



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-06-03
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
801-13 E
Enhet 1:5

SÖKANDE

Tickster AB, 556755-3044
o/o Xnxe Experience Enabling S AB
Box 334
671 27 Arvika

Ombud: Advokat Sara Eklöf
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

Göteborgs Stadsteater AB, 556016-7875

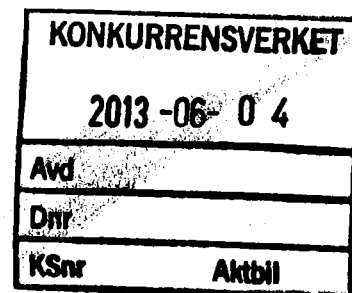
Ombud: Stadsjuristen Ela Skorupska
Stadsledningskontoret, juridiska avdelningen
Köpmansgatan 20
404 82 Göteborg

Göteborgs Symfoniker AB
Stenhammargatan 1
412 56 Göteborg

Göteborgsoperan AB
Christina Nilssons gata 1
411 04 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att de avtal som Göteborgs Stadsteater AB, Göteborgs Symfoniker AB och Göteborgsoperan AB ingått med Venuepoint AB (Biljettforum) och iTicket AB avseende biljett-
hanteringssystem är ogiltiga.

Dok.Id 209782

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattengoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Göteborgs Stadsteater AB, Göteborgs Symfoniker AB och Göteborgsoperan AB (de upphandlande myndigheterna) har genomfört en gemensam konkurrensutsättning avseende biljetthanteringsystem. Av inbjudan till att delta i anbudsgivningen framgår att de upphandlande myndigheterna valt tjänstekoncession.

DOMSKÄLÄr avtalen att beteckna som tjänstekoncession?*Tickster AB:s ansökan om överprövning*

Tickster AB (Tickster) ansöker om överprövning och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. De upphandlande myndigheternas ingångna avtal med de utvalda leverantörerna ska ogiltigförklaras eftersom de aktuella biljetthanteringskontrakten inte utgör tjänstekoncession utan i stället ska betecknas som en otillåten direktupphandling.

Av inbjudan till anbudsgivning framgår att priserna i möjligaste mån ska anges av anbudsgivarna som kostnad per såld biljett. Det framgår också att leverantören ska förmedla biljetter och inkassera det totala biljettpriset per försåld biljett av biljettköparna som säljs via Internet, ombud och återförsäljare. Biljettintäkterna ska löpande överföras och redovisas till de upphandlande bolagen.

I samma dokument talas det också om serviceavgifter och det anges att dessa "bör bestämmas av arena med möjlighet att anpassa serviceavgiften per återförsäljare/ombud. Systemet medger att arenan kan välja om serviceavgiften ska betalas av kund utöver biljettpris eller ingå i priset." Av

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

dokumentet viktad referens framgår att samtliga leverantörer, förutom Tinet AB, låter arenan ta beslut kring serviceavgiften. Med hänsyn härtill kan det antas att ersättning ska utgå till leverantören per biljett. Mot bakgrund av att samtliga biljettintäkter ska överföras från leverantören till de upphandlande myndigheterna är det klarlagt att den ersättning som ska utgå per biljett kommer att utges till leverantören av de upphandlande myndigheterna. Eftersom nästintill alla leverantörer, inklusive de vinnande anbudsgivarna, accepterat att förekomsten av serviceavgift bestäms av arenan står det vidare klart att avtalen inte ger leverantören rätt till ersättning i form av serviceavgifter.

De aktuella avtalsvillkoren innebär således att leverantörens intäkter inte erhålls från tredje man, dvs. från biljettköparna, utan att leverantörens intäkter kommer att härröra direkt från de upphandlande myndigheterna. Detta medför att det rör sig om en s.k. direkt ersättning, vilket enligt EU-domstolen inte är kännetecknande för tjänstekoncessioner.

Eftersom avtalen innebär att leverantören garanteras ersättning av de upphandlande myndigheterna övergår den ekonomiska risken för tjänsten inte från de upphandlande myndigheterna till de vinnande anbudsgivarna. Leverantören bär inte risken för att inte få betalt och risken för att tjänsten inte kommer att nyttjas måste anses begränsad. Med hänsyn till att de upphandlande myndigheterna inte överfört i vart fall en betydande del av den risk som är förknippad med den aktuella tjänsten till de vinnande leverantörerna är de ingångna avtalen inte att beteckna som en tjänstekoncession.

