



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Avdelning 5

DOM
2014-03-31
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
T 911-12

PARTER

KÄRANDE

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Genom processråden

SVARANDE

Borås kommun, 212000-1561, 501 80 Borås

Ombud: Advokaterna AA och BB
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB, Box 11918, 404 39 Göteborg

Biträden: Stadsjuristen CC, Borås kommun, och förbundsjuristen
DD, Sveriges Kommuner och Landsting, 118 82 Stockholm

DOMSLUT

1. Tingsrätten förbjuder Borås kommun, vid vite av tre miljoner kr, att tillhandahålla mark- och anläggningsentreprenader, eller väsentligen överensstämmande arbeten, till andra än Borås kommun eller juridiska personer som Borås kommun direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.

Förbudet gäller inte:

- a) Akuta vatten och avloppsarbeten inom Borås kommun i de fall där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av VA-anläggningen och
- b) Snöröjning inom Borås kommun av dels trottoarer i direkt anslutning till kommunala gator, dels gång- och cykelvägar där det skulle innebära mer arbete för snöröjaren att lyfta plogen/skrapan och inte snöröja än att faktiskt utföra snöröjningen.

2. Förbudet i p. 1 ska börja gälla från sex månader efter det att förbudsfrågan vunnit laga kraft.

3. Sekretessen enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska, i den mån uppgifterna inte har tagits in i denna dom bestå för uppgifterna i tingsrättens aktbilaga 6 bilaga 3 och aktbilaga 126 s. 15 – 27, vilka har lagts fram vid förhandling inom stängda dörrar.

Dok.Id 1238178

Postadress
Box 8307
104 20 Stockholm

Besöksadress
Scheelegatan 7

Telefon
08-561 654 70
E-post:
stockholms.tingsratt.avdelning5@dom.se
www.stockholmstingsratt.se

Telefax
08-561 650 05

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

SAKEN

Detta mål avser frågan huruvida Borås kommuns verksamhet att, genom sin utförare Servicekontoret, sälja mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer (kunder) är ett sådant konkurrensbegränsande beteende som ska förbjudas enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579).

Allmänt om Borås kommuns servicekontor

Före 1992 bedrevs huvuddelen av kommunens verksamhet på sådant sätt att varje förvaltning hade sin utförandepersonal, exv. att gatunämnden under sig hade gatukontoret som utförde bl.a. markarbeten.

Borås kommun tillämpar sedan 1992 en s.k. beställar- och utförarmodell för sin verksamhet. Detta innebär, som kommunens organisation nu ser ut, att flera kommunala nämnder (förvaltningar), inte har någon utförarpersonal i sin egen organisation utan köper dessa tjänster, delvis på den öppna marknaden.

Servicekontoret – som lyder under Servicenämnden – är en förvaltning inom Borås kommun som levererar tekniska tjänster och service till de kommunala förvaltningarna och till kommunala bolag. Servicekontoret var fram till 2014 indelat i fem avdelningar, bl.a. avdelningarna Entreprenad samt Drift och Underhåll (numera avdelningen Entreprenad). Servicekontoret genomför, genom entreprenadavdelning, bl.a. nyanläggning samt drift och underhåll på gator och lokala vägar, vatten och avloppssystem (VA), parker, idrottsanläggningar, bygg- och fastighetsservice samt lokalvård på kommunens fastigheter.

Servicekontoret utför även arbete, främst bestående av olika mark- och anläggningsentreprenader, åt externa aktörer. Som exempel på arbeten kan nämnas vatten- och avloppsarbeten (spol/slam/TV-filmning, VA samt övriga VA-ledningsarbeten), markrenhållning (snöröjning, sopning, gräsklippning m.m.), beläggningsarbeten, markarbeten (anläggning, skötsel och underhåll av dels gator och lokala vägar, P-platser, parker, grönytor och lekplatser, dels ledningar för VA samt grundläggningar och schaktarbeten), samt mur- platt- och stenarbeten.

Konkurrensverkets talan avser den verksamhet inom mark- och anläggningsentreprenader som bedrevs i dåvarande Anläggningsavdelningen senare avdelningarna Entreprenad samt Drift och Underhåll och som numera benämns bara Entreprenad.

Förfarande/Säljverksamhet

Parterna är oense om tillhandahållandet i detta fall av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer är ett förfarande eller en säljverksamhet.

Relevant marknad

Parterna är eniga om att den relevanta produktmarknaden utgörs av mark- och anläggningsentreprenader. Detta kan definieras som arbeten som bedrivs i och under marknivå samt större betongkonstruktioner ovan mark, inklusive olika slags beredskapsarbeten. Konkurrensverket menar emellertid att sådana mark- och anläggningsentreprenader som har ett kontraktswärde överstigande tio miljoner kr inte ingår i den relevanta produktmarknaden. Kommunen däremot gör gällande att även sådana mark- och anläggningsentreprenader som har ett kontraktswärde överstigande tio miljoner kr ingår i den relevanta produktmarknaden.

Konkurrensverket anser att den relevanta geografiska marknaden är Borås kommun och de näraliggande kommunerna, Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Mark, Bollebygd, Alingsås, Vårgårda och Herrljunga. Kommunen menar att den relevanta geogra-

fiska marknaden omfattar det avstånd som nås genom en bilfärd om minst en timme från Borås, vilket innefattar minst 23 kommuner.

Konkurrensbegränsning – snedvrider/hämmar

Parterna är oeniga huruvida kommunens förfarande eller säljverksamhet på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader snedvrider eller hämmar konkurrensen, eller är ägnad att göra detta.

Försvarbart från allmän synpunkt/förenligt med lag

Det är stridigt om kommunens verksamhet i detta avseende ligger inom ramen för den kommunala kompetensen och om den är försvarbar från allmän synpunkt.

YRKANDEN

Konkurrensverket har yrkat att Borås kommun ska förbjudas att tillhandahålla mark- och anläggningsentreprenader, eller väsentligen överensstämmande arbeten, till andra än Borås kommun eller juridiska personer som Borås kommun direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.

Från det yrkade förbudet ska följande arbeten undantas:

1. Akuta vatten och avloppsarbeten inom Borås kommun i de fall där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av VA-anläggningen.
2. Snöröjning inom Borås kommun av dels trottoarer i direkt anslutning till kommunala gator, dels gång- och cykelvägar där det skulle innebära mer arbete för snöröjaren att lyfta plogen/skrapan och inte snöröja än att utföra snöröjningen.

Konkurrensverket har yrkat att förbudet ska förenas med ett vite på tre miljoner kr.

Kommunen har bestritt bifall till Konkurrensverkets yrkande. Kommunen har, i vart fall, begärt att ett förbud inte ska gälla omedelbart.

Kommunen har begärt ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

Konkurrensverket

Borås kommun erbjuder genom den kommunala förvaltningen Servicekontoret tjänster på bl.a. marknaden för mark- och anläggningsentreprenader. Verksamheten utgör sådan säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket konkurrenslagen.

Servicekontoret har i egenskap av offentlig aktör konkurrensfördelar jämfört med privata aktörer. Detta medför att Servicekontorets säljverksamhet snedvrider, eller är ägnad att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader i Borås kommun och näraliggande kommuner samt hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer är inte av allmänt intresse och går inte ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen, varför verksamheten faller utanför den kommunala kompetensen enligt 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen (1991:900). Den del av säljverksamheten som bedrivs utanför Borås kommun strider dessutom mot lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § kommunallagen. Servicekontorets säljverksamhet är således inte förenlig med lag i den bemärkelse som avses i 3 kap. 27 § tredje stycket konkurrenslagen.

Om tingsrätten bedömer att Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsarbeten till externa aktörer är ett förfarande så kan detta inte anses vara försvarbart från allmän synpunkt enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen, eftersom förfarandet är oförenligt med kommunallagen. Dessutom väger konkurrensintresset under alla förhållanden tyngre än Borås kommuns intresse av att tillämpa förfarandet.

Kommunen

Servicekontorets agerande vad avser försäljning av tjänster till externa aktörer, vid tillfälliga resurstopp, utgör inte konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Agerandet snedvrider inte, är inte ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, hämmar inte och är inte heller ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Även om tingsrätten skulle finna att kommunens agerande har en negativ påverkan på konkurrensen är tillhandahållandet av tjänsterna försvarbart från allmän synpunkt samt förenligt med kommunallagen.

Kommunen har i fall av ett förbud behov av en skälig tid – fyra år eller tid som tingsrätten finner skälig – för att avveckla Servicekontorets påtalade verksamhet mot externa aktörer.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Konkurrensverket

Servicekontoret är en offentlig aktör

Borås kommun har cirka 105 000 invånare och är Sveriges 13:e största kommun sett till antalet invånare.

Borås kommun är organiserad i 23 nämnder. Kommunen har 12 kommunala bolag.

Kommunen tillämpar en beställar- och utförarmodell där en utförarenhet – Servicekontoret – ansvarar för att internt producera ett antal nyttigheter som sedan kan avropas av övriga förvaltningar. Det innebär att flera av de kommunala förvaltningarna såsom Tekniska förvaltningen, Lokalförsörjningsförvaltningen och Fritids- och folkhälsoförvaltningen inte har någon egen utförarpersonal. Istället avropar de tjänster från Servicekontoret eller köper dem på den privata marknaden.

Servicekontoret är en av kommunens förvaltningar och sorterar under Servicenämnden.

Servicekontoret bedriver säljverksamhet – omfattningen av den

Servicekontoret var inledningsvis en teknisk förvaltning. Över åren från 1992 har allt fler kommunala verksamheter överförts till Servicekontoret och nu ansvarar förvaltningen bland annat för nyanläggning, drift och underhåll av gator, VA-system, parker och idrottsanläggningar. Servicekontoret ansvarar även för bygg- och fastighetsservice på och lokalvård i kommunens egna fastigheter. Servicekontoret äger och administrerar merparten av kommunens maskin- och fordonsparkpark och utför reparationer i fordons- och mekanisk verkstad. Servicekontoret tillhandahåller även tryckeri- och

budtjänster, IT-service och service inom redovisning och personal- och löneadministration.

Under 2012 uppgick Servicekontorets intäkter, inklusive interndebitering, till 551 miljoner kr.

Målet gäller mark- och anläggningsentreprenader, en typ av verksamhet som tidigare bedrevs inom den dåvarande avdelningen Anläggning/park/fritid, senare avdelningarna för Entreprenad respektive Drift och underhåll.

Under 2012 hade avdelningen Entreprenad 93 årsarbetare och intäkter på ca 228 miljoner kr. Avdelningen utförde bl.a. ny- och omläggning av VA-nätet, underhåll och anläggning av t.ex. lekplatser, gator, gångbanor, asfaltering, sten- och plattläggning, byggande av exploateringsområden, markrenhållning och snöröjning samt trafikavstängningar. Avdelningen Drift och underhåll hade under samma tid 88 årsarbetare och intäkter på ca 72 miljoner kr. Verksamheten bestod i skötsel av grönytor och parker.

När den nu beskrivna produktionen riktas utåt från den egna organisationen och tjänsterna säljs till privata köpare eller andra kommuner eller myndigheter blir det fråga om säljverksamhet i konkurrenslagens mening. Sådan säljverksamhet utgör även näringsverksamhet i kommunallagens mening.

För att beskriva innehållet i och omfattningen av Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader kan inledningsvis sägas att Servicekontoret delar in sin försäljning av mark- och anläggningsentreprenader i sju verksamhetsområden:

- 1) Markrenhållning som innefattar sommar- och vinterskötsel med tillhörande slätter och gräsklippning,
- 2) VA-drift och VA-projekt som innefattar spol- och slamarbeten, TV-filmning, VA-servicearbeten, små VA-uppdrag, inkopplingar, rörbrott/avloppsstopp m.m.,
- 3) beläggningsarbeten, som innefattar läggning av asfalt och eventuell underbyggnad,

- 4) trafik, som innefattar trafikavstängningar, trafikmålning, reparationer av trafikskador på utrustning, trafikskyltuppdrag och regleringar av skador med försäkringsbolag,
- 5) markarbeten, som innefattar leveranser av material och arbete gällande murar, stensättning, plattytter, kabelrör m.m. och övriga anläggningsarbeten i första hand gällande gator och parkeringsplatser,
- 6) park/lek och grönytor, som innefattar arbete på lekplatser, växtarbete, beskärningar, trädfällning m.m. och
- 7) övrigt, bland annat besiktning av lekutrustningar, julgransuppsättningar, provborrningar.

Av en Servicekontoret gjord sammanställning av försäljningen av mark- och anläggningsentreprenader för åren 2000 – 2009 framgår att den är indelad i ”totala intäkter i miljoner kr”, ”intäkter externa kunder i miljoner kr” och ”totala intäkter från samtliga externa kunder i miljoner kr inklusive övrig offentlig verksamhet.”

Med övrig offentlig verksamhet avser kommunen, enligt vad som uppgetts av Servicekontoret, förutom försäljning till andra kommuner och statliga myndigheter även försäljning till bland annat statliga bolag, vägföreningar, ideella föreningar, kyrkor och bostadsrättsföreningar. I kategorin övrig offentlig verksamhet ingår även försäljning till privata entreprenörer som i sin tur har ett uppdrag från en offentlig kund. I kategorin ingår inte värdet av Servicekontorets produktion till Borås kommuns egna bolag och förvaltningar.

Det finns ingen kommunal- eller konkurrensrättslig betydelse av en sådan åtskillnad mellan externa kunder med någon form av offentlig anknytning och externa kunder utan offentlig anknytning. Det är alltså totala intäkter från samtliga externa kunder inklusive övrig offentlig verksamhet som är relevant vid bedömningen av Servicekontorets säljverksamhet.

Den utåtriktade produktion av mark- och anläggningsentreprenader som Servicekontoret har sålt till externa köpare uppgick därmed, enligt vad som uppgetts, under åren 2000 till 2009 till mellan 10,7 och 20,1 miljoner kr per år. Det framgår vidare att endast undantagsvis gick Servicekontoret med förlust under den angivna tiden. Slår man istället ihop periodens totala intäkter och drar ifrån periodens totala kostnader kan man se att periodens sammantagna överskott motsvarar 1 procent av periodens intäkter.

Fram till och med årsredovisningen för 2010 redovisade Servicekontoret hur verksamheten fördelade sig mellan intern och extern produktion i årsredovisning. När det gällde den externa produktionen redovisades den som dels övrig offentlig verksamhet, vilket innefattade betalning för arbeten som utförts åt bl.a. sådana offentliga beställare som inte är en del av Borås kommun eller dess bolag exempelvis betalning för arbeten som utförts åt statliga myndigheter och andra kommuner men också privata beställare bl.a. bostadsrättsföreningar och vägföreningar, dels övriga kunder, vilket huvudsakligen torde ha varit privatpersoner och företag.

Om man utifrån dessa uppgifter räknar ihop Servicekontorets försäljning till beställare som inte är en del av Borås kommun eller dess bolag, ser man att den under 2007 till 2010 motsvarade cirka 20 miljoner kr per år. Vid en jämförelse med uppgifterna om de totala intäkterna från Servicekontorets mark- och anläggningsentreprenader kan man alltså se att nästan all Servicekontorets externa försäljning avser mark- och anläggningsentreprenader.

På Servicekontorets webbplats angavs vid denna tid att man inte bara tillhandahöll mark- och anläggningsentreprenader till kommunkoncernen utan även saluförde dessa till andra, såsom exempelvis privata fastighetsägare. Under rubriken företagsliknande former skrev man bland annat så här:

”För dig som är fastighetsägare kan vi också vara intressanta t.ex. för gångbaneskötsel, läggning av återvinningsasfalt, snöröjning och många andra tekniska tjänster.”

Numera redovisar man inte längre försäljningen till externa parter i årsredovisningarna och den aktuella texten på webbplatsen har också tagits bort.

Den externa försäljningen har dock inte upphört efter 2010. Av redovisningar för Servicekontorets kunder vad gäller mark- och anläggningsentreprenader för 2010 och för perioden den 1 januari till den 25 november 2011 kan man se att försäljning har skett av mark- och anläggningsentreprenader till andra än Borås kommun eller juridiska

personer som Borås kommun direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.

Av redovisningen för 2011 – som innehåller 879 externa kunder – framgår att det har avsett allt från markrenhållning för en tusenlapp åt en privatperson till markarbeten för mer än 4 500 000 kr åt ett privat bolag. Bland kunderna finns statliga myndigheter, statliga bolag, andra kommuner, privatägda aktiebolag, trossamfund, föreningar och privatpersoner. Det har avsett försäljning inom samtliga verksamhetsområden för Servicekontorets mark- och anläggningsentreprenader. Sammantaget uppgick intäkterna från försäljningen till externa kunder till 18 134 000 kr under perioden den 1 januari till den 25 november 2011.

Servicekontoret har, efter förfrågan från Konkurrensverket, sammanställt hur stor försäljningen till de externa kunderna (fördelat mellan de olika verksamhetsområdena) varit och därvid uppgett att den sammanlagda försäljningen för

- 2009 var 19 311 681 kr,
- 2010 var 15 639 210 kr och
- 2011 (t.o.m. 25 november) var 18 134 191 kr.

Av denna försäljning avsåg cirka 3 miljoner kr omsättning (i verksamhetsområde 7) för Servicekontorets återvinningsanläggning Ramnaslätt. Denna försäljning omfattas dock inte av Konkurrensverkets talan.

Konkurrensverket har inte tillgång till motsvarande redovisning för 2012, men enligt uppgift från kommunen uppgick 2012 års externa försäljning till cirka 15 200 000 kr efter att intäkterna från återvinningsanläggningen räknats bort.

Samtantaget står det alltså klart att Servicekontoret inte bara producerar mark- och anläggningsentreprenader för interna avrop av kommunens egna förvaltningar och bolag utan att man även bedriver säljverksamhet för miljontals kronor per år i form av försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till bland annat privatpersoner, pri-

vatägda företag, statliga myndigheter och bolag och andra kommuner och diverse föreningar.

Konkurrensverkets förbudsyrkande omfattar inte all försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Undantag har gjorts för vissa akuta VA-arbeten och viss snöröjning. Bakgrunden till angivna undantag är att kommunen tidigt under utredningen påtalade att det kunde vara problematiskt att ”lyfta plogen” vid snöröjning och att det vid akuta VA-arbeten kunde vara osäkert om ett fel hade uppstått på den allmänna eller privata delen av VA-anläggningen. Konkurrensverket har därför bedömt att dessa kategorier av arbeten inte bör förbjudas. Enligt Konkurrensverket bör rimligen undantagen inte omfatta arbeten för mer än högst någon miljon kr.

Det står alltså klart att även om man räknar bort Servicekontorets säljverksamhet vid återvinningsanläggningen och den säljverksamhet som Borås kommun påstår omfattas av Konkurrensverkets undantag så genererar den ifrågasatta säljverksamheten intäkter i storleksordningen 10 – 15 miljoner kr per år.

Kommunen har preciserat detta genom att uppge att Servicekontorets externa säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader var

- 16,7 miljoner kr 2009,
- 13,3 miljoner kr 2010,
- 15 miljoner kr 2011 och
- 15,2 miljoner kr 2012.

Konkurrensverkets uppgifter är baserade på de redovisningar som kommunen har lämnat.

Säljverksamheten till externa beställare är inte förenlig med kommunallagen eller annan lag

När det gäller den kommunala kompetensen, alltså vad kommuner får och inte får göra, brukar man skilja mellan allmän och speciell kompetens. Allmän kompetens är den kompetens som grundar sig på kommunallagen medan speciell kompetens grundar sig på annan lag än kommunallagen.

Speciell kompetens

Kommunen har gjort gällande att en del av Servicekontorets externa försäljning av mark- och anläggningsentreprenader skulle vara hänförlig till sådant kommunen är skyldig, eller har rätt, att utföra enligt lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster (VA-lagen), miljöbalken, lagen (2006:544) om kommuners och landstings åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap (beredskapslagen) och lagen (1998:814) med särskilda bestämmelser om gaturenhållning och skyltning (renhållningslagen).

- VA-lagen

Ett av Servicekontorets verksamhetsområden (verksamhetsområde 2) är VA-drift och VA-underhåll. Enligt kommunen är en del av den ifrågasatta säljverksamheten kompetensenlig enligt VA-lagen.

I VA-lagen skiljer man på den allmänna VA-anläggningen och fastighetsägarens VA-installation.

I den allmänna VA-anläggningen ingår vattenverk, avloppsledningsverk, ledningsnät, och allt annat som behövs för att VA-anläggningen ska fungera på avsett sätt fram till den s.k. förbindelsepunkten hos fastighetsägaren. Förbindelsepunkten ligger normalt 0,5 meter utanför tomtgränsen.

Av Allmänna bestämmelser för användande av Borås stads allmänna vatten- och avloppsanläggning framgår att det är Borås Energi och Miljö AB som är huvudman för den allmänna VA-anläggningen.

Med en fastighets VA-installation menas de ledningar som har dragits för en fastighet från dess förbindelsepunkt. I installationen ingår till exempel kranar och tvättställ som har anslutits till ledningarna.

Den juridiska ansvarsgränsen mellan huvudmannens allmänna VA-anläggning och fastighetens VA-installation går i förbindelsepunkten.

Det är huvudmannen, Borås Energi och Miljö, som svarar för arbeten och kostnader för den allmänna VA-anläggningen.

Fastighetsägaren svarar för arbeten och kostnader för VA-installationen.

Detta medför att även om en kommun kan bli tvungen att utföra, eller köpa, VA-arbeten på den allmänna VA-anläggningen för att denna ska fungera på avsett sätt så finns det ingenting i VA-lagen som ger kommunerna en skyldighet, eller ens en möjlighet att utföra arbeten på privata fastighetsägares VA-installationer.

VA-lagen ger alltså inte kommunen speciell kompetens att sälja mark- och anläggningsentreprenader inom VA.

