



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2020-02-10
Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr
11772-19

SÖKANDE

Streamec AB, 556618-0815
Tjärholm
614 98 Sankt Anna

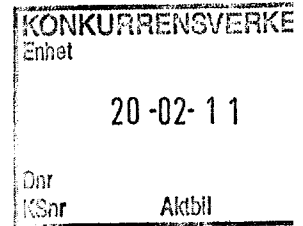
MOTPART

Stockholms Stad
Idrottsförvaltningen

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
Stadsledningskontoret Juridiska avdelningen
Allmänjuridiska enheten
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen (2016:1145)
om offentlig upphandling.

Dok.Id 1188611

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad, idrottsförvaltningen, (staden) genomför upphandlingen ”Musiktjänster till Idrottsförvaltningen” (dnr 02.04.02/210/2019).

Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) med utvärdering av anbudena enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt anbud; med utvärderingsgrund bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Avtal kommer att tecknas med en leverantör. Fyra anbud inkom varav två uppfyllde kvalificeringskraven och gick vidare till utvärdering. Genom tilldelningsbeslut den 14 maj 2019 beslutade staden att anta Swedebeat Media Group AB (Swedebeat) som leverantör.

Streamec AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att vinnande anbud ogiltigförklaras och inte tas upp till utvärdering eftersom detta anbud inte uppfyllt kvalificeringskravet i upphandlingsdokumentet avsnitt 3.1.6. *Upphovsrätt*. Vidare anför bolaget att staden har vilselett anbudsgivare, och potentiella anbudsgivare, genom en oklar formulering i en av anbudsunderlagens mest väsentliga delar samt i bristande kommunikation med anbudsgivarna. Bolaget anger sig ha lidit skada eftersom kravet i avsnitt 3.1.6 inte har beaktats för en av anbudsgivarna varmed bolaget som en följd av detta har förlorat upphandlingen.

Staden bestrider bifall till bolagets ansökan. Som grund för denna inställning anges att staden inte har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i denna lag.

Bolaget utvecklar sin talan enligt följande

I upphandlingsdokumentet avsnitt 3.1.6 *Upphovsrätt* anges följande:

Beställaren ansvarar för och bekostar alla nödvändiga avgifter till upphovsrättsorganisationerna STIM och SAMI.

Leverantören ansvarar för och bekostar alla nödvändiga avgifter till upphovsrättsorganisationen STIM och IFPI.

För att få leverera musik för kommersiellt bruk i Sverige så krävs det en licensiering hos rättighetsinnehavarna av musiken. Licensiering sker genom tecknande av avtal där förhållandena mellan parterna fastställs, avgifter och skyldighet för leverantören att betala royaltyavgifter specificeras. Dessa avgifter fördelas sedan till rättighetsinnehavarna. För utvalda leverantörer finns möjligheten att licensiera direkt hos musikbolagen. Soundtrack Your Brand, som i denna upphandling är underleverantör till vinnande leverantör Swedebeat, har utvalts för licensiering direkt hos musikbolagen. Licensavgifterna vid licensiering direkt hos skivbolagen är väsentligt lägre än de hos IFPI Sverige men avtalen mellan parterna är inte offentliga.

Swedebeat innehar licens för kommersiell leverans av musik i Sverige utfärdad av Soundtrack Your Brand. Swedebeat licensierar därmed inte hos IFPI Sverige. Licensavgifterna för leverantörer av musik för kommersiellt bruk utfärdade av Soundtrack Your Brand är väsentligt lägre än de licenser som IFPI Sverige erbjuder.

Staden har i sitt anbudsdocument ställt ett klart och entydigt krav på innehållet i den musikkatalog en leverantör ska tillhandahålla. I korrespondens har detta även förtydligats. Det vinnande anbudet innehåller en musikkatalog med betydligt mindre omfattning och kvalitet än beställarens krav. Eftersom kostnaden för musikerättigheter är den största delen av en leverantörs anbud så har det vinnande anbudet kunnat hålla en väsentligt lägre prisnivå.

Avsnitt 3.1.6 *Upphovsrätt*, andra stycket, tydliggör beställarens krav på leverantören och anger dels att avtalslicens ska tecknas med STIM och IFPI dels att de för avtalslicensen uppfyllande nödvändiga avgifterna till STIM och IFPI ska bekostas av leverantören. Denna anbudstext klargör att inga andra avgifter än till STIM och IFPI ska bekostas av leverantören.

Beställaren ställer således ett tydligt krav på omfattningen av det musik-innehåll som leverantören ska kunna tillhandahålla. Detta krav är högt ställt. Genom skrivningen i 3.1.6 *Upphovsrätt* förhindras också beställare att medverka i upphandlingen med oönskat musik innehåll från andra källor och resurser.

