

Enligt sändlista

**Stiftelsen Svenska Mässan, Svenska Mässan och Möten AB och
Gothia Towers AB:s anlitande av vaktbolag****Konkurrensverkets beslut**

Stiftelsen Svenska Mässan, Svenska Mässan och Möten AB och Gothia Towers AB utgör inte upphandlande myndigheter enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU"). Konkurrensverket skriver därför av ärendet från vidare handläggning.

Ärendet

Konkurrensverket inledde granskningen efter att ha mottagit ett tips om att Svenska Mässan och Möten AB ("Svenska Mässan") och Gothia Towers AB ("Gothia Towers") borde anses vara offentligt styrda organ och därmed skyldiga att tillämpa LOU. Svenska Mässan och Gothia Towers är helägda dotterbolag till Stiftelsen Svenska Mässan ("Stiftelsen").

Svenska Mässans verksamhet består huvudsakligen i att arrangera mässor i mässbyggnaden vid Korsvägen i Göteborg. Gothia Towers bedriver sin verksamhet i tre hotellbyggnader som ligger vägg i vägg med Svenska Mässan. Där kan man förutom att hyra hotellrum, nyttja konferensanläggningar och gå på restaurang.

Svenska Mässan och Gothia Towers ska ha ingått avtal med Global Security IPS avseende vakt/värdtjänster utan föregående annonsering. Upphandlingens slutförande tillkännagavs 25 juni 2014 och IPS tillträdde 1 augusti samma år. Enligt tipset avropas vakttjänster för minst tre miljoner kronor per år av Gothia Towers och ca 650 000 kronor per år av Svenska Mässan.

Konkurrensverket bad därför Stiftelsen, Gothia Towers och Svenska Mässan att redogöra huruvida de anser sig utgöra en upphandlande myndighet i enlighet med LOU och om de tillämpar reglerna om offentlig upphandling.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se

Av deras svar framgår att de inte tillämpar reglerna om offentlig upphandling och inte anser sig vara upphandlande myndigheter då de är ekonomiskt fristående och inte ägs eller kontrolleras av någon kommun, något landsting eller annan statlig myndighet.

Konkurrensverket har med anledning av svaret valt att inrikta utredningen till frågan om Stiftelsen, Gothia Towers och Svenska Mässan är skyldiga att följa upphandlingslagarna.

Konkurrensverket har varit i kontakt med Göteborgs Stad och Västra Götalandsregionen ("VGR") för att undersöka om något finansiellt stöd utgår till Stiftelsen, Svenska Mässan eller Gothia Towers.

Skäl

Rättsläget

LOU bygger på Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ("direktiv 2004/18/EG"). Direktiv 2004/18/EG har ersatts av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling ("direktiv 2014/24/EU"). Direktiv 2014/24/EU har dock ännu inte genomförts i svensk rätt. EU:s direktiv för offentlig upphandling utgör en viktig del i arbetet med att förverkliga den inre marknaden genom att främja den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och att få marknaden att fungera effektivt.

Syftet med upphandlingsreglerna är att upphandlande myndigheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar offentliga upphandlingar, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling. Samtliga offentliga upphandlingar ska vara förenliga med de grundläggande principerna vilket innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet och transparent sätt. Vid upphandlingen ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Dessa principer framgår av 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingsreglerna ska tolkas och tillämpas i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis.

LOU innehåller förfaranderegler som ska tillämpas när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt med ekonomiska villkor till fristående aktörer. Dessa förfaranderegler kännetecknas av att offentliga upphandlingar som huvudregel ska annonseras (7 kap. 1 § LOU) och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud. Även vid icke direktivstyrd upphandling är annonsering huvudregel för att möjliggöra effektiv konkurrens (15 kap. 4 § LOU).