Kompetensenliga VA-arbeten kan Servicekontoret bara göra på den allmänna VA-anläggningen, men sådana arbeten sker ju på uppdrag av Borås Energi och Miljö och kan alltså inte generera några intäkter från externa kunder. Och även om det skulle vara så att det är kommunen som är huvudman för VA-anläggningen, så kan arbeten på VA-anläggningen ändå inte generera några intäkter från externa beställare.

Konkurrensverket har trots detta valt att från förbudsyrkandet undanta akuta vatten och avloppsarbeten inom Borås kommun där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av VA-anläggningen.

- *Miljöbalken*

Kommunen har även hänvisat till den kommunala renhållningsskyldigheten i 15 kap. 8 § miljöbalken.

Kommunens möjlighet att ta ut avgifter för de uppgifter man utför med stöd av 15 kap. 8 § miljöbalken regleras i 27 kap. 4-6 §§ miljöbalken. Det är riktigt att kommuner har ett renhållningsansvar enligt miljöbalken. Och det kan vara Servicekontoret som rent faktiskt utför en del av de uppgifter som följer av renhållningsansvaret.

Men, även om Servicekontoret rent faktiskt utför en del av de uppgifter kommunen enligt miljöbalken är skyldig att utföra så kan detta inte ge Servicekontoret några intäkter från externa kunder.

Av p. 4.2 i kommunens Renhållningsordning framgår att avgifter för kommunens avfallshantering ska erläggas enligt en taxa som ska antas av kommunfullmäktige och att avgiften ska betalas till Borås Energi och Miljö. Fullmäktige har antagit en sådan taxa.

I den mån Servicekontoret har utfört arbeten som är kompetensenliga med stöd av miljöbalken måste detta alltså ha genererat intäkter från Borås Energi och Miljö. Har arbetena genererat intäkter från enskilda så har de inte varit kompetensenliga, i alla fall inte med stöd av miljöbalken.

- *Beredskapslagen*

Lagen ger inte kommuner kompetens att sälja mark- och anläggningsentreprenader.

Den ställer krav på kommunen att inventera potentiella risker och upprätta planer för hur dessa ska hanteras. Vidare krävs att kommunen inrättar en krisledningsnämnd för att säkra en effektiv och ändamålsenlig beslutsgång vid extraordinära händelser. Det krävs även att kommunens personal utbildas i, och övar på, hur de ska hantera olika typer av extraordinära händelser. Lagens huvudsakliga syfte är att se till att kommunens beslutsvägar fungerar adekvat även under förhållanden där det krävs snabbare beslut än den ordinarie kommunala beredningen klarar av.

Beredskapslagen ställer dock inte upp några krav på att en kommun själv ska ha de materiella och personella resurser i beredskap som krävs för att kunna hantera extraordinära händelser i kommunen. Tvärtom ger lagen kommuner möjlighet att, med undantag från lokaliseringsprincipen, hjälpa varandra vid extraordinära händelser och således dra nytta av varandras resurser.

Ett annat sätt bland kommuner att lösa det eventuella behov av produktionsresurser som kan uppstå vid extraordinära händelser är att sluta avtal med privata utförare.

Det kan noteras att ett antal av de situationer som kommunen påstår att den måste ha beredskap för, exv. skogsbränder, trafikolyckor och kemikalieutsläpp till följd av trafikolyckor, är sådana att de normalt utgör räddningstjänst enligt lagen (2003:778) om skydd mot olyckor.

Kommunen har emellertid lämnat över ansvaret för räddningstjänsten till Södra Älvsborgs Räddningstjänstförbund. Av förbundsordningen framgår att kommunen har lämnat över ansvaret för bland annat räddningstjänst till förbundet. Detta innebär att Borås kommun, och därmed Servicekontoret, inte har vare sig skyldighet eller rätt att bedriva räddningstjänst. Av förbundsordningen följer att räddningstjänstförbundet även biträder kommunen vad gäller ansvaret enligt bl.a. beredskapslagen. När det gäller kommunens skyldigheter enligt beredskapslagen finns alltså hjälp att hämta hos andra kommuner, privata företag och Räddningstjänstförbundet.

Beredskapslagen eller lagen om skydd mot olyckor ger inte någon rätt för Servicekontoret att i strid med den kommunala kompetensen bedriva säljverksamhet på den privata marknaden.

- *Renhållningslagen*

Lagen ger kommunen ett ansvar för markrenhållning och snöröjning och liknande åtgärder på gator, torg och andra detaljplanlagda platser som kommunen är huvudman för. I kommunen ligger det ansvaret på Tekniska förvaltningen.

Renhållningslagen ger dock inte kommunen något motsvarande ansvar för privatägd mark. Detta åvilar fastighetsägaren.

Renhållningslagen ger inte kommunen någon skyldighet, eller en möjlighet, att sälja mark- och anläggningsentreprenader åt externa beställare. Servicekontorets kompetensliga verksamhet inom detta område torde således uteslutande vara hänförlig till de arbeten man utför åt Tekniska förvaltningen och därmed ingå i posten för interdebitering av förvaltningen.

Det finns – *sammanfattningsvis* – ingen ”speciallag” som ger Servicekontoret kompetens att bedriva den ifrågasatta säljverksamheten.

Allmän kompetens

En kommun själv får ha hand om angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller kommunmedlemmarna och som inte ska handhas enbart av någon annan (2 kap. 1 § kommunallagen).

Av 2 kap. 7 § kommunallagen framgår att kommuner bara får bedriva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen.

Om kommunen funderar på att bedriva näringsverksamhet finns begränsningar i handlingsutrymmet. Generellt sett får kommuner inte bedriva näringsverksamhet; bara i vissa situationer.

När det gäller de ifrågasatta mark- och anläggningsentreprenaderna så saknar dessa de karaktärsdrag som utmärker de sedvanliga kommunala affärsverksamheterna. Traditionellt sett är mark- och anläggningsentreprenader en typ av tjänster som tillhandahålls av det privata näringslivet

Trots att kommunala engagemang är förbjudna på det egentliga näringslivets område finns det i rättspraxis exempel på tre typer av situationer där domstolarna under speciella förutsättningar ändå har tillåtit viss kommunal näringsverksamhet på det egentliga näringslivets område:

Vid tillfällig överproduktion av interna tjänster kan det under speciella förutsättningar vara tillåtet för kommunen att sälja överskottet på den privata marknaden.

När den kompetensstridiga verksamheten har anknytning till en etablerad kompetensenlig verksamhet och den stridiga verksamheten behövs för den enskilde brukaren av den kompetensenliga verksamheten.

När det finns brist på privata alternativ och den kompetensstridiga verksamheten är nödvändig för att garantera en viss minimistandard av basal kommersiell service till hushållen.

- *Överskottskompetens*

Av Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader under åren 2000 till 2009 kan ses att det inte är fråga om någon tillfällig överskottskapacitet. Den externa försäljningen har överstigit 10 miljoner kr varje år, och ett år till och med uppgått till över 20 miljoner kronor. Någon övergångsperiod kan man heller inte tala om, tvärtom förefaller den externa säljverksamheten vara permanentad. Inte heller förefaller det finnas någon ambition att minska den externa försäljningen. Tvärtom har kom-

munen inställningen att det är en förutsättning för beställar- och utförarmodellen att de får sälja mark- och anläggningsentreprenader också till externa kunder.

Servicekontorets externa försäljning av mark- och anläggningsentreprenader motsvarade mellan 7 och 13 procent av produktionen under åren 2000 till 2009. Den procentuella andelen extern försäljning för åren 2010 t.o.m. 2012 ligger också inom detta intervall.

- *Anknytningskompetens*

Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader har från Servicekontorets perspektiv ett visst samband med dess kompetensenliga verksamhet i det att samma personal och samma maskiner kan användas både i den kompetensenliga verksamheten och i den kompetensstridiga säljverksamheten.

Det kan dock inte vara den typen av samband som krävs för att det ska kunna anses föreligga anknytningskompetens. Annars skulle ju kommuner kunna sälja i princip allt de själva producerar, som t.ex. juridiska tjänster, redovisningstjänster, på den privata marknaden.

Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader är inte heller av sådan begränsad omfattning att den skulle kunna omfattas av anknytningskompetens alldeles oavsett om det fanns något samband med en kompetensenlig huvudverksamhet.

- *Brist på privata alternativ*

När det gäller frågan om bristande kommersiellt utbud kan man konstatera att om det privata tillhandahåller eller inte tillhandahåller vissa varor eller tjänster i en kommun normalt inte påverkar den kommunens kompetens att bedriva näringsverksamhet.

Men det finns ett undantagsfall när brist på privat utbud kan ge kommunen rätt att engagera sig på det egentliga näringslivets område. Om det kommunala engagemanget är nödvändigt för att garantera en viss minimistandard av kommersiell service till hushållen kan kommunen få rätt att engagera sig på det egentliga näringslivets område.

De gånger det har godkänts har det handlat om glesbygdskommuner som har engagerat sig i basal service, såsom livsmedelshandel och försäljning av drivmedel.

Relevant marknad

Relevant produktmarknad

Mark- och anläggningsentreprenader kan definieras som arbeten som bedrivs i och under marknivå samt större betongkonstruktioner ovan mark. Servicekontoret erbjuder ett brett utbud av sådana tjänster på den privata marknaden, exv. beläggnings- och markarbeten, VA-arbeten samt markrenhållning.

Utbytbarheten på efterfrågesidan mellan olika speciella mark- och anläggningstjänster är i många fall låg.

Vid avgränsningen av en relevant produktmarknad kan man även beakta möjligheterna till utbytbarhet på utbudssidan, dvs. leverantörernas möjligheter att ställa om sin produktion av de olika relevanta tjänsterna. De flesta företag på marknaden kan på egen hand erbjuda ett ganska brett utbud av tjänster. För det fall ett företag inte ensamt kan utföra en viss typ av uppdrag eller projekt är det vanligt att ta hjälp av lokala underentreprenörer eller konsulter. På det här sättet har många privata aktörer möjlighet att erbjuda sina kunder ett ännu bredare tjänsteutbud. Detta gör också att även om många företag på marknaden har delvis olika inriktning så kan de generellt sett snabbt och utan väsentliga tilläggskostnader eller risker anpassa sin verksamhetsinriktning. Det råder således en hög grad av utbytbarhet på utbudssidan. Servicekontoret erbjuder också i princip samtliga typer av mark- och anläggningstjänster.

Mot denna bakgrund saknas skäl att i detta fall dela upp mark- och anläggningsentreprenader i olika produktmarknader efter projekttyp. Den relevanta produktmarknaden utgörs alltså i detta fall av mark- och anläggningsentreprenader.

Fråga kvarstår däremot om även större entreprenader med ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr ingår i den relevanta produktmarknaden.

När det gäller sådana entreprenader råder helt andra konkurrensförhållanden än för andra entreprenader. Bland större entreprenader ingår t.ex. stora infrastrukturprojekt med Trafikverket som beställare. Större entreprenader kräver ofta sådan kapacitet, organisation och kompetens eller tillgång till nyckelresurser för t.ex. arbetsledning som endast de större, ofta rikstäckande, företagen har. Här är möjligheterna att utnyttja lokala underentreprenörer eller konsulter inte tillräckliga för att mindre företag ska kunna utöva ett effektivt konkurrenstryck.

Det säger sig självt att ett företag måste ha viss finansiell styrka och relativt hög omsättning för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt pris på större uppdrag. Alla privata företag måste prissätta risk och risken blir naturligtvis högre för ett uppdrag vars kontraktsvärde kanske motsvarar flera månaders omsättning. Vid större entreprenader är det också möjligt att vara konkurrenskraftig över ett större geografiskt område än annars. Detta beror på att faktorer som transportkostnader och lokalkännedom inte blir lika utslagsgivande vid större arbeten.

Servicekontoret utför främst små mark- och anläggningsentreprenader åt ickekommunala kunder, även om enstaka uppdrag varje år har uppgått till miljonbelopp. Servicekontoret har aldrig utfört någon större entreprenad, dvs. med ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr, på den privata marknaden. Det är däremot inte ovanligt att Servicekontoret utför större mark- och anläggningsentreprenader åt kommunen. För att bedöma hur Servicekontorets säljverksamhet på den privata marknaden påverkar förutsättningarna för en effektiv konkurrens är det inte relevant att beakta konkurrensförhål-

landena vid sådana större entreprenader, vars kontraktsvärden kan uppgå till 10-tals eller t.o.m. 100-tals miljoner kr.

Den relevanta produktmarknaden utgörs av marknaden för mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde som inte överstiger ca 10 miljoner kr.

Relevant geografisk marknad

Den geografiska marknaden kan definieras som det område där de berörda företagen, dvs. i detta fall Servicekontoret, tillhandahåller de relevanta tjänsterna. Marknaden omfattar ett område inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt p.g.a. väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.

Servicekontoret har, enligt uppgift ”i endast obetydlig omfattning” utfört mark- och anläggningsentreprenader utanför kommunens gränser; för åren 2009-2011 endast något enstaka arbete per år. Kommunen har också beslutat att tills vidare avvakta med att utveckla koncept för erbjudande av tjänster till andra kommuner. Utgångspunkten vid avgränsning av den relevanta geografiska marknaden bör därför vara Borås kommun, där Servicekontoret bedriver den ifrågasatta säljverksamheten.

I detta fall finns dock anledning att utvidga den relevanta geografiska marknaden så att den omfattar även närliggande kommuner: Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Mark, Bollebygd, Alingsås, Vårgårda och Herrljunga. Tätorterna i dessa kommuner ligger inom några få mil från Borås.

Enligt Borås kommun däremot utgörs den geografiska marknaden av det avstånd som kan nås genom bilfärd minst en timme från Borås vilket område innefattar minst 23 kommuner i Västsverige, bl.a. Göteborg, Jönköping och Varberg.

Vid mark- och anläggningsentreprenader måste emellertid resurserna transporteras till det ställe där ett arbete ska utföras. Att utföra ett uppdrag på annan ort än den där man är etablerad leder alltså normalt till ökade kostnader för dels transporter av maskiner, fordon och material, dels transporter av personal. Dessa kostnader gör att företag med hemvist långt bort från ett arbetsställe får svårare att utöva ett effektivt konkurrens-tryck.

På senare tid har det dessutom blivit allt vanligare att anställda vill arbeta lokalt för att slippa resor. Det kan därför vara svårare att hitta kompetent personal till arbeten utanför hemmamarknaden vilket också försämrar konkurrenskraften.

Det är alltså förenat med höjda kostnader för ett företag att utföra mark- och anläggningsentreprenader på "bortaplan". Som huvudregel gäller att ju längre avståndet till ett projekt är, desto större blir kostnadsökningarna. Detta får extra stor betydelse för möjligheten att konkurrera effektivt på den i målet aktuella marknaden där vinstmarginalerna generellt sett är låga och endast uppgår till uppemot 5 procent. Låga vinstmarginaler betyder att redan en kostnadsökning om några få procent gör att ett företag inte längre har någon marginal kvar. Privata företag konkurrerar därför normalt endast på bortaplan om de t.ex. har ont om arbete på hemmaplan och måste hitta avsättning för maskiner och personal.

Avstånd och restider på mer än en timme påverkar möjligheterna för ett företag att utöva ett effektivt konkurrenstryck.

För att kunna konkurrera effektivt på marknaden måste företagen också ha god lokal-kännedom. När det gäller privata upphandlingar är ofta lokal etablering en förutsättning för att ens bli tillfrågad. Ett företag som inte finns och syns på orten får alltså inte ens chansen att konkurrera om många lokala arbeten.

Dessutom är det ofta viktigt med kännedom om andra specifika lokala förhållanden. Som exempel kan nämnas vilka tippar som är bra för olika schaktmassor, om det råder

speciella markförhållanden på platsen som påverkar risken med att utföra ett visst uppdrag men som inte framgår av en geoteknisk undersökning etc. Utan lokalkännedom ökar därför både kostnader och risk vilket leder till ett mindre konkurrenskraftigt erbjudande. För den som är etablerad lokalt finns också bättre möjligheter till samordning mellan olika projekt. Ett exempel på samordningsvinster är att maskiner och personal kan användas på flera projekt parallellt. Ett annat exempel är att man istället för att behöva betala för att tippa överskottsmassor från ett projekt kan använda dessa som fyllnad i ett annat projekt där man då slipper betala för ballast.

Något som tydligt demonstrerar vikten av lokal närvaro är att rikstäckande företag regelmässigt har lokalkontor även på lokala marknader. Om den geografiska marknaden var så stor som kommunen påstår, skulle inte rikstäckande företag som t.ex. Skanska och NCC, som redan har lokalkontor i Jönköping och Göteborg, även – som är fallet – ha lokalkontor i Borås.

Det här betyder naturligtvis inte att det aldrig förekommer att företag utan lokal etablering utför uppdrag i t.ex. Borås kommun. För det första är det inte ovanligt att företag utan lokal närvaro vinner uppdrag att utföra större entreprenader med ett kontraktvärde över 10 miljoner kr. Lokal närvaro är generellt sett mindre viktigt för sådana entreprenader.

För att undersöka vilka företag som faktiskt utför mark- och anläggningsentreprenader i Borås kommun har verket bitt branschorganisationen Sveriges Byggindustrier att ta fram uppgifter om vilka företag som faktiskt har utfört mark- och anläggningsentreprenader i kommunen. Uppgifterna har tagits från databasen Sverige Bygger.

Uppgifterna visar 53 mark- och anläggningsarbeten som utförts i kommunen under åren 2011 och 2012 och för vilka Sveriges Byggindustrier kunnat få fram information om vem som är byggherre, huvudentreprenör och markentreprenör. Det framgår inte hur stor del av de respektive uppdragen som avser just mark- och anläggningsarbeten.

Av uppgifterna framgår att 45 av totalt 53 markentreprenörer har lokal närvaro i Borås eller närliggande kommuner. Endast åtta mark- och anläggningsarbeten av 53 har alltså utförts av företag utan lokal etablering. Av dessa är ett företag från Landskrona, ett från Hudiksvall, ett från Falkenberg och fem från Göteborgstrakten. Flera av de åtta arbeten som utförts av Göteborgsföretag avser dessutom sådana större entreprenader med ett kontraktswärde över 10 miljoner kr som inte ingår på den relevanta produktmarknaden och där lokal närvaro är mindre viktig.

Enligt kommunen däremot bedriver 86 företag verksamhet, bevakar marknaden och/eller lämnar anbud i kommunen. Av dessa är kanske uppemot tre fjärdedelar av företagen faktiskt lokalt etablerade antingen i Borås eller i närliggande kommuner, t.ex. Green Landscaping, Svensk Markservice, NCC, Skanska och Svevia, vilka har lokalkontor i Borås.

Det är inte heller tillräckligt för att ett företag ska utöva ett effektivt konkurrenstryck på en marknad att företag bevakar marknaden eller i marknadsföringssyfte anger på sin hemsida att företaget är verksamt på en viss marknad. Det är inte heller tillräckligt att ett företag faktiskt ofta lämnar anbud men aldrig vinner. Det som krävs är att företaget lämnar anbud som är så konkurrenskraftiga att det faktiskt vinner en del uppdrag. Och det gör nästan bara lokalt etablerade företag.

När det gäller större mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktswärde över ca 10 miljoner kr råder andra konkurrensförhållanden än för sådana som Servicekontoret erbjuder. Den relevanta geografiska marknaden i målet utgörs av Borås kommun och närliggande kommuner.

Säljverksamheten till externa aktörer är konkurrensbegränsande*Omfattningen av säljverksamheten*

För en förståelse av Servicekontorets starka position och följderna av den ifrågasatta säljverksamheten kan en uppskattning av den totala omsättningen under åren 2010 - 2014 på den relevanta marknaden (anläggningsmarknaden, projekt upp till 10 miljoner kr) vara intressant.

Av statistik/prognosmaterial från Byggbakta – som inhämtats från Sveriges Byggindustrier – framgår att omsättningen på den relevanta marknaden Borås kommun och närliggande kommuner (Borås, Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Mark, Bollebygd, Alingsås, Vårgårda och Herrljunga) i genomsnitt uppgått till 339 miljoner kr per år. För Borås har den genomsnittliga omsättningen uppgått till 108 miljoner kr per år.

Här ska nämnas att uppgifterna såvitt avser 2013 och 2014 är en prognos. Det är heller inte någon fullständig redogörelse för den totala omsättningen för alla mark- och anläggningsentreprenader. Större entreprenader med ett kontraktsvärde över ca 10 mkr är inte inkluderade. Det finns också direkttilldelade kommunala uppdrag som inte ingår eftersom dessa aldrig har varit ute på marknaden. Projekt med Trafikverket ingår inte eftersom dessa har ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr. Detta är en förklaring till varför den genomsnittliga totala omsättningen i Borås är lägre än Servicekontorets totala omsättning. Servicekontoret utför ju både större entreprenader och direkttilldelade entreprenader.

Det finns inte någon anledning att ifrågasätta kommunens uppgifter för åren 2006 - 2013 om den totala omsättningen för alla entreprenader i region Sjuhärad. I dessa uppgifter är det just region Sjuhärad som närmast motsvarar Borås kommun och närliggande kommuner. Här ingår alltså även större entreprenader med kontraktsvärden över 10 miljoner kr. Enligt dessa uppgifter varierar omsättningen från 555 miljoner kr till 1 332 miljoner kr. De prognosticerade volymerna för 2012 och 2013 är t.ex. mer än

dubbelt så höga som volymerna för föregående tre år. Den främsta orsaken till de här variationerna är just att även större entreprenader ingår eftersom varje enskilt sådant projekt kan ha ett kontraktsvärde om hundratals miljoner kr.

