



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-10-23
Meddelad i Linköping

Mål nr
4205-18

SÖKANDE

Soundforce Scandinavia AB, 556477-9451

Ombud: Advokaten Herman Ehrenstjärna Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB

MOTPART

Norrköping Norrevo Fastigheter AB, 559028-5747

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och juristen Johan Falk
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2018-10-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Norrevo Fastigheter AB (Norrevo) genomför upphandlingen *Teknisk utrustning-ljudanläggning, dnr UH-2018-26*, som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris. Norrevo meddelade tilldelningsbeslut enligt vilket en annan leverantör än Soundforce Scandinavia AB (Bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Norrevo bestrider bifall till ansökan.

Dok.Id 346120

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Upphandlingen avser leverans av cirka 70 olika högtalare och 18 förstärkare till Louis De Geer Konsert & Kongress i Norrköping. Norrevo har i punkt 11 i Administrativa föreskrifter (upphandlingsdokumentet) ställt obligatoriska krav på högtalarna av tre slag: (i) krav på yttermått, (ii) krav på högtalarelement och (iii) akustiska krav.

Norrevo har genomfört en tidigare upphandling av högtalaranläggning avsedd för samma lokal. Efter överprövning av en anbudsgivare beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om. Norrevo överklagade inte domen till högre instans. I upphandlingen gjordes en ambitiös kvalitetsutvärdering. Alla anbudsgivare fick sätta upp sina högtalarsystem för en provspelning. Provspelingen gjordes i den lokal "Flygeln" där vinnande högtalarsystem sedermera skulle installeras. En grupp av meriterade ljudtekniker/ljudspecialister gjorde på plats en utvärdering av de olika högtalarsystemens kvalitet. Högtalare av märket d&b, som bl.a. Bolaget offererade, erhöll högst sammanlagd kvalitetspoäng, 30,20. Högtalare från av fabrikatet JBL erhöll 24,85 poäng. Övriga fabrikat erhöll mellan 21,17 och 24,33 poäng. Av stor betydelse är att ett av utvärderingskriterierna avsåg "Den demonstrerade ljudanläggningens fysiska storlek och form för inpassning i lokalen". För detta kriterium erhöll JBL 19 poäng vilket gav rangordning nummer fem av sju fabrikat.

Mot bakgrund av kvalitetsutvärderingen i den tidigare upphandlingen är det mycket märkligt att kravställningen i den nu aktuella upphandlingen är helt anpassad till högtalarfabrikatet JBL. JBL uppfyller samtliga både tekniska detaljkrav och akustiska krav. Inget av övriga fabrikat uppfyller alla

tekniska detaljkrav. Den tekniska kravställningen utesluter således alla andra högtalarfabrikat förutom JBL.

Kraven på yttermått kan i viss utsträckning vara relevanta, t.ex. om den lokal, i vilken ljudanläggningen ska användas, har vissa rumsliga begränsningar. I övrigt kan den typen av krav på ljudanläggning vara begränsande och utesluta vissa leverantörer/fabrikat på osaklig grund.

Norrevo har gjort gällande att de krav som utgör exakta måttangivelser endast förekommer där måtten styrs av inpassningen i lokalen. Norrevo har i upphandlingsdokumentet angående delay-högtalarna angett att dessa ska ha en höjd på 549 mm, bredd på 396 mm och ett djup på max 305 mm. Av JBL:s datablad för modellen VTX F12 framgår att denna har en höjd på 548,6 mm, en bredd på 396,2 mm och ett djup på 304,8 mm. För line array-högtalare för huvudsystem uppställdes ett krav att högtalarens höjd maximalt skulle vara 280 mm. Av JBL:s datablad för modellen VTX V20 framgår att denna har en höjd på 279,9 mm. För delay-högtalarna uppställdes ett krav att högtalarna skulle ha en höjd på 549 mm, en bredd på 396 mm och ett djup på max 305 mm.

Det är inte en tillfällighet att kravställningen på mått exakt överensstämmer med JBL:s måttangivelser i databladerna. Den aktuella lokalen är naturligtvis inte från början byggd för JBL:s line array-högtalare och delay-högtalare. Det är inte heller så att måttangivelserna är några allmänt accepterade standardformat för högtalare. Detta visar att kravställningen av måttangivelser styr mot ett fabrikat. Detta blir ännu mer märkligt när JBL i den tidigare upphandlingen i utvärderingen av anläggningens ”form för inpassning i lokalen” erhöll tredje sämsta betyg. Lokalen har inte förändrats sedan den tidigare upphandlingen.

