



SÖKANDE

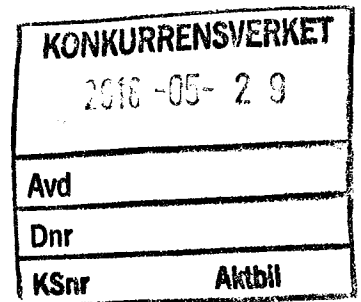
Transpond AB, 556685-8592
Mäster Mikaelsgata 2 A
116 20 Stockholm

MOTPART

Naturhistoriska Riksmuseet, 202100-1124
Box 50007
104 05 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Naturhistoriska Riksmuseet (NRM) genomför en upphandling med målet att tillförsäkra NRM en leverantör som kan tillhandahålla ett engångsköp av armaturer för ljussättning i basutställningen Natur i Sverige. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslutet den 28 mars 2018 anges att NRM kommer att tilldela Gouiedo Jan AB (Gouiedo Jan) kontrakt.

Transpond AB (Transpond) ansöker om överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Gouiedo Jan har för produkterna Typ 3 och 4 lämnat pris och leveransdatum för vissa armaturer av modellen Arty. Enligt tillverkaren och leverantören Ljusdesign AB (Ljusdesign) existerar dessa produkter ännu inte på marknaden och finns inte tillgängliga för försäljning. Detta har Ljusdesign bekräftat för Transpond via e-post och telefon, både före och efter att Transpond lämnat anbud i upphandlingen. Det är känt av Transpond sedan tidigare att dessa produkter (Arty) funnits på idéstadiet och kommer att tillverkas i framtiden och det framkommer tydligt att denna information även varit känd av NRM, då den kravspecifikation som NRM lämnat i upphandlingsdokumentet för Typ 3 och 4 med exakthet motsvarar hur de kommande produkterna beskrivs av tillverkaren. Det existerar inte likvärdiga produkter på marknaden från andra tillverkare och det är känt av samtliga parter i upphandlingen att Arty tveklöst konkurrerar ut alla andra modeller av armaturer i upphandlingen. Ljusdesign har enligt NRM varit rådgivande vid specificeringen av de föreskrivna produkterna och det bör noteras att Ljusdesign därför, helt korrekt, inte har deltagit i upphandlingen.

Eftersom Transpond känt till att produkterna endast existerar på idéstadiet har de, innan de lämnat anbud, kontaktat Ljusdesign för att kontrollera om produkterna finns tillgängliga för försäljning och därmed kan ingå i deras anbud. De har fått bekräftat via e-post och telefon att produkterna inte finns

producerade och att de därför inte är tillgängliga för leverans under överskådlig tid framöver. Det är därför mycket förvånande att Gouiedo Jan lämnat pris och leveransdatum på dessa produkter. Mot denna bakgrund är en möjlig slutsats att Gouiedo Jan lämnat oriktig information om armaturernas existens och möjligheten att leverera dessa.

En annan möjlig slutsats är att Gouiedo Jan, som även gjort design och konstruktion till armaturen ”Neo” (med exakthet specificerad i upphandlingen som Typ 1a, 1b, 2a och 2b) tillsammans med Ljusdesign, har ensam tillgång till armaturerna genom leverantören som inte lämnar information om eller säljer dessa produkter till något annat företag. Detta gör det omöjligt för något annat företag än Gouiedo Jan att sälja de produkter som medvetet och i detalj specificerats av NRM. Om alla andra företag förvägras information om att produkterna existerar, inget annat företag får tillgång till produkterna och det inte finns några likvärdiga produkter på marknaden, snedvrids konkurrensen kraftigt till fördel för Gouiedo Jan. NRM har då specificerat produkter som det är helt omöjligt för någon annan leverantör än Gouiedo Jan att inkludera i ett anbud. Produkterna har då endast varit tillgängliga för en leverantör som är direkt kopplad till tillverkaren av produkterna som i sin tur assisterat NRM i att specificera de önskade armaturtyperna. Om Gouiedo Jan kan bevisa att armaturerna Typ 3 och 4 (Arty) kan levereras som specificerat, anser Transpond därför ändå att upphandlingsförfarandet skett på ett otillbörligt sätt.

Transpond åberopar en e-postkonversation med Ljusdesign som stöd för sin talan.

NRM bestrider bifall till ansökan. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen står i strid med LOU yrkar NRM att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

NRM anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Tre anbud inkom varav ett var från Transpond. Vinnande anbud från Gouiedo Jan har offererat produkter som uppfyller kraven och angett en leveranstid om 30 dagar. Vid offentlig upphandling är anbudsgivarna bundna av sina anbud. Det ligger i upphandlingsförfarandets natur att upphandlande enhet måste lita på vissa uppgifter och att om det skulle visa sig att anbudsgivaren förfarit med oriktiga uppgifter, blir det fråga om avtalsmässiga konsekvenser och skadestånd. NRM har under upphandlingsförfarandet inte haft anledning att ifrågasätta vare sig det vinnande anbudet eller andra anbudsgivares anbud.

I kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet beskrivs inga fabrikat eller modeller utan endast funktionalitet på armaturer i syfte att tillvarata konkurrensen och göra en god affär. I bilaga 2 finns även angivet inkomna anbuds offererade produkter samt av NRM angivna ytterligare exempel på produkter från olika tillverkare som finns på marknaden. För samtliga i kravspecifikationen specificerade produkter finns flertalet likvärdiga produkter på marknaden från bl.a. ERCO, ETC, DGC, Ljusteknik, iGuzzini och Zumbotel. Transpond har offererat produkter som uppfyller de tekniska specifikationerna, vilka dock är andra än det vinnande anbudets. Detta innebär att Transponds argument, om att NRM specificerat produkter som det är helt omöjligt för någon annan leverantör än Gouiedo Jan att inkludera i ett anbud, faller. De av Transpond offererade produkterna har alltså ansetts uppfylla kraven i kravspecifikationen. Att anbudet inte har antagits beror på att prisbilden vida överstiger vinnande anbuds.

Det stämmer att Ljusdesign på uppdrag av NRM har upprättat kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet gällande ljuskällor för den aktuella utställningen. För att skapa en fungerande ljussättning för den aktuella utställningen ställs specifika krav på ljuskällorna, bl.a. för att upplevelsen för besökaren ska bli optimal ur ett konstnärligt och

upplevelsemässigt perspektiv. För att säkerställa att dessa krav uppfylls har NRM anlitat Ljusdesign för upprättandet av kravspecifikation för ett antal olika typer av armaturer, i syfte att konkurrensutsätta dessa. Det har klart och tydligt framgått att Ljusdesign själva varit exkluderade från att delta i den aktuella upphandlingen, för att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids på ett otillbörligt sätt. Vinnande anbudet har offererat armaturer som tillverkas av Ljusdesign. Enligt vad som tidigare angetts finns det dock flertalet andra likvärdiga produkter på marknaden. Huruvida tillverkare och återförsäljare på marknaden väljer att samarbeta är en omständighet som NRM inte kan råda över. Den i målet aktuella branschen är relativt liten och av den anledningen har det i kravspecifikationens utformning varit av central betydelse att tillvarata den konkurrens som finns.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att rätten grundar sin prövning främst på de omständigheter som sökanden åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder Transpond anför.

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

I 4 kap. 2 § LOU anges följande. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i

syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 20 kap. 6 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Har NRM specificerat produkter i kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet som inte är möjliga för leverantörerna att inkludera i ett anbud?

När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78). Om en upphandlande myndighet uppställer obligatoriska krav som inte är möjliga för leverantörerna att uppfylla är det dock skäl för ingripande mot upphandlingen (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 december 2015 i mål nr 2583-15).

Förvaltningsrätten konstaterar att Transpond har erbjudit produkter i sitt anbud i upphandlingen som av NRM bedömts uppfylla de i målet aktuella obligatoriska kraven. NRM har dessutom tillhandahållit exempel på flera produkter på marknaden som uppfyller dessa krav och som skulle ha godtagits i upphandlingen. Transpond har därtill inte förmått visa att det på marknaden saknas likvärdiga produkter till de som inkluderats i det vinnande anbudet, då det inte framkommit någon information i målet till stöd för den slutsatsen förutom Transponds påstående om att så är fallet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten inte att NRM har uppställt obligatoriska krav som inte är möjliga för leverantörerna att uppfylla.

Transponds ifrågasättande av om huruvida Gouiedo Jan har förmågan att leverera produkter som inkluderats i deras anbud saknar relevans under rådande omständigheter, enligt förvaltningsrättens mening. Domstolen anser att sådana frågor regleras inom ramen för avtalet mellan parterna.

Därmed finner förvaltningsrätten att det inte kan anses visat att NRM:s specificering av produkter i kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet, i detta avseende, skulle stå i strid med någon bestämmelse i LOU.

Har Ljusdesigns utformande av kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet medfört en otillbörlig konkurrensfördel för Gouiedo Jan?

Något hinder för en upphandlande enhet att ta råd och hjälp av andra upphandlande enheter eller till och med av presumtiva leverantörer vid upphandling finns inte, om inte konkurrensen snedvrids och om anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor (jfr bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 december 2011 i mål nr 2458-11 och EU-domstolens dom i målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA). Om den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet lägger fram objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos en av den upphandlande myndighetens experter kan ifrågasättas, ankommer det på den upphandlande myndigheten eller, i förekommande fall, de administrativa prövningsorganen eller domstolarna att undersöka samtliga relevanta omständigheter som legat till grund för kontraktstilldelningsbeslutet för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17). I en situation där en person har haft dubbla funktioner, exempelvis genom att ha medverkat vid utformningen av en upphandling och därefter företrätt ett bolag som har lämnat anbud i upphandlingen, finns en stark presumtion för att de dubbla funktionerna har medfört en snedvridning av konkurrensen. I

en sådan situation ankommer det på den upphandlande enheten att visa att principen om likabehandling inte har åsidosatts (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09).

Det är ostridigt i målet att Ljusdesign på uppdrag av NRM utformat kravspecifikationen gällande ljuskällor för den i målet aktuella utställningen och att Gouiedo Jan inkluderat produkter från Ljusdesign i det vinnande anbudet.

Transpond har anfört att specificeringen av de i målet aktuella produkterna exakt motsvarar Ljusdesigns egna produkter och att endast Gouiedo Jan har haft tillgång till dessa. Mot detta har NRM anfört att inga fabrikat eller modeller har beskrivits i kravspecifikationen utan endast funktionalitet på armaturer. Det har tidigare konstaterats av förvaltningsrätten att det inte har kommit fram i målet att det på marknaden saknas likvärdiga produkter till de som inkluderats i det vinnande anbudet. NRM har även tillhandahållit exempel på flera produkter på marknaden som uppfyller de i målet aktuella obligatoriska kraven. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten inte, oavsett bevisbördans placering, att Ljusdesigns utformande av kravspecifikationen i upphandlingsdokumentet har medfört en otillbörlig konkurrensfördel för Gouiedo Jan. Därmed finner förvaltningsrätten att det inte kan anses visat att NRM agerat i strid med någon bestämmelse i LOU i detta avseende.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Transpond har anfört inte utgör omständigheter som visar att NRM har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Transpond har därmed inte lidit skada i den mening som avses i LOU.

Förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Transpods ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Annika Åsbrink

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Jakob Franzén har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom **tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