Inkluderar man omsättningen även från större entreprenader med ett kontraktsvärde över ca 10 miljoner kr uppgår alltså omsättningen till mer än det dubbla jämfört med uppgifterna i Byggefakta. Men för att bedöma hur Servicekontorets säljverksamhet påverkar konkurrensen ska hänsyn inte tas till större entreprenader över 10 miljoner kr eftersom det råder helt andra konkurrensförhållanden för dessa. Servicekontorets ifrågasatta säljverksamhet avser ju inte heller sådana större entreprenader.

Servicekontorets omsättning på marknaden har 2009 – 2012 uppgått till omkring 200 miljoner kr per år. Hur stor del av Servicekontorets omsättning som avser större entreprenader med ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr är obekant. Men trots att större entreprenader utgör en egen relevant marknad så kan naturligtvis Servicekontoret få en starkare position och konkurrensfördelar, t.ex. täckning för fasta kostnader och samordningsvinster, från att utföra sådana arbeten. Man kan också notera att även satt i relation till den totala omsättningen för samtliga entreprenader i Sjuhärad är Servicekontoret en betydande aktör.

Servicekontorets position på marknaden förstärks ytterligare av att man är en del av Borås kommun. Kommunen är inte bara en viktig beställare utan alla företag som är verksamma i Borås är i större eller mindre utsträckning beroende av att kommunen t.ex. utfärdar olika tillstånd för trafikavstängningar m.m.

Som tidigare sagts avser Servicekontorets säljverksamhet på den privata marknaden uppemot 1 000 uppdrag varje år. Många av uppdragen är små men det förekommer också att Servicekontoret utför lite mer omfattande mark- och anläggningsentreprenader åt externa aktörer. Enligt uppgifter från kommunen kan för 2011 nämnas markarbeten åt Cernera Maskrosen AB för över 4,5 miljoner kr, stenarbeten åt Svenska kyr-

kan för ca 2,5 miljoner kr och markarbeten m.m. åt Borås Övre Station AB för ca 1,3 miljoner kr.

Kommunen har också gett anbud på både kommunala och privata mark- och anläggningsobjekt för åren 2009-2013. Servicekontoret har räknat på flera entreprenader i mångmiljonklassen åt externa beställare, men inte vunnit upphandlingarna.

Som tidigare nämnts har Servicekontoret under åren 2009-2012 sålt mark- och anläggningsentreprenader på den privata marknaden för i genomsnitt ca 15 miljoner kr per år efter det att intäkter från återvinningsanläggningen räknats bort. Redan denna omsättning gör Servicekontoret till en betydande aktör på den privata delen av marknaden.

Representanter för de lokala företagen tycker sig dock ha upplevt att Servicekontoret har varit mindre aktivt på den privata marknaden på senare tid. Vissa menar att detta beror på att Servicekontoret har full sysselsättning tack vare större direkttilldelade projekt, andra att det kan ha ett samband med den här pågående processen.

Konkurrensverkets förbudsyrkande omfattar inte all Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Undantag har gjorts för vissa akuta VA-arbeten och viss snöröjning. Undantagen kan omfatta arbeten värda som allra mest någon miljon kr per år. När det gäller undantaget för snöröjning där det är enklare att utföra arbetet än att lyfta plogen borde detta inte ens kunna generera några intäkter eftersom kommunen tillämpar självkostnadsprincipen och inte har någon kostnad om man sparar in arbete.

Sammanfattningsvis uppgår alltså den konkurrensbegränsande säljverksamhet som omfattas av förbudsyrkandet till klart över 10 och upp till 15 miljoner kr för varje år.

Servicekontoret är aktivt också på den privata marknaden och utanför kommunen

Servicekontoret har i vart fall tidigare aktivt sökt uppdrag på den privata marknaden. Som redan sagts har Servicekontoret t.ex. marknadsfört sig mot fastighetsägare på kommunens webbplats. Servicekontoret har också gett ut olika broschyrer där de erbjudit sina tjänster och dessutom aktivt tagit kontakt med privata beställare.

I några fall har Servicekontoret också deltagit i offentliga upphandlingar i andra kommuner.

Vid en upphandling 2009 av VA-arbeten i Alingsås tilldelades Servicekontoret uppdraget. När Härryda kommun 2010 upphandlade entreprenadarbeten för gator och ledningar inkom 12 godkända anbud. Eftersom det var en entreprenad med ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr var även ett flertal större företag utan lokal etablering med och räknade. Servicekontoret var bland anbudssgivarna.

Servicekontorets konkurrensfördelar jämfört med privata företag.

Servicekontoret är en kommunal förvaltning. Servicekontoret finansieras ytterst med skattemedel och kan inte gå i konkurs.

Eftersom Servicekontoret är en del av kommunen har självklart också de kommunala beställarna alltid ett incitament att gynna Servicekontoret, dvs. gynna sig själv, på bekostnad av privata företag.

- *Direkttilldelningar*

Den sannolikt enskilt viktigaste fördelen för Servicekontoret är att man får direkttilldelade, alltså icke konkurrensutsatta, uppdrag från kommunen. De direkttilldelade uppdragen ger Servicekontoret en garanterad basvolym med vilken man kan täcka en stor del av sina fasta kostnader för maskiner, personal m.m. Dessutom får Servicekontoret

möjligheter att samordna verksamheten mellan olika projekt, dvs. använda samma maskiner och personal så att dessa kan hållas fullt sysselsatta, flytta överskottsmassor mellan projekt etc.

Kommun kallar de här direkttilldelningarna för ”förhandlingsupphandlingar” eller ”förhandlingsentreprenader”. Men det är inte fråga om upphandlingar i konkurrens med andra företag. Vid en förhandlingsupphandling kan Servicekontoret, enligt vad som uppgetts av kommunen, förhandla fram ett lämpligt pris vid ett gemensamt planeringsmöte. Eller så kan Servicekontoret föreslå ett pris som beställare kontrollerar med sina erfarenheter från riktiga upphandlingar.

Servicekontoret får inte direkttilldelade uppdrag enbart efter gemensamma förhandlingar med kommunala beställare. Av kommunstyrelsens protokoll den 21 maj 2012 framgår att Servicekontoret föreslogs till entreprenör för utförande av vissa markarbeten mot en ersättning av ca 4,5 miljoner kr. En minoritet ansåg emellertid att kommunen genom att upphandla skulle säkerställa att de offentliga medlen tillvaratogs på ett effektivt sätt och ställde som alternativt förslag att Servicekontoret skulle ges möjligheten att inkomma med anbud tillsammans med andra intressenter. Inte bara ”vanliga” kommunala beställare utan även kommunstyrelsen väljer att gynna Servicekontoret genom att låta dem utföra vissa uppdrag i egen regi.

Ett exempel på direkttilldelade uppdrag som framför andra bör nämnas är exploateringen av industrimark i området Viared där Servicekontoret direkttilldelats mark- och anläggningsarbeten för hundratals miljoner kr fördelat över flera år.

Kommunen har angett anbudssumman till ca 275 miljoner kr (226 + 49). Det ska understrykas att även om Viared är en sådan större entreprenad som inte ingår på den relevanta marknaden där Servicekontoret bedriver sin konkurrensbegränsande säljverksamhet så innebär det förstås en konkurrensfördel mot privata företag att ha ett sådant projekt som löper över flera år.

Servicekontoret har också på senare tid direkttilldelats uppdraget att utföra exploatering av industrimark på området Nordskogen. Kontraktsvärdet lär, enligt uppgift, handla om flera tiotals miljoner kr.

Av Servicekontorets årsredovisning för 2012 framgår att ”Besluten att genomföra exploateringar av industrimark på Västra Viared, Norra Viared och Nordskogen genom internt samarbete mellan Stadskansliet/Samhällsbyggnadsförvaltningen (beställare), Tekniska förvaltningen (projekteringsansvarig) och Servicekontoret (produktionsansvarig) med produktionsstart under 2012 kommer att innebära stora arbetsvolymmer under de kommande åren.” Viaredsprojektet nämns även särskilt i Borås kommuns årsredovisning för 2012 och i Servicekontorets årsredovisning för 2011.

Servicekontoret har bedömt att det endast är ca 25 procent av de projekt som ligger inom Servicekontorets arbetsområde som man tar hem i konkurrens med andra företag. Detta betyder alltså att endast omkring en fjärdedel av de uppdrag Servicekontoret faktiskt utförde vid den aktuella tiden hade vunnits i konkurrens enligt lagen (2007:1091) om offentligt upphandling (LOU). Även om andelen konkurrensutsatta uppdrag kan variera över tid är det tydligt att Servicekontorets andel icke konkurrensutsatta uppdrag är hög.

Gatukontoret (Tekniska förvaltningen) är en av Servicekontorets stora beställare. I vart fall omkring 2010 direkttilldelade man över hälften, ca 55 procent, av sina beställningar till Servicekontoret. Av Servicekontorets årsredovisning 2010 framgår att de totala intäkterna från Gatukontoret uppgick till omkring 122 miljoner kr. Om 55 procent av dessa var direkttilldelade blir det hela 67 miljoner kr i direkttilldelningar enbart från Gatukontoret det året.

- *Servicekontorets möjlighet att påverka kommunens efterfrågan*

Ännu en konkurrensfördel är att Servicekontoret har möjlighet att påverka kommunens efterfrågan på dess tjänster. Detta kan ske på olika sätt. Servicekontoret har vissa möj-

ligheter att t.ex. föreslå lämpliga uppdrag att förhandlingsupphandla, föreslå nyinvesteringar eller föreslå tidigareläggningar av projekt.

Det förekommer också att Servicekontoret riktar ”reaerbjudanden” till olika förvaltningar.

- *Bättre möjligheter till finansiering*

Ytterligare en fördel som Servicekontoret har i egenskap av kommunal förvaltning är att man har bättre möjligheter till finansiering än privata företag. På marknaden för mark- och anläggningsentreprenader råder hård konkurrens och vinstmarginalerna är låga.

Servicekontoret har tillgång till en årlig investeringsbudget om ca 15 miljoner kr som kan användas för investeringar i fordon och maskiner. Servicekontoret är ju en del av kommunen och behöver inte genomgå någon kreditprövning av det slag som privata företag måste. Av Servicekontorets årsredovisning för 2012 framgår att man använt budgeten till bl.a. vissa större egna investeringar, t.ex. två tunga lastbilar (tipp- och kranmaskiner) för över 2 miljoner kr styck. Året dessförinnan använde Servicekontoret också investeringsbudgeten till inköp av två tunga lastbilar för 3,4 miljoner kr. Servicekontoret betalar, enligt egen uppgift, ränta enligt rekommendation från Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). Oavsett om Servicekontoret betalar marknadsmässig ränta eller inte så är det en fördel att kunna få medel för investering av sig själv jämfört med att behöva låna av en bank.

- *Självkostnadsprincipen*

En faktor som också innebär att Servicekontoret inte konkurrerar på lika villkor med privata företag är att Servicekontoret följer självkostnadsprincipen.

Enligt uppgift från Sveriges Byggindustrier måste privata företag däremot ha en vinstmarginal före finansiella poster (dvs. företagets vinst före räntekostnader och skatter dividerat med omsättningen) som ligger på omkring 2-4 procent över en konjunkturcykel.

Servicekontoret tillämpar självkostnadsprincipen på ett sådant sätt att ett årligt överskott om 1-1,5 procent eftersträvas. Detta överskott ska täcka kostnader för reklamationer, utbildning av personal, kalkylkostnader för förlorade upphandlingar, tillfälliga arbetsstillestånd m.m. Privata företag har som mål att generera vinst även efter det att hänsyn tagits till sådana kostnader.

Enligt kommunen har privata företag en lägre vinstmarginal än vad Sveriges Byggindustrier gjort gällande och privata företags vinstmarginal ska beräknas efter finansiella poster. Enligt kommunen är privata företags nettomarginaler mellan 1-2 procent i genomsnitt. Kommunen har även beräknat olika vinstmarginaler för de företag som kommunen anser vara aktiva på den relevanta marknaden. I en beräkning från 2012 ingick 49 företag, vilkas ”genomsnittliga resultat” var 2,47 procent. En kontrollräkning av dessa företags årsredovisningar visade i stället på en genomsnittlig vinstmarginal för företagen för de senaste två åren på 4,36 respektive 4,93 procent.

Kommunen återkom sedan med nya uppgifter om 86 företag som kommunen nu anser är aktiva på marknaden och menar att den genomsnittliga vinstmarginalen, beräknad efter finansnetto, för dessa uppgår till ca 2,7 procent.

Av uppgifter från Statistiska centralbyrån över den genomsnittliga vinstmarginalen för anläggningsentreprenörer i Sverige under åren 2006-2010 framgår att den var i genomsnitt ca 4,3 procent beräknad före finansiella poster. Vinstmarginalen beräknad efter finansiella poster är faktiskt även här något högre - ca 4,7 procent i genomsnitt – för samma period.

Servicekontorets säljverksamhet snedvrider eller hämmar konkurrensen.

Den mest omedelbara konsekvensen av Servicekontorets säljverksamhet är att privata företag får minskade incitament att lämna anbud om de vet eller misstänker att Servicekontoret kommer att vara med och tävla. Privata företag avstår ofta från att lämna anbud om Servicekontoret är med och räknar på anläggningsarbeten.

Företrädare för lokala företag har för Konkurrensverket bekräftat att man väljer att avstå från att tävla mot Servicekontoret. Hur kan då privata företag veta eller misstänka att Servicekontoret kommer att vara med och räkna på ett uppdrag? Vid Borås kommuns upphandlingar förväntar sig normalt alla aktörer på marknaden att Servicekontoret lämnar anbud. Vid privata upphandlingar kan det ibland förekomma att beställaren väljer att berätta vilka som är med. Dessutom är det så att det både när det gäller privata och offentliga upphandlingar är vanligt att det på olika sätt blir känt på marknaden vilka som "räknar på uppdraget". Detta kan t.ex. ske genom att materialleverantörer eller underentreprenörer sprider sådan information. Dessutom vet privata företag att Servicekontoret ofta räknar på vissa typer av arbeten åt vissa beställare, t.ex. Svenska kyrkan. Enligt uppgifter från företagen lämnas det generellt sett dessutom färre anbud i Borås än i andra jämförbara kommuner. Detta betyder naturligtvis inte att privata företag aldrig tävlar och vinner mot Servicekontoret. När det är känt på marknaden att Servicekontoret har hög beläggning, och alltså inte är lika angeläget att få fler uppdrag, är det också större sannolikhet att privata företag väljer att lämna anbud. Privata företag har ju inte heller någon direkttilldelad basvolym och om orderstocken är kort och behovet av nya uppdrag stort är man mer benägen att lägga ner kostnader på att lämna anbud även om man misstänker att Servicekontoret kommer att vara med.

Det är främst de små och medelstora företagen som berörs av säljverksamheten eftersom Servicekontoret främst utför lite mindre uppdrag med kontraktsvärden upp till några hundratusen kr åt privata aktörer. Det är just dessa arbeten som små och medelstora företag är beroende av för att kunna investera, anställa och utvecklas. De här fö-

retagen har nämligen ofta inte möjlighet att på allvar kunna konkurrera vid större offentliga upphandlingar.

Som sagts uppgår den totala omsättningen på den relevanta marknaden till i genomsnitt ca 339 miljoner kr per år och i kommunen till i genomsnitt ca 108 miljoner kr per år. Förbudsyrkandet omfattar uppemot 15 miljoner kr varje år vilket alltså är en betydande del.

Sammanfattningsvis snedvrider och hämmar Servicekontorets ifrågasatta säljverksamhet förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Under alla förhållanden är säljverksamheten ägnad att göra det.

Förbudsyrkandets utformning m.m.

Konkurrensverkets förbudsyrkande omfattar inte all försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Två undantag har gjorts.

Det första undantaget avser akuta vatten- och avloppsarbeten inom kommunen i de fall där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av VA-anläggningen. Undantaget följer av att det vid akuta VA-arbeten kan förekomma att det först vid felsökning på plats visar sig att en skada har uppkommit på den privata delen av VA-anläggningen. I sådana situationer kan det vara rimligt att Servicekontoret också åtgärdar det uppkomna felet. Ett exempel kan vara att det är stopp i ett avlopp och fastighetsägaren bedömer att felet har uppkommit på den kommunala delen av VA-anläggningen och anmäler felet till Servicekontoret. Om Servicekontoret på plats matar i en slang för att spola bort stoppet och det visar sig att stoppet låg några meter in på privat mark är det rimligt att Servicekontoret också får spola bort stoppet.

Däremot omfattar undantaget inte sådana situationer där det redan när ett fel upptäcks står klart att felet inte har uppkommit på den kommunala delen av VA-anläggningen.

Det andra undantaget avser snöröjning inom Borås kommun av dels trottoarer i direkt anslutning till kommunala gator, dels gång- och cykelvägar där det skulle innebära mer arbete för snöröjaren att lyfta ploget/skopen och inte snöröja än att faktiskt utföra snöröjningen. Detta undantag har föranletts av att det skulle vara opraktiskt att alltid behöva ”lyfta ploget” när de passerar t.ex. privata gångbanor. För enkelhets skull har Konkurrensverket bedömt att samtliga trottoarer i anslutning till kommunala gator kan undantas från förbudsyrkandet.

När det gäller gång- och cykelvägar i övrigt medges undantag endast där det faktiskt innebär mindre arbete för snöröjaren att behålla ploget nere än att lyfta den och få en snöhög som måste tas om hand. Om enskilda snöröjare inte själva kan bedöma vad som omfattas av undantaget kan t.ex. en arbetsledare på Borås kommun instruera dem om eventuella ställen där det bedöms innebära sådant merarbete att lyfta ploget.

Däremot omfattar undantaget inte sådana situationer där en snöröjare tar en omväg och t.ex. snöröjer en privat fastighetsägares parkeringsplats eller industritomt. Det är sådana arbeten som ger störst intäkter inom markrenhållning.

Om tingsrätten skulle finna att en s.k. avvecklingsperiod behövs innan det yrkade förbudet ska börja gälla bör den vara kort, högst 6 månader.

Borås kommun

Servicekontorets verksamhet – beställar- och utförarkonceptet är ett förfarande

När 1990 års kommunallag trädde i kraft gjorde kommunen en översyn av sin nämnd- och förvaltningsorganisation. Översynen innebar att de kommunala verksamheterna organiserades i elva nämnder med tillhörande förvaltningsorganisationer. Förvaltning-

arna benämndes i allmänhet kontor. Den nya servicenämnden med den tillhörande förvaltningen, Servicekontoret, fick till uppgift att utföra tekniska tjänster åt de kommunala förvaltningarna. Innan omorganisationen utförde de kommunala förvaltningarna sina egna tjänster och konkurrensutsättningen av kommunal verksamhet var i stort sett obefintlig. Det primära syftet med inrättandet av Servicekontoret var att möjliggöra konkurrensutsättning av den kommunala verksamheten.

Beställar- och utförarkonceptet i kommunen har möjliggjort att den kommunala marknaden har öppnats för den privata marknaden. Genom att kommunen nu efterfrågar tjänster som tidigare utfördes av de kommunala förvaltningarna har externa aktörer fått ta del av en större marknad och agera utförare.

Servicekontoret får inga ramanslag utan alla intäkter genereras genom fakturering med avtal som grund. Kontoret utgör kommunens basresurs för drift, underhåll och investeringar i de kommunala förvaltningarna. Kostnader och prisnivåer kontrolleras med hjälp av regelbunden konkurrensutsättning och nyckeltal.

Verksamheten anpassas kontinuerligt till de kvaliteter och volymer som beställs. De största beställarna är Tekniska förvaltningen, Borås Energi och Miljö, Lokalförsörjningsförvaltningen och Fritids- och Folkhälsoförvaltningen. Servicekontoret har den samlade kunskapen om de tekniska och administrativa funktioner en kommun behöver för att fungera på bästa möjliga sätt.

Beställar- och utförarkonceptet är ett sätt att organisera produktion av offentliga tjänster genom att tydligt särskilja rollerna som beställare och utförare. I kommunens fall innebär beställar- och utförarkonceptet att dess förvaltningar agerar beställare av uppdrag hos Servicekontoret.

För beställaren är kärnuppgifterna att bedöma behoven och utvecklingen samt att upphandla och konkurrensutsätta de aktuella uppdragen. Beställar- och utförarkonceptet är således ett medel för att effektivisera en verksamhet. Beställar- och utförarkonceptet

gör kommunens verksamhet mer överskådlig eftersom det formuleras mål för kvalitet, innehåll och pris. Ett väl fungerande beställar- och utförarkoncept kan ge högre effektivitet, marknadspris genom konkurrensutsättning, kraftsamling kring utförandekompetens, nyckeltal och uppföljningsmaterial hos såväl beställare som utförare samt möjligheter till en optimal dimensionering av beredskapsorganisationerna.

Genom beställar- och utförarkonceptet används kommunens skattemedel på ett mer effektivt sätt. Det förhållandet att de kommunala förvaltningarna inte längre utför sina egna tjänster har inneburit att kommunens verksamhet upphandlas i konkurrens enligt LOU. Marknaden har därigenom tillförts nya uppdrag. Eftersom de kommunala förvaltningarna genomför upphandlingar i enlighet med LOU konkurrerar Servicekontoret med privata aktörer.

Servicekontoret har många olika verksamheter utöver det ifrågasatta förfarandet, som avser försäljning av mark- och anläggningsarbeten till externa aktörer. Exempel på sådana mark- och anläggningsarbeten är – som redan sagts – vatten- och avloppsarbeten (spol/slam/TV-filmning, VA samt övriga VA-ledningsarbeten), markrenhållning (snöröjning, sopning, gräsklippning m.m.), beläggningsarbeten, markarbeten (anläggning och skötsel av dels gator och lokala vägar, P-platser, parker, grönytor och lekplatser, samt grundläggningar och schaktarbeten), samt mur-, platt- och stenarbeten.