Enligt Norrevo får inte line array-högtalarna vara högre än 280 mm för att bashögtalarna vid behov ska kunna placeras ovanför line array-högtalarna. JBL:s mått för line array-högtalare är 28 cm i höjd, vilket också är det tekniska maxkravet i upphandlingen. d&b:s mått för line array-högtalare är 31 cm i höjd. Skillnaden är 3 cm. Om man staplar 8 högtalare ovanpå varandra är skillnaden 24 cm. Denna skillnad är inte på något sätt avgörande för den aktuella lokalen, särskilt med beaktande av att det är elva meter mellan scengolvet och fästen i taket. Dessutom placerar d&b, till skillnad från JBL, inte några bashögtalare ovanför scenen utan under scenen. Därför har d&b:s sammanlagda anläggning ovanför scenen en lägre höjd än JBL. Ändå måste d&b:s högtalare sorteras bort på grund av kravet på höjdmått.

I den förra upphandlingen gjorde även bl.a. Bolaget ett test och kunde trots andra mått placera sina bashögtalare ovanför line array-högtalarna ovan scenen. Det gav dock inte något förbättrat ljudresultat. Det är även irrationellt att uppställa krav på en enskild högtalares höjdmått. Ett mer rationellt krav är att ange maximal tillåten höjd för alla högtalare (line array och bashögtalare) som ska placeras ovan scenen. Ett sådant krav i föreliggande upphandling hade dock visat det irrationella i kravställningen eftersom alla högtalarsystem kan rymmas då det är högt i tak.

Norrevos påstående om att måttkraven i upphandlingen endast är maxmått är inte korrekt. Måttkraven på delay-högtalarna är absoluta vad gäller höjd och bredd. Endast djup är angivet som ett maxmått. Under upphandlingen föranledde måttkraven frågor från anbudsgivarna. Av Norrevos svar på frågor med ID 137185 och 137374 framgår inte alls att alla måttkraven är maxmått.

Vad gäller måttkravet för delay-högtalarna motiverar Norrevo detta med att högtalarna ska inpassas i ett prefabricerat fäste som finns i det rörliga läktartaket. Detta måttkrav förelåg inte vid den tidigare upphandlingen, dvs.

det har uppställts i den nu överklagande upphandlingen. Det verkar som att det prefabricerade fästet har fabricerats inför den nya upphandlingen, vilket i sådant fall också är en medveten styrning mot JBL-högtalarna. Därtill är högtalare av fabrikatet d&b mindre och hade i och för sig kunnat rymmas på den aktuella platsen. Samma sak gäller flera av de andra fabrikaten. Men eftersom höjd- och breddmått är exakt fastställda uppfyller inte d&b-högtalarna kravet.

Vad gäller möjligheten att kunna visa bilder på en duk ovanför scenen är inte högtalarsystemens höjd det avgörande. Eftersom duk för bildvisning placeras mellan högtalarpelarna är högtalarnas bredd viktigare. Norrevo har dock inte uppställt några måttkrav vad gäller bredd. Det kan ha en naturlig förklaring. JBL:s mått för line array-högtalare är 91,1 cm i bredd. d&bs mått för line array-högtalare är 70 cm i bredd. Eftersom det kommer att finnas två högtalarpelare på höger och vänster sida ovanför scenen är JBL:s system ca 42 cm bredare. Utrymmet för att placera en duk för bildvisning mellan högtalarpelarna blir därmed mindre.

Att i detalj ange antalet och storleken på högtalarelementen inuti varje högtalare som ska ingå i ett stort högtalarsystem (med ca 70 högtalare) är definitivt inte absolut nödvändiga tekniska krav. Den som inte har erfarenhet av ljudbranschen kan enkelt inse detta genom att titta på kvalitetsutvärderingen i den tidigare upphandlingen. Kravet på att en högtalare ska innehålla ett visst antal högtalarelement liksom kravet på hur stora element ska vara är således helt osakligt och felaktigt. Bolaget bestrider till fullo Norrevos påstående att storleken på och antalet element ger en klar bild över ljud- och frekvensfördelningen. Två olika högtalare som har olika antal element och olika storlekar på elementen kan ge samma ljudresultat, dvs. samma ljudkvalitet över hela frekvensregistret.

