

Upphandla funktion i praktiken

MED LENNART BORGHAGEN [BOKA DIN PLATS](#)



 Inköpsrådet

Transaktionen – ett offentligt kontrakt

RÄTTSFALLSANALYS Upphandlande myndigheter bör vara försiktiga med att finansiera verksamhet i delägda bolag för att inte överträda upphandlingsreglerna. Sarah Ek och Joakim Lavér, Hannes Snellman, analyserar en kammarrättsdom.

| 2020-08-24



Sarah Ek och Joakim Lavér, Hannes Snellman.

Sammanfattning

Budgettilldelningar från Göteborgs kommun till det delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt utgjorde offentliga kontrakt förenade med annonseringskrav.

Bakgrund

Under åren 2014, 2015 och 2016 beslutade Göteborgs kommunfullmäktige om budgettilldelningar till det delägda bolaget Göteborg & Co Träffpunkt för att finansiera bolagets verksamhet.



<https://inkopsradet.se/linkout/37182>

Enligt ett aktieägaravtal upprättat av Göteborgs kommun och övriga delägare angavs att bolagets verksamhet skulle bestå i att bland annat utföra tjänster såsom planering, initiering och åtgärder som marknadsför Göteborgsregionen som centrum för turism, kongresser, konferenser, mässor och utställningar.

Av aktieägaravtalet framgick även att bolaget skulle fakturera kommunen om bolaget inte fick täckning för sina kostnader på annat sätt.

Konkurrensverket utredde dessa budgettilldelningar och konstaterade att vart och ett utgjorde offentliga upphandlingskontrakt och skulle annonseras i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU).

Kommunen överklagade Konkurrensverkets beslut till förvaltningsrätten som delade Konkurrensverkets bedömning och avslog överklagandet. Kommunen överklagade därefter beslutet till kammarrätten.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten konstaterade att eftersom de svenska bestämmelser om offentlig upphandling har sin grund i unionsrättsliga regler ska begreppet "offentligt kontrakt" tolkas i en unionsrättslig upphandlingskontext.

Dessutom ska den tolkning som säkerställer bestämmelsens ändamålsenliga verkan gälla om flera tolkningar är möjliga.

Kammarrätten hänvisade till tidigare praxis från EU-domstolen och framhöll att för att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt krävs att ett avtal med ekonomiska villkor har ingåtts mellan en myndighet och en leverantör som innebär att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag.

Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten. Det saknar betydelse hur parterna har benämnt en viss överenskommelse, i stället ska transaktionen bedömas i sin helhet med hänsyn till dess syfte för att avgöra om den utgör ett offentligt kontrakt.

I det aktuella fallet regleras kommunens och bolagets åtaganden gentemot varandra bland annat genom bolagets bolagsordning, aktieägaravtal och kommunfullmäktiges budgetbeslut.

Kammarrätten framhöll att även om aktieägaravtalet inte binder bolaget, kan *andra aktieägare* göra gällande avtalet om inte kommunen uppfyller åtagandet om att ge bolaget full kostnadstäckning.

Kammarrätten konstaterade dessutom att det får antas att kommunen inte skulle fortsätta att betala ersättning till bolaget om bolaget inte agerade i enlighet med vad som hade överenskommits.

Bolaget hade även tillhandahållit kommunen tjänster under lång tid. När dessa omständigheter beaktas i ett sammanhang fann kammarrätten att det måste anses finnas ett offentligt kontrakt mellan kommunen och bolaget.

Kammarrätten avslog således överklagandet.

Analys

Den centrala frågan är om det finns ömsesidiga förpliktelser mellan kommunen och bolaget som sammantaget utgör ett offentligt kontrakt. Därigenom behandlas även hur dessa begrepp ska förstås.

Som nämnt framhöll kammarrätten att begreppet "offentligt kontrakt" tolkas i en unionsrättslig upphandlingskontext. Av EU-domstolens praxis framgår att ett väsentligt kännetecken för att det är fråga om ett offentligt kontrakt är att kontraktet är ömsesidigt förpliktande.

