

Yttrande
2020-10-20



Ärende nr: KS 2020-11-11, 2.2.13, Dnr: 0416/20

Yttrande angående – Redovisning av uppdrag att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte.

Yttrandet

Efter Konkurrensverkets beslut och efterföljande dom i Kammarrätten beträffande Göteborgs Stads finansiering av Göteborg & Co AB, har Göteborgs Stad nu överklagat beslutet till Högsta Förvaltningsdomstolen.

I väntan på besked om högsta förvaltningsdomstolen ger prövningstillstånd, förbereder sig Göteborgs stad för att Kammarrättens dom vinner laga kraft. Domen blir därigenom tvingande för Göteborgs stad att följa. Detta är ett fullt logiskt förhållningssätt, att förbereda sig till avkunnad dom, i väntan på att rättsprocessen skall nå sitt formella slut.

Göteborgs Stads agerande i denna fråga är dock minst sagt uppseendeväckande, ställt i relation till hur Göteborgs Stad agerade gällande frågan om kostnadsfria blöjor inom förskolan, vilken Solna kommun drev juridiskt. Såväl Förvaltningsdomstolen som Kammarrätten slog båda i det ärendet fast att blöjor skulle vara kostnadsfria i förskolan. Även den frågan överklagades upp till Högsta Förvaltningsdomstolen som sedermera avfärdade ärendet, varpå tidigare avkunnad dom stod fast. En dom som berörde samtliga kommuner i landet.

I den frågan var det inte tal om att förbereda sig, anpassa verksamheten och följa domstolarnas beslut. Efter avkunnad, fastslagen dom, tillfrågades Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) om att tolka vad domen innebar för landets kommuner, trots att det var juridiskt utrett och fastställt två gånger om.

Göteborgs Stad måste bestämma sig, antingen följa avkunnade domar eller bortse från de, köra på som man gör men då ta konsekvenserna av ett sådant agerande - men det vore ju minst sagt märkligt om en stad agerade på det sättet. Att bortse från och/eller välja och vraka som man själv vill utifrån egen vilja undergräver den demokratiska och juridiska processen i landet och drar i slutändan ett löjets skimmer över Göteborgs Stad och dess ledning.

**Tjänsteutlåtande**

Utfärdat 2020-09-28

Diarienummer 0416/20

Handläggare

Sofi Malm

Telefon: 031-368 02 89

E-post: sofi.malm@stadshuset.goteborg.se

Redovisning av uppdrag att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte

Förslag till beslut

I kommunstyrelsen:

Kommunstyrelsens uppdrag 2020-02-26 § 147 till stadsledningskontoret att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte, förklaras fullgjort.

Sammanfattning

Vid kommunstyrelsens sammanträde 2020-02-26 § 147 fick stadsledningskontoret i uppdrag i enlighet med yrkande från M, L, C särskilt yttrande KD, att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte. Bakgrunden till uppdraget är det tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattade 2017-04-19 innebärande att Göteborg Stads budgetanslag till det då delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt AB för åren 2014 – 2016 sågs som offentliga kontrakt och enligt gällande upphandlingslagstiftning skulle ha annonserats. Domstolsprövning pågår.

För det fall Göteborgs Stad skulle vinna bifall till sitt överklagande finns av upphandlingsjuridiska skäl inte någon anledning till förändrad finansiering. Skulle dock kammarrättens dom vinna laga kraft har stadsledningskontoret identifierat ett antal alternativ för den fortsatta finansieringen av Göteborg & Co AB. Ett alternativ är att fortsätta med bibehållen finansiering och verksamhet och få prövat huruvida de förutsättningar som nu råder leder till en annan slutsats i fråga om det föreligger ett offentligt kontrakt. Ett annat alternativ är att antingen minska eller avskilja de delar av bolagets verksamhet som genererar extern omsättning. Detta för att samtliga kriterier för intern upphandling ska vara uppfyllda och en tilldelning av medel därmed kan undantas lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Stadsledningskontoret kan konstatera att samtliga alternativ som redovisas sannolikt kommer att förändra förutsättningarna ur ett verksamhetsperspektiv. Eftersom detta uppdrag har sin bakgrund i Konkurrensverkets beslut och efterföljande domstolsprocess som endast avser huruvida Göteborgs Stads budgettilldelningar utgör upphandlingspliktiga offentliga kontrakt, omfattar förevarande redovisning inte någon verksamhetsmässig konsekvensanalys av Göteborg & Co AB. I ett eventuellt nästa steg behöver en djupare juridisk analys vidtas avseende bland annat LOU och kommunallagen. Därtill behöver en verksamhetsmässig konsekvensanalys genomföras.