Den tekniska kravställningen i nu aktuell upphandling överensstämmer till 100 procent med databladen för det högtalarfabrikat – JBL – som i kvalitetsutvärderingen i den tidigare upphandlingen bedömdes som ett medelpresterande anbud. Kravet medför att många högtalarfabrikat, som hade kunnat prestera samma ljudresultat, utesluts från upphandlingen och strider därför mot kraven på likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet.

De akustiska kraven som ställs i upphandlingen är delvis relevanta. SPL är emellertid ett kvantitativt mått som inte utgör ett kvalitetsmått. Problemet är att kraven inte är fullständiga utan fragmentariska. För flera av de angivna högtalarna anges akustiska krav för vissa delar av frekvensområdet, t.ex. för diskant, men inte för andra delar av frekvensområdet, t.ex. mellan- och basregistret. Detta blir än mer motsägelsefullt när kraven anger att samma högtalare ska innehålla mellan- och baselement av viss storlek och med visst antal element. Därtill är den kvantitativa kapaciteten hos en enskild högtalare av underordnad betydelse eftersom det är det samlade ljudet från alla högtalare som är av betydelse för lyssnarna i lokalen. Den tekniska kravställningen i upphandlingen förhindrar att anbudsgivarna på detta sätt kombinerar högtalare i sitt anbud så att Norrevos akustiska krav kan uppfyllas. Kravställningen är utformad för att JBL ska gynnas i upphandlingen då det är just diskanten som särskiljer sig positivt för JBL. För de andra fragmenten av frekvensgången har JBL en lägre prestanda än andra fabrikat.

För bashögtalarna under scenen anges även att de inte får vara av cardioid-typ. Norrevo har påpekat att befintliga bashögtalare av cardioidmodell i Norrevos nuvarande anläggning under vissa förutsättningar kunde skapa ljudproblem. Problemen kan dock övervinnas med vissa åtgärder och nuvarande befintliga bashögtalare ska flyttas till Värmekyrkan och fortsätta att användas där. Cardioidbashögtalare har utvecklats. Idag finns en annan

konstruktion av dessa bashögtalare som löser problemen. I den tidigare upphandlingen fick den nya typen av cardioidhögtalare bästa poäng i kriterium 4 ”mer utvecklad basåtergivning”.

I upphandlingen begär inte Norrevo att anbudsgivarna ska redovisa vilket högtalarfabrikat eller vilka modeller för ingående högtalare som deras anbud avser. Anbudsgivarna ska endast intyga att offererat högtalarsystem uppfyller den tekniska specifikationen. Detta är oerhört märkligt. När Norrevo meddelar vilken anbudsgivare som vinner upphandlingen kan inte Norrevo baserat på anbuden tala om vilket högtalarfabrikat som kommer installeras i lokalen Flygeln. Att avstå från en sådan redovisning är endast rationellt om man utifrån kravspecifikationen är helt säker på vad anbudet kommer att innehålla.

Importör och distributör av JBL i Sverige är företaget Septon Electronics AB (Septon). På grund av kravställningen var Bolaget tvunget att basera sitt anbud på högtalare av fabrikatet JBL. Bolaget säljer naturligtvis fler fabrikat än JBL till sina kunder. Om inte kravställningen varit inriktad på fabrikatet JBL hade Bolaget haft större möjligheter att utforma sitt anbud och lämna ett mer konkurrensmässigt pris. Detsamma gäller naturligtvis alla övriga anbudsgivare som inte vunnit upphandlingen. Om Norrevo tecknar avtal med vinnande anbud drabbas Bolaget av en sådan skada som 20 kap. 4 och 6 §§ LOU förutsätter.

Bolaget har erhållit offert från Septon för att kunna inge anbud i upphandlingen. Septon har informerat att företaget har lämnat samma offert och samma pris till övriga anbudsgivare i upphandlingen. Offertpriset uppgår till 2 345 158 kr exklusive moms. Konsertteknik i Uppsala AB (Konsertteknik), som vann upphandlingen, har ett anbudspris på 2 296 000 kr, vilket understiger offerten från Septon. Övriga anbudsgivare har anbudspriser i intervallet 2 400 000–2 757 999 kr. Det verkar som att

vinnande anbudsgivare medvetet lagt ett anbud under inköpspriset för högtalarsystemet, dvs. ett förlustanbud. På grund av att den tidigare upphandlingen fick göras om har Konsertteknik hyrt ut en JBL-anläggning till Norrevo. Intäkterna från denna uthyrning har sannolikt kompenserat det låga anbudspriset.

