



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 30

DOM
2016-07-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3162-16

SÖKANDE

Ineko AB, 556057-3841
Box 90134
120 21 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stadsteater AB, 556026-1553
Box 16412
103 27 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -07- 1 1 ➔	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Ineko AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Stockholms stadsteater AB ska göra om prisutvärderingen.

Dok.Id 716796

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stadsteater AB (stadsteatern) genomför en upphandling gällande förmedling av tryckeritjänster (ST 2016-65). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1 091) om offentlig upphandling, LOU. Genom tilldelningsbeslut den 3 februari 2016 tilldelades annat bolag än Ineko AB uppdraget.

Ineko AB (Bolaget) ansöker om överprövning och anför i huvudsak följande. Kampanjmakarna i Stockholm AB:s anbud är bristfälligt och bolaget ska tilldelas uppdraget. Kampanjmakarna, som tilldelades uppdraget, har inte uppfyllt följande ska-krav i förfrågningsunderlaget: Punkten 3.6.2.2 Finansiella krav och ekonomisk ställning och omsättning, punkten 3.6.2.3 Förmåga och kapacitet, punkten 5.3 Eventuella underleverantörer och punkten 3.6 B) Miljökrav. Kampanjmakarna har också getts möjlighet att ge in kompletterande priser efter sista svarsdatum, vilket riskerar särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Stadsteatern anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Kampanjmakarnas anbud

Punkten 3.6.2.2 Finansiella krav och ekonomisk ställning och omsättning

Bolaget anför att Kampanjmakarnas omsättning var 13 494 000 kr för 2014-06 och 6 096 000 kr för 2015-06. På begäran av stadsteatern lämnade Kampanjmakarna in ett förtydligande för verksamheten, eftersom den varit fördelad på ett aktiebolag och en enskild firma. Kopia av resultatrapport från Kampanjmakarna enskilda firma bifogades. Den enskilda firmen saknar organisationsnummer eller personnummer, vilket är ett ska-krav enligt förfrågningsunderlaget under rubriken "Krav registreringskyldigheter". Utan den enskilda firmans omsättning 2014 uppfyller Kampanjmakarna inte kravet i punkten 3.6.2.2 i förfrågningsunderlaget om årlig omsättning på minst 10 miljoner kr. Då uppgifter om organisationsnummer saknas kan kontroll avseende uppgifter om Kampanjmakarna enskilda firmas omsättning enligt det bifogade intyget från redovisningsbyrån inte göras. Vidare framgår inte heller soliditeten av intyget, vilket är ett ska-krav enligt samma punkt i förfrågningsunderlaget. Kravet på soliditet motsvarande minst 15 % kan inte bevisas eftersom soliditet om 36 % gäller för "Kampanjmakarna i Stockholm AB" och uppgifter för Kampanjmakarna enskilda firma saknas. Resultatrapporten för Kampanjmakarna är dessutom preliminär. Utdrag från Upplysningscentralen finns endast bifogat för "Kampanjmakarna i Stockholm AB" men saknas för Kampanjmakarnas enskilda firma.

Stadsteatern anser att Kampanjmakarna i sitt anbud har svarat "ja" på frågan om uppfyllelse av samtliga finansiella krav samt krav på ekonomisk

ställning och omsättning. Det fanns ingen anledning att ifrågasätta Kampanjmakarnas uppgifter i detta avseende. Kravet i punkten 3.6.2.2. a) är därmed uppfyllt redan genom de i anbudet angivna uppgifterna. Kravet på ekonomisk soliditet i punkten 3.6.2.2. a) styrks också av Kampanjmakarnas balansräkning samt intyget från UC:s riskklassificering, vilket utvisar en mycket låg risk. Angående kravet på omsättning har stadsteatern omedelbart kunnat notera att informationen i anbudet att Kampanjmakarna av särskilt skäl drivits dels som aktiebolag, dels som enskild firma under året 2014-07-01--2015-06-30. Denna information tillsammans med uppgifterna i bolagets årsredovisning och Kampanjmakarnas egen bekräftelse av att omsättningskravet är uppfyllt verkade upplysande för stadsteatern vid prövningen av anbudet. Stadsteatern fann ändå ett behov av förtydligande vad gäller att omsättningen i den enskilda firman endast ska avse av upphandlingen efterfrågade tjänster, samt att den period som omsättningen redovisats för behövde preciseras. Efter förfrågan kompletterades Kampanjmakarnas anbud med dessa förtydliganden, via sin redovisningsbyrå. Förtydligandena bekräftade vad som redan framgick av Kampanjmakarnas anbud. Stadsteatern har svårt att förstå hur den enskilda firmans organisationsnummer/personnummer skulle vara nödvändiga utifrån kraven i förfrågningsunderlaget. Det har inte funnits anledning att ifrågasätta varken den enskilda firmans existens eller intyget från redovisningsbyrån, vilket klart anger att det avser Kampanjmakarnas enskilda firma. Stadsteatern har dessutom redan haft information om den enskilda firmans organisationsnummer, dvs. personnummer på den ägare till Kampanjmakarna som undertecknat anbudet. Informationen har därför inte efterfrågats och behövs inte.

