

## PM

**Till:** Malmö Stad, Serviceförvaltningen

**Från:** Advokat Johan Tollgerdt och biträdande jurist Evelina Törnell

**Datum:** 24 juni 2015

**Ang:** Utredning om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

---

### 1. BAKGRUND

- 1.1 Malmö Återbyggdepån ("Återbyggdepån") är organisatoriskt sett en del av Serviceförvaltningen i Malmö kommun ("Malmö stad"), men ägs delvis av Malmö stad och delvis av Sydsånes avfallsaktiebolag ("SYSAV"). Återbyggdepån startade år 1997 genom att Malmö Stad och SYSAV ingick ett samverkansavtal.
- 1.2 Syftet med Återbyggdepån är att öka miljönyttan genom att öka återanvändningen av begagnat byggmaterial så att ett kretslopp för byggmaterial utvecklas. Återbyggdepån har även ett arbetsmarknadspolitiskt syfte genom att merparten av personalen vid Återbyggdepån består av personer som genomgår olika arbetsmarknadspolitiska åtgärder.
- 1.3 Verksamheten består i att Återbyggdepån vederlagsfritt mottar överblivet byggmaterial, varefter Återbyggdepån säljer byggmaterialet till privatpersoner och företag. Det finns olika inflöden av materialet till Återbyggdepån, exempelvis genom:
- (i) att företag och privatpersoner lämnar material direkt till Återbyggdepån,
  - (ii) att Återbyggdepån hämtar material på rivningsplatser; eller
  - (iii) att privatpersoner och företag lämnar överblivet byggmaterial på vissa av SYSAV:s återvinningscentraler.
- 1.4 Återbyggdepån förädlar visst byggmaterial, främst genom att tegel rensas från murbruksrester samt i vissa fall sågas eller krossas till tegelkross. Övriga produkter som Återbyggdepån saluför är dörrar, fönster, golv, fast inredning, lös inredning, VVS-produkter, EI-artiklar och övriga kuriosa.
- 1.5 Fråga har nu uppkommit om driften av Återbyggdepån på något sätt kan påstås strida mot konkurrenslagstiftningen. Malmö stad och SYSAV har gett Advokatfirman Lindahl i uppdrag att närmare utreda förutsättningarna för Återbyggdepåns framtida drift i förhållande till konkurrenslagstiftningen, och då särskilt bestämmelserna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

### 2. FRÅGESTÄLLNINGAR

Följande frågeställningar ska besvaras inom ramen för denna utredning.

1. Kan Återbyggdepåns verksamhet anses innebära konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?
2. Kan det anses att något visst förfarande vid driften av Återbyggdepån innebär konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?
3. Vilka åtgärder bör Återbyggdepån vidta för att så långt möjligt försäkra sig om att verksamheten inte strider mot lagstiftningen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?

### 3. SAMMANFATTNING

Det är vår bedömning att Återbyggdepån, så som den bedrivs idag, troligtvis inte är en kompetenslig verksamhet. Det finns risk att en domstol vid en prövning av en förbudstalan skulle anse att Återbyggdepån snedvrider eller hämmar, eller riskerar att snedvrida eller hämma, konkurrensen på marknaden. Det finns dock enligt vår bedömning vissa åtgärder som Återbyggdepån kan vidta för att ge bättre förutsättningar att argumentera mot att Återbyggdepån har konkurrensskadliga effekter på marknaden, se vidare under punkten 5 nedan.

### 4. UTREDNING

#### 4.1 Gällande lagstiftning

##### Konkurrenslagen

- 4.1.1 Av 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579) följer att en kommun eller ett landsting får förbjudas att, i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket i konkurrenslagen, tillämpa ett visst förfarande, om detta:
1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
  2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Ett förbud får dock inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

- 4.1.2 Vidare får en kommun eller ett landsting även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet om denna snedvrider, eller är ägnad att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden alternativt om den hämmar, eller är ägnad att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

##### Den kommunala kompetensen

- 4.1.3 Huruvida en kommunal verksamhet är förenlig med lag eller inte enligt ovan avgörs utifrån om verksamheten faller inom den kommunala kompetensen. Den allmänna kommunala kompetensen, vilken innefattar en kommuns befogenhet att under vissa förutsättningar bedriva näringsverksamhet, regleras i kommunallagen (1991:900) ("KL"). Därutöver har kommuner genom vissa speciallagar fått utökade befogenheter att bedriva näringsverksamhet på vissa områden. Vissa delar av denna specialreglering har samlats i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter ("**Befogenhetslagen**"). Utöver den lagreglerade kommunala kompetensen har det i praxis utvecklats två ytterligare

situationer där kommunal kompetens att bedriva näringsverksamhet anses föreligga, nämligen så kallad anknytningskompetens och överskotts-kompetens, se vidare nedan.