Servicekontoret fick till uppgift att tillhandahålla tjänster till övriga kommunala förvaltningar. När Servicekontoret inrättades var inte syftet att förvaltningen skulle kunna tillgodose samtliga kommunala förvaltningars behov av tjänster. Servicekontoret har heller inte, sedan det inrättades, haft någon som helst möjlighet att kunna tillgodose dessas behov. Servicekontorets kapacitet motsvarar mindre än hälften av kommunens totala behov. Kommunens totala behov av mark- och anläggningstjänster är 400 miljoner kr, varav 200 miljoner kr avser upphandling av Servicekontoret, som i sin tur upphandlar 50 procent och därmed själv utför arbeten för 100 miljoner kr. Eftersom Servicekontoret inte har förmåga att tillgodose de kommunala förvaltningarnas totala behov av tjänster kan det inte göras gällande att det rör sig om någon försäljning av

”överkapacitet” eller att det skulle röra sig om en permanent överdimensionerad verksamhet.

Servicekontorets agerande vad gäller försäljning till externa aktörer, vid tillfälliga resurstopp, utgör inte någon konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Personalstyrkan är särskilt dimensionerad och anpassad så att den ska kunna fullgöra kommunens lagstadgade skyldigheter och ansvar som följer av VA-lagen, miljöbalken och renhållningslagen etc. samt beredskapsåtaganden, avtal m.m. För att säkerställa att kommunen kan fullgöra skyldigheter och ansvar samt åtaganden inom dessa områden händer det ibland att personalen, vid tillfälliga resurstopp, sysselsätts genom att den i begränsad omfattning, i anslutning till att den fullgör kommunens skyldigheter i enlighet med VA-lagen, miljöbalken och renhållningslagen etc., även utför tjänster åt externa aktörer.

När Servicekontoret från tid till annan förlorar offentliga upphandlingar kan det i vissa fall innebära att det tillfälligt inte finns sysselsättning åt Servicekontorets personal. Eftersom bristen på sysselsättning är tillfällig kan inte personalen sägas upp då denna kompetens annars skulle gå förlorad och Servicekontoret på sikt skulle försvinna.

Om Servicekontorets försäljning till externa aktörer vid tillfälliga resurstopp skulle förbjudas skulle kommunen tvingas upphöra med beställar- och utförarkonceptet och istället överföra Servicekontorets kapacitet till respektive kommunala förvaltning eller bolag som därmed kommer att utföra den prövade verksamheten i egen regi.

Förfarandet har ett mycket naturligt och nära samband med Servicekontorets ordinarie verksamhet inom kommunen och avser försäljning till externa aktörer vid tillfälliga resurstopp av ytterst marginell omfattning.

Relevant marknad*Relevant produktmarknad*

Den relevanta produktmarknaden består av mark- och anläggningsarbeten inklusive beredskapsarbeten oavsett värde, dvs. såväl under som över 10 miljoner kr.

Kommunen har vid sin bedömning av vad som utgör den relevanta marknaden inte räknat med stora speciella uppdrag som kräver ledningsresurser med specifik eller unik kompetens såsom exempelvis stora "våta" broar, tunnel- och underjordsarbeten, hamnbyggande och muddringsuppdrag. Det är en alltför snäv avgränsning att begränsa den relevanta produktmarknaden till att endast omfatta mark- och anläggningsentreprenader med ett värde understigande 10 miljoner kr. Servicekontoret lämnar regelbundet anbud och utför mark- och anläggningsarbeten såväl under som över detta belopp till bolag och förvaltningar i kommunen i konkurrens med privata aktörer.

Såväl Servicekontoret som externa mark- och anläggningsföretag är således regelbundet aktiva på marknaden avseende mark- och anläggningsarbeten med värden överstigande 10 miljoner kr. I kommunen förekommer även projekt med värden överstigande 30 miljoner kr där såväl Servicekontoret som externa aktörer kan vara aktuella som entreprenörer. Servicekontoret har således kapacitet att utföra mark- och anläggningsentreprenader över ca 10 miljoner kr och utför även sådana projekt.

De företag som konkurrerar med Servicekontoret är desamma vid uppdrag för kommunala beställare såväl som för externa beställare oavsett anläggningsverksamhet och kontraktsvärde.

Anläggningsverksamhet utgör heller inte ett väl avgränsat verksamhetsområde. Marknaden för sådan verksamhet innehåller många olika delmarknader som inte sällan överlappar varandra. Det går inte att lägga fast en beloppsgräns som ger två helt olika marknader.

Det går inte att från databasen Sverige Bygger dra några relevanta slutsatser eftersom databasen används framför allt av aktörer inom bygg och anläggning för bevakning av kommande projektuppdrag och denna databas är inte heltäckande för den totala marknaden för vare sig bygg- eller mark- och anläggningsarbeten. De uppgifter som redovisas är inte relevanta för avgränsning av produktmarknaden. Av databasen framgår inte vilka volymer som avser mark och anläggning. Vidare framgår inte projekttidernas längd, vilket innebär att det inte är möjligt att avgöra vilken produktionskostnad som avser olika år. Databasen innehåller vidare en blandning av husbyggnadsprojekt och mark- och anläggningsprojekt utan redovisning av vilka kostnader som hänför sig till markbyggnadskostnader/mark- och anläggningsarbeten. Projekt med en kostnad under 200 000 kronor läggs heller inte in i databasen.

Relevant geografisk marknad

Den relevanta geografiska marknaden utgörs i detta fall av mark- och anläggningsarbeten, oavsett kontraktswärde, och som kan nås genom en bilfärd på ca en timme, eller ca 10 mil, från Borås. Detta motsvarar minst 23 västsvenska kommuner med drygt 1,3 miljoner invånare: Borås, Jönköping, Gislaved, Mark, Bollebygd, Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Vårgårda, Herrljunga, Göteborg, Mölndal, Härryda, Partille, Kungälv, Ale, Lerum, Alingsås, Varberg, Kungsbacka, Essunga, Vara och Falköping.

Oavsett typ av anläggningsverksamhet är generellt sett den geografiska utsträckningen normalt i storlek med det avstånd som nås på minst 1 timme med bil i en riktning. Vid snabbare bilväg blir det geografiska området en radie om minst 10 mil. Den relevanta marknaden blir med denna definition en del av Göteborgs och Jönköpings marknad beroende på goda kommunikationer mellan städerna. Även Varberg torde i praktiken ingå i den relevanta anläggningsmarknaden kring Borås.

Kommunen har gjort en kartläggning som innefattar 86 aktörer som är aktiva inom mark- och anläggningsarbeten i Borås. Av kartläggningen framgår att de aktörer som

är aktiva i Borås även är verksamma inom och tillhandahåller tjänster inom ett område som kan nås genom bilfärd på ca en timme från Borås. Detta gäller oavsett typ av anläggningsverksamhet och oavsett värde. Det aktuella området består av de 23 kommunerna. Av kartläggningen framgår exempelvis att av de 86 aktörer som är aktiva inom mark- och anläggningsarbeten inom Borås är även 37 aktiva inom mark- och anläggningsarbeten i kommunerna Göteborg, Mölndal, Härryda, Partille, Kungälv, Ale, Lerum och Alingsås. 23 aktörer är även aktiva inom mark- och anläggningsarbeten i Jönköping samt 24 aktörer även aktiva inom mark- och anläggningsarbeten Varberg och Kungsbacka.

De kartlagda aktörerna är verksamma på så sätt att förutom att de bevakar marknaden även lämnar anbud och bedriver verksamhet och därigenom utövar ett konkurrenstryck på den relevanta marknaden. Kommunens kartläggning av den relevanta marknaden är baserad på intervjuer, enkäter, telefonsamtal med representanter för de kommunala beställarna inom Borås och för andra kommuner i närheten av Borås, representanter för leverantörer till Servicekontoret inom områdena maskiner, grusmaterial, bergsprängning, transporter m.fl. samt representanter för näringslivet i Borås i form av olika industriföretagare och fastighetsföretag. Därutöver har internetsidor för de aktörer som är verksamma inom mark- och anläggningsarbeten studerats.

Vad som framför allt är avgörande för om ett företag har möjlighet att lämna anbud och delta i ett projekt oavsett kontraktsvärde är företagets tillgång till nyckelresurser såsom kalkylatorer, platschefer, tekniker och vissa yrkesarbetare och dessa resursers specifika kompetens avseende olika typer av projekt. De resurser som behövs i övrigt för att genomföra ett projekt anskaffas på lämpligt sätt för det aktuella projektet.

I detta avseende ska betonas att förmåga att utföra större projekt inte är beroende av finansiell styrka då behovet av finansiell styrka är mer beroende av vilken entreprenadform som har valts. Det är vidare inte heller transportkostnader som är avgörande. De flesta aktörer inom mark och anläggning köper regelbundet in tjänster från underentreprenörer. Detta sker för att egna personella resurser inte räcker till för ett specifikt projekt eller för att utförarkompetenserna inte finns tillgängliga inom det egna företaget.

För utförande av mark- och anläggningsuppdrag krävs i allmänhet resurser i form av maskiner såsom lastbilar, grävmaskiner, lastmaskiner, dumprar etc. De flesta aktörer, inklusive Servicekontoret, hyr dock in dessa maskiner med förare från underentreprenörer. De rikstäckande aktörerna har delat in Sverige i olika regioner. Om kompetensen hos personalen vid de lokala kontoren inte räcker till tas hjälp av personal från andra lokala kontor vid såväl anbudsgivning som projektgenomförande. När de lokalt knutna resurserna inte har full sysselsättning sker omfördelning eller utlåning under kortare eller längre tid till andra geografiska områden. De rikstäckande bolagen utnyttjar vidare möjligheterna att medverka i projekt inom andra geografiska områden eller produkter som finns inom den egna koncernen. Detta innebär möjligheter att placera resurser i projekt i hela Sverige. Det är inte nödvändigt med någon form av lokal närvaro för att effektivt kunna konkurrera om arbetena på marknaden för mark- och anläggningsarbeten och mark- och anläggningsentreprenader kännetecknas inte av att resurserna, bl.a. personal, måste transporteras till det ställe där arbetet ska utföras. Det är vidare inte nödvändigt med lokalt anställd personal för att vara konkurrenskraftig.

Volym på den relevanta marknaden

Den totala årliga volymen för mark- och anläggningsarbeten för den relevanta geografiska marknaden kan beräknas till 8 - 12 miljarder kr.

Beräkningen av marknadsvolym bygger på tre olika beräkningsmodeller.

Genom att beräkna årliga marknadsvolymer på två olika sätt bl.a. med hjälp av underlag från Sveriges Byggindustrier (SBI) / Statistiska Centralbyrån (SCB) samt på ett tredje sätt genom att kartlägga verksamma företag inom den relevanta marknaden fås en årlig produktionsvolym på ca 11,5 – 13 miljarder kr.

I den totala marknaden inom bygg och anläggning i Sverige – 2012 beräknad till ca 306 miljarder kr/år – ingår anläggningsarbeten med 79 miljarder kr/år (offentligt 39 miljarder kr och privat till 40 miljarder kr).

Total årlig möjlig marknad för entreprenadproduktion inom markanläggning i Sverige kan bedömas till mellan 80 och 100 miljarder kr för de företag som tillhör gruppen av Servicekontorets konkurrenter.

Utgångspunkten är att marknadsvolymerna är fördelade efter folkmängd (juni 2012), vilket skulle innebära att de 23 kommunerna har ca 14 procent av Sveriges befolkning. Med en svensk totalvolym av markanläggningsuppdrag på ca 100 miljarder kronor per år blir marknaden i de 23 kommunerna drygt 14 miljarder kr.

Vid en utvärdering av anläggningsmarknaderna i de 23 kommunerna kan varje angiven delmarknad (länsdel eller län) proportioneras mot folkmängden vid halvårsskiftet 2012 i respektive kommun. En proportionering av anläggningsmarknaden i respektive ”länsdel” efter folkmängd genomförs och ger anläggningsvolymerna för de 23 kommunerna. Komplettering sker med projekt om mindre än 1 miljon kr. Korrigering för entreprenadvolym istället för investeringsvolym samt reduktion av uppdrag som kräver speciellt projektledningskunnande. Detta innebär en ökning av de av SBI/SCB framtagna årsvolymer med mellan 15 och 35 procent.

I beräkningarna utökas volymerna med ca 15 procent vilket också bedöms inkludera reduktion för byggherrekostnader. Detta innebär att total produktions- eller entreprenadvolym blir ca 11-11,5 miljarder kr/år.

Enligt en tredje beräkningsmodell har en kartläggning skett av 86 aktörer inom markanläggning som regelbundet är aktiva i Borås, dvs. bedriver verksamhet, bevakar marknaden och/eller lämnar anbud.

Utöver dessa 86 aktörer finns andra aktörer som är aktiva inom de övriga 22 västsvenska kommunerna. Totalt skulle detta ge en årlig produktionsvolym på ca 11 - 14 miljarder kr/år.

Satt i sitt sammanhang visar detta att marknadsvolymen är mycket stor, 8-12 miljarder kr, jämfört med Servicekontorets externa försäljning – som enligt vad som senare kommer att framgå – är 7,2 mkr kr per år.

Marknadsvolymen i Borås

Den totala marknadsvolymen för mark- och anläggningsarbeten bara i Borås beräknas ha uppgått till ca 800 miljoner kr fram till 2011 och beräknas till ca 1000 miljoner kronor från och med 2012. Fördelning av volym mellan offentliga och privata beställare brukar av hävd uppskattas till ungefär lika.

Kommunens årliga volym för mark- och anläggningsarbete uppgår till ca 400 miljoner kr. Med mark- och anläggningsarbeten avses investeringsvolymen samt drift och underhåll.

I Borås beräknas den icke-kommunala marknaden avseende mark- och anläggningsarbeten fram till 2011 ha uppgått till ca 400 miljoner kr per år och under ett antal år framöver beräknas den uppgå till ca 600 miljoner kr per år. Detta innefattar:

- markarbeten inklusive exploateringsarbeten för bostadsprojekt i bostadsrättsformer med privata byggtreprenörer/aktörer som exploatörer eller byggare (ca 100 – 130 miljoner kr),
- markarbeten vid byggande av industrier, affärshus, kontor mm i privat ägo inkl. ombyggnader och miljöarbeten utvändigt i befintliga fastigheter (ca 50-100 miljoner med en ökning till 100 – 130 miljoner kr framöver),
- drift och underhållsuppdrag inklusive mindre markentreprenader i samma miljöer för landsting, industrier, privata fastighetsägare (ca 80-120 miljoner kr per år),
- drift och underhållsuppdrag för Trafikverket, vägar och järnvägar (ca 50-70 miljoner kr per år),
- entreprenaduppdrag för Trafikverket (riksväg 27 samt så småningom ny järnväg förbi Borås mellan Göteborg och Jönköping) samt diverse andra mindre uppdrag (ca 70 miljoner kr per år och ca 100 – 150 miljoner kr framöver),

- projekt för privatpersoner inklusive lantbrukare, vägsamfälligheter, föreningslivet, golfbanor etc. vilket innefattar både entreprenader och drift- och underhållsuppdrag (60 – 90 miljoner kr).

Kommunens beräkning av den totala volymen för mark- och anläggningsarbeten för den relevanta marknaden uppskattas uppgå till 8-12 miljarder kr vilket är i storleksordningen ca 50 gånger större volym än vad Konkurrensverket har angivit.

Kommunen kan även konstatera att de uppgifter som Konkurrensverket redovisar inte är rimliga. Om marknadsvolymen för Borås skulle bedömas till respektive 86, 108, 175, 102, och 72 miljoner kr för åren 2010-2014 skulle detta innebära att Servicekontoret haft en marknadsandel av samtliga offentliga arbeten med mer än 200 procent.

Även mark- och anläggningsarbeten med Trafikverket som beställare ska ingå i relevant marknad. Av Trafikverkets samlade uppdragsvolym avseende mark- och anläggningsarbeten är endast en mindre del sådana stora speciella uppdrag, såsom exempelvis stora ”våta” broar, tunnel och underjordsarbeten, hamnbyggande som kräver ledningsresurser med specifik eller unik kompetens. Trafikverkets totala uppdragsvolym inom den relevanta geografiska marknaden varierar naturligtvis mycket mellan olika år. Av Trafikverkets samlade uppdragsvolym avseende mark- och anläggningsarbeten är dock endast en mindre del sådana stora, speciella uppdrag, såsom exempelvis stora ”våta” broar, tunnel- och underjordsarbeten, hamnbyggande som kräver ledningsresurser med specifik eller unik kompetens. Dessa projekt är inte heller medräknade i kommunens beräkning av den totala årliga volymen för mark- och anläggningsarbeten för den relevanta marknaden.

Servicekontorets försäljning till externa aktörer är med hänsyn till volymen på den relevanta geografiska marknaden mycket marginell.

Intäkter från försäljning till externa aktörer

När det gäller Servicekontorets försäljning till externa aktörer ska intäkter från följande typer av uppdrag räknas bort:

- Markrenhållning: Snöröjning och gaturenhållning utfört i direkt anslutning till motsvarande arbete på kommunal mark,
- Akuta VA-arbeten: Akuta vatten- och avloppsarbete och
- Intäkter från juridiska personer som kommunen har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt ("Inflytande")

- *Undantag för snöröjning*

För en snöröjare innebär det mer arbete att lyfta plogen/skopian vid varje privat gångbana och tvingas ut i körbanan för att ta bort de snövallar som bildas i anslutning till den överhoppade privata gångbana som inte snöröjts än att utföra snöröjningen. Ett sådant tillvägagångssätt där plogen/skopian lyfts och snöröjaren kör rakt fram innebär att stora snöhögar bildas samt att snön komprimeras på den yta som inte snöröjs. Ett sådant tillvägagångssätt är inte acceptabelt för den fastighetsägare som drabbas. Det är således nödvändigt att snöröja hela vägen.

Enligt Konkurrensverkets undantag från förbudet är det endast i undantagsfall som det skulle kunna innefatta mer arbete för snöröjaren att lyfta plogen/skopian och inte snöröja än att utföra snöröjningen.

Servicekontoret utför ingen markrenhållning åt externa aktörer som inte sker i direkt anslutning till kommunal mark.

För övrigt ska noteras att kommunen enligt 2 § renhållningslagen har ansvaret för gaturenhållningen inklusive gångbanor eller andra utrymmen utanför fastigheten som behövs för gångtrafiken. Detta ansvar kan en kommun enligt 3 § i renhållningslagen

ålägga en fastighetsinnehavare inom ett område med detaljplan, vilket kommunen har gjort. Kommunen har därför känt ett ansvar för att erbjuda de privata fastighetsägarna ett alternativ för att klara sitt åtagande i fall där kommunen ändå renhåller kommunalgator och platser i direkt anslutning och där det inte i princip finns någon privat utförare att tillgå.

- *Undantag för akuta VA-arbeten*

Kommunen äger VA-anläggningen genom det helägda Borås Energi och Miljö. Den som äger en sådan anläggning är huvudman för anläggningen. Huvudmannaskapet knyts således till ägandet. Ägandet kan även vara indirekt, förutsatt att en kommun har ett rättsligt bestämmande inflytande. Detta innebär att en kommun kan äga eller ha det bestämmande inflytandet över en VA-anläggning direkt eller indirekt via en juridisk person. Det är således kommunen som är huvudman för den allmänna VA-anläggningen enligt VA-lagens mening. Kommunen har endast upplåtit åt Borås Energi och Miljö att sköta driften av VA-anläggningen och detta innefattar inte något huvudmannaskap för densamma.

Kommunen är som huvudman skyldig att se till att VA-anläggningen fungerar och att det utförs ett löpande underhåll. Kommunen svarar för alla arbeten och kostnader på VA-anläggningen. Eftersom servisventiler alltid är belägna på vattenledningar (servisledningar) i den allmänna VA-anläggningen, för vilken kommunen är ansvarig, har inte externa aktörer rätt att gå in och stänga av en servisventil till en fastighet. Detta innebär att externa aktörer är mycket begränsade när det gäller vilka VA-arbeten dessa kan utföra. Ofta är det heller inte lämpligt att externa aktörer utför avancerade VA-arbeten på vattenledningar i en VA-installation då detta kan få konsekvenser och påverka ledningarnas funktion i den allmänna VA-anläggningen. I Borås finns dessutom stora nivåskillnader, vilket innebär att vatten måste pumpas för att utjämna dessa nivåskillnader. Detta kräver särskild expertis och kunskap.

Vid t.ex. brott på en vattenledning är det ofta oklart om brottet har uppstått i en VA-installation som hör till en privat fastighetsägare eller om brottet har uppstått i den kommunala VA-anläggningen för vilken kommunen har underhållsskyldighet. När Servicekontorets personal har grävt upp och identifierat brottet lagas den aktuella servisledningen. Detta görs oavsett om ledningen tillhör en privat fastighets VA-installation eller om ledningen tillhör den allmänna VA-anläggningen för att tidsmässigt begränsa driftstoppet. Om det t.ex. går ett larm om översvämning i en villafastighet kan inte Servicekontoret vägra åtgärda översvämningen åt fastighetsägaren med hänvisning till att Servicekontoret endast får utföra VA-arbeten på den allmänna VA-anläggningen, dvs. på kommunens sida om förbindelsepunkten. Servicekontoret har utfört akuta VA-arbeten, åtgärdat VA-driftproblem, utfört spol- och slamarbeten, TV-filmning, servicearbeten, mindre VA-uppdrag, inkopplingar m.m. åt externa aktörer då det uppstått tillfälliga resurstopp. Dessa uppdrag kan hänföras till de lagstadgade skyldigheter som åvilar kommunen i enlighet med VA-lagen.

De arbeten som kommunen angivit som akuta vatten- och avloppsarbeten ("VA-arbeten") omfattar enbart sådana situationer som Konkurrensverket angivit som undantagna arbeten, dvs. arbeten avseende akuta VA-arbeten inom Borås kommun i de fall där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av VA-anläggningen.

