

Förvaltningsrätten i Stockholm
Avdelning 33
115 76 Stockholm**Mål nr 24012-17****Daniel Beijner ./ Stockholm stad
angående laglighetsprövning enligt kommunallagen**

Stockholms stad, nedan staden, har förelagts att yttra sig över innehållet i handlingar, aktilaga 1-7.

Överklagandet

Daniel Beijner har överklagat Stockholms idrottsnämnds beslut den 19 september 2017 § 109 Tjänstekoncessionskontrakt Högdalens sim- och idrottshall – uppföljning av upphandlad verksamhet Dnr 02.04.03/836/2017 och yrkar att Förvaltningsrätten ska upphäva beslutet att återgå till att bedriva verksamheten i Högdalens sim- och idrottshall i egen regi.

Som grund har klaganden anført att beslutet hänför sig till verksamhet som inte är en angelägenhet för kommunen och strider mot lag samt att kommunen överskridit sina befogenheter, varför det ska upphävas enligt 10 kap. 8 § kommunallagen (nedan KL).

Klaganden har vidare angett att bedriva gym- och relaxverksamhet inte ryms vare sig inom den allmänna kompetensen i 2 kap. 1 § KL eller inom den sedvanliga befogenheten att bedriva näringsverksamhet enligt 2 kap. 7 § KL eller inom de särskilda befogenheter som följer av lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. Högdalens sim- och idrottshalls gym- och relaxverksamhet är inte av begränsad omfattning, varför heller inte så kallad anslutningskompetens föreligger. Kommunen har därför överskridit sina befogenheter och handlat i strid mot lag genom att besluta att bedriva verksamheten i anläggningen i dess helhet i egen regi.

Det överklagade beslutet

Det nu överklagade beslutet framgår av protokollsutdrag, *bilaga 1*.

Staden uppfattar att överklagandet avser punkten 2 i beslutet, dvs. 2. Idrottsnämnden beslutar att återgå till att bedriva verksamheten i Högdalens sim- och idrottshall i egen regi.

Inställning

Staden bestrider yrkandet.

Staden vill erinra om att vid laglighetsprövning gäller som huvudregel att klaganden har bevisbördan för att visa att beslutet ska upphävas på någon av de grunder som anges i 10 kap. 8 § KL. Vidare kan endast beslutets laglighet och inte dess lämplighet prövas inom ramen för laglighetsprövningsprocessen.

Bemötande

Vad klaganden anfört i sitt överklagande hänför sig – enligt stadens mening – endast till prövningsgrunden att beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen (10 kap. 8 § p.1 KL). Prövningsgrunden ”det organ som har fattat beslutet har överskridit sina befogenheter” (10 kap. 8 § p.3 KL) tar sikte på att om rätt organ i kommun fattat beslutet och att beslutet strider mot lag eller annan författning (10 kap. 8 § p.4 KL) tar sikte på om ett beslut strider mot lag eller annan författning på annat sätt än de tre första prövningsgrunderna i paragrafen (se prop. 2016/17:171 s. 263-264).

Vad gäller beslutets innebörd hänvisas till tjänsteutlåtandet i ärendet, *bilaga 2*.

I korthet innebär beslutspunkten alltså att staden från den 1 juli 2018 åter ska bedriva verksamhet i den sim- och idrottshall i Högdalen som staden låtit bygga i slutet av 1960-talet och som, förutom under en sexårsperiod med tjänstekoncession, alltsedan invigningen 1971 bedrivits av staden i egen regi. Beslutet innefattar inga ställningstaganden om hur staden efter återgången kommer att bedriva verksamheten i hallen.

Klaganden inriktar sig i överklagandet på delar av den verksamhet, närmare bestämt gym- och relaxverksamheten, som Actic Sverige AB (nedan Actic) idag bedriver i hallen. Staden uppfattar att det görs gällande att dessa delar inte ryms inom den kommunala kompetensen och att klaganden inbegriper gruppträning i begreppet gymverksamhet.

Klaganden har i sitt överklagande hänvisat till Marknadsdomstolens dom MD 2015:12 Konkurrensverket ./ Aktiebolaget Strömstads Badanstalt. Staden vill betona att den domen avser en talan enligt de särskilda bestämmelserna om offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen (2008:579) – en prövning med andra huvudfrågor och en annan processuell ram med andra processuella regler och beviskrav än en laglighetsprövning enligt 10 kap. KL. Tolkningen av den kommunala kompetensen ingår som ett moment i grunden för den konkurrensrättsliga bedömningen av frågan om huruvida förutsättningarna är uppfyllda för att med stöd av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen meddela förbud mot att en offentlig aktör tillämpar ett visst konkret beskrivet förfarande.

