



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE Stockholms tingsrätts, avd. 5, dom
den 31 mars 2014 i mål nr T 911-12

KLAGANDE Borås kommun, 212000-1561,
Ombud: advokaten K. A.,
Gärde Wesslau Advokatbyrå,
Kungstorget 2, 411 17 Göteborg

MOTPART Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

SAKEN Offentlig säljverksamhet

DOMSLUT

1. Marknadsdomstolen upphäver tingsrättens dom i själva saken (punkterna 1 och 2 i domslutet) och ogillar Konkurrensverkets talan. Tingsrättens förordnande om sekretess (punkten 3 i domslutet) ska bestå.
2. Marknadsdomstolen förordnar att sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska bestå för de vid huvudförhandlingen här inom stängda dörrar förebringade uppgifterna i domstolens aktbilaga 80 s. 14-26 och tingsrättens aktbilaga 6 bilaga 3.
3. Borås kommunen tillerkänns ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader vid tingsrätten med tremiljoneråttahundafyrtioniotusenfyrahundraotjugotvå (3 849 422) kr, varav 2 249 110 kr avser ombudsarvode.
4. Borås kommun tillerkänns ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader i Marknadsdomstolen med tvåmiljonerfyrahundraentusensexhundraotjugotvå (2 401 620) kr, varav 755 120 kr avser ombudsarvode.

BAKGRUND

- 1 Målet rör frågan om Borås kommuns (kommunen) agerande - att genom sin utförare Servicekontoret sälja mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer - utgör ett sådant konkurrensbegränsande beteende som strider mot 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2008:579), KL.
- 2 Servicekontoret, som lyder under Servicenämnden, är en förvaltning inom Borås kommun som levererar tekniska tjänster och service till de kommunala förvaltningarna, till kommunala bolag samt externa aktörer.
- 3 Stockholms tingsrätt fann i det överklagade avgörandet att ”Servicekontorets säljverksamhet avseende mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer får anses vara ägnad att snedvrída och hämma konkurrensen på marknaden. Den ska därmed, eftersom den heller inte är förenlig med lag, förbjudas.”

YRKANDEN M.M.

- 4 Kommunen har yrkat att Marknadsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, ska lämna Konkurrensverkets talan utan bifall samt tillerkänna kommunen begärd ersättning för rättegångskostnader vid tingsrätten.
- 5 Kommunen har vidare yrkat att Konkurrensverket ska förpliktas att ersätta kommunen för dess rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.
- 6 Konkurrensverket har bestritt kommunens yrkanden.

GRUNDER

- 7 Parterna har i Marknadsdomstolen åberopat samma grunder som vid tingsrätten.

UTVECKLING AV TALAN

- 8 Parterna har till utveckling av sin talan vidhållit vad de anfört vid tingsrätten samt anfört bl.a. följande.

Kommunen

- 9 Frågan om privata aktörer lägger färre anbud i LOU-upphandlingar om de har anledning att befara att Servicekontoret kommer att lägga anbud är inte föremål för prövning i målet. Vidare är inte heller frågan om s.k. direkttilldelning i sig skulle vara ägnade att minska eller snedvrida konkurrensen föremål för prövning.

Förfarande eller verksamhet

- 10 Kommunens agerande avseende tillhandahållande av mark- och anläggningsarbeten till externa aktörer, vid tillfälliga resurstoppar utgör ett förfarande och inte en hel verksamhet, då det i målet ifrågasatta förfarandet avser försäljning av mark- och anläggningsarbeten till externa aktörer inom respektive verksamhet.

Relevant marknad

- 11 Vad avser mark- och anläggningsarbeten har transportavstånd eller transportkostnader liten påverkan. Det är inte heller nödvändigt med lokal kontorsetablering för produkten för att effektivt kunna konkurrera. Tvärtom är det vanligt bland många aktörer att operera över en större geografi. Tillgång till nyckelresurser såsom kalkylator, platschef, tekniker och vissa yrkesarbetare och dessa resursers specifika kompetens avseende olika typer av projekt har helt avgörande betydelse.

Marknadsvolym

- 12 En utgångspunkt vid beräkning av marknadsvolym är att volymen är fördelad efter folkmängd. Med en svensk totalvolym av markanläggningsuppdrag på ca 90 mdr kr i Sverige blir marknaden i de 23 berörda kommunerna ca 12,5 mdr kr/år. Marknaden för Servicekontorets konkurrenter i de 23 aktuella västsvenska kommunernas geografi uppgår åtminstone till 1-8 miljoner kr/år. En marknadsvolym på 8-12 mdr kr/år är inte för hög.
- 13 Av sakkunnige Bengt Hanssons yttrande i målet framgår att olika beräkningar och bedömningar leder till att anläggningsverksamheten borde vara i storleksordningen 9-14 mdr kr per år.

- 14 Uppgifter från databasen Byggfakta är inte relevanta för bedömning av den totala marknaden och Servicekontorets marknadsstyrka. Databas Byggfakta redovisar endast del av samtliga mark- och anläggningsprojekt och databasens marknadsbedömningar är projektorienterade och inte heltäckande. Databasen Byggfakta används framför allt av aktörer inom bygg- och anläggning för bevakning av kommande projektuppdrag.

Intäkter från försäljning till externa kunder

- 15 Kommunens försäljning till externa aktörer är ytterst marginell.
- 16 Vid beräkning av marknadsvolymen ska viss fakturering av externa kunder avräknas, så som markrenhållning (snö- och gatuhållning i direkt anslutning till motsvarande arbete på kommunal mark), akuta vatten- och avloppsarbeten samt intäkter från juridiska personer som kommunen har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt.
- 17 Den återstående extern faktureringen (tillfälliga resurstopp) utgörs av uppdrag som utförs för att kunna behålla anställda resurser för att täcka behov av beredskapskaraktär, utförande av mindre uppdrag i samband med angränsande kommunal verksamhet, samt arbeten av stor vikt för offentliga rummets utseende och funktion.
- 18 Undantaget för akuta vatten- och avloppsarbeten uppgår till ca 50 procent av samtliga externa Va-arbeten.
- 19 För tiden 2009-2014 uppgår den externa faktureringen i genomsnitt till 13,4 miljoner kr och efter avdrag om 7 miljoner kr till i genomsnitt 6,4 miljoner kr. Målet rör således sist nämnda belopp. Av detta belopp utgör minst 50 procent ersättning för material, hyra av maskiner med förare samt underentreprenörer.
- 20 Servicekontorets produktionsvolym av mark- och anläggningsarbeten under tiden 2009-2014 har i genomsnitt uppgått till 253 miljoner kr, vilket innebär att den externa faktureringen har svarat för i genomsnitt 2,53 procent. Satt i relation till Servicekontorets hela produktion, i genomsnitt 471 miljoner kr, har den externa försäljningen uppgått till i genomsnitt 1,4 procent.