- 4.1.4 Av 2 kap. 1 § KL följer att en kommun eller landsting själv får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område, eller deras medlemmar, och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.
- 4.1.5 Vidare framgår av 2 kap. 7 § KL att en kommun eller landsting får bedriva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.
- 4.1.6 Av 6 kap. 2 § Befogenhetslagen framgår följande.
- Kommuner får, efter överenskommelse med Arbetsförmedlingen, anordna aktiviteter för deltagare i arbetsmarknadspolitiska åtgärder.
- Regeringen meddelar föreskrifter om under vilka förutsättningar Arbetsförmedlingen får ingå sådana överenskommelser samt om innehållet i överenskommelserna.
- 4.1.7 Av 15 kap. 8 § Miljöbalken (1998:808) ("MB") framgår att varje kommun ska ansvara för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning om det behövs för att tillgodose såväl skyddet för människors hälsa och miljön som enskilda intressen och att hushållsavfall från kommunen återvinns eller bortskaffas.

## 4.2 Utgångspunkter

- 4.2.1 Vid vår utredning har utgångspunkten varit att Återbyggdepån bedrivs med två övergripande syften (miljönytta och arbetsmarknadspolitiska insatser). Att definiera i vilket eller vilka syften Återbyggdepån bedrivs är avgörande för den fortsatta bedömningen.
- 4.2.2 En ytterligare utgångspunkt som är avgörande för den fortsatta bedömningen är att Återbyggdepån bedrivs utan vinstsyfte och utan att generera vinst (utöver vad som täcker planerade reinvesteringar).

## 4.3 Kan Återbyggdepåns verksamhet anses innebära konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?

### Förbud mot säljverksamhet eller förfarande

- 4.3.1 Som nämnts ovan kan en domstol förbjuda en *säljverksamhet* som inte är förenlig med lag eller ett visst *förfarande* om det inte är försvarbart från allmän synpunkt.
- 4.3.2 Med säljverksamhet avses en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur (1 kap. 5 § konkurrenslagen). Det saknar betydelse huruvida verksamheten är inriktad på att generera vinst eller inte. Återbyggdepåns verksamhet är av ekonomisk natur och är således en säljverksamhet i lagens mening.
- 4.3.3 Med förfarande avses exempelvis underprissättning av varor, diskriminering och vägran att ge tillträde till viss infrastruktur.

### Faller driften av Återbyggdepån inom den kommunala kompetensen?

### *Allmänna kommunala kompetensen*

- 4.3.4 Den allmänna kommunala kompetensen framgår, som redogjorts för ovan, av 2 kap. 1 och 7 §§ KL. I bestämmelserna uttrycks den så kallade lokaliseringsprincipen. Denna innebär att en angelägenhet och en allmännyttig anläggning eller tjänst måste kunna härledas till ett av kommunens eller landstingets intressen för att kommunen eller landstinget ska kunna bedriva verksamheten. Det är alltså inte tillräckligt att intresset är av allmänt samhällsintresse, utan det måste vara ett intresse som i någon bemärkelse är knutet till kommunområdet/landstingsområdet och/eller medlemmarna. Eftersom Återbyggdepån till en inte obetydlig del även ägs av SYSAV är det vår bedömning att vid bedömningen av vilket område och vilka medlemmar vars intresse ska tillgodoses bör det vara kommunområdena och kommunmedlemmarna i de kommuner som är medlemmar i SYSAV som ska beaktas.
- 4.3.5 Vad som är en kompetensenlig angelägenhet, en allmännyttig anläggning eller en tjänst för en kommun har inte definierats i lag. Generellt har man i rättspraxis ansett att kommuners tillhandahållande av busstrafik, renhållning, idrottsarenor, bostäder etc. får anses vara tillhandahållande av allmännyttiga anläggningar eller tjänster. Utgångspunkten är att kommuner inte ska verka på näringslivets område, utan ska ägna sig åt sedvanlig kommunal verksamhet. Kommunal affärsverksamhet (enligt 2 kap. 7 § KL) kännetecknas av att den ofta verkar på en monopolmarknad där konkurrensen inte har lika stor betydelse. Generellt är en kommuns möjlighet att bedriva verksamhet på det egentliga näringslivets område begränsat. Om det dock saknas ett kommersiellt utbud har kommuner i rättspraxis dock tillåtits ett större utrymme.
- 4.3.6 Som vi har uppfattat saken sker anskaffning och försäljning av Återbyggdepåns produkter inte bara från respektive till personer och företag som är medlemmar i de kommuner som är medlemmar i SYSAV, utan det sker även anskaffning och försäljning från och till andra delar av landet. I något fall har försäljning även skett till utlandet. Att försäljningen inte helt är knuten till kommunområdena och dess medlemmar kan utgöra ett problem med hänsyn till lokaliseringsprincipen i KL.
- 4.3.7 Vidare kan försäljning av överblivet byggmaterial enligt vår bedömning svårligen inordnas under sedvanlig kommunal verksamhet. Att tillhandahålla överblivet byggmaterial är inte en tjänst som är en kommunal angelägenhet eller ett tillhandahållande av en allmännyttig tjänst. Återbyggdepån, genom sin säljverksamhet, verkar istället på det egentliga näringslivets område. Som ovan nämnts finns det mycket begränsade förutsättningar för en kommun att verka på näringslivets område. I praxis har det ansetts godtagbart att en kommun tillhandahåller viss grundläggande service till sina kommunmedlemmar när det saknas utbud från privata företag, som exempelvis kan nämnas att en kommun tillåtits bedriva en bensinstation i glesbygdsområde där inga privata alternativ fanns. Vid bedömningen av om en verksamhet är kompetensenlig eller inte ska även en proportionalitetsbedömning göras. Även för det fall det råder en mycket liten konkurrens på den aktuella marknaden (se vidare om detta nedan) är det enligt vår bedömning inte sannolikt att en domstol skulle anse att tillhandahållandet av överblivet byggmaterial är av sådan nödvändighet att det är proportionerligt att Malmö stad och SYSAV bedriver sådan säljverksamhet.