Norrevo anger att en upphandlande myndighet kan ställa krav som få eller endast en leverantör kan uppfylla. Det är korrekt i vissa speciella situationer. Det är dock inte fråga om en sådan situation i Norrevos upphandling. Norrevo har inte uppställt den typ av prestanda- eller funktionskrav som förutsätter ett stort tekniksprång bland högtalarfabrikaten. JBL har inte heller en överlägsen produkt jämfört med övriga högtalarfabrikat. Det framgår även av den kvalitetsutvärdering som gjordes i den föregående upphandlingen.

Norrevo tar det faktum att anbud från nio anbudsgivare inkom som intäkt för en fungerande konkurrens. Alla anbudsgivare var emellertid tvungna att erbjuda samma fabrikat, JBL. Anbudsgivarna i denna upphandling är återförsäljare av högtalarfabrikat. Den konkurrensbegränsande kravställningen i upphandlingen träffar formellt inte anbudsgivarna utan underleverantörerna. Upphandlingsreglerna tillåter dock inte några konkurrensbegränsningar av detta slag, varken hos anbudsgivarna eller i tidigare led i affärskedjan. Återförsäljarna representerar ett eller flera högtalarfabrikat. Konkurrensbegränsningen drabbar således även dem.

En upphandlande myndighet får inte uppställa tekniska detaljkrav som diskriminerar i något led i affärskedjan, varken de formella anbudsgivarna eller anbudsgivarnas underleverantörer eller underunderleverantörer.

Norrevo har inte uppställt prestanda- eller funktionskrav enligt 9 kap. 3 § LOU. Norrevo har istället uppställt detaljerade tekniska krav på antal högtalarelement och deras storlek i en omfattande högtalaranläggning. Även

om upphandlingsdokumentet inte uttryckligen hänvisar till fabrikatet JBL avses endast detta fabrikat. Det är således ett kringgående av regeln i 9 kap. 6 § att upphandlingsdokumenten inte får hänvisa till ett visst fabrikat. De tekniska detaljkraven utgör även ett sådant omotiverat hinder som innebär att upphandlingen inte öppnas för konkurrens.

Norrevo

Norrevo har inte brutit mot 9 kap. 6 § LOU, de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i denna lag. Även om Norrevo skulle ha brutit mot LOU har inte Bolaget lidit eller riskerat att lida skada på det sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Upphandlande myndigheter har mycket långtgående möjligheter att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som föremålet för upphandlingen ska uppfylla. I upphandlingen, som främst avser högtalare, har olika funktionella krav på högtalarna ställts. Samtliga krav är relevanta för att uppnå den sammanhållna funktionalitet som bedömts nödvändig. Kraven har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Det är tillåtet att ställa krav som endast få, eller till och med endast en, leverantör kan uppfylla. I upphandlingen uppställdes dock inga sådana krav eftersom nio anbudsgivare ostridigt har uppfyllt kraven och fått sina anbud utvärderade.

En betydande del av Bolagets yttranden ägnas åt argumentation om den tidigare upphandling som genomförts. Den tidigare upphandlingen är dock inte föremål för förvaltningsrättens prövning i förevarande mål och det Bolaget i denna del anför saknar därför relevans i målet.

Bolaget har inte förklarat på vilket sätt kraven i upphandlingen skulle strida mot 9 kap. 6 § LOU. Norrevo menar, vilket styrks av kravställningen i

upphandlingsdokumenten, att ingen otillåten hänvisning har gjorts. Som kan konstateras är samtliga krav i upphandlingen neutrala och avser endast ljudanläggningens funktionalitet. Ingen hänvisning görs till fabrikat, framställningssätt, varumärke eller annan otillåten egenskap eller omständighet. Att den tillverkare som Bolaget har offererat produkter ifrån, JBL, uppfyller kraven är inte förvånande, eftersom en lyckad upphandling behöver innehålla krav som leder till att efterfrågad funktionalitet erhålls.

Huruvida det, utöver eller istället för de krav som Norrevo ställt, även finns andra krav som Norrevo skulle ha kunnat ställa i upphandlingen saknar relevans, eftersom det är upp till Norrevo att bestämma vilka krav som ska ställas och de krav som ställts är förenliga med LOU. Att Bolaget anser att Bolaget skulle ha lyckats bättre i upphandlingen om Norrevo ställt andra krav innebär inte att Norrevo brutit mot LOU eller att Bolaget lidit någon upphandlingsrättsligt relevant skada.

