



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-23
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9119-11
 Enhet 15

SÖKANDE

Billetlugen A/S

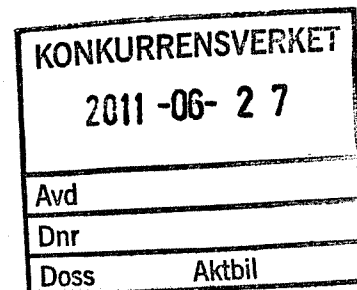
Ombud: Advokat Per Jadelind
 Amber advokater
 Box 363
 301 09 Halmstad

MOTPART

Riksteatern, 802006-1365
 Hallundavägen 30
 145 83 Norsborg

SAKEN

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

**BESLUT**

Förvaltningsrätten avvisar Billetlugen A/S ansökan om överprövning enligt LOU.

Dok.Id 140287

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDE M.M.

Riksteatern i samverkan med Folkets hus och Parker (Riksteatern) har genomfört en upphandling avseende biljettsystemtjänster, dnr RT-BILJ-2011-02-08 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU.

Av tilldelningsmeddelande, daterat den 20 april 2011, framgår att Riksteatern har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Billetlugen A/S (Billetlugen).

Riksteatern har till förvaltningsrätten uppgett att förfarandet har påbörjats efter den 15 juli 2010.

Billetlugen har ansökt om överprövning enligt LOU och anfört i huvudsak följande. De har fått olika svar från Riksteatern beträffande poängen; först fick de besked om att de fått 109 poäng vilket innebär att de skulle ha tilldelats kontraktet, därefter fick de ytterligare ett meddelande enligt vilket de endast fått 39 poäng och har lämnat det minst fördelaktiga anbudet. Tilldelningsbeslutet är felaktigt utformat och inte motiverat på sådant sätt att anbudsgivarna kan följa hur utvärderingen gått till. Ett företag som lämnar anbud måste ha en stark organisation och de förstår därför inte hur vinnande anbudsgivare kunde få kontraktet eftersom det företaget inte har gått med vinst utan har fått medel från annat håll sedan det startades. De fick endast 1,5 timma på sig att presentera företaget och demonstrera biljettsystemet. De frågade om övriga anbudsgivare fick samma tid men fick inget svar. Riksteatern är en ideell förening som bekostas av staten och bör enligt deras uppfattning följa EU-reglerna.

Riksteatern har i yttrande i första hand yrkat att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan har Riksteatern

anfört bl.a. följande. De har genomfört en tjänstekoncession av biljettsystem och någon prövning enligt LOU ska därför inte ske. Om kontraktet inte är att anse som en tjänstekoncession ska ansökan avslås.

Riksteatern i samverkan med Folkets Hus och Parker har genomfört en upphandling av biljettsystem. Upphandlingen har annonserats och förfrågningsunderlag har distribuerats till alla som efterfrågat detta. Proceduren har genomförts via Allego Document. Upphandlingen har genomförts med iakttagande av reglerna i LOU och dess upphandlingsform öppen upphandling. Inkomna och kvalificerade anbud har utvärderats enligt principen att ekonomiskt mest fördelaktigt anbud antas. I tilldelningsbeslutet, som meddelats via Allego, redovisas skälen till beslutet.

Deras handläggning har nära följt handläggningen vid öppet förfarande för att inte komma i strid med LOU. Konkurrensverket har i beslut den 10 februari 2011 (dnr 158/2010) granskat Värmlandsoperans tilldelning av kontrakt för tillhandahållande av biljettsystem och i beslutet redogjort för skillnaderna mellan tjänsteupphandling och tjänstekoncession samt uttalat att bestämmelserna i lagarna om överprövning inte är tillämpliga på tjänstekoncessionskontrakt.

Riksteaterns upphandling av biljettsystem bygger, i likhet med Värmlandsoperans, på att den avgift som tas ut för nyttjande av biljettsystemet betalas av kunden/biljettköparen direkt till ägaren av biljettsystemet. Inga garantier för viss volym har lämnats. Fasta avgifter som betalas av Riksteatern har inte accepterats. Riksteatern har således överfört hela det ekonomiska risktagandet på leverantören. Riksteaterns uppfattning är därmed att kontraktet är att anse som en tjänstekoncession och undantaget från prövning enligt LOU.

Billettugan har till Riksteatern inkommit med en begäran om ytterligare upplysningar i ärendet. Av misstag har Riksteatern skickat en uträkning vari formeln för uträkning av poäng vänts. Misstaget har korrigerats snarast efter upptäckt och rätt anbudsutvärdering har skickats. Utvärderingsmetoden och viktningen av erhållna poäng har ingående beskrivits i förfrågningsunderlaget. Riksteatern har valt att utvärdera inkomna anbud enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. För att en jämförelse av anbuderna ska kunna göras har såväl pris som övriga kriterier omräknats till poäng. Möjliga poäng i varje enskilt kriterium, viktning och den transparenta utvärderingsmetoden har redovisats i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen uppfyller enligt Riksteaterns uppfattning väl lagens krav.

Samtliga anbud och anbudsgivare har ansetts uppfylla ställda krav om betalning av skatter och avgifter samt ha den ekonomiska stabilitet som efterfrågats. Vinnande anbud har i enlighet med förfrågningsunderlagets föreskrifter lämnat en fullgörandegaranti som uppfyller ställda krav.

Samtliga anbudsgivare har kallats till en muntlig genomgång av lämnade anbud och getts tillfälle att presentera anbudet under 1,5 timma. Alla anbudsgivare har getts samma förutsättningar och behandlats lika i detta hänseende.

