



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2017-06-21

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (25)

Mål nr

26847-16

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2017-06-21 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

EM Nordic AB, 556128-4620

Ombud: Advokaterna Herman Ehrenstjärna Sahlin och Björn Welinder
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

MOTPART

Kungliga Musikhögskolan
Box 27711
115 91 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår EM Nordic AB:s ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Dok.Id 845533

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00-16:30

BAKGRUND

Kungliga Musikhögskolan (KMH) genomför en upphandling av totalentreprenad för högtalarsystem, dnr 16/515. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt tilldelningsbeslut av den 6 december 2016 har kontraktet i upphandlingen tilldelats en annan anbudsgivare än EM Nordic AB (EM Nordic).

YRKANDEN M.M.

EM Nordic yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. KMH har avvikit från förfrågningsunderlaget genom att inte genomföra någon prövning av funktion och kvalitet i enlighet med vad som anges i den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget. Den vinnande anbudsgivaren har använt en annan mätmetod än den som skulle användas vid simulering av ljudtrycket. Om rätt mätmetod hade använts skulle simuleringen ha visat att kravet på ljudtryck inte är uppfyllt. Det vinnande anbudet borde ha uteslutits ur upphandlingen eftersom det inte uppfyller systemkraven när det gäller maximalt ljudtryck i högtalarsystemet. Det anbud som har bedömts vara det ekonomiskt näst mest fördelaktiga har inte heller kunnat visa att dess högtalarsystem lever upp till kravet på ljudtryck. Hanteringen av kravet på ljudtryck brister i transparens. KMH:s upphandlingskonsult har gjort en bedömning av om kravet är uppfyllt eller inte. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att så skulle ske. De anbudsgivare som har lämnat de två ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena har missförstått kraven i upphandlingen och erbjudit små högtalare, vilka har ett lägre pris men inte uppfyller det obligatoriska kravet på ljudtryck. Provllyssningen av de erbjudna högtalarsystemen borde ha genomförts som ett blindtest för att undvika att bedömningen påverkades av annat än rent ljudmässiga förhållanden. Trots att den vinnande anbudsgivarens

högtalarsystem installerades i samband med invigningen av de nya konsertlokalerna har KMH inte genomfört en kontrollmätning av ljudtrycket för att visa att det vinnande högtalarsystemet uppfyller kravet på ljudtryck. Samtliga anbudsgivare var på plats hos KMH samtidigt för att demonstrera erbjudna högtalare och fick därmed kännedom om vilka högtalare som har erbjudits av konkurrenterna. Upphandlingen har således genomförts i strid med bestämmelsen om anbudssekretess i 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400, OSL). EM Nordic har tagit de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget på allvar och erbjudit stora och kraftfulla högtalare. Om högtalarna i det vinnande anbudet skulle anses vara tekniskt godtagbara hade EM Nordic också kunnat erbjuda dessa mindre högtalare. Det hade kunnat ske till ett lägre pris och EM Nordic hade då kunnat konkurrera med den vinnande anbudsgivaren på ett helt annat sätt än som skett i upphandlingen. EM Nordic, liksom anbudsgivarna rangordnade som nummer tre och fem, har härigenom lidit skada.

KMH bestrider EM Nordics ansökan och yrkar att ansökan ska avslås. KMH har vid genomförandet av upphandlingen följt tillämpliga bestämmelser i LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Det anges inte i förfrågningsunderlaget att KMH ska genomföra något test av de erbjudna högtalarsystemens ljudtryck under utvärderingsfasen. Vad EM Nordic har uppgett om att det vinnande anbudet inte klarar systemkraven vad gäller maximalt ljudtryck i Kungasalen är inte riktigt. Det är inte heller riktigt att det enbart är högtalarens fysiska storlek som bestämmer hur starkt en högtalare kan spela. Utvärderingsgruppen har inte vägt in något annat än ljudmässiga förhållanden i bedömningen av ljudkvalitet. Utvärderingen har således inte påverkats av omständigheten att provlyssningen inte genomfördes som ett blindtest. Vid tillfället för demonstrationen av högtalare på plats hos KMH var anbuderna redan inlämnade och anbudsgivarna fick inte möjlighet att ändra sina anbud efter demonstrationen. Omständigheten att anbudsgivarna innan tilldelningsbeslutet meddelades fick kännedom om

vilka produkter som har erbjudits av övriga anbudsgivare har således inte varit till skada för någon av anbudsgivarna. EM Nordic har vid utvärderingen av anbuden rangordnats som nummer fyra. Den anbudsgivare som har rangordnats som nummer tre har erbjudit identiska högtalare och förstärkare i Kungasalen som EM Nordic. Även om de anbud som har rangordnats som nummer ett och två inte skulle anses uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen skulle det inte innebära någon skada för EM Nordic eftersom uppdraget då skulle tilldelas den anbudsgivare som har rangordnats som nummer tre.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, vilken trätt i kraft den 1 januari 2017. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före den nya lagens ikraftträdande.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Verifiering av krav avseende teknisk prestanda

Vad EM Nordic har anfört

Av punkt 4.2.3.1 i den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget framgår att det maximala ljudtrycket i det erbjudna högtalarsystemet ska uppgå till 110 dBC L_{Cmax} uppmätt enligt utvärderingssystemet Nordtest NT ACOU 108, 2001:06 (Nordtest). I punkt AFB.53 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges att erbjuden utrustning ska demonstreras i konsertsalarna på KMH för möjlighet att verifiera att krav avseende teknisk prestanda faktiskt är uppfyllda. Anbudsgivarna har under utvärderingen installerat utrustning i KMH:s lokaler. KMH har dock inte gjort några egna mätningar av respektive högtalarsystem och således inte genom mätning med den angivna mätmetoden Nordtest kontrollerat att systemkraven vad gäller teknisk prestanda är uppfyllda. En mätning hade visat att det vinnande anbudet inte klarar systemkraven när det gäller maximal C-vägd ljudtrycksnivå (L_{Cmax}).