### *Specialkompetens*

- 4.3.8 Det är en kommunal skyldighet att tillse att hushållsavfall återvinns och bortskaffas och det är med stöd av den kompetensen som SYSAV:s verksamhet bedrivs. Med hushållsavfall avses enligt 15 kap. 2 § MB avfall som kommer från hushåll samt därmed jämförligt avfall från verksamhet. Som ovan har angivits har också renhållning i kommunen i praxis ansetts tillhöra en sådan allmän angelägenhet som får anses tillhöra den kommunala kompetensen. Även omhändertagande av grovavfall såsom tegel, gamla vitvaror, fönster etc. bör således kunna falla inom den kommunala kompetensen. Frågan är dock om kommunens rätt (och skyldighet) att ta hand om visst avfall även innefattar en rätt för en kommun att sälja produkter som omhändertagits eller förädlats.
- 4.3.9 Enligt avfallsförordningen (2011:927) får den som är ansvarig för avfallshantering även behandla avfall för återanvändning genom kontroll, rengöring eller reparation av produkter eller komponenter som blivit avfall. Med återanvändning avses en åtgärd som innebär att en produkt eller komponent som inte är avfall används igen för att fylla samma funktion som den ursprungligen var avsedd för. En kommun har alltså rätt att i viss utsträckning bearbeta och förbereda mottaget avfall för återanvändning. Det är dock inte helt tydligt om denna rätt sträcker sig så långt som att en kommun därefter även har rätt att sälja det bearbetade materialet.
- 4.3.10 SYSAV tillhandahåller en så kallad byggretur där bygg- och rivningsmaterial kan avlämnas för behandling. Av SYSAV:s hemsida framgår dock att Återbyggdepån erbjuds som ett alternativ för att avlämna överblivet byggmaterial för att på så sätt undvika tippavgifter och deponiskatt. Det skulle enligt vår bedömning kunna finnas ett utrymme för att argumentera att eftersom kommuner har rätt att till viss del förädla och förbereda mottaget avfall för återanvändning, måste kommuner även anses ha rätt att därefter sälja det förädlade materialet genom så kallad anknytningskompetens (se vidare nedan). Enligt vår bedömning finns dock en problematik som består i (i) att avlämnandet av de produkter som inkommer via SYSAV inte kopplats till den av SYSAV fastställda avgiftstaxan för avlämning av avfall och (ii) att Återbyggdepån även får in produkter som inte överhuvudtaget går via SYSAV (genom att privatpersoner och företag kan skänka byggmaterial direkt till Återbyggdepån). Återbyggdepåns anskaffning av produkter är således inte direkt kopplad till SYSAV:s kompetensliga renhållningsverksamhet utan verkar fristående från SYSAV och Malmö stad. Med hänsyn till detta är det vår bedömning att Återbyggdepåns verksamhet inte bör anses falla inom den kommunala specialkompetensen avseende renhållning.
- 4.3.11 Som ovan har angivits har en kommun även efter överenskommelse med Arbetsförmedlingen rätt att anordna aktiviteter för deltagare i arbetsmarknadspolitiska åtgärder. Denna lagreglering har tillkommit för att kommuner ska kunna rikta stöd till enskilda arbetslösa utan att bryta mot de kommunalrättsliga reglerna om olagligt stöd till enskild, samt för att arbetsmarknadspolitiska åtgärder annars är en statlig angelägenhet som kommuner annars inte har kompetens inom. För att denna kompetensregel ska vara tillämplig krävs att en överenskommelse har ingåtts med Arbetsförmedlingen om anordnande av insatser enligt jobb- och utvecklingsgarantin och jobbgarantin för ungdomar. Vidare måste syftet med

