

Göteborgs kommun
Stadsledningskontoret
404 81 Göteborg

Göteborgs kommun – avtal om evenemangsverksamhet

Konkurrensverkets beslut

Göteborgs kommun har brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling genom att anslå budgetmedel för åren 2014, 2015 och 2016 åt det delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt AB för utförande av tjänster åt Göteborgs kommun, ett kommunalförbund och ett antal privata organisationer. Dessa budgetanslag är vart och ett att anse som offentliga upphandlingskontrakt, vilka skulle ha annonserats enligt 7 kap. 1 § LOU.¹

Ärendet

Vi uppmärksammade under hösten 2014 att ni, Göteborgs kommun, sedan i vart fall 1991 årligen betalat uppdragsersättning till ett av er delägt aktiebolag, Göteborg & Co Träffpunkt AB (Göteborg & Co). Ersättningen fastställs i kommunfullmäktiges budgetbeslut varje år. Den uppgick 2014 till 105,7 miljoner kronor och till 118,9 miljoner kronor 2015. För 2016 har 113,7 miljoner kronor betalats till Göteborg & Co. Syftet med budgetanslaget, som utgör ungefär hälften av bolagets årliga intäkter,² är att finansiera Göteborg & Co:s verksamhet såsom den definierats i bolagsordningen och i ett aktieägaravtal upprättat mellan bolagets ägare. Göteborg & Co:s verksamhet syftar i sin tur till att uppnå ett antal näringspolitiska mål som Göteborgs kommun och ett antal privata delägare har formulerat i bolagsordningen och aktieägaravtalet. Dessa mål, som är till nytta för ägarna, är att utveckla Göteborgsregionen som centrum för besöksnäringen, att

¹ Motsvarande bestämmelse i den nya upphandlingslagstiftningen finns i 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Paragraf- och kapitelhänvisningar i detta beslut avser lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, om inte annat anges särskilt.

² Mellan perioden 2013 och 2016 redovisar Göteborg & Co intäkter om i medeltal 239,4 miljoner kronor per år. I årsredovisningar anges att Göteborg & Co i snitt får 120,6 miljoner kronor i ersättning från kommunen, d.v.s. endast cirka 50 procent av de totala intäkterna. Anledningen till att bolagets redovisade intäkter från kommunen är högre än vad kommunfullmäktige beslutat är att bolaget fått extra anslag av er för finansiering av vissa särskilda satsningar.

³ De privata delägarna, som förfogade över 35 procent av aktierna i Göteborg & Co, var vid den aktuella tiden Föreningen Västsvenska industri- och Handelskammaren, Stiftelsen Svenska Mässan, Stena Line Scandinavia AB, Storhotellgruppen Ek. För., Cityföreningen Ek. För., Göteborgshotellen Ek. För. och SHR/Restaurangföreningen Göteborg.

skapa attraktionskraft för näringslivet och att medverka till utvecklingen av Göteborgsregionens attraktionskraft på näringslivet.

I Göteborg & Co:s affärsplan beskrivs verksamheten enligt följande. Uppdraget från ägarna är att marknadsföra och stärka Göteborg som destination för turism, möten och evenemang. Detta skapar arbetstillfällen och stora ekonomiska värden som är till nytta för ägarna. Ett centralt mål är att genom det övergripande uppdraget skapa affärer för besöksnäringen och bidra till hållbar tillväxt. Därutöver ska lockandet av konferenser och evenemang till Göteborg stärka kommunen och dess företag, vilket framhålls som positivt för utvecklingen i regionen.

Vår granskning avser perioden från hösten 2014 till hösten 2016. Under denna period har ni genomfört en översyn av ert bolagsägande. Våren 2016 inledde ni ett förfarande som syftar till att göra er till ensam ägare av Göteborg & Co.

