

PM 2 2014-06-17 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning - in-house-undantag eller köp genom bidragsgivning).

Göteborgs stad betalar utan föregående annonserad upphandling uppdragsersättning för mer än 150 miljoner kronor per år till ett bolag i vilket det även finns privata ägarintressen.

Göteborgs stad (Staden) betalar löpande uppdragsersättning till det av Staden delägda företaget Göteborg & Co Träffpunkt AB (nedan Göteborg & Co) för sådan evenemangsverksamhet som bolaget bedriver i syfte att bl.a. marknadsföra och utveckla Göteborgsregionen som centrum för besöksnäringen och för att skapa attraktionskraft för näringslivet.¹

Något skriftligt avtal (kontrakt) finns inte upprättat mellan Staden och Göteborg & Co. Förekommande ersättningar från Staden till bolaget grundar sig istället på ett formlöst förhållande och ska enligt Staden betraktas som kommunala anslag.² Med ledning av uppgifter från Stadens ekonomikontor (Intraservice) uppgår hittills, fr.om. 2012, Stadens löpande utbetalningar till bolaget till i genomsnitt c:a 151 miljoner kronor per år.³

Av förekommande fakturor⁴ framgår vidare att dessa avser ”uppdragsersättning” som hänför sig till sådan omsättning att lagstadgad mervärdesskatt (moms) har påförts fakturorna.⁵

Göteborg & Co⁶ ägs till 50 procent av Staden, indirekt genom Göteborg & Co Kommunintressent AB.⁷ Annan offentlig ägare är Göteborgsregionens kommunalförbund, som äger 15 procent av bolagets aktier. Till återstående delar, motsvarande sammanlagt 35 procent, ägs Göteborg & Co av privata intressen.⁸

Det aktuella uppdragsförhållandets s.k. kontraktsvärde kan med ledning av förekommande utbetalningar uppskattas till genomsnittligt c:a 12,6 miljoner kronor per månad, eller totalt c:a 606 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.

¹ Se vidare fotnot 6 nedan, föremålsbestämmelsen i bolagsordningen för Göteborg & Co.

² Se e-postmeddelande av den 7 april 2014 från Göteborgs stad, stadsjuristen, till Konkurrenskommissionen. Av meddelandet, som utgör svar på en begäran om att få del av tillgängliga avtalshandlingar samt förekommande upphandlingsunderlag m.m. framgår bl.a. följande ”*Den typ av avtal du frågar efter finns inte. Det som utbetalats till [Göteborg & Co] har utbetalats såsom anslag. Staden har alltså inte köpt varor eller tjänster av bolaget, varför det inte finns några handlingar som rör upphandling eller andra avtal om köp*”.

³ Se e-postmeddelande av den 6 maj 2014 från Göteborgs stad, ekonomikontoret (Intraservice), av vilket framgår att de sammanlagda utbetalningarna från Staden till Göteborg & CO under perioden 2012-01-11 till och 2014-04-10 uppgick till sammanlagt 341 092 171 kr.

⁴ Se fakturor från Göteborg & Co till Staden under 2011 med fakturanummer: 2123566, 2123840, 2124792, 2124870, 2124871 och 2125329, samt under 2012 med fakturanummer: 2125737, 2125916, 2126031, 2126421, 2126493, 2126553, 212673X, 2126083, 212690X, 212702X, 212706X och 212721X (på vissa fakturakopior har det inte gått att utläsa fakturanumrets sista siffra, vilken då betecknats med X).

⁵ Under perioden 2010 till och med 2013 har Göteborg & Co fakturerat Staden uppskattningsvis c:a 100 miljoner kronor per år för vad som i fakturorna angivits som ”*Uppdragsersättning ... enligt kommunfullmäktiges beslut*”. I fakturerat belopp ingår lagstadgad mervärdesskatt (moms).