Om det skulle vara aktuellt att gå vidare med något eller några av redovisade alternativ ovan på djupet krävs att kommunstyrelsen genom ett nytt uppdrag ger mer detaljerad vägledning i frågan.

Bedömning ur ekonomisk dimension

För det fall Högsta förvaltningsdomstolen inte ändrar kammarrättens dom och kommunfullmäktige på nytt fattar beslut om budgetanslag till Göteborg & Co finns en risk att Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift.

Det är frivilligt för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift om en myndighet har tecknat ett avtal utan föregående annonsering trots att det var förbjudet, det vill säga när en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling. Det krävs inte att en domstol har slagit fast att det varit en otillåten direktupphandling. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas in till domstolen inom ett år från det att den upphandlande myndigheten tecknat det aktuella avtalet. Denna tidsfrist gäller dock enbart om ingen leverantör ansökt om överprövning av avtalets giltighet. Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får inte Konkurrensverket väcka fråga om upphandlingsskadeavgift förrän alla beslut i den processen vunnit laga kraft. Konkurrensverket har därefter sex månader på sig att lämna in en ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 mnkr, men avgiften får inte överstiga 10 procent av den aktuella upphandlingens kontraktsvärde. För det fall kommunfullmäktige i Göteborgs Stad fattar ytterligare beslut om att tilldela Göteborg & Co AB medel kan var och ett av budgetbesluten leda till en upphandlingsskadeavgift. Så länge anslagen uppgår till minst 100 mnkr kan således varje beslut potentiellt leda till en upphandlingsskadeavgift för Göteborgs Stad om 10 mnkr.

Utöver upphandlingsskadeavgift föreligger också en risk för att någon leverantör på marknaden väljer att begära överprövning av ett beslut om att ingå ett offentligt kontrakt. En överprövning avser då avtalets giltighet och om domstolen skulle komma fram till att avtalet är ogiltigt ska dels prestationerna som huvudregel återgå, dels kan en leverantör som anser sig ha lidit skada begära skadestånd.

Bedömning ur ekologisk och social dimension

Stadsledningskontoret har inte funnit några särskilda aspekter på frågan utifrån dessa dimensioner.

Bilaga

Kommunstyrelsens protokollsutdrag 2020-02-26 § 147 samt yrkande från M, L, C särskilt yttrande KD

Ärendet

Kommunstyrelsen gav 2020-02-26 § 147 i enlighet med yrkande från M, L, C särskilt yttrande KD, stadsledningskontoret i uppdrag att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte. Bakgrunden till uppdraget är det tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattade 2017-04-19 innebärande att Göteborg Stads budgetanslag till det då delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt AB för åren 2014 – 2016 sågs som offentliga kontrakt och enligt gällande upphandlingslagstiftning skulle ha annonserats.

Beskrivning av ärendet

Inledningsvis vill stadsledningskontoret framhålla att uppdraget från kommunstyrelsen inom ramen för detta tjänsteutlåtande har hanterats utifrån legala aspekter. Eftersom uppdraget har sin bakgrund i Konkurrensverkets beslut och efterföljande domstolsprocess som endast avser huruvida Göteborgs Stads budgettilldelningar utgör upphandlingspliktiga offentliga kontrakt, omfattar förevarande redovisning inte någon verksamhetsmässig konsekvensanalys av Göteborg & Co AB. En sådan analys får istället hanteras i ett senare skede.

Konkurrensverkets beslut och pågående domstolsprövning

Konkurrensverket har 2017-04-19 fattat ett tillsynsbeslut i vilket Konkurrensverket funnit att Göteborgs Stad brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) genom att anslå budgetmedel för åren 2014 – 2016 åt det då delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt AB (nedan Bolaget). Budgetanslagen är enligt Konkurrensverkets beslut vart och ett att anse som offentliga upphandlingskontrakt.