Begreppet upphandlande myndighet definieras i artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG vilken implementerats genom bestämmelser i 2 kap. LOU. En likalydande bestämmelse återfinns i artikel 2.1 p. 4 i direktiv 2014/24/EU. Enligt 2 kap. 19 § p. 1 LOU avses med upphandlande myndighet statliga och kommunala myndigheter. Enligt punkt 2 i samma lagrum ska med myndighet jämföras offentligt styrda organ som avses i 2 kap. 12 § LOU.

Med offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § LOU avses bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och att organet är nära beroende av staten, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt. Förutsättningarna för när ett sådant nära beroende föreligger beskrivs i punkterna 1 till 3 i lagrummet. Punkt 1 riktar in sig på finansieringen som till största delen ska vara täckt av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (Finansieringskriteriet). Punkt 2 tar fasta på kontroll varvid verksamheten ska stå under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (Kontrollkriteriet). Punkt 3 fokuserar på styrelsen eller motsvarande ledningsorgan i vilket mer än hälften av ledamöterna ska vara utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (Styrelsekriteriet).

EU-domstolen har uttalat att begreppet offentligt styrt organ ska ges en funktionell tolkning utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ändamålsenliga verkan.¹ Syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter/offentligt styrda organ tilldelar kontrakt, som risken att upphandlande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än rent ekonomiska.² Vidare har EU-domstolen vid upprepade tillfällen angett att begreppet offentligt styrt organ ska ges en stor räckvidd.³

2 kap. 12 § LOU uppställer tre villkor för när en aktör är ett offentligt styrt organ och därmed ska jämföras med en upphandlande myndighet: (1) organet ska utgöra en juridisk person, (2) organet ska tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och (3) organet ska ha en nära anknytning till staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet som kan baseras på finansiering, kontroll eller en majoritet av de utsedda ledamöterna i styrelsen. EU-domstolen har påpekat att de tre villkoren är

¹ Se bl.a. mål 31/87 *Beentjes*, punkt 11, C-360/96 *BFI Holding*, punkt 34, C-353/96 *Irish Forestry Board*, punkt 36 och C-470/99 *Universale-Bau* punkt 53.

² Se bl.a. *Universale-Bau* punkt 52 och mål C-337/06 *Bayerischer Rundfunk*, punkt 36-37.

³ Se mål C-283/00 *Kommission mot Spanien (SIEPSA)*, punkt 73, C-214/00 *Kommissionen mot Spanien*, punkt 53 och mål C-373/00 *Adolf Truley*, punkt 42-43.



kumulativa, samtliga ska vara uppfyllda för att aktören ska anses vara ett offentligt styrt organ.⁴

Begreppet behov i det allmännas intresse är ett unionsrättsligt begrepp⁵. Bedömningen ska göras utifrån det behov som faktiskt tillgodoses och inte det behov som organet en gång inrättades för att tillgodose.⁶ Det finns många olika exempel på verksamheter som har ansetts rymmas inom detta begrepp, t.ex. drift av universitet⁷ och anordnande av mässor och utställningar⁸. EU-domstolens praxis visar också att även om ett organ endast till en liten del tillgodoser ett behov som är i det allmännas intresse anses ändå hela verksamheten tillgodose ett behov i det allmännas intresse.⁹

För att avgöra om behovet är av industriell eller kommersiell karaktär ska samtliga faktiska och relevanta omständigheter beaktas. Ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utesluter inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag. Är verksamheten utsatt för utvecklad konkurrens kan det vara ett tecken på att det är fråga om ett behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁰ EU-domstolen har dock sagt att förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.¹¹ Det faktum att den juridiska personen själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet kan också vara en indikation på verksamheten är av kommersiell karaktär.¹² Om det är fråga om behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller behov som staten avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på, talar detta för att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹³ EU-domstolen har också konstaterat att det är föga sannolikt att ett organ som verkar på marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär förlusterna av sin verksamhet tillgodoser ett behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁴

Arrangerandet av mässor ansågs av EU-domstolen i målet *Agorà och Excelsior* tillgodose ett behov av kommersiell karaktär hos både utställaren, genom att skapa en möjlighet för dem att marknadsföra sig, och besökaren, genom att ge

⁴ Se mål C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.*, punkt 21 och förenade målen C-223/99 och C-260/99 *Agorà och Excelsior*, punkt 26.