⁶ Göteborg & Co Träffpunkt AB (Göteborg & Co), med organisationsnummer 556428-0369, bildades den 4 juni 1991 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 14 juni samma år. Nuvarande firma registrerades den 29 januari 1992. Tidigare firma har varit Träffpunkt Göteborg AB. Gällande bolagsordning registrerades den 20 mars 2006. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... *planera, marknadsföra och utveckla Göteborgsregionen som centrum för besöksnäringen, medverka till utvecklingen av Göteborgsregionens attraktionskraft på näringslivet samt bedriva därtill anknyttande verksamhet*”. Göteborg & Co, som till 50 procent indirekt ägs av Staden genom Göteborg & Co Kommunintressent AB (se fotnot 7) och i övriga delar av andra ägare (se fotnot 8), redovisade 2013 en omsättning uppgående till 265,748 miljoner kronor med 140 medarbetare. Under 2012 uppgick bolagets redovisade omsättning till 197,281 miljoner kronor med 136 medarbetare.

⁷ Göteborg & Co Kommunintressent AB, med organisationsnummer 556427-8751, bildades den 30 maj 1991 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 14 juni samma år. Nuvarande firma registrerades den 24 juni 1993. Tidigare firma har varit Kommunintressent AB. Gällande bolagsordning registrerades den 20 mars 2006. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... *som enda uppgift äga aktier och företräda Göteborgs kommuns intressen i Göteborg & Co Träffpunkt AB*”. Bolaget ägs indirekt av Staden genom det kommunala holdingbolaget Göteborgs stadshus AB.

⁸ Huvudsaklig ägare av Göteborg & Co är Staden genom Göteborg & Co Kommunintressent AB med 15.000 aktier eller 50 procent av bolagets aktier och kapital. Därutöver äger Göteborgsregionens kommunalförbund 4.500 eller 15 procent av bolagets aktier och kapital. Till återstående delar, motsvarande totalt 35 procent av bolagets aktier och kapital, ägs Göteborg & Co av Föreningen Västsvenska industri- och Handelskammaren, Stiftelsen Svenska Mässan, Stena Line Scandinavia AB, Storhotellgruppen Ekonomisk Förening, Cityföreningen Ekonomisk Förening, Göteborgshotellen Ekonomisk Förening samt Föreningen SHR/Restaurangföreningen Göteborg, med vardera 1.500 aktier – se § 1 Ägaravtal rörande Göteborg & Co Träffpunkt AB.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras sedan den 1 januari 2008 i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europaparlamentets och Rådets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.⁹ Ett kontrakt som avser bland annat marknadsföring kan vid tillämpningen av CPV-systemet hänföras till antingen varor avseende informations- och marknadsföringsprodukter (CPV 39294100-0) eller A-tjänster för marknadsföring (CPV 79342000-3), kategori 11 enligt bilagan 2 till LOU.

Om det samlade kontraktsvärdet av ett sådant varu- eller A-tjänstekontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Om upphandlingen avser tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48 om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgick under perioden 2012-2013 till 1.897.540 kronor. För närvarande uppgår tröskelvärdet till 1.806.427 kronor.¹⁰

Från regelverket för offentlig upphandling undantas *ren bidragsgivning*. Upphandlande myndigheter har relativt stora möjligheter att ge bidrag till företag och föreningar inom t.ex. kultur- och fritidssektorn och till föreningar som ägnar sig åt frivilligt socialt arbete. Som huvudregel gäller dock att kontrakt som innefattar ömsesidiga förfoganden av olika slag, d.v.s. offentliga kontrakt med ekonomiska villkor, ska föregås av ett offentligt upphandlingsförfarande. Även avtal som innefattar rena bytesaffärer och s.k. sponsringsavtal, där det uppkommer ett ömsesidigt värde, exempelvis ett goodwillvärde för bidragsgivaren, ska som regel anses utgöra upphandlingskyldiga offentliga kontrakt med ekonomiska villkor.¹¹

⁹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor - se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivanden (2011:1575 och 2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ Även rena bytesavtal, s.k. *barteravtal*, där någon bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande myndighet och i gengäld av myndigheten erhåller varor eller tjänster omfattas således av lagen. Saknar avtal om leverans av varor eller tjänster ömsesidig förpliktelse för den upphandlande myndigheten, utgör varorna eller tjänsterna däremot gåva, vilken inte omfattas av LOU:s regelverk. För full klarhet