Göteborg & Co:s verksamhet

Ni har tillsammans med Göteborg & Co:s övriga delägare upprättat ett aktieägaravtal. I aktieägaravtalet anges att Göteborg & Co ska utföra tjänster bestående av utredning, planering, initiering och genomförande av åtgärder som marknadsför Göteborgsregionen som centrum för turism, kongresser, konferenser, mässor och utställningar.⁴ Dessutom ska bolaget marknadsföra Göteborgsregionen som en attraktiv region för näringslivet och för boende. Enligt er ska bolagets verksamhet och det uppdrag ni gett Göteborg & Co, utföras åt er och för övriga ägares räkning. Aktieägaravtalet upphörde att gälla under våren 2016, när de privata delägarna överlät aktierna i Göteborg & Co till er.

Enligt er uppfattning har det aldrig ingåtts något upphandlingspliktigt *avtal*, då medlen betalas ut som uppdragsersättning genom kommunfullmäktiges beslut om *budgetanslag*. Budgetanslaget har enligt er karaktären av ett generellt bidrag, som ges för att utveckla besöksnäringen i Göteborgsregionen. Ni anser därför att budgetanslaget är undantaget från upphandlingslagstiftningen. Göteborg & Co har fått ersättning från er genom att månatligen fakturera en tolftedel av det belopp kommunfullmäktige beslutat i sin budget. På beloppet har 25 procent mervärdesskatt påförts. Därutöver har ni också genom kommunfullmäktigebeslut beviljat utökade medel när Göteborg & Co begärt det, exempelvis när ett visst evenemang inte har kunnat finansieras inom ramen för ordinarie budgetanslag.

Göteborgs kommuns bolagsöversyn

I slutet av september 2011 beslutade kommunfullmäktige att genomföra en bolagsöversyn i syfte att skapa bättre förutsättningar för styrning och uppföljning av kommunens bolag. Skälet för översynen var bland annat att upphandlingslagstiftningens nya bestämmelser om interna kontrakt (de s.k. teckalkriterierna, se

⁴ Aktieägaravtalet, i sin senaste lydelse, antogs år 2009 av Göteborg & Co:s årsstämma efter beslut i kommunfullmäktige 2008.

nedan) påverkade förutsättningarna för kommunens bolag och skulle få stor inverkan över bolagsstrukturen.

I december 2013 beslutade kommunfullmäktige att skapa en ny organisationsstruktur för alla Göteborgs kommuns bolag. Den innefattade förändring av ägarstrukturen hos Göteborg & Co. I kommunfullmäktiges beslut framgick bland annat att bestämmelserna om interna kontrakt i LOU var svåra att hantera inom ramen för den dåvarande bolagsstrukturen. Ert koncernbolag Göteborgs Stadshus AB skulle enligt kommunfullmäktiges beslut initiera och leda en organisationsöversyn av Göteborg & Co i nära samverkan med övriga delägare.

I juni 2014 beslutade kommunfullmäktige om ny inriktning för "klustret Turism, Kultur och Evenemang", där Göteborg & Co ingår.⁵ Enligt beslutet skulle en organisationsöversyn av Göteborg & Co genomföras. Ni angav i skälen för beslutet att Göteborg & Co bedriver en omfattande försäljning av tjänster, och genomför projekt som indirekt kan vara gynnande för enskilda näringsidkare. I beslutsunderlaget anges att uppdragsersättningen har en "karaktär av generell bidrag", eftersom kommunen inte får betala uppdragsersättning till ett bolag den bara äger till hälften eftersom det skulle utlösa upphandlingsskyldighet till följd av LOU:s bestämmelser om interna köp.