- *Undantag för intäkter från juridiska personer som kommunen har inflytande över*

De intäkter som Servicekontoret redovisat från juridiska personer som kommunen direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler och på annat sätt avser intäkter från bidragsberättigade föreningar såsom vägsamfälligheter, vägföreningar, idrottsföreningar, övriga typer av föreningar, skolor och utbildningsinrättningar. De avser vidare intäkter från aktörer som är involverade i trafikmiljöåtgärder enligt gällande regler avseende exempelvis trafikskador, vägavstängningar, skylt- och målningsarbeten och försäkringsbolag gäl-

lande trafikmiljö. Vidare avser de i enstaka fall exploateringsuppdrag för privata exploatörer där kommunen ska bli huvudman för VA och gata. Vissa av dessa uppdrag ingår i, eller i nära anslutning till, kommunalt beställda anläggningsuppdrag.

Fakturerings av externa kunder 2009-2013

Om Servicekontorets intäkter för åren 2009 -2013 från markrenhållning, akuta VA-arbeten och från juridiska personer som kommunen har inflytande över dras av från kontorets totala intäkter från externa aktörer uppgår den externa försäljningen till, i genomsnitt, 7,2 miljoner kr per år.

En närmare redovisning för åren framgår av en tabellarisk uppställning som finns i *bilaga 1*.

Kommunens försäljning till externa aktörer är mot bakgrund av den uppskattade volymen av den relevanta marknaden ytterst marginell. Omfattningen av den försäljning Konkurrensverket valt att föra talan mot är således mycket begränsad, särskilt efter avräkning av de delar som även Konkurrensverket anser vara kompetensenlig.

Servicekontorets produktion av mark- och anläggningsarbeten under den angivna tiden har i genomsnitt uppgått till 231,8 miljoner kr årligen, vilket innebär att försäljningen till externa aktörer svarat för i genomsnitt 3,1 procent. Satt i relation till Servicekontorets hela produktion – i genomsnitt 436,3 miljoner kr – har den externa försäljningen uppgått till 1,6 procent.

Som andel av den relevanta marknaden – 8 till 12 miljarder kr – svarar Servicekontorets externa försäljning för mellan 0,06 – 0,09 procent

Servicekontorets verksamhet mot externa aktörer inverkar inte på konkurrensen***Inga fördelar som offentlig aktör***

Servicekontoret har, som nämnts, inga ramanslag utan alla intäkter genereras genom fakturering med upprättade avtal som grund.

Servicekontoret erhåller inte en årlig investeringsbudget om 15 miljoner kr från kommunen för införskaffande av maskiner och fordon. Den investeringsbudget som finns är ett lån som ska återbetalas till kommunen i samma takt som avskrivningarna på maskinerna/fordonen. Kommunen tillämpar rak avskrivning på denna typ av investeringar. Avskrivningstid för exempelvis tunga fordon är vanligtvis åtta år. Den enhet som ska använda maskinen/fordonet får betala amorterings- eller avskrivningskostnaden varje år. Vidare betalas ränta årligen till kommunens finanssenhet med ränta enligt rekommendation från SKL. Den angivna investeringsbudgeten omfattar vidare kommunens samtliga förvaltningar och bolag. Kommunen har valt att samla kommunens samtliga investeringar i form av inköp av maskiner och fordon på en enda förvaltning, Servicekontoret, för att ha en samlad information om vilka fordon och maskiner som kommunen äger. Baserat på att Servicekontorets investeringar i maskiner och fordon de senaste fem åren varit i genomsnitt ca 5,6 miljoner kronor per år uppgår kostnader för avskrivning/amortering till 5,6 miljoner kronor per år. Därutöver tillkommer en räntekostnad om 1,8 miljoner kronor per år räknat med en ränta på fyra procent.

Servicekontoret är heller inte garanterad något enda uppdrag från kommunen och kontoret kan inte självt påverka vilka investeringar som ska göras. Man får endast i undantagsfall direktbeställningar från kommunen och har inte någon stor icke konkurrensutsatt produktionsvolym. Den investeringsvolym som Tekniska förvaltningen beställer från Servicekontoret upphandlas i enlighet med LOU. Det ska dock framhållas att även om uppdrag från andra förvaltningar och vissa bolag vore direkttilldelade är de förenliga med gällande lagstiftning.

Den verksamhet som Servicekontoret tillhandahåller andra kommunala förvaltningar och bolag har konkurrensutsatts. Servicekontoret är således inte garanterade något enda uppdrag inom Kommunen och kan inte själv besluta eller ens påverka vilka investeringar som ska göras. Resonemanget om att kommunen lägger ut ett nytt arbete eller tidigare lägger ett arbete för att sysselsätta Servicekontorets personal är felaktigt.

Ingen marknadsföring

Servicekontoret bedriver inte marknadsföring mot externa aktörer. På webbplatsen ges numera endast en beskrivning av kontorets organisation och uppgifter och detta kan inte jämföras med att bedriva marknadsföring mot externa aktörer. Informationen på hemsidan om att Servicekontoret är ett ”alternativ till privata aktörer” är riktad till de kommunala förvaltningarna och inte till externa aktörer. Vidare har Servicekontoret ingen marknadsföring i samband med projekt. Man sätter endast i vissa fall upp arbetsplatsskyltar med uppgift om att det är Servicekontoret som utför ett uppdrag

Kalkyl/självkostnadsprincipen

De uppdrag Servicekontoret genomför bygger på professionellt upprättade kalkyler med relevanta overheadkostnader som alla aktörer på marknaden använder sig av. Vid kalkylberäkningen tas hänsyn till samtliga typer av kostnader. Anbudsgivningen följer självkostnadsprincipen. Eftersom det regelbundet förekommer händelser av mer eller mindre oförutsedd art som t.ex. garantiåtaganden, reklamationer etc. krävs att Servicekontoret ekonomiskt kan hantera dessa situationer. Därför beaktas även denna typ av kostnader på samma sätt som alla övriga gemensamma kostnader i kalkylarbetet. De uppdrag Servicekontoret genomför bygger på professionellt upprättade kalkyler med relevanta overheadkostnader som alla aktörer på marknaden använder sig av.

Servicekontoret har därutöver vid anbudsgivning och utföranden av arbeten att ta hänsyn till kostnader som privata aktörer inte har, exv. för den politiska överbyggnaden, för att upprätthålla offentlighetsprincipen, för året runt anställd personal eftersom Ser-

vicekontoret inte kan permittera personal på samma sätt som privata aktörer, för central upphandling i enlighet med LOU och för kommungemensamma administrativa regler och kostnader för att upprätthålla regler avseende säkerhet och miljö som är strängare än gällande lagstiftning

Servicekontorets normalkalkyler avseende mark- och anläggningsentreprenader resulterar i årliga överskott på 1-2 procent på upparbetad volym.

Servicekontorets kalkyl för beräkning av ett uppdrag bygger, som sagts, på att samtliga kostnader ska beaktas. Det betyder att hänsyn tas till

- kostnader material och tjänster,
- personalkostnader,
- projektets omkostnader och
- fasta kostnader.

Servicekontorets enhetspriser och á-priser är baserade på drygt 20 års erfarenhet av upprättade kalkyler och lämnade anbud. Prisbilder från tidigare projekt finns sparade och används som referenspriser vid prissättning av nya projekt. Målsättningen är att alla projekt ska bära sina egna kostnader. Prisberäkning sker alltid efter samma premisser och på samma sätt till såväl kommunala som externa kunder. Den använda kalkylen resulterar, som sagts, i årliga överskott på 1-2 procent på upparbetad volym.

Detta överskott kan jämföras med vinstmarginalen för de privata aktörerna på den relevanta marknaden. Utifrån en kartläggning av dessa aktörers resultat för de tre senaste räkenskapsåren framgår att deras resultat genomsnittligt uppgått till 2,7 procent baserat på resultat efter finansnetto (resultat efter finansnetto dividerat med företagets nettoomsättning). Kommunen har valt att beräkna resultat efter finansnetto eftersom det därigenom även tas hänsyn till de kostnader som uppstår till följd av att en verksamhet genom belåning investerar i maskiner, utrustning, m.m. Om ett företag hyr in utrustning istället för att köpa den så kommer hyreskostnaden att komma med i resultaträk-

ningen före finansiella poster medan om företaget istället köpt utrustning för lånade medel blir denna istället kostnader för ränta och avskrivning och denna räntekostnad kommer med först i resultatet efter finansiella poster/efter finansnetto. Om entreprenadverksamhet visar högre lönsamhetssiffror beror detta oftast på andra affärer, exempelvis fastighetsförsäljningar samt tomt- och markaffärer som ger bättre lönsamhet. Servicekontorets skyldighet att tillämpa självkostnadsprincipen medför således ingen konkurrensfördel.

Ingen underprissättning mot externa kunder

Servicekontoret använder inte medel från kommunala uppdrag för att subventionera uppdrag som utförs för externa aktörer. Kommunen har sedan Servicekontorets tillkomst haft stort fokus på att någon korssubventionering inte ska ske vid de arbeten som kontoret utför. Samma kostnadskalkyl för beräkning av uppdrag används såväl externt som internt.

På de kommunala uppdragen, där alla aktörer på marknaden kan förvänta sig att Servicekontoret lämnar anbud, lämnas många andra anbud. Av kommunens LOU-upphandlade uppdrag erhåller Servicekontoret mindre än 50 procent av uppdragen.

Även på de externa uppdragen, där Servicekontoret lämnar anbud, lämnas andra anbud och detta visar att privata aktörer inte utestängs från marknaden.

Brist på kommersiellt utbud

Inom flera av Servicekontorets verksamhetsområden är det brist på kommersiellt utbud.

Eftersom kommunen utför snöröjning och markrenhållning på kommunal mark är privata entreprenörer inte intresserade av att utföra den obetydliga snöröjning som återstår att utföra på privat mark sedan Servicekontoret snöröjt på den kommunala marken. Det

kan vidare konstateras att det finns ytterst få lantbrukare i området kring Borås. Det fåtal traktorer som därigenom är möjliga att utnyttja för snöröjning är redan anlitade av Servicekontoret eller någon annan aktör.

När det gäller underhåll/reinvesteringar av VA-nät finns ytterst få externa aktörer som har relevanta kunskaper eller erfarenheter av att utföra sådana uppdrag.

Beträffande naturstensarbeten – för vilka det finns ett stort behov av i Borås centrum - är det också ytterst få externa aktörer som har denna speciella kompetens.

Förfarandet försvarbart från allmän synpunkt och/eller förenligt med lag

Oavsett om Servicekontorets förfarande påverkar konkurrensen kan inte agerandet angripas då det både är försvarbart från allmän synpunkt och förenligt med lag. Förfarandet har ett mycket naturligt och nära samband med Servicekontorets ordinarie verksamhet inom kommunen och avser försäljning i ytterst marginell omfattning till externa aktörer vid tillfälliga resurstopp. Man kan tala om att förfarandet är kompetensfyllt som en hybrid av ”anknytnings- och överskotts kompetens”.

De arbeten servicekontoret utfört

- VA-arbeten

Servicekontoret har utfört och utför akuta VA-arbeten: VA-driftproblem, spol- och slamarbeten, TV-filmning, servicearbeten, mindre VA-uppdrag, inkopplingar m.m. Av dessa arbeten utgör 50 procent sådana som faller inom Konkurrensverkets undantag.

Dessa arbeten utförs på grund av att Servicekontoret ska kunna fullgöra kommunens beredskapsåtaganden, för att uppdragen inte har lämpat sig för externa aktörer samt för att kommunen ska kunna fullgöra sina lagstadgade skyldigheter och det ansvar som följer av VA-lagen. Om Servicekontoret inte skulle få utföra tjänster åt externa aktörer

vid dessa arbeten skulle heller inte personalen kunna upprätthålla den kompetens som krävs för att uppfylla Servicekontorets samtliga beredskapsåtaganden. Förfarandet får därmed anses vara försvarbart från allmän synpunkt samt förenligt med lag.

Miljöbalken innehåller dessutom allmänna hänsynsregler som riktar sig till alla verksamhetsutövare. Enligt huvudregeln är den som innehar erforderligt miljötillstånd även verksamhetsutövare enligt miljöbalkens regler. Enligt praxis kan även annan aktör än den som innehar tillstånd anses som verksamhetsutövare om denne utövar den faktiska och rättsliga kontrollen över verksamheten. Av 2 kap. 8 § miljöbalken följer att alla som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som medfört skada eller olägenhet för miljön ansvarar till dess skadan eller olägenheten har upphört för att denna avhjälps i den omfattning det kan anses skäligt enligt 10 kap. I den mån det föreskrivs i denna balk kan i stället skyldighet att ersätta skadan eller olägenheten uppkomma.

Kommunen innehar miljötillstånd att bedriva VA-verksamheten och är att anse som verksamhetsutövare enligt miljöbalkens regler. Som verksamhetsutövare har kommunen därmed även ett miljöansvar för VA-verksamheten.

- *Markrenhållning*

Kommunen har enligt 2 § renhållningslagen ett lagstadgat ansvar för att gator, torg, parker och andra allmänna platser som är redovisade i detaljplan, genom gaturen hållning, snöröjning och liknande åtgärder hålls i ett sådant skick att uppkomsten av olägenheter för människors hälsa hindras och de krav tillgodoses som med hänsyn till förhållandena på platsen och övriga omständigheter kan ställas i fråga om trevnad, framkomlighet och trafiksäkerhet. Kommunens ansvar gäller även för områden som ska användas för allmän trafik.

Servicekontoret utför snöröjning och gaturen hållning åt externa aktörer i direkt anslutning till motsvarande arbete på kommunal mark. Servicekontoret har även utfört trafi-

kavstängningar, trafikmålning, reparationer av utrustning på grund av trafikskador, trafikskyltningsuppdrag m.m. Dessa uppdrag kan hänföras till de lagstadgade skyldigheter som åvilar kommunen enligt renhållningslagen.

Servicekontorets personalstyrka är särskilt dimensionerad och anpassad så att den ska kunna fullgöra kommunens lagstadgade skyldigheter och ansvar enligt VA-lagen, miljöbalken, renhållningslagen samt därutöver upprätthålla beredskapsåtaganden. Beredskap är en mycket viktig och väsentlig del av Servicekontorets uppgifter. Servicekontorets agerande är alltså helt inriktat på att tillgodose kommunens behov.

När Servicekontoret från tid till annan förlorar upphandlingar kan det uppstå tillfälliga resurstoppar vilket innebär att det tillfälligt inte finns sysselsättning åt Servicekontorets personalstyrka i den ordinarie verksamheten. Eftersom bristen på sysselsättning är tillfällig kan inte personalen sägas upp då denna kompetens annars skulle gå förlorad.

Eftersom Servicekontoret inte har förmåga att tillgodose de kommunala förvaltningarnas totala behov av tjänster kan det heller inte göras gällande att det rör sig om någon försäljning av ”överkapacitet” eller permanent överdimensionerad verksamhet.

- *Drift- och underhållsavtal - beredskapsåtaganden*

Borås Energi och Miljö har ingått avtal med Servicekontoret för drift och underhåll av VA-anläggningen. VA-verksamheten försörjer mer än 88 000 personer med dricksvatten. Förutom utförande av drift och underhåll av VA-anläggningen omfattar driftavtalet ett viktigt beredskapsåtagande för Servicekontoret. Vid akuta vattenläckor ska en bedömning/kontroll av händelsen ske inom en timme (beredskapstid) efter det att läckan har anmälts. Vid akut situation där det föreligger risk för skada på distributionsanläggningarna eller för tredje man, måste Servicekontoret omedelbart vidta förebyggande åtgärder i syfte att minimera den skada som kan uppstå. Servicekontoret ansvarar för att akuta situationer omhändertas och måste kunna visa att alla rimliga åtgärder har vidtagits. Servicekontoret har en skyldighet att tillse att inget hushåll i kommunen

oplanerat ska vara utan vatten mer än fem timmar i sträck. Servicekontoret är skyldigt att upprätthålla beredskap dygnet runt. För att kunna fullgöra driftavtalet är Servicekontoret vidare ansvarigt för att personalen upprätthåller den utbildning, erfarenhet och kompetens som behövs för att utföra tilldelade arbetsuppgifter.

När det gäller utförande av drift och underhåll av trafikyor m.m. inom centralorten och ytterområdena i kommunen har Gatukontoret ingått avtal med Servicekontoret om drift- och underhållsentreprenad för respektive område. Entreprenaderna avser i huvudsak sådana anläggningar och anordningar som omfattas av det kommunala huvudmannskapet som väghållare av trafikyor inom planlagt område. Entreprenaderna omfattar även drift och underhåll av konstbyggnader, fontäner och dagvattenledning. Entreprenaderna i ytterområdena omfattar vinterväghållning, barmarksrenhållning, trafik-anordningar, konstbyggnader, fontäner m.m., dagvattenledning och vattendrag samt övriga tjänster. För entreprenaden i centralorten tillkommer tjänsten trafiksignalanläggningar. Enligt gällande villkor ska entreprenaderna utföras på ett sådant sätt att trafiksäkerhet och framkomlighet upprätthålls i enlighet med de regler och intentioner som anges i den lokala ordningsstadgan, plan- och bygglagen (2010:900) och renhållningslagen. Entreprenaderna omfattar även viktiga beredskapsåtaganden för Servicekontoret. Under icke ordinarie arbetstid ska Servicekontoret upprätthålla jour och beredskap på sådant sätt att åtgärder kan påbörjas inom en timma oavsett tid på dygnet. Beredskap för snöröjning och halkbekämpning ska finnas till hands under perioden den 15 november – 15 mars varje vintersäsong. Under beredskapstiden ska det alltid finnas en tillgänglig ansvarig arbetsledare. Det ska finnas tillgängliga fordon, maskiner och utrustning, inklusive förare för snöröjning och halkbekämpning.

- *Särskilt om beredskap*

Utöver vad som nu sagts om beredskap enligt avtal har kommunen ett övergripande ansvar för att kunna hantera krissituationer och extraordinära händelser som följer av beredskapslagen. Tillämpningen av beredskapslagen aktualiseras vid en större fara som hotar liv, hälsa, miljö och egendom. Karakteristiskt för en extraordinär händelse är

den stora omfattningen, ett snabbt förlopp som är svårt att överblicka och som kräver snabba beslut av kommunala organ.

I kommunens fall är det Servicekontoret som har till uppgift att hantera extraordinära händelser.

För att Servicekontoret över huvud taget, såväl enligt gällande avtal som enligt lag, ska ha någon möjlighet att uppfylla de beredskapsåtaganden som man har måste Servicekontoret ha en tillräckligt stor organisation. Om personalstyrkan vid tillfälliga resurstoppar skulle sägas upp eller minskas till ett minimum har man inte någon möjlighet att kunna fullgöra sina beredskapsåtaganden. För att Servicekontoret i dessa situationer ska kunna upprätthålla kompetens och förmåga och fullgöra nämnda beredskapsåtaganden är det en ofrånkomlig följd att Servicekontoret även utför tjänster åt externa aktörer i direkt anslutning till att Servicekontoret utför tjänster åt de kommunala förvaltningarna.

Vite – skälig tid för avveckling

Det yrkade vitet om tre miljoner kr är inte skäligt. Konkurrensverket har baserat detta vitesbelopp på felaktiga uppgifter om Servicekontorets intäkter från externa aktörer. Servicekontorets intäkter från försäljning till externa aktörer står heller inte i rimlig proportion till det yrkade vitesbeloppet.

Om Servicekontorets möjlighet att erbjuda tjänster till andra än kommunala beställare skulle upphöra, får Servicekontoret en kapacitet som visserligen fortfarande är nödvändig för att klara bl. a. beredskapsuppdragen men som kommunen inte får full kostnadstäckning för. Då skulle kommunen kunna antingen låta verksamheten gå med underskott, som täcks med bidrag från kommunen, eller tvinga andra kommunala aktörer att tilldelas Servicekontoret uppdrag. Vid båda dessa alternativ försvinner Servicekontorets incitament att fullt ut konkurrera med privata entreprenörer på de kompetensen-

liga, interna uppdragen för kommunala beställare. Grunden för beställar- och utförar-konceptet faller därmed.

Servicekontoret har ett antal drift- och underhållsavtal med såväl förvaltningar som kommunala bolag. Dessa löper på flera år. Servicekontoret har även gjort investeringar i såväl byggnader som maskiner med olika men ibland ganska lång avskrivningstid. Dessa resurser går inte att omgående lämna över till annan förvaltning. Servicekontoret har nämligen resurser utifrån kommunkoncernens totala behov med de samordningsvinster det ger, vilka resurser inte alltid kan styckas upp på flera mindre enheter. Med hänsyn härtill och att en organisationsförändring med förändring av den politiska nämndstrukturen kräver komplicerade politiska överläggningar, vilka företrädesvis görs i god tid inför kommande mandatperiod, krävs en avvecklingsperiod på flera år.

BEVISNING M.M.

Parterna har åberopat omfattande skriftlig bevisning.

Konkurrensverket har som vittnen hört [REDACTED], Tranemo Trädgårdstjänst AB, [REDACTED], Skanska Sverige AB, [REDACTED], Borås Markentreprenad AB, [REDACTED], NCC, [REDACTED], Sveriges Byggindustrier, [REDACTED], Värmdö kommun och [REDACTED] Uppsala kommun.

På kommunens begäran har följande vittnen hörts. [REDACTED], ekonomichef i Borås kommun, [REDACTED], f. avdelningschef på Servicekontoret, [REDACTED], förvaltningschef för Servicekontoret, [REDACTED], avdelningschef på Tekniska förvaltningen, [REDACTED], driftansvarig på Borås Energi och Miljö, [REDACTED], avdelningschef på Servicekontoret, [REDACTED], [REDACTED], professor, [REDACTED], Värmdö kommun och [REDACTED], Uppsala kommun.

Parterna har hänfört sig till rättsutlåtanden.