Ljudanläggningen ska ha en sammanhållen funktionalitet och därmed fungera som en helhet. Ljudanläggningen ska vidare monteras och installeras inuti en befintlig byggnad. Det finns därför vissa givna grundläggande förutsättningar som måste beaktas. Det är exempelvis viktigt vilken yttre storlek den efterfrågade utrustningen har. Detta dels för att högtalarna ska kunna monteras i rätt relation till varandra för att erhålla den bästa ljudbilden, dels för att utrymmet som utrustningen ska monteras i finns inomhus i en konsert- och konferensanläggning som, likt alla rum, har ett begränsat utrymme. Helt oaktat vilka övriga egenskaper som ljudanläggningen har är det givetvis helt avgörande att den passar i de avsedda lokalerna och det bästa sättet att säkerställa detta är att ställa krav på utrustningens yttre storlek. De krav som ställts i upphandlingen är därför både nödvändiga och lämpliga.

För att få den ljudbild och kvalitet som Norrevo anser vara den bästa för Louis De Geer har Norrevo valt att ställa krav på högtalarnas element. Avseende exempelvis line array-högtalare för huvudsystem har Norrevo krävställt att de ska ha element för såväl bas och mellanregister som för diskant samt det närmare antalet element. Detta för att högtalarna var och en, och gemensamt, ska ge det bästa möjliga frekvensomfånget för Louis De Geer, mätt på enklast möjliga vis. Baselementen täcker de lägsta frekvensområdena (20–600 Hz), mellanregisterelementen upp till 4 000 Hz och diskanten frekvensområden därutöver. Genom att ange storlek och antal element kan Norrevo få en klar bild över ljud- och frekvensfördelningen. Det kan i och för sig även finnas andra sätt att krävställa på, men det sätt som Norrevo valt har bedömts ge bäst förutsättningar för att identifiera de högtalare som Norrevo behöver för den aktuella lokalen samtidigt som de tekniska kraven uppenbart inte har begränsat konkurrensen, utan tvärtom lett till god konkurrens där nio anbud, inklusive Bolagets, inkommit, bedömts uppfylla kraven och utvärderats.

Norrevo uppfattar inte Bolagets talan som att Bolaget anser att akustikkraven är oproportionerliga eller diskriminerande. Norrevo vill dock ändå framhålla att upphandlingens akustiska krav är relevanta och att även om lyssnaren givetvis uppfattar den samlade ljudbilden från samtliga högtalare utgör akustikkraV för enskilda högtalare ett sätt för Norrevo att utvärdera högtalarnas samlade kapacitet utan att behöva genomgå tids- och kostnadskrävande provspelningar. Kraven är vidare såväl proportionerliga som icke-diskriminerande.

Norrevo har begränsat kraven i specifikationen till att bara omfatta de nödvändiga tekniska kraven för varje del. Mått på enheter har exempelvis bara angetts på de enheter där måtten påverkar inpassningen. Bestyckningar har beskrivits för att säkerställa balansen mellan olika enheter. För de produkter vilka ska kunna injusteras tillsammans har krav ställts på att

samma ingående komponenttyper ska finnas i flera olika enheter. För övergripande intrimning har krav ställts på att det från tillverkare ska finnas tillgängliga datafiler, vilka kan appliceras i de efterfrågade effektförstärkarna med DSP.

I den tidigare upphandlingen krävdes redovisning med Ease-simuleringsprogram på de offererade anläggningarna. Ease är den mest kvalificerade och erkända simulerings- och verifieringsmetoden för att förutsäga en högtalares tänkta funktionalitet i en lokal. Det gjordes även kompletterande mätningar med STI(pa) för kvalitetskontroll. Om man baserar bedömningen av ljudutrustning på mätdata från Ease, STI(pa) och leverantörsdata skulle man, som Bolaget får förstås, överhuvudtaget inte behöva prova en ljudanläggning i praktiken. Den första upphandlingen visade dock att inte ens de mest avancerade mätdata kan skilja ut anläggningars olika kvaliteter uttryckt som SPL, STI, Ease eller annat entydigt måttvärde. Då det, för att säkerställa tillräcklig konkurrens i upphandlingen, varit nödvändigt att i den tekniska specifikationen endast ange de absolut nödvändiga tekniska kraven för de olika enheterna, är detta vad Norrevo valt att göra.