Styrelsen i Göteborgs Stadshus AB (den koncernmoder genom vilken ni kontrollerar alla era bolag) fattade i september 2014 beslut om att föreslå ny inriktning för bolagsstyrning till kommunstyrelsen och kommunfullmäktige. Utgångspunkten i förändringsprocessen var att upphandlings-, konkurrens- och statsstödslagstiftning måste beaktas vid förändringsarbetet. Styrelsen konstaterar att vid behov måste aktieägaravtalet avseende Göteborg & Co förändras. Gällande den framtida inriktningen för Göteborg & Co, konstaterar styrelsen att utgångspunkten för en organisationsförändring måste vara att efterleva upphandlingslagstiftningens bestämmelser om interna köp och konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Kommunintressent AB⁶ beslutade i april 2015 att förvärva näringslivets aktier i Göteborg & Co. Kommunfullmäktige tillstyrkte aktieförvärvet i december 2015.

Vid Göteborg & Co:s årsstämma i mars 2016 upprättades en röstlängd där det framgår att Kommunintressent förfogar över 99,2 procent av aktierna i Göteborg & Co. Beträffande de kvarvarande 0,8 procenten av vissa privata ägares andel har

⁵ Bolag som ingår i klustret är Liseberg AB, Got Event AB, Göteborgs Stadsteater AB samt Göteborg & Co Träffpunkt AB.

⁶ Kommunintressent, som ingår i er koncern, har som enda verksamhet att äga aktierna i Göteborg & Co.

ett dödningsförfarande inletts.⁷ Först efter att dödningsförfarandet slutförts kan Kommunintressent förfoga över 100 procent av aktierna.

Ni har fått tillfälle att yttra er över vårt utkast till beslut. Ni bestrider att det funnits en upphandlingspliktig situation i samband med era budgetanslag till Göteborg & Co.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § LOU.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggentreprenader på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på marknaden. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörer möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Avtal som omfattas av upphandlingslagstiftningen

I princip gäller att en tjänst ska upphandlas om leverantören får ersättning för ett utfört uppdrag. Om en verksamhet däremot erhåller ekonomiska bidrag från en upphandlande myndighet, utan att denna utfört något som helst uppdrag, föreligger ingen skyldighet att tillämpa upphandlingsreglerna. Gränsdragningen mellan uppdragsersättning och bidrag kan kräva komplicerade överväganden. En central frågeställning är vad som är ett kontrakt som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Kontrakt definieras i 2 kap. 10 § LOU. Det är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. Det ska avse utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Kontraktet ska undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Med ekonomiska villkor avses alla former av ersättningar som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör. Rekvisiten skriftlighet och undertecknande/signering fyller inte någon väsentlig funktion vid tillämpning av upphandlingslagstiftningen eller i vår tillsyn.⁸

⁷ Göteborg & Co årsstämmoprotokoll 2016-03-04, 3 §. Ett dödningsförfarande av aktiebrev ska kungöras i Post- och Inrikes Tidningar, och har en minsta anmälningsfrist för aktieägare på tolv månader. Dödningen innebär att aktiebrevet fräntas sitt värde så att ett nytt värdepapper kan utfärdas i dess ställe.

⁸ Jfr 16 och 17 kap. LOU, där begreppet *avtal* används i stället för *kontrakt*.

Kontraktsbegreppet ska tolkas på så sätt att upphandlingsdirektivens syfte säkerställs.⁹ Det vill säga att förmå upphandlande myndigheter att konkurrensutsätta offentliga kontrakt. Det innebär att den rättsliga kvalificering som görs i nationell rätt inte är avgörande. Inte heller spelar det någon roll hur parterna kvalificerar ett visst avtal.¹⁰ Definitionen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt är alltså en fråga för unionsrätten.¹¹

För att det ska vara fråga om ett avtal som omfattas av upphandlingslagstiftningen krävs att en upphandlande myndighet som ingått ett kontrakt erhåller en prestation mot betalning. Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten, och det ska uppstå rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.¹² Bestämmelserna om offentlig upphandling ska tillämpas när det finns *en skyldighet att tillhandahålla en tjänst mot ersättning*. Kommissionen har närmare utvecklat kontraktsbegreppet.¹³ I ett tjänstemannadokument anges att upphandlingsdirektivens bestämmelser om upphandling av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är tillämpliga om