Göteborgs Stad har överklagat Konkurrensverkets beslut till både förvaltningsrätt och kammarrätt bland annat på den grunden att det inte föreligger ett offentligt kontrakt mellan parterna. För att det ska anses föreligga en upphandlingsskyldighet krävs enligt ÄLOU att parterna ingår ett offentligt kontrakt. Båda instanser har dock funnit att budgettilldelningarna utgör offentliga kontrakt och att kriterierna för intern upphandling (Teckal-kriterierna) inte är uppfyllda, varför budgettilldelningarna rätteligen borde ha upphandlats. Kortfattat kan sägas att kammarrätten till grund för sitt beslut att se budgettilldelningen som ett offentligt kontrakt har lagt bolagsordning, aktieägaravtal, kommunfullmäktiges budgetbeslut jämte ett antal kommunala beslut samt en påstådd överenskommelse. Göteborgs Stad har överklagat kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen som ännu inte har meddelat beslut i frågan om målet ska ges prövningstillstånd. Stadsledningskontoret anser att det finns goda grunder för Högsta förvaltningsdomstolen att meddela prövningstillstånd i målet, bland annat mot bakgrund av gällande praxis från EU-domstolen samt den inverkan kammarrättens dom kan få på möjligheterna för offentliga aktörer att ha kommunala, regionala och statliga bolag.

Upphandlingsrättsliga förutsättningar

Offentligt kontrakt

Begreppet kontrakt definieras i 2 kap. 10 § ÄLOU enligt följande.

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,

2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och

3. undertecknas av parterna eller skrivs under av dem med en elektronisk underskrift.

Den svenska lagstiftningen baseras på EU-direktiv, i vilket offentligt kontrakt definieras enligt följande. Offentligt kontrakt: ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

Av EU-domstolens praxis följer att begreppet kontrakt har en unionsrättslig karaktär som är oberoende av definitioner av kontrakt i nationell lagstiftning. Det under förutsättning att kontraktsvärdet överstiger de tröskelvärden som gäller för att direktivet ska vara tillämpligt. Vidare följer av EU-domstolens praxis att för att vara fråga om ett offentligt kontrakt krävs att det föreligger rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas i domstol (se C-451/08 Helmut Müller och C-51/15 Remondis).

Undantag för intern upphandling

För det fall en budgettilldelning av aktuellt slag är att betrakta som ett offentligt kontrakt ska lagen om offentlig upphandling tillämpas. I lagstiftningen finns dock ett undantag för så kallad intern upphandling. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs att följande tre förutsättningar är uppfyllda.

1. den upphandlande myndigheten ska utöva kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),
2. motparten ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som myndigheten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det ska inte finnas något direkt privat ägarintresse i motparten.

Under förutsättning att samtliga kriterier ovan är uppfyllda är alltså ett offentligt kontrakt helt undantaget en upphandlingsplikt enligt LOU.

Göteborg & Co AB:s uppdrag

Göteborg & Co AB är helägt av Göteborgs Stadshus AB och utgör moderbolag för bolagen som ingår i klustret för Turism, Kultur och Evenemang. Göteborgs Stads ändamål med Bolaget är att på en övergripande nivå leda och samordna arbetet inom koncernen och medverka till att stärka och utveckla besöksnäringen inom Göteborg och Göteborgsregionen samt bidra till besöksnäringens utveckling inom Västra Götalandsregionen. Bolaget ska kontinuerligt driva destinationsutveckling och marknadsföring samt agera samverkansplattform för besöksnäringens olika aktörer. Bolaget har omkring 130 årsarbetare där en relativt stor andel visstidsanställda är anställda vissa delar av året.

Organisationen är uppdelad i fem affärsområden:

1. Marknad och kommunikation
Stärker och utvecklar destinationens och bolagets varumärke, paketerar reseanledningar kommunikativt, driver turistbyråverksamhet.

2. Möten
Marknadsför och säljer in destinationen Göteborg till beslutsfattare av främst internationella vetenskapliga möten, politiska möten samt större företagsmöten.
3. Evenemang
Driver och stärker Göteborg som evenemangsstad genom att strategiskt utveckla och möjliggöra hållbara evenemang inom kultur och idrott. Inom affärsområdet finns tre enheter; Värva och försäljning, Event Support och Projekt.
4. Näringslivsgruppen
En plattform för samverkan mellan näringsliv, organisationer, kommuner och akademi i arbetet med att stärka och utveckla Göteborgs konkurrens- och attraktionskraft.
5. Stab
Samordnar frågor som är bolags- och klusterövergripande, bevakar och analyserar den globala utvecklingen inom besöksnäringen generellt samt ansvarar för IT och upphandling.

Utöver ovan fem affärsområden ansvarar Bolaget för Göteborgs 400-årsjubileum och andra aktiviteter som exempelvis Nobel Week Dialogue.

Nuvarande finansiering av Göteborg & Co AB och samverkan med näringslivet

Det framgår av årsredovisning för 2019 att Bolaget omsatte 181 mnkr varav 119 mnkr (ca 66 %) utgörs av finansiering från Göteborgs Stad. Resterande del utgörs av intäkter från tjänsteförsäljning samt marknadsföringsersättning, projektmedel etc från privata och offentliga intressenter. De olika affärsområdena enligt ovan har varierande grad av externfinansiering.

