



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-06-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9042-11
Enhet 15

SÖKANDE

SPL Sound, Picture & Light Production AB, 556278-4461
Stavhällsvägen 17
146 54 Tullinge

MOTPART

Stockholms Konserthusstiftelse, 802001-8266
Box 7083
103 87 Stockholm

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-06-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 134782

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post:		
		forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms Konserthusstiftelse har genomfört en upphandling av ljudanläggning med tillhörande tjänster. **Stockholms Konserthusstiftelse** har i tilldelningsbeslut den 19 april 2011, som avsändes till anbudsgivarna via e-post samma dag, beslutat att anta anbud från annat bolag än SPL Sound, Picture & Light Production AB (SPL).

SPL ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Stockholms Konserthusstiftelse bestrider **SPL**:s yrkande.

PARTERNAS UTVECKLING AV SIN TALAN

SPL anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. **Stockholms Konserthusstiftelse** har, i strid med LOU, kommit att inte genomföra upphandlingen affärsmässigt. Som en direkt följd av att **Stockholms Konserthusstiftelse** har handlat i strid med LOU har **SPL** därmed lidit skada och riskerar att lida skada. **Stockholms konserthus** har i upphandlingen ändrat kraven från en tidigare upphandling på sådant sätt att **SPL** förhindras delta i upphandlingen. **SPL** anser att upphandlingen innehåller för **SPL** diskriminerande villkor. I upphandlingen ställs, bl.a., krav på att minst tre referenssystem avseende högtalaranläggningen (Bilaga 2, punkt 2.4 – Erfarenhet) ska redovisas. I den tekniska kravspecifikationen (Bilaga 7, punkt 7.1) har tillkommit krav på att högtalarklustret, bl.a., inte får vara högre än tre meter. Den högtalarklusterlösning som **SPL** redovisat i sitt anbud till **Stockholms Konserthusstiftelse** i tidigare upphandling i september förra året var 3,58 meter hög. Det är uppenbart att dessa förändrade krav tillkommit för att eliminera **SPL** från upphandlingen.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Stockholms Konserthusstiftelse bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Stockholms Konserthusstiftelse genomför en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU av ljudanläggning till Stockholms Konserthus. Ljudanläggningar som efterfrågas avser Stora salen och Grünwaldsalen. Förutom ljudanläggningarna efterfrågas tillhörande tjänster. I upphandlingen inkom tre stycken anbud. SPL deltog inte i upphandlingen. De av Stockholms Konserthusstiftelse uppställda och av SPL ifrågasatta kraven är i enlighet med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Stockholms Konserthusstiftelse uppfattar det som att SPL anser att kravet i punkt 2.4 i kvalificeringskraven (bilaga 2 i förfrågningsunderlaget) på att anbudsgivare ska kunna uppvisa erfarenhet från tre stycken motsvarande står i strid med LOU samt att den tekniska specifikationen (krav på anläggningen) att högtalarna inte får vara högre än tre meter likaledes står i strid med LOU. Avgörande i fråga om kraven är om dessa är i linje med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det avgörande är inte om ett företag kan uppfylla kraven eller inte. SPL påstår mer direkt att nu aktuella krav utformats för att utestänga SPL. SPL har då att styrka att kraven tagits fram för att utestänga SPL, d.v.s. att SPL har bevisbördan för sina påståenden.

Stockholms Konserthusstiftelse har i egenskap av upphandlande myndighet rätt att utforma kraven i upphandlingen inom ramen för de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det styrande för Stockholms Konserthusstiftelse har varit de faktiska behoven, såväl vad avser kvalificeringskraven som avseende de tekniska specifikationerna. Aktuell leverans av ljudanläggningar med tillhörande installationsarbeten och servicetjänster innebär att det är fråga om ett varukontrakt med monterings- och installationsarbeten och tillhörande tjänster. Enligt 11 kap. 13 § LOU får den upphandlande myndigheten vid sin bedömning av leverantörers förmåga att fullgöra ett sådant kontrakt ta hänsyn bl.a. till erfarenhet. Mot denna bakgrund har det i upphandlingen ställts krav på att anbudsgivare ska ha

erfarenhet av ifrågavarande typ eller motsvarande typ av leverans. Det av Stockholms Konserthusstiftelse uppställda kravet ligger inom ramen för de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