I förfrågningsunderlaget under rubriken Krav Registreringsskyldigheter anges bl.a. följande, såvitt nu är av intresse.

Leverantören och eventuella Underleverantörer ska uppfylla i Sverige eller i hemlandet lagenligt ställda krav avseende sina registreringsskyldigheter.

Bevis: Beställaren kontrollerar att Leverantören och eventuella Underleverantörer uppfyller i Sverige lagenligt ställda krav avseende sina registreringskyldigheter genom att bl.a. begära in uppgifter från Skatteverket.

Det framgår av handlingarna i målet att Kampanjmakarna i samband med att anbud lämnades har upplyst stadsteatern om att Kampanjmakarna under året 2014-07-01 – 2015-06-30 drevs dels som ett aktiebolag, och dels som enskild firma pga. att en bodelning ägde rum. Förvaltningsrätten konstaterar att en enskild firmas organisationsnummer alltid är detsamma som dess ägares personnummer. Stadsteatern har anfört att Kampanjmakarnas enskilda firma och dess ägare var känd för stadsteatern. Någon anledning för stadsteatern att kontrollera detta på ett annat sätt än vad som skett fanns enligt förvaltningsrättens bedömning inte.

När det gäller kravet på soliditet som ställs i punkten 3.6.2.2 i förfrågningsunderlaget konstaterar förvaltningsrätten att det är Kampanjmakarna i Stockholm AB som är anbudsgivare och att de bekräftat att soliditeten för nämnda bolag uppgår till vad som krävs. Något krav på att detta ska intygas på särskilt sätt ställs inte upp i punkten 3.6.2.2 i förfrågningsunderlaget.

Kampanjmakarna i Stockholm AB har även gett in det utdrag från Upplysningscentralen som krävs enligt förfrågningsunderlaget. Utdraget är utfärdat i anslutning till att Kampanjmakarna i Stockholm AB lämnat anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer att stadsteatern inte haft anledning att kontrollera informationen i intyget på annat sätt än vad som skett.

När det gäller frågan om Kampanjmakarna i sitt anbud kan anses ha uppfyllt kravet i punkten 3.6.2.2. c) om lägst 10 miljoner kr i årlig omsättning, under de två senast avslutade räkenskapsåren, för den del av verksamheten som svarar för leverans av i upphandlingen efterfrågade tjänster, konstaterar förvaltningsrätten att omsättningskravet är intygat både av Kampanjmakarna och av dess redovisningsbyrå. Bolaget har inte anfört att det var ett krav i

upphandlingen att anbudsgivande leverantörers bolag skulle bedrivas i viss bolagsform. Stadsteatern har lämnat en förklaring till varför Kampanjmakarna under en viss period under de två senaste avslutade räkenskapsåren bedrivit sin verksamhet i två olika bolagsformer. Förvaltningsrätten anser sammantaget inte att vad bolaget har anfört visar annat än att Kampanjmakarna uppfyllt aktuellt krav.

Förvaltningsrätten finner att det som bolaget har anfört, och med hänsyn till de krav i förfrågningsunderlaget som bolaget har åberopat, inte visar att Kampanjmakarna inte skulle uppfylla kraven i punkten 3.6.2.2 i förfrågningsunderlaget. Skäl för ett ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte på denna grund.

Punkten 3.6.2.3. Förmåga och kapacitet

Bolaget anför att Kampanjmakarnas anbud inte uppfyller kravet i punkten 3.6.2.3. Förmåga och kapacitet i förfrågningsunderlaget eftersom det inte framgår att Kampanjmakarna producerat storformat och tillhörande montage och det inte finns någon referens som kan intyga att likvärdigt uppdrag har utförts.