Samverkan med besöksnäringens aktörer är centralt i en bransch med många små näringsidkare som i någon mening är beroende av varandra. Den grundläggande attraktivitet och de besöksanledningar som lockar besökare är en förutsättning för hotell och restauranger, transportföretag m.m. samtidigt som deras engagemang och ambitioner är en förutsättning för den samlade upplevelsen och gemensam framgång.

Gemensam finansiering av verksamheten har tillsammans med intressenternas engagemang och kompetens varit en viktig del av samverkan. Om nuvarande finansieringsmodell behöver justeras framöver är det väsentligt att en kommande utredning behöver säkerställa samverkan genom nya former.

Organisations- och finansieringsformer i andra kommuner

Stockholm

Visit Stockholm AB ansvarar för att utveckla och marknadsföra Stockholm som besöksort. Bolaget är till 100 procent ägt av Stockholm Business Region AB som i sin tur är ett helägt bolag till Stockholm stadshus AB. Visit Stockholm omsätter i storleksordningen 60 – 65 mnkr årligen och har omkring 30 anställda. Visit Stockholm har en styrelse bestående av tjänstepersoner. Bolaget fungerar i praktiken som en avdelning inom Business Region Stockholm. Visit Stockholm finansieras i huvudsak genom kommunfullmäktiges budget. Drygt 10 procent av bolagets omsättning utgörs av extern finansiering.

Visit Stockholm AB utför sitt uppdrag genom marknads- och PR-aktiviteter på utvalda marknader samt genom att värva internationella evenemang, möten och kongresser. Visit

Stockholm har ingen operativ utförarorganisation avseende evenemang och genomför inga typer av evenemang i egen regi.

Bolaget främjar också förutsättningarna för nya besökare genom strategiska samarbeten inom bland annat flyg, kryssningar, hotell och infrastruktur. Visit Stockholm har även ett uppdrag att bedriva service mot besökare som befinner sig i Stockholm. Det görs genom Contact Center, webbplats samt genom sociala kanaler. Stockholm Convention Bureau som arbetar med internationell marknadsföring av Stockholm som kongresstad är en del av Visit Stockholm AB.

Stora Evenemang som kräver extra satsningar utöver budget bereds av Visit Stockholm ihop med en arbetsgrupp med representation från berörda bolag och förvaltningar. Visit Stockholm ansvarar vanligtvis för värvning och det förberedande arbetet. Diskussion sker sedan i en styrgrupp. Styrgruppen som har ett strategiskt samordningsansvar för stadens engagemang i evenemang leds av stadsledningskontoret. Styrgruppen består av direktörer/förvaltningschefer från berörda bolag och förvaltningar. Styrgruppen lämnar en rekommendation till kommunstyrelsen/kommunfullmäktige för ställningstagande. Efter beslut om eventuellt genomförande avsätter kommunstyrelsen/kommunfullmäktige en budget till genomförandet och ger ett uppdrag till lämplig organisation beroende på vad det är för typ av evenemang. Genomförande sker som utgångspunkt inte i kommunal regi. Den organisation som får uppdraget fördelar medel till idrottsförbund/arrangörer etc. som ansvarar för, och på egen risk genomför evenemangen.

Visit Stockholm anpassar ständigt sin affärsmodell utifrån förändringar i lagstiftning och marknadsbehov. Under den senaste fem åren har framförallt operativ verksamhet avvecklats och extern finansiering via partnerskap minskat i omfattning. Bolaget har i dagsläget ca 25 procent färre anställda än för fem år sedan.

Malmö

Organisationen Malmö Turisms övergripande uppdrag och mål är att locka besökare, evenemang, kongresser och möten till Malmö. Malmö Turism är en enhet inom avdelningen omvärld och näringsliv. Denna avdelning är en del av stadskontoret (kommunstyrelsens förvaltning). Malmö Turism har 23 anställda och ansvarar för stadens destinationsmarknadsföring, turistinformation, Convention Bureau - värvning av möten, evenemang och kryssning, omvärldsanalys, utvecklingsfrågor etc. Malmö Turism har samarbetsavtal med bland annat Malmömässan och Malmö arena som båda drivs i privat regi. Malmö Turism har för närvarande en budget på ca 35 mnkr.

Malmö Turism ansvarar för att samordna verksamheten i Destinationssamverkan Malmö AB, ett bolag som ägs av en ideell förening med 66 delägare. Bolaget finansieras till 70% av besöksnäringen och 30% av staden, främst genom personella resurser. Bolaget omsätter omkring 2 mnkr.