verksamheten vara att bereda arbetslösa tillfälliga arbetstillfällen. Eftersom Återbyggdepåns verksamhet även resulterar i produkter som säljs innebär det att näringsverksamhet bedrivs. Eftersom syftet med verksamheten inte är att egentligen bedriva näringsverksamhet utan att sysselsätta arbetslösa (samt öka miljönyttan) kan det finnas utrymme att argumentera för att verksamheten är kompetensenlig. Det finns dock en risk för att Återbyggdepåns verksamhet är så omfattande att den inte "täcks" av detta syfte. Rättsläget avseende kommuns kompetens i detta avseende är mycket oklart.

#### *Undantagskompetens*

- 4.3.12 Som ovan nämnts så har det i praxis utvecklats två ytterligare situationer där kommunal kompetens att bedriva näringsverksamhet anses föreligga, nämligen så kallad anknytningskompetens och överskotts-kompetens.
- 4.3.13 Anknytningskompetensen har utvecklats med anledning av att det har ansetts rimligt att tillåta viss verksamhet som anknyter till annan kompetensenlig verksamhet trots att den anknytande verksamheten isolerat inte kan anses falla inom den kommunala kompetensen. Exempelvis har domstolar i praxis ansett att caféverksamhet i anknytning till ett kommunalt badhus haft en sådan anknytning till tillhandahållandet av badhuset att det funnits skäl att tillåta att kommunen även bedrev en mindre caféverksamhet. Vidare har det i praxis ansetts finnas skäl att tillåta en viss försäljning av grus från ett kommunägt grustag. För att det ska finnas anknytningskompetens ska det finnas ett naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet. Vidare ska den anknytande verksamheten vara av begränsad omfattning och bedrivs utan vinstsyfte. Enligt vår bedömning finns det idag inget sådant naturligt och nära samband med en kompetensenlig verksamhet att anknytningskompetens kan hävdas.
- 4.3.14 Även den så kallade överskotts-kompetensen har utvecklats i praxis med hänsyn till att det ansetts rimligt att en kommun tillåts att försälja ett tillfälligt överskott av varor eller tjänster som bildats genom utövandet av annan kompetensenlig verksamhet. Skälet har bland annat nämnts att genom att tillåta sådan försäljning tillfälligt ska onödiga kapitalförstörelse förhindras. Praxis har dock i detta avseende varit förhållandevis restriktiv och endast tillåtit sådan försäljning om den skett inom kommunen och om den varit av tillfällig natur. Även om det skulle kunna argumenteras för att produkterna som Återbyggdepån säljer utgör överskott från SYSAV:s verksamhet (om en tydligare koppling till SYSAV infördes) finns det inte möjlighet att motivera en pågående försäljning under så lång tid som Återbyggdepån verkat. Det är således inte möjligt att hävda att Återbyggdepån bedrivs med stöd av överskotts-kompetens.

#### Snedvrider eller hämmar Återbyggdepån konkurrensen?

##### *Generellt*

- 4.3.15 Som framgår ovan är det alltså vår bedömning att det finns en stor risk att en domstol skulle finna att det saknas kommunal kompetens för driften av Återbyggdepån. För att en domstol ska kunna förbjuda verksamheten krävs dock att det kan visas att verksamheten snedvrider, eller riskerar att snedvrider, alternativt hämmar, eller riskerar att hämma, konkurrensen.