Den grundläggande funktionen i cardioïdhögtalare påverkas i mycket stor grad av de fysiska förutsättningarna gällande utrymmet runt dem. Norrevo har också upplevt tydliga problem med den befintliga lösning, där just bashögtalare av cardioïdtyp har använts med placering av bashögtalare under scenen i Flygeln. Därför har Norrevo i den nu föreliggande tekniska specifikationen valt bort cardioïdlösningar. Norrevo bestrider således att det skulle handla om ett gynnande av JBL.

Bolaget kritiserar de få måttangivelser som finns i den tekniska specifikationen. Det Bolaget anför är dock felaktigt. Line array-högtalarnas mått i huvudsystemet är exempelvis det maximala måttet för att med

bibehållet antal line array-högtalare, över scenen, även kunna placera in bashögtalare över line array-högtalarna. För delay-högtalare vid mixplats och delay-högtalare i baren har Bolaget gjort ett felaktigt antagande om att högtalarna ska stå vid mixerbordet. De aktuella högtalarna ska dock monteras i ett prefabricerat fäste i det rörliga läktartaket och täcka mixplatsytan, och det är denna placering som föranlett de exakta måttangivelserna för dessa högtalare. De aktuella måttkraven är således nödvändiga.

Bolaget gör ett stort nummer av att Norrevo i upphandlingen inte begärt att anbudsgivarna ska redovisa exakt vilka högtalarfabrikat och modeller som deras anbud avser, utan endast ska intyga att de uppfyller kraven, och Bolaget påstår också att en sådan kravställning endast är rationell om man utifrån kravställningen är helt säker på vad anbudet kommer att innehålla.

En upphandlande myndighet är inte skyldig att begära bevisning avseende alla aspekter och krav i en upphandling, utan att det är fullt tillåtet att för vissa krav nöja sig att anbudsgivarna intygar att de produkter som ska levereras uppfyller kraven. Skulle det sedan bli så att produkterna vid leverans inte uppfyller kraven får detta hanteras i avtalsrättslig ordning, som ett eventuellt avtalsbrott. Detta är för övrigt den enda rationella ordningen för sådana krav på produkter, vilka inte med säkerhet kan verifieras under upphandlingen utan först i samband med den fysiska leveransen av produkterna. Den valda ordningen visar också att kravställningen i upphandlingen de facto varit varumärkesneutral, eftersom Norrevo inte begärt uppgifter om vilka högtalarfabrikat och modeller som anbudsgivaren avser, utan varit berett att objektivt acceptera alla de anbud som uppfyller de ställda kraven.

Det Bolaget anför om att Konsertteknik skulle ha lämnat ett anbud som understiger kostnaderna bestrids och Norrevo ifrågasätter relevansen av

argumentationen. Dels kan Bolaget inte veta något om vilket pris som Septon erbjudit Konsertteknik, dels är det inte alls osannolikt att det pris som Konsertteknik erhållit från Septon är lägre än det pris som Bolaget erhållit. Det kan finnas en mängd olika fullt legitima kommersiella skäl till varför en importör och distributör tillämpar olika priser gentemot olika återförsäljare. I vart fall har det inte framkommit något, varken inom ramen för upphandlingen eller förevarande mål, som ger anledning att tro att Konsertteknik inte skulle få full kostnadstäckning i och med sitt anbud. Vidare kan konstateras att påståendet att Norrevo, på grund av att den tidigare upphandlingen blivit föremål för överprövning, skulle ha hyrt en anläggning av Konsertteknik är direkt felaktigt. Norrevo har överhuvudtaget inte hyrt någon anläggning av Konsertteknik.

Med anledning av Bolagets påstående har Norrevo dock utrett saken och det som då framkommit är att Louis De Geer Konsert & Kongress i Norrköping AB, dvs. ett helt annat bolag än Norrevo, i och för sig har hyrt en anläggning av Konsertteknik, men inte till den lokal som upphandlingen avser, utan till Värmekyrkan, dvs. en helt annan lokal i en helt annan byggnad. Denna avtalsrelation har således varken med Norrevo eller med upphandlingen att göra, och den saknar därför relevans för den prövning som förvaltningsrätten ska göra i förevarande mål.