Såsom kommunen påtalade inför kammarrätten fanns det inte några förpliktelser mellan bolaget och kommunen av sådan art att respektive part skulle kunna framtvinga ett fullgörande av förpliktelsen genom att inför

domstol åberopa ett avtal, varken leveransförpliktelser eller betalningsförpliktelser.

Som stöd för slutsatsen att ett offentligt kontrakt likväl ingåtts mellan parterna tog kammarrätten främst ledning i aktieägaravtalet. Detta trots att aktieägaravtalet inte är bindande för bolaget.

Denna slutsats bör förstås mot bakgrund av att prövningen av huruvida en transaktion utgör ett offentligt kontrakt ska göras efter en bedömning av transaktionen till sin *helhet* med beaktande av dess *syfte*.

Även om det endast är övriga aktieägare och inte bolaget som kan göra gällande rätten till kostnadstäckning genom aktieägaravtalet, så föreligger ändå genom aktieägaravtalet en skyldighet för kommunen att ersätta bolaget om bolaget inte kan få täckning för sina kostnader på annat sätt. Kommunen är således förpliktigad gentemot bolaget.

Kammarrätten hänvisade dessutom till att även om kommunen inte kan framtvunga ett fullgörande av bolagets verksamhetsuppgifter med hänsyn till ett avtal, så föreligger en rätt för kommunen att avbryta sin finansiering av bolaget om bolaget inte skulle agera i enlighet med vad som hade överenskommit. Bolaget är således även i någon mån förpliktigad gentemot kommunen.

Sammanfattningsvis understryker kammarrättens beslut att definitionen av offentliga kontrakt ska ges en extensiv tolkning.

Kravet på ömsesidiga förpliktelser som följer av EU-domstolens praxis, innebär följaktligen inte ett krav på att det ska finnas en uttryckligt avtalad skyldighet för parterna att fullgöra prestationer eller att det behöver finnas några avtalade sanktioner om fullgörande inte sker.

Som kommunen framhöll i sin argumentation vid kammarrätten kan denna slutsats möjligen göra att det i vissa fall blir svårt för en upphandlande myndighet att bedöma om det vid tillskjutande av medel till delägt bolag uppstår ett offentligt kontrakt.

Kammarrättens beslut innebär således att upphandlande myndigheter bör iaktta försiktighet vid åtgärder som innebär att verksamhet i delägda bolag finansieras för att inte överträda upphandlingsreglerna.

Målnummer och domstol

Kammarrätten i Stockholms dom den 7 juli 2020 i mål [nummer 8538-19](https://my.pcloud.com/publink/show?code=XZBoP7XZd1IFyiYh3gbdXu9982FpV4SpRu6V)
([https://my.pcloud.com/publink/show?
code=XZBoP7XZd1IFyiYh3gbdXu9982FpV4SpRu6V](https://my.pcloud.com/publink/show?code=XZBoP7XZd1IFyiYh3gbdXu9982FpV4SpRu6V)).

Juristpanelen

Läs mer: **Rättsfallsanalys**

Kommentatorerna ansvarar för sina egna kommentarer

Lämna ett svar

Din e-postadress kommer inte publiceras. Obligatoriska fält är märkta *

Kommentar

Namn *

E-postadress *

Webbplats

Publicera kommentar

Fler artiklar

Kvalificerad IT-upphandlare

MED PETTER ULANDER

BOKA DIN PLATS

UTBILDNING
UPPHANDLING24

LEDIGA JOBB

Upphandlare med samordningsansvar till Södermalm

FOI söker Erfaren Upphandlare

Rekrytera rätt kompetens med Inköpsrådet

ÅSIKTER PÅ SAJTEN

Sätter Nordanstig på kartan

Mycket bra initiativ Nordanstigs kommun

Missnöjd vinnare tar strid

Så väldigt dåligt av Parkster! Det är klart att de räknat med att smyga omkring sedan och bötfälla vid minsta...