Fritidsförvaltningen arbetar tillsammans med specialförbund och det lokala föreningslivet för att få landskamper, svenska och internationella mästerskap till Malmö. Förvaltningen samarbetar även med kommersiella aktörer för att få musik- och kulturarrangemang till Malmös anläggningar. Kulturförvaltningen genomför evenemang inom ramen för sitt uppdrag. Malmö Turism genomför inga evenemang och värvar enbart den typ av evenemang som inte Fritidsförvaltningen och Kulturförvaltningen ansvarar för. Riktigt stora evenemang hanteras av ett förvaltningsövergripande råd som leds av stadsdirektören.

Avdelningen för omvärld och näringsliv är för närvarande under omorganisation. Malmö Turism som enhet kommer att avvecklas. Antalet medarbetare som jobbar med besöksnäringen enligt ovan kommer preliminärt att halveras. Besöksnäringens frågor kommer att integreras med övriga näringslivsfrågor på ett mer påtagligt sätt än idag.

Upphandlingsjuridiska förutsättningar

Det kan noteras att Göteborgs Stads finansiering av Göteborg & Co AB överstiger EU:s tröskelvärde för upphandling. Det innebär att den upphandlingsrättsliga frågeställningen kring budgettilldelningen i första hand ska bedömas utifrån direktivet och den unionsrättsliga definitionen av kontrakt. Staden har som framgått ovan i den pågående domstolsprocessen ifrågasatt huruvida kommunfullmäktiges budgettilldelningar till Bolaget utgör offentliga kontrakt. Kammarrättens slutsats att det är fråga om ett offentligt kontrakt framstår som svårförenlig med framför allt EU-domstolens praxis rörande innebörden av kontrakt med ekonomiska villkor. Detta gäller särskilt kravet på att det ska föreligga ett kontrakt med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas i domstol. Någon sådan ömsesidig skyldighet anser Stadsledningskontoret inte att det finns, i vart fall inte mellan Bolaget och Göteborgs Stad. Om den pågående domstolsprövningen dock skulle landa i att det faktiskt är fråga om ett offentligt kontrakt måste staden förhålla sig till att lagen om offentlig upphandling är tillämplig på kommunfullmäktiges kommande budgetbeslut att tillskjuta Bolaget medel.

När det gäller förutsättningarna för intern upphandling, dvs. interna tilldelningar som undantas från lagen om offentlig upphandling, noterar Stadsledningskontoret att kontrollkriteriet under nuvarande förhållanden sannolikt är uppfyllt samt att det numera inte förekommer något privat ägarintresse i Bolaget. I fråga om verksamhetskriteriet krävs dock att Bolagets omsättning som härrör från externa medel måste understiga 20 procent av den totala omsättningen för att undantaget ska vara tillämpligt. Av uppgifter om Bolagets omsättning de senaste åren framgår att den externa omsättningen överstiger 20 procent. Med nuvarande omsättning är det således högst tveksamt om verksamhetskriteriet är uppfyllt varför undantaget för intern upphandling i så fall inte kan tillämpas.

Alternativ finansiering av Göteborg & Co AB

1. Om Göteborgs Stad vinner bifall till sin överklagan

För det fall Högsta förvaltningsdomstolen skulle meddela prövningstillstånd och bifalla Göteborgs Stads talan finns inget upphandlingsrättsligt hinder för att kommunfullmäktige fortsätter att tillskjuta medel till Bolaget med bibehållen verksamhet. Någon förändring av finansiering eller organisation behöver i så fall inte genomföras på grund av upphandlingsjuridiska skäl.

2. Om kammarrättens dom vinner laga kraft

Som beskrivits ovan är det väsentliga i den upphandlingsrättsliga bedömningen huruvida det finns ett uppdrag enligt vilket Bolaget är skyldigt att tillhandahålla tjänster mot ersättning i någon form. Det har sannolikt begränsad betydelse hur denna ersättning utgår så länge det kan anses att Göteborgs Stad tillser att Bolaget kompenseras. Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att varje form av finansiering av Bolaget som beslutas av Göteborgs Stad kommer att bedömas på ett likartat sätt som nuvarande finansiering i ett upphandlingsperspektiv. Det kan noteras att Kommunfullmäktige i budgetbeslut för år

2020 beslutade att finansieringen av Bolaget från och med år 2021 ska ske via koncernbidrag. En övergång till koncernbidrag löser dock inte de upphandlingsrättsliga problemen utan får istället skattemässiga konsekvenser.