Bolaget hävdar att det är ett märkligt sammanträffande att fabrikat som deltog i den tidigare upphandlingen inte uppfyller kraven i upphandlingen. Det är för det första inte möjligt, eller relevant, att jämföra kravställningarna från två olika upphandlingar med varandra, och detta oavsett om upphandlingsföremålet är detsamma eller snarlikt. Redan av den anledningen saknar Bolagets argumentation i denna del relevans. För det andra är det anbudsgivarna som ska uppfylla kraven i upphandlingen, vilket nio anbudsgivare ostridigt har gjort.

Norrevo har inte, vilket Bolaget tycks mena, påstått att de kraven som ställts i upphandlingen har varit avsedda att resultera i ”överlägsna” produkter. Norrevo har upphandlat en sammanhållen funktionalitet för en konsert- och konferenshall. De krav som har ställts i upphandlingen har varit nödvändiga för att kunna erhålla den sammanhållna funktionalitet som efterfrågats och har varken diskriminerat Bolaget eller någon av de åtta andra anbudsgivarna.

Norrevo har begränsat kravställningen i upphandlingen vad gäller måttangivelser till att endast omfatta de delar som är nödvändiga och påverkar inpassningen i lokalen. Norrevo har enligt fast rättspraxis, som upphandlande myndighet, bestämmanderätt över de krav som ställs på det som upphandlas. Att Bolaget, eller någon annan leverantör, anser att andra krav borde ha ställts, saknar betydelse, eftersom det är Norrevo som ensamt har att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska gälla för upphandlingen.

Norrevo har inte påstått att de måttangivelser som använts i upphandlingen är standardformat, vad det begreppet nu kan tänkas innebära. Tvärtom är måtten angivna för att högtalarna bäst ska passa i Flygeln (lokalen) utan att betydande ingrepp i den fasta inredningen ska behöva göras. Alla lokaler är olika, rumsligt och akustiskt, och kommer med nödvändighet att kräva olika mer eller mindre specifika måttangivelser. De måttangivelser som Bolaget anger är dessutom maxmått, och det har således varit möjligt för anbudsgivarna att offerera högtalare med andra måttangivelser, så länge de inte överskrider de angivna måtten.

Kraven i upphandlingen har inte varit godtyckliga eller uppenbart osakliga. Samtliga krav har en nära koppling till ljudanläggningens funktionalitet och har således varit proportionerliga. Norrevo har därmed haft rätt att ställa kraven. Kraven har vidare varit objektivt utformade och således inte

missgynnat någon leverantör. Redan av dessa anledningar kan Bolaget inte lida någon skada, eftersom något upphandlingsrättsligt fel inte har begåtts.

Bolaget har dessutom lämnat anbud i upphandlingen och också fått sitt anbud utvärderat. Bolaget har således ostridigt haft möjlighet att erbjuda en ljudanläggning som uppfyller kraven i upphandlingen. Bolaget menar dock att dess skada består i att Bolaget hade kunnat lämna ett ännu mer konkurrenskraftigt pris om kravställningen i upphandlingen hade sett annorlunda ut. Bolagets påstådda skada består således i att Bolaget har lämnat ett anbud med för högt pris. Att vara för dyr i en upphandling, och därför inte tilldelas kontraktet, är dock ingen upphandlingsrättsligt relevant skada. Underleverantörer och tillverkare är inte att betrakta som leverantörer i upphandlingen och de kan därför definitionsvis inte diskrimineras på det sätt som Bolaget påstår.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har i målet gjort gällande att flera tekniska krav som Norrevo har ställt i punkt 11 i upphandlingsdokumentet utgör ett kringgående av förbudet att hänvisa till ett visst fabrikat enligt 9 kap. 6 § LOU samt strider mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet, då dessa innebär att alla andra högtalarfabrikat förutom ett utesluts på osaklig grund.

Norrevo har i sin tur gjort gällande att de aktuella kraven inte strider mot 9 kap. 6 § LOU, de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i denna lag då dessa är relevanta för att uppnå den sammanhållna funktionalitet som bedömts nödvändig, har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör.

Vad först beträffar innebörden av de ställda kraven finner förvaltningsrätten att det redan av lydelsen av punkten 11 i upphandlingsdokumentet framgår att angivna mått på högtalarna och högtalarelementen, med undantag för sådana mått för vilka det anges att fråga är om maximalt mått (t.ex. ett djup på max 305 mm för delay-högtalare), och antal element utgör absoluta tekniska krav som Norrevo har ställt på respektive produkt som ska offereras i upphandlingen.

