

Avdelningen för upphandlingstillsyn
Enheten för upphandlingsskadeavgift
Björn Larsson
08-7001537
Bjorn.Larsson@kkv.se

Göteborgs stad
Stadsledningskontoret
401 88 Göteborg

Göteborgs stad – avtal avseende marknadsföringstjänster

Vi har tidigare varit i kontakt med er angående era budgetanslag till Göteborg & Co Träffpunkt. (610/2014). Vi vill nu ge er tillfälle att senast den 10 mars 2017 lämna in ett skriftligt yttrande över vårt utkast till beslut (se bifogat dokument).

Ni avgör själva om ni vill yttra er eller inte. Om ni inte yttrar er inom tidsfristen, så har vi ändå möjlighet att fatta beslut i ärendet.



Ann Fryksdahl



Björn Larsson

Göteborgs stad
Stadsledningskontoret
404 81 Göteborg

Göteborgs stad – avtal om evenemangsverksamhet

Konkurrensverkets utkast till beslut

Göteborgs stad 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 stad, 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, sedan i vart fall 1991, årligen betalat uppdragsersättning till ett av er delägt aktiebolag, Göteborg & Co Träffpunkt AB. 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 Träffpunkt.² Syftet med budgetanslaget är att finansiera Träffpunkts verksamhet, såsom den definierats i bolagsordningen och i ett aktieägaravtal upprättat mellan ägarna. Träffpunkts verksamhet syftar i sin tur till att uppnå ett antal näringspolitiska mål som Göteborgs stad och ett antal privata delägare har formulerat i samma bolagsordning och aktieägaravtal. Dessa mål är till nytta för Träffpunkts delägare.

I Träffpunkts 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 staden och dess företag, vilket framhålls som positivt för utvecklingen i regionen.

¹ Motsvarande bestämmelse i den nya upphandlingslagstiftningen finns i 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

² Se protokoll från kommunfullmäktiges sammanträden 2013-06-13, 2014-11-26 och 2015-06-15.

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 Träffpunkt.

Träffpunkts verksamhet

Träffpunkt ska enligt bolagsordningen bedriva verksamhet bestående av att planera, marknadsföra och utveckla Göteborgsregionen som centrum för besöksnäringen, att skapa attraktionskraft för näringslivet, att medverka till utvecklingen av Göteborgsregionens attraktionskraft på näringslivet, och bedriva därtill anknytande verksamhet.

Ni har tillsammans med Träffpunkts övriga delägare upprättat ett aktieägaravtal. I aktieägaravtalet anges att Träffpunkt ska utföra tjänster bestående av utredning, planering, initiering och genomförande av åtgärder som marknadsför Göteborgsregionen som centrum för turism, kongresser, konferenser, mässor och utställningar.³ Dessutom ska bolaget marknadsföra Göteborgsregionen som en attraktiv region för näringslivet och för boende. Enligt er ska bolagets verksamhet och det uppdrag ni gett Träffpunkt, utföras åt er och för övriga ägares räkning. Aktieägaravtalet upphörde att gälla under våren 2016, när de privata delägarna avslutade sitt ägarskap i Träffpunkt.

Enligt er uppfattning har det aldrig ingåtts något upphandlingspliktigt *avtal*, då pengarna 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. Träffpunkt har fått betalning 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 beviljat utökade medel när Träffpunkt begärt det, exempelvis när ett visst evenemang inte har kunnat finansieras inom ramen för ordinarie budgetanslag.

Göteborgs stads bolagsöversyn

I slutet av september 2011 beslutade kommunfullmäktige att genomföra en bolagsöversyn i syfte att skapa bättre förutsättningar för styrning och uppföljning av stadens bolag. Skälet för översynen var bland annat att upphandlingslagstiftningens nya bestämmelser om interna kontrakt (de s.k. teckalkriterierna, se nedan) påverkade förutsättningarna för era bolag och skulle få stor inverkan över er bolagsstruktur.

I december 2013 beslutade kommunfullmäktige att skapa en ny organisationsstruktur för era bolag. Den innefattade förändring av ägarstrukturen

³ Aktieägaravtalet, i sin senaste lydelse, antogs år 2009 av Träffpunkts årsstämma efter beslut i kommunfullmäktige 2008.

hos Träffpunkt.⁴ Ni angav bland annat bestämmelserna om interna kontrakt i LOU som svåra att hantera inom ramen för den dåvarande bolagsstrukturen.⁵ Ert koncernbolag Göteborgs Stadshus AB skulle enligt beslutet initiera och leda en organisationsöversyn av Träffpunkt i nära samverkan med övriga delägare.