- 21 Som andel av den relevanta marknaden (8-12 mdr kr) svarar Servicekontorets externa försäljning för mellan 0,05-0,08 procent.

Påverkan på konkurrensen

- 22 Servicekontoret är inte en betydande aktör på marknaden för mark- och anläggningsarbeten och dess agerande har inte någon negativ påverkan på konkurrenstrycket på marknaden för mark- och anläggningsarbeten.
- 23 Servicekontoret har vid anbudsgivning och utföranden av arbeten att ta hänsyn till kostnader som privata aktörer inte har att ta hänsyn till, t.ex. kostnader för den politiska överbyggnaden, för att upprätthålla offentlighetsprincipen, för året runt anställd personal eftersom Servicekontoret inte kan permittera personal på samma sätt som privata aktörer, för central upphandling i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), för kommungemensamma administrativa regler och kostnader för att upprätthålla regler avseende säkerhet och miljö som är strängare än gällande lagstiftning.
- 24 I de fall Servicekontoret lämnar anbud erhåller Servicekontoret uppdraget i mindre än 50 procent av fallen såväl internt som externt.

Försvarbart från allmän synpunkt eller förenligt med lag

- 25 Servicekontorets förfarande ses som en direkt effekt eller ofrånkomlig följd av kommunens tillämpning av beställar- och utförarkonceptet, det ansvar och de skyldigheter som följer av va-lagen, miljöbalken och renhållningslagen etc., samt beredskapsåtaganden m.m.
- 26 Servicekontoret har inte ens förmåga att tillgodose de kommunala förvaltningarnas behov av tjänster varför det inte är försäljning av överkapacitet. Servicekontorets agerande är helt inriktat på att tillgodose kommunens behov.
- 27 Personalstyrkan är särskilt dimensionerad och anpassad så att den ska kunna fullgöra kommunens lagstadgade skyldigheter och ansvar som följer av lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster, miljöbalken (1998:808) och lagen (1998:814) med särskilda

bestämmelser om gaturenhållning och skyltning etc. samt lagen (2006:544) om Kommuners och landstings åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap.

- 28 Vidare är det fråga om beredskap för att hantera extraordinära händelser. Utöver dessa beredskapsåtaganden ansvarar Servicekontoret för vinterberedskap åt kommunala förvaltningar, fastighetsberedskap och beredskap med anledning av högvatten i Viskan. Beredskap är mycket viktig och en väsentlig del av Servicekontorets uppgifter. För att organisationen ska kunna fungera för olika typer av beredskap är det viktigt med kontinuitet vad gäller genomförande av vardagliga arbetsuppgifter för att upprätthålla en tillräcklig kompetens. En kontinuitet vad gäller genomförandet av små och medelstora projekt utan alltför stora tidsmässiga glapp är därför mycket viktigt för Servicekontoret och kommunen i sin helhet.
- 29 För att kommunen enligt gällande lag samt enligt avtal ska ha någon möjlighet att uppfylla dess beredskapsåtaganden måste Servicekontoret ha en tillräckligt stor organisation. Om personalstyrkan vid tillfälliga resurstoppas skulle sägas upp eller minskas till ett minimum har Servicekontoret inte någon som helst möjlighet att kunna fullgöra sina beredskapsåtaganden.
- 30 För att säkerställa att kommunen kan fullgöra skyldigheter och ansvar samt åtaganden inom dessa områden händer det ibland att Servicekontorets personal, vid tillfälliga resurstoppas, sysselsätts genom att den i begränsad omfattning i anslutning till att den fullgör kommunens skyldigheter i enlighet med va-lagen, miljöbalken och renhållningslagen etc., utförs även tjänster åt externa aktörer. På detta sätt hanteras även skattemedel på ett ansvarsfullt sätt.

Avvecklingsperiod och vite

- 31 Det yrkade vitet om tre miljoner kr inte är skäligt.
- 32 Det krävs skälig tid för avveckling.

- 33 En organisationsförändring med förändring av den politiska nämndstrukturen kräver komplicerade politiska överläggningar, vilka företrädesvis görs i god tid inför kommande mandatperiod, varför det krävs en avvecklingsperiod på fyra år.

Konkurrensverket

Försvarbart från allmän synpunkt eller förenlighet med lag

- 34 Servicekontorets försäljning av mark- och anläggningsentreprenader utgör inte sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Det saknas ett naturligt samband mellan kommunens kompetensliga verksamhet och Servicekontorets säljverksamhet. Säljverksamheten är inte av begränsad omfattning. Säljverksamheten är inte av tillfällig eller övergående karaktär.
- 35 Det finns inga speciallagar som ger Servicekontoret kompetens att bedriva den ifrågasatta säljverksamheten.
- 36 Varken lagen om allmänna vattentjänster, miljöbalken, beredskapslagen eller renhållningslagen ger kommuner kompetens att sälja mark- och anläggningsentreprenader inom va-området.

Relevant marknad

- 37 Av vittnesförhören vid tingsrätten framgår skillnaden mellan uppdrag över respektive under 10 miljoner kr.
- 38 Av utlåtandet av Karl Lundvall, Copenhagen Economics A/S, framgår bl.a. att de flesta av de mindre företagen inte lämnar anbud på uppdrag över 10 miljoner kr och att de flesta upphandlingar under 10 miljoner kr vinnas av mindre företag. De mindre företagen har 77 procent av kontraktsvolymen medan de större entreprenörerna har 23 procent.
- 39 I utlåtandet hänvisas till upphandlingar av Borås kommun, vilka inte omfattas av Konkurrensverkets talan. Om man ser på dessa upphandlingar framgår att det har redovisats 66 upphandlingar avseende entreprenader under 10 miljoner kr som upphandlats av Borås kommun under 2009-2014. Av dessa har de stora bolagen, som