Vad KMH har uppgett om att verifieringen avseende teknisk prestanda endast skulle avse de frivilliga kraven är en ansträngd tolkning av punkt AFB.53. En normal läsning av samtliga villkor i förfrågningsunderlaget ger vid handen att KMH under utvärderingsperioden förutom utvärderingen även skulle verifiera anbudens tekniska prestanda, däribland kravet på ljudtryck. Det finns inte heller något rimligt skäl för att endast verifiera om de frivilliga men inte de obligatoriska kraven i anbudet är uppfyllda.

Vad KMH har anfört

De systemkrav som framgår av punkt 4.2.3 i den tekniska beskrivningen är satta för att kunna verifieras med mätmetod enligt Nordtest, d.v.s. de gäller parametrar som kan verifieras med mätningar på färdigt system i färdig sal.

Under punkt AFB.53 i de administrativa föreskrifterna anges att utvärderingskriteriet *Funktion, kvalitet och teknisk prestanda* består av två delar: *Funktion och kvalitet* samt *Teknisk prestanda*. Av punkt AFB.53 framgår att utvärderingen av delkriteriet *Funktion och kvalitet* kommer att genomföras av en utvärderingsgrupp som kommer att utvärdera funktion och kvalitet utifrån beskrivning i anbud och utifrån bedömning på plats. Det anges även att demonstrationen syftar till att ”verifiera att krav avseende teknisk prestanda enligt nedan faktiskt är uppfyllda”. Under rubriken *Teknisk prestanda* beskrivs att värderingen består i att anbudsgivaren i anbudsformuläret fyller i vilka krav formulerade med ”bör” eller ”fördelaktigt” som uppfylls. Denna skrivning avser alltså inte verifiering av alla tekniska krav utan enbart de som anges med ”bör” eller ”fördelaktigt”. Verifiering av dessa punkter i anbudsformulären utfördes och inga tveksamheter upptäcktes.

Det anges inte i punkt AFB.53 i de administrativa föreskrifterna att verifiering av systemkrav avseende maximalt ljudtryck kommer att genomföras enligt standarden Nordtest under anbudsutvärderingen. Dessutom är det inte möjligt att mäta enligt den metod som anges i Nordtest med enbart en högtalararray eftersom systemkraven är satta för hela systemet med alla högtalare i respektive uppställning. Att hänga upp samtliga högtalare för alla anbudsgivare för samtidig jämförande lyssning hade varit omöjligt eftersom det inte finns plats för att få tillräckligt korrekta positioner för samtliga högtalare. Att installera varje anbudsgivares system för sig hade inte heller varit genomförbart. Eftersom ljudminnet är kort hade det då varit mycket svårt att jämföra ljudkvaliteten för de olika systemen. Det skulle också vara oskäligt att begära av anbudsgivarna att installera samtliga högtalare, förstärkare och processorer för en utvärdering eftersom detta skulle kräva en stor arbetsinsats.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 4.2.3 i den tekniska beskrivningen anges att systemkraven är satta för att kunna verifieras med mätmetod enligt Nordtest. Där anges dock inte att KMH kommer att genomföra en dylik mätning under utvärderingen av anbudet. I punkt AFB.53 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande:

Funktion och kvalitet

Utvärderingen av delkriteriet "Funktion och kvalitet" kommer att genomföras av en av beställaren särskilt utsedd utvärderingsgrupp bestående av fem personer. Gruppen kommer att utvärdera funktion och kvalitet utifrån beskrivning i anbud och utifrån bedömning på plats. Anbudsgivare ska vara beredd att i konsertsalarna på Musikhögskolan i Stockholm demonstrera offererad utrustning och ge brukarna möjlighet att prova utrustningen "hands on" för att bättre kunna utvärdera krav avseende funktion och kvalitet och för att verifiera att krav avseende teknisk prestanda enligt nedan faktiskt är uppfyllda.

Utvärderingsgruppen kommer, beträffande funktion och kvalitet, att bedöma (i) handhavande och användarvänlighet, (ii) ljudkvalitet, samt (iii) driftsäkerhet.

Teknisk prestanda

I anbudsformuläret under fliken "krav" anges vissa krav avseende teknisk prestanda med "bör" eller "fördelaktigt". Varje krav formulerade med "bör" och "fördelaktigt" får 0 eller 100 poäng. 0 poäng innebär att kravet inte är uppfyllt, 100 poäng innebär att kravet är uppfyllt. Varje bör/fördel-krav viktas med en vikt i % som motsvarar den betydelse som det anses ha. Viktningen framgår av anbudsformuläret. Börkravens poäng (0 eller 100) kommer att multipliceras med sin viktprocent. Är alla "bör" och "fördelaktigt" uppfyllda ger detta 100 poäng.