Som klargörs i förarbetena (prop. 2008/09:231 s. 39 f) är det inte förvaltningsdomstols uppgift att ingripa på de grunder och i de former som konkurrenslagen anger. Förvaltningsrättens prövning i laglighetsprövningsmål ska endast ta sin utgångspunkt i KL:s bestämmelser. Frågor om förbud enligt konkurrenslagens bestämmelser ska prövas av Stockholms tingsrätt på talan antingen av Konkurrensverket eller i vissa fall ett företag som berörs av en säljverksamhet (3 kap. 32 § konkurrenslagen).

Marknadsdomstolens dom om Aktiebolaget Strömstads Badanstalt ger därför inte någon vägledning för bedömningen av den kommunala kompetensen enligt KL i detta mål.

Staden redovisar nedan sin syn på den kommunala kompetensen och drift av sim- och idrottshallar innefattande friskvårdsaktiviteter såsom gym och gruppträning, vilka ingår i den verksamhet som staden för närvarande driver i flertalet av stadens totalt 10 st anläggningar.

Kommunal angelägenhet

All den verksamhet som staden bedriver i sina sim- och idrottshallar är kompetensenlig enligt KL. De friskvårdstjänster som ingår i verksamheten är kompetensenliga och i vart fall ryms dessa inom anknytningskompetensen.

Som framgår av tjänsteutlåtandet har staden tidigare bedrivit verksamheten i Högdalens sim- och idrottshall med gott resultat och det är den samlade bedömningen att den verksamhet som Actic bedriver i anläggningen inte uppfyller de krav som staden ställt på verksamheten eller de åtaganden bolaget gjort avseende verksamhetsutveckling (t.ex. för prioriterade grupper i det idrottspolitiska programmet) men inte heller avseende andra avtalsförpliktelser som är skäl för att inte förlänga det upphandlade tjänstekoncessionskontraktet inklusive nyttjanderättsavtal med Actic.

Även om beslutet att återgå till bedriva verksamheten i egen regi inte innefattar ställningstaganden om stadens kommande verksamhet, t.ex. avseende gym- och gruppträningsverksamhet, så innebär beslutet att Högdalens sim- och idrottshall åter blir en del av stadens sim- och idrottshallar och kommer att drivas i enlighet med kommunala beslut. Det idrottspolitiska programmet kommer att revideras inom kort.

2 kap. 1 § kommunallagen

Den grundläggande bestämmelsen om kommunernas allmänna kompetens finns i 2 kap. 1 § KL.

Denna kommunala kompetensbestämmelse fick sitt nuvarande sakliga innehåll genom lagändringar år 1948 (SOU 1947:53, prop. 1948:140). Avsikten med en så allmänt formulerad regel är att de kommunala befogenheterna fortgående ska kunna anpassas efter samhällsutvecklingens krav och att de närmare gränserna för kommunernas och landstingens verksamhet ska läggas fast genom rätts-tillämpningen (prop. 1990/91:117 s. 27).

Enligt lagtexten får en kommun ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar. Om det med hänsyn till arten av ett visst ändamål anses vara ett allmänt intresse att en kommun främjar det ändamålet, är kommunen berättigad till detta – även om åtgärden kommer bara en mindre del av kommunens område eller ett mindre antal av medlemmarna direkt till godo. Allmänintresset förutsätter alltså inte att ett kvantitativt betydande behov är för handen (prop. 1990/91:117 s. 148).

Enligt lagmotiven ska kompetensfrågan bedömas utifrån bedömningen om det är lämpligt, ändamålsenligt, skäligt m.m. att kommunen befattar sig med den aktuella angelägenheten. Bestämmelsen ger utrymme för olika bedömningar och kan variera från tid till annan och från landsdel till landsdel (*Bohlin, Kommunalrättens grunder 7 uppl s. 104*).

2 kap. 7 § kommunallagen

Enligt 2 kap. 7 § KL får näringsverksamhet bedrivas av kommuner om den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt de egna kommunmedlemmarna och drivs utan vinstsyfte, s.k. sedvanlig kommunal verksamhet.