- Copenhagen Economics specificerat som NCC, Skanska, Svevia och PEAB, vunnit 15 stycken, motsvarande 23 procent av det totala upphandlade värdet. Övriga aktörer, dvs. de mindre har vunnit 51 av 66 upphandlingar vilket motsvarar 77 procent av det totala värdet. Det har bara förekommit fyra upphandlingar över 10 miljoner kr, varav två har vunnits av en av de större aktörerna och två av övriga aktörer. Av de sist nämnda aktörerna är det få som lämnar anbud på projekt som gäller över 10 miljoner kr. Detta visar att konkurrensförhållandena skiljer sig åt avsevärt mellan entreprenader över och under 10 miljoner kr.
- 40 I utlåtandet från Copenhagen Economics redovisas en bearbetning av Byggfaktas databas över byggprojekt i 9 kommuner. Den av Copenhagen Economics gjorda uppskattningen av hur stor andel av projektets värde som avser mark- och anläggningsarbeten säger inte något om hur stor andel som faktiskt utgjorts av mark- och anläggningsarbeten. Det föreligger osäkerhetsmoment varför det inte går att dra några slutsatser. Vidare har företaget placerats fel rent geografiskt.
- 41 Det är svårt tro att en mindre prishöjning på 5-10 procent på de uppdrag som Servicekontorets utför till privata aktörer skulle innebära att aktörer som i dag inte är verksamma eller endast till en mindre grad skulle bli mer intresserade av att erbjuda sina tjänster, som att skotta snö åt bostadsrättsföreningar. Däremot är sådana uppdrag intressanta för små lokala aktörer.
- 42 En annan sak är att Servicekontoret utför större mark- och anläggningsentreprenader åt Borås kommun, dvs. Servicekontoret är verksamt på båda marknaderna. Genom att ta stora uppdrag åt kommunen stärks Servicekontorets ställning på marknaden.
- 43 Även om vissa företag faktiskt skulle välja att öppna nya lokalkontor så skulle det ändå inte vara möjligt för dem att på kort sikt arbeta upp den lokalkännedom och de lokala relationer med beställare, leverantörer och underentreprenörer som krävs för att kunna konkurrera effektivt om mark- och anläggningsuppdrag i Borås med ett kontraktsvärde under ca 10 miljoner kr.
- 44 Vid bestämmandet av den relevanta geografiska marknaden är utgångspunkten Borås kommun.

- 45 Det geografiska avståndet begränsar företags möjlighet att konkurrera effektivt på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader. Geografiskt avstånd medför ökade kostnader för transport av maskiner, fordon och material, vilket framgår av utdrag ur Byggavtalet 2010, ett kollektivavtal mellan Sveriges Byggindustrier och Svenska Byggnadsarbetareförbundet.
- 46 Vikten av lokal förankring framgår bl.a. av Trafikanalys PM 2012:1, s. 15 där det sägs att ”Den andra omständigheten som kännetecknar anläggningsbranschen är kravet på lokal förankring”. När företag utan lokal närvaro ändå utför uppdrag i Borås kommun avser det normalt större entreprenader över 10 miljoner kr, uppdrag som kräver specialistkompetens eller företag som ”följer med” en beställare som de har en upparbetad relation med.
- 47 Av Copenhagen Economics utlåtande framgår att det är en tydlig trend att företag åker längre när projekten är större än 10 miljoner kr.
- 48 Konkurrensverket har utfört en s.k. kritisk förlustanalys. Underlaget är de 70 upphandlingar som kommunen redovisat och som framgår av Copenhagen Economics utlåtande. Från dessa upphandlingar har dock vissa exkluderats.
- 49 Den av Copenhagen Economics utförda analysen har inte skett på ett korrekt sätt.
- 50 Konkurrensverkets beräkningar visar emellertid att den av verket angivna marknad är korrekt avgränsad, dvs. till Borås kommun jämte åtta intilliggande kommuner.

Konkurrensbegränsning m.m.

- 51 Den konkurrensbegränsande säljverksamheten som omfattas av förbudet uppgår till 10-15 miljoner kr varje år.
- 52 Konkurrensverkets talan omfattar inte all försäljning av mark- och anläggningsentreprenader. Undantagna är de akuta Va-arbeten där det först vid felsökning på plats framkommer att skadan inte har uppkommit på den allmänna delen av Va-anläggningen. Alla andra akuta Va-arbeten är inte undantagna. När det gäller uppdragstyp inflytande är det att betrakta som externa kunder och ska inte avräknas.

- 53 Undantagna arbeten uppgår till högst någon miljon per år. Servicekontorets försäljning i fråga är historiskt sett klart över 10 miljoner kr varje år, även med minskad omsättning de senast två åren. Beloppet överstiger vad som kan vara tillåtet enligt konkurrensreglerna.
- 54 Kommunen är genom Servicekontoret en betydande aktör som har en omsättning lika stor som samtliga privata företag har tillsammans.
- 55 Den ifrågasatta säljverksamheten snedvrider och hämmar konkurrensen även om man väljer att göra en mycket vid marknadsavgränsning.
- 56 Servicekontorets säljverksamhet är inte nödvändig för att garantera en minimistandard av basal kommersiell service till hushållen i Borås.

Förbudets utformning

- 57 Förbudet ska omfatta säljverksamheten. Även väsentligen överensstämmande verksamhet bör förbjudas.
- 58 Det saknas skäl att utöka undantagen jämfört med tingsrättens dom.

Avvecklingsperiod och vite

- 59 Tingsrätten har redan medgett kommunen en avvecklingsperiod som är mer än tillräcklig. Ett vitesbelopp om tre miljoner kr är skäligt.

BEVISNING

- 60 Parterna har åberopat omfattande skriftlig och muntlig bevisning. Förutom de vittnen som hördes vid tingsrätten har i Marknadsdomstolen på kommunens begäran sakkunnigförhör hållits med ekon. dr Karl Lundvall, Copenhagen Economics A/S.

DOMSKÄL

- 61 Målet rör kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. Frågan i målet är huruvida detta beteende strider mot 3 kap. 27 § konkurrenslagen (2009:579), KL.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

- 62 Enligt 3 kap. 27 § första stycket KL får staten, en kommun eller ett landsting förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får enligt paragrafens andra stycke inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.
- 63 En kommun eller ett landsting får enligt 3 kap. 27 § tredje stycket första meningen KL även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock enligt tredje stycket andra meningen inte förbjudas, om den är förenlig med lag.
- 64 Prövningen av en offentlig säljverksamhet bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden (se MD 2015:12 punkt 60 och prop. 2008/09:231 s. 36 f.). Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska, genom det aktuella beteendet.
- 65 Konkurrensverket har bevisbördan för att förutsättningar föreligger att förbjuda visst förfarande respektive viss säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § KL. Det åligger därvid verket att styrka såväl hur den relevanta marknaden är avgränsad som att det föreligger sådana omständigheter som kan påverka konkurrensen på ett negativt sätt (se MD 2015:12, punkt 62).

Ramen för prövningen m.m.