I punkt AFB.53 anges således att anbudsgivarna ska vara beredda att demonstrera den erbjudna utrustningen och ge KMH möjlighet att prova utrustningen för att verifiera att krav avseende teknisk prestanda enligt nedan faktiskt är uppfyllda. Med "krav avseende teknisk prestanda enligt nedan" måste enligt förvaltningsrättens mening förstås vad som anges längre ner på samma sida i de administrativa föreskrifterna under rubriken teknisk prestanda. Där anges hur utvärderingen kommer att ske för de krav avseende teknisk prestanda som i anbudsformuläret anges med "bör" eller "fördelaktigt". De prov av utrustningens tekniska prestanda KMH ska utföra enligt punkt AFB.53 avser således endast bör-kraven i upphandlingen och inte de obligatoriska kraven. Det anges inte i förfrågningsunderlaget att

KMH under anbudsutvärderingen kommer att genomföra någon provmätning för att kontrollera att de obligatoriska kraven när det gäller teknisk prestanda är uppfyllda. KMH har således agerat korrekt i enlighet med förfrågningsunderlaget när man inte har utfört någon sådan provmätning. Vidare ankommer det på den upphandlande myndigheten att bestämma hur anbudsutvärderingen ska genomföras, under förutsättning att den sker i enlighet med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 §. Att KMH i denna del har valt att inte verifiera de obligatoriska kraven med egna mätningar under utvärderingen står således inte i strid med LOU.

Maximalt ljudtryck

Vad EM Nordic har anfört

Kravet på ljudtryck, 110 dBC L_{Cmax} enligt Nordtest, är ett mycket högt ställt krav. Enligt punkt 7.6 i Nordtest ska man vid mätning av L_{Cmax} använda sig av "broadband noise" med 20 sekunders integrationstid. Enligt en av de experter EM Nordic har konsulterat har den vinnande anbudsgivaren gett in protokoll över en simulering av ljudtrycket som har genomförts med fel mätsignal, den äldre inte kompatibla "multitone spectrum" istället för "broadband noise". Därigenom ger simuleringen för det vinnande anbudet ett högre värde än vad högtalarsystemet egentligen kan prestera. Enligt en annan expert EM Nordic har konsulterat finns det stora frågetecken kring prestandan hos högtalarsystemet i det vinnande anbudet och KMH borde därför ha gjort egna objektiva mätningar för att verifiera prestandan i högtalarsystemet i de olika anbuden. Denne expert har på EM Nordics uppdrag gjort simuleringar av högtalarsystemet i det vinnande anbudet och högtalarsystemet i EM Nordics anbud. Experten har använt det senaste filformatet i simuleringsprogrammet, vilket ligger nära de krav som finns i Nordtest. De simuleringar som har getts in av anbudsgivarna har använt

olika basdata och beräkningsmetoder. EM Nordics expert har genomfört en korrigerad simulering där högtalarna i det vinnande anbudet har simulerats med samma ingångsvärden som högtalarna i EM Nordics anbud. Det har således gjorts en nollställning som gör att resultaten blir jämförbara. Högtalarna i det vinnande anbudet erhåller då inte högre medelvärde än 106,9 dB i ljudtryck. Resultatet från de jämförande simuleringarna av ljudtryck visar att ljudtrycket i högtalarna från den vinnande anbudsgivaren, till skillnad från vad som framkommit i respektive anbudsgivares egna simuleringar, borde vara flera decibel lägre än ljudtrycket i högtalarna från EM Nordic. Vidare anger experten att det är osannolikt att det vinnande anbudets högtalare når det uppställda kravet på 110 dBC L_{Cmax} enligt Nordtest.

Det anbud som är rangordnat som nummer två har inte heller kunnat visa att dess högtalarsystem lever upp till kravet på ljudtryck.

Vad KMH har anfört

Det är inte ett obligatoriskt krav att redovisa beräkningar av systemkrav i anbudet. Vad gäller den simulering som har getts in av den vinnande anbudsgivaren har EM Nordic anmärkt på att den har utförts med en annan mätmetod än vad som anges i Nordtest. Det finns dock inte något beräkningsprogram som utan modifieringar beräknar maximalt ljudtryck på ett sätt som är exakt jämförbart med hur en mätning av L_{Cmax} ska utföras enligt Nordtest. Dessutom finns det en hel del osäkerheter både hos olika program och beträffande hur data för olika högtalare är uppmätta. Vad gäller uppgivna data på maximalt ljudtryck mäter olika tillverkare med olika signaler. Om uppgivna högtalardata har uppmätts med en annan signaltyp än vad som anges i Nordtest är det omöjligt att med säkerhet beräkna vilket det maximala ljudtrycket är vid en mätning enligt Nordtest. Det finns

osäkerheter i alla anbudsgivares beräkningar och det är i princip omöjligt för en beställare att säga hur stor skillnad det blir mot uppmätta data i färdig sal.

EM Nordic har uppgett att den vinnande anbudsgivaren har använt sig av fel mätsignal. "Multitone spectrum" och "broadband noise" är inte mätsignaler. Effektmedelvärde för frekvensbanden i "multitone mode" och effektsummering för frekvensbanden i "broadband noise mode" kommer att ge mycket lika värden för ljudtrycksnivå med full bandbredd. Vad EM Nordic har angett om att simuleringen för det vinnande anbudet ger ett högre värde än vad högtalarsystemet egentligen kan prestera är således inte korrekt.