När det gäller krav på att återopade referenssystem skulle ha varit i drift i minst 12 månader så togs detta krav bort med hänsyn till Kammarrättens i Stockholm dom den 2 februari 2011, mål nr 6528-10, vari Kammarrätten anförde att krav på att referensuppdrag ska ha pågått viss minsta tid inte var tillåtet. I samband härmed sänktes även kravet på antalet referensuppdrag till två stycken per delsystem (inspelningssystem respektive PA-system). SPL har fått del av dessa justeringar eftersom SPL är anslutet till och tagit del av förfrågningsunderlaget via Allego. Den som är ansluten till Allego har informerats om när kompletteringar och förtydligande gjorts. Aktuell justering gjordes helt i inledningen av anbudsperioden. Publiceringen av förfrågningsunderlaget skedde den 7 februari 2011 och aktuell justering ägde rum 10 dagar därefter, den 17 februari 2011. SPL har således haft tillgång till all väsentlig information i upphandlingen. SPL tog, enligt för Stockholms Konserthusstiftelse tillgänglig information, del av förfrågningsunderlaget den 5 mars 2011, d.v.s. i tiden efter den 17 februari 2011. SPL har då haft full möjlighet att även ta del av gjorda justeringar och då inse att justering ägt rum. På den sida hos Allego där förfrågningsunderlaget finns är även samtliga kompletteringar samt frågor och svar samlade/publicerade.

Vad SPL anför visar inte på något sätt att det uppställda kravet avseende erfarenhet är i strid med vare sig likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen. Att SPL sedan eventuellt inte har denna erfarenhet är en annan sak. SPL hade kunnat gå samman med ett annat företag för att kunna uppfylla ifrågavarande krav. Sett till den tid under vilken ifråga om uppdragen ska ha genomförts är kravet på tidigare erfarenhet proportionerligt. Den gjorda justeringen från Stockholms Konserthusstiftelses sida, där antalet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

referensuppdrag reducerats från tre per typ av delsystem till två per delsystem visar dessutom att det inte finns något fog för SPL:s påstående om att införandet av krav på ett visst minsta antal referensuppdrag är gjort för att utesluta SPL.

Skälet till att det ställs upp ett krav på storleken av högtalarna (punkt 7.1 i kravspecifikationen) är att det har framkommit att om inte höjden på högtalarna begränsas till tre meter kan sikten komma att skymmas på grund av de högtalarstaplar som behöver användas. Det är fråga om utrustning som ska användas i en miljö där så väl den ljudmässiga som den visuella upplevelsen är av synnerligen stor betydelse. Det är således helt objektiva skäl som ligger bakom detta krav och har överhuvudtaget inget med SPL att göra.

För upphandlingar, precis som i alla processer där någonting arbetas fram under en tid, gäller att förändringar kan behöva göras av de krav, villkor eller andra delar i materialet som arbetas fram. Hela tiden kommer man till nya insikter som gör att ett material behöver justeras eller kan vara lämpligt att ändra. Det är överhuvudtaget inte anmärkningsvärt att från en upphandling till en annan göra förändringar i förfrågningsunderlaget och dess krav och villkor. Det vore felaktigt om inte den upphandlade myndigheten tog vara på de erfarenheter som erhållits i tidigare upphandlingar när en ny upphandling genomförs. Stockholms Konserthusstiftelse har dragit slutsatser från den förra upphandlingen och utifrån sina behov och gällande rätt har man därefter utformat kraven i aktuell upphandling.