- 66 Tingsrätten har funnit att kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer är att betrakta som en säljverksamhet i KL:s mening samt att den inte är förenlig med lag.
- 67 Parterna har i Marknadsdomstolen vidhållit sin respektive ståndpunkt. Kommunen har gjort gällande att Servicekontorets försäljning till externa aktörer ska ses som ett förfarande. För det fall försäljningen anses vara en säljverksamhet, har kommunen gjort gällande att den är förenlig med lag. Konkurrensverket har hållit fast vid att Servicekontorets försäljning utgör en säljverksamhet samt att den inte är förenlig med lag.
- 68 Marknadsdomstolen finner, lika med tingsrätten, att kommunens försäljning av mark- och anläggningsentreprenader i förevarande fall utgör en säljverksamhet i KL:s mening. Vidare finner Marknadsdomstolen, lika med tingsrätten, att den av kommunen bedrivna säljverksamheten inte är förenlig med lag.

Relevant produktmarknad

- 69 Tingsrätten har konstaterat att den relevanta produktmarknaden, på det sätt som parterna är ense om, utgörs av mark- och anläggningsentreprenader, dvs. arbeten som bedrivs i och under marknivå samt arbeten med större betongkonstruktioner ovan mark, jämte olika slags beredskapsarbeten. Vidare har tingsrätten funnit att den relevanta produktmarknaden kan begränsas till mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde understigande 10 miljoner kr. Tingsrätten har därvid anfört att det finns en utbytbarhet på utbudssidan vid entreprenader som vars värde i runda tal understiger 10 miljoner kr.
- 70 Var och en av parterna har i Marknadsdomstolen vidhållit sin ståndpunkt i denna del. Kommunen har hållit fast vid att i den relevanta produktmarknaden ska ingå även mark- och anläggningsentreprenader som har ett kontraktsvärde överstigande 10 miljoner kr, medan Konkurrensverket invänt sådana entreprenader inte ska ingå.

- 71 Marknadsdomstolen konstaterar att mark- och anläggningsentreprenader, enligt vad utredningen i målet visar, inte utgör någon tydligt avgränsad och enhetlig marknad. I stället omfattar entreprenader av detta slag många olika slags tjänster vilka, på det sätt som Bengt Hansson uttalat, kan delas in i olika delmarknader som inte sällan överlappar varandra. Det är, som Bengt Hansson sagt, inte samma företag som konkurrerar om att få bygga en stor betongbro som konkurrerar om skötsel av grönytor, även om särskilt rikstäckande företag är verksamma inom många delmarknader. Härav följer, som Bengt Hansson också uttalat, att konkurrensen och marknadssituationen kan variera med avseende på olika typer av tjänster och därmed på olika delmarknader.
- 72 Konkurrensverket har emellertid inte till grund för talan gjort gällande att fråga är om olika delmarknader och har i enlighet härmed inte lagt fram någon utredning om hur förhållandena är på olika marknader av detta slag. Verkets talan, som den slutligt bestämts, bygger i stället på att fråga är om en produktmarknad som avgränsas genom uppdragets kontraktswärde med den betydelse som uppdragets värde har för de krav som ställs på företagen. I sakens natur ligger att de mycket skiftande slag av tjänster som kan hänföras till mark- och anläggningsentreprenader ställer högst varierande krav på bl.a. kompetens, utrustning och finansiell styrka hos de aktörer som är verksamma på dessa marknader. Det innebär, som utredningen i målet bekräftar, att det särskilt för små företag är förenat med större finansiella risker att åta sig mer omfattande arbeten.
- 73 Bengt Hansson har, som framgår av tingsrättens dom, uttalat att det för små företag, statistiskt sett, är förenat med för stora risker att åta sig uppdrag avseende dels investeringar i infrastruktur till ett värde som överstiger ca 10 miljoner kr, dels investeringar i större betongbroar. Vad Bengt Hansson sålunda uttalat vinner, som också framgår av tingsrättens dom, stöd av bl.a. de uppgifter som företrädare för konkurrenter till Servicekontoret lämnat i förhör. Även A. B., branschföreningen Sveriges Byggindustrier, har lämnat uppgifter av detta innehåll. Av dessa uppgifter framgår emellertid inte att det finns stöd för slutsatsen att produktmarknaden för samtliga slag av tjänster som kan hänföras till mark- och anläggningsentreprenader skulle avgränsas av ett värde om ca 10 miljoner kr.

- 74 Kommunen har som ny bevisning i Marknadsdomstolen åberopat bl.a. sakkunnigförhör med Karl Lundvall, Copenhagen Economics A/S, och ett utlåtande som denne avgivit tillsammans med David Nordström, samma bolag, angående den i målet aktuella marknaden för mark- och anläggningsentreprenader. Konkurrensverket har invänt att det statistiska underlag som utlåtandet bygger på innehåller felaktigheter samt anfört bl.a. att det i en sammanställning över 75 upphandlingar som Borås kommun genomfört under 2009-2014 inte på ett riktigt sätt framgår att ”NCC, Svevia, Serneke, Sweland Entreprenad och Wäst Bygg” är eller har varit etablerade i Borås.
- 75 Marknadsdomstolen konstaterar att det av sakkunnigutlåtandet framgår att det statistiska underlaget omfattar sammanlagt 75 upphandlingar, men att det saknas tillräcklig information om 5 upphandlingar, t.ex. för att å-priser använts, och att dessa därför ”exkluderats”. Vidare konstaterar domstolen att varken ”Serneke” eller ”Wäst Bygg” finns upptaget i sammanställningen över upphandlingarna i Borås. Det gör däremot tre olika bolag med kännetecknet NCC i sin firma och två bolag med kännetecknet Swelans i sin firma samt ”Svevia”. När det gäller bolagen med NCC respektive Sweland i sin firma anges att de har lokalkontor i Borås. Vad gäller ”Svevia” har Karl Lundvall i ett kompletterande yttrande förklarat att bolaget haft ett lokalkontor i Borås, men att detta kontor varit inriktat på drift- och underhållsverksamhet och inte på mark- och anläggningsarbeten. Han har vidare förklarat att arbeten av det sistnämnda slaget i stället utförts av bolag med kontor i Halmstad, på det sätt anges i sammanställningen, och i Göteborg.
- 76 Med hänsyn till vad som sålunda framkommit och till att Konkurrensverket inte riktat någon annan invändning mot riktigheten av det statistiska underlaget i fråga om de 70 upphandlingarna genomförda av Borås kommun måste underlaget i och för sig anses kunna ligga till grund för slutsatserna i utlåtandet.
- 77 Att det skulle ha avgörande betydelse huruvida ett uppdrag understiger eller överstiger ett värde om ca 10 miljoner kr motsägs av vad Karl Lundvall med hänvisning till sakkunnigutlåtandet omvittnat. Karl Lundvall har sålunda framhållit att det inte föreligger någon tydlig skillnad mellan mark- och anläggningsentreprenader som avser värden under respektive över 10 miljoner kr samt att en varaktig prishöjning i det ena seg-

mentet leder till en betydande utbudssubstitution i det andra segmentet. Av förhöret med Karl Lundvall framgår också bl.a. att flera större företag såsom Skanska, NCC, Svevia och PEAB, förutom att de åtar sig uppdrag över 10 miljoner kr, regelbundet åtagit sig uppdrag under 10 miljoner kr i Borås kommun, låt vara att de flesta uppdrag under 10 miljoner kr vunnits av mindre företag.