Med hänsyn till att kontraktvärdet överskrider tröskelvärdet för kontrakt som ska upphandlas enligt LOU har de upphandlande myndigheterna varit skyldiga att annonsera upphandlingen. Eftersom detta inte skett är det fråga om en otillåten direktupphandling. De upphandlande myndigheterna har brutit mot upphandlingsreglerna och avtalen är därför ogiltiga.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
801-13

De upphandlande myndigheternas inställning

De upphandlande myndigheterna bestrider klagandens ansökan om överprövning och anser att ansökan ska avvisas. Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande.

Den tjänst som de upphandlande myndigheterna erhåller är en rätt att nyttja leverantörernas biljetthanteringssystem och dessa omfattar biljettbokningssystem, biljettförsäljnings och distributionsnätverk. Det är leverantörerna som ansvarar för driften av biljetthanteringssystemen och de ansvarar och bekostar även all teknisk utrustning som fordras för att uppfylla funktionalitet enligt avtalet. Leverantörerna svarar också för utveckling och underhåll av systemen samt för uppdateringar och teknisk service.

Vid försäljning av biljetter till de upphandlande myndigheternas evenemang är leverantörerna berättigade att ta ut en avgift som erläggs av biljettköparen. Nämda avgift benämns systemavgift. Systemavgiften bakas in i slutpris till biljettköparen och erläggs av biljettköparen, det vill säga tredje man. Leverantörerna är endast berättigade till systemavgiften om biljettköparen kan hållas till köpet. Systemavgiftens storlek varierar beroende på vilken försäljningskanal som biljettköparen väljer. Leverantörerna erhåller den högsta ersättningen vid försäljning av biljetter via deras egen hemsida. Om inte några biljetter säljs så får leverantörerna inte någon betalning. Vid förmedling av biljettförsäljning mottar leverantörerna betalning från biljettköparna. Leverantörerna avräknar biljettens pris mot de upphandlande myndigheternas under förutsättning att köpet effektueras så att biljettköparen kan hållas till köpet. Avräkning från leverantörerna till de upphandlande myndigheterna sker en gång per vecka. Detta medför att leverantörernas intäkter nästan uteslutande erhålls från tredje man, dvs. biljettköparna. Endast en mycket liten del av intäkterna härrör direkt från leverantörerna avseende försäljning av produkter via Internet, såsom me-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 5
801-13

nyer, pausdrinkar, program och liknande. Leverantörerna får följaktligen ersättning genom en s.k. indirekt ersättning, vilket är kännetecknande för tjänstekoncession. Risken som är förknippad med den aktuella tjänsten är överförd på leverantörerna. De ingångna avtalen är därför att beteckna som tjänstekoncessioner och dessa är undantagna från upphandlingslagstiftningen.

Av klagandens ansökan om överprövning framgår att klaganden missförstått hur leverantörerna erhåller betalning för de utförda tjänsterna. Det kan vidare konstateras att klaganden även synes ha blandat ihop begreppen systemavgift och serviceavgift. Den serviceavgift som klaganden skriver om i sin ansökan återfinns i villkoren för tjänstens utförande som bifogats inbjudan till att inkomma med anbud och denna avser möjlighet till avgift som återförsäljare – annan än leverantörerna – kan få rätt att ta ut i en situation då de upphandlande myndigheterna väljer att under en begränsad tidsperiod anlita annan biljettleverantör.

Tillämplig lagstiftning

Av EG-direktivet 2004/18/EG artikel 1.4 och 17 framgår att en tjänstekoncession är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt. Skillnaden är att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Direktivet är inte tillämpligt på tjänstekoncessioner.

I 2 kap. 17 § LOU föreskrivs att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I**DOM***Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Göteborgs Stadsteater AB, Göteborgs Symfoniker AB och Göteborgsoperan AB är att klassificera som upphandlande myndigheter och att de därmed omfattas av skyldigheten att följa det upphandlingsrättsliga regelverket.

Den första frågan i målet är om de avtal som de upphandlande myndigheterna ingått med leverantörerna är att beteckna som tjänstekontrakt, som ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU, eller om de är att klassificera som tjänstekoncession. Skulle det vara fråga om tjänstekoncession är det upphandlingsrättsliga regelverket inte tillämpligt, eftersom sådana avtal inte kan överprövas enligt LOU.

EU-domstolen har konstaterat att begreppen tjänstekoncession och tjänstekontrakt är tämligen näraliggande och att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad mellan dem på förhand. Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet, se C-300/07 punkt 70.