- 4.3.16 Att snedvridning eller hämmande av konkurrensen ofta uppstår när en offentlig aktör verkar på näringslivets område har sin bakgrund i att en offentlig aktör oftast inte verkar på lika villkor som de privata aktörerna. En offentlig aktör kan bedriva sin verksamhet i stort sett utan påtagliga risker för verksamhetens existens och får inte ha som syfte att generera vinst. Ofta kan därför enbart en offentlig aktörs närvaro på en konkurrensutsatt marknad orsaka störningar på marknaden.
- 4.3.17 Med skrivningen om att en verksamhet *snedvrider eller är ägnad att snedvrída konkurrensen* avses att det på grund av verksamheten inte råder konkurrens på lika villkor på marknaden. Med skrivningen om att en verksamhet *hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens* avses främst att en offentlig aktörs närvaro på marknaden får privata aktörer att upphöra med sin verksamhet eller förhindrar att privata aktörer etablerar sig alternativt att privata aktörers utveckling hejdas eller hålls tillbaka. Med begreppet "ägnat" avses att det finns en fara för att de angivna effekterna inträder.
- 4.3.18 Vid bedömningen av en offentlig säljverksamhets inverkan på marknaden ska man ta ställning till om verksamheten skadar drivkrafterna till konkurrens. Effekterna på marknaden måste vara av viss betydelse för att ett förbud ska komma ifråga.
- Relevanta marknaden*
- 4.3.19 När en bedömning av en verksamhets effekter på marknaden ska göras måste det inledningsvis fastställas dels vad som är den relevanta produktmarknaden och dels vad som är den relevanta geografiska marknaden.
- 4.3.20 Med relevant produktmarknad avses sådana produkter som är utbytbara mot varandra med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters uppfattning om faktiska substitutionsmöjligheter m.m. Med den relevanta geografiska marknaden menas det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likvärdiga för att det ska vara möjligt att särskilja från närliggande områden. Vid bedömningen ska bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader beaktas.
- 4.3.21 Enligt vår bedömning bör den relevanta produktmarknaden för Återbyggdepåns verksamhet anses vara begagnat byggmaterial. Nytt byggmaterial bör inte kunna konkurrera på samma marknad eftersom begagnat material inte har samma egenskaper som nytt material, inte har samma användningsområde och då prissättningen är en annan.
- 4.3.22 Enligt vår bedömning bör den geografiska marknaden för Återbyggdepåns verksamhet kunna avgränsas till Skåne, Blekinge, Halland och kanske i viss mån Småland. En större marknad än så bör inte kunna motiveras utifrån de transportkostnader som det innebär att köpa byggmaterial från orter längre bort. Det kan i det här sammanhanget dock nämnas att det vid en sökning på internet framgår att det finns företag som bedriver viss internethandel med hemleverans av begagnat byggmaterial. Det skulle således kunna hävdas att marknaden är så stor som hela Sverige. Vidare skulle det kunna hävdas att även den danska marknaden ska räknas med i den geografiska marknaden. Bestämmelsen i konkurrenslagen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är visserligen en svensk lagstiftning och berörs således inte av

EU-rätten, men om Återbyggdepåns närvaro och verksamhet i Danmark kan sägas ha konkurrensskadliga effekter på den svenska marknaden ska även den danska marknaden räknas med när den relevanta geografiska marknaden definieras.

*Snedvrids eller hämmas konkurrensen?*

4.3.23 Vid en sökning på internet framgår att det finns ett mindre antal privata aktörer på den relevanta geografiska marknaden som tillhandahåller begagnat byggmaterial. Bland annat finns "Byggagnat" som verkar i Trelleborg och som under år 2013 bett Konkurrensverket utreda Återbyggdepåns verksamhet. Av Byggagnats hemsida framgår att Byggagnat huvudsakligen tillhandahåller följande produkter.

- (i) Dörrar
- (ii) Fönster
- (iii) Takpannor
- (iv) Gjutjärnselement
- (v) Cyklar
- (vi) Skeppslampor
- (vii) Maskiner
- (viii) Övrigt

4.3.24 Byggagnats produktutbud är således till stora delar detsamma som Återbyggdepåns. Bland ytterligare privata aktörer kan nämnas Brohaga Byggmaterial i nordvästra Skåne, Nygårdsbygg i Halland och Tårab utanför Staffanstorp i Skåne.

4.3.25 Vid bedömning av om en verksamhet snedvrider eller riskerar att snedvrیدا konkurrensen ska det beaktas huruvida det råder konkurrens på så lika villkor som möjligt eller inte. Så kan vara fallet om en offentlig aktör exempelvis behandlar företag olika utan saklig grund eller att den drar oberättigade fördelar av sin myndighetsroll vid sidan om säljverksamheten.

4.3.26 Vid bedömning av huruvida en verksamhet hämmar eller riskerar att hämma konkurrensen ska det beaktas om privata aktörer försvinner, hindras att etablera sig eller hindras att utvecklas på grund av den offentliga aktörens närvaro. Det kan exempelvis röra sig om att en privat aktör inte kan arbeta inom ramen för vad som är ekonomiskt rimligt när den offentliga aktören sätter sina priser till självkostnadsnivå.

