



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

BESLUT
2016-10-06
Meddelat i Göteborg

Sida 1 (12)

Mål nr
9424-16

SÖKANDE

Ticketmaster Sverige AB, 556401-2887
Box 12247
102 26 Stockholm

Ombud: Maria Krantz
Tenders TED Law AB
Artillerigatan 6
114 51 Stockholm

MOTPART

Got Event AB, 556015-9823
Box 349
401 25 Göteborg

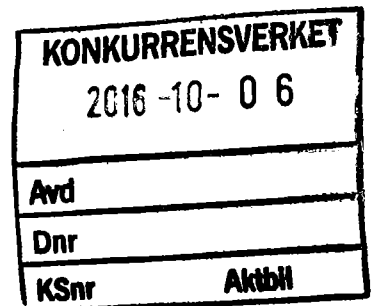
Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU
av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Ticketmaster Sverige AB:s ansökan om
överprövning.



Dok.Id 436866

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
Telefax
031 - 711 78 59
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Got Event AB (Got Event) genomför en tjänstekoncessionsupphandling avseende biljetthantering, dnr 408/15. Förfrågningsunderlaget publicerades den 28 april 2016 och sista anbudsdag i upphandlingen var den 31 maj 2016. Av tilldelningsbeslut den 25 augusti 2016 framgår att Venuepoint AB (Venuepoint) vunnit upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Ticketmaster AB (Ticketmaster) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska pröva målet enligt artikel 46 i direktiv 2014/23/EU (tjänstekoncessionsdirektivet) samt att rättelse förordnas på så sätt att Venuepoints anbud förkastas.

Got Event anser att ansökan ska avvisas.

VAD PARTERNA ANFÖR

Ticketmaster

Tjänstekoncessionsdirektivet skulle ha implementerats i svensk rätt senast den 18 april 2016. För upphandlingar som påbörjats den dagen, eller senare, är tjänstekoncessionsdirektivet tillämpligt. HFD har fastslagit att ett upphandlingsförfarande får anses påbörjat när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Beslutet att inleda upphandlingen i syfte att anskaffa biljetthantering har kommit till kännedom utåt i samband med annonseringen av upphandlingen, den 28 april 2016. Det kan således konstateras att upphandlingen påbörjats efter att tjänstekoncessionsdirektivet blev tillämpligt. Upphandlingens volym uppgår till mer än det

angivna tröskelvärden om 5 186 000 euro i tjänstekoncessionsdirektivet. Förvaltningsrätten ska därför pröva ansökan i sak eftersom direktivet får direkt effekt.

Med hänsyn till HFD 2013 ref. 31, C-26/03 *Stadt Halle*, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 710-14 och prop. 2015/16:195 s.440-441 ska en upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat att påbörja ett upphandlingsförfarande och tagit extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser samtidigt som beslutet ska vara möjligt att överpröva. Denna situation uppkommer i samband med annonsering av en upphandling eller i samband med konkreta avtalsförhandlingar med leverantör, dvs. när upphandlande myndighet avser teckna kontrakt utan föregående annonsering. Före dessa tidpunkter saknas möjlighet för en leverantör att väcka talan vid domstol angående de tilltänkta anskaffningarna. Förberedande åtgärder i form av RFI:er (förfrågan om information) samt andra kontakter med leverantörer, där information om att upphandling kommer att genomföras förekommer, kan inte anses vara extern kontakt i syfte att anskaffa det som upphandlingen avser utan måste betraktas som rent förberedande åtgärder där möjlighet för överprövning saknas. Ingen av de åtgärder som Got Event vidtagit före annonseringen av upphandlingen kan anses utgöra en sådan handling som krävs för att en upphandling ska anses påbörjad. Upphandlingen måste anses påbörjad i samband med annonseringen.