I juni 2014 beslutade kommunfullmäktige om ny inriktning för "klustret Turism, Kultur och Evenemang", där Träffpunkt ingår.⁶ Enligt beslutet skulle en organisationsöversyn av Träffpunkt genomföras. Ni angav i skälen för beslutet att Träffpunkt 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 generellt bidrag", eftersom staden inte får betala uppdragsersättning till ett bolag den bara äger till hälften då det skulle utlösa upphandlingskyldighet till följd av LOU:s bestämmelser om interna köp.⁷

Styrelsen i Göteborgs Stadshus AB⁸ 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. Ni konstaterar att vid behov måste aktieägaravtalet avseende Träffpunkt förändras. Gällande den framtida inriktningen för Träffpunkt, konstaterar ni att utgångspunkten för en organisationsförändring måste vara att efterleva upphandlingslagstiftningens bestämmelser om interna köp och konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.⁹

Kommunintressent AB¹⁰ beslutade i april 2015 att förvärva näringslivets aktier i Träffpunkt. Kommunfullmäktige tillstyrkte aktieförvärvet i december 2015.¹¹

Vid Träffpunkts årsstämma i mars 2016 upprättades en röstlängd där det framgår att Kommunintressent förfogar över 89,2 procent av aktierna i Träffpunkt. Beträffande de kvarvarande 10,8 procenten av vissa privata ägares andel har ett dödningsförfarande inletts.¹²

⁴ Se kommunfullmäktiges sammanträde 2013-12-05, 11 §, beslutspunkt 12.

⁵ Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande, s. 18 f.

⁶ Se kommunfullmäktiges sammanträde 2014-06-05, 15 §.

⁷ Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande, s. 12.

⁸ Göteborgs Stadshus AB är den koncernmoder genom vilken ni kontrollerar alla era bolag.

⁹ Styrelsebeslut i Göteborgs Stadshus AB, 2014-09-29.

¹⁰ Kommunintressent, som ingår i er koncern, har som enda verksamhet att äga aktierna i Träffpunkt.

¹¹ Kommunfullmäktiges snabbprotokoll 2015-12-03, beslutspunkt 12.

¹² Träffpunkt 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.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift 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 vara omgärdad av 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.¹³

Kontraktsbegreppet ska tolkas på så sätt att upphandlingsdirektivens syfte säkerställs.¹⁴ 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.¹⁵ Definitionen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt är alltså en fråga för unionsrätten.¹⁶

¹³ Jfr 16 och 17 kap. LOU, där begreppet *avtal* används i stället för *kontrakt*.

¹⁴ EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* p 52.

¹⁵ 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.

¹⁶ SOU 2013:12 s. 507, med hänvisning till mål C-220/05 *Jean Auroux*, p 40.

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.¹⁷ Bestämmelserna om offentlig upphandling ska tillämpas när det finns *en skyldighet att tillhandahålla en tjänst mot ersättning*. Kommissionen har närmare utvecklat kontraktbegreppet.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰ 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

¹⁷ EU-domstolens dom i mål C-51/15 *Remondis*, p 43.

¹⁸ Se även exempelvis EU-domstolens dom i mål nr C-532/03, *Kommissionen mot Irland* (De irländska ambulanserna).

¹⁹ *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.

²⁰ SOU 2013:12 s. 506.

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.²¹ Bidrag kan vara tillåtet om

- verksamheten drivs i enskild regi,
- den upphandlande myndigheten inte är juridiskt ansvarig för verksamheten,²²
- 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 offentligrättsligt reglerad tillsyn,
- anordnaren och den upphandlande myndighetens inbördes relation inte är reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentligrättslig reglering, exempelvis riktlinjer för att bidrag ska utgå på ett visst område,
- 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.

²¹ 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.

²² En grundläggande förutsättning enligt kommunallagen för bidragsgivning är att den verksamhet som bidraget ska användas för inte är främmande för den kommunala kompetensen.

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 Träffpunkt som motsvarar den som ni utövar över er egen förvaltning (kontrollkriteriet).
- 2) Träffpunkt ska också bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er (verksamhetskriteriet).

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

Kontrollkriteriet kan inte vara uppfyllt om det finns privat ägande i bolaget. Detta följer av EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 Stadt Halle.²³ Denna inställning har upprepats i ett flertal efterföljande avgöranden.²⁴

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.²⁵

Det fanns under den period vi granskat ingen exakt gräns för hur mycket en fristående enhet som Träffpunkt kan sälja varor och tjänster utanför ägarkretsen för att verksamhetskriteriet fortfarande ska anses vara uppfyllt.²⁶

I den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn stadgas att minst 80 procent av den juridiska personens

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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).

²⁶ 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).

omsättning måste komma från ägarna.²⁷ 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 Träffpunkt 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. Det vill säga 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 Träffpunkt 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 Träffpunkt är skyldig 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 Träffpunkt och att Träffpunkt 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 med verksamheten är alltså att tillgodose era och övriga delägares behov.