4.3.27 Majoriteten av Återbyggdepåns anställda är idag anställda genom arbetsmarknadspolitiska åtgärder för vilka Återbyggdepån inte har några kostnader i form av löner etc. Vidare betalar Återbyggdepån endast en mindre arrendeavgift till Malmö kommun avseende en del av fastigheten där verksamheten bedrivs medan resten av fastigheten tillhandahålls utan vederlag. Dessa omständigheter gör att Återbyggdepån kan sätta lägre priser än vad en privat aktör skulle kunna göra. Redan detta gör att det kan anses finnas en risk för att konkurrensen på marknaden hämmas eller snedvrids. Det skulle vidare kunna argumenteras för att Återbyggdepån drar nytta av sin myndighetsroll genom att sådant material som privatpersoner och företag



annars skulle lämnat för avfallshantering lämnas till Återbyggdepån efter rekommendation från SYSAV och Malmö stad, samt genom att vissa återvinningscentraler har särskilda avlastningsplatser för material som skänks till Återbyggdepån. Härigenom får Återbyggdepån ett inflöde av produkter som med stor sannolikhet är större än vad en privat aktör skulle kunna konkurrera med.

- 4.3.28 Som vi har förstått det har Återbyggdepån en dominerande roll på den aktuella marknaden och vissa produkter, så som sågat tegel, tillhandahålls inte alls av andra aktörer på marknaden. En stark position på marknaden kan ofta antas bero på att aktören just är en offentlig aktör. Återbyggdepån kan inte heller, som vi tidigare nämnt, anses vara konkurrensneutral på så sätt att den tillhandahåller en nödvändig service som annars inte finns, eftersom det med största sannolikhet inte skulle anses att Återbyggdepåns service är nödvändig.
- 4.3.29 Dessa omständigheter kan enligt vår bedömning tillsammans anses vara tillräckliga för att Återbyggdepåns verksamhet riskerar att snedvrider eller hämma konkurrensen.

#### **4.4 Kan det anses att något visst förfarande vid driften av Återbyggdepån innebär konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?**

Vilka förfaranden skulle kunna hävdas snedvrider eller hämma konkurrensen?

- 4.4.1 Med visst förfarande avses exempelvis underprissättning eller vägran att ge tillträde till viss infrastruktur etc. Det är svårt att göra en fullständig bedömning av vilka förfaranden inom Återbyggdepåns verksamhet som skulle kunna anses snedvrider eller hämma, eller riskera att snedvrider eller hämma, konkurrensen. Det kan hända att konkurrenter skulle kunna ha synpunkter på vissa förfaranden som, sett i relation till deras egen verksamhet, kan anse har skadliga effekter på konkurrensen men som sett isolerat inte synes utgöra ett problem. Generellt sett utgör dock, som ovan har angivits, underprissättning ett typiskt förfarande som kan anses snedvrider eller hämma konkurrensen. Vi har inte närmare tagit del av hur Återbyggdepån sätter sina priser men med hänsyn till att Återbyggdepån inte har de kostnader som en privat aktör har så kan det antas att Återbyggdepåns priser inte helt motsvarar marknadsmässiga priser. För en fullständig utredning i denna del krävs dock en närmare utredning av marknaden och hur Återbyggdepån sätter sina priser.
- 4.4.2 Enligt vår bedömning skulle vidare det förhållande att särskilda avlämningsplatser finns på SYSAV:s återvinningscentraler för sådant material som personer och företag vill skänka till Återbyggdepån kunna anses utgöra ett sådant förfarande som snedvrider eller hämmar konkurrensen. Genom detta förfarande bereds Återbyggdepån nämligen anskaffningskanaler som de privata aktörerna inte kan konkurrera med.

Är förfarandet försvarbart från allmän synpunkt?

- 4.4.3 En utgångspunkt vid bedömningen om huruvida ett förfarande är försvarbart från allmän synpunkt är att ett förfarande som inte är förenligt med lag inte kan anses försvarbart. Vidare bör de skäl som den offentliga aktören har för förfarandet vägas in i bedömningen. Om skälet för förfarandet har med externa intressen att göra kan de beaktas, men om skälen är hänförliga till interna intressen ska de inte beaktas. Vidare ska en bedömning göras om huruvida det

finns andra sätt att tillgodose det allmänna intresset. Om så är fallet kan förfarandet inte anses försvarbart.

- 4.4.4 En eventuell underprissättning är ett förfarande som svårligen kan anses försvarbart från allmän synpunkt. Vad gäller att Återbyggdepån erhåller en del av sina produkter genom särskilda avlämningsplatser på SYSAV:s återvinningscentraler skulle det kunna hävdas att detta görs för att tillgodose det allmänna intresset om ett hållbart samhälle och allmänna miljöhänsyn eftersom dessa produkter med stor sannolikhet annars skulle lämnas som avfall. Med hänsyn till att detta är ett externt intresse så är det vår bedömning att förfarandet skulle kunna anses vara försvarbart ur allmän synpunkt.