Billettugan har i yttrande anfört bl.a. följande. I punkten 3.3.3.3. i förfrågningsunderlaget anges att det som kommer att ligga till grund för utvärderingen av anbuderna är pris och ett antal uppfyllda s.k. mervärden. Priserna och mervärdena ska delas upp i fem olika grupper och sedan efter en viss formel omräknas till poäng för att möjliggöra en jämförelse. Poängen ska viktas enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Trots att man måste ha Riksteatern inte lämnat ut någon redovisning av sammanställning av priser och mervärden, viktning och poängberäkning för varje grupp utvisande samtliga kvalificerade anbudsgivare tillsammans med de sam-

manräknade poängen. Inte heller efter begäran från Billetlugen har någon sådan lämnats. Tilldelningsbeslutet uppfyller därför inte de krav som ställs på en sådan handling.

Förvaltningsrätten har den 13 maj 2011 beslutat att avslå Billetlugens yrkande om editionsföreläggande.

UTREDNING I MÅLET

I punkten 1 "Allmän orientering" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att Riksteatern och Folkets Hus och Parker (benämns härnäst i flera sammanhang Kunden) avser upphandla ramavtal för en webbaserad biljettsystemlösning.

I punkten 1.5 "Bakgrund och volymuppgifter Riksteatern" uppges bl.a. följande. Riksteatern är Sveriges turnerande nationalscen och är en ideell förening som ägs av medlemmarna i 230 riksteaterföreningar. Riksteatern är på den nationella nivån till 75 procent finansierad av staten. Övriga 25 procent är biljettintäkter, gager och annan extern finansiering. Riksteaterns statliga anslag uppgår 2009 till 263 miljoner kronor. Anslaget är villkorat genom ett regleringsbrev från regeringen med övergripande mål för verksamheten.

I punkten 1.7 "Volymgaranti" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att kunden inte kan garantera leverantören viss volym avrop eller biljettförsäljning.

SKÅLEN FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap 2 § första stycket LOU anges följande. Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar

projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §.

Av sista stycket framgår att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

I 1 kap. 12 § LOU föreskrivs följande. Om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

I 2 kap. 12 § första stycket LOU anges följande. Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

I 2 kap. 19 § LOU anges följande. Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Enligt 2 kap. 17 § LOU avses med tjänstekoncession 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

En förutsättning för att LOU ska vara tillämplig är att Riksteatern är att anse som en upphandlande myndighet. I 2 kap. 19 § LOU anges vad som

avses med upphandlande myndighet. Med upphandlande myndighet jämföras sådana offentligt styrda organ som definieras i 2 kap. 12 § LOU. Förvaltningsrätten gör bedömningen att Riksteatern tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Mot bakgrund härav och vad som framkommit angående Riksteaterns finansiering finner förvaltningsrätten att Riksteatern är ett sådant offentligt styrt organ som avses i 2 kap. 12 § LOU och således omfattas av regelverket för offentlig upphandling.

Nästa fråga som förvaltningsrätten ska pröva är om upphandlingen rör en tjänstekoncession och därmed inte omfattas av reglerna i LOU.

Av artikel 17 i direktiv 2004/18/EG framgår att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner. Med tjänstekoncession menas enligt artikel 1.4 ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja tjänsten eller dels av en sådan rätt, dels betalning.

EU-domstolen har konstaterat att begreppen tjänstekoncession och tjänstekontrakt är tämligen näraliggande och att det därför inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad mellan dem på förhand. Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt beror således på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet (EU-domstolens avgörande i mål nr C-300/07 p. 70).

Av domstolens praxis framgår att vid en jämförelse mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger skillnaden i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan en tjänstekoncession föreligger när ersättningen endast består i rätten att utnyttja tjänsten, eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna (se

bl.a. EU-domstolens avgörande i mål nr C-206/08 p. 51, 59 och 68 och i mål C-196/08 p. 39).

I EU-domstolens mål C-206/08 hade domstolen att ta ställning till huruvida ett avtal ska klassificeras som en tjänstekoncession när tjänsteleverantören inte får ersättning direkt av den offentliga myndighet som den ingått avtal med. Domstolen angav att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida hela eller en betydande del av en upphandlande myndighets risk har överförts (p. 78). Domstolens slutsats var att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation (p. 80).

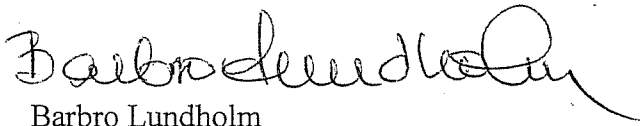
Riksteatern har uppgett att upphandlingen av biljettsystem bygger på att den avgift som tas ut för nyttjande av biljettsystemet betalas av kunden/biljettköparen direkt till ägaren av biljettsystemet och att hela det ekonomiska risktagandet har överförts på leverantören. Fasta avgifter som betalas av Riksteatern har inte accepterats och Riksteatern har inte lämnat garantier för viss volym.

Vad som framkommit om det aktuella förfarandet ger således enligt förvaltningsrättens mening stöd för att leverantören erhåller ersättning endast från användarna av tjänsten och att all ekonomisk risk för tjänstens utförande åvilar leverantören. Förvaltningsrätten finner därför att förfarandet är att betrakta som en tjänstekoncession.

I nu gällande LOU har införts en definition av begreppet tjänstekoncession

och en direkt bestämmelse som tydligt anger att endast 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Något stöd i gällande LOU finns därför inte för att pröva aktuellt förfarande. Mot denna bakgrund ska Billetlugens ansökan om överprövning avvisas.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit Ulrika Alvinger.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 rättens 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.