⁵ Jmf *Adolf Truley*, punkt 45.

⁶ *Universale-Bau* punkt 63.

⁷ Se mål C-380/98 *University of Cambridge*.

⁸ Se *Agorà och Excelsior*.

⁹ Se *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.*, punkt 25-26.

¹⁰ Se *BFI Holding*, punkt 49 (fallet rör tilldelning av kontrakt avseende insamling av avfall) och *Agorà och Excelsior*, punkt 38.

¹¹ Se *Adolf Truley*, punkt 61 (fallet rör begravningsverksamhet).

¹² Se *Agorà och Excelsior*, punkt 40.

¹³ Se *BFI Holding*, punkt 51.

¹⁴ Se mål C-18/01 *Korhonen*, punkt 51.



dem möjlighet att komma i kontakt med försäljare.¹⁵ Mäss- och utställningsarrangörer anses också skyddade av etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten av varor.¹⁶ Då verksamheten är skyddad av dessa friheter ansåg EU-domstolen att arrangerandet av mässor inte är ett behov som staten i allmänhet väljer att tillgodose eller som den avser att ha ett avgörande inflytande på.¹⁷ Mässarrangören i fråga, *Ente Fiera*, ansågs dessutom bedriva en konkurrensutsatt verksamhet utifrån effektivitets- och lönsamhetskriterier och ansågs därför tillgodose ett behov av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁸

Utöver kraven på juridisk person och tillgodoseande av ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska ett offentligt styrt organ ha en nära anknytning till offentliga myndigheter för att jämföras med en upphandlande myndighet. Denna anknytning anses föreligga om minst ett av de tre alternativa kriterierna offentlig finansiering, offentlig kontroll eller offentlig styrelserepresentation är uppfyllt. Enligt EU-domstolen ska varje enskilt kriterium tolkas funktionellt, det vill säga oberoende av de formella reglerna för dess tillämpning, och vid bedömningen av varje kriterium ska det undersökas om det finns en nära anknytning till de offentliga myndigheterna.¹⁹

Avseende offentlig finansiering är det endast ekonomiskt stöd utan särskild motprestation som är av relevans vid bedömningen om det kan anses utgöra offentlig finansiering.²⁰ Kriteriet omfattar även indirekt finansiering.²¹ För att ta höjd för att finansieringen av ett organ kan variera från år till år ska kvalificeringen som upphandlande myndighet göras på årsbasis. Beräkningen av ett organs finansiering ska göras med utgångspunkt i de siffror som är tillgängliga i början av budgetåret även om de är provisoriska.²²

Kriteriet avseende offentlig kontroll syftar till att bestämma om ett organ står under sådan tillsyn som innebär att det är knutet till en upphandlande myndighet på ett sådant sätt att det är möjligt för den senare att utöva inflytande över ett organs beslut vad gäller offentlig upphandling.²³ Om en upphandlande myndighet har möjlighet att utöva en aktiv tillsyn och kontroll avseende ett offentligt styrt organs löpande förvaltning torde kriteriet ofta kunna vara uppfyllt. EU-dom-

¹⁵ Se *Agorà och Excelsior*, punkt 39.

¹⁶ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av den inre marknadens regler för mässor och utställningar, EGT 1998, C 143, sidan 2-3.

¹⁷ Se *Agorà och Excelsior*, punkt 41.

¹⁸ *Ibid.*, punkt 43.

¹⁹ Se mål C-526/11 *IVD GmbH & Co. KG mot Ärztekammer Westfalen-Lippe*, punkt 21.

²⁰ Se *University of Cambridge*, punkt 21.