- syftet med kontraktet är att tillgodose de behov som myndigheten på förhand definierat inom ramen för sina befogenheter,
- myndigheten i detalj har fastställt tjänstens särdrag och hur tjänsten ska tillhandahållas,
- kontraktet fastställer en ersättning för tjänsten genom att ett visst pris betalas eller att leverantören får rätten att tillhandahålla en tjänst som användarna betalar en avgift för,
- myndigheten tar initiativet att söka efter en leverantör som den ska anförtro tjänsten till, eller
- kontraktet innehåller bestämmelser om sanktioner (vite, skadestånd etc.), som blir tillämpliga om de kontraktsenliga skyldigheterna inte fullgörs.

Kriterierna är enligt kommissionen vägledande för att fastställa om kontraktets syfte verkligen är att en tjänst ska tillhandahållas mot ersättning.¹⁴

⁹ EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* p 52.

¹⁰ EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* p 54, och C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* p 63-75. Se också Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3564-14 och 3565-14.

¹¹ SOU 2013:12 s. 507, med hänvisning till mål C-220/05 *Jean Auroux*, p 40.

¹² EU-domstolens dom i mål C-51/15 *Remondis*, p 43.

¹³ Se även exempelvis EU-domstolens dom i mål nr C-532/03, *Kommissionen mot Irland* (De irländska ambulanserna).

¹⁴ *Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse*, SEC (2010) 1545 final, tjänstemannadokument, Bryssel 7.10.2010, s. 78.

Motsatsvis, för att bedöma om en bidragssituation föreligger, måste det fastställas om den som betalar för en tjänst anses disponera över det som utförs eller inte.¹⁵ Exempel på bidragsfinansierad enskild verksamhet är idrottsföreningar som på ideell basis driver sporthallar och fotbollsplaner där de själva utövar sin idrottsliga verksamhet. Föreningen uppbär då ekonomiskt stöd för att ges möjlighet att bland annat hålla anläggningen i användbart skick. Inom den sociala sektorn tar ideella organisationer, religiösa föreningar, stiftelser och liknande emot bidrag till frivilligt socialt arbete. Det offentliga svarar alltså i dessa typer av samarbeten för en relativt begränsad form av stöd, såsom tillhandahållande av lokaler och vissa verksamhetsbidrag, medan de ideella föreningarna/organisationerna ansvarar för driften av själva verksamheten.

För att avgöra om en upphandlande myndighet finansierar tjänsten med ett upphandlingspliktigt bidrag eller inte kan ledning tas i följande punkter.¹⁶ Bidrag kan vara tillåtet om

- verksamheten drivs i enskild regi,
- den upphandlande myndigheten inte är juridiskt ansvarig för verksamheten,¹⁷
- verksamheten inte uteslutande, eller näst intill uteslutande, är beroende av finansiering med offentliga medel,
- den upphandlande myndigheten inte är initiativtagare till verksamheten,
- verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov,
- verksamheten bedrivs utan vinstsyfte,
- anordnaren inte primärt är underkastad kommunens styrning och beslutsrätt men kan stå under offentlighetsrättsligt reglerad tillsyn,
- anordnaren och den upphandlande myndighetens inbördes relation inte är reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentlighetsrättslig reglering, exempelvis riktlinjer för att bidrag ska utgå på ett visst område,

¹⁵ SOU 2013:12 s. 506.

¹⁶ Kriterierna angavs av Upphandlingskommittén, SOU 2001:31, s 209 f. Kriterierna har också återgivits av Upphandlingsutredningen 2010 i SOU 2013:12 s. 508 ff, och i förhållande till sociala tjänster och det s.k. civilsamhället i SOU 2016:78 s. 612 ff.

¹⁷ En grundläggande förutsättning enligt kommunallagen för bidragsgivning är att den verksamhet som bidraget ska användas för inte är främmande för den kommunala kompetensen.