EM Nordic har anlitat en konsult som har genomfört en jämförande beräkning av huvudhögtalararrayerna i det vinnande anbudet och i EM Nordics anbud. Beräkningar har enbart gjorts av direktljudet av huvudsystemen L+C+R över parkettytan. Systemkraven avseende maximalt ljudtryck för orkesteruppställningen avser dock högtalarsystemen L+R och alla fillhögtalare samt totalt ljudtryck, d.v.s. förutom direktljudet även alla reflexer i rummet. Dessutom gäller kraven över en större yta. De värden som har beräknats av EM Nordics konsult kan därför inte jämföras med systemkraven. Vidare anger EM Nordics konsult att han har korrigerat indata för den vinnande anbudsgivarens högtalare i sin jämförande beräkning. Den jämförande beräkning som konsulten har utfört bygger således på osäkra antaganden och visar inte att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller kravet på ljudtryck.

EM Nordic har inte på ett tillförlitligt sätt kunnat visa att det vinnande anbudet inte uppfyller kraven. KMH har därför inte ansett det nödvändigt att bemöta påståendena gällande det anbud som har rangordnats som nummer två.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 2.10 i den tekniska beskrivningen anges bl.a. följande:

Det bedöms som fördelaktigt om anbudsgivaren i anbudet kan visa med beräkningar att systemkraven i Kungasalen kan klaras. Beräkningar ska då göras i akustiskt beräkningsprogram med 3D-modellering av salen och ska vara med reflexer (exvis med CATT, EASE, Bose Modeler eller likvärdigt).

Av punkt 4.2.3 i den tekniska beskrivningen framgår att systemkraven för Kungasalen är satta för att kunna verifieras med mätmetod enligt Nordtest och att kravet vad gäller maximalt ljudtryck uppgår till 110 dBC L_{Cmax} både vid orkesteruppställning och vid centraluppställning.

EM Nordic har anfört att den vinnande anbudsgivaren i sin simulering felaktigt har använt sig av en annan beräkningsmetod än den som ska användas enligt Nordtest. I den tekniska beskrivningen anges dock inte att den beräkning som efterfrågas i punkt 2.10 måste göras på samma sätt som i Nordtest. I punkt 2.10 anges endast att det är fördelaktigt om anbudsgivarna med beräkningar kan visa att kraven i Kungasalen kan klaras och att en sådan beräkning ska göras i ett akustiskt beräkningsprogram med 3D-modellering av salen samt att den ska vara med reflexer.

EM Nordic har vidare gjort gällande att den beräkningsmetod som den vinnande anbudsgivaren har använt ger ett högre resultat vad gäller maximalt ljudtryck än vad de erbjudna högtalarna kommer att prestera vid en mätning enligt Nordtest. Enligt EM Nordic uppfyller de aktuella högtalarna därmed inte kraven vad gäller ljudtryck i punkt 4.2.3.1 i den tekniska beskrivningen. EM Nordic har gett in ett flertal intyg, utfärdade dels av anställda hos den tillverkare vars högtalare EM Nordic har erbjudit i upphandlingen, dels av en oberoende konsult. I dessa intyg beskrivs bl.a. att den oberoende konsulten har genomfört egna simuleringar varvid beräkningen enligt EM Nordic har gjorts på det sätt som bäst stämmer överens med hur mätningar görs enligt Nordtest. Konsultens slutsats är att

det är osannolikt att det högtalarsystem den vinnande anbudsgivaren har erbjudit kommer att uppfylla kravet på ett maximalt ljudtryck om 110 dBC. Konsulten har även uppgett att det är i stort sett omöjligt att skapa en elektroakustisk modell och simulering som kommer att vara exakt som det riktiga ljudsystemet i ett riktigt rum. KMH har anført att den simulering konsulten har utfört inte har gjorts på ett sådant sätt att den överensstämmer med systemkraven avseende maximalt ljudtryck och att de värden som framgår av beräkningen därför inte kan jämföras med systemkraven.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att EM Nordic inte har visat att det högtalarsystem som har erbjudits av den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller kravet på maximalt ljudtryck i Kungasalen. Förvaltningsrätten beaktar härvid att även den konsult som har åberopats av EM Nordic har uppgett att en beräkning inte helt motsvarar verkligheten samt att konsultens slutsats inte är att den vinnande anbudsgivarens högtalarsystem inte kommer att uppfylla kravet på ljudtryck, utan endast att det är sannolikt att det inte kommer att göra det.

Vad gäller det anbud som har bedömts vara det ekonomiskt näst mest fördelaktiga har EM Nordic uppgett att anbudsgivaren inte har visat att det erbjudna högtalarsystemet uppfyller kravet på ljudtryck. Det är inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen att ge in en beräkning som visar att systemkraven kan klaras eller att på något annat sätt visa i anbudet att högtalarsystemet uppfyller kravet på ljudtryck. Detta är istället, enligt punkt 10 i den tekniska beskrivningen, någonting den vinnande anbudsgivaren ska visa genom mätningar i konsertsalarna på KMH efter att högtalarsystemet har installerats. Förvaltningsrätten anser inte att EM Nordic har presenterat någon bevisning som stöder påståendet att det högtalarsystem som erbjuds av den anbudsgivare som har rangordnats som nummer två inte uppfyller kravet på maximalt ljudtryck.