Nedan redogörs översiktligt för andra alternativ som kan utgöra lösningar på den upphandlingsrättsliga problematiken.

2.1 Bibehållen verksamhet och finansiering

De förutsättningar som förelåg vid tiden för Konkurrensverkets beslut, dvs. åren 2014 – 2016, har i viss mån förändrats. Sedan 2016 finns inget privat ägande i bolaget och det finns inte heller något aktieägaravtal. I bedömningen av om det föreligger ett offentligt kontrakt mellan parterna har Konkurrensverket och domstolarna, i den prövning som hittills varit, fäst vikt vid aktieägaravtalet som en handling som specificerar Bolagets uppdrag och den upphandlande myndighetens åtaganden i förhållande till Bolaget. I avsaknad av ett aktieägaravtal och med staden som ensam ägare till Bolaget kan den rättsliga bedömningen eventuellt påverkas i frågan om det föreligger ett offentligt kontrakt. Om ett aktieägaravtal till nöds kan anses grunda rättsliga skyldigheter för upphandlande myndighet och det berörda bolaget är det mycket svårt att identifiera sådana skyldigheter när det helt saknas avtalsreglering. Göteborgs Stad är numera (indirekt) ensam ägare till Bolaget. Detta kan förändra situationen till den grad att det kan övervägas att behålla nuvarande system. Dock kan viss osäkerhet angående uppläggets förenlighet med LOU likväl komma att kvarstå.

För det fall Göteborg Stad väljer att gå denna väg kan en prövning av de ändrade förutsättningarna fås antingen genom att göra en så kallad självanmälan till Konkurrensverket för att få till stånd en ny prövning, eller avvakta en eventuell ansökan om upphandlingsskadeavgift från Konkurrensverket. För det fall en självanmälan vidtas bör skälen givetvis utvecklas utförligt varför det inte ska anses vara fråga om ett upphandlingskontrakt. Det förhållandet att Konkurrensverket, i sitt yttrande till kammarrätten, i så stor utsträckning baserar sin argumentation på förekomsten av ett aktieägaravtal som staden är bundet av, skulle kunna innebära att Konkurrensverket inte är främmande för tanken att den upphandlingsrättsliga bedömningen kan bli annorlunda i nuvarande situation. Vad gäller kammarrättens dom går det inte att på något tydligt sätt fastställa hur kammarrätten hade bedömt läget i frånvaro av ett aktieägaravtal. Klart är att kammarrätten fäster vikt vid förekomsten av aktieägaravtalet. Kammarrätten noterar särskilt att Göteborgs Stad har kontraktuella åtaganden enligt aktieägaravtalet. Stadsledningskontoret kan konstatera att aktieägaravtalet i vart fall inte är en obetydlig faktor i sammanhanget. Det är också, såvitt stadsledningskontoret kan bedöma, det enda dokument som enligt kammarrättens resonemang ger upphov till rättsliga skyldigheter för staden. De ömsesidiga skyldigheter som måste föreligga, vilket kammarrätten noterar i sin dom, är därmed svåra att identifiera utan aktieägaravtalet. Detta indikeras i någon utsträckning av att kammarrätten särskilt påpekar att aktieägaravtalet måste anses ge upphov till förpliktelser för staden.

För det fall staden väljer att inte vidta en självanmälan är ovanstående argument också tillämpliga vid en eventuell ansökan om upphandlingsskadeavgift. För det fall staden väljer att bibehålla såväl Bolagets finansiering som verksamhet kommer således en ny prövning av nuvarande förutsättningar sannolikt göras av Konkurrensverket och för det

fall staden väljer att rättsligt gå vidare med en eventuell ansökan från Konkurrensverket, också av domstol. Nuvarande ägandesituation och avsaknaden av aktieägaravtal kan som ovan sagts påverka den juridiska bedömningen, men Stadsledningskontoret kan konstatera att rättsläget är oklart.

2.2 Minskning av extern verksamhet

Ett andra alternativ som Stadsledningskontoret identifierat innebär att den externa omsättningen i Bolaget minskas i sådan uträkning att Bolaget uppfyller verksamhetskriteriet för interna köp, dvs. att den understiger 20% av totalomsättningen. En sådan minskning innebär att vissa externa intäkter behöver minskas eller helt utgå. Den interna omsättningen, dvs. omsättning som härrör från staden behöver då bibehållas, eller i vart fall inte minskas i för stor utsträckning, så att andelen extern omsättning procentuellt de facto minskar. På vilket sätt en förändring av dettas slag påverkar Bolagets förutsättningar att genomföra sitt uppdrag bör analyseras innan ett eventuellt beslut fattas. Exempelvis bör då utredas hur stor del av nuvarande uppdrag som Bolaget kan genomföra med en förändring av finansieringen från externa medel. Alternativt kan den interna omsättningen ökas i så stor grad att den externa omsättningen av den anledningen procentuellt minskar till mindre än 20 procent. För det fall Bolagets verksamhet förändras så att den externa omsättningen minskar behöver en närmare konsekvensanalys genomföras avseende Bolagets verksamhet.