## **5. REKOMMENDATION OM VISSA FÖRÄNDRINGAR AV VERKSAMHETEN**

Enligt vår bedömning finns det tre olika alternativ avseende vilka anpassningar Återbyggdepån skulle kunna vidta för att så långt möjligt försäkra sig om att verksamheten inte strider mot lagstiftningen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Samtliga alternativ har risker och fördelar som i slutändan får vägas mot varandra inom ramen för verksamheten.

### **5.1 Alternativ 1 – anpassning till den kommunala kompetensen**

- 5.1.1 Ett första alternativ är att vidta vissa åtgärder för att Återbyggdepåns verksamhet ska vara mer kompetensenlig.

#### Allmänna kommunala kompetensen

- 5.1.2 För att förbättra möjligheterna att följa den kommunala lokaliseringsprincipen bör Återbyggdepån avhålla sig från att aktivt inhämta, försälja samt transportera material från och till platser som ligger utanför SYSAV:s medlemskommuner.
- 5.1.3 Vidare bör, för att bättre kunna motivera syftet att Återbyggdepån ska fylla en arbetsmarknadspolitisk funktion, det säkerställas att enbart kommunmedlemmar till SYSAV:s medlemskommuner bereds arbetstillfällen inom Återbyggdepån.

#### Specialkompetens

- 5.1.4 Det är visserligen inte helt tydligt att en kommun har rätt att återförsälja sådant avfall som kommunen inom sin specialkompetens har rätt att förbereda för återanvändning, men det bör enligt vår bedömning finnas utrymme att argumentera för att en sådan verksamhet är kompetensenlig genom så kallad anknytningskompetens. En åtgärd i detta sammanhang vore därför att tydligare koppla Återbyggdepån till SYSAV:s verksamhet genom att låta SYSAV vara den enda kanalen för tillförande av material, att låta den sedvanliga taxan gälla för avlämnande av material samt överväga om Återbyggdepån organisatoriskt ska tillhöra SYSAV istället för Malmö stad.

#### Undantagskompetens

- 5.1.5 Som ovan har angivits finns idag inget sådant naturligt och nära samband till någon kompetensenlig verksamhet för att det ska kunna anses att det finns så kallad anknytningskompetens för Återbyggdepåns verksamhet. Om Återbyggdepån skulle knytas närmare SYSAV:s avfallshantering är det dock vår bedömning att det skulle kunna finnas möjlighet att argumentera för att verksamheten har ett sådant naturligt och nära samband med SYSAV att det

finns anknytningskompetens. För att anknytningskompetens ska finnas krävs dock att omfattningen av den anknytande verksamheten inte är alltför stor. Det kan inte uteslutas att Återbyggdepåns omfattning skulle anses alltför omfattande, men enligt vår bedömning bör Återbyggdepåns omfattning ställas i proportion till SYSAV:s verksamhet. Härvid kan konstateras att Återbyggdepåns omsättning enligt uppgift är cirka 2 800 000 kronor per år medan SYSAV-koncernen omsatte 817 700 000 kronor år 2014. Återbyggdepån bör därför i nu angiven kontext enligt vår bedömning inte anses som för omfattande.

#### Risker

- 5.1.6 Den främsta risken med detta alternativ är att en domstol skulle anse att anpassningarna inte är tillräckliga. Om anpassningarna görs fullt ut är det vår bedömning att den främsta risken är att storleken på och omsättningen i Återbyggdepån är för stor för att kunna vara en anknytande verksamhet. Vidare kan nämnas att vi har förståelse för att dessa anpassningar är alltför långtgående för att Återbyggdepåns verksamhet ska vara affärsmässigt motiverad. Denna bedömning görs av naturliga skäl bäst av Malmö stad och SYSAV.

### **5.2 Alternativ 2 – minska konkurrensskadliga effekter**

- 5.2.1 Ett andra alternativ är enligt vår bedömning att åtgärder vidtas för att så långt som möjligt försäkra att Återbyggdepåns närvaro på marknaden inte medför konkurrensskadliga effekter.