Enligt EU-domstolens domar i mål C-337/98 samt C-576/10 är det direktiv som ska tillämpas det som är ikraft när ett upphandlingsförfarande inleds. Detta inträffar när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen. Målen från EU-domstolen gäller båda upphandlingar utan föregående annonsering där det beslutats om direkttilldelning av kontrakt till viss leverantör. Det direktiv

som var ikraft för tiden för besluten ansågs vara det som tillämpas. Besluten fanns dokumenterade i skriftliga underlag hos respektive upphandlande myndighet. Därutöver fanns förutsättningar för kontraktets genomförande som blev kända för tilltänkt leverantör före brytpunkten. Inga av de händelser som Got Event hänvisar till, som inträffat före annonsering, kan anses utgöra sådana beslut om avses i EU-domstolens praxis. Till skillnad från en upphandling utan föregående annonsering kan det inte heller anses att myndigheten slutligen avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning för anbudsgivning förrän annonsering faktiskt sker. Att lägga upp ett ärende i ett system är inte detsamma som att fatta ett beslut om att ett visst upphandlingsförfarande ska användas. Det finns fortfarande möjlighet att avsluta ärendet och vidta nya åtgärder. Det måste även presumeras att Got Event ansett att tjänstekoncessionsdirektivet ska tillämpas då Got Event hanterat upphandlingen som om den omfattas av direktivet då de bl.a. fattat tilldelningsbeslut med tillhörande avtalsspärr. Den enda tidpunkt där det med säkerhet kan fastställas att Got Event beslutat vilken typ av förfarande som ska användas samt när de slutligen avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning föreligger vid annonseringen den 28 april 2016.

Vid kvalificeringen har Got Event underlåtit att förkasta Venuepoints anbud trots att anbudet inte uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen. Venuepoints anbud uppfyller inte förfrågningsunderlagets krav på anbudsspråk i punkt 2.1.1 eftersom inlämnat ”Service Level Agreement” (SLA) är författat på engelska. Vidare uppfyller Venuepoints SLA inte heller uppställda krav på jourbemanning helger och kvällar enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.2.10. Därutöver uppfyller Venuepoints anbud inte kravet på bevis om uppfyllt kvalitetsledningssystem i punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget eftersom de i sitt anbud lämnat en bilaga som förefaller utgöra deras egna kvalitetsledningssystem. Dokumentet utgör inte

en kopia av protokoll för opartiskt genomförd intern eller extern revision av kvalitetsledningssystem vilket är det bevis som efterfrågas. Därtill saknas bl.a. uppgift om rutin för hur underleverantörers arbete kvalitetssäkras. Inte heller är kravet på bevis för miljöledningssystem i punkt 3.1.8 i förfrågningsunderlaget uppfyllt. Dokumentet utgör inte en kopia av protokoll för opartiskt genomförd intern eller extern revision av miljöledningssystem vilket är det bevis som efterfrågas. Därtill saknas bl.a. uppgift om hur underleverantörers miljöarbete kvalitetssäkras.

Got Event har genom sitt förfarande handlat i strid med de EU-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet samt artikel 3 i tjänstekoncessionsdirektivet. Ticketmaster har på grund härav lidit skada då bolaget skulle ha antagits som leverantör om Got Event agerat i enlighet med de i förfrågningsunderlagen ställda kraven och förkastat antagen leverantör.

Got Event

Under våren 2015 påbörjade Got Event arbetet med en branschstudie och genomförde intervjuer med ett antal aktörer avseende framtida anskaffning av biljetthanteringssystem. Under september 2015 tillsattes en projektgrupp som skulle arbeta med anskaffningen av biljetthanteringssystem. Projektgruppen hade ett uppstartsmöte den 29 september 2015. Den 19 oktober gav Got Events VD, Lotta Nibell, definitivt besked till VD-assistent Hanna Bergendahl om att anskaffningen av biljetthanteringssystem skulle genomföras som en tjänstekoncessionsupphandling. Under hösten 2015 beslutades även att Göteborgs Stads Upphandlings AB, som ombud för Got Event, skulle genomföra upphandlingen. Den 17 november 2015 registrerades upphandlingen i upphandlingsverktyget Tendsign som en tjänstekoncessionsupphandling. När ett upphandlingsförfarande väl är valt i systemet är det inte möjligt att ändra upphandlingsförfarande, vilket styrks av bifogat intyg från Visma Commerce.