När det gäller skadedelen är det så att även om förvaltningsrätten skulle finna att brott mot LOU föreligger med avseende på kvalificeringskraven så är kravet avseende högtalarnas storlek under alla förhållanden sakligt och har direkt samband med upphandlingsförfarandet. SPL har genom sitt sätt att uttrycka sig i ansökan om överprövning förklarat att man inte upp-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

fyller kravet på högtalarnas storlek. Därmed skulle SPL under alla förhållanden uteslutas ur upphandlingen, d.v.s. SPL har därmed inte lidit någon skada eller risk för skada. SPL skulle inte under något förhållande kunna bli vald till leverantör.

Sammanfattningsvis gäller att SPL inte har bevisat att det föreligger något brott mot LOU och under alla förhållanden har inte SPL visat att man lidit skada eller risk för skada.

SPL anför i genmäle bl.a. följande. Att kraven för återopade referenssystem ändrades påverkar inte den faktiska förändringen jämfört med den tidigare upphandlingen, då det för det s.k. PA-systemet inte fanns något krav på minst två referenssystem.

Kraven på erfarenhet kopplat till två projekt per delsystem endast sex år tillbaka i tiden kan inte anses vare sig proportionerligt eller i enlighet med likabehandlingsprincipen, framför allt inte med hänsyn till den ringa omfattning den svenska marknaden erbjuder för den aktuella typen av installationsprojekt.

Avseende kravet att "fronthögtalarna inte ska vara bredare än 650 mm och att hela arraykombinationen inte får vara högre än 3000 mm" och "att om inte höjden begränsas till 3 meter så kan sikten komma att skymmas" samt att "den visuella upplevelsen är av sannerligen stor betydelse" så står det inte att finna någon monteringshöjd angiven för respektive högtalarkluster i upphandlingsunderlaget. I bilaga 7 – kravspecifikation s. 11 står dock angivet att "Leverantörens föreslagna placering av högtalarna kan komma att ändras med hänsyn till andra installationer i taket ovanför scenen". I skenet av anförda "objektiva skäl" kan SPL inte annat än tolka ändringarna som godtyckliga eller gjorda för att passa en specifik produkt/leverantör.

Att Stockholms Konserthusstiftelse tagit vara på erfarenheter från den tidigare upphandlingen är uppenbart, men inte för att bättre överensstämja med LOU. Istället har Stockholms Konserthusstiftelse anpassat upphandlingen med det direkta syftet att utestänga SPL.

SPL har mot bakgrund av ovan visat att det för den aktuella upphandlingen föreligger brott mot LOU.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget bilaga 7 "Kravspecifikation" under punkt 7.1 anges bl.a. att fronthögtalarna inte ska vara bredare än 650 mm och hela arraykombinationen inte får vara högre än 3000 mm.

I förfrågningsunderlaget bilaga 2 "Kvalificeringskrav" under punkt 2.4 anges följande under rubriken Erfarenhet.

Anbudsgivaren ska ha en erfarenhet av att utföra leveranser av ljudanläggningar (enligt Bilaga 7 Kapitel 1.4) med tillhörande tjänster som motsvarar den som Stockholms Konserthusstiftelse efterfrågar i denna upphandling.

Till styrkande av att anbudsgivaren, för egen del eller tillsammans med åberopade underleverantörer, har efterfrågad erfarenhet ska anbudsgivaren redovisa referenser för minst 3 stycken uppdrag, avseende PA-system, samt minst 3 stycken uppdrag, avseende inspelningssystem (hårddiskinspelning med tillhörande integrerat kontrollbord)

De redovisade referenserna ska gälla system motsvarande de i denna upphandling efterfrågade PA- och inspelningssystemen, innebärande bland annat PA-system med kapacitet för lokaler med minst 400 åhörare.

Referensobjekten får inte vara äldre än 6 år.