Bolaget har i målet gjort gällande att angivna mått och tekniska specifikationer uppfylls av endast ett högtalarfabrikat, JBL. Detta har Norrevo inte ifrågasatt. Norrevo menar istället att kraven har en objektiv utformning och inte diskriminerar någon leverantör samt att de har uppfyllts av nio anbudsgivare, vilket innebär att konkurrensen tillvaratagits.

Förvaltningsrätten konstaterar att ett krav som direkt eller indirekt begränsar leverantörernas möjligheter att lämna anbud eller att offerera annat än produkter av visst fabrikat objektivt sett inskränker konkurrensen. Frågan är då om aktuella krav, som har begränsat leverantörernas möjligheter att offerera andra högtalare än sådana av fabrikatet JBL, står i proportion till det syfte som Norrevo önskar uppnå med kraven.

En upphandlande myndighet har en betydande frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. De krav som myndigheten uppställer får emellertid inte strida mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå

i proportion till, det behov som ska täckas. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt ska enligt praxis göras i tre steg där det inledningsvis prövas om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, därefter om kravet är nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås (såtillvida att det inte finns mindre ingripande alternativ) och slutligen om den negativa effekten av kravet är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Norrevo har beträffande syftet med ställda krav om yttre storlek på den efterfrågade utrustningen angett att dessa är relevanta för att uppnå den sammanhållna funktionalitet som bedömts nödvändig, dels för att högtalarna ska kunna monteras i rätt relation till varandra för att erhålla den bästa ljudbilden, dels för att utrymmet som utrustningen ska monteras i är begränsat. Beträffande kraven om mått och antal för högtalarelementen har Norrevo angett att dessa är nödvändiga för att få den ljudbild och kvalitet som Norrevo anser vara den bästa för lokalen. Avseende ställda akustikkraV för enskilda högtalare har Norrevo gjort gällande att dessa är ett sätt för Norrevo att utvärdera högtalarnas samlade kapacitet utan att behöva genomgå tids- och kostnadskrävande provspelningar.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att kraven i och för sig får anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå eftersträvade syften. Fråga uppkommer dock om det finns mindre ingripande alternativ till dem. Förvaltningsrätten konstaterar att Norrevo i målet inte har påvisat att den aktuella lokalen har en sådan utformning att endast högtalare som har de mått Norrevo ställt krav på kan monteras i den. Mot en sådan slutsats talar också resultatet av den utvärdering av ljudanläggningarnas storlek och form för inpassning i samma lokal som en jury gjorde i den tidigare upphandlingen enligt vilket den ljudanläggning som bestod av JBL-högtalare inte hade bästa passform. Inte heller vad avser antalet och storleken på högtalarelementen har Norrevo förmått visa att dessa är

nödvändiga för att få den ljudbild och kvalitet som Norrevo anser vara den bästa för lokalen.

Enligt förvaltningsrätten innebär det ovan anförda att syftet med de aktuella kraven även torde kunna uppnås genom en mindre detaljerad kravställning på den efterfrågade ljudanläggningen, där mått istället för absoluta mått på var och en av högtalarna och högtalarelementen kan anges som minimi- och/eller maximimått på hela eller delar av anläggningen, och då endast då detta erfordras utifrån hur lokalen ser ut eller utifrån en viss prestanda som Norrevo önskar och som inte kan uppnås på mer än ett sätt. Kraven avseende yttre storlek på högtalarna samt avseende mått och antal för högtalarelementen, såsom de är utformade, går således längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. De leder därmed till att konkurrensen begränsas på ett sätt som inte är nödvändigt och strider således mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har gjort gällande att den skada som Bolaget lider med anledning av det aktuella upphandlingsfelet består i att Bolaget hindrats från att lämna sitt bästa anbud. Utifrån vad Bolaget framfört framstår det enligt förvaltningsrätten inte som uteslutet att Bolaget hade kunnat utforma sitt anbud på ett annorlunda sätt och därigenom erbjuda ett lägre pris under förutsättning att Bolaget kunde offerera andra fabrikat än endast JBL. Eftersom Bolaget vid en ny upphandling där kraven inte medför att endast ett fabrikat kan offereras skulle kunna lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud har Bolaget lidit skada till följd av Norrevos överträdelse (jfr Kammarrätten i Jönköpings bedömning av skadan i mål nr 2809-17). Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva övriga omständigheter som Bolaget åberopar till stöd för sin talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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.

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

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 rättstillämpningen.
- 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.