EU-domstolen uttalar i C-274-09 att skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontrakt innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan ersättningen vid en tjänstekoncession består i endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära ersättning från tredje man innebär att kraven på tjänstekoncession är uppfyllda. Om således det sätt på vilket ersättning utgår utgör en av de avgörande faktorerna vid tjänstekoncession följer det dessutom av rättspraxis att en tjänstekoncession innebär att koncessionären

tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna och att en avsaknad av en sådan risköverföring på tjänsteleverantören tyder på att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession. För att kunna fastställa att det rör sig om en tjänstekoncession, krävs en kontroll av huruvida det överenskomna sättet att utgersättning består i tjänsteleverantörens rätt att utnyttja en tjänst och innebär att tjänsteleverantören övertar verksamhetsrisken för utförandet av den aktuella tjänsten, se punkterna 24 – 26 och 29.

Av avtalen som Göteborgsoperan AB och Göteborgs Stadsteater AB ingått föreskrivs i punkten 5 att leverantören är berättigad att ta ut en avgift enligt bilaga 1. I nämnda bilaga – som handlar om priser och avgifter – stadgas följande:

1. Priser och avgifter avseende t.ex. biljetter

Göteborgsoperan AB/Göteborgs Stadsteater AB betalar leverantören en systemavgift per försäld biljett. Systemavgiften beror på vilken försäljningskanal som används.

2. Övriga avgifter, som betalas av biljettköparen

Övriga avgifter kan vara beroende på priserna från tredje part och kan ändras. Priser i dagsläget,

- Försäljning via leverantörens call-center (30 kr inklusive moms)
- Förändelse med post (30 kr inklusive moms)
- Uthämtning eller köp via ombud, eks ATG (30 kr inklusive moms).

Av det avtal som Göteborgs Symfoniker AB ingått föreskrivs i bilaga 1 under punkten 1 att systemavgiften betalas av Göteborgs Symfoniker AB. Under punkten 2 anges storleken på systemavgiften som leverantören erhåller per biljett för nyttjandet av systemet. I punkten 3 föreskrivs att slutkunden betalar leverantören 35 kr inklusive mervärdesskatt plus porto och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 8
801-13

eventuell avgift för rekommenderat brev för utskick av biljetter via post om Göteborgs Symfoniker AB väljer att låta leverantören sköta den tjänsten.

Förvaltningsrätten anser inte att det av de aktuella avtalsvillkoren framgår att leverantörens intäkter primärt erhålls från tredje man, dvs. från biljettköparna. I stället ger avtalsvilkorens utformning sken av att det är de upphandlande myndigheterna som utger ersättning till leverantörerna. Endast i undantagsfall – då det är fråga om någon form av tilläggstjänst, såsom att försändelser ska skickas per post – är det särskilt föreskrivet i avtalen att sådana avgifter betalas av biljettköparna. Det medför att det inte är fråga om en sådan indirekt ersättning som enligt EU-domstolen krävs för att avtalen ska kunna betecknas som tjänstekoncession.

Har ansökan om överprövning skett i rätt tid?

De upphandlande myndigheternas yrkanden

De upphandlande myndigheterna yrkar i andra hand, för det fallet att domstolen skulle finna att avtalen inte uppfyller rekvisiten för tjänstekoncession, att ansökan ska avvisas eftersom den inte getts in i rätt tid och anför i den delen följande. En ansökan om överprövning ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Aktuella avtal ingicks 17 juni, 21 juni och den 2 juli 2012, alltså mer än sex månader före det att klagandens ansökan kom in. Klaganden fick meddelande i god tid att de upphandlande myndigheterna valt att teckna avtal med annan leverantör och har därför haft mycket god tid på sig att ge in ansökan om överprövning i rätt tid.

Klaganden har inte heller gjort gällande att man lidit eller riskerat att lida skada. Skaderekvisitet torde vara en förutsättning för en leverantörs talerätt, varför klaganden inte heller på den grunden har talerätt.

Ticksters inställning

Tickster anser att de upphandlande myndigheternas yrkanden om att ansökan inte kommit in i rätt tid ska avslås och anför i den delen följande. I det meddelandet som skickades ut av de upphandlande myndigheterna den 29 juni 2012 finns det inte något som kan uppfattas som att ett avtal skulle komma att tecknas med en vald leverantör i samband med utskicket av meddelande, eftersom det i meddelandet angavs att de upphandlande myndigheterna först i augusti skulle komma att offentliggöra vilka leverantörer som valts. Ingen information gavs heller i nämnda meddelande om att två av de upphandlande myndigheterna redan ingått avtal.

Inte heller i det andra meddelandet som de upphandlande myndigheterna sände ut i augusti 2012 gavs information om att avtal redan hade ingåtts.