2.3 Avskiljning av extern verksamhet

Ett tredje alternativ är att avskilja den del av Bolagets verksamhet som avser externa intäkter. Ett sätt att avskilja delar av verksamheten är att skapa ett nytt bolag för detta ändamål. I sammanhanget behöver dock 4 kap. 2 § LOU beaktas, enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde. En likartad situation har prövats i Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4167–16. I detta avgörande gjordes en bedömning av om det var fråga om ett s.k. ”konstlat upplägg” när det hade skapats ett separat bolag avseende tillhandahållande av tjänster till externa kunder. Domstolen beaktade följande omständigheter vid prövningen av ”konstlat upplägg”.

- Bolagets verksamhet hade efter omstruktureringen som helhet inte ändrat inriktning eller ändats i betydande omfattning. De tjänster bolaget tillhandahöll var i stort sett oförändrade.
- Bolagets omsättning var i stort sett oförändrad efter omorganisationen. Den enda skillnaden var att omsättningen var uppdelad mellan de olika bolagen.
- Bolagen hade samma ledning.
- Moderbolaget ägde fortfarande den utrustning som krävdes för båda bolagen för att utföra sina tjänster.
- Moderbolaget var också beroende av koncernbidrag från dotter för att kunna uppnå positivt rörelseresultat.
- Uppdelningen till två bolag gjordes också efter det att granskningen av bolagen inletts, vilket enligt domstolen var ett tecken på att det var ett konstlat upplägg i syfte att undanta tilldelningen från lagens tillämpningsområde.

Mot bakgrund av ovanstående punkter bedömdes att bolagens verksamheter inte var verkligt, utan snarare formellt, avskilda. För det fall det skulle inrättas ett nytt bolag för

tillhandahållande av tjänster för externa uppdragsgivare måste det således vara fråga om ett verkligt avskilt bolag som så att säga står på egna ben. I annat fall kan det nya bolaget komma att betraktas som en del av Bolaget med följderna att kriterierna för interna köp enligt LOU likväl inte är uppfyllda. Om detta alternativ är praktiskt möjligt att genomföra behöver enligt stadsledningskontorets uppfattning i så fall utredas vidare. Ytterligare utredning bland annat avseende förenligheten med kommunallagens regler och den kommunala kompetensen framstår som nödvändig.

Förutom att skapa ett nytt bolag finns också andra alternativ för att avskilja delar av Bolagets verksamhet. Exempelvis kan vissa delar flyttas till ett annat befintligt bolag, under förutsättning att det inte blir fråga om ett konstlat upplägg. Vissa delar av Bolagets verksamhet kan också helt avvecklas och Bolaget kan då fortsätta i sin nuvarande organisationsform men med ett förändrat uppdrag. Vidare skulle Bolaget kunna fortsätta med bibehållet uppdrag men istället för att själva genomföra uppdrag som genererar extern omsättning kan Bolaget upphandla dessa tjänster. Ett sådant alternativ behöver dock närmare utredas för att säkerställa hur mycket den externa omsättningen påverkas och därmed också dess inverkan på verksamhetskriteriet.

2.4 Verksamhet i form av förvaltning under en nämnd

Vidare skulle vissa delar av Bolagets uppdrag kunna flyttas till en befintlig förvaltning. Bolaget kan också göras om till en ny förvaltning. Om Bolagets verksamhet ska bedrivas i form av förvaltning under en nämnd, behöver dock kriterierna för intern upphandling även i detta fall var uppfyllda. Varje nämnd betraktas som en egen upphandlande myndighet, vilket innebär att om verksamheten i nuvarande form överflyttas till en kommunal nämnd löses sannolikt inte problematiken med verksamhetskriteriet som beskrivits ovan. Verksamhetskriteriet kan dock påverkas för det fall Bolagets verksamhet lyfts in i en större befintlig förvaltning, men det får dock inte vara fråga om ett konstlat upplägg som syftar till att kringgå LOU.