- 78 Vid dessa förhållanden har Konkurrensverket mot kommunens bestridande inte visat att produktmarknaden i förevarande fall är begränsad till att omfatta mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde under 10 miljoner kr. Den relevanta produktmarknaden får därmed, på det sätt som kommunen vitsordat, anses omfatta mark- och anläggningsentreprenader med ett kontraktsvärde såväl över som under 10 miljoner kr.

Relevant geografisk marknad

- 79 Tingsrätten har funnit att den relevanta geografiska marknaden utgörs av Borås kommun jämte de näraliggande åtta kommunerna Ulricehamn, Tranemo, Svenljunga, Mark, Bollebygd, Alingsås, Vårgårda och Herrljunga. Tingsrätten har i sin bedömning utgått från de uppgifter som framkommit vid förhör med företrädare för Servicekontorets konkurrenter. Tingsrätten har därvid anfört att vad dessa förhörspersoner uppgivit om förhållandena vinner stöd av uppgifter i branschorganisationen Sveriges Byggindustriers databas ”Sverige Bygger”, även om det underlag som framgår av databasen inte är ”komplett”.
- 80 Parterna har Marknadsdomstolen vidhållit sina ståndpunkter i frågan om den relevanta geografiska marknaden. Kommunen har hållit fast vid att den geografiska marknaden omfattar ett område som kan nås inom en timmes bilfärd från Borås, samt att den därmed, förutom Borås och de näraliggande åtta kommunerna, inbegriper ytterligare fjorton kommuner (de 23 kommunerna). Konkurrensverket har stått fast vid att den geografiska marknaden är begränsad till Borås och de åtta näraliggande kommunerna.
- 81 R. C., M. B., T. E. och J-E. S., vilka företräder olika företag som konkurrerar med Servicekontoret, har alla uttalat att lokal närvaro behövs för att kunna bedriva en effektiv verksamhet på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader. De har härutöver och på fråga därom sagt att det inte är vanligt att företag från Göteborg,

Jönköping eller Varberg lämnar anbud på arbeten i Borås. T. E. har därvid tillagt att företag från dessa orter ofta begär ett högre pris eftersom det i bl.a. Göteborg och Jönköping är ett högre kostnadsläge än i Borås. Deras uppgifter i denna del vinner, som tingsrätten anfört, stöd av uppgifter hämtade ur branschorganisationen Sveriges Byggindustriers databas ”Sverige Bygger”. Enligt en sammanställning av dessa uppgifter har sålunda 45 av 53 av anläggningsarbeten i Borås kommun 2011-2012 utförts av företag med lokal etablering.

- 82 När det gäller de uppgifter som företrädarna för Servicekontorets konkurrenter lämnat finns det i och för sig inte anledning ifrågasätta att de tillmäter lokal närvaro stor betydelse i den verksamhet som respektive bolag bedriver. Även om de sålunda betonat vikten av lokal närvaro vid mark- och anläggningsarbete framgår också av deras uppgifter att företag utanför Borås och de intilliggande kommunerna konkurrerar om uppdrag i Borås. De har bl.a. bekräftat att företag från Göteborg, Jönköping och Varberg lämnar anbud på arbeten i Borås. J-E. S. har också sagt att ett bolag ”följer sin kund” och etablerar ett logistikcentrum där visst arbete ska bedrivas samt att bolaget oftast hyr in maskinförare. Häri ligger att även företag utan lokal närvaro i Borås kan skapa förutsättningar för att konkurrera med mer lokalt etablerade företag.
- 83 Vad sedan gäller sammanställningen av uppgifter ur databasen ”Sverige Bygger” framgår av förhöret med A. B. att den innehåller uppgifter om projekt med ett värde om 1-10 miljoner kr samt att uppgifterna avseende tiden 2010-2012 avser det faktiska utfallet på marknaden medan uppgifterna avseende 2013 är en prognos. Han har härvid bekräftat att sammanställningen inte innehåller några uppgifter om vare sig projekt under 1 miljon kr eller projekt över 10 miljoner kr samt tillagt att den inte heller innehåller uppgifter om vare sig Trafikverkets projekt eller projekt rörande drift och underhåll. Särskilt det förhållandet att sammanställningen inte innehåller några uppgifter om vare sig projekt under 1 miljon kr eller över 10 miljoner kr förringar enligt Marknadsdomstolens mening i hög grad uppgifternas bevisvärde med avseende på den i målet geografiska marknaden.

- 84 Det finns vissa andra uppgifter som talar för en mer begränsad geografisk marknad, främst en promemoria, PM 2012:1, publicerad i mars 2012 av den statliga myndigheten Trafikanalys.
- 85 Promemorian innehåller en beskrivning och analys av anläggningsbranschen i Sverige under åren 1990-2010, vilken utförts av Copenhagen Economics A/S på uppdrag av myndigheten. I promemorian (s.15) anges att lokal förankring är en omständighet som kännetecknar anläggningsmarknaden, eftersom det mesta arbetet sker på plats och det är svårt för mindre anläggningsföretag att ta uppdrag utanför det egna geografiska området. I anslutning därtill anges bl.a. att transportkostnader är höga och att det dyrt för företag att låta arbetskraften följa med till projekt utanför detta område på grund av traktamente, boende etc. I promemorian anges dock inte närmare vad som kan anses utgöra ett lokalt geografiskt område, än mindre vad som utgör ett sådant område i Borås med omnejd.
- 86 I detta sammanhang bör också nämnas att Konkurrensverket i Marknadsdomstolen gjort gällande att en av verket utförd kritisk förlustanalys – som bygger på 57 av de upphandlingar som genomförts i Borås kommun under 2009-2014 (jfr ovan punkt 74) – visar att den faktiska förlust som en hypotetisk monopolist på den aktuella s.k. kandidatmarknaden skulle göra, vid en varaktig prisökning om 5 respektive 10 procent, vore lägre än den faktiska förlusten upp till en marginal över 100 procent. Konkurrensverket har därvid anfört att utgångspunkten för beräkningen är de 70 upphandlingar som ligger till grund för det av Karl Lundvall och David Nordström avgivna sakkunnigutlåtandet, men att verket i beräkningarna uteslutit dels upphandlingar som avsett ett kontraktvärde över 10 miljoner kr och dels upphandlingar som hade vunnits av en aktör utanför kandidatmarknaden även före en liten men varaktig prisökning.
- 87 För att studera utbudssubstitution har Konkurrensverket i Marknadsdomstolen gjort gällande att en av verket utförd s.k. kritisk förlustanalys visar att en liten men varaktig prisökning med 5 eller 10 procent inom den av verket avgränsade marknaden inte skulle medföra något inträde på denna från företag utanför marknaden. Analysen bygger på marginaler mellan 30 och 100 procent. Utgångspunkten för beräkningarna är de 70 upphandlingar genomförda av Borås kommun under 2009-2014 och som