STI

Vad EM Nordic har anfört

EM Nordic har anfört att den konsult bolaget har anlitat för att göra simuleringar av anbudet är kritisk till de specifikationer som förekommer i den tekniska beskrivningen vad gäller beräkning av STI (speech transmission index). Enligt konsulten anges inte vid vilken ljudtrycksnivå simuleringarna har genomförts.

Vad KMH har anfört

Hur de beräkningar som redovisas i den tekniska beskrivningen har genomförts har i sig ingen betydelse eftersom de inte utgör krav. STI avser mått på taluppfattbarhet och beräkningarna samt kraven har satts för normala talnivåer, vilket innebär att någon försämring p.g.a. av höga ljudtryck inte förekommer. Vilken nivå och vilken vägning som ska användas i beräkningar har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Det står därmed anbudsgivarna fritt att använda den variant som ger det bästa resultatet.

Förvaltningsrättens bedömning

EM Nordic har uppgett att den konsult bolaget har anlitat för att kontrollera det vinnande anbudets kravuppfyllnad är kritisk till beräkningarna av STI i den tekniska beskrivningen. Enligt konsulten saknas information om vilken ljudtrycksnivå som har använts vid genomförandet av beräkningarna. EM Nordic har dock inte redogjort för hur avsaknaden av denna uppgift har påverkat anbudslämnandet i upphandlingen eller hur det skulle ha kunnat medföra någon skada för EM Nordic. Vad EM Nordic har anfört i denna del föranleder således inte något ingripande enligt LOU.

Transparens

Vad EM Nordic har anfört

KMH:s hantering av kravet på ljudtryck brister i transparens. Ursprungligen uppställde KMH ett krav på ljudtryck på 110 dBC L_{Cmax} för högtalarna. Kravet är mycket högt ställt. Anbudsgivarna skulle verifiera detta genom en testsimulering enligt Nordtest. EM Nordic tog det högt ställda kravet på allvar och erbjöd kraftfulla högtalare som EM Nordic visste uppfyller kravet. Musikhögskolan utsåg ett vinnande anbud med mindre kraftfulla högtalare. EM Nordic ansökte om överprövning av upphandlingen och ingav uttalande från externa experter som visar att det på goda grunder är tveksamt om de vinnande högtalarna uppfyller kravet. KMH medgav i yttrande i målet att man kan mäta ljudtryck på olika sätt. EM Nordic gav in ytterligare ett uttalande från en oberoende expert som har gjort en simulering av högtalarna i det vinnande anbudet. Resultatet av simuleringen visade att det på goda grunder är tveksamt om det vinnande högtalarsystemet uppfyller kravet på ljudtryck. KMH konstaterade därefter på nytt att det finns olika sätt att simulera men att KMH:s konsult bedömt att det vinnande anbudet uppfyller kravet.

Detta illustrerar att kravställningen har förskjutits på ett sätt som inte har varit transparent. Förfrågningsunderlaget uppställer ett tydligt och mycket tufft tekniskt krav på ljudtryck och anbudsgivarna ska skicka in simuleringsintyg som visar att kravet är uppfyllt. Under överprövningen har det blivit en diskussion om att prestandan hos högtalarna kan mätas på olika sätt. KMH har därvid uppgett att det är KMH:s upphandlingskonsult, som har upprättat förfrågningsunderlaget och genomfört upphandlingen, som gör en bedömning av inkomna anbud. Enligt konsultens bedömning uppfyller det vinnande anbudet kravet på ljudtryck. Det framgår dock inte av

förfrågningsunderlaget att det tuffa kravet på ljudtryck skulle bli en bedömningsfråga för KMH:s upphandlingskonsult.

Om simuleringar av anbuderna skulle användas hade det varit rimligt att KMH hade anlitat en helt oberoende expert som gjorde egna simuleringar av alla erbjudna högtalarsystem för att kontrollera om de uppfyller kraven. En sådan simulering skulle utgå från inskickade data och göras på ett enhetligt sätt för en rättvis bedömning av anbuderna. Nu har istället anbudsgivarna skickat in egna simuleringar och genomfört testmätningar i simuleringsprogrammet på olika sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

Kravet på ljudtryck i Kungasalen är enligt punkt 4.2.3.1 i den tekniska beskrivningen att maximalt ljudtryck ska vara $110 L_{Cmax}$ (dBC), vilket enligt punkt 4.2.3 ska kunna verifieras med mätmetod enligt Nordtest. Mätning enligt Nordtest ska enligt punkt 10 i den tekniska beskrivningen utföras av den vinnande anbudsgivaren i de aktuella salarna efter att högtalarsystemet har installerats på plats hos KMH. Leverantören ska då dokumentera i en mät rapport att systemkraven uppnås. Den vinnande anbudsgivaren ska således visa att kraven är uppfyllda i respektive sal på KMH efter att högtalarsystemet har installerats.