Under våren och hösten 2015 träffade Got Event andra biljetthanteringsföretag såsom Tickster AB, Showtic AB och Transticket AB och dessa företag har haft möjlighet att presentera sina plattformar. Efter att beslutet om att anskaffningen av biljetthanteringen skulle genomföras som en tjänstekoncession, dvs. efter den 19 oktober 2015, har Got Event även varit tydlig i sin kommunikation med potentiella leverantörer att Got Event avsett att anskaffa biljetthanteringssystem genom ett tjänstekoncessionsförfarande. Got Event har även vid ett möte med Ticketmaster, den 18 januari 2016, diskuterat kommande anskaffning av biljetthanteringssystem och att denna anskaffning kommer att genomföras som en tjänstekoncessionsupphandling.

Enligt lagförarbetena (prop. 2009/10:180 s. 210 och 374) anses en upphandling påbörjad när den upphandlande myndigheten har beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt har beslutat att begära in anbud. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen slagit fast att ett upphandlingsförfarande anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det beslutet avser (HFD 2013 ref. 31). I ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 4819-11) konstaterade kammarrätten att den upphandlande myndigheten utförligt redogjort för när och hur det hade beslutats om förfarandesätt för upphandlingen, samt gett in handlingar som stöder denna redogörelse, vilket medförde att upphandlingen ansågs påbörjad innan annonsering. Vidare framgår av EU-domstolens rättspraxis att det direktiv ska tillämpas som är ikraft när upphandlingsförfarandet inleds. Det sker enligt EU-domstolen när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen.

I förevarande situation påbörjade Got Event arbetet med anskaffningen av biljetthanteringssystem redan under hösten 2015, dvs. innan implementeringstiden för tjänstekoncessionsdirektivet passerats. Redan den 19 oktober 2015 fattades beslut om vilket förfarande som skulle tillämpas vid anskaffningen. Att annonseringen skedde efter den 18 april 2016 saknar därför betydelse i sammanhanget. Eftersom upphandlingen således inte omfattas av tjänstekoncessionsdirektivet har det heller ingen betydelse huruvida upphandlingens kontraktsvärde överstiger tröskelvärdet i direktivet. Eftersom upphandlingen inte omfattas av tjänstekoncessionsdirektivets regler finns inte heller anledning att bemöta Ticketmasters påståenden om att Venuemarks anbud skulle innehålla brister. Mot denna bakgrund är förvaltningsrätten förhindrad att pröva Ticketmasters ansökan om överprövning, varför ansökan ska avvisas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 2 § första stycket LOU gäller LOU för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner. I sjätte stycket anges att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap 12 § LOU.

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

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är ostridigt att Got Event genomför en tjänstekoncessionsupphandling. Det är vidare ostridigt att Got Event annonserade upphandlingen, den 28 april 2016, vilket är efter tiden för införlivandet av tjänstekoncessionsdirektivet gått ut.

Tjänstekoncessioner omfattas inte av bestämmelserna om överprövning enligt LOU. De EU-rättsliga kraven på effektiva rättsmedel har enligt svensk rättspraxis ansetts kunna tillgodoses med skadeståndstalan (HFD 2012 ref. 29). Tjänstekoncessioner är också uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (artikel 17). Artikel 1.1. i rättsmedelsdirektivet ger, enligt lydelsen som infördes genom Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG, inte någon möjlighet till överprövning av en upphandling av en tjänstekoncession eftersom det av bestämmelsen framgår att avtal enligt artikel 17 i direktiv 2004/18/EG är undantagna från tillämpningsområdet för rättsmedelsdirektivet.

Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (tjänstekoncessionsdirektivet) har dock rättsmedelsdirektivens tillämpningsområde utvidgats till att även omfatta tjänstekoncessioner (artikel 46). Detta innebär att bestämmelser om överprövning ska gälla även vid upphandling av tjänstekoncessioner. Medlemsländerna skulle senast den 18 april 2016 ha införlivat direktivets bestämmelser i lag (artikel 51).

Frågan i målet är därmed om den senare lydelsen av artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet som införts genom artikel 46 i tjänstekoncessionsdirektivet är tillämplig på den aktuella upphandlingen samt om Ticketmaster, med stöd av direkt effekt, därmed har rätt till överprövning

av tilldelningen.