- ligger till grund för det av Karl Lundvall och David Nordström avgivna sakkunnigutlåtandet, men i beräkningarna har verket uteslutit dels upphandlingar som avsett ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr och dels upphandlingar som hade vunnits av en aktör utanför kandidatmarknaden även före en liten men varaktig prisökning.
- 88 Marknadsdomstolen konstaterar att det saknas en beskrivning av lämpligheten i att använda den kritiska förlustanalysen på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader. Analysen bygger på ett antal antaganden men det framgår inte hur rimliga dessa antaganden är i Konkurrensverkets tillämpning av analysen på upphandlingarna i Borås kommun. Det är t.ex. inte klart vilket konkurrensmässigt pris som ska användas när priset bestäms i varje enskild upphandling med egen kravspecifikation och konkurrensen äger rum vid varje upphandlingstillfälle snarare än att företag kontinuerligt kan anpassa sina priser (se OECD, 2012, Market definition, Competition Law and Policy, DAF/COMP(2012)19 s. 51 f.). Det finns inte heller någon närmare diskussion om antagandet om företagets marginaler eller om betydelsen av fasta kostnader.
- 89 Konkurrensverket har, som ovan anförts (punkt 87), i sina beräkningar enbart använt sig av upphandlingarna i Borås kommun och helt uteslutit privata projekt. Servicekontorets försäljning av olika slags entreprenader av skiftande storlek till privata kunder som exempelvis privatpersoner, privatägda bolag och föreningar ingår således inte i analysen. Vidare har verket i sina beräkningar uteslutit upphandlingar som avsett ett kontraktsvärde över 10 miljoner kr och upphandlingar som vunnits av en aktör utanför kandidatmarknaden även före en liten men varaktig prisökning.
- 90 I det sistnämnda hänseendet är det inte klarlagt om det finns några företag lokaliserade inom respektive utanför kandidatmarknaden som ofta lägger vinnande och näst lägsta bud på liknande upphandlingar även före en prisökning. De uteslutna upphandlingarna kan i detta fall ha vunnits av företag som samtidigt lagt det näst lägsta budet i upphandlingar som vunnits av företag lokaliserade på kandidatmarknaden även före en prisökning.

- 91 Med hänsyn härtill kan den av verket gjorda kritiska förlustanalysen inte läggas till grund för slutsatsen att den relevanta geografiska marknaden är begränsad till Borås och de åtta närliggande kommunerna.
- 92 Som tingsrätten redovisat har Bengt Hansson uttalat bl.a. att den relevanta geografiska anläggningsmarknaden normalt motsvarar det avstånd som kan nås vid resa en timme med bil, vilket innebär att områdets utsträckning är beroende av bl.a. bilvägarnas beskaffenhet. Han har därvid förklarat att en snabbare bilväg ger ett område med en radie om minst 10 mil och en långsammare bilväg ett område med en radie om minst 5 mil samt att anställda i anläggningsverksamhet är vana vid transportsträckor upp till 10 mil. Bengt Hansson har med utgångspunkt häri uttalat att den relevanta anläggningsmarknaden, förutom Borås och de näraliggande åtta kommunerna, innefattar bl.a. delar av marknaderna i Göteborg (84 km från Borås), Jönköping (88 km) och Varberg (88 km). Även om Bengt Hansson, som tingsrätten anfört, härutöver inte gjort någon särskild analys av marknaden i just Borås, måste hans uppgifter enligt Marknadsdomstolens mening tillmätas betydelse.
- 93 I en skrivelse den 10 oktober 2011 beredde Konkurrensverket kommunen tillfälle att yttra sig över bl.a. en sammanställning (benämnd Tabell 1) som verket upprättat över ”Servicekontorets konkurrerande anbudsgivare” och ett diagram avseende deras andelsandel för år 2009 (benämnt Diagram 1). I sammanställningen upptas sammanlagt 25 företag som deltagit i minst 2 upphandlingar där även Servicekontoret deltagit, av vilka 10 företag anges ha ”hemvistort” utanför i Borås och de intilliggande kommunerna. Av dessa tio företag hade dock enligt vad utredningen visar två företag (Skanska AB och Svevia AB) under 2009 lokalkontor i Borås. I anslutning till diagrammet anges att det visar att 98 procent av Servicekontorets anbudsgivare enligt tabellen hade ”sin geografiska hemvist inom Borås eller inom en radie av ca 10 mil därifrån”. Uppgifterna i sammanställningen talar sålunda för att fråga är om en geografisk marknad som är vidare än vad Konkurrensverket, som det slutligt bestämt sin talan, gjort gällande i målet.