I målet är ostridigt att Stockholms Konserthusstiftelse har ändrat kraven på erfarenhet som anges i bilaga 2 under punkt 2.4 till att anbudsgivaren till styrkande av att anbudsgivaren, för egen del eller tillsammans med åbero-

pade underleverantörer, har efterfrågad erfarenhet ska redovisa referenser för minst 2 stycken uppdrag, avseende PA-system, samt minst 2 stycken uppdrag, avseende inspelningsystem.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

16 kap. 5 § LOU har följande lydelse. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten ska vid denna bedömning endast beakta de grunder som sökanden har anfört mot bakgrund av vad som framgår av handlingarna i övrigt. Frågan i målet är om kvalificeringskravet på erfarenhet, att anbudsgivaren ska redovisa referenser för minst två stycken uppdrag per delsystem där referensobjekten inte får vara äldre än sex år, samt om den tekniska kravspecifikationen, att högtalarna inte får vara högre än 3000 mm, står i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för upphandlingen och bestämma de kvalitetsnivåer, prestanda m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten. De grundläggande principer som ska efterlevas är prin-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ciperna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska både vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska en medlemsstat välja den som leder till minsta störning för den ekonomiska verksamheten. Av likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivarna ska behandlas utan ovidkommande hänsyn, att de ska ges lika möjligheter att utarbeta sitt anbud samt att de ska behandlas lika när anbudet prövas av den upphandlande myndigheten. En teknisk specifikation får i princip varken direkt eller indirekt peka ut visst varumärke, ursprung eller framställningssätt om det inte av förfrågningsunderlaget framgår att likvärdiga lösningar godtas, eftersom detta kan ses som en godtycklig diskriminering av leverantörer.

SPL har anfört att upphandlingen bryter mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i LOU. Som grund härför har anförts att kvalificeringskravet på erfarenhet, att anbudsgivaren ska redovisa referenser för minst två stycken uppdrag per delsystem endast sex år tillbaka i tiden, inte är proportionerligt och inte heller i enlighet med likabehandlingsprincipen. Vidare anförs att den tekniska kravspecifikationen att högtalarna inte får vara högre än tre meter står i strid med LOU. SPL har anfört att det är uppenbart att dessa krav tillkommit för att eliminera SPL från upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar, med beaktande av förfrågningsunderlagets utformning och de slag av uppgifter som efterfrågats för att visa att det aktuella kravet på teknisk förmåga och kapacitet uppfylls, att kravet på referensuppdrag för minst två stycken uppdrag per delsystem där referensobjekten inte får vara äldre än sex år, avser att fastställa anbudsgivarens förmåga och lämplighet att utföra aktuellt projekt. Förvaltningsrätten finner därmed att Stockholms Konserthusstiftelse har haft objektiva skäl att uppställa kravet. Enligt förvaltningsrättens bedömning är kravet erforder-

ligt för att säkerställa syftet med upphandlingen och står därför i rimlig proportion till det som upphandlas. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart oskäligt. Villkoret kan därför inte anses opropor-tionerligt. Förvaltningsrätten finner inte heller att kravet strider mot likabe-handlingsprincipen eller på annat sätt medför en otillbörlig snedvridning av konkurrensen.

Stockholms Konserthusstiftelse har angett att skälet till att det ställts upp ett krav på storleken av högtalarna är att det har framkommit att om inte höjden på högtalarna begränsas till tre meter kan sikten komma att skym-mas på grund av de högtalarstaplar som behöver användas. Förvaltnings-rätten konstaterar att den upphandlande myndigheten, inom ramarna för de grundläggande principerna, har en mycket stor frihet att utforma sitt för-frågningsunderlag. Enbart det att den upphandlande myndigheten ställer krav som inte samtliga leverantörer kan uppfylla innebär inte i sig en över-trädelse av LOU. Utifrån vad SPL har anfört finner förvaltningsrätten att det inte kan konstateras att någon överträdelse av LOU har skett vad gäller den tekniska kravspecifikationen om att högtalarnas inte får vara högre än 3000 mm.

Sammanfattningsvis har SPL inte visat att Stockholms Konserthusstiftelse har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Därmed föreligger inte heller grund för ingripande mot upphandlingen en-ligt 16 kap. 5 § LOU. SPL:s ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A LOU)


Barbro Lundholm
Rådman

Fördragande har varit förvaltningsrättsnotarien Erika Uddén.



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 uppgive 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.

DV 3109/1A LOU