



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2011 -02- 2 4
Meddelad i
Malmö

Mål nr
15079-10 E

SÖKANDE

Focus Neon AB, 556196-2332
Box 9044
126 09 Hägersten

MOTPART

Malmö Opera
c/o Malmö stad
Box 17520
200 10 Malmö

Ombud: Sanny Hell
Malmö stad
Box 17520
200 10 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011 -02- 2 5	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Focus Neon AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 50810

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Malmö Opera genomför upphandling av en LED-skylt, även kallad LED-banner. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Malmö Opera beslutat att anta anbud från Tecnovision S.p.A.

Focus Neon AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen ska göras om och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas eller att upphandlingen ska göras om i sin helhet och att kraven på vertikal upplösning och därmed asymmetrisk pitch stryks. Bolaget anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. De begränsningsmått som anges i upphandlingen medför att endast ett fåtal anbudsgivare kan inkomma med anbud avseende en unik produkt i sortimentet. Bolaget har endast funnit en tillverkare av denna specifika produkt, som är avsedd att användas för sargreklam på fotbollsarenor och inte som en fasadskylt. Begränsningsmått i kombination med kravet på vertikal upplösning låser ute majoriteten av tillverkare. Med hänsyn till skyltens prestanda finns det inget skäl att specificera den absoluta vertikala pixelupplösningen som man gjort. En skylt med lägre vertikal upplösning kommer att fungera lika bra och innebära en lägre kostnad. Bolaget har offererat skyltar som uppfyller de av Malmö Opera ställda kraven vilket framgår av den tekniska beskrivningen som bolaget bilagt sitt anbud.

När det gäller kravet på referenser inom EU är detta konkurrensbegränsande och avsett att favorisera en specifik leverantör avseende en unik produkt i dennes sortiment. Vidare strider detta krav dels mot proportionalitetsprincipen och dels mot principen om ickediskriminering. Det är inte heller afärsmässigt motiverat att uppställa detta krav. De referenser som åberopats av bolaget avser denna typ av skylt storleksmässigt. De krav som Malmö Opera har uppställt i underlaget vad avser referensdisplay innebär en stark

begränsning av den krets som kan delta i upphandlingen. Inom Europa finns i stort sett endast en leverantör som tillhandahåller den föreskrivna produkten som en standardprodukt och som genom referenser kan visa upp denna inom EU, varför redan detta blir en konkurrensbegränsning. Genom att begränsa referensförevisning till ”fabrik, trailer eller på en fast monterad display inom EU-området”, samt genom att uppställa de tekniska kraven på vertikal upplösning i kombination med begränsningsmåten har Malmö Opera i princip uteslutit all konkurrens vid upphandlingen. Att transportera en tavla av nu aktuell typ är förenat med mycket stora kostnader, som inte står i proportion till värdet av det som ska upphandlas. De snäva toleranserna i kombination med kravet på vertikal upplösning tvingar anbudsgivare att bara offerera asymmetrisk pitch och medför att en majoritet av tillverkare faller bort. Bolaget anser att deras referensobjekt borde godkännas.

Vidare är den expert som Malmö Opera anlitat för utformningen av upphandlingen samma person som representerar den vinnande anbudsgivaren. Konsulten har företrätt Tecnovision S.p.A på den svenska marknaden under flera år. Han kan långt ifrån anses som helt oberoende, utan får provision på försäljning av Tecnovisions produkter. Den kravspecifikation som ligger till grund för upphandlingen är till största delen författad av konsulten för att passa en specifik icke standardprodukt från hans huvudman, Tecnovision S.p.A. Att samma person upprättar handlingar som ligger till grund för upphandlingen och även tillåts att företräda en anbudsgivare, utan att den upphandlande myndigheten säkerställt att någon konkurrensfördel inte kan uppkomma, strider mot principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

Malmö Opera motsätter sig bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Under marknadsundersökningsfasen har Malmö Opera konstaterat att det finns flera europeiska leverantörer som kan erbjuda den efterfrågade