- anordnaren inte förutsätts genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan får istället ett bidrag till egenfinansiering, som kan vara förknippat med vissa villkor.

Samtliga krav behöver inte vara uppfyllda, men det ska vid en samlad bedömning framgå att det inte handlar om ersättning för ett specifikt definierat uppdrag för att ersättningen ska betraktas som bidrag.

Bestämmelsen om interna kontrakt

Samtliga kontraktssituationer som är undantagna från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde anges i direktivet. Exempel på en situation när upphandlingslagstiftningen inte behöver tillämpas är när en upphandlande myndighet tilldelar kontrakt till en juridisk person som ägs av myndigheten själv, ett så kallat internt köp.

För att det ska vara ett internt köp i ert fall måste följande två förutsättningar vara uppfyllda:

1. Ni ska utöva en kontroll över Göteborg & Co som motsvarar den som ni utövar över er egen förvaltning (kontrollkriteriet).
2. Göteborg & Co ska också bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er (verksamhetskriteriet).

Detta framgår av 2 kap. 10 a § första punkten LOU.

Kontrollkriteriet kan inte vara uppfyllt om det finns privat ägande i bolaget. Det följer av EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 Stadt Halle.¹⁸ Denna inställning har upprepats i ett flertal efterföljande avgöranden.¹⁹

Verksamhetskriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den. För att kunna tillämpa undantaget för interna köp får alltså inte den fristående enheten vara för aktiv på den öppna marknaden och påverka konkurrensen där. Enheten måste huvudsakligen utföra tjänster åt ägarna. All annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär. Detta har EU-domstolen klargjort.²⁰

¹⁸ De s.k. Teckalkriterierna introducerades av EU-domstolen i mål C-107/98 Teckal. Kriterierna motsvaras i svensk lagstiftning av bestämmelsen om interna kontrakt i 2 kap. 10 a § LOU.

¹⁹ Se bl.a. domarna i mål C-29/04, Mödling, punkt 46, mål C-220/05, Auroux, punkt 64, mål C-324/07, Coditel, punkt 30, mål C-573/07, Sea, punkt 46, och mål C-231/03, Coname, punkt 26.

²⁰ Se mål C-340/04 Carbotermo, p 63. I Carbotermo fastslog dessutom EU-domstolen att försörjningssektorns fördelning mellan extern och intern omsättning (20/80) inte kan tillämpas analogt på den klassiska sektorn (p 57).

Det fanns under den period vi granskat ingen exakt gräns för hur mycket en fristående enhet som Göteborg & Co kan sälja varor och tjänster utanför ägarkretsen för att verksamhetskriteriet fortfarande ska anses vara uppfyllt.²¹

I den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling stadgas att minst 80 procent av den juridiska personens omsättning måste komma från ägarna.²² Om den fristående enheten i stor utsträckning konkurrerar på en öppen marknad måste alltså även avtal som ingås med ägarna, och som har värden över direktupphandlingsgränsen, tilldelas genom ett offentligt upphandlingsförfarande. De nya reglerna bygger väsentligen på EU-domstolens praxis.

Konkurrensverkets bedömning

Frågan i ärendet gäller om ni kan anses ge Göteborg & Co ett bidrag genom budgetanslaget eller om det ska anses vara köp av tjänster från bolaget. Om det är en tjänst som utförs mot betalning uppkommer frågan om det är ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, och om LOU är tillämplig av den anledningen.

Är det fråga om bidrag eller ett upphandlingspliktigt avtal?

Vid en samlad bedömning anser vi att betalningarna till Göteborg & Co inte uppfyller de kriterier som krävs för att transaktionerna ska anses vara bidrag till en självständig anordnare.

Bolagsordningen och aktieägaravtalet fastställer ramen för vilka tjänster ni ger bolaget i uppdrag att utföra. Dokumenten utgör därför ett led i bedömningen om det föreligger ett avtal med ekonomiska villkor.