Stadsteatern invänder att Kampanjmakarnas anbud har innehållit referenser och att referensuppdragen avser likvärdiga uppdrag som är utförda inom angiven tidsperiod. Kampanjmakarnas anbud uppfyller därför kraven i punkten 3.6.2.3 i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten bedömer att det inte framgår annat än att de referenser som Kampanjmakarna har lämnat avser likvärdiga uppdrag som de som nu upphandlas. Stadsteatern har även bedömt att referensuppdragen uppfyller kravet i punkten 3.6.2.3 i förfrågningsunderlaget. Skäl att ifrågasätta denna

bedömning har inte framkommit. Skäl för ett ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Punkten 5.3 Eventuella underleverantörer

Bolaget gör gällande att Kampanjmakarna inte har någon egen produktion utan är trycksaksförmedlare och därigenom beroende av underleverantörer. Det saknas uppgift om vem som ska producera Säsongsprogram/Programtidning, vilket är den enskilt största produktionen i uppdraget.

Stadsteatern invänder att Kampanjmakarnas anbud har innehållit en redovisning av underleverantörer, inklusive för vilka delar av uppdraget dessa kommer att användas. Anbudet uppfyller därmed kravet i punkten 5.3. Därutöver ges i samma punkt möjlighet till senare komplettering av redovisade underleverantörer.

Förvaltningsrätten anser att det som bolaget har anfört inte visar att Kampanjmakarnas anbud inte uppfyller kravet i punkten 5.3 Eventuella underleverantörer i förfrågningsunderlaget. Skäl för ett ingripande föreligger därför inte.

Miljökravet i punkten 3.6 B) i förfrågningsunderlaget

Bolaget anför att Kampanjmakarna inte uppfyller miljökravet i punkten 3.6 b) i förfrågningsunderlaget eftersom anbudsgivare och eventuella underleverantörer ska uppfylla uppställda miljökrav. Anbudet saknar uppgift om underleverantör av Säsongsprogram/Programtidning och det går inte att säkerställa att produktionen uppfyller ställda krav.

Stadsteatern anser att kravet är uppfyllt genom att Kampanjmakarna i sitt anbud har svarat "ja" på frågan om uppfyllelse av ställda miljökrav. Det

fanns ingen anledning att ifrågasätta Kampanjmakarnas bekräftelse av detta. Enligt anbudsunderlagets utformning är svaret på frågan det som krävs för att uppfylla ska-kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Kampanjmakarna i sitt anbud har intygat att samtliga miljökrav är uppfyllda. Det har inte framkommit några omständigheter som utgjort skäl för stadsteatern att ifrågasätta denna uppgift. Skäl för ett ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Komplettering av prisuppgifter

Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får myndigheten begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

EU-domstolen har i en dom den 29 mars 2012, C-599/10 SAG Slovensko, uttalat sig i frågan om när en upphandlande myndighet får begära att en anbudssökande förtydligar sitt anbud. EU-domstolen yttrar sig där om tolkningen av artikel 2 i direktiv 2004/18/EG. Enligt artikel 2 ska upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Artikelns utgör enligt EU-domstolen inte något hinder för att uppgifterna i anbudet undantagsvis rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bl.a. på grund av att uppgifterna uppenbarligen kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel, under förutsättning att ändringen inte i själva verket leder till ett erbjudande om ett nytt anbud. Vidare uttalar EU-domstolen att när den upphandlande myndigheten utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning, ankommer det på myndigheten att behandla anbudssökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuderna

och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnat eller missgynnat den eller de anbudssökande som varit föremål för begäran (se punkterna 40-41).

Likabehandlingsprincipen innebär t.ex. att om en leverantör tillåts förtydliga en viss punkt i sitt anbud, måste samtliga leverantörer tillåtas göra motsvarande förtydliganden, (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 25 juli 2012, mål nr 1404-12).

Bolaget anför att Kampanjmakarna har fått möjlighet att komma in med kompletterande priser efter sista svarsdatum, vilket riskerar särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Stadsteatern har invänt bl.a. följande. Vid prövningen av anbuden framkom att anbudsgivarna hade svarat på frågan om prisuppgifter på helt olika sätt. Bolagets svar var mer detaljerat än Kampanjmakarnas. Det försvårade jämförelsen mellan anbuden. Stadsteatern gjorde dock en beräkning av totalpris på avsett sätt, baserat på de ingivna prisuppgifterna (där medelantalet ex. för respektive prispost adderades till en totalsumma, ett beräkningssätt som i och för sig var till nackdel för Kampanjmakarna då deras prisuppgifter utgick från högsta antalet ex. per prispost). Denna beräkning gav resultatet att Kampanjmakarnas totalpris uppgick till 1 940 000 kr och bolagets totalpris uppgick till 2 001 527 kr. Stadsteatern kunde på så sätt göra en jämförelse mellan anbuden baserad på de ingivna priserna och utifrån denna konstatera att Kampanjmakarna hade offererat lägst pris. Stadsteatern hade därmed kunnat avgöra upphandlingen redan med de prisuppgifter som kommit in under anbudstiden – vilket hade gett resultatet att Kampanjmakarnas anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga (även med hänsyn till utvärderingsgrunden referenser då Kampanjmakarna fick bättre betyg av sina referenser än vad bolaget fick). Syftet bakom stadsteaterns begäran om komplettering från