- 94 Av förhöret med Karl Lundvall sammanställt med sakkunnigutlåtandet framgår att av 265 inkomna anbud i 70 av de upphandlingar genomförda av Borås kommun under 2009-2014 avgavs 53 anbud av företag med kontor utanför Borås med näraliggande kommuner. Vidare framgår bl.a. att av dessa 70 upphandlingar vanns 9 upphandlingar av företag med kontor utanför Borås med näraliggande kommuner samt att detta motsvarar 18 procent av den totala kontraktsvolymen. Dessa förhållanden talar enligt Marknadsdomstolens mening mycket starkt för att den relevanta geografiska marknaden omfattar ett större område än vad Konkurrensverket gjort gällande.
- 95 Härutöver har Karl Lundvall med hänvisning till sakkunnigutlåtandet uttalat att förekomsten av substitutionskedjor kan göra att den relevanta geografiska marknaden är större än den som Konkurrensverket gjort gällande. Han har därvid, med referens till kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (punkt 57), sagt att förutsättningarna för sådana substitutionskedjor förefaller vara särskilt gynnsamma till följd av att aktörerna är lokaliserade på ett sätt som innebär en betydande överlappning. Även vad som sålunda framkommit om förutsättningarna för substitutionskedjor av detta slag talar enligt Marknadsdomstolens mening mycket starkt för att den relevanta geografiska marknaden omfattar ett större område än vad Konkurrensverket gjort gällande.
- 96 På grund av det anförda är mot kommunens bestridande inte visat att den relevanta geografiska marknaden är begränsad till Borås kommun och de åtta näraliggande kommunerna på det sätt som Konkurrensverket gjort gällande. Den geografiska marknaden får därmed, i enlighet med vad kommunen godtagit, anses omfatta Borås kommun och ett område kan nås vid en timmes resa med bil. Med denna avgränsning står klart att den geografiska marknaden, förutom Borås och de åtta näraliggande kommunerna, också omfattar en betydande del av de övriga 14 kommunerna. Någon närmare utredning om vilka områden inom dessa kommuner som kan nås vid en restid om en timma finns emellertid inte. Vid dessa förhållanden får den relevanta geografiska marknaden, som kommunen vitsordat, anses omfatta de 23 kommunerna i deras helhet.

Servicekontorets marknadsstyrka och påverkan på konkurrensen

- 97 Tingsrätten anförde att det saknades underlag för att göra någon mera exakt bedömning av Servicekontorets styrka på den relevanta marknad som domstolen

- utgick ifrån, dvs. mark- och anläggningsentreprenader till ett värde understigande 10 miljoner kr inom Borås kommun och de åtta näraliggande kommunerna. Tingsrätten anförde dock att det av förhören med företrädarna för de konkurrerande företagen hade framkommit att de betraktade Servicekontoret som en av de fem största konkurrenterna avseende arbeten under 10 miljoner kr samt att Servicekontorets marknadsstyrka därmed inte kunde vara obetydlig.
- 98 Kommunen har vidhållit sin ståndpunkt att marknadsvolymen avseende mark- och anläggningsentreprenader under såväl som över 10 miljoner kr inom de 23 kommunerna uppgår till 8-12 miljarder kr. I Marknadsdomstolen har kommunen gjort gällande (se ovan punkt 20-24) att dess fakturering till externa kunder som ska beaktas i detta sammanhang under 2009-2014 i genomsnitt uppgått till 6,4 miljoner kr per år.
- 99 Konkurrensverket har med hänvisning till en sammanställning av uppgifter från Byggfakta AB hållit fast vid att den totala omsättningen för mark- och anläggningsentreprenader understigande 10 miljoner kr i Borås kommun och de åtta näraliggande kommunerna under 2010-2014 i genomsnitt uppgått till 339 miljoner kr per år. Konkurrensverket har inte angivit vilken volym som mark- och anläggningsentreprenader under såväl som över 10 miljoner kr inom de 23 kommunerna enligt verkets mening har. Konkurrensverket har invänt att kommunen haft en fakturering till externa kunder som uppgått till ca 12 miljoner per år.
- 100 Av utredningen framgår att Byggfakta AB tillhandahåller information om planerade, pågående och genomförda aktiviteter på den professionella bygg- och anläggningsmarknaden i Sverige. De uppgifter som Konkurrensverket åberopat för 2010-2012 avser genomförda projekt upp till 10 miljoner kr, medan uppgifterna för 2013 och 2014 utgör prognoser för sådana projekt. Sammanställningen innehåller, förutom uppgifter avseende Borås kommun och de åtta närliggande kommunerna, även uppgifter avseende de 14 övriga kommunerna.
- 101 Enligt sammanställningen har den totala volymen i Borås kommun och de näraliggande 8 kommunerna för projekt om 1-10 miljoner kr under åren 2010-2014, som Konkurrensverket anført och som tingsrätten konstaterat, uppgått till i

genomsnitt ca 339 miljoner kr per år. Vidare har enligt sammanställningen den totala volymen för sådana projekt i de 23 kommunerna uppgått till i genomsnitt ca 1 557 miljoner kr per år.

- 102 Lika med tingsrätten konstaterar Marknadsdomstolen att uppgifterna från Byggfakta AB inte omfattar värdet av alla mark- och anläggningsarbeten inom de aktuella geografiska områdena. Av särskild betydelse är, med den bedömning Marknadsdomstolen gjort, att uppgifterna inte omfattar projekt med ett värde över 10 miljoner kr. Till detta kommer att uppgifterna till viss del bygger på prognoser och följaktligen inte på faktiska värden. Vid dessa förhållanden kan uppgifterna i sammanställningen inte läggas till grund för någon bestämd slutsats om mark- och anläggningsmarknadens volym inom den relevanta geografiska marknad som domstolen utgår i från.
- 103 Vad kommunen gjort gällande om marknadsvolymen vinner stöd av vad Bengt Hansson uttalat. Han har, med hänvisning till uppgifter från branschorganisationen Sveriges Byggindustrier och från Statistiska centralbyrån, beräknat att värdet av mark- och anläggningsentreprenader inom ett område som kan nås genom resa med bil från Borås inom en timme är ”i storleksordningen 9-14 miljarder kr per år”. Särskilt med hänsyn till att Bengt Hansson inte närmare redovisat vilket underlag han använt för sin beräkning kan inte heller den läggas till grund för en bestämd slutsats om mark- och anläggningsmarknadens volym.
- 104 I detta sammanhang bör nämnas att I. P., förvaltningschef vid Servicekontoret, har redovisat en beräkning av marknadsvolymen inom de 23 kommunerna. Med hänvisning till Sveriges Byggindustriers ”statistik/prognosmaterial från maj 2012” har han redovisat vissa uppgifter avseende bl.a. ”anläggningsmarknaden ... i olika delar av Västsverige 2006-2013”. Bortsett från att I. P. uppgifter måste bedömas med försiktighet genom dennes koppling till Borås kommun, framstår underlaget för beräkningarna som osäkert. Inte heller I. P. beräkning visar därför den totala omsättningen på marknaden för mark- och anläggningsentreprenader.