DOMSKÄL***Inledningsvis***

En kommun får enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § i lagen, tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller om detta hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. En kommun får även förbjudas att bedriva viss säljverksamhet om denna på motsvarande sätt snedvrider eller hämmar konkurrensen, eller är ägnad att göra detta. Om en sådan verksamhet är förenlig med lag får den dock inte förbjudas.

Servicekontoret är en förvaltning inom Borås kommun och är därmed en sådan offentlig aktör som omfattas av regleringen. Servicekontoret utför bl.a. mark- och anläggningsentreprenader åt de kommunala förvaltningarna och bolagen och, i viss utsträckning, också åt externa aktörer, dvs. kunder utanför den kommunala organisationen.

Det agerande från kommunens sida som är ifrågasatt i målet avser försäljningen av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Det står klart att denna Servicekontorets försäljning är sådan att den omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen, dvs. är en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Kommunen bedriver därmed sådan säljverksamhet som i och för sig omfattas av den s.k. konfliktlösningsregel som finns i 3 kap. 27 § konkurrenslagen.

Kommunen har emellertid gjort gällande att Servicekontorets försäljning till externa aktörer ska bedömas som ett förfarande och inte som en säljverksamhet vid tillämpning av konfliktlösningsregeln. Konkurrensverket har anfört att det i första hand är fråga om en verksamhet, som ska förbjudas.

Av utredningen i målet (uppgifter som kommunen tillhandahållit) framgår att Servicekontoret delar in sin försäljning av mark- och anläggningsentreprenader i sju olika verksamhetsområden. Denna verksamhet riktar sig, som sagts, till dels också mot externa aktörer. Det är bara denna del av verksamheten som, enligt Konkurrensverket, ska förbjudas. Det innebär, enligt tingsrätten, att frågan är om en ”viss säljverksamhet” ska förbjudas.

I förarbetena (prop. 2008/09:231, s. 36) till konfliktlösningsregeln ges vissa exempel, som dessutom kan tjäna till vägledning, på när förfaranden respektive verksamheter kan förbjudas:

”Av typfallen kan man dock dra slutsatsen att förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva bör anses kunna snedvrida eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. När det gäller verksamheter får en blandning av myndighetsutövning och affärsverksamhet anses hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Dit kan även hänföras fall där den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter”.

Det har i målet inte gjorts gällande att Servicekontoret skulle tillämpa förfaranden som innebär diskriminering, tillträdesvägran etc. Konkurrensverkets talan avser i stället den del av Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader som riktar sig till externa aktörer, med yrkande om att denna försäljning ska förbjudas i sin helhet. Mot denna bakgrund är tingsrättens bedömning att kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer är att betrakta som en säljverksamhet.

Tingsrätten har därmed att ta ställning till om kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader är konkurrensbegränsande säljverksamhet samt, om så bedöms vara fallet, om verksamheten är förenlig med lag.

För bedömningen av såväl frågan om det föreligger någon konkurrensbegränsning som om verksamhetens förenlighet med lag, är Servicekontorets verksamhet och omfatt-

ningen av verksamheten av betydelse. Tingsrätten kommer därför först att redogöra för något av vad som framkommit i detta avseende. Rätten prövar därefter i detta fall frågan om verksamheten är förenlig med lag.

Närmare om Servicekontorets säljverksamhet

Som angetts redan under SAKEN tillämpar Borås kommun sedan 1992 en så kallad beställar- och utförarmodell, där kommunens förvaltningar beställer uppdrag från Servicekontoret, som utför dessa. Vissa uppdrag tilldelas Servicekontoret direkt av de olika förvaltningarna, medan andra uppdrag konkurrensutsätts genom upphandling enligt LOU.

Inom ramen för avdelningen Entreprenad (tidigare Entreprenad respektive Drift och Underhåll) utför Servicekontoret vad som i målet benämns mark- och anläggningsentreprenader, dvs. t.ex. VA-arbeten, markrenhållning (snöröjning, sopning, gräsklippning m.m.), belägningsarbeten, markarbeten (anläggning och skötsel av dels gator och lokala vägar, P-platser, parker, grönytor och lekplatser, samt grundläggningar och schaktarbeten) samt mur-, platt- och stenarbeten.

Servicekontorets totala omsättning har, enligt uppgifter från kommunen, legat mellan 271,8 miljoner kr år 2009 och 613,9 miljoner kr år 2013, med ett snitt under perioden om 436,3 miljoner kr.

Servicekontorets totala omsättning från mark- och anläggningsentreprenader (dvs. i målet aktuell typ av arbeten) har legat mellan 190,5 miljoner kr år 2009 och 349,1 miljoner kr år 2013, med ett snitt under perioden om 231,8 miljoner kr. Siffrorna för 2013 är avsevärt högre än tidigare år, vilket synes bero på att kommunen initierat ett mycket stort projekt för exploatering av industrimark i området Viared.

Kommunens totala behov av mark- och anläggningsentreprenader ska enligt uppgift uppgå till ca 400 miljoner kr årligen, vilket behov tillgodoses av såväl Servicekontoret som privata utförare.

Viss del av Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader sker till externa aktörer, dvs. till andra än Borås kommun eller juridiska personer som Borås kommun direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.

Enligt vad som framkommit har kommunens fakturering till externa kunder (exkl. intäkter hänförliga till återvinningsanläggningen Ramnaslätt, som ej omfattas av talan) varierat mellan 16,7 miljoner kr år 2009 och 10,6 miljoner kr 2013, med ett snitt under perioden om 14,2 miljoner kr.

Kommunen har gjort gällande att inte all denna externa försäljning ska beaktas (se redovisning i *bilaga 1*)

Kommunen har således för perioden avräknat i snitt 4,2 miljoner kr årligen med hänvisning till undantaget från Konkurrensverkets yrkande för viss snöröjning. Som verket påpekat innefattar det av kommunen avräknade beloppet även annan typ av markrenhållning än den som avses med undantaget från verkets yrkande. Det belopp som ska avräknas bör alltså vara mindre.

Därtill har Kommunen avräknat i snitt 600 000 kr avseende akuta VA-arbeten, i enlighet med motsvarande undantag från det yrkade förbudet.

Kommunen har också avräknat 2,3 miljoner kr per år avseende försäljning till kunder som Kommunen menar sig ha ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. I denna kategori har kommunen inbegripit bidragsberättigade föreningar, aktörer som är involverade i trafikmiljöåtgärder, t.ex. försäkringsbolag och vissa uppdrag i direkt eller i nära

anslutning till kommunalt beställda mark- och anläggningsuppdrag. Dessa aktörer är emellertid enligt tingsrättens mening att beakta som externa och försäljningen ska därmed inte räknas bort.

Något exakt belopp för den externa säljverksamhet som omfattas av Konkurrensverkets förbudsyrkande behöver, enligt tingsrätten, inte fastslås. Det kan emellertid konstateras att den externa försäljningen i vart fall handlar om årliga belopp i storleksordningen 10 miljoner kr, eller såvitt gäller 2013, ett något lägre belopp.

Det framgår också av utredningen att den externa säljverksamheten förekommit i tiden såväl före som efter det att konfliktlösningsregeln trädde i kraft den 1 januari 2010 och att verksamheten alltså är pågående efter 2010 med den omfattning som nyss beskrivits

Servicekontoret tillämpar självkostnadsprincipen i sin verksamhet. Vid tillämpningen av denna princip eftersträvar kommunen att få ett årligt överskott om ca 1-2 procent av upparbetad volym, för att täcka kostnader för reklamationer, garantier, olika fasta kostnader etc. Såvitt avser Servicekontorets mark- och anläggningsentreprenader under perioden 2000 till 2009 motsvarade överskottet 1 procent av intäkterna.

Är säljverksamheten förenlig med lag?

Den allmänna kommunala kompetensen och därmed också befogenheten för en kommun att under vissa förhållanden bedriva näringsverksamhet regleras i kommunallagen. Därtill har kommuner genom specialreglering utökade befogenheter att bedriva näringsverksamhet på vissa områden, vilken reglering samlats i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (befogenhetsslagen). Av förarbetena (a. prop., s. 38 f.) till konfliktlösningsregeln framgår att regleringen i kommunallagen och befogenhetslagen får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet är förenligt med lag. Det kan i sammanhanget framhållas att konfliktlösningsregeln inte flyttar gräns-

märkena mellan kommunal affärsverksamhet som är kompetensenlig och det egentliga näringslivets förbehållna område. Konfliktlösningsregeln utgår från det gällande rättsläget i kompetensfrågan,

Utöver den lagreglerade kommunala kompetensen har i rättspraxis utvecklats två ytterligare situationer där kommunal kompetens att bedriva näringsverksamhet anses föreligga, s.k. anknytnings- och överskottskompetens.

En kommuns kompetens, i detta fall Borås kommuns möjlighet, att bedriva säljverksamheten i form av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer – kan därför härledas från tre håll: de allmänna kompetensreglerna i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen, specialreglering eller de speciella undantagen för anknytningskompetens och tillfälligt överskott som utbildats i rättspraxis.

Den allmänna kommunala kompetensen enligt 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen

Enligt den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner själva ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar.

Denna bestämmelse ger bl.a. uttryck för den s.k. lokaliseringsprincipen, som innebär att en angelägenhet måste bäras upp av ett till kommunen knutet intresse för att kunna bli föremål för kommunens omvårdnad. Det bedöms därvid alltså inte räcka med att det är fråga om ett samhällsintresse utan intresset måste också framstå som i någon bemärkelse avgränsat till kommunområdet och/eller kommunmedlemmarna.

Den säljverksamhet av mark- och anläggningsentreprenader som kommunen tidigare har bedrivit i andra kommuner än Borås kommun, och som tingsrätten uppfattar numera har upphört, strider enligt tingsrättens mening mot lokaliseringsprincipen.

Kompetensavgränsningen såvitt avser näringsverksamhet regleras vidare i 2 kap. 7 § kommunallagen. Där stadgas att kommuner får driva näringsverksamhet om den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna och drivs utan vinstsyfte. Vad som avses med allmännyttiga anläggningar och tjänster definieras inte närmare. Det handlar om att producera nyttigheter av mer kollektiv natur, som eldistribution, renhållning, busstrafik och idrottsarenor. Rättspraxis har erkänt att t.ex. försörjning med bostäder, energi och kollektivtrafik hör till kompetensområdet. Det har också ansetts förenligt med kompetensbestämmelserna att uppföra idrottsanläggningar, vissa fritids- och nöjesanläggningar, parkeringsanläggningar, hamnar, flygplatser samt byggnader som inrymmer bostäder, saluhallar, slakthus och biografer (prop. 1990/91:117 s. 152 och prop. 2008/09:231, s. 16). Tanken är att kommunerna ska kunna ägna sig åt vad som kallas sedvanlig kommunal affärsverksamhet, såsom energiförsörjning och kollektivtrafik, men endast i undantagsfall engagera sig på det egentliga näringslivets område (prop. 1990/91:117 s. 33 f. och 152).

Det som kännetecknar den kommunala affärsverksamheten är att den i stor utsträckning handlar om att tillhandahålla anläggningar åt allmänheten. Många av de kommunala verksamheterna är monopolartade och inte sällan koncessionsbundna. Det handlar på den kommunala sidan i stor utsträckning om verksamheter där en fri konkurrens inte har samma betydelse som annars (Lindquist, Kommunala befogenheter, 7 uppl., s. 370). Den nu ifrågasatta verksamheten har, enligt tingsrätten, inte dessa karaktäristiska drag. Enligt tingsrättens mening står det i stället klart att Kommunen vid utförandet av den nu ifrågasatta säljverksamheten befinner sig på det egentliga näringslivets område, där förutsättningarna för en kommun att verka alltså är mycket begränsade.

En sådan situation där kommuner har ett större utrymme att verka än annars är när det saknas kommersiellt utbud. Kommunen har gjort gällande att det råder brist på externa aktörer för att utföra naturstensarbeten, underhåll och reinvesteringar av VA-nät samt snöröjning åt externa aktörer i centralorten.

Inledningsvis kan konstateras att underhåll och reinvesteringar av VA-nät inte omfattas av Konkurrensverkets talan i den mån det handlar om det allmänna VA-nätet. Inte heller omfattas vissa akuta arbeten på privata fastighetsägares VA-anläggningar. När det gäller övrigt arbete på privata fastighetsägares VA-anläggningar, liksom snöröjning och naturstensarbeten, har samtliga de av Konkurrensverket åberopade vittnena som företrädar privata företag som konkurrerar med Servicekontoret uppgett att de kan tillhandahålla sådana tjänster (även om de rikstäckande bolagen har ett mindre intresse av smärre arbeten åt privata fastighetsägare). Det kan alltså inte sägas vara fråga om en sådan situation där kommunen har större befogenhet än annars att engagera sig på det privata näringslivets område.

Det har inte heller i övrigt framkommit några sådana tungt vägande faktorer som innebär att Servicekontorets försäljning av mark- och enläggningsentreprenader till externa aktörer kan sägas uppbäras av ett allmänintresse. Detta innebär att kommunen som utgångspunkt inte kan stödja ifrågasatt säljverksamhet på den allmänna kommunala kompetensen i 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen.

Specialreglering

Regleringen i befogenhetslagen, som anger förutsättningarna för en kommun att bedriva näringsverksamhet inom vissa sektorer, t.ex. sysselsättning för arbetshandikappade, turism, kollektivtrafik m.m., är inte tillämplig på den ifrågasatta säljverksamheten.

Borås kommun har emellertid gjort gällande att dess säljverksamhet till externa aktörer är en ofrånkomlig följd av dess beställar- och utförarkoncept samt kommunens ansvar och skyldigheter som följer av VA-lagen, miljöbalken, renhållningslagen samt beredskapslagen. Kommunen har till utveckling av detta anfört att Servicekontorets personalstyrka är särskilt dimensionerad och anpassad så att den ska kunna fullgöra dessa lagstadgade skyldigheter och att Servicekontoret har beredskapsåtaganden såvitt gäller VA-tjänster, vinterväghållning samt extraordinära händelser. Enligt kommunen måste

organisationen för att kunna fungera för dessa olika typer av beredskap vara tillräckligt stor samt ha en kontinuitet i arbetsbeläggningen. Kommunen gör gällande att ifrågasatt säljverksamhet är nödvändig till undvikande av att delar av personalstyrkan måste sägas upp vid tillfälliga resurstoppar.

I förarbetena till konfliktlösningsregeln (prop. 2008/09:231, s. 37 f.) anges att ett beteende som är en direkt och avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna inte bör omfattas av konfliktlösningsregeln. Vidare anges att en specialreglering kan ha till syfte att värna om särskilda intressen, vilket kan innebära att fri konkurrens inte ska gälla fullt ut på ett visst område, eller att speciella förutsättningar ska råda för konkurrensen på den aktuella marknaden. När så är fallet bör regeln inte vara tillämplig.

Motiven för det konkurrenssnedvridande beteendet bör enligt motiven också vägas in i bedömningen. Här bör undersökas om motiven i grunden är externa, eller i det väsentliga endast interna. Med det förstnämnda avses vad som är det allmännas behov av att säljverksamheten bedrivs. Är motivet fastmer internt, handlar det oftast om den offentlige aktörens egenintresse, exempelvis av att behålla personal. Externa motiv bör således kunna anses göra beteenden försvarbara. Interna motiv för ett konkurrenssnedvridande beteende bör däremot inte beaktas (a. prop. s. 38).

Inledningsvis kan konstateras att ingen av de av kommunen åberopade regelverken innehåller kompetensutvidgande bestämmelser som skulle ge kommunen särskild befogenhet att sälja mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer på sätt som sker. VA-lagen, som reglerar kommunens ansvar för den *allmänna* VA-anläggningen, innefattar bl.a. ett uttryckligt undantag från lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § kommunallagen genom att en kommun under vissa förhållanden får sköta driften av en allmän va-anläggning i andra kommuner (57 § VA-lagen). Likaså innefattar beredskapslagen bestämmelser om att kommuner på begäran får lämna hjälp till andra kommuner som drabbats av en extraordinär händelse i fredstid (4 kap. 1 § beredskapslagen). I den mån

avsikten varit att genom aktuell lagstiftning utvidga den kommunala kompetensen bör utgångspunkten vara att så skett uttryckligen.

Inte heller kan den reglering som kommunen hänvisat till anses ha som avsedd effekt eller ofrånkomlig följd att kommuner bedriver säljverksamhet till externa aktörer på sätt som skett. Det kan noteras att det framgått av vittnesförhören med företrädare för Uppsala och Värmdö kommuner, som åberopats av Konkurrensverket, att andra kommuner kan leva upp till nyss nämnda lagreglerade skyldigheterna utan att bedriva sådan säljverksamhet som Borås kommun gör.

Det primära skälet för Servicekontorets säljverksamhet förefaller stå att finna i en önskan att behålla och sysselsätta befintlig personalstyrka. Kommunens motiv att bedriva den externa säljverksamheten är med andra ord främst internt och sådana motiv ska enligt vad som nämnts ovan inte beaktas. Kommunen har visserligen anfört att ett bibehållande av personalstyrkan har bäring på möjligheten att utföra olika beredskapsåtaganden. Enligt tingsrättens mening leder detta påstående – oavsett om så är fallet – inte till slutsatsen att säljverksamheten till externa aktörer måste fortgå. T.ex. har kommunen självt anfört att, för det fall säljverksamheten förbjuds, en mindre del av de kommunala arbetena kommer att konkurrensutsättas.

Sammanfattningsvis har inte Servicekontoret p.g.a. specialreglering befogenhet att bedriva säljverksamhet till externa aktörer på sätt som skett.

Anknytningskompetens

Kommunal verksamhet som i och för sig normalt faller utanför den kommunala kompetensen kan ändå tillåtas om den har en anknytning till redan befintlig och erkänd kommunal verksamhet. Detta eftersom det under sådana omständigheter kan te sig opraktiskt eller verklighetsfrämmande att inte tillåta verksamheten (prop. 1990/91:117, s. 152). Denna s.k. anknytningskompetens har utvecklats i rättspraxis. Det ska finnas ett naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet. Vidare ställs som

krav att den anknyttande verksamheten ska vara av begränsad omfattning och bedrivas utan vinstsyfte (RÅ 1992 ref. 61 och RÅ 1980 Ab 497).

Det ska alltså först och främst vara fråga om ett kvalificerat samband mellan den kompetensenliga och den kompetensstridiga verksamheten. Sambandet ska bedömas utifrån de som utnyttjar anläggningen eller servicens förväntningar och behov (Lundin, Anteckningar om två randföreteelser, anknytnings- och överskotts kompetens i kommunalrätten, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2013, s. 281 ff.).

När det gäller flera av de verksamhetsområden som Servicekontoret ägnar sig åt kan det inte sägas föreligga någon särskild anknytning från användarnas perspektiv mellan kompetensenlig och kompetensstridig verksamhet. Detta gäller t.ex. arbete med murar, stensättning och asfaltläggning. När det gäller vissa VA-arbeten, snöröjning och annan renhållning kan det förvisso för vissa enskilda fastighetsägare framstå som naturligt att kommunen, som utför sådana arbeten på kommunal mark också utför sådana arbeten på angränsande privatägd mark. Del av sådant arbete omfattas inte av Konkursverkets talan med hänsyn till det undantag som formulerats. I övrigt kan denna anknytning enligt tingsrättens mening inte jämföras med den typsituation där anknytningskompetens kan anses föreligga, såsom t.ex. en kiosk på en busstation eller ett café i en simhall. I dessa situationer handlar det om en tjänst som tillhandahålls alla de som nyttjar den kompetensenliga anläggningen eller tjänsten. I detta fall är det i stället enskilda fastighetsägare som kommunen utför arbete åt. Det finns alltså inte något sådant mer allmänt intresse som enligt tingsrättens mening bör krävas för en tillämpning av undantaget för anknytningskompetens.

Enligt tingsrättens mening är verksamheten inte heller, med hänsyn till vad som tidigare angetts om dess storlek, av begränsad omfattning.

Överkottskompetens

I praxis har vidare viss verksamhet som annars skulle falla utanför den kommunala kompetensen tillåtits med hänvisning till att det rör sig om tillfälliga överskott av en kompetensenlig verksamhet. Det handlar om åtgärder som under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning, vidtas för att undvika onödig kapitalförstöring (RÅ 1993 ref. 12). Möjligheten för kommuner att konkurrera på den allmänna marknaden med överkapacitet är begränsad. Det handlar inte om att kommuner ska kunna organisera sin verksamhet på ett så företagsekonomiskt effektivt sätt som möjligt, oaktat gränserna för den kommunala kompetensen, utan om att kommuner i vissa avgränsade situationer ska kunna undvika onödig kapitalförstöring.

I målet har framkommit att Servicekontoret bedrivit den ifrågasatta verksamheten under en lång period. Konkurrensverket har lagt fram siffror avseende den externa försäljningen som sträcker sig tillbaka till år 2000. Beställar- och utförarmodellen som kommunen menar att den externa försäljningen är en följd av har tillämpats sedan år 1992 och kommunens position i målet är att den externa försäljningen – som pågått också sedan 2010 – ska fortsätta framgent. Det kan alltså inte sägas vara fråga om något tillfälligt överskott som sålts under en övergångsperiod. Inte heller har det varit fråga om försäljning i mindre omfattning.

Slutsatsen av vad som nu anförts blir att Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer sker utanför den kommunala kompetensen, dvs. verksamheten är inte förenlig med lag.

Är säljverksamheten konkurrensbegränsande?

Fråga är därmed om Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer, som Konkurrensverket gör gällande, snedvrider eller hämmar konkurrensen, eller är ägnad att göra det.

Av förarbetena (prop. 2008/09:231, s. 35) till konfliktlösningsregeln framgår att syftet med den är att komma till rätta med konkurrenssnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Sådana snedvridningar har – sägs det – i allmänhet sin grund i att t.ex. en kommun kan bedriva verksamheten utan några påtagliga risker för verksamhetens existens. Därmed verkar offentliga aktörer under andra förutsättningar än privata företag. Vidare sägs det i förarbetena (a. prop. s. 36) att en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för negativa effekter på konkurrensen. Regeln bör ta sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrensen samt själva mekanismerna på marknadsplatsen.