Om något av de två meddelandena hade innehållit information om tidpunkten för avtalstecknande hade Tickster gett in en ansökan om överprövning i rätt tid. I stället har Tickster förlitat sig på den information som gavs i de båda meddelandena och i enlighet med formuleringarna i meddelandena på goda grunder dragit slutsatsen att avtal tecknats först i samband med meddelandet den 20 augusti 2012 där namnen på de valda leverantörerna presenterades.

Tickster har vid upprepade tillfällen under hösten 2012 begärt att få ut samtliga handlingar avseende upphandlingen, men fick dessa först i ett mycket sent skede.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 10
801-13

Tillämplig lagstiftning

Av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Enligt 16 kap. 17 § första stycket LOU ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Förvaltningsrättens bedömning

Eftersom de ingångna avtalen, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte är att beteckna som tjänstekoncession och att annat inte framgått än att kontraktvärdet överstiger de föreskrivna tröskelvärdena har de upphandlande myndigheterna företagit en otillåten direktupphandling, då en tilldelning av kontrakten skett i strid med bestämmelserna i LOU, eftersom någon annonsering inte skett.

Otillåtna direktupphandlingar kan bli föremål för en överprövning av avtalens giltighet. En sådan prövning kan ske både före och efter att avtal har slutits.

De upphandlande myndigheterna har gjort gällande att Ticksters ansökan om överprövning gjorts för sent, då ansökan kom in till domstolen först efter det att sexmånadsgränsen passerats.

Ostridigt är att aktuella avtal ingicks den 17 juni, 21 juni respektive den 2 juli 2012. Vidare är det ostridigt att två meddelanden skickades ut till anbudsgivarna – ett meddelande som var daterat den 29 juni 2012 och det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 11
801-13

andra den 20 augusti 2012. I båda meddelandena lämnades information om att de upphandlande myndigheterna "valt att gå vidare" med andra leverantörer. Skillnaden mellan de två meddelandena var att i det första meddelandet framgick inte namnen på de vinnande leverantörerna utan det uppgavs att dessa skulle komma att offentliggöras under augusti månad. Att de upphandlande myndigheterna tecknat avtal med de utvalda leverantörerna framgår inte av något av meddelandena.

De upphandlande myndigheterna har gjort gällande att preskriptionstiden ska räknas från tidpunkten för avtals tecknande och att denna tidsfrist är definitiv. Förvaltningsrätten delar denna bedömning men anser att det ligger i sakens natur att de anbudsgivare som de upphandlande myndigheterna inte valt att teckna avtal med måste ha fått vetskap om att ett avtal ingåtts för att tidsfristen ska börja löpa. Förvaltningsrätten anser inte att den första skrivelsen från i slutet av juni 2012 uppfyller dessa krav, då inget nämns om vare sig om namnen på de vinnande leverantörerna eller att avtal redan ingåtts. Meddelandet från i augusti 2012 anger inte heller tydligt att avtal ingåtts men i denna skrivelse offentliggörs i vart fall namnen på de vinnande leverantörerna och kan därmed enligt förvaltningsrätten likställas med ett tilldelningsbeslut. Detta medför att anbudsgivarna vid den tidpunkten måste haft skäl att räkna med att avtal skulle komma att ingås inom kort. Detta medför att överklagandefristen får anses ha börjat löpa först den 20 augusti 2012. Ticksters ansökan om överprövning inkom till domstolen den 21 januari 2013 och således i rätt tid. Mot bakgrund härav och med beaktande av att förvaltningsrätten funnit att det är fråga om en otillåten direktupphandling är avtalen ogiltiga.

De upphandlande myndigheterna har gjort gällande att Tickster saknar talerätt, eftersom Tickster inte gjort gällande att man lidit eller riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelserna i 16 kap. 13 §

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

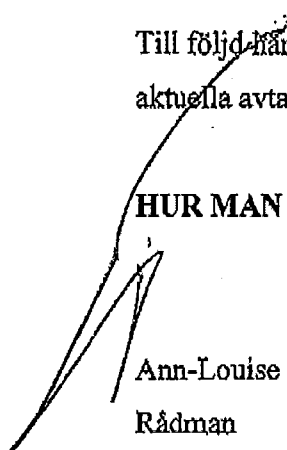
DOM

Sida 12
801-13

första stycket 1 LOU inte innehåller något skaderekvisit och att någon sådan prövning därför inte kan eller ska ske.

Till följd härav ska Ticksters ansökan om överprövning bifallas och de aktuella avtalen förklaras ogiltiga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 b)



Ann-Louise Björnsson
Rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

Bitaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.