I vissa fall kan det vara svårt att avgöra om det föreligger en upphandlingssituation eller bidragsgivning. Gemensamt för de olika fall där bidragsgivning kan komma ifråga är att den bidragsgivande myndigheten inte framstår som huvudman eller rättsligt ansvarig för verksamheten eller att bidraget lämnas till ett annat offentligrättsligt organ som med stöd av lag eller annan författning och med användande av egna medel tillhandahåller service till allmänheten.¹²

Det är emellertid inte möjligt att kringgå upphandlingsrättsliga regelverket genom att lämna anslag eller bidrag som ersättning för tjänster som utförts på uppdrag av den bidragsgivande myndigheten och som annars skulle ha utförts i egen regi eller ha upphandlats i ett offentligt förfarande (*förtäckt upphandling*). I utredningsbetänkandet SOU 2001:31¹³ redovisas följande förutsättningar då bidragsgivning i stället för upphandling skulle kunna anses möjlig.

1. verksamheten är inte uteslutande eller näst intill uteslutande beroende av finansiering med bidrag,
2. myndigheten har inte tagit initiativ till verksamheten,
3. verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov av den verksamhet som bedrivs,
4. verksamheten bedrivs inte i förvärvssyfte,
5. den private anordnaren är inte primärt underkastad myndighetens styrning och beslutsrätt men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn,
6. den private anordnarens och myndighetens inbördes relation är inte reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentligrättslig reglering,
7. den private anordnaren förutsätts inte genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan får istället ett bidrag till egenfinansiering, som kan vara förknippat med vissa villkor.

Samtliga ovan beskrivna förutsättningarna behöver dock inte samtidigt vara uppfyllda utan det är tillräckligt att det vid en samlad bedömning framstår som klart att det inte är fråga om ett uppdrag att utföra en tjänst för den bidragsgivande myndighetens räkning.

Av 1 kap. 1 § mervärdesskattelagen (1994:200) följer att mervärdesskatt (moms) ska betalas till staten vid skattepliktig *omsättning* inom landet av bl.a. tjänster. Med *omsättning av tjänst* förstås enligt 2 kap. 1 § tredje stycket (1) samma lag att en tjänst mot ersättning utförs, överläts eller på annat sätt tillhandahålls någon eller (2) att en tjänst tas i anspråk genom uttag enligt särskilda bestämmelser i lagen. För att en betalning som en myndighet utger ska kunna bli momspliktig krävs det således att det utgår någon form av motprestation d.v.s. att betalningen, oavsett om den har angivits som ett anslag eller ett bidrag, utgör ersättning för tillhandahållen tjänst. Om anslaget eller bidraget däremot erhålls utan att den fristående enheten har tillhandahållit en motsvarande tjänst, kan omsättning av tjänst enligt mervärdesskattelagen inte anses föreligga. Ett oberoende bidrag föreligger alltså enbart om myndigheten *inte erhåller någon motprestation* från anslagsmottagaren/bidragstagaren, och i sådana fall går det inte att påföra moms på betalningen.¹⁴

Offentlig bidragsgivning, i den mån den riktar sig till företag som är verksamt på marknaden, riskerar vidare att strida mot de s.k. statsstödsbestämmelserna i artikel 107.1 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Det föreligger i dylika fall en allmän anmälningsskyldighet enligt 12 § lagen (2013:388) om otillåtet statligt stöd¹⁵ och artikel 108.3 FEUF avseende sådant stöd, redan innan det beslutas eller verkställs. Undantag från anmälningsskyldighet kan dock föreligga i

huruvida ett avtal ska upphandlas enligt LOU måste den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen - se vidare Nämnden för offentlig upphandling, (NOU), rapporten LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter av den 26 augusti 2003 (dnr. 2003/0039-28). Se även NOU:s nyhetsbrev i oktober 2003 s. 3 f..

¹² I ett avgörande av den 18 december 2007 i mål C-532/03, *kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I- 11353, fann EU-domstolen att ett finansieringsavtal om bidragsgivning mellan två offentliga organ, varav det bidragsmottagande organet – med utövande av sin *egen behörighet som följer direkt av lag* och med delvis användande av egna medel – till allmänheten tillhandahåller tjänster (ambulanstransporter) inte innefattar ett ”offentligt kontrakt”. Något offentligt upphandlingsförfarande bedömdes därför inte nödvändigt. Målet gällde dock B-tjänster och avsåg således inte någon direkt tillämpning av de unionsrättsliga upphandlingsdirektiven.