I förarbetena (a. prop., s. 36) nämns också att vissa typfall kan anses vara en god illustration av problematiken. Ett sådant fall kan vara när den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter. Förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva bör anses kunna snedvrída eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

I författningskommentaren (a. prop., s. 57) anges att rekvisitet *snedvrider* närmast tar sikte på situationen att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan t.ex. vara så att den offentlige aktören behandlar andra företag olika utan saklig grund eller drar ooberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten. Rekvisitet *hämmar* tar bl.a. sikte på de fallen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande. Det kan även vara så att de privata företagens tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka. Ett exempel kan vara att privata företag på marknaden inte kan eller har svårt att arbeta inom ramen för vad som är

ekonomiskt rimligt när den offentlige aktören sätter sina priser under självkostnadsnivå eller beter sig på något annat sätt som hämmar konkurrensen.

Det framhålls (a. prop., s. 36 f.) att enskilda beteenden inte generellt kan stämplas som olämpliga. Förhållandena kan skilja sig åt mellan olika delar av landet. Ett beteende som är negativt för konkurrensen i en kommun behöver inte vara det i en annan kommun där förutsättningarna kan vara annorlunda. När det gäller effekterna av ett visst beteende framhålls att det är viktigt att i det enskilda fallet ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden inte vad som sker eller kan ske på kort sikt. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar eller är ägnat att minskas genom det aktuella beteendet.

Slutligen framhålls (a. prop., s. 37 och 57) att de konkurrenshämmande effekterna bör vara av någon betydelse för att ett förbud ska komma i fråga. Något märkbarhetskrav ställs emellertid inte upp.

Relevant marknad

För att kunna ta ställning till om säljverksamheten snedvrider eller hämmar konkurrensen måste först bedömas vad som är den i målet relevanta marknaden.

Marknadsdefinition är ett verktyg som används för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. En relevant marknad består dels av en relevant produktmarknad, dels av en relevant geografisk marknad. Det huvudsakliga syftet med att definiera en marknad är att fastställa vilka konkurrensmässiga begränsningar de berörda företagen utsätts för. Syftet med att definiera både en produktmarknad och en geografisk marknad är att identifiera de faktiska konkurrenter till de berörda företagen som är

i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.

- *Relevant produktmarknad*

Parterna är ense om att den relevanta produktmarknaden utgörs av mark- och anläggningsentreprenader, dvs. arbeten som bedrivs i och under marknivå samt större betongkonstruktioner ovan mark, inklusive olika slags beredskapsarbeten. Tingsrätten delar denna bedömning.

Parterna är emellertid oeniga om mark- och anläggningsentreprenader som har ett kontraktswärde överstigande 10 miljoner kr ska ingå på den relevanta produktmarknaden. Tingsrätten gör avseende denna fråga följande bedömning.

Vid marknadsavgränsning är det i första hand utbytbarhet på efterfrågesidan som beaktas eftersom den normalt utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen i företags möjlighet att utöva inflytande (jfr Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning 97/C 372/03, punkten 13). I detta fall är utbytbarheten på efterfrågesidan mellan olika typer av mark- och anläggningsarbeten – som Konkurrensverket påtalat – låg. Emellertid har även utbytbarhet på utbudssidan betydelse i situationer då företag snabbt kan ställa om sin produktion till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader eller kommersiella risker (Kommissionens tillkännagivande, punkterna 20-23).

Konkurrensverkets har vid sin marknadsbedömning utgått från den ifrågasatta verksamheten, dvs. Servicekontorets externa försäljning. Servicekontoret ska aldrig ha utfört någon mark- eller anläggningsentreprenad till externa beställare överstigande 10 miljoner kr – dessa externa arbeten avser ofta mindre belopp. Däremot utför Servicekontoret större arbeten, dvs. överstigande 10 miljoner kr, åt kommunen. Enligt Konkurrensverket råder det vid större entreprenader med ett kontraktswärde över ca 10 miljoner kr andra konkurrensförhållanden än annars. Större infrastrukturprojekt ska enligt

verket ofta kräva kapacitet, organisation, finansiell styrka och kompetens som endast de större företagen har. Med andra ord görs gällande att det vid sådana större entreprenader inte råder utbytbarhet på utbudssidan och att den relevanta marknaden därför inte ska innefatta sådana större arbeten.

Kommunen är av uppfattningen att arbeten under- och överstigande 10 miljoner kr ingår på samma relevanta marknad och att de företag som konkurrerar med Servicekontoret är desamma oavsett kontraktsvärde. Kommunen har även ifrågasatt att det överhuvudtaget skulle gå att finna en beloppsgräns som ger två helt olika marknader.

Det som framkommit i förhör med företrädare för olika konkurrenter till Servicekontoret – [REDACTED] från Tranemo Trädgårdstjänst, [REDACTED] från Skanska, [REDACTED] från Borås Markentreprenad samt [REDACTED] från NCC – ger stöd för Konkurrensverkets redogörelse för konkurrensförhållandena på marknaden. I förhören har bl.a. framkommit att Tranemo Trädgårdstjänst inte åtar sig att utföra arbeten över 10 miljoner kr och Borås Markentreprenad inte över 5 miljoner kr, med hänvisning till de risker det innebär att åta sig sådana större projekt. När det gäller Skanska och NCC, som är stora, rikstäckande företag med lokalkontor i Borås, har såväl [REDACTED] som [REDACTED] uppgett att konkurrensen skiljer sig åt beroende på om kontraktsvärdet är över eller under 10 miljoner kr, på så sätt att det är de stora rikstäckande bolagen som är med och tävlar om de större jobben, medan flera lokala företag är med och tävlar om de mindre.

Kommunen har åberopat uppgifter från [REDACTED], som är professor i construction management vid Lunds universitet och som har erfarenhet av anläggningsbranschen. Av det sakkunnigutlåtande han avgett framgår bl.a. följande. När det gäller relevant produktmarknad är anläggningsbranschen en marknad som innefattar många delmarknader, som inte sällan överlappar varandra. Det är inte samma företag som konkurrerar om att bygga en stor betongbro som konkurrerar om skötsel av grönytor. Särskilt de rikstäckande företagen är verksamma inom många delmarknader. [REDACTED] ger följande förslag på indelning av anläggningsverksamheten i delmarknader utifrån situ-

ationen i Borås: Investering i infrastruktur med objekt större än ca 10 miljoner kr; investering i större betongbroar; investeringsprojekt infrastruktur mindre än 10 miljoner kr, drift- och underhållsentreprenader gator, vägar och stadsmiljö; underhållsbeläggningar; skötsel av grönytor och lekplatser; vinterväghållning; VA-service; samt drift och underhåll av idrottsanläggningar. Avseende investeringsprojekt infrastruktur mindre än 10 miljoner kr har [REDACTED] uppgett att det relevanta geografiska området är av normal storlek (se vidare nedan), medan han avseende objekt över ca 10 miljoner kr har uppgett att entreprenörerna för respektive företag är aktiva över ett betydligt större område än 10 mil, vanligen över 20 mil. [REDACTED] har i sitt förhör uppgett att 10-miljonerkronorsgränsen är statistikernas gräns, men att där någonstans går en gräns där det råder en annan typ av konkurrens och att det är en för stor risk för mindre entreprenörer att delta i sådana större projekt.

Enligt tingsrättens mening ger utredningen sammantaget stöd för att konkurrensförhållandena skiljer sig åt beroende på mark- och anläggningsentreprenadens storlek och att skiljelinjen beträffande utbytbarheten på utbudssidan, dvs. under vilka förhållanden entreprenörerna snabbt kan ställa om sin produktion till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader eller kommersiella risker, ligger någonstans runt 10 miljoner kr. Självklart är detta ingen exakt beloppsgräns, men som verktyg för att göra en grov marknadsavgränsning i ett mål som det aktuella är det enligt tingsrättens mening tillräckligt precist.

Den relevanta produktmarknaden kan alltså begränsas till mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde understigande 10 miljoner kr.

- *Relevant geografisk marknad*

Vid avgränsningen av den geografiska marknaden har bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader betydelse. Den relevanta geografiska marknaden kan uppfattas vara det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar, och i vil-

ket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området ska kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor.

Parterna är oense huruvida den relevanta geografiska marknaden omfattar Borås kommun, med näraliggande kommuner, eller om den omfattar det större område som kan nås inom en timmes bilfärd.

Konkurrensverket har angett att kostnader för transport av fordon och personal innebär att företag med hemvist långt ifrån ett arbetsställe får svårare att utöva ett effektivt konkurrenstryck och att de låga vinstmarginalerna i aktuell bransch innebär att kostnadsökningar på bara några få procent gör ett arbete olönsamt. Vidare görs gällande att lokal närvaro och god lokalkännedom är viktiga konkurrensfördelar.

Ovan nämnda företrädare för de olika entreprenadbolagen har bekräftat Konkurrensverkets beskrivning av marknadsförhållandena. De har bl.a. uppgett att de aktörer som de uppfattar som de viktigaste konkurrenterna avseende mark- och anläggningsentreprenader understigande 10 miljoner kr, alla är etablerade i Borås kommun eller näraliggande kommuner och att ett område med en radie på 2-4 mil runt Borås kommun betraktas som "hemmamarknaden". Vidare har framkommit att NCC och Skanska, som är två rikstäckande företag, båda har lokalkontor i Borås, trots att de även är etablerade i Jönköping och Göteborg. Vittnena har uppgett att det är ovanligt att företag från t.ex. Göteborg eller Jönköping utför arbeten i trakten, men att det kan hända t.ex. om de "följer med" någon tidigare kund.

Konkurrensverket har även lagt fram en sammanställning framtagen av branschorganisationen Sveriges Byggindustriers databas Sverige Bygger, som innefattar uppgifter om företag som utfört mark- och anläggningsjobb i kommunen. Av denna framgår att 45 av 53 anläggningsarbeten som utförts i kommunen under 2011- 2012 har utförts av företag med lokal etablering. Av de arbeten som utförts av andra företag har flera varit sådana arbeten över 10 miljoner kr som inte ingår på den relevanta marknaden.

Kommunen har kritiserat databasen Sverige Bygger och har anfört att denna inte är heltäckande, att den innefattar såväl bygg- som mark- och anläggningsarbeten, utan att det går att avgöra vad som är vad, samt att projekt med en kostnad understigande 200 000 kr inte läggs in i databasen. Kommunen har å sin sida presenterat en lista på 86 aktörer som enligt kommunen är aktiva inom mark- och anläggningsarbeten inom Borås, varav 37 företag även är aktiva i Göteborg, Mölndal, Härryda, Partille, Kungälv, Ale, Lerum och Alingsås, 23 företag i Jönköping och 24 företag i Varberg och Kungsbacka. De kartlagda aktörerna är enligt kommunen verksamma inom Borås på så sätt att de bevakar marknaden och även lämnar anbud och bedriver verksamhet.

Konkurrensverket har pekat på att av de 86 företagen är upp emot tre fjärdedelar av företagen lokalt etablerade i Borås eller i närliggande kommuner samt att det inte är tillräckligt att företag bevakar marknaden eller lämnar anbud för att de ska utöva ett effektivt konkurrenstryck. Enligt verket är det nästan bara lokalt etablerade företag som vinner uppdrag.

Slutligen har kommunens sakkunnige [REDACTED] angett att den relevanta geografiska anläggningsmarknaden normalt motsvarar det avstånd som nås på minst en timme med bil. Även företrädare för Servicekontoret har uppgett att de uppfattar den relevanta geografiska marknaden på detta sätt.

Tingsrätten konstaterar att [REDACTED] inte har gjort någon närmare analys av marknaden för mark- och anläggningsentreprenader i just Borås, utan att det rör sig om generella uttalanden, samt att hans sakkunnigutlåtande inte innehåller någon mer utförlig konkurrensrättslig analys av vad som ska anses utgöra relevant marknad i det aktuella fallet. Det är vidare svårt att ta ställning till den lista på 86 företag som kommunen presenterat, bl.a. med hänsyn till att det inte framgår på vilket sätt de olika företagen varit aktiva på marknaden i Borås, t.ex. om anbud lämnats som också vunnits.

Tingsrätten utgår i stället från de uppgifter som framkommit i vittnesförhör med Servicekontorets konkurrenters företrädare. Vad dessa personer angett om marknadsför-

hållandena vinner stöd av de uppgifter som framgår av databasen Sverige Bygger, låt vara att det underlag som framgår av databasen inte är komplett.

Slutsatsen blir att den relevanta geografiska marknaden utgörs av Borås kommun med näraliggande kommuner, dvs. Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Mark, Bollebygd, Alingsås, Vårgårda och Herrljunga.

Servicekontorets ställning på den relevanta marknaden

Kommunen har beräknat att den totala årliga volymen för mark- och anläggningsarbeten på den av Kommunen förmenade relevanta marknaden kan beräknas uppgå till 8 - 12 miljarder kr. Denna beräkning av storleken på marknaden innefattar emellertid arbeten överstigande 10 miljoner kr samt avser den större geografiska marknaden om 23 kommuner. Utöver detta kan det konstateras att två av de av kommunen presenterade beräkningsmodellerna bygger på proportioneringar av marknaden för entreprenadproduktion inom markanläggning i Sverige i förhållande till folkmängd. Det finns emellertid inget närmare underlag kring huruvida fördelningen av sådana projekt i Sverige är proportionerlig i förhållande till folkmängd. Den tredje av kommunen presenterade beräkningsmodellen bygger på listan med 86 bolag som på ovan angivna skäl är svårvärderad.

Konkurrensverket har hänfört sig till statistik/prognosmaterial från Byggbakta, som ska visa att omsättningen på den relevanta marknaden, dvs. mark- och anläggningsentreprenader med ett värde under 10 miljoner kr inom Borås kommun och näraliggande kommuner, i genomsnitt uppgått till 339 miljoner kr per år. I denna sammanställning ingår inte direkttilldelade kommunala uppdrag, som ej varit ute på marknaden och inte heller projekt med Trafikverket, eftersom dessa enligt Verket ofta har ett kontraktsvärde överstigande 10 miljoner kr. Vidare har framkommit att projekt understigande 1 miljon kr inte är inlagda.

Enligt tingsrättens mening är det oklart hur tillförlitlig nämnda statistik är. Det går inte att utläsa några detaljer och vissa projekt omfattas inte. Omsättningen på den relevanta marknaden kan alltså vara större än vad Konkurrensverket angett.

Det har inte heller presenterats någon beräkning av Servicekontorets omsättning på den relevanta marknaden. Servicekontorets omsättning avseende mark- och anläggningsentreprenader har 2009-2012 uppgått till omkring 200 miljoner kr per år. Det är emellertid obekant hur stor del av denna omsättning som härrör från mark- och anläggningsentreprenader under 10 miljoner kr.

Flera av Konkurrensverkets förhörspersoner har uppgett att Servicekontoret ska ha en marknadsandel på 50 procent, men det är oklart var denna uppgift kommer från och det förefaller dessutom innefatta större mark- och anläggningsentreprenader som inte ingår på den relevanta marknaden.

Sammanfattningsvis har inte tingsrätten underlag för att göra någon mera exakt bedömning av Servicekontorets styrka på den relevanta marknaden. Av förhören med företrädarna för de konkurrerande företagen har emellertid framkommit att samtliga betraktar Servicekontoret som en av de fem största konkurrenterna avseende arbeten under 10 miljoner kr. Servicekontorets marknadsstyrka kan därmed inte vara obetydlig.

Snedvrider eller hämmar Servicekontorets säljverksamhet konkurrensen?

Servicekontorets fördelar som offentlig aktör

En kommun kan bedriva verksamheten utan några påtagliga risker för verksamhetens existens och verkar därmed under andra förutsättningar än privata företag.

Konkurrensverket har gjort gällande att Servicekontoret i sin egenskap av offentlig aktör framförallt har fyra fördelar: de direkttilldelade uppdragen, möjligheten att på-

verka kommunens efterfrågan, bättre möjlighet till finansiering samt att Servicekontoret i enlighet med den kommunala självkostnadsprincipen inte har något avkastningskrav.

- *Direkttilldelade uppdrag*

När det gäller de direkttilldelade uppdragen är dessa enligt tingsrättens mening en fördel som Servicekontoret har i egenskap av offentlig aktör, och som kontoret kan ha nytta av då det i strid med den kommunala kompetensen också säljer mark- och anläggningsentreprenader på den privata marknaden. Detta då dessa uppdrag ger en garanterad basvolym, möjlighet att täcka fasta kostnader och samordningsfördelar med andra projekt.

Kommunen har förvisso invänt att de direkttilldelade uppdragen ”förhandlingsupphandlas” vilket innebär att priset sätts i enlighet med samma kalkyl som används vid konkurrensutsatta uppdrag och att det ligger i beställar- och utförarmodellen att beställaren inte skulle acceptera kostnader som inte är hänförliga till det aktuella projektet. Detta förfarande har återgetts av kommunens förhörspersoner. Konkurrensverket har inte heller gjort gällande att det skulle förekomma korssubventionering. Samtidigt kan det konstateras att det inte råder någon priskonkurrens avseende de direkttilldelade uppdragen och den normalkalkyl som kommunen hänvisat till avseende Servicekontorets prissättning under rubriken ”påverkande faktorer” bl.a. innehåller parametern ”Vilka konkurrenter är med?”. Enligt tingsrättens mening ligger det i sakens natur att kostnadsbilden då det inte finns någon konkurrens i vart fall riskerar att bli en annan än om det finns det.

Enligt flera av de företrädare från kommunen som hörts tilldelas Servicekontoret direkt mark- och anläggningsentreprenader motsvarande ca 50 miljoner kr årligen. Konkurrensverket har gjort gällande att denna volym skulle vara större. Under alla omständigheter tillkommer stora volymer med anledning av den exploatering av industrimark i

Viared, där Servicekontoret direkttilldelats stora volymer, enligt uppgift motsvarande 275 miljoner kr (delar av detta ska i sin tur ha lagts ut på privata underentreprenörer).

Enligt tingsrättens mening innebär dessa i sammanhanget betydande volymer direkttilldelade uppdrag en fördel som Servicekontoret har i egenskap av offentlig aktör.

- *Möjligheten att påverka kommunens efterfrågan*

Kommunens inställning är att Servicekontoret inte är garanterat några uppdrag från Kommunen och att kontoret inte kan påverka vilka investeringar som ska göras.

██████████ ekonomichef i kommunen, har uppgett att han aldrig hört talas om att någon skulle tilldelas arbeten, men att det kan ha hänt att arbete tidigarelagts. ██████████, förvaltningschef på Servicekontoret, har uppgett att Servicekontoret inte kan be om arbeten, men att det är möjligt att nämna för beställarna att det finns kapacitet/efterhöra om det finns något arbete på gång. Enligt hans mening är det naturligt för alla aktörer på marknaden att föra sådana planeringsdiskussioner och Servicekontoret har bra kontakt med beställarna eftersom man hör till "samma familj". Det är dock beställaren som äger frågan.

Av vad som framkommit vid förhören med kommunens företrädare drar tingsrätten slutsatsen att det finns en dialog mellan de kommunala förvaltningarna och Servicekontoret om arbetsbeläggningen på kontoret, även om det ytterst är förvaltningarna, i egenskap av beställare, som avgör vilka uppdrag som ska läggas på Servicekontoret. Detta får anses innebära en fördel som Servicekontoret har i egenskap offentlig aktör i och med att kontoret får bättre förutsättningar att hålla full kapacitet och jämna ut arbeten över tid.

- *Bättre möjlighet till finansiering*

Konkurrensverket har gjort gällande att Servicekontoret har tillgång till en årlig investeringsbudget om 15 miljoner kr som kan användas för investeringar i fordon och maskiner. Kommunen menar att den investeringsbudget som finns är ett lån som ska återbetalas till kommunen i takt med avskrivningarna på maskinerna/fordonen och att ränta utgår på lånebeloppet motsvarande av SKL rekommenderad räntesats.

Som Konkurrensverket påpekat är det förvisso en fördel att få medel av ”sig själv” jämfört med att söka kredit på marknaden, men enligt tingsrättens mening får denna Servicekontorets fördel betraktas som marginell.

- *Självkostnadsprincipen*

Servicekontoret tillämpar i enlighet med kommunallagen självkostnadsprincipen och har alltså inget avkastningskrav som privata företag har. Däremot eftersträvas ett årligt överskott om, enligt kommunen, 1- 2 procent för att kunna täcka vissa kostnader. Kommunen har gjort gällande att vinstmarginalen för privata aktörer på marknaden i genomsnitt uppgår till 2,7 procent efter finansnetto och att Servicekontoret, jämförelsevis, inte har någon konkurrensfördel. Kommunen har härvid hänvisat till en sammanställning Kommunen gjort av 86 företag som, enligt kommunen, har ett sådant genomsnittligt resultat.

Konkurrensverket har gjort gällande att vinstmarginalen ”på sista raden” för privata aktörer ligger runt tre procent, vilket överensstämmer med vad som framkommit under vittnesförhören med företrädrarna för de privata entreprenadbolagen.

Det står alltså klart att Servicekontoret inte behöver generera ett lika stort överskott som privata aktörer gör. Dessutom innebär det faktum att Servicekontoret eftersträvar visst överskott för att täcka kostnader inte att kontoret har något avkastningskrav på

samma sätt som privata aktörer har. Servicekontoret har alltså en konkurrensfördel i detta hänseende.

Effekter på konkurrensen

Tingsrätten har redan konstaterat att Servicekontoret får anses agera utanför den kommunala kompetensen vid försäljningen av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer och som nyss nämnts har Servicekontoret flera fördelar såsom offentlig aktör.

När det gäller frågan om dessa förhållanden påverkat konkurrensen på marknaden, dvs. om det förekommer snedvridande eller hämmande effekter, har följande uppgifter av intresse framkommit.