²¹ Se *IVD GmbH & Co. KG mot Ärztekammer Westfalen-Lippe*, punkt 24-25.

²² Se *University of Cambridge*, punkt 40-41.

²³ Se mål C-237/99 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 48.

stolen har ansett att en enkel granskning i efterhand av det aktuella organets förvaltning inte uppfyller villkoret administrativ tillsyn.²⁴

Det slutliga alternativa kriteriet om offentlig styrelserepresentation är uppfyllt om mer än hälften av styrelseledamöterna utses av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Konkurrensverkets bedömning

Inledningsvis kan det konstateras att Stiftelsen, Svenska Mässan och Gothia Towers är juridiska personer och uppfyller därmed villkoret i 2 kap. 12 § första stycket LOU.

Nästa steg i bedömningen innebär att avgöra huruvida Stiftelsen, Svenska Mässan och Gothia Towers har en nära anknytning till staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 12 § p. 1-3 LOU.

Finansieringskriteriet

Koncernen inom vilken Stiftelsen är moderbolag och Gothia Towers och Svenska Mässan är några av flera dotterbolag, hade 2014 en omsättning om sammanlagt 925 miljoner kronor och ett positivt rörelseresultat om 74 miljoner kronor.²⁵ Inga tillskott från Göteborgs Stad, VGR eller någon annan offentlig aktör ska ha skett till koncernen under 2014 och 2015. Varken Stiftelsen, Gothia Towers eller Svenska Mässan kan därmed anses vara till största delen finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Kontrollkriteriet

En stiftelse kan inte ägas och därmed inte kontrolleras av annat organ utan styrs enligt 2 kap. 1 § stiftelselagen (1994:1220) av sitt stiftelseförordnande. Av stadgarna till Stiftelsens stiftelseförordnande framgår att den har som ändamål att främja näringslivets intressen genom att arrangera varumässor.²⁶

Svenska stiftelser står enligt 9 kap. stiftelselagen under länsstyrelsens tillsyn. Tillsynen syftar till att säkerställa att stiftelseförordnandet följs, att stiftelselagen följs och att styrelseledamöter och förvaltare inte missköter sina uppdrag. Tillsynsmyndigheten kan bland annat begära in handlingar och kalla till möten. De kan också rikta åtgärder mot enskilda styrelseledamöter, bland annat skilja dem från sina uppdrag om de är obehöriga och förelägga dem att fullgöra sina åligganden. Dessutom kan de i vissa fall förordna en revisor och väcka talan om skadestånd.

²⁴ Se *Adolf Truley* punkt 70.

²⁵ Se Bilaga 1, Årsredovisning Svenska Mässan Stiftelse 2014, sidan 6.

²⁶ Se Bilaga 2, Stadgar för Svenska Mässan Stiftelse, 2012-01-19, § 1.

Tillsynen innebär därmed inte att länsstyrelsen har ett aktivt inflytande över den löpande förvaltningen av Stiftelsen. De har heller inte något inflytande över dess beslut gällande upphandling och inköp. Tillsynen innebär därmed inte att länsstyrelsen utövar en sådan kontroll över den löpande förvaltningen som krävs för att kontrollkriteriet, enligt EU-domstolens praxis, ska anses vara uppfyllt.

Då Gothia Towers och Svenska Mässan är helägda dotterbolag till Stiftelsen kontrolleras de av sitt moderbolag. Eftersom Stiftelsen inte står under sådan kontroll som avses i 2 kap. 12 § p. 2 LOU, så gör inte heller de av Stiftelsen kontrollerade Gothia Towers och Svenska Mässan det.

Styrelsekriteriet

Stiftelsens styrelse består av tio ledamöter vilka utses av huvudmannarådet. Huvudmannarådet består av totalt 35 ledamöter varav tre är utsedda av Göteborgs kommunfullmäktige, tre av andra upphandlande myndigheter, 13 av diverse branschorganisationer och resterande 16 utses av huvudmannarådet självt.