¹³ Se Upphandlingskommitténs slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31), s. 209 f.

¹⁴ Se bl.a. Flink m.fl. Mervärdesskatt - en kommentar (Norstedts) 2012, samt Mervärdesskatt i teori och tillämpning (Gleerups) 2013.

¹⁵ Lagen trädde ikraft den 1 juli 2013, men ska enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna tillämpas även på olagligt stöd som lämnats före ikraftträdandet. Lagen kan således tillämpas vid återkrav av stöd som har beslutats upp till tio år tillbaka i tiden.

vissa fall.¹⁶ Det är dock i dessa sammanhang den bidragsgivande myndigheten och ytterst den berörda medlemsstaten som har bevisbördan för att visa tillräckliga omständigheter till stöd för undantag från anmälningsskyldigheten.

Ett statsstöd som beviljats eller verkställts utan iakttagande av den ovan beskrivna anmälningsskyldigheten anses utgöra ett otillåtet stöd som kan krävas åter med utgångspunkt i bl.a. den ovan beskrivna lagen (2013:388) om otillåtet statligt stöd. Ett kommunalt stöd som utges i form av gåva, anslag eller bidrag till ett enskilt företag riskerar även att strida mot förbudet mot stöd till enskild näringsidkare i 2 kap. 8 § kommunallagen (1991:900), om det inte kan visas föreliggande synnerliga skäl för att stöd ska utgå.

Om en upphandlande myndighet erlägger betalning till en fristående juridisk enhet för sådana varor eller tjänster som den fristående enheten tillhandahåller i sin verksamhet uppkommer som regel upphandlingsskyldighet enligt LOU. Enligt lagens huvudregel ska upphandling genomföras i ett annonserat förfarande. Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller dock undantagsvis att en upphandlande myndighet genom *s.k. in-house-undantag*, utan något upphandlingsförfarande enligt LOU, kan tilldela kontrakt till en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av. Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen:

- (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och
- (2) den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.¹⁷

När det gäller det *s.k. kontrollkriteriet* enligt punkten 1 ovan påpekar regeringen särskilt i de anslutande svenska lagförarbetena¹⁸ att om det även finns privat ägande i den fristående enheten, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolens praxis¹⁹ uteslutet att kravet på kontroll kan anses uppfyllt.

När det gäller det *s.k. verksamhetskriteriet* enligt punkten 2 ovan har detta tidigare ansetts uppfyllt om den fristående juridiska personens externa försäljningsverksamhet enbart är av marginell karaktär.²⁰ Därmed har i unionsrättslig såväl som svensk nationell praxis²¹ avsetts en extern försäljning, till andra än ägarna, som motsvarar en total andel på 10 procent men inte på 20 procent. I de nya upphandlingsdirektiv som antagits av Europeiska rådet och parlamentet under januari-februari 2014 har verksamhetskriteriet numera fixerats till att den fristående enheten ska bedriva mindre än 20 procent extern verksamhet för att *in-house-undantag* ska kunna komma ifråga.²²

¹⁶ Undantag från notifieringsskyldigheten i artikel 108.3 FEUF föreligger om det sammanlagda stödet under en period av tre år inte uppgår till de-minimisvärdet 200 000 euro eller om de *s.k. Altmark-kriterierna* (se EU-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747, pp.88-94) är uppfyllda. Stödåtgärder som omfattas av något av EU-kommissionen meddelat undantag enligt den *s.k. gruppundantagsförordningen* (800/2008/EG) behöver heller inte notifieras.

¹⁷ 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförfattningen 2012:392).

¹⁸ Se prop. 2011/12:106, s. 22 samt SOU 2011:43, s. 89.