Detta är ett uttryck för den kommunalrättsliga grundprincipen om förbud mot spekulativa företag, som innebär att en kommun inte får

inlåta sig på företag som har till huvudsakligt syfte att ge kommunen en ekonomisk vinst. Den kommunala verksamheten ska alltså bäras upp av ett allmänt och samhälleligt intresse. Syftet ska vara att betjäna de egna medlemmarna, men ingenting hindrar att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmarna.

I praxis har kommunerna en helt oomtvistad rätt att vara verksamma på en rad områden som vanligen ses som en del av näringslivet. Exempel på sådana kommunala verksamheter är bostadsföretag, tvätterier, el-, gas- och värmeverk, renhållningsverk, fryserier, saluhallar, slakthus, parkeringsanläggningar, buss-, spårvägs- och sjötrafikföretag, hamnar, flygplatser samt rörelser för att tillhandahålla idrottsarenor och olika fritids- och nöjesanläggningar.

Anknytningskompetens

I praxis (se bl.a. RÅ 1964 I 86 och RÅ 1968 K 61) och sedermera även genom förarbetena till KL (prop. 1990/91:117 s.152) har en princip om anknytningskompetens vuxit fram. Denna går ut på att en viss verksamhet, trots att den normalt faller utanför den kommunala kompetensen, kan tillåtas om den har ett nära och naturligt samband med en redan befintlig och erkänd kommunal verksamhet. En annan ordning har ansetts som opraktiskt eller verklighetsfrämmande.

Närmare om drift av sim- och idrottshallar i praxis och doktrin

Till kommunernas allmänna kompetens hör bl.a. idrotts- och fritidsverksamhet. I praxis har det fastslagits att uppförande/drift av idrotts- och simhallar utgör sådana åtgärder som normalt är av allmänt kommunalt intresse och att de därmed omfattas av kommunens kompetens (se bl.a. RÅ 1924 ref. 4, RÅ 1970 C 85, RÅ 1973 A 165).

Från senare rättspraxis från förvaltningsdomstolarna kan nämnas ett avgörande från 2006 där Kammarrätten i Stockholm bedömde att det är kompetensenligt att bygga ut en kommunal simhall för att möjliggöra för en entreprenör att bedriva solarie- och gymverksamhet där (Kammarrätten i Stockholm dom 2006-04-06 Mål nr 4687-05). Och i ett annat kammarrättsfall från samma år har den friskvårdsverksamhet som Friskis & Svettis IF Haninge bedriver bedömts falla inom området för den kommunala kompetensen (Kammarrätten i Stockholm dom 2016-04-26 Mål nr 6516-05).

I doktrinen har betonats att badverksamheten och därmed förknippade tjänster har en lång tradition. Kommunalt engagemang i fritidsverksamhet i form av idrottshallar, där gymnastikverksamhet har bedrivits sedan länge grundades främst på folkhälsoskäl. Det som skiljer denna klassiska verksamhet och dagens gymverksamhet åt

skulle då enbart vara redskapen lokalerna utrustats med och således skulle gymverksamhet, av folkhälsoskäl, kunna inrymmas i den kommunala kompetensen (*Riberdahl, Kommunerna och konkurrensen, FT häfte nr 2/2000 s. 63 f*).

Den svenska kommunalrätten intar en relativt tillåtande hållning till kommunalt engagemang i friskvårdsverksamhet – oavsett om det rör sig om att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar i form av idrotts- och simhallar eller olika friskvårdstjänster som tillhandahålls på den öppna marknaden (*Indén, Kommunen som konkurrent s. 269*).

Folkhälsan i Stockholm – stadens uppgift

I slutet av 1800-talet började det växa fram kommunala badhus i Sverige. Syftet var att ge befolkningen bättre möjligheter att hålla sig rena. Under hand har sedan verksamheten vid baden mer kommit att motiveras av folkhälsoskäl.

Dagens simhallar efterfrågas av allmänheten för simning – såväl simskola som simträning, gruppträning och gym, rehabilitering, allmän rekreation, trivsel och välbefinnande. De flesta kommuner erbjuder därför sedan länge så kallade kringaktiviteter i form av friskvårdstjänster, såsom gruppträning och gym i de kommunala simhallarna.

Stockholms idrottsnämnd har hand om Stockholms stads idrotts- och fritidsverksamhet och har till uppgift att bl.a. främja idrott och friluftsliv för stadens invånare. Detta sker genom att erbjuda möjligheter till idrott, motion och friluftsliv till gagn för stockholmarnas hälsa.