En enkel uträkning visar att Swedebeats anbud i aktuell upphandling ungefärligen motsvarar de nödvändiga avgifterna för att uppfylla avtalslicenserna med STIM och IFPI. Eftersom det inte kan uteslutas att Swedebeats affärsstrategi är att förvärva marknadsandelar till kraftigt förlustbringande priser så bad bolaget staden om ett skriftligt intyg från IFPI om att avtalslicens med att Swedebeat är tecknat. Något sådant intyg kunde dock inte visas av staden, även om det förekom en lång rad muntliga intyganden.

Av stadens inlägga i målet framgår att Swedebeat använder en underleverantör, Soundtrack Your Brand, som tillhandahåller en musikkatalog som inte licensieras av IFPI. Därmed är kravet i 3.1.6 *Upphovsrätt* andra stycket inte uppfyllt. Swedebeats väsentligt lägre anbudspris kan då också förklaras utifrån att den musikkatalog som Soundtrack Your Brand erbjuder är kraftigt begränsad jämfört med innehållet i den musikkatalog som avtalslicensen med IFPI erbjuder.

Stadens modell för anbudsutvärdering bygger på dels en ekonomisk del i kronor dels en innehålls- och presentationsdel som poängsätts och värderas

efter graden av uppfyllande av upphandlingens kravspecifikation. När bolaget granskade anbudet insåg bolaget att kostnaden för stadens avgifter för det offentliga framförandet inte fanns med i anbudsutvärderingen. Den naturliga slutsatsen var att förutsättningarna då var lika för alla anbudsgivare, avtalslicens för det offentliga framförande ska tecknas av staden hos STIM och SAMI. För att verifiera detta ställde bolaget en fråga i funktionen ”Frågor och svar”:

”From what we understand this purchase round is about label signed music. Any kind of royalty free music, fully or partly free from STIM, IFPI and SAMI royalty free music are out of the question and not an option in an offer”.

Frågan lämnades obesvarad och samtliga potentiella anbudsgivare kan ta del av den. Detta ger vilseledande information och potentiella anbudsgivare kan ha avstått från att lämna anbud. För bolagets del har det inneburit att bolaget har förletts att avstå från att lämna anbud tillsammans med någon av sina samarbetspartners som tillhandahåller musik som inte licensieras av STIM/IFPI. Att skrivningarna gjordes i den första upphandlingsversionen (dnr 02.04.02/71/2019) saknar betydelse, speciellt som upphandlingens textinnehåll i avsnittet 3. *Krav på tjänsten* är identisk i de båda upphandlingsversionerna.

Stadens utvecklande av talan

Vinnande leverantör Swedebeat har i sitt anbud kryssat *Ja* gällande de krav som ställs i 3.1.6 *Upphovsrätt*. Staden har inte haft anledning att ifrågasätta svaret och anbudet i övrigt visar inte heller att det finns skäl att ifrågasätta svaret.

Efter det att bolaget ifrågasatte att Swedebeat uppfyllde kravet avseende upphovsrätt så kontaktade staden IFPI. Vid denna kontakt bekräftade IFPI

att Swedebeat uppfyller detta krav. Någon anledning att utreda saken, eller skyldighet därtill, har inte förelegat staden.

Swedebeat licensierar hos IFPI för sina egna produkter, som de erbjuder i sitt anbud. Det innebär att kravet på att leverantören ska ansvara för att nödvändiga avgifter betalas till IFPI är uppfyllt.

Swedebeat är premium partner med Soundtrack Your Brand. Swedebeat är således återförsäljare av detta företags produkt, som en del av sitt tjänsteerbjudande och som de också offererar i anbudet. I sådant fall är det inte nödvändigt med licensiering hos IFPI eftersom licensiering sker direkt mot skivbolag. Det finns då inte några nödvändiga avgifter att ansvara för och bekosta till IFPI. De upphovsrättsliga reglerna efterlevs ändå, det är bara det att det sker på olika sätt, i detta fall direkt gentemot skivbolag.

Vad bolaget anför om att avgifterna för licenser utfärdade av Soundtrack Your Brand skulle vara lägre än de som utfärdas av IFPI, vilket staden inte kan vitsorda, saknar relevans för frågan om det föreligger någon felaktighet i upphandlingsförfarandet.