¹⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p 49, av den 10 november 2005 i mål C-29/04, *Mödling*, REG 2005, s. I-1- 9705, p. 46, av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I-385, p. 64, av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 30 och av 10 september 2009 i mål C-537/07, *SEA*, REG 2009, s. I- 8127, p. 46 – se även EU-domstolens dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I- 7287, p. 26, jfr. dock domen i det ovannämnda målet C-196/08, *Acoset*, pp. 53–62.

²⁰ Se EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo*, REG 2006, s. I- 4137. Av domen framgår att den fristående juridiska personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet (eller de myndigheter) som innehar (kontrollerar) den, och att all annan verksamhet endast får vara av marginell karaktär (p. 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (p. 64).

²¹ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, REG 2007, s. I- 2999, punkt 55. Se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 samt Europeiska kommissionens motiverade yttrande till Sverige av den 28 oktober 2010 i klagomålsärende CHAP 2009/4080.

²² Se art. 12.1 i det nya upphandlingsdirektiv som slutligen antogs av Europeiska rådet och parlamentet den 26 februari 2014 (2014/24/EU). Direktivet träder i *s.k. direkt effekt* per den 16 april 2016.

Regelverket i LOU behöver vidare, enligt 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²³

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁴ ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.²⁵ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁶

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra upphandling på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte de bakomliggande fördrags- och direktivbestämmelserna är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 7 kap. 1 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons. Ett meddelande om upphandlingen ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

Enligt 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU föreligger det vid varu- eller A-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.
- det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade varor eller tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt.

²³ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C- 20/01 och C- 28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003, s. I- 3609 och dom av den 18 juli 2007 i mål C- 503/04, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I- 6153.

²⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

²⁵ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

²⁶ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

Sådan *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar inte rätt till direkttilldelning och det måste vidare råda en sådan tidsnöd att det har varit omöjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska allmän förvaltningsdomstol på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.²⁷ Sådan talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Rätten kan enligt 16 kap. 16 § LOU även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).²⁸

Vid otillåten direkttilldelning kan även, på talan av Konkurrensverket, allmän förvaltningsdomstol besluta om att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal direkt med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering.²⁹ Om upphandlingen inte tidigare prövats rättsligt ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring 7 procent av kontraktsvärdet.³⁰

Från rättspraxis kan nämnas ett avgörande från Förvaltningsrätten i Linköping.³¹ Avgörandet gäller en kommuns köp av tjänster för drift av vissa lokala festival-evenemang direkt från ett av kommunen delägt bolag, som även ägs med 60 procent av det lokala näringslivet. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att synliggöra och marknadsföra kommunen och driver den lokala turistbyrå och agerar som arrangör av konferenser. Förvaltningsrätten fann att förfarandet utgjorde ett köp av tjänster i LOU:s mening. Rätten konstaterade vidare att eftersom privata företag ingår som delägare i bolaget, även om det till majoriteten ägs av kommunen, utesluter detta möjlighet till s.k. *in-house-undantag* enligt 2 kap. 10 a § LOU. Förvaltningsrätten dömde därför den berörda kommunen att betala en upphandlingsskadeavgift på 225.000 kronor vilket motsvarar 7,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet (på 3 miljoner kronor).

²⁷ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

²⁸ Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

²⁹ Om domstol vid överprövning enligt LOU skulle finna att avtal visserligen har slutits i strid mot kravet på annonsering i 7 kap. 1 § LOU men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som enligt 16 kap. 14 § LOU gör att kontraktet ändå ska få bestå, föreligger det enligt 17 kap. 2 § jämförd med 1 § punkterna 1 och 2 LOU en obligatorisk skyldighet för Konkurrensverket att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

³⁰ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2916-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-12, samt Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2922-13 respektive 2987-13.

³¹ Förvaltningsrätten i Linköping, dom av den 23 april 2014 i mål 589-14 (*Konkurrensverket ./. Eskilstuna kommun*). Avgörandet har vunnit lagakraft.