Servicekontorets konkurrenter har i sina förhör uppgett att det händer att företagen inte lägger anbud i upphandlingar när det är känt att Servicekontoret är med och tävlar. Vidare har lämnats uppgifter med innebörden att Servicekontorets prisnivå i vissa upphandlingar har legat avsevärt lägre än övriga anbudslämnare, i vissa fall så lågt som 20-30 procent under det anbud som kommit tvåa, vilket skulle kunna tala för att kostnaderna täcks någon annanstans.

██████████, som är regionchef på bransch- och arbetsgivarorganisationen Sveriges Byggindustrier, har uppgett att sju bolag verksamma i Borås i en undersökning uppgett att de har avstått från att lägga anbud i upphandlingar om det är känt att Servicekontoret medverkar.

██████████ på NCC har uppgett att han studerat ett 50-tal upphandlingar i regionen och att det i upphandlingar i Borås varit i snitt 3,3 anbudsgivare, medan snittet i mindre orter runt Borås varit 4,8 anbud. Han har även tittat på 11 upphandlingar runt Göteborg och där var snittet 8 anbud. ██████████ har uppgett att det i Varberg, som är mindre än Borås förekommer fler anbud i upphandlingarna.

██████████ har uppgett att det i snitt läggs 4-6 anbud i upphandlingarna i Borås och att detta inte avviker från övriga områden där han har erfarenhet; Halland, Kronoberg, Västergötland och Skåne.

Fråga är om vad som framkommit i detta avseende är tillräckligt för att kunna konstatera att Servicekontorets säljverksamhet snedvrider eller hämmar konkurrensen.

██████████ uppgifter är andrahandsuppgifter från anonyma företag. Uppgifterna från förhörspersonerna om att anbud i vissa fall inte lämnas har varit allmänt hållna och efter konkreta frågor från kommunen har det endast framkommit ett begränsat antal fall från senare tid där bolagen ska ha avstått från att lämna anbud. Efter vad som framkommit har de berörda företagen också lämnat anbud i, och även vunnit, flera upphandlingar där Servicekontoret deltagit. Detta talar också mot att Servicekontoret generellt skulle hålla en så låg prisnivå att andra konkurrenter inte kan vara med och konkurrera på lika villkor.

Sammantaget är inte den av Konkurrensverket presenterade utredningen tillräcklig för att tingsrätten ska kunna dra slutsatsen att Servicekontorets närvaro på marknaden har som effekt att konkurrensen hämmas eller snedvrids.

Det är emellertid – enligt vad som följer av regleringen om konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet – tillräckligt att Servicekontorets verksamhet är ägnad att snedvrider eller hämma konkurrensen. Begreppet ägnat speglar det inbyggda momentet fara för konkurrenshämmande effekter. Begreppet sätter i blickpunkten frågan om huruvida förfarandet till själva sin art har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens (a. prop., s. 57 f.).

Det faktum att Servicekontoret agerar utanför den kommunala kompetensen – vilket redan det är en inte oväsentlig omständighet som talar för att försäljningens långsiktiga

verkningar är ägnad att hämma konkurrensen – och har de fördelar som redogjorts för ovan innebär att det enligt tingsrättens mening föreligger en fara för att konkurrensen snedvrids och hämmas. Servicekontoret agerar i strid med den kommunala kompetensen på den privata marknaden utan det avkastningskrav som gäller för andra aktörer och det är inte för utomstående transparent hur Servicekontoret sätter sina priser i olika upphandlingar. Intressegemenskapen med de kommunala förvaltningarna och de direkttilldelade uppdragen innebär att Servicekontoret har en särställning i förhållande till de privata aktörer som kontoret konkurrerar med på den privata marknaden. Även om Servicekontorets säljverksamhet till externa aktörer kan bidra till att hålla nere priserna innebär de nyss nämnda förhållandena enligt tingsrättens mening att det finns en risk för att drivkrafterna till konkurrens skadas på lång sikt.

Slutsatsen blir att Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggnings-entreprenader till externa aktörer får anses vara ägnad att snedvrida och hämma konkurrensen på marknaden. Den ska därmed, eftersom den heller inte är förenlig med lag, förbjudas.

Förbudets utformning m.m.

Förbudet ska ha de undantag som följer av Konkurrensverkets yrkande. Undantagen har enligt tingsrätten sådan konkretion att kommunen kan följa det.

Förbudet, som riktar sig mot Borås kommun, kan förenas med begärt vite.

Eftersom det är fråga om förbud mot en viss verksamhet bör kommunen få en skälig tid att avveckla denna verksamhet. Frågan är då hur lång denna avvecklingstid bör vara.

Kommunen har till stöd för sin uppfattning om en avvecklingstid på fyra år anfört bl.a. följande. Servicekontoret har ett antal drift- och underhållsavtal med såväl förvaltningar som kommunala bolag, vilka löper på flera år. Servicekontoret har även gjort inve-

steringar i såväl byggnader som maskiner med olika men ibland ganska lång avskrivningstid. Dessa resurser går inte att omgående lämna över till annan förvaltning. Med hänsyn härtill och att en organisationsomläggning med förändring av den politiska nämndstrukturen kräver komplicerade politiska överläggningar, vilka företrädesvis görs i god tid inför kommande mandatperiod, bör en lång avvecklingstid ges.

Vad som emellertid ska bedömas i frågan om avvecklingstid är dock inte om kommunen har sådana interna behov som framhållits utan om Servicekontoret har pågående arbeten eller åtaganden mot externa aktörer vilka bör få avvecklas i ordnade former innan ett förbud mot säljverksamheten börjar gälla.

Enligt tingsrätten kan en skälig avvecklingstid i detta fall bedömas vara sex månader från det att förbudsfrågan vunnit laga kraft.

Med utgången i målet ska kommunen bära sina rättegångskostnader.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 401, vad där sägs om hovrätt ska i stället avse Marknadsdomstolen)

Överklagande, ställt till Marknadsdomstolen, ska ha inkommit till tingsrätten senast den 22 april 2014. Det krävs prövningstillstånd.

Christer Thornefors

Tomas Norström

I avgörandet har som ekonomiska experter deltagit fil. dr Matilda Gjirja och professor Johan Stennek (skiljaktig mening, se *bilaga 3*).

STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Enhet 51

INKOM: 2014-03-31
MÅLNR: T 911-12
AKTBIL:

Fakturering externa kunder 2009 -2013



	2009	2010	2011 t.o.m. 25/11	2012	2013	Genom- snitt i mkr
Hela externa faktureringen exkl. Ramnaslätt i mkr.	16,7	13,3	15,0	15,2	10,6	14,2
Markrenhållning mkr.	5,4	5,9	3,6	3,0	2,9	4,2 *
Akuta VA-arbeten mkr.	0,9	0,5	0,7	0,6	0,3	0,6 *
Uppdragstyp Inflytande mkr.	2,5	1,4	0,7	2,4	4,2	2,3 *
Summa avdrag i mkr	8,8	7,8	5,0	6,0	7,4	7,0 *
Återstående extern fakturering i mkr	8,0	5,4	10,0	9,2	3,2	7,2

*Avvikelser i summering av fakturerade volymer beror på periodiseringar över årsskiften.



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga tingsrättens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen.

Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten. Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av domen.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till tingsrätten och det måste ha kommit in till tingsrätten **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i hovrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Hovrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står tingsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till hovrätten varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av tingsrättens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende tingsrättens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i hovrätten inte lagts fram tidigare, ska klaganden i mål där förlikning om saken är tillåten förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i hovrätten.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av tingsrätten. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.



Johan Stennek är av skiljaktig mening och anför följande.

Konkurrenskriterier och undantag

Konkurrenslagen har ett antal förbud mot beteenden som skadar konkurrensen och ett antal undantag från förbuden. Normalt prövar man först om det ifrågasatta beteendet skadar konkurrensen. Endast om så är fallet prövas om beteendet omfattas av något undantag.

Även regleringen om konkurrensbegränsande säljverksamhet har denna utformning. Först kommer konkurrenskriterierna och därefter undantagen, som är förvar-barhet från allmän synpunkt respektive förenlighet med lag.

Jag delar uppfattningen att Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader är en säljverksamhet och inte ett förfarande. Däremot bör frågan om denna säljverksamhet är konkurrensbegränsande prövas först. Bara om verksamheten är konkurrensbegränsande kan det finnas anledning att bedöma om verksamheten är förenlig med lag.

När det gäller om Servicekontorets säljverksamhet är konkurrensbegränsande gör jag följande bedömning.

Relevant produktmarknad

Det har framkommit att den privata marknaden för mark- och anläggningsentreprenader är segmenterad. Större företag utför idag större entreprenader (entreprenader med ett värde större än 10 miljoner kr) emedan mindre företag utför mindre entreprenader.

Utgångspunkten för en definition av relevant produktmarknad bör vara de mindre entreprenader (entreprenader med ett värde mindre än 10 miljoner kr) som Ser-vicekontoret erbjuder på den privata marknaden.

När utbudssubstitution analyseras bör även frågan ställas om de större företag som idag endast utför större entreprenader skulle komma att även bjuda på mindre entreprenader om priset på dessa varaktigt skulle ökas med ca 5-10 procent (det så kallade SSNIP-testet). Om en dylik substitution kan förväntas ske tillräckligt snabbt och i tillräcklig omfattning bör även de större företagen anses ingå på den i målet relevanta marknaden.

Konkurrensverket har argumenterat för att större företag idag inte lämnar anbud på mindre entreprenader. KKV har även argumenterat för att små företag inte kan utföra större entreprenader vilket är irrelevant i målet. KKV har däremot inte argumenterat för att utbudssubstitution enligt ovan inte skulle förekomma.

Min slutsats är att KKV inte har presenterat tillräckligt stöd för sin marknadsdefinition.

Relevant geografisk marknad

KKV definierar den relevanta geografiska marknaden som Borås kommun samt några närliggande kommuner. Borås kommun menar att området är vidare och har till stöd för sin uppfattning bl.a. presenterat en lista på företag som bevakar marknaden i Borås och även lämnar anbud. KKV invänder bland annat att det inte är tillräckligt att företag bevakar marknaden eller lämnar anbud för att de ska utöva ett effektivt konkurrenstryck. Enligt verket är det nästan bara lokalt etablerade företag som vinner uppdrag.

KKV argumenterar dock i andra delar av målet att det är viktigt att många företag lämnar anbud. Att företag inte gör så när de vet att Servicekontoret deltar i budgivningen är en av verkets huvudpoänger.

Det har även framkommit att det är kostsamt att lämna anbud. Man får därmed förmoda att företag lämnar anbud endast om de tror att de har en viss chans att vinna. Detta bör innebära att även de företag som faktiskt vinner anbudet torde räkna med detta som risk och att de därför anpassar sina bud för att minska denna risk. Med andra ord bör man då förmoda att samtliga företag som lämnar anbud i Borås utövar ett visst konkurrenstryck, även om de inte har etablerat kontor i kommunen eller närliggande kommuner. Att de mer avlägset etablerade företagen idag endast vinner ett fåtal upphandlingar talar dock för att detta konkurrenstryck är relativt svagt i relation till den konkurrens som råder mellan företag som har lokal representation.

Dock ska en definition av relevant geografisk marknad även beakta möjligheterna till utbudssubstitution. Enligt det så kallade SSNIP-testet bör man inkludera företag på den relevanta geografiska marknaden om de snabbt skulle kunna ställa om sin verksamhet om priset (i Borås) långvarigt skulle öka med ca 5-10 procent. De mer avlägset etablerade företagens beteenden indikerar att de ligger nära den gräns där det blir lönsamt för dem att ta marknadsandelar i Borås och att de därmed eventuellt bör inkluderas på den relevanta geografiska marknaden. En analys av möjligheterna till utbudssubstitution förefaller således nödvändig.

Eftersom KKV inte har tillhandahållit en analys av utbudssubstitution är min slutsats att KKV inte har presenterat tillräckligt stöd för sin definition av relevant geo-grafisk marknad.

Servicekontorets fördelar som offentlig aktör – Direkttilldelningar

De direkttilldelade uppdragen ger Servicekontoret fördelar framför sina konkurrenter.

En första fråga är om Servicekontoret har dessa fördelar i egenskap av offentlig aktör. Servicekontoret är vertikal integrerat med en köpare av tjänster på den relevanta marknaden. Det är i denna egenskap som Servicekontoret får direkttilldelningar. Eftersom detta förfarande överensstämmer med normal kommersiell praxis, även tillämpad av privata aktörer på många marknader (dock sannolikt inte i någon större utsträckning på den i målet relevanta marknaden) kan det inte sägas ha sin grund i det faktum att ägaren i detta fall är en kommun.

En andra fråga är om dessa fördelar skadar konkurrensen. Direkttilldelningar ger fördelar i form av stordriftsfördelar (fasta kostnader kan slås ut på flera projekt och man kan utnyttja samordningsfördelar mellan olika projekt). Att dessa fördelar utnyttjas är en vinst för samhället. Om dessa fördelar är betydande bör även privata aktörer organisera sitt arbete på så sätt att man kan utnyttja likartade stordriftsfördelar, antingen genom horisontell eller vertikal integration eller genom samarbetsavtal. Endast om fördelarna inte kan replikeras av andra aktörer, t.ex. på grund av att de endast kan åstadkommas av en offentlig aktör, kan fördelarna riskera att hämma konkurrensen.

Min slutsats är att direkttilldelningarna i sig inte är en fördel som Servicekontoret har i egenskap av offentlig aktör och att dessa fördelar heller inte är ägnade att minska eller snedvrider konkurrensen.

Servicekontorets fördelar som offentlig aktör – Bättre finansieringsmöjligheter

På motsvarande sätt är den avgörande frågan här är om Servicekontoret har bättre finansieringsmöjligheter på grund av kommunens beskattningsrätt. I den mån privata aktörer kan skaffa sig lika goda finansieringsmöjligheter genom att ingå i större koncerner så härrör inte dessa fördelar från Servicekontorets egenskap av offentlig aktör. Notera att det ofta anses vara en central funktion för koncerner att kunna säkerställa goda finansieringsmöjligheter för annars mer eller mindre oberoende delverksamheter.

Servicekontorets fördelar som offentlig aktör – Avkastningskrav och kors-subsventionering

En första fråga rör avkastningskravet på verksamheten i sin helhet.

Enligt min uppfattning förefaller konkurrensen på den relevanta marknaden vara hård. Det bör betyda att de ca tre procent i vinstmarginal som privata företag upp-bär i genomsnitt ska betraktas som en marknadsmässig avkastning och alltså en rimlig ersättning för de risker som finns på marknaden (utöver den riskfria räntan). Att kommunen tar ut en lägre avkastning måste då antingen betyda att man har en lägre risk i sin verksamhet eller att man låter skattebetalarna finansiera eventuella förluster. Inget har framkommit i målet som skulle tyda på att Servicekontoret skulle ha en lägre risk i sin verksamhet än privata aktörer. Min bedömning är därmed att Servicekontoret har en fördel i egenskap av offentlig aktör. Servicekontorets fördel skulle i så fall bestå i att man kan ta ut ett pris som är upp till 2 procent lägre än vad man skulle kunna göra med marknadsmässiga avkastningskrav.

För att bedöma huruvida detta är att betrakta som en fördel av betydelse för konkurrensen bör den bl.a. sättas i relation till den normala spridningen i de bud som lämnas på olika projekt. I brist på dylik information kan man dock

förmoda att 2 procent är tillräckligt för att Servicekontoret ibland ska vinna uppdrag på grund av denna subvention och underprissättning.

Jag återkommer nedan till frågan om en skattesubventionerad underprissättning är ägnad att minska eller snedvrider konkurrensen.

En andra fråga rör prissättningen av enskilda entreprenader.

KKV har uppgivit att Servicekontoret ibland lämnar in bud som är 20-30 procent lägre än sina konkurrenter. Så låga bud kan tolkas som att Servicekontoret ibland säljer tjänster för att dra nytta av tillfälliga resurstoppar och då endast tar betalt för rörliga kostnader för att kanske åtminstone få ett litet täckningsbidrag till de fasta kostnaderna. Detta är dock normal kommersiell praktik.

En fråga är då om kravet på självkostnadsprissättning för kommunala aktörer ska uppfattas så att varje projekt ska självkostnadsprissättas och att självkostnaden alltid ska inkludera ett påslag för fasta kostnader enligt någon etablerad nyckel (som alltid är godtycklig). En alternativ tolkning är att verksamheten i sin helhet ska självkostnadsprissättas och att kommunala aktörer har viss möjlighet att inom denna ram prissätta enligt normala kommersiella principer. Servicekontorets kalkylmall, som bland annat föreskriver att buden även ska baseras på konkurrenssituationen, tyder på att de agerar utifrån denna senare tolkning.

Enligt min uppfattning kan man ändå tala om korssubventionering och underpris-sättning om Servicekontoret systematiskt skulle dumpa resursöverskotten på den privata konkurrensutsatta marknaden och systematiskt täcka sina fasta kostnader genom höga priser på direkttilldelade uppdrag, vilket i slutändan kan finansieras på grund av kommunens beskattningsrätt.

Jag menar att det finns en risk för korssubventionering och underprissättning med den affärsmodell som Borås kommun använder, trots att man t.ex. tillämpar å-priser från konkurrensupphandlingar.

Påverkan på konkurrensen: Priskonkurrens

Enligt min uppfattning har det framkommit i målet att Servicekontoret har fördelar i egenskap av offentlig aktör, åtminstone eftersom man inte tillämpar marknads-mässiga avkastningskrav. Dessa fördelar har en påverkan på konkurrensen eftersom Servicekontoret torde vinna uppdrag som man annars inte skulle ha vunnit. (Det är svårt att säga hur stora denna effekt är bl.a. eftersom Servicekontoret som en större och vertikalt integrerad aktör även har andra, enligt min uppfattning legitima, fördelar framför mindre konkurrenter.)

Servicekontoret vinner dock dessa uppdrag genom att hålla lägre priser (eller möjligen ge köparna bättre service). Kunderna på den relevanta marknaden torde därför få det bättre på grund av Servicekontorets närvaro på marknaden och på grund av den skattesubventionerade underprissättningen. Att Servicekontoret håller lägre priser genom ett slags subvention betalas av skattebetalarna i Borås. Denna kostnad kan förutsättas vara större än kundernas vinster. Förfarandet leder alltså till en samhällsekonomisk förlust.

Det finns med andra ord ekonomiska skäl för att den skattesubventionerade underprissättningen bör upphöra. Eftersom det är subventionen/underprissättningen som är problematisk så bör ett eventuellt förbud i första hand riktas mot detta förfarande och inte verksamheten i sin helhet. Eftersom ett dylikt förbud kan vara svårare att implementera kan det dock finnas skäl även för ett förbud mot hela verksamheten.

Även om subventionen skapar en samhällsekonomisk ineffektivitet så är det inte uppenbart att förfarandet strider mot konkurrenslagen. Orsaken är att

konkurrensbegränsningar normal ska utvärderas utifrån ett konsumentperspektiv. Detta gäller åtminstone förbuden mot konkurrensbegränsande samarbeten och missbruk av dominerande ställning, liksom reglerna om företagskoncentrationer. Eftersom reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet placerats i konkurrenslagen förutsätter jag att konkurrensbegreppet ska vara detsamma. Att det finns ekonomiska skäl för en vidare tolkning av konkurrensbegreppet vid en bedömning av offentlig säljverksamhet torde vara av underordnad betydelse eftersom det finns likartade ekonomiska skäl för en vidare tolkning av konkurrensbegreppet även vid bedömningar av företagssammanslagningar m.m.

Frågan är alltså om en skattesubventionerad underprissättning skadar kunderna på den relevanta marknaden.

Underprissättning är komplicerat eftersom det gynnar kunderna på kort sikt. Däremot kan underprissättning skada kunderna på lång sikt om ett företag genom underprissättning driver ut konkurrenter från marknaden. Efter utträdet kan då kvarvarande företag öka sina priser, om konkurrensen dem emellan är svag och om nyinträde är svårt. Det är alltså de långsiktiga effekterna som potentiellt är skadliga för konkurrensen ur ett kundperspektiv.

Enligt min uppfattning förefaller konkurrensen på den relevanta marknaden hård. Det har t.ex. framkommit i målet att det finns företag som snabbt skulle kunna fylla den lucka som skulle uppstå om Servicekontoret förbjöds fortsätta sin verksamhet. Möjligheterna till utbudssubstitution från närliggande marknadssegment förefaller goda. Det förefaller inte finnas några allvarliga hinder för nyetablering på marknaden. Det finns därför inte några skäl att tro att Servicekontorets underprissättning skadar konkurrensen på vare sig kort eller lång sikt ur ett kundperspektiv.

Påverkan på konkurrensen: Kostnadseffektivitet

Att subventionera en aktör men inte andra är även ägnat att, med ekonomisk terminologi, minska eller snedvrída konkurrensen i ett annat avseende. En mindre kostnadseffektiv aktör som får en subvention kan tränga ut en mer kostnadseffektiv aktör som inte får någon subvention. Det leder i så fall till en samhällsekonomisk förlust, som bärs av skattebetalarna. Enligt min uppfattning har inte KKV demonstrerat någon sådan effekt i målet. Men en subvention är helt klart ägnad att leda till en dylik snedvridning eller minskning av konkurrensen.

Även om subventionen alltså kan sägas vara ägnad att snedvrída konkurrensen och även om detta skapar en samhällsekonomisk ineffektivitet så strider förfarandet enligt min uppfattning inte mot konkurrenslagen. Orsaken är återigen att konkurrensbegränsningar normal ska utvärderas utifrån ett konsumentperspektiv.

Avslutande anmärkning

Överröstad i dessa frågor är jag ense med majoriteten i frågorna om säljverksamhetens förenlighet med lag och förbudets utformning m.m.