Stockholms kommunfullmäktige antog ett nytt idrottspolitiskt program 2013, ett styrdokument för alla Stockholms stads nämnder och bolag. I programmet anges visionen att alla stockholmare ska kunna utöva idrott och motion utifrån egna önskemål och förutsättningar. I Stockholms stad ska tillgången till och närheten till ytor och anläggningar erbjuda goda möjligheter till fysisk aktivitet, bättre livskvalitet och därmed förbättrad folkhälsa.

I stadens sim- och idrottshallar bedriver staden verksamhet inklusive ledarledda aktiviteter. Simhallarna erbjuder framför allt simning men även simskola, gruppträning, gym och olika kurser. Enligt de begrepp staden använder i sin verksamhet saknas relaxverksamhet och vi skiljer på gruppträning och gym. Stadens gymverksamhet innebär fysisk träning med utrustning i vissa simhallar.

Utbudet av friskvårdsaktiviteter har framförallt byggts upp under de senaste tjugofem åren. Gruppträning och gym bedrivs i begränsad omfattning och då sett till såväl ianspråktagen yta som i ekonomiska termer. Med hänsyn till att det är fråga om konkurrensutsatt verksamhet och med beaktande av kommunallagens bestämmelser bedrivs gruppträning och gym utan vinstsyfte och med beaktande av självkostnadsprincipen. En del aktiviteter innebär intäkter för staden och en del, exempelvis de som riktar sig mot de i det idrottspolitiska programmet prioriterade grupperna, innebär kostnader för staden. De prioriterade grupperna är ungdomar 13-20 år särskilt flickor, flickor 7-20 år med utländsk bakgrund, personer i alla åldrar med funktionsnedsättning samt barn och ungdomar med låg socioekonomisk bakgrund. Förutom de prioriterade grupperna så är sim- och idrottshallarna ofta utgångspunkter för särskilda insatser riktade till exempelvis ensamkommande flyktingungdomar, ungdomar knutna till sociala insatsgrupper och unga som står utanför arbetsmarknaden. Denna typ av insatser planeras tillsammans med andra aktörer i Stockholms stad t.ex. utbildnings-, social- och arbetsmarknadsförvaltningarna samt stadsdelsförvaltningarna.

Den gruppträning som sker i simhallarna innefattar såväl fysisk aktivitet i vatten – främst vattengympa – och träning i lokal såsom qigong, smartstart, core och cykel. Gruppträningen bedrivs ur ett hälsofrämjande perspektiv i friskvårdssyfte och anläggningarna erbjuder således inte rehabiliterande pass eller pass med kliniskt medicinskt syfte. När gruppträningsscheman läggs arbetar staden mot olika prioriterade målgrupper enligt det idrottspolitiska programmet.

Gymmen har i huvudsak samma öppettider som hallarna och gyminstruktioner ges av personal som har sina huvudsakliga arbetsuppgifter kopplade till bad. Gyminstruktionerna ska inte förväxlas med personlig träning (PT), den tjänsten ingår inte alls i stadens utbud. Redskapen, träningsmaskinerna, hyr staden av ett privatägt företag. Inhyrningen har föregåtts av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Lokalerna för aktiviteten ser olika ut i olika hallar, oftast är det fråga om tomutrymmen och i några fall har anpassning skett efter ombyggnation.

Såväl gruppträning som gym är alltså naturliga och integrerade delar av det pågående folkhälsoarbete som staden sedan lång tid tillbaka bedrivit och alltjämt bedriver till gagn för stockholmarna i stadens sim- och idrottshallar. Dessa allmännyttiga tjänster svarar upp

mot stockholmarnas förväntningar och behov samt har ett funktionellt samband med övrig verksamhet i anläggningarna. Även ur ett verksamhetsmässigt perspektiv ser staden fördelar med att erbjuda sådana aktiviteter. Den egna verksamheten bidrar till att nå de angivna prioriterade målgrupperna och att det är samma huvudman gör det enkelt för stockholmarna att kunna kombinera bad och träning.

Särskilt med den ökande medvetenheten om fysisk aktivitet och stadens verksamhetsinriktning som beskrivits ovan med de nämnda prioriterade grupperna är det ett angeläget kommunalt intresse. Idrott och motion spelar även en viktig roll i stadens strävan att skapa trygga och levande stadsdelar. I ett demokratiskt hållbart Stockholm ska alla känna sig inkluderade och kunna utöva idrott och motion utifrån sina förutsättningar.