produkten. Syftet med upphandlingen är att upphandla den typ av LED-banner som företrädesvis används för s.k. sargreklam på fotbollsarenor och att anpassa den till befintligt ramverk på taket till Malmö Opera. Det aktuella behovet tillgodoses oavsett om skylttypen som den aktuella upphandlingen avser ursprungligen är avsedd att användas som sargreklam på fotbollsarenor. I samband med utformningen av kravspecifikationen var ett överordnat krav att minimi- och maximimåtten för LED-bannern skulle passa in i det befintliga ramverket för att undvika modifieringar. Det är även av stor vikt att i det specificerade måttet få så många antal pixlar som möjligt inom den begränsade höjden. Detta för att optimalt utnyttja ramverkets totala skyltyta. Den vertikala pixelupplösningen har inte specificerats som ett absolut krav vilket sökanden påstår. Både bolaget och tilldelad leverantör har offererat en LED-banner med SMD-dioder, s.k. 3-in-1, bestående av 80 pixlar i höjd. Båda anbudsgivarnas erbjudande är inom de minimi/maximi mått på höjden som anges i kravspecifikationen. Båda anbudsgivarna uppfyller dessa skall-krav och därutöver finns det ett flertal, både europeiska och utomeuropeiska, leverantörer som kan erbjuda antingen asymmetrisk eller symmetrisk pixelpitch. Det finns minst tre företag bara i Europa som kan erbjuda asymmetrisk pixelpitch. Ett företag i Spanien, ett i Storbritannien och ett, förutom Tecnovision S.p.A, i Italien, bara för att nämna några. Att bolaget gör gällande att det endast finns en enda leverantör i världen som kan erbjuda efterfrågad produkt är motsägelsefullt och bevisligen felaktigt eftersom, förutom Tecnovision S.p.A., även bolaget uppfyller alla tekniska krav och önskemål. Det har vidare inte varit ett absolut krav på en asymmetrisk pixelpitch som bolaget gör gällande. Av kravspecifikationen framgår att ”skyltens upplösning får vara asymmetrisk”. Att inte samtliga potentiella anbudsgivare inom den specifika marknaden valde att lämna anbud kan ha orsakats av en mängd olika faktorer.

När det gäller referensobjekt har Malmö Opera begränsat det geografiska området med hänsyn till att utomeuropeiska objekt skulle medföra mer-

kostnader för Malmö Opera. Det har inte ställts krav på att tillverkaren ska finnas inom Europa eller att det ska vara en standardprodukt. Ställda krav att anbudsgivaren ska visa minst tre referensdisplayer av samma typ som offereras i anbudet inom Europas gränser utesluter inte LED-skyltar tillverkade utanför Europa. Det skulle vara oproportionerligt i förhållande till värdet för den aktuella upphandlingen att genomföra en visuell bedömning av utomeuropeiska referensobjekt i syfte att utvärdera dessa. Den omständigheten att majoriteten av LED-skyltar tillverkas utanför den europeiska gemenskapens gränser hindrar inte anbudsgivare att möjliggöra en visuell bedömning inom den europeiska gemenskapens område, t.ex. genom att erbjuda granskning och bedömning av referensobjekt som finns hos en producent, tidigare kund eller genom att visa ett referensobjekt av mindre storlek. Malmö Opera har inte ställt som krav att referensobjekten avseende storlek ska vara identiska med efterfrågad LED-banner. Enligt flera marknadsaktörer har de flesta större videodisplaytillverkarna i Kina ett flertal referenser i Europa. Att just den leverantör som bolaget samarbetar med inte kan erbjuda efterfrågade referensobjekt kan inte medföra en konkurrensbegränsning. De av bolaget angivna referenserna i lämnat anbud uppfyller inte de krav på referenser som Malmö Opera angett i förfrågningsunderlaget. Att inte ge bolaget noll poäng i denna utvärdering skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Malmö Opera anser att ställda krav avseende referensobjekt inte utgör någon konkurrensbegränsning och att kraven är förenliga med gällande rättsprinciper.

Bolaget hävdar vidare att den expert som anlåtats för utformningen av upphandlingen är samma person som representerar vald tillverkare. Under marknadsföringsfasen har Malmö Opera inhämtat produktinformation från ett flertal aktörer och konsulter på den aktuella marknaden. Man har under ett tidigt upphandlingsskede haft en dialog med en helt oberoende LED-konsult i branschen som inte i något avseende är bunden till någon speciell tillverkare. Vald leverantör, Tecnovision S.p.A., har anlitat en konsult i

Sverige för tjänsten att översätta anbud till svenska. Konsulten har fullmakt att representera vald leverantör, exempelvis genom att besvara frågor samt teckna avtal. Bolagets påstående att Malmö Opera förlitat sig på denne konsult är ett felaktigt antagande.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Begränsningsmått i kravspecifikationen

Bolaget har i målet anfört att de begränsningsmått som anges i kravspecifikationen medför att endast ett fåtal anbudsgivare kan inkomma med anbud och att begränsningsmått i kombination med kraven på vertikal upplösning utestänger majoriteten av tillverkare. Vidare anför bolaget att det med

hänsyn till skyltens prestanda inte finns något skäl att specificera den absoluta vertikala pixelupplösningen som man gjort.