2.5 Ideell förening

Alternativet att skapa en ideell förening, likt Citysamverkan Göteborg, för att inom föreningen bedriva hela eller delar av Bolagets verksamhet behöver utredas vidare framför allt ur ett verksamhetsmässigt perspektiv. Att enbart överföra befintlig verksamhet in i en ideell förening med privat ägande löser inte den upphandlingsrättsliga problematiken. Verksamhet bedriven med någon del privat ägande uppfyller inte kriterierna för intern upphandling, varför det likväl blir fråga om upphandlingspliktiga kontrakt avseende de tjänster som en ideell förening utför för stadens räkning. Därtill aktualiseras ett antal frågor bland annat avseende stadens rådighet över verksamheten, kommunalrättsliga aspekter samt statsstöd.

Stadsledningskontorets bedömning

Stadsledningskontoret kan konstatera att samtliga alternativ som är redovisade ovan sannolikt kommer att förändra förutsättningarna ur ett verksamhetsperspektiv.

Eftersom detta uppdrag har sin bakgrund i Konkurrensverkets beslut och efterföljande domstolsprocess som endast avser huruvida Göteborgs Stads budgettilldelningar utgör upphandlingspliktiga offentliga kontrakt, omfattar förevarande redovisning inte någon verksamhetsmässig konsekvensanalys av Göteborg & Co AB. I ett eventuellt nästa steg

behöver en djupare juridisk analys vidtas avseende bland annat LOU och kommunallagen. Därtill behövs en verksamhetsmässig konsekvensanalys genomföras.

Om det skulle vara aktuellt att gå vidare med något eller några av redovisade alternativ ovan på djupet krävs att kommunstyrelsen genom ett nytt uppdrag ger mer detaljerad vägledning beträffande vilket eller vilka alternativ som ska utredas.

Erica Farberger

Eva Hessman

Tf. Förste stadsjurist

Stadsdirektör



Yrkande från M, L, C särskilt yttrande KD angående Konkurrensverkets beslut gällande finansieringen av Göteborg & Co

§ 147, 0416/20

Beslut

Enligt yrkande från M, L och C:

Stadsledningskontoret får i uppdrag att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co AB i beredskapssyfte.

Tidigare behandling

Bordlagt den 5 februari 2020, § 98.

Handling

Yrkande från M, L och C och samt särskilt yttrande från KD den 28 januari 2020.

Protokollsanteckning

Elisabet Lann (KD) antecknar som yttrande en skrivelse från den 28 januari 2020.

Protokollsutdrag skickas till

Stadsledningskontoret
Göteborg & Co AB

Dag för justering

2020-03-26

Vid protokollet

Sekreterare

Mathias Sköld

Ordförande

Axel Josefson

Justerande

Daniel Bernmar

Yrkande
Särskilt yttrande
Datum 2020-01-28

Moderaterna, Liberalerna, Centerpartiet,
Kristdemokraterna

Yrkande angående - Konkurrensverkets beslut gällande finansieringen av Göteborg & Co

Förslag till beslut

I kommunstyrelsen:

1. Stadsledningskontoret får i uppdrag att utreda formerna för fortsatt finansiering av Göteborg & Co i beredskapssyfte.

Yrkandet

Dom i Mål/Ärende 11269-17 mellan Göteborgs Stad och Konkurrensverket avkunnades i Förvaltningsrätten i Stockholm i november månad 2019. Förvaltningsrätten ansåg att kommunens budgetanslag för åren 2014-2016 utgör kontrakt med ekonomiska villkor mellan kommunen och bolaget, samt att ÄLOU är tillämplig. Förvaltningsrätten anser vidare att det inte är en fråga om interna köp eller befogenhetsutövning, samt att 2009 års aktieägaravtal innebär så väsentliga förändringar av det tidigare aktieägaravtalet att en ny upphandling ska anses ha inletts.

Domen har nu överklagats till kammarrätten, men vi ser ett behov av en utökad beredskap i händelse av att även kammarrätten avstyrker Göteborgs kommuns yrkande att Konkurrensverkets beslut ska upphävas. Vi föreslår med ovan till grund att Stadsledningskontoret får i uppdrag att utreda formerna för den fortsatta finansieringen av Göteborg & Co. Detta, inom ramen för Konkurrensverkets invändningar, med en ambition om att bibehålla stadens styrmodell och näringslivets medfinansiering. En annan konstruktion som redan återfinns i staden är Citysamverkan Göteborg, där både staden och privata aktörer är medlemmar i en ideell förening som driver gemensamma intressen. En konstruktion likt denna hade möjligtvis kunnat utgöra en väg framåt.