Det finns inte något obligatoriskt krav i upphandlingen på att ge in ett simuleringssintyg som visar att kravet på ljudtryck är uppfyllt. Däremot anges i punkt 2.10 i den tekniska beskrivningen att det bedöms som fördelaktigt om anbudsgivaren i anbudet kan visa med beräkningar att systemkraven i Kungasalen kan klaras. Det är således fråga om ett bör-krav som, om det är uppfyllt, ger poäng vid anbudsutvärderingen. Det anges inte i punkt 2.10 hur en beräkning av systemkraven i Kungasalen ska utföras mer än att den ska göras i ett akustiskt beräkningsprogram med 3D-modellering

av salen och att den ska vara med reflexer. Det finns således inte något krav på att beräkningen ska vara gjord enligt Nordtest, utan endast på att beräkningen ska visa att systemkraven i Kungasalen kan klaras. Förhållandet att det inte har ställts mer detaljerade krav på hur simuleringen ska genomföras innebär enligt förvaltningsrättens mening att samtliga simuleringar som har gjorts i ett akustiskt beräkningsprogram med 3D-modellering av salen och med reflexer får godtas. Detta under förutsättning att simuleringarna anger att ljudtrycket i Kungasalen uppgår till 110 dBC och att det inte finns anledning att ifrågasätta simuleringarnas resultat. EM Nordic har hävdad att den simulering den vinnande anbudsgivaren har gett in inte visar att kravet på ljudtryck är uppfyllt och att den vinnande anbudsgivarens högtalarsystem inte uppfyller kravet. Detta har föranlett KMH att göra en bedömning av om vad EM Nordic har uppgett är riktigt. Omständigheten att KMH inte har funnit att EM Nordics uppgifter visar att högtalarsystemet i det vinnande anbudet brister i ljudtryck innebär enligt förvaltningsrättens uppfattning inte att KMH har handlat i strid med transparensprincipen.

Kravet på ljudtryck har inte sänkts under utvärderingsfasen. Frågan om det vinnande högtalarsystemet uppfyller kravet eller inte är inte någonting som har avgjorts efter en bedömning av KMH:s upphandlingskonsult, utan det ankommer på den vinnande anbudsgivaren att visa detta efter att systemet har levererats. Vad EM Nordic har anfört i denna del visar enligt förvaltningsrättens bedömning inte att kravet på ljudtryck har förskjutits eller att upphandlingen har genomförts i strid med transparensprincipen.

Både KMH och den konsult EM Nordic har anlitat för att göra jämförande simuleringar av anbudan för att en simulering inte kommer att kunna ge ett säkert besked om det exakta ljudtrycket som respektive högtalarsystem kommer att uppnå i respektive sal. Förvaltningsrätten anser därför att det är lämpligt att kravet på ljudtryck gäller uppmätt ljud på plats i respektive sal och inte vad som framkommer vid en simulering. Den diskuterade

simuleringen syftar till att uppfylla ett bör-krav som står för en liten del av den totala utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Enligt förvaltningsrättens mening är det därför rimligt att KMH har bett anbudsgivarna att inkomma med intyg avseende simuleringen istället för att genomföra egna simuleringar. Vad EM Nordic har anfört i denna del visar enligt förvaltningsrättens uppfattning inte att upphandlingen har genomförts i strid med LOU.

Förhållandet mellan högtalares storlek och prestanda

Vad EM Nordic har anfört

Flera anbudsgivare har uppenbarligen missförstått de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget. De anbud som ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga och det ekonomiskt näst mest fördelaktiga har erbjudit mindre högtalare till ett lägre pris och därmed fått bra poäng i utvärderingen. Kraven på ljudtryck är dock mycket högt ställda och det krävs därför större högtalare med bättre prestanda än vad som har erbjudits i dessa anbud.

KMH har anfört att det inte enbart är högtalarens storlek som bestämmer hur starkt en högtalare kan spela och uppgett att det av datablad avseende de högtalare som EM Nordic har erbjudit framgår att samma ljudtryck uppnås med mindre högtalare. Detta är inte korrekt. Enligt uttalande från tillverkaren av de högtalare EM Nordic har erbjudit spelar det en avgörande roll hur stora högtalarna är. Uppgiften i det datablad KMH hänvisar till avser maximalt SPL-värde, vilket har uppmätts under några få millisekunder på den del av frekvensområdet som ger högst utslag. Den tekniska uppgiften max SPL i databladet är helt annorlunda än det uppställda kravet på ljudtryck i upphandlingen. Enligt Nordtest mäts ljudtrycket över hela frekvensområdet under 20 sekunder. Således är max SPL och Nordtest inte jämförbara storheter.

Vad KMH har anfört

Att relatera pris och effekt för högtalare är en felaktig förenkling. Det är inte generellt sett så att storlek på högtalare och pris följs åt, utan det finns många andra faktorer som påverkar priset. Enligt datablad från tillverkaren av de högtalare som erbjudits av EM Nordic ger dessa med erjuden förstärkare ett maximalt ljudtryck på 139 dB. Mindre högtalare från samma tillverkare ger enligt tillverkarens datablad också 139 dB om en annan förstärkare väljs. Detta visar tydligt att det inte enbart är högtalarens fysiska storlek som bestämmer hur starkt en högtalare kan spela. Samtliga anbudsgivare hade möjlighet att erbjuda högtalare med olika storlek, prestanda, funktioner samt pris utifrån de krav och utvärderingskriterier som gäller i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