Konkurrensverket bär tung bevisbörda

Håller med Thérèse. Det är ytterst märkligt, och osmakligt, att författarna ser det som en seger för rättssäkerheten att KI...

Konkurrensverket bär tung bevisbörda

KI har ändå gjort en stor otillåten direktupphandling som de verkar vilja sopa under mattan: "...Värdet uppgick därför endast till...

Missnöjd vinnare tar strid

Den så kallade "charmoffensiven" är det mail som vi parkerare i Sundsvall fått. I mailet beklagar sig Parkster om att...

Missnöjd vinnare tar strid

Får säga att det var svårt att förstå denna artikel. Vari består "charmoffensiven" som nämns i ingressen? Vari består den...

Överprövning av offentlig upphandling

I min bransch (möbel) är problemet oftast att upphandlare inte följer LOU kap.4 §2 genom att rikta produktbeskrivningen till endast...

Svår gräns – hyra eller entreprenad?

Se konkurrensverkets rapport Fallgröpar vid entreprenadupphandling.

Nio månaders anbudsutvärdering klar

Endrik har gjort ett gediget jobb, o man ska säga till när det luktar. Det gjorde det förr, innan vi...

Säkerhetsskyddad upphandling

Hej Roland, Vad roligt att du uppskattade artikeln! Jag tror personligen att frågor som rör säkerhetsskydd både är nya och...

SENASTE INLÄGGEN

Sätt realistiska mål för kartläggningen

Sätter Nordanstig på kartan

Ingen regel utan undantag

En hjälpande hand till lokala företag

Cirkulärt när Malmö köper skyltar

Dataskydd i upphandlingsförfarandet

Tar ställning om unik tjänst

Konkurrensverket bär tung bevisbörda

LOU och underentreprenörerna

HFD väl rustad för pandemin

Offentliga affären blir räddaren i nöden

Missnöjd vinnare tar strid

Otillåten sammanblandning av kriterier

Svår gräns – hyra eller entreprenad?

Luleå har fokus på jämställdhet

Bo Nordlin, tidigare chefredaktör för Upphandling24, startade i september 2015 Inköpsrådet. Det är en ny sajt med fokus på inköp och upphandling och med ett stort nätverk av medlemmar.



med fokus på inköp och upphandling och med större djup och mer analys.



Inköpsrådet är en sajt för kunskapsutbyte både mellan inköpare och upphandlare, men också mellan köpare och säljare.

Vill du hålla dig uppdaterad om vad som händer med Inköpsrådet, prenumerera då på vårt kostnadsfria nyhetsbrev.

Namn *

Epostadress *

Typ av verksamhet *

- Offentlig sektor (jobbar på köparsidan, även upphandlingskonsulter)
- Privat företag (som lämnar anbud i offentliga upphandlingar)
- Jag godkänner att mina uppgifter lagras ([integritetspolicy](#))

Skicka

Vill du veta mer? Läs då om [Inköpsrådets mål och vilka vi är](#).

Du kan också följa oss på [Twitter](#), [Facebook](#) och [LinkedIn](#).

Vår integritets- och personuppgiftspolicy [hittar du här](#).

Aktuella utbildningar

Delta på distans eller på plats i Stockholm. Valet är ditt.

- **Upphandla funktion i praktiken |**
18 mars
- **Säkerhetsskyddad upphandling |**
23 mars 2021
- **Anbudsutvärdering – med utvärderingsmodeller och -kriterier |** 15 april 2021

- **Kvalificerad IT-upphandlare | 21-22 april 2021**
- **Hantera överprövningar | våren 2021**
- **Praktisk avtalsrätt inom LOU och LUF | 11 maj**
- **Få fart på er avtalsförvaltning | hösten 2021**
- **Leda upphandlingar effektivt | hösten 2021**
- **Kvalificerad entreprenad-upphandlare | 20-21 oktober**