Av proportionalitetsprincipen följer att kraven och kriterierna i en offentlig upphandling måste stå i proportion till det som ska upphandlas. Kraven på leverantörerna och på det som ska anskaffas får inte gå utöver vad som behövs för att uppnå syftet med upphandlingen. Vidare får en teknisk beskrivning inte vara utformad så snävt att endast en viss vara eller en viss process kan komma ifråga.

I aktuell kravspecifikation har den upphandlande myndigheten angett vilka tekniska krav som ställs på den efterfrågade skylten. Härvid anges bl.a. maximi- och minimimått och att orsaken till dessa mått är att skylten ska passa in i existerande ramverk. Vidare anges att den aktiva bildytan ska vara av LED-teknik med SMD-dioder, s.k. 3-in-1, att den vertikala upplösningen ska vara minst 80 fysiska pixlar, att den horisontella fysiska pixelpitchen ska vara 21 mm och att skyltens upplösning får vara asymmetrisk.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att både bolaget och vinnande anbudsgivare uppfyller de av Malmö Opera ställda tekniska kraven avseende efterfrågad LED-skylt. Det är i målet inte heller visat annat än att även andra leverantörer har haft möjlighet att erbjuda efterfrågad produkt. Vad bolaget anfört i målet kan enligt förvaltningsrättens mening inte heller anses visa att utformningen av de aktuella kraven går utöver vad som behövs för att uppnå syftet med upphandlingen eller att de inte skulle stå i proportion till det som upphandlas. Skäl för ingripande föreligger därför inte på de av bolaget anförda grunderna i denna del.

Referensobjekt

Bolaget har i målet anfört att kravet på referenser inom EU är konkurrensbegränsande och avsett att favorisera en specifik leverantör avseende en unik produkt i dennes sortiment samt att kravet strider dels mot proportionalitetsprincipen, dels mot principen om ickediskriminering. Bolaget anser vidare att deras referensobjekt borde godkännas.

I förfrågningsunderlaget anges under utvärderingskriteriet ”Teknik och kontroll av videodisplay (referensdisplayer)” att leverantören på fabrik, trailer eller på en fast monterad display inom EU-området, ska visa minst tre referensdisplayer av samma typ som offereras i anbudet.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att Malmö Opera i förfrågningsunderlaget inte ställt krav på att tillverkaren av efterfrågad LED-skylt ska finnas inom den Europeiska unionens gränser utan endast att anbudsgivaren ska kunna uppvisa referensobjekt för bedömning inom detta område. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att det inom EU inte skulle finnas fler än en leverantör som kan uppfylla dessa krav. Förvaltningsrätten kan inte heller finna att kravet skulle vara oproportionaligt i förhållande till vad som efterfrågas. Inte heller kan kravet anses bryta mot principen om ickediskriminering då kravet inte utgör hinder för leverantörer av annan nationalitet eller från annat geografiskt område än Sverige att lämna anbud. Vidare framgår av handlingarna i målet att bolaget erhållit 0 poäng för det aktuella kriteriet då visade referensobjekt enligt Malmö Opera inte uppfyller ställt krav. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra en annan bedömning. Vid sådana förhållanden föreligger således inte skäl för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna i denna del.

Konsult

Förvaltningsrätten kan konstatera att det i målet är ostridigt att Malmö Opera under upphandlingsförfarandet anlitat ett antal konsulter, däribland en konsult som har anknytning till den vinnande anbudsgivaren, Tecnovision S.p.A.


Av EU-domstolens rättspraxis framgår att en konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete inte kan uteslutas från deltagande i en följande anbudsgivning, om det inte kan visas att konsulten har dragit en otillbörlig fördel av sitt uppdrag (se bl.a. förenade målen C21/03 och C34/03, Fabricom).

Bolaget har i målet bl.a. anfört att den konsult som Malmö Opera anlitat inte är oberoende då han har företrätt den vinnande anbudsgivaren på den svenska marknaden och får provision på försäljning av dennes produkter. Vidare har bolaget anfört att den kravspecifikation som ligger till grund för upphandlingen till största delen är författad av konsulten för att passa en specifik icke standardprodukt från hans huvudman.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har bolaget emellertid inte förmått visa att Malmö Operas förfarande att i förberedelsearbetet anlita den aktuella konsulten, även om denne har anknytning till den vinnande anbudsgivaren, skulle ha medfört någon otillbörlig fördel i upphandlingen för den vinnande anbudsgivaren eller konsulten. Skäl för ingripande på denna grund föreligger således inte.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det med hänsyn till vad bolaget anfört i målet inte finns tillräckliga skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Ola Brändström



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. 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.

DV 3109/1B LOU