Tre av de tio ledamöterna i Stiftelsens styrelse är reserverade åt de som är utsedda av Göteborgs kommunfullmäktige att sitta i huvudmannarådet. Övriga sju ledamöter i styrelsen, inklusive ordföranden och vice ordföranden, är valda av huvudmannarådet. Svenska Mässans och Gothia Towers respektive styrelser utses av Stiftelsen.

Av utredningen framgår därmed inte att fler än hälften av ledamöterna i Stiftelsens, Gothia Towers eller Svenska Mässans styrelser är utsedda av kommun eller annan upphandlande myndighet. Styrelsekriteriet så som det avses i 2 kap. 12 § p. 3 LOU är därmed inte uppfyllt.

Varken Stiftelsen, Svenska Mässan eller Gothia Towers uppfyller således något av anknytningskriterierna i 2 kap. 12 § LOU.

Allmännas intresse

Stiftelsen, Gothia Towers och Svenska Mässan har till gemensamt syfte att främja näringslivet genom att locka besökare till Göteborg genom ett helhetserbudande bestående av bland annat hotell, möten, mässor och utställningar och tillgodoser därför ett behov i det allmännas intresse.²⁷

Kommersiell eller industriell karaktär

Göteborgs stad har sedan 1991 gått i borgen till ett belopp om 325 miljoner kronor för Stiftelsens lån att finansiera en ny kongresshall.²⁸ Borgensåtagandet är knutet till ett lån för uppförandet av en byggnad och innebär inte något allmänt stöd till

²⁷ För ett liknande resonemang se, *Agorà och Excelsior*, punkt 33-34.

²⁸ Se Bilaga 3, Kommunal borgen för lån till Svenska Mässan, 1991-04-25.

verksamheten. Borgensåtagandet innebär därmed inte att Göteborgs stad bär den ekonomiska risken för Stiftelsens verksamhet.

Gothia Towers bedriver hotell-, konferens- och restaurangverksamhet. Den absoluta majoriteten av hotell, konferensanläggningar och restauranger i Sverige bedrivs i privat regi och i utvecklad konkurrens med varandra. Det är därmed en omständighet som tyder på att det inte är ett behov som staten eller någon annan offentlig aktör i allmänhet väljer att tillgodose eller som den avser att ha ett avgörande inflytande på. Eftersom inget av anknytningskriterierna är uppfyllda finner inte Konkurrensverket något skäl att ytterligare utreda om Gothia Towers tillgodoser ett behov av industriell eller kommersiell karaktär.

Svenska Mässans främsta verksamhet är att anordna mässor. EU-domstolen har i avgörandet i målet *Agorà och Excelsior* konstaterat att mässarrangören *Ente Fiera* ansågs tillgodose ett behov som var av industriell eller kommersiell karaktär. Med hänsyn till avgörandet samt till att inget av anknytningskriterierna är uppfyllda finner inte Konkurrensverket något skäl att ytterligare utreda om Svenska Mässan tillgodoser ett behov av industriell eller kommersiell karaktär.

Slutsats

Av Konkurrensverkets utredning framgår således att Stiftelsen Svenska Mässan och dess helägda dotterbolag Svenska Mässan och Möten AB och Gothia Towers AB är juridiska personer men att inget av organen kan anses ha en sådan nära anknytning till det offentliga som krävs för att vara ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § p. 1-3 LOU. Organen tillgodoser dessutom ett behov i det allmännas intresse men eftersom de inte uppfyller något av anknytningskriterierna finner Konkurrensverket inte det nödvändigt att göra en fullständig utredning av om behoven är av industriell eller kommersiell karaktär. Det finns därför inte skäl att närmare granska Svenska Mässan och Möten AB och Gothia Towers AB:s avtal med Global Security IPS avseende vakt/värdtjänster.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Gustav Knopp.



Dan Sjöblom



Gustav Knopp

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats