

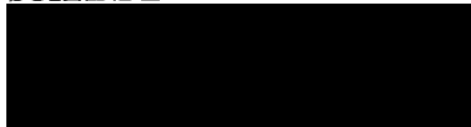


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2016-11-30
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 18224-16

SÖKANDE



MOTPART

Nationalmuseum med Prins Eugens Waldemarsudde, 202100-1108
 Box 16176
 103 24 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016 -11- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 795505

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

YRKANDEN M.M.

Nationalmuseum med Prins Eugens Waldermarsudde (Nationalmuseum) genomför, som öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling benämnd ”exhibition designer for Nationalmuseum – regarding the study collection”, dnr 2.5-229-2016.

██████████ yrkar att upphandlingen ska göras om och anför till stöd för sin talan bland annat följande.

Hon anser att Nationalmuseums upphandling av utställningsdesigner bryter mot LOU genom att begära en arbetsinsats som strider mot proportionalitetsprincipen i form av krav på gratis arbete, som inte står i proportion till uppdragets omfattning.

I förfrågningsunderlaget kräver Nationalmuseum detaljerad information om anbudsgivarens utbildning och erfarenhet samt ett till flera genomförda referensprojekt, vilket är fullkomligt normalt och relevant. Utöver det kräver Nationalmuseum även att anbudsgivaren ska lämna in ett kreativt förslag, ett s.k. ”set task”, som enligt hennes bedömning utgör allt det grundläggande arbete som krävs för att presentera ett förslag till en befintlig kund där man gör ett uppdrag till en överenskommen ekonomisk ersättning. Det motsvarar ett arbete på cirka 80 timmar och ett arvode runt 100 000 kronor. Vad Nationalmuseum inte har insikt och kunskap om är att en skiss inte kan göras utan att ta ställning till helheten, som är så mycket större och mer komplex. Det eventuella förslag som kan lämnas in utan relation till helheten är meningslöst som bedömningsunderlag eftersom det då består av lösryckta idéer tagna ur sitt sammanhang. Nationalmuseum anger även under punkt 3.1 att formgivningen måste stämma med det designprogram för montrar, huvar, fristående väggar, andra plattformar, piedestaler, skyltar och annat som redan tagits fram av arkitekt ██████████ (Sanders). Denna

verktygslåda, eller detta designprogram, som ska genomsyra allt som görs i nya Nationalmuseum kan man tyvärr inte visa för de "tävlande" eftersom det är konfidentiellt. Under 4.4 beskriver Nationalmuseum att det förslag som krävs antagligen inte kan användas i verkligheten eftersom det förutom Sanders designprogram även saknas mycket annan information och fakta. Nationalmuseum har skickat med två bilder, en ritning och 14 foton av föremål. Hon ifrågasätter Nationalmuseums kompetens att bedöma anbudsgivarnas lämplighet eftersom Nationalmuseum kräver en så stor kreativ insats utan att kunna producera ett riktigt underlag. Dessutom skyddar Nationalmuseum det designprogram som är skapat av Sanders men erbjuder inte de "tävlande" något upphovsskydd av deras idéer.

Hennes hänvisning till proportionalitetsprincipen motiveras också genom att titta på den fasta ersättning som Nationalmuseum har satt för uppdraget; 200 000 kronor. Enligt information under Frågor och Svar på Tendsign ska uppdraget starta så snart som möjligt och pågå till hösten 2018 då museet öppnar igen, alltså cirka två år. En konsult med den kompetens och erfarenhet som krävs i upphandlingen har kostnader för arbetslokal, utrustning i form av datorer, programvaror, m.m. Inkomsterna ska dessutom täcka upp för semester och tjänstepension. Till detta kommer att ett konsultarvode måste täcka de perioder man står utan uppdrag. En rimlig timersättning för en person med den specialkompetensen som krävs ligger mellan 1 000 och 1 500 kronor per timme men hon räknar på 1 250 kronor för enkelhetens skull. Märk väl att det här är fakturerat arvode där cirka 50 procent går till skatt i form av arbetsgivaravgifter och löneskatt. 625 kronor per timme ska alltså räcka till lokal, utrustning, semesterlön, pension osv. Detta skulle i tid motsvara 160 ($=200.000/1.250$) timmar, dvs. fyra arbetsveckor som ska spridas ut under två år. Hennes erfarenhet av ett uppdrag av samma slag är att det snarare krävs tio gånger så många timmar, alltså cirka 1 600 timmar. Den insats som krävs i upphandlingen står inte på långa vägar i proportion till uppdragets ersättning.

Det är enligt hennes mening fullkomligt möjligt för Nationalmuseum att välja formgivare utifrån referensuppdrag, CV:s, rekommendationer o.d. Det är även fullt möjligt att kalla ett mindre antal till intervju och välja ut två till tre stycken som tar fram ett kreativt förslag mot ekonomisk ersättning. Det är av stor vikt för branschen att det här fallet tas upp eftersom de krav som ställs på anbudsgivare endast gör det möjligt för stora byråer med ekonomiska muskler att avsätta någon till att arbeta gratis. Det är inte att främja god konkurrens att i princip göra det omöjligt för många att delta i upphandlingen.

Nationalmuseum bestrider bifall till yrkandet om ingripande i upphandlingen och anför bland annat följande.

Nationalmuseum anser att [REDACTED] påstående att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen är felaktigt. Nationalmuseum har utformat en utvärderingsmodell som innebär att anbudsgivaren ska lösa en uppgift genom att, med utgångspunkt i förfrågningsunderlagets kravspecifikation i avsnitt 3.1, lämna ett schematiskt dispositionsförslag i form av skrift och illustrationer. Utvärderingsmodellen syftar till att möjliggöra att anbudsgivaren ska beredas tillfälle att uppvisa sin kvalitativa förmåga att leverera den tjänst som kontrakt föremålet avser. Att, såsom [REDACTED] förordar, begränsa utvärderingsmodellen till att endast avse erfarenheter, meriter och referensuppdrag skulle vara ändamålsfrämmande eftersom det inte ger samma inblick i leverantörens förmåga att identifiera och adressera de uppdrags-specifika aspekter som det aktuella upphandlingsföremålet representerar. Härvid kan konstateras att det är upp till den upphandlande myndigheten att, med beaktande av bland annat proportionalitetsprincipen, utforma utvärderingen och de tilldelningskriterier som möjliggör utseende av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I analysen av i vilken utsträckning utvärderingsmodellen kan anses orimligt belastande bör förfrågningsunderlaget i dess helhet tas i beaktande. [REDACTED] påstående att utvärderingsmodellen innebär ett krav om att anbudsgivaren ska redovisa hur samtliga aktuella utställningsföremål (cirka 1 000 – 2 000 stycken) ska placeras i rummet är inkorrekt och saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Istället har det till utvärderingsmodellen bifogats en lista på två sidor som totalt omfattar 14 stycken utställningsföremål. Det finns dock inget krav om att ens samtliga dessa objekt ska ingå i förslaget. Vad som föreskrivs är endast att layouten ska inkludera både systematiskt ordnade delar och friare installationer. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att Nationalmuseum inte förväntar sig ett färdigt koncept med hänsyn till de begränsningar, i termer av information och möjlig arbetstid, som följer av att uppgiften utgör ett moment i upphandlingsprocessen. [REDACTED] uppfattning, att uppgiften skulle innebära att anbudsgivaren måste genomföra stora delar av själva upphandlingsföremålet, saknar således förankring i förfrågningsunderlaget. Vidare framstår [REDACTED] bedömning att det skulle krävas minst ett par veckors heltidsarbete till ett värde motsvarande 100 000 kronor för att kunna lämna efterfrågat dispositionsförslag som högst osannolik. Vad gäller [REDACTED] anmärkning om att Nationalmuseum inte erbjuder något upphovsrättsskydd för anbudsgivarnas förslag vill Nationalmuseum erinra [REDACTED] om att upphovsrätt är någonting som, per automatik, uppstår för alla alster som besitter verkshöjd. Utvärderingens utformning har möjliggjort infordrande av ett mycket adekvat underlag, i form av åtta anbudsgivares utvärderingsförslag, för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. [REDACTED] påstående att avsaknaden av tillgång till Sanders ritningar medfört att det har saknats möjlighet att ta fram utvärderingsförslag som är meningsfulla är således felaktigt.

Nationalmuseum anser att [REDACTED] uppgift, att uppdraget skulle motsvara en arbetsinsats om 1 600 timmar, är felaktig och saknar underbygg-

nad. Vidare är [REDACTED] bedömning, i likhet med ovanstående, baserad på en felläsning av förfrågningsunderlaget. Hon anger bland annat felaktigt att det ingår i leverantörens uppdrag att ”ta fram idéer om ljussättning av alla föremål och montrar” trots att uppdragsbeskrivningen klargör att ljusdesign inte ingår i uppdraget men att Nationalmuseum är öppen för idéer och förslag från leverantören. Ytterligare uppger hon att det ingår i uppdraget att arrangera ”alla föremål”, vilket är missvisande. I förfrågningsunderlaget anges att Nationalmuseum svarar för installations- och konstruktionsarbetet. Det föreskrivs också uttryckligen att leverantören inte ska precisera hur samtliga föremål ska vara placerade samt att föremålsurvalet, utställningens innehåll och pedagogik hanteras av Nationalmuseum.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Handlingarna i målet

Nationalmuseum har i förfrågningsunderlagets avsnitt 4.4.1 utformat en utvärderingsmodell som innebär att anbudsgivaren ska lösa en arbetsuppgift genom att, med utgångspunkt i förfrågningsunderlagets kravspecifikation avsnitt 3.1, lämna ett schematiskt dispositionsförslag i form av skrift och illustrationer.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 4.4.1 anges följande.

4.4.1 Task

To enable Nationalmuseum to gain an understanding of the prospective supplier's abilities in the area of presentations, as well as his/her way of thinking and working, the tenderer must carry out a set task. A written report on the task, including relevant illustrations, must be submitted.

The ideas submitted may be used as a basis for the concept developed by the museum if the tender is accepted. But since more information than can be communicated in this tender document, working time involved and discussions with the curators responsible are required to fully develop the concept, the primary purpose of the set task is to give the supplier an opportunity to present himself/herself to Nationalmuseum.

The study collection will be shown in a pillar hall (room 1222) located on the entrance floor. The task involves submitting a schematic arrangement proposal for the room, based on the description in section 3.1. The layout must include both systematically-arranged parts and less formal installations.

The task also includes providing design suggestions for the interior landscape of the display cabinet, and for how digital communication and lighting can be used to improve the experience and the dissemination of information.

Nationalmuseum has enclosed the following reference material for the task: Annex 3: Plan of room 1222 and images of a similar pillar hall located on the entrance floor of the museum

Annex 4: Examples of objects from the Nationalmuseum glass collection.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.1 anges bland annat följande.

3.1.1 Description

All the objects are to be displayed in glass cases. Nationalmuseum's curators will make the selection and devise the overall educational concept for grouping the pieces.

There is a general program for Nationalmuseum's exhibition lighting, and in addition Nationalmuseum will procure lighting design adapted to the needs of the study collection.

Consequently, the assignment does not include lighting design, but ideas on how lighting can be designed to enhance the concept of the study collection are encouraged.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.5 anges följande.

3.1.5 Construction and installation

Construction and installation work will be carried out by Nationalmuseum staff and/or contractors in accordance with the exhibition designer's drawings.

A general system for the positioning of the objects should be developed. However, the museum does not want detailed drawings or 3D renderings which describe how each object included in the presentation is to be placed. Based on past experience, the method preferred by the museum in planning the placement of objects is that curators and the designer jointly and photographically document trial displays of objects which are to be shown together.

Nationalmuseum staff will be responsible for all handling of artefacts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om proportionalitetsprincipen åsidosatts i upphandlingen på sätt som [REDACTED] åberopat.

Arbetsuppgiften inför anbudsinlämnandet

Förvaltningsrättens prövning i upphandlingsmål är i princip en laglighetsprövning där frågan är om upphandlande myndighet brutit mot LOU eller EU-rätten, och innefattar inte någon lämplighetsprövning. Förvaltningsrätten saknar därför skäl att ta ställning till om det hade varit lämpligare att Nationalmuseum skapat anbudsinbjudan på ett annat sätt.

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra

steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se rättsfallen RÅ 1999 ref. 76 och HFD 2016 ref. 37; jämför Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet att själv formulera förfrågningsunderlaget på det sätt som är lämpligast utifrån det behov som upphandlingen syftar till att tillgodose (se RÅ 2010 ref. 78). Nationalmuseum har uppgett att utvärderingsmodellen i upphandlingen har syftat till att möjliggöra att anbudsgivaren ska beredas tillfälle att uppvisa sin kvalitativa förmåga att leverera den tjänst som kontrakt föremålet avser. I utredningen finns inget som motsäger att detta varit nödvändigt för att uppnå det avsedda målet. Förvaltningsrätten anser inte heller att det finns belägg för att den skiss som skulle presteras i anbudet var oproportionerligt svår eller tidskrävande att göra.

Upphandlingsföremålet

Det finns ingen regel som hindrar att upphandlande myndighet anger ett fast pris för det som ska upphandlas och låter endast kvalitetskriterier avgöra vem som tilldelas kontrakt. Ej heller påbjuds något sådant förbud i Europaparlamentets och rådets direktiv (2014/24/EU) om offentlig upphandling, vari anges i artikel 67.2 andra stycket att kostnadselementet också kan ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier.

En fråga är om det fasta pris som angetts i upphandlingen är så lågt att det inte står i proportion till den insats som krävs i upphandlingen. Om så skulle vara förhållandet skulle priset i princip göra de omöjligt för många att delta i upphandlingen och på så sätt verka konkurrensbegränsande.

Förvaltningsrätten konstaterar att det som huvudregel är den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (se Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903 – 1913-11).

I denna del kan konstateras att [REDACTED] endast har gjort påståenden om vilken arbets- och tidsåtgång hon menar att det som upphandlas av Nationalmuseum kräver utan att underbygga detta på något sätt. Det finns inget i utredningen som ger stöd för att uppdraget skulle motsvara en arbetsinsats om 1 600 timmar, som hon gjort gällande.

[REDACTED] anger vidare – som Nationalmuseum påpekat – att det ingår i leverantörens uppdrag att ”ta fram idéer om ljussättning av alla föremål och montrar” trots att det i uppdragsbeskrivningen sägs att ljusdesign inte ingår i uppdraget men att Nationalmuseum är öppen för idéer och förslag från leverantören. Vidare uppger hon att det ingår i uppdraget att arrangera ”alla föremål” vilket är oriktigt eftersom det i förfrågningsunderlaget anges att Nationalmuseum svarar för installations- och konstruktionsarbetet. Dessutom föreskrivs uttryckligen i förfrågningsunderlaget att leverantören inte ska precisera hur samtliga föremål ska vara placerade samt att föremålsurvalet, utställningens innehåll och pedagogik hanteras av Nationalmuseum.

Förvaltningsrätten anser att [REDACTED] inte har gjort sannolikt att det fasta pris om 200 000 kronor som angetts i upphandlingen är så lågt att det inte står i proportion till den arbetsinsats som krävs i upphandlingen. Inte

heller finns det skäl att anta att konkurrensen har snedvridits på sätt som lättar hennes bevisbörda i fråga om att Nationalmuseum har överträtt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det saknas skäl för förvaltningsrätten att vidta någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Bäckström
Rådman

David Munck har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 nå 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.