Staden bestrider att vinnande anbud skulle innehålla en musikkatalog med betydligt mindre omfattning och kvalitet än ställt krav. Swedebeats anbud uppfyller samtliga de krav som ställts i avsnitt 3. *Krav på tjänsten* i upphandlingsdokumentet. Det finns ingenting i stadens kravställning som hindrat anbudsgivare från att vara återförsäljare, samarbetspartners med musikleverantörer, för sitt tjänsteerbjudande i upphandlingen. Det finns inte några begränsningar i fråga om vilka avtalslicenser som anbudsgivare innehar. Det är enbart fråga om att ansvara och bekosta *nödvändiga* avgifter till STIM och IFPI. Om en anbudsgivare har andra sätt att säkerställa uppfyllnad av rättigheter så är det fritt att göra så, någon begränsning föreligger inte enligt förutsättningarna.

Staden har inte begärt att anbudsgivare ska styrka kravet i 3.1.6 *Upphovsrätt* med någon särskild handling. Någon skyldighet för staden att i efterhand kontrollera uppfyllandet av kravet föreligger inte enligt LOU.

Vad bolaget anför gällande en fråga som ställts i funktionen ”Frågor och svar” så kan konstateras att denna ställdes i en annan upphandling som sedermera kom att avbrytas, varefter nu aktuell upphandling inleddes. Denna obesvarade fråga, som snarare är en kommentar, saknar relevans för nu aktuell upphandling.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden

kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget anför att staden har gett vilseledande information under anbudsfasen samt brutit i sin kommunikation med potentiella anbudsgivare. Bolaget anser sig ha dragit en naturlig slutsats utifrån hur underlaget utformats men ställde ändå en fråga i funktionen ”Frågor och svar” för att verifiera sin uppfattning. Det är dock ostridigt i målet att den aktuella frågan från bolaget ställdes i en annan, tidigare upphandling som sedan avbröts.

En fråga som har ställts i en avbruten upphandling får antas sakna relevans för en påföljande upphandling, vare sig frågan har besvarats eller inte. Vad bolaget har anfört ger inte skäl för att i nu aktuellt mål göra någon annan bedömning i detta avseende.

Bolaget har vidare redogjort för hur bolaget anser att de obligatoriska kraven i avsnitt 3.1.6 *Upphovsrätt* ska utläsas samt angett på vilka grunder bolaget anser att Swedebeats anbud inte uppfyller dessa krav.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dessa på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36).

Såsom upphandlingsdokumentet avsnitt 3.1.6 *Upphovsrätt* är formulerat så tydliggörs ett obligatoriskt krav på att beställare och leverantörer ska ansvara för och bekosta alla nödvändiga avgifter till STIM och SAMI

respektive STIM och IFPI. I detta avsnitt kan inte utläsas något krav på att avtalslicens ska tecknas med STIM och IFPI. Det ställs därmed inte heller i avsnittet något krav på omfattningen av det musikinnehåll som ska tillhandahållas. Skrivningen i 3.1.6 *Upphovsrätt* uppställer vidare inte något krav som förhindrar beställare att medverka i upphandlingen med musikinnehåll från andra källor och resurser. Slutligen har det inte ställts något krav i upphandlingsdokumentet på att de krav som ställs i avsnitt 3.1 *Allmänna krav* ska styrkas med någon särskild handling. Att kraven accepteras och uppfylls ska endast bekräftas med ett ”Ja”.

Bolaget gör gällande att staden borde inhämta ett skriftligt intyg från IFPI om att avtalslicens har träffats med Swedebeat för att bevisa att detta anbud uppfyller stadens egen tolkning av ”alla nödvändiga avgifter” i avsnitt 3.1.6 *Upphovsrätt*. I enlighet med likabehandlingsprincipen krävs att leverantörerna behandlas på samma sätt när det gäller frågan om obligatoriska krav är uppfyllda. Detta gäller även om uppgifterna blivit kända först i samband med en överprövningsprocess (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 935-12). Vad bolaget anför kan i sammanhanget dock inte anses utgöra tillräcklig grund för att utsträcka stadens utredningsskyldighet utöver den kontrollfråga som staden redan riktat till IFPI med anledning av bolagets frågor.

Förvaltningsrätten anser således att upphandlingsdokumentet i det aktuella avsnittet är utformat på ett klart och entydigt sätt, vad bolaget har anfört utgör inte heller skäl för att anse att Swedebeats anbud inte skulle ha uppfyllt de obligatoriska krav som där har ställts. Staden har således haft fog för att låta Swedebeats anbud gå vidare till utvärdering.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det utifrån vad bolaget har anfört i målet saknas grund för att besluta att upphandlingen ska

göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Maria L. McMurray
Rådman

Anna Cederberg har handlagt målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.