#### Snedvridande och hämmande av konkurrensen

- 5.2.2 Utgångspunkten är att det svårt för en kommunal verksamhet som, utanför den kommunala kompetensen, verkar på näringslivets marknad att undvika att verksamheten skadar drivkrafterna till konkurrensen. Bara närvaron av en offentlig aktör på en konkurrensutsatt marknad skapar ofta ojämlika konkurrensvillkor med hänsyn till de fördelar en offentlig aktör har av sin myndighetsroll.
- 5.2.3 För att i största möjliga mån skapa lika konkurrensvillkor skulle Återbyggdepån behöva skapa sig sedvanliga kostnader i fråga om lön till anställda och en marknadsmässig hyra respektive arrendeavgift för fastigheten som därefter möts upp med höjda priser på produkterna för att täcka marknadsmässiga kostnader. Återbyggdepån kan dock med hänsyn till de begränsningar som finns i lagen av naturliga skäl aldrig skapa sig ett krav om att generera vinst. Vidare bör i detta sammanhang kopplingen till SYSAV göras mindre tydlig och det bör övervägas om de särskilda avlämningsplatserna på SYSAV:s återvinningscentraler bör avvecklas.

#### Risker

- 5.2.4 Som ovan nämnts anses det ofta att blotta närvaron av en offentlig aktör på marknaden har konkurrensskadliga effekter. Den största risken med detta alternativ är därför att en domstol skulle anse att anpassningarna inte är tillräckliga.
- 5.2.5 Det är vår bedömning att Malmö stad och SYSAV i första hand bör överväga att vidta de åtgärder som har angivits ovan för att verksamheten i så stor utsträckning som möjligt ska falla inom den kommunala kompetensen.

### **5.3 Alternativ 3 – inga anpassningar görs**

5.3.1 Som ovan har angivits har en kommun även efter överenskommelse med Arbetsförmedlingen rätt att anordna aktiviteter för deltagare i arbetsmarknadspolitiska åtgärder. Hur långtgående denna kompetens är och vilka åtgärder som får vidtas inom ramen för detta är dock mycket oklart. Det skulle kunna vara möjligt att Återbyggdepån, så som den bedrivs idag med sitt tydliga arbetsmarknadspolitiska syfte, redan idag skulle anses kompetensenlig. Ett alternativ är således att inte göra några förändringar utöver att tillse att man har ingått de rätta överenskommelserna med Arbetsförmedlingen samt att eventuellt tydliggöra utåt till kommunmedlemmarna att Återbyggdepån tjänar ett arbetsmarknadspolitiskt syfte.

#### Risker

5.3.2 Enligt vår bedömning utgör detta alternativ den största risken med hänsyn till att rättsläget är förhållandevis oklart. Det finns enligt vår bedömning en stor risk att det skulle anses att Återbyggdepåns omfattning är så stor att den går klart utanför ramen för vad som tillåts göras inom ett arbetsmarknadspolitiskt program.

### **5.4 Andra åtgärder som bör vidtas**

5.4.1 Avslutningsvis är det vår bedömning att oavsett på vilken nivå anpassning av verksamheten görs så finns det ett par ytterligare åtgärder som bör vidtas.

#### Utredning avseende prissättningen

5.4.2 Eftersom förfaranden kan angripas inom en annars kompetensenlig verksamhet bör en grundlig marknadsanalys göras av vilka priser som tillämpas på marknaden. Återbyggdepåns priser bör inte ligga under marknadsmässiga priser. Sådan marknadsanalys bör göras fortlöpande. Om Återbyggdepån kan visa att priserna ligger på marknadsmässig nivå finns det mycket att vinna i förhållande till en eventuell förbudstalan.

#### Andra åtgärder

5.4.3 I förarbetena till bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet anges att det i vissa fall finns godtagbara skäl för att offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet. För att skapa så neutrala förutsättningar som möjligt föreslås dock ett antal åtgärder som den offentliga aktören bör vidta. Härvid nämns att det för verksamheten ska finnas ekonomiska mål, redovisningsmässig avgränsning, full kostnadstäckning, särredovisning av verksamhetens ekonomiska utfall, i vart fall en resultaträkning som beaktar kapitalkostnader, hänsynstagande till samtliga relevanta kostnader, identifiering av kostnadsställe och kostnadsbärare, påförande av indirekta kostnader, budget som kan följas upp mot faktiskt utfall, belastning med internränta för utnyttjat kapital som alltid bör jämföras med främmande kapital, självkostnads kalkyl som utgångspunkt för prissättningen, förkalkyl med riskillägg och efterkalkyl samt transparens som möjliggör att ett granskande organ kan bedöma en påstådd konkurrensnedvridning. Vi har inte tagit del av Återbyggdepåns redovisningar och underlag för budgetplanering. Malmö stad och SYSÄV bör dock med hänsyn till ovanstående se över hur Återbyggdepåns verksamhet redovisas och planeras samt bedöma om det

finns delar som kan brytas ner och fler faktorer som bör lyftas fram för att öka transparensen.

---