EM Nordic har anfört att de uppgifter om ljudtryck som finns i produktbladen från tillverkaren av de högtalare EM Nordic har erjudit i upphandlingen inte överensstämmer med en mätning enligt de krav som ställs upp i Nordtest. Även om detta är korrekt framgår det enligt förvaltningsrättens mening ändå av de aktuella produktbladen att ljudtrycket inte enbart beror av en högtalares storlek utan även t.ex. av den förstärkare som används tillsammans med den aktuella högtalaren. EM Nordic har gett in ett intyg utfärdat av tillverkaren av de högtalare bolaget har erjudit i upphandlingen. Enligt intyget blir skillnaden mellan värdet för maximalt ljudtryck i de datablad KMH har hänvisat till och maximalt ljudtryck mätt enligt föreskriven metod i Nordtest större med mindre högtalare än med större högtalare. Av det aktuella intyget, som avser den aktuella tillverkarens högtalare, går det enligt förvaltningsrättens mening dock inte att dra några slutsatser angående ljudtrycket i de högtalare som den vinnande anbudsgivaren har erjudit i upphandlingen. Vad EM Nordic har

anfört om att det krävs större och dyrare högtalare än de som har erbjudits av den vinnande anbudsgivaren för att uppfylla kraven på ljudtryck i upphandlingen har enligt förvaltningsrättens uppfattning således inte visats av EM Nordic.

Provlyssning

Vad EM Nordic har anfört

Den slutna provlyssningen borde ha genomförts som ett blindtest där utvärderingsgruppen lyssnade på högtalarna utan att känna till vilket högtalarfabrikat som demonstrerades. Ett blindtest hade förhindrat att utvärderingsgruppens bedömningar påverkades av annat än rent ljudmässiga förhållanden.

Vad KMH har anfört

I förfrågningsunderlaget finns det inte någon skrivning om att provlyssningen skulle utföras som ett blindtest. Att utföra ett fullständigt blindtest bedömdes dessutom som svårt att genomföra och onödigt krångligt. I formuläret *Lyssningstest* som deltagarna i utvärderingsgruppen skulle fylla i förklarades tydligt vad som skulle bedömas.

Utvärderingsgruppen vägde inte in något annat än ljudmässiga förhållanden i bedömningen av ljudkvalitet. Dessutom kom det inte något önskemål från någon av anbudsgivarna om att provlyssningen skulle genomföras som ett blindtest.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser inte att det generellt sett kan anses strida mot likabehandlingsprincipen eller någon annan av de upphandlingsrättsliga

principerna att genomföra en provlyssning vid vilken utvärderingsgruppen har kännedom om vilket högtalarfabrikat respektive provlyssning avser. EM Nordic har inte inkommit med någon bevisning som tyder på att den i upphandlingen aktuella provlyssningen inte har genomförts på ett objektivt sätt eller att den skulle ha påverkats av ovidkommande hänsyn till respektive högtalares fabrikat. Vad EM Nordic har anfört i denna del medför således inte något ingripande enligt LOU.

Kontrollmätning av ljudtryck

Vad EM Nordic har anfört

Musikhögskolan invigde de nya konsertlokalerna i slutet av januari 2017. Vid invigningen var vinnande anbudsgivares högtalarsystem uppmonterat i lokalerna. Såvitt EM Nordic känner till sitter systemet kvar än idag. Musikhögskolan har således tillfälle att bevisa att de har valt ett högtalarsystem som uppfyller kravet på ljudtryck. Ett sådant test skulle undanröja det tvivel och den kritik som EM Nordic riktar mot det vinnande högtalarsystemet. Om testet utförs av en oberoende expert och visar att kravet uppfylls skulle EM Nordics invändningar vara felaktiga. Det är märkligt att Musikhögskolan inte har använt detta tillfälle att visa att rätt anbud har vunnit.

Förvaltningsrättens bedömning

Oavsett om hela det högtalarsystem som den vinnande anbudsgivaren har erbjudit i upphandlingen har installerats i samband med invigningen av konsertsalarna anser förvaltningsrätten inte att vad EM Nordic har anfört i målet föranleder någon skyldighet för KMH att inkomma med ett protokoll från en kontrollmätning av ljudtrycket för att motbevisa EM Nordics

påståenden om att det vinnande högtalarsystemet inte uppfyller kravet på ljudtryck.

Anbudssekretess

Vad EM Nordic har anfört

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL får en myndighet inte avslöja uppgifter om anbudsgivare eller anbudens innehåll under en pågående upphandling. Sekretessen gäller under hela upphandlingsförfarandet och upphör först i samband med att myndigheten lämnar tilldelningsbesked. I den aktuella upphandlingen fick anbudsgivarna efter anbudstidens utgång instruktioner om hur demonstrationen av de erbjudna högtalarsystemen skulle ske. Anbudsgivarna skulle komma samtidigt och sätta upp sina högtalarsystem i samma lokal. Vid demonstrationen träffade EM Nordic övriga anbudsgivare och kunde se vilka högtalare som respektive anbudsgivare erbjuder i upphandlingen. Demonstrationen av högtalarsystemen genomfördes således i strid med reglerna om sekretess vid upphandlingar.