Aktieägaravtalet och bolagsordningen har beslutats av ägarna. Dokumenten anger vilken verksamhet bolaget ska bedriva. Kommunfullmäktige har beslutat att anslå budgetmedel för verksamheten. Det finns därför en presumtion för att bolaget är *skyldigt* att bedriva verksamheten så länge det uppbär ett *ekonomiskt vederlag* för detta. Att Göteborg & Co är skyldigt att utföra tjänsterna stöds också av era egna styrdokument, närmare bestämt kommunfullmäktiges budget, era ägar- och ägarstyrningsdirektiv samt riktlinjer.

Det är klarlagt att ni har beslutat om årliga budgetanslag till Göteborg & Co och att bolaget faktiskt utför tjänsterna. Ni har själva bekräftat att verksamheten är till nytta för er, och att den är viktig för utvecklingen av näringslivet i regionen. Syftet

²¹ Från svensk domstolspraxis finns Kammarrätten i Stockholms mål nr 7089-10, där en extern omsättning under året då kontrakttilldelningen skedde var 13,1 procent, vilket *inte* ansågs uppfylla verksamhetskriteriet. Från EU-domstolen kan noteras mål C-295/05 Asemfo, där verksamhetskriteriet ansågs uppfyllt i ett fall där den fristående enheten genererade 90 procent av sin omsättning med ägarna (se punkt 63 i domen).

²² Se direktiv 2014/24/EU art 12.2.b. I nya LOU (SFS 2016:1145) regleras interna upphandlingar enligt bestämmelser i 3 kap. 11-16 §§. Se också prop. 2015/16:195 s 958 ff.

med verksamheten är alltså att tillgodose era och övriga delägares behov under den period vi granskat.

Ni är en av initiativtagarna till bildandet av Göteborg & Co. Göteborg & Co bedriver dessutom verksamhet som huvudsakligen syftar till att tillgodose Göteborg & Co:s ägares behov. Närmare bestämt syftar verksamheten till att uppfylla kommunfullmäktiges näringspolitiska mål, och utveckla Göteborgsregionens attraktionskraft för näringslivet. Göteborg & Co har dessutom varit underkastat er styrning och beslutsrätt. Ni äger aktierna och utser enligt aktieägaravtalet hälften av styrelseledamöterna. Kommunstyrelsens ordförande är också styrelseordförande i Göteborg & Co.²³ Er inbördes relation har varit reglerad genom avtal, det vill säga bolagsordningen och aktieägaravtalet. Utöver avtalen finns också beslut som över tid fattats av kommunfullmäktige. Exempelvis att medverka i enskilda evenemang, som sedan finansierats genom ytterligare budgetanslag. Allt detta stödjer vår bedömning att budgetanslaget inte syftar till att finansiera en ideell verksamhet i behov av kommunalt bidrag.²⁴

I Göteborg & Co:s affärsplan beskrivs verksamheten såsom planering, marknadsföring, utveckling och anordnande av mässor, tävlingar, festivaler och liknande evenemang, med syfte att skapa attraktionskraft för Göteborgsregionens näringsliv.²⁵ Uppdraget består också i att marknadsföra Göteborgsregionen internationellt för att göra regionen till en globalt ledande destination för möten. Enligt vår bedömning rör det sig om kommersiell verksamhet som, om den skulle annonserats inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande, potentiellt kunde lockat andra leverantörer att lämna anbud.²⁶

Ni har själva konstaterat att ägarförhållandena och den externa försäljningen varit problematisk ur konkurrens- och upphandlingssynpunkt. Särskilt avseende reglerna om interna kontrakt. Som direkt följd av detta inledde ni en förändringsprocess som syftade till att undanröja de upphandlingsrättsliga problem bolagsstrukturen medfört.

Ni har ersatt Göteborg & Co för tjänsterna genom att varje månad betala fakturor på en tolfedel av det belopp som ni har beslutat om i den årliga budgeten. Göteborg & Co har påfört mervärdesskatt på de fakturor som bolaget har ställt ut

²³ Notera att det vid denna bedömning inte är fråga om kontrollkriteriet är uppfyllt eller inte.