Förvaltningsrätten kan konstatera att tjänstekoncessionsdirektivet saknar övergångsbestämmelser som reglerar hur bestämmelserna om överprövning ska tillämpas på redan påbörjade upphandlingar. När det gäller frågan om vilket direktiv som ska tillämpas på en upphandling som genomförs under fristen för införlivande av ett nytt direktiv framgår av praxis från EU-domstolen bl.a. följande. En upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds. Tillämpligt direktiv är i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet. Det skulle nämligen strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet, eftersom denna tidpunkt betecknar slutet på förfarandet, medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning ska ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet (se mål C-576/10 *Kommissionen mot Nederländerna* p. 52–53 och mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* p. 36 och 40).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 31 uttalat att den tidpunkt för när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade till EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 *Stadt Halle* och angav att det av detta avgörande framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förebereelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade vidare att ett

upphandlingsförfarande därmed får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

Nyss nämnda rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen gällde frågan om ny eller äldre svensk lagstiftning skulle tillämpas på en upphandling, dvs. hur övergångsbestämmelserna i den svenska upphandlingslagstiftningen ska tolkas. Frågan i det nu aktuella målet rör inte tolkningen av svenska övergångsbestämmelser utan tillämpningen av det nya tjänstekoncessionsdirektivet. Förvaltningsrätten anser därför att Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2013 ref. 31 inte är avgörande för bedömningen av vilket direktiv som är tillämpligt i målet. Bedömningen ska i första hand göras med utgångspunkt i relevant praxis från EU-domstolen, vilken redogjorts för ovan.

Frågan som är avgörande för vilket direktiv som är tillämpligt är därför om Got Event innan den 18 april 2016 kan anses ha valt vilken typ av förfarande som ska användas och slutligt avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen.

Got Event har uppgett att bolagets VD, den 19 oktober 2015, har gett definitivt besked om att anskaffningen av biljetthanteringssystem skulle genomföras som en tjänstekoncessionsupphandling. Av inlämnade handlingar i målet framgår att upphandlingen därefter registrerats som en tjänstekoncession i Tendsign den 17 november 2016. Förvaltningsrätten anser att dessa händelser sammantaget medför att Got Event, i vart fall senast den 17 november 2015, har visat att bolaget har valt vilken typ av förfarande som ska användas och slutligen avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet. Denna tidpunkt har således infallit långt före den 18 april 2016. Därmed kan förvaltningsrätten redan här

konstatera att de i rättsmedelsdirektivet införda bestämmelserna om överprövning av tjänstekoncessionsupphandlingar, som införts genom tjänstekoncessionsdirektivet, inte är tillämpliga på den aktuella upphandlingen.


Därutöver kan förvaltningsrätten konstatera att det även utifrån den rättspraxis och de förarbetsuttalanden som Ticketmaster hänvisat till saknas stöd för att tjänstekoncessionsdirektivets bestämmelser skulle vara tillämpliga i det aktuella målet. Detta eftersom Got Event har uppgett att bolaget genomfört ett möte med Ticketmaster den 18 januari 2016 där det framgått att anskaffningen av biljetthanteringssystem kommer att genomföras som en tjänstekoncession. Det aktuella mötet har ägt rum efter det att Got Events VD gett definitivt besked om att anskaffningen av biljetthanteringssystem skulle genomföras som en tjänstekoncessionsupphandling och efter det att upphandlingen registrerats som en tjänstekoncession i Tendsign. Beslutet att biljetthanteringssystem ska upphandlas som en tjänstekoncession får därför anses ha kommit till kännedom utåt senast den 18 januari 2016, då Got Event tog extern kontakt med sökanden i målet med anledningen av den aktuella anskaffningen. Därmed kan upphandlingen anses påbörjad före den 18 april 2016.

Mot ovanstående bakgrund saknas möjlighet att med stöd av direkt effekt åberopa bestämmelserna i tjänstekoncessionsdirektivet och få till stånd en rättslig prövning av aktuell upphandling. Den rättspraxis och övriga omständigheter som Ticketmaster åberopat i målet föranleder inte någon annan bedömning. Ansökan ska därför avvisas.

Vid ovan angivna utgång saknas anledning att göra någon prövning av om upphandlingens kontraktsvärde överstiger tröskelvärdet i tjänstekoncessionsdirektivet. Det saknas också anledning att pröva de

omständigheter Ticketmaster anført till stöd för att Venuepoints anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