Vad KMH har anfört

Målet gäller överprövning av upphandling enligt LOU. Frågan om sekretess hanteras utifrån OSL. KMH anser därmed att frågan om anbudssekretess inte bör prövas i detta mål. För det faller att anbudssekretess ändå ska prövas i målet vill KMH anföra följande. Anbudssekretessen har respekterats och följts under hela upphandlingsprocessen, förutom vid provlyssningen av utrustningen för bedömning av funktion och kvalitet. Vid detta tillfälle, efter att anbud och begärda förtydliganden hade inkommit, fanns det inte någon annan praktisk lösning för att utföra denna provlyssning än att högtalarutrustningarna installerades samtidigt. Provlyssningen måste göras i samma lokal för att få en rättvisande och

likabehandlande jämförelse. Anbudssekretess enligt 19 kap 3 § andra stycket OSL gäller främst skydd för det allmännas ekonomiska intresse. Anbudssekretessen infördes i syfte att förhindra konkurrensbegränsande samarbeten som kan skada myndigheten, såsom s.k. anbudskartell (se prop. 1937:107). Risken för anbudskartell var obefintlig i samband med demonstrationerna eftersom alla anbud var inlämnade vid detta tillfälle, inklusive priser och andra uppgifter som skulle kunna vara konkurrenshämmande. Vid demonstrationerna gavs inte tillfälle till att tillföra ytterligare uppgifter till anbudet eller till att ändra anbudsinnehållet på något sätt. Någon skada har därmed inte inträffat eller kunnat komma att inträffa varken för KMH eller för anbudsgivarna. Demonstrationen genomfördes på ett öppet, likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den har således skett i enlighet med LOU och med iakttagande av de grundläggande unionsrättsliga principerna. För övrigt gäller förbudet mot att röja sekretessuppgifter mot alla utom uppgiftslämnaren, i detta fall anbudsgivarna själva. Genom att acceptera att delta har anbudsgivarna samtyckt till genomförandet av demonstrationen. Det kom inte heller in några synpunkter på planen för genomförandet av utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Regeln i 19 kap. 3 § andra stycket OSL om absolut sekretess för anbud fram till dess att tilldelningsbeslut har meddelats infördes i syfte att förhindra anbudskarteller (se prop. 2001/02:142 s. 55). Bestämmelsen syftar således till att skydda den upphandlande myndighetens, inte anbudsgivarnas, intressen. I 19 kap. 3 § andra stycket OSL anges att uppgift som rör anbud inte i något fall får lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. I det aktuella fallet har KMH under utvärderingen av anbudet låtit de anbudsgivare som har uppfyllt kvalificeringskraven demonstrera de erbjudna högtalarna för en

utvärderingsgrupp. Samtliga kvalificerade anbudsgivare har fått installera sina högtalare vid samma tillfälle och anbudsgivarna har således i samband med demonstrationen fått kännedom om vilka högtalare som har erbjudits av övriga anbudsgivare. Detta skedde innan tilldelningsbeslutet i upphandlingen meddelades och måste därför anses vara i strid med 19 kap. 3 § andra stycket OSL. Samtliga kvalificerade anbudsgivare fick dock denna information om övriga kvalificerade anbudsgivare samtidigt, efter att anbudet var inlämnade. EM Nordic har inte invänt mot KMH:s uppgift om att anbudsgivarna inte gavs någon möjlighet att tillföra ytterligare uppgifter till anbudet eller på något annat sätt ändra anbudsinnhållet vid demonstrationen. Omständigheten att anbudsgivarna fick kännedom om vilka produkter deras konkurrenter hade erbjudit i upphandlingen innan tilldelningsbeslutet meddelades kan enligt förvaltningsrättens mening därför inte anses ha varit i strid med likabehandlingsprincipen eller ha inneburit någon skada för någon av anbudsgivarna. Förhållandet att KMH har brutit mot anbudssekretessen föranleder därför inte något ingripande mot upphandlingen.

Skada

För att ett ingripande i upphandlingen ska bli aktuellt i målet krävs enligt 16 kap. 6 § LOU att EM Nordic har lidit skada av att KMH har handlat i strid med LOU. Det ankommer på den part som ansöker om överprövning av en upphandling att visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (jfr HFD 2013 ref. 53).

Vad EM Nordic har anfört i målet visar enligt förvaltningsrättens mening inte att det skulle ha begåtts något fel under det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen eller att KMH har underlåtit att genomföra något av de utvärderingsmoment som anges i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga har

EM Nordics anbud rangordnats som nummer fyra. EM Nordic har inte uppgett att det anbud som har bedömts vara det ekonomiskt tredje mest fördelaktiga inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen eller argumenterat för att detta anbud borde ha rangordnats efter EM Nordics anbud. Förvaltningsrätten anser inte att EM Nordic har visat att det vinnande anbudet eller det anbud som har bedömts vara det ekonomiskt näst mest fördelaktiga inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Men även om man skulle anse att de anbudsgivare som vid utvärderingen har rangordnats som nummer ett och två inte uppfyller kravet vad gäller maximalt ljudtryck skulle kontraktet i upphandlingen inte ha tilldelats EM Nordic, utan den anbudsgivare som har rangordnats som nummer tre. EM Nordic har därför, oavsett om det vinnande anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen eller inte, inte lidit skada av att kontraktet i upphandlingen har tilldelats denne anbudsgivare, något som är en förutsättning för ett ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att EM Nordic inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen eller någon annan av de unionsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU. EM Nordic har inte lidit skada av hur upphandlingen har genomförts. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte och EM Nordics ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Erik Mellstrand

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Larsson.



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.