) När kommunala förvaltningar konkurrerar med privata företag finns det risk för att konkurrensen snedvrids till nackdel för de privata företagen. Den kommunal verksamheten garanteras nämligen ytterst av skattemedel, vilket innebär ett mycket ringa ekonomiskt risktagande jämfört med motsvarande privata företag på en konkurrensmarknad.

En förutsättning för kommunalt engagemang i vissa verksamheter är att engagemanget har stöd av lag - antingen genom att verksamheten kan anses ingå i den s.k. allmänna kommunala kompetensen enligt kommunallagen eller genom ett uttryckligt stadgande i en för det särskilda ändamålet utfärdad lag (kommunal specialkompetens). Något vägledande avgörande i rättspraxis som anger att kommunerna inom ramarna för den s.k. allmänna kompetensen skall kunna engagera sig i verksamhet med konkurrerande friskvårds- och träningsanläggningar, solarier m.m. finns inte. Någon kompetensutvidgande lag som medger sådan verksamhet finns heller inte. Det kan därför sättas i fråga om det överhuvud taget är någon angelägenhet för Burlövs kommun - eller andra kommuner i Sverige - att engagera sig i driften av friskvårds- och träningsanläggningar.

Frågan om verksamhetens kompetenslighet avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol. Oaktat lagligheten av den aktuella driften riskerar friskvårds- och träningsanläggning i det kommunala simhallen emellertid att snedvrider konkurrensen för den eller de privata företagare som bedriver konkurrerande verksamhet.

(II) Kommunens aktuella avtal med Gym-entreprenören är rubricerat som ett "Utökad Hyresavtal". Några hyresbetalningar skall enligt avtalet emellertid inte ske till kommunen. För driften av gym-anläggningen m.m. samt upptagande av avgifter till detta svarar kommunen. I gymmet har Gym-entreprenören ställt upp ett antal träningsredskap som kommunen hyr genom att till entreprenören betala dels ett fast belopp, dels en andel av nettoöverskottet av driften av gymmet.

Av de berörda parternas respektive förpliktelser enligt avtalet framgår således att Gym-entreprenören mot ersättning tillhandahåller kommunen maskinell utrustning samt tjänster för viss drift, service och underhåll i anslutning till denna. Något lokalhyresavtal i egentlig mening är därmed inte fråga om.

Någon upphandling av aktuella varor/tjänster som tillhandahålls av Gym-entreprenören har inte skett. Såvitt framgår av avtalets uppskattade värde skulle upphandling av de aktuella tjänsterna/varorna ha skett enligt förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska eller att avtalets värde var så lågt att det inte motiverade ett mer formaliserat upphandlingsförfarande genom infordran av anbud har inte åberopats av Burlövs kommun till stöd för att inte infordra anbud i konkurrens på marknaden.

Genom att således utan giltiga skäl ha upphandlat det aktuella avtalet direkt från Gym-entreprenören synes Burlövs kommun ha åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling samt i EG-Romfördraget. Detta kan ha medfört att konkurrensen på marknaden för gym har snedvridits.

(III) Av det redovisade prisexemplet, med ett kombinationspris på 30 kronor för såväl tillträde till simhallens badavdelning som dess träningsavdelning, framgår att badverksamheten – som kommunen driver i monopol - subventionerar träningsverksamheten i simhallens gym vilket drivs i konkurrens med privata företag.

Bortsett från det otillfredsställande i att allmänna medel används till att konkurrera med privata företag riskerar ett sådant förfarande i enlighet med Konkurrensverkets ovan refererade avgörande även att omfatta överträdelse av konkurrenslagen genom missbruk av dominerande ställning.

Genom sitt engagemang i det aktuella gymmet vid simhallen i Arlov har enligt Konkurrenskommissionens bedömning Burlövs kommun på ett flertal punkter överträtt de lagar och bestämmelser som bland annat tillkommit till skydd för konkurrensen. Genom kommunens således angivna överträdelser har bl.a. konkurrensen på den lokala marknaden för tjänster för friskvård, träning och gym snedvridits.

---