Kampanjmakarna var att undvika konkurrensbegränsningar och särbehandling. Det var inte fråga om någon väsentlig förändring. Efter att ha tagit emot kompletteringen utförde stadsteatern åter en mer detaljerad jämförelse av priserna och fick även då resultatet att Kampanjmakarnas offererade priser var lägre än bolagets, varför det inledningsvis konstaterade resultatet av prisjämförelsen var detsamma med dem av Kampanjmakarna senare ingivna kompletteringen. Kampanjmakarnas totalpris var 2 018 525 kr och bolagets totalpris var 2 210 527 kr. Eftersom resultatet av beräkningarna alltså blev detsamma kan konstateras att bolaget i vart fall inte lidit någon skada av att Kampanjmakarna beretts tillfälle att komplettera de lämnade prisuppgifterna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Av handlingarna i målet framgår att bolaget och Kampanjmakarna i Stockholm AB angav prisuppgifter på olika sätt i sina respektive anbud. Stadsteatern anför att en beräkning på avsett sätt utfördes under utvärderingen av anbuderna och att Kampanjmakarnas anbud hade lägst pris. Vidare anför stadsteatern att syftet bakom stadsteaterns begäran om komplettering från Kampanjmakarna var att undvika konkurrensbegränsningar och särbehandling.

För förvaltningsrätten framstår stadsteaterns syfte bakom den begärda kompletteringen som oklart. Om stadsteatern ansåg att en beräkning och jämförelse var möjlig redan i första skedet utan komplettering, framstår begäran om komplettering som omotiverad. Såvitt framgår av vad parterna anför har stadsteatern bara begärt komplettering av Kampanjmakarna, medan bolaget inte har fått samma möjlighet att förtydliga eller ändra sina prisuppgifter. Förvaltningsrätten anser att detta i sig innebär en risk för särbehandling. Likabehandlingsprincipen innebär nämligen, att om en leverantör tillåts förtydliga en viss punkt i sitt anbud, måste samtliga

leverantörer tillåtas göra motsvarande förtydligande. Lika situationer får inte behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika.

Förvaltningsrätten konstaterar också att ett förtydligande eller en komplettering av ett anbud inte får leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Förtydligandet/kompletteringen får endast innebära att tidigare lämnade sakuppgifter konkretiseras, dvs. tidigare lämnade uppgifter får inte ändras eller ersättas av nya uppgifter. Genom att tillåta endast Kampanjmakarna att i efterhand komplettera och förtydliga prisuppgifterna, med stor risk för att prisuppgifterna innebar en ändring av tidigare uppgifter, har stadsteatern agerat i strid med likabehandlingsprincipen och bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU.

Skada och val av ingripande

Av praxis framgår att en domstol i ett upphandlingsmål inte är bunden av parts yrkande om val av åtgärd. Domstolen har, oavsett hur yrkandet har utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Vidare framgår det att det med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2005 ref. 47, HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2008 not. 26).

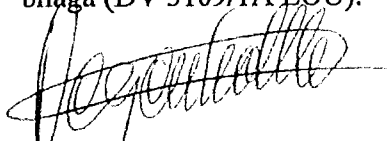
Av upphandlingsrapporten framgår att bolaget och Kampanjmakarna var de enda två anbudsgivare som kvalificerade sig för utvärdering i aktuell upphandling. Bolaget får därför till följd av stadsteaterns ovan beskrivna agerande anses ha lidit skada eller kan komma att lida skada.

Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Bristerna har förekommit vid prisutvärderingen av anbuden. Bristerna kan inte sägas ha

påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att stadsteatern ska göra om prisutvärderingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Håike Degenkolbe
Rådman

Hanna Axelsson har föredragit målet.



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. 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 rättens 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 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.