Yttrande

Göteborgs stad har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anført att Staden har lämnat årliga anslag till Göteborg & Co Träffpunkt AB vilka betecknats som uppdragsersättning. Bolagets uppdrag framgår av bolagets styrande dokument (aktieägaravtal och bolagsordning). Staden genomför för närvarande en omfattande bolagsöversyn, vilken också omfattar Göteborg & Co samt övriga bolag inom klustret Turism, Kultur och Evenemang. Kommunfullmäktige i Göteborg beslutade den 5 juni 2014 att göra en organisationsöversyn av Göteborg & Co där bl.a. evenemangssamordningen mellan bolaget och GotEvent AB ska följas upp och Stadens framtida representation i bolaget ska utredas samt de legala konsekvenserna av Stadens begränsade ägande av bolaget ska övervägas. Utredningsarbetet har redan påbörjats.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Staden är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Staden sedan i vart fall 2012 betalar löpande uppdragsersättningar till Göteborg & Co. På bolagets fakturor till Staden har det även lagts mervärdesskatt (moms).

Hittills sedan 2012 har Staden lämnat uppdragsersättning till Göteborg & Co med c:a 341 miljoner kronor. Det kan således konstateras att det s.k. kontraktsvärdet av Stadens betalningar till Göteborg & Co väsentligen överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde.

Staden synes göra gällande att de aktuella betalningarna ska ses som bidragsgivning genom anslag, som inte omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Den aktuella verksamheten i Göteborg & Co bedrivs i förvärvssyfte och har initierats av Staden. Verksamheten syftar vidare huvudsakligen till att tillgodose Stadens eget behov av att planera, marknadsföra och utveckla Göteborgsregionen som centrum för besöksnäringen samt att medverka till utvecklingen av Göteborgsregionens attraktionskraft på näringslivet. Staden har genom bl.a. sitt ägande och som största finansiär också ett sådant inflytande över Göteborg & Co att bolaget primärt måste anses underkastat Stadens styrning och beslutsrätt. Förutsättningarna för när bidragsgivning kan komma ifråga istället för upphandling kan mot denna bakgrund inte anses uppfyllda, och skulle om det var fråga om löpande bidrag även riskera att strida mot EU:s statsstödsbestämmelser och det kommunala förbudet mot stöd till enskild näringsidkare. Dessutom har förekommande ersättningar från Staden till bolaget angivits som ”*uppdragsersättningar*” och fakturorna har påförts moms, vilket inte skulle kunna vara möjligt om det rört sig om en ren anslagsverksamhet.

Vid detta förhållande ska, såvitt något i upphandlingslagen förekommande undantag inte medför annat, upphandling genomföras enligt lagens direktivstyrda bestämmelser.

Vid bedömningen av om ett s.k. in-house-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU kan komma i fråga kan först konstateras att Göteborg & Co ägs av privata intressen med 35 procent av bolagets aktier. Detta medför att det s.k. kontrollkriteriet inte kan anses uppfyllt. Någon grund för Staden, att genom s.k. in-house-undantag enligt LOU kunna köpa aktuella tjänster direkt från Göteborg & Co föreligger således inte.

Fråga uppkommer därefter om något annat i lagen förekommande undantag skulle kunna medföra undantag för Staden att tilldela Uppdragsavtalet direkt till Göteborg & Co. Någon synnerlig brådska som har gjort det omöjligt för Staden att genomföra ett annonserat förfarande har inte förelegat, utan Stadens löpande betalningar av uppdragsersättning direkt till Göteborg & Co har pågått under en lång rad av år.

Inte heller kan de övriga undantagen från LOU eller från skyldigheten att annonsera upphandlingen göras tillämpliga. En annonserad upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens huvudregel. Stadens kringgående av denna upphandlingsskyldighet för att istället köpa aktuella varor och tjänster direkt från Göteborg & Co strider således mot LOU och de upphandlingsrättsliga direktiven på ett sätt som är ägnat att allvarligt snedvrider förutsättningarna för

konkurrensen. Förfarandet innebär även att de privata intressen som verkar i Göteborg & Co kan komma att gynnas med stöd av offentliga medel på ett otillbörligt sätt. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Staden.

Eftersom Staden, intill dess att i vart fall organisationsstrukturen har förändrats, löpande underlåter att annonsera aktuella upphandlingar kan, på talan av en konkurrerande leverantör, föreliggande avtal komma att ogiltigförklaras av domstol. Staden riskerar även att få betala upphandlingsskadeavgift med upp till maximalt belopp om 10 miljoner kronor.