Grupptränings- och gymverksamheten i stadens sim- och idrottshallar sker i begränsad omfattning (även sett ur ett konkurrensrättsligt perspektiv) och hör till sedvanlig kommunal affärsverksamhet inom ramen för kompetensen enligt KL. I vart fall ryms den inom anknytningskompetensen.

Högdalens sim- och idrottshall (anläggningen)

Klaganden har i sitt överklagande inriktat sig på delar av den verksamhet i simhallsdelen av anläggningen som Actic idag driver enligt tjänstekoncessionskontrakt med staden. Uppdraget innefattar att självständigt och på eget ansvar bedriva verksamheten enligt de villkor som anges i avtal. Verksamheten ska följa det idrottspolitiska programmet och bedrivas inom ramen för folkhälsoperspektivet. Enligt förfrågningsunderlaget avseende drift och skötsel av Högdalens sim- och idrottshall innebär en tjänstekoncession att den som efter anbudsförfarande tilldelas tjänstekoncessionskontraktet själv äger tillgodogöra sig verksamhetens intäkter och därmed själv i alla delar bär den affärsmässiga risken vid driften av verksamheten. I underlaget anges också att tjänstekoncession ger den leverantör som antas en stor möjlighet att själv påverka det affärsmässiga och verksamhetsmässiga innehållet av driften och utvecklingen av verksamheten i anläggningen.

Som framgår av tjänsteutlåtandet till det överklagade beslutet har Actic bl.a. inte följt villkoren om återrapportering eller redovisat statistik till staden enligt gällande avtal. Med hänsyn till att beslutet inte säger hur staden efter återgång kommer att bedriva verksamheten i Högdalens sim- och idrottshall (det verksamhetsmässiga in-

nehållet av driften) saknar vad klaganden angett om Actics nuvarande verksamhet där, enligt staden, relevans för laglighetsprövningen. Staden vill ändå bemöta klagandens uppgifter.

Anläggningen består alltså av såväl en simhall som en idrottshall. Idrottshallen har måtten 20 x 40 m med läktare med plats för c:a 200 åskådare, med lokaler: 1 aktivitetslokal (används för bl.a. bågskytte och bordtennis) och 3 motionsrum. Staden vitsordar uppgifterna om bassänger, relaxavdelningar, gym och gruppträningssalar både vad gäller ytor och omfattning av gruppträningsverksamhet samt uppgifterna om bolagets anläggningstillgångar i gymmet. Enligt avtal ska Actic själv avtala och finansiera gymtrustning anpassad för olika kundgrupper. Vid avflyttning ska Actic bortföra av bolaget ägd fast och lös inredning om inte annat överenskommes. Staden vitsordar att Actic i gymmet erbjuder personliga tränare och att bolaget driver kommersiell relaxverksamhet, detta inte ingår i stadens utbud. Siffrorna visar att Actic inriktat sin verksamhet på gym- och gruppträningsverksamhet på ett helt annat sätt än vad som framgår av kraven enligt gällande avtal. Dessa delar av verksamheten i simhallen har bedrivits på ett mer begränsat sätt före tjänstekoncessionskontraktet med Actic.

Staden bestrider uppgifterna om företags- och skolklasser, antalet medlemmar och uppgifterna om hur många procent av medlemmarna som besöker simhallen någon gång samt vad klaganden uppgett om intäkter från separata besökare av simhallen. Taxor för de ifrågasatta delarna av verksamheten i anläggningen fastställs av Actic. Staden kan heller inte vitsorda lämnade uppgifter om personalen, men noterar att uppskattningen av hur många som arbetar i gymmet styrker stadens uppfattning att inriktningen på verksamheten är en annan än den avsedda enligt avtalet med Actic.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har klaganden inte visat att det överklagade beslutet innebär att beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen. Klaganden har inte anfört några omständigheter som ska medföra att beslutet ska anses olagligt enligt 10 kap. 8 § KL. Överklagandet ska avslås.

Bilagor

1. Protokollsutdrag § 109 Tjänstekoncessionskontrakt Högdalens sim- och idrottshall – uppföljning av upphandlad verksamhet Dnr 02.04.03/836/2017.
2. Tjänsteutlåtande dnr 02.04.03/836/2017 till grund för i punkt 1 ovan omnämnda nämndbeslut.