²⁴ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3564--3565-14, där omständigheterna var snarlika de som föreligger i detta ärende. Målet gällde en ogiltighetstalan.

²⁵ Verksamheten beskrivs alltså på samma sätt som i bolagsordning och aktieägaravtal.

²⁶ Enligt kategori 11 i bilaga 2 till LOU utgör följande CPV-koder, vilka vi bedömer har anknytning till Göteborg & Co:s verksamhet, s.k. A-tjänster: 39294100-0 Informations- och marknadsförings-produkter; 79340000-9 Reklam och marknadsföring; 79341000-6 Reklam; 79341100-7 Reklamrådgivning; 79341200-8 Managementtjänster avseende reklam; 79341400-0 Reklamkampanjer; 79342000-3 Marknadsföring; 79342200-5 Säljfrämjande åtgärder.

till er. Att ni inte invänt mot att betala mervärdesskatt på fakturorna talar för att ni själv gjort bedömningen att det varit fråga om omsättning av en tjänst.

Sammanfattningsvis anser vi att Göteborg & Co utför en prestation åt er mot betalning. Prestationen är av direkt ekonomiskt intresse för er, och det har uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.

Om Göteborg & Co i en hypotetisk situation beslutade att *inte* utföra tjänsterna, skulle era politiska mål inom besöksnäringen sannolikt inte uppnås, vilket vore till skada för er. Det skulle dessutom strida mot ert eget regelverk för hur era bolags verksamheter ska bedrivas. Enligt regelverket ansvarar kommunens bolag för genomförande av verksamheten med utgångspunkt i bolagsordning, ägar-direktiv för bolaget, kommunfullmäktiges budget, samt övriga ägardokument.

Vi bedömer att en upphandling avseende Göteborg & Co:s verksamhet påbörjades när det senaste aktieägaravtalet ingicks mellan ägarna år 2009. Vår granskning har dock endast omfattat budgettilldelningarna för åren 2014, 2015 och 2016.

Är bestämmelsen om interna köp tillämplig?

Kontrollkriteriet var inte uppfyllt före bolagsöversynen, men vi bedömer att det i praktiken blev uppfyllt vid tidpunkten för bolagsstämman i mars 2016. Vad gäller verksamhetskriteriet gör vi bedömningen att Göteborg & Co:s externa verksamhet kan uppgå till en så hög omsättningsnivå att det finns risk för att kriteriet inte är uppfyllt. Vår slutsats grundar sig på följande omständigheter.

Kontrollkriteriet

Det fanns inledningsvis under granskningsperioden ett privat ägande av 35 procent av aktierna i Göteborg & Co. Därmed uteslöt själva ägarstrukturen att ni under den aktuella tiden utövat en kontroll motsvarande den över era egna förvaltningar eller helägda bolag. Ni har därför inte haft möjlighet att undanta utbetalningarna från annonseringsplikten med hänvisning till att det rört sig om ett internt köp eller ett budgetanslag.

Verksamhetskriteriet

Beträffande verksamhetskriteriet, gäller att Göteborg & Co måste utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som myndigheterna utövar kontroll över. Den nya upphandlingslagstiftning som trätt i kraft vid årsskiftet stadgar att omsättningsandelen som får härröra från extern försäljning måste ligga

lägre än 20 procent.²⁷ Enligt lagens övergångsbestämmelser har regeln retroaktiv verkan, vilket innebär att 20-procentsgränsen gäller också i detta fall.