Ni är en av initiativtagarna till bildandet av Träffpunkt. Träffpunkt bedriver dessutom verksamhet som huvudsakligen syftar till att tillgodose Träffpunkts ägares behov. Närmare bestämt syftar verksamheten till att uppfylla kommunfullmäktiges näringspolitiska mål, och utveckla Göteborgsregionens attraktionskraft för näringslivet. Träffpunkt har dessutom varit underkastat er styrning och beslutsrätt. Ni äger aktierna och utser enligt aktieägaravtalet hälften

²⁷ 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.

av styrelseledamöterna. Kommunstyrelsens ordförande är också styrelseordförande i Träffpunkt.²⁸ 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 syftat till att finansiera en ideell verksamhet i behov av kommunalt bidrag.²⁹

I Träffpunkts affärsplan beskrivs verksamheten såsom planering, marknadsföring, utveckling och anordnande av mässor, tävlingar, festivaler och liknande evenemang, med syfte att skapa attraktionskraft för Göteborgsregionens näringsliv.³⁰ 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.³¹

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 Träffpunkt för tjänsterna genom att varje månad betala fakturor på en tolfedel av det belopp som ni har beslutat om i den årliga budgeten. Träffpunkt har påfört mervärdesskatt på de fakturor som bolaget har ställt ut 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 Träffpunkt 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 Träffpunkt i en hypotetisk situation beslutade att *inte* utföra tjänsterna, skulle era politiska mål inom besöksnäringen sannolikt inte uppnås, vilket vore till

²⁸ Notera att det vid denna bedömning inte är fråga om kontrollkriteriet är uppfyllt eller inte.

²⁹ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3564--3565-14, där omständigheterna var snarlika de som föreligger i detta ärende. Målet gällde en ogiltighetstalan.

³⁰ Verksamheten beskrivs alltså på samma sätt som i bolagsordning och aktieägaravtal

³¹ Enligt kategori 11 i bilaga 2 till LOU utgör följande CPV-koder, vilka vi bedömer har anknytning till Träffpunkts verksamhet, s.k. A-tjänster: 39294100-0 Informations- och marknadsföringsprodukter; 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.

skada för er. Det skulle dessutom strida mot ert eget regelverk, vilket fastställer hur era bolags verksamheter ska bedrivas. I era riktlinjer och direktiv för era hel- och delägda bolag framgår att dotterbolag inom er koncern (det vill säga bland annat Träffpunkt) svarar för genomförande av verksamheten med utgångspunkt i bolagsordning, ägardirektiv för bolaget, kommunfullmäktiges budget, samt övriga ägardokument.

Vi bedömer att en upphandling avseende Träffpunkts 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 är uppfyllt vid tidpunkten för bolagsstämman i mars 2016. Vad gäller verksamhetskriteriet gör vi bedömningen att Träffpunkts externa verksamhet kan uppgå till en så hög nivå att det finns risk för att kriteriet inte är uppfyllt.

Det har funnits ett privat ägarintresse med 35 procent av aktierna i Träffpunkt. 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.

Beträffande verksamhetskriteriet, gäller att Träffpunkt 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.³² Enligt lagens övergångsbestämmelser har regeln retroaktiv verkan, vilket innebär att 20-procentsgränsen gäller också i detta fall.

Enligt årsredovisningen för 2014 uppgick Träffpunkts externa intäkter för tjänsteförsäljning till 17 procent. För 2015 uppgick andelen till 14 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 32,5 procent av bolagets intäkter från andra än de upphandlande myndigheter eller enheter som kontrollerar Träffpunkt. För år 2015 är andelen 36,4 procent.

³² 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.

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 2015.³³

Ni har invänt att en andel av de externa intäkterna utgör vad ni kallar genomfakturering. Genomfaktureringen går enligt er till så att ni betalar fakturor ställda till de privata delägarna, för att i efterhand få betalning från de privata delägarna. Vår bedömning är att denna betalningsform, i den utsträckning den påverkar Träffpunkts omsättning, inte kan undantas från Träffpunkts totala omsättning. Varken genomfaktureringens storlek eller förekomst går att utläsa i Träffpunkts årsredovisning. Dock måste genomfaktureringen anses utgöra en del av verksamheten. Träffpunkts framtida externa intäkter kan sammanfattningsvis komma att bli så höga att budgettilldelningen också i fortsättningen konstituerar en upphandlingspliktig situation. Ytterst beror tolkningen av verksamhetskriteriet på hur ni själva väljer att hantera externa intäkter och genomfaktureringen i framtiden.

Slutsats

Vi anser att era fullmäktigebeslut om budgettilldelningar till Träffpunkt 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 utvecklingen av ägarförhållandet och den neddragning av extern försäljning som Träffpunkt genomgått under senare tid.

³³ Årsredovisningen för 2016 har ännu inte offentliggjorts.