- 105 Med hänsyn till att Konkurrensverket inte visat vilken volym mark- och anläggningsentreprenader har inom den geografiska marknad som Marknadsdomstolen funnit relevant får det värde som kommunen gjort gällande läggas till grund för bedömningen av det konkurrenstryck som kommunen genom Servicekontoret kan anses utöva. I kommunens ståndpunkt ligger att den totala omsättningen kan vara begränsad till 8 miljarder kr inom de 23 kommunerna. I avsaknad av andra uppgifter får därför denna uppgift läggas till grund för bedömningen.
- 106 Kommunen har byggt sin ståndpunkt i fråga om Servicekontorets fakturering till externa kunder på att från den totala faktureringen om 13,4 miljoner kr ska avräknas sammanlagt 7 miljoner kr – varav 3,9 miljoner kr avseende markrenhållning, 0,6 miljoner kr avseende akuta VA-arbeten och 2,5 miljoner kr avseende uppdrag för subjekt som kommunen har ett ”inflytande” över – samt att den fakturering som ska beaktas därmed uppgår till $(13,4 - 7,0 =) 6,4$ miljoner kr.
- 107 Marknadsdomstolen konstaterar att Servicekontorets fakturering avseende akuta va-arbeten och en viss del av faktureringen avseende markarbeten avser sådant som inte omfattas av verkets talan och följaktligen ska avräknas. Mot vad Konkurrensverket invänt är dock inte visat att den fakturering som bör avräknas uppgår till ett högre belopp än vad verket anfört eller drygt 1 miljon kr. Av det anförda följer att en extern fakturering om ca $(13,4 - 1 \approx) 12$ miljoner kr bör beaktas vid bedömning av Servicekontorets marknadsstyrka.
- 108 Vid dessa förhållanden kan Servicekontorets andel av den relevanta marknaden för mark- och anläggningsentreprenader beräknas som kvoten mellan en extern fakturering om ca 12 miljoner kr per år och en total omsättning på marknaden om ca 8 miljarder kr per år, dvs. till ca $(12 \div 8\ 000 =) 0,15$ procent. Med utgångspunkt i en så liten andel av den relevanta marknaden kan inte Servicekontorets försäljning till externa aktörer – oavsett om Servicekontoret i egenskap av offentlig aktör kan anses ha några konkurrensfördelar eller ej – anses ägnad att hämma konkurrensen. Med upphävande av tingsrättens dom ska Konkurrensverkets talan därför ogillas.

Rättegångskostnader

- 109 Vid denna bedömning har kommunen rätt till skälig ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader (se härtill MD 2002:21 och 2005:7).
- 110 Kommunen fordrade vid tingsrätten ersättning med 3 849 422 kr, varav 2 249 110 kr för ombudsarvode, 81 451 kr respektive 52 007 kr för sakkunnigutlåtanden avgivna av Lena Dalman och Bengt H Hansson, 27 254 kr för övriga utlägg och 1 439 600 kr för sitt eget arbete.
- 111 I Marknadsdomstolen har kommunen fordrat ersättning med 2 401 620 kr, varav 755 120 kr för ombudsarvode, 826 276 kr för arvode m.m. till Karl Lundvall, 193 844 kr för övriga utlägg inklusive underlag från Industrifakta AB samt 626 380 kr för sitt eget arbete.
- 112 När det gäller den av kommunen vid tingsrätten fordrade ersättningen har Konkurrensverket som skäligt i och för sig vitsordat ett belopp om 500 000 kr för ombudsarvode samt en ersättning om 20 000 kr för utlägget avseende sakkunnigutlåtandet avgivet av Bengt Hansson och den fordrade ersättningen om 27 254 kr för övriga utlägg. Verket har inte vitsordat något belopp avseende vare sig den fordrade ersättningen för sakkunnigutlåtandet avgivet av Lena Dalman eller ersättningen för kommunens eget arbete.
- 113 Vad gäller den av kommunen i Marknadsdomstolen fordrade ersättningen har Konkurrensverket vitsordat ersättningen för ombudsarvode och övriga utlägg. Vidare har verket vitsordat hälften av ersättningen till Karl Lundvall samt hälften av ersättningen för kommunens eget arbete.
- 114 Marknadsdomstolen konstaterar att målet har rört komplexa marknadsförhållanden och varit av tämligen stor omfattning. Det råder inte någon tvekan om att målet föranlett ett omfattande arbete för både kommunens ombud och kommunen själv. Det får också anses ha funnits skäl för kommunen att inhämta de sakkunnigutlåtanden och

den utredning i övrigt som åberopats. Vid en samlad bedömning får den av kommunen fordrade ersättningen anses skälig för tillvaratagande av kommunens rätt.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Marie-Jeanette Axelius Friberg,
Magnus Ulriksson, Lennart Göranson (skiljaktig) och Matilda Orth

Sekreterare: Elisabeth Sundlöf

Lennart Göranson är skiljaktig i fråga om motiveringen samt anför följande.

Målet avser Borås kommuns försäljning av mark- och anläggningsentreprenader till externa aktörer. I denna säljverksamhet ingår inte anbud till kommunal upphandling av sådana entreprenader.

Vid avgränsningen av den relevanta produktmarknaden uppkommer frågan om anläggningsbranschen bör ses som en enhetlig marknad, som även innefattar kommunal upphandling av mycket stora projekt, eller om olika delmarknader kan särskiljas. Enligt tingsrättens mening ger utredningen sammantaget stöd för att konkurrensförhållandena skiljer sig åt beroende på mark- och anläggningsentreprenadens storlek och att skiljelinjen ligger någonsans runt 10 miljoner kronor.

Av utredningen i målet framgår, enligt min mening, att kommunala upphandlingar utgör ett betydande inslag i anläggningsentreprenader över 10 miljoner kronor och att detta inte är fallet när det gäller mindre entreprenader, som i huvudsak avser privata beställare. Det innebär att konkurrensförhållandena på den marknad där Borås kommun agerat genom försäljning av mark- och anläggningsarbeten till externa aktörer skiljer sig från förhållandena på den kommunala upphandlingsmarknaden, även om överlappningar kan förekomma och avgränsningen inte alltid är helt klar. Borås kommuns säljverksamhet bör därför prövas med utgångspunkt från effekterna på en marknad som inte innefattar kommunal upphandling av stora projekt.

I motsats till tingsrätten anser jag att Konkurrensverket inte har visat att en sådan mindre marknad kan avgränsas enbart med hänvisning till ett högsta kontraktsvärde på 10 miljoner kronor. Verket har inte till grund för talan gjort gällande att fråga är om olika delmarknader och har i enligt härmed inte lagt fram någon utredning om hur förhållandena är på olika delmarknader av detta slag. Verkets talan bör därför ogillas på den grunden.

Överröstad i denna del är jag i övrigt ense med majoriteten.