Enligt årsredovisningen för 2014 uppgick Göteborg & Co:s externa intäkter för tjänsteförsäljning till 17 procent. För 2015 uppgick andelen till 14 procent, och för 2016 till 20 procent. Här finns bland annat intäkter från resebyråtjänster, vilka kan tillhandahållas på den privata marknaden. Dessutom tillkommer en ersättning från ägare som inte är upphandlande myndigheter eller enheter. Enligt er egen redovisning till oss har denna uppgått till 16,5 procent av de totala intäkterna 2014 och till 23,2 procent för 2015. Sammantaget för år 2014 kommer alltså 33,5 procent av bolagets intäkter från andra än de upphandlande myndigheter eller enheter som kontrollerar Göteborg & Co. För år 2015 är andelen 37,5 procent.

Verksamhetskriteriet var följaktligen inte uppfyllt enligt vad som framgår av årsredovisningen för åren 2014 och 2015. Enligt era uppgifter beräknas intäkter från ägare som inte är upphandlande myndigheter eller enheter minska eller försvinna helt. Bland annat kommer delar av de externa intäkterna att upphöra i och med att ni överlåter försäljning av skolresor till en annan aktör. Dessa intäkter utgjorde enligt er 3,1 procent av den totala omsättningen för 2015. När det gäller 2016 års intäkter, finns det en risk att de överstiger 20 procent när man beaktar övriga intäkter från ägare och intressenter i årsredovisningen.²⁸ I vart fall var inte kontrollkriteriet uppfyllt under 2016.

Ni har invänt att en andel av bolagets externa intäkter utgör vad ni kallar genomfakturerings. Genomfaktureringsen går enligt er till så att Göteborg & Co betalar fakturor ställda till de privata delägarna, för att i efterhand få ersättning från de privata delägarna. Vår bedömning är att denna betalningsform, i den utsträckning den påverkar Göteborg & Co:s omsättning, inte kan undantas från Göteborg & Co:s totala omsättning. Varken genomfaktureringsens storlek eller förekomst går att utläsa i Göteborg & Co:s årsredovisning. Dock måste genomfaktureringsen anses utgöra en del av verksamheten, och anses vara en extern intäkt.

Ni har begärt att vi ska yttra oss om konsekvenserna av EU-domstolens dom i mål C-51/15 för det kommunala självstyret. Vår bedömning är att avgörandet inte är relevant mot bakgrund av de omständigheter som ligger till grund för beslutet i detta ärende.²⁹

²⁷ Se 3 kap. 11-16 §§ nya LOU, jfr. artikel 12.5 i direktiv 2014/14/EU. Att det är omsättningen som är den relevanta parametern vid bedömning av verksamhetskriteriet följer bland annat av mål C-349/04 *Carbotermo*, p. 65-67, mål C-295/05 *Asemfo* p. 63-64 och Kammarrätten i Stockholms dom den 8 november 2011 (mål nr 7089-10) s. 20.

²⁸ Enligt årsredovisningen för 2016 har Göteborg & Co haft intäkter på cirka 241,8 miljoner kronor; 119,1 miljoner kronor från Göteborgs kommun, 48,3 miljoner kronor från tjänsteförsäljning samt 74 miljoner kronor från "övriga intäkter från ägare och intressenter" (vår kursivering).

²⁹ Se vad som anförs i mål C-51/15 *Remondis*, p. 49, generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-51/15 *Remondis*, p. 76 och särskilt domslutet i mål C-159/11 *Ordine degli ingegneri della provincia di Lecce mfl.*

Slutsats

Vi anser att era fullmäktigebeslut om budgettilldelningar till Göteborg & Co för åren 2014, 2015 och 2016 har utgjort ersättning för utförande av tjänster och inte rört sig om bidrag. Dessa budgetanslag ska därför vart och ett betraktas som ett offentligt upphandlingskontrakt, vilka borde ha annonserats enligt 7 kap. 1 § LOU.

Vi ser positivt på att ni avser att se över och anpassa ägarförhållandena och verksamheten i syfte att följa upphandlingslagstiftningen.

Detta beslut har fattats av stf. generaldirektören. Föredragande har varit Björn Larsson.

Kristina Geiger

Björn Larsson

Hur man överklagar, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats