



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Mikael Wiktorsson

**DOM**  
2012-03-29  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
6564-11 E  
Fiskal 1:5

**SÖKANDE**

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

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och jur.kand. Madeleine Sundin  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

**MOTPART**

Gullspångs kommun  
Box 80  
548 22 Hova

KONKURRENSVERKET	
2012-03-30	
Avd	
Dir	
Doss	Aktbil

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Gullspångs kommuns upphandling av digitala infartsskyltar ska göras om.

**BAKGRUND**

Gullspångs kommun (Gullspång) har under 2011 genomfört en upphandling genom förenklat förfarande avseende två enkelsidiga digitala infartsskyltar för placering utmed E20 söder och norr om Hova samhälle. Vid anbudstidens utgång hade sex anbudsgivare inkommit med anbud. Tre av dessa föll bort under kvalificeringsfasen då anbuden inte uppfyllde ställda krav. Av återstående anbudsgivare erhöll TecnoVISION S.p.A (TecnoVISION) högst poäng i utvärderingen. I tilldelningsbeslut den 19 december 2011 meddelades att Gullspång har för avsikt att teckna avtal med detta bolag.

Dok.Id 63005

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## YRKANDEN M.M.

**Focus Neon AB** (Focus Neon) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att denna inte ska få avslutas innan rättelse vidtagits genom att en ny anbudsutvärdering genomförs vid vilken anbudet från TecnoVISION inte ska få delta. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

**Focus Neon** utvecklar grunderna för sin ansökan och anför bl.a. följande ifråga om:

### *Anbudsunderlag och TecnoVISIONs anbud*

Gullspångs tekniska kravspecifikation är, efter en jämförelse med andra upphandlingar av skyltar ibland annat i Malmö och Falun, anpassad efter TecnoVISIONs produkt särskilt med avseende på den s.k. pixelpitchen, dvs. upplösningen på skyltarna. Vanlig standardupplösning är 20 mm mellan pixlarna. Trots detta har i kravspecifikationen angivits att ”*vid symmetrisk pixelpitch skall pixelpitchen (c/c mellan pixlarna) vara mindre än 20 mm. Asymmetrisk pixelpitch accepteras och skall då vara 20 mm horisontellt och 15 mm vertikalt.*” Det som angivits i kravspecifikationen innebär i praktiken att TecnoVISIONs specialprodukt som har asymmetrisk pitch (med måtten 20\*15 mm) är det enda konkurrenskraftiga alternativet eftersom en pitch på mindre än 20 mm är avsevärt dyrare. TecnoVISION är ett av mycket få företag på marknaden som använder dessa asymmetriska mått på sina skyltar. På grund av den speciella kravspecifikationen har Focus Neon kontrollerat källkoden till Gullspångs förfrågningsunderlag. Det framgår då att delar av förfrågningsunderlaget upprättats av konsulten Christer Norrvall som bl.a. står som författare till ”Anbudsformulär och Checklista FAT-test”.

Av det anbudsformulär som vinnande leverantör TecnoVISION lämnat in daterat den 19 augusti 2011 framgår att bolaget är italienskt, men att det i Sverige har en kontaktperson vid namn Christer Norrvall. Christer Norrvall är TecnoVISIONs återförsäljare i Sverige och har upprättat och undertecknat anbudsformuläret för TecnoVISIONs räkning. Fullmakt för Christer Norrvall att genomföra den aktuella upphandlingen för TecnoVISIONs räkning har bifogats TecnoVISIONs anbud. Christer Norrvall har även för TecnoVISIONs räkning besvarat Gullspångs brev angående vissa kompletteringsfrågor som skickats till anbudsgivarna.

*Åsidosättande av LOU*

Gullspång har vid framtagande av förfrågningsunderlaget anlitat konsulten Christer Norrvall. Förfrågningsunderlaget har därvid anpassats till den produkt som TecnoVISION tillhandahåller. Christer Norrvall har sedan för TecnoVISIONs räkning inkommit med anbud och TecnoVISION har även tilldelats upphandlingen. Av 1 kap. 9 § LOU framgår bland annat att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. En konsult som biträtt den upphandlande myndigheten med förberedelser inför upphandlingen, exempelvis med utformning av förfrågningsunderlaget, är enligt denna bestämmelse förhindrad att delta i den efterföljande upphandlingen eftersom konsulten genom att ha deltagit i framtagande av kravspecifikationer fått ett kunskapsövertag som ger honom otillbörliga fördelar gentemot övriga leverantörer, vilket kan snedvrída konkurrensen.

Gullspångs förfarande att först låta en konsult biträda kommunen med utformningen av förfrågningsunderlaget, och sedan godkänna ett anbud från ett bolag som företräds av samme konsult, innebär att upphandlingen genomförts i strid med principerna för offentlig upphandling, särskilt principen om likabehandling. Det anbud som avgivits av det bolag som Christer Norrvall företräder borde inte ha tagits upp till utvärdering i upphandling-

en. Att en konsult medverkar i upphandlande myndighets framtagande av förfrågningsunderlag och formulerar det på sätt som innebär att anbudsgivare som konsulten sedan biträder vid framtagande av anbud får fördelar innebär att konkurrensen snedvrids.

I den ursprungliga kravspecifikationen angavs endast att pixelpitch skulle vara högst 16 mm. Efter att Gullspång med hjälp av Christer Norrvall reviderat kravspecifikationen angavs i denna att kravet var att upplösningen skulle vara mindre än 20 mm vid symmetrisk pitch, eller 20\*15 mm vid asymmetrisk pitch. Det kan konstateras att normal standardupplösning är av måtten cirka 16 mm eller cirka 20 mm. En skylt med 16 mm upplösning är dyrare att tillverka än en med 20 mm. Asymmetrisk pitch med upplösningen 20\*15 mm är billigare att tillverka än 16 mm upplösning. Detta framgår även av de tre kvalificerade anbuderna, där ProShop, som är den enda kvalificerade anbudsgivaren som erbjudit 16 mm upplösning, är dyrast. Det är naturligtvis endast dessa tre som kan tas i beaktande, de tre anbud som tidigare diskvalificerats är inte relevanta och ska inte tas med i bedömningen. Ett anbud som erbjuder 16 mm upplösning blir således, på grund av ovanstående, oundvikligen dyrare än ett anbud som innebär att skylten ges en asymmetrisk pixelpitch enligt de i den reviderade kravspecifikationen angivna måtten. TecnoVISION är en av mycket få aktörer på marknaden som erbjuder asymmetrisk pixelpitch. Övriga aktörer erbjuder vanligen upplösningar med omkring 16 mm och/eller 20 mm. Revideringen av kravspecifikationen har därför i praktiken inneburit att TecnoVISION var den enda leverantör som gavs en konkurrensmässig möjlighet att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Därutöver har den tekniska kravspecifikationen ändrats på så sätt att den från början krävde s.k. DIP-dioder. I den reviderade tekniska kravspecifikationen har Gullspång istället övergått till att kräva s.k. SMD-dioder. TecnoVISION erbjuder endast produkter med SMD-dioder, varför krav-

specifikationen anpassats till TecnoVISIONs produkt även på denna punkt. SMD-dioder är dessutom väsentligt dyrare än DIP-dioder, och DIP-dioder hade väl motsvarat de behov som finns för en digital informationsskylt som ska placeras vid en väg. Revideringen i kravspecifikationen i denna del har gjort att antalet möjliga anbudsgivare minskat drastiskt, således har denna revidering inte skett för att Gullspång önskat utöka urvalet av leverantörer.

Christer Norrwall företräder och har tidigare företrätt TecnoVISION i flertalet upphandlingar i Sverige och får enligt uppgift ersättning av TecnoVISION genom provision. Gullspång tar exempelvis själv upp upphandlingen i Malmö som ett exempel där Christer Norrwall företrätt TecnoVISION tidigare. Focus Neon har flera andra exempel på när Christer Norrwall företrätt TecnoVISION, såsom vid en upphandling av digitala infartsskyltar i Fagersta kommun 2010 och en upphandling av en resultattavla till en sporthall i Uppsala kommun 2007 samt vid upphandlingar under 2010 – 2011 i Säffle, Partille, Falun och Sala. Däremot känner Focus Neon inte till att Christer Norrwall någon gång företrätt något annat bolag vid upphandlingar. Christer Norrwall har således haft ett intresse av att TecnoVISION fick delta i upphandlingen. Han har genom kontakter med Gullspång fått tillfälle att revidera kravspecifikationen. Den har då, som framgår ovan, anpassats så att TecnoVISIONs produkt ska passa bättre än andra, även om kravspecifikationen inte formellt utesluter andra produkter. Christer Norrwalls inblandning i upprättandet av förfrågningsunderlaget har således snedvridit konkurrensen på så sätt att TecnoVISION vunnit konkurrensfördelar i jämförelse med andra anbudsgivare på marknaden då det i praktiken inte varit möjligt för någon annan anbudsgivare att på ett kostnadseffektivt sätt uppnå samma resultat som TecnoVISION genom att erbjuda en skärm med pixelpitch 16 mm eller lägre. Detta eftersom det vid en pixelpitch om 16 mm får plats 3 906 pixel per kvadratmeter, medan det med en asymmetrisk pixelpitch om 20\*15 mm endast får plats 3 333 pixel per kvadratmeter.

Ju fler pixlar per kvadratmeter, desto dyrare blir det att tillverka en skärm. På grund av Christer Norrvalls inblandning i upprättandet av förfrågningsunderlaget har konkurrensen därför snedvridits på ett sätt som inte är tillåtet enligt LOU och likabehandlingsprincipen. Det är inte tillåtet för en konsult att delta i anbudsgivningen om det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att den på ett eller annat sätt anpassas till konsultens produktion av varor eller tjänster (jfr NOU info sept -93 – dec -95, s. 25).

Det är inte visat att TecnoVISION inte haft tillgång till förfrågningsunderlaget förrän upphandlingen blev offentlig och detta har inte heller någon betydelse för bedömningen av om jäv föreligger. I vart fall har Christer Norrvall haft tillgång till underlaget innan de andra anbudsgivarna och dessutom varit inblandad i upprättandet av det, och det var också han som upprättade anbudet för TecnoVISIONs räkning. Detta gör att konkurrensen även på detta sätt har snedvridits på ett otillåtet sätt enligt likabehandlingsprincipen.

Förfarandet har lett till att Focus Neon, som uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen, skulle ha haft det för Gullspång ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om TecnoVISIONs anbud inte tillåtits delta i utvärderingen och hade i sådant fall tilldelats kontraktet. Focus Neon har genom att inte tilldelas kontraktet lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom bristen är hänförlig till utvärderingen av anbuderna är det tillräckligt att Gullspång vidtar rättelse i form av en ny anbudsutvärdering i vilken TecnoVISIONs anbud inte ska tillåtas att delta.

Gullspång har inte visat att Christer Norrvall inte har bidragit till att ge TecnoVISION otillbörliga konkurrensfördelar. Det faktum att Gullspång i sitt yttrande anger att Christer Norrvall själv intygat att han inte är jävig och att han inte givit TecnoVISION någon otillbörlig konkurrensfördel har

ingen betydelse då detta är ett ytterst subjektivt utlåtande från den person som är föremål för själva granskningen angående jäv.

*Felaktigt förfarande*

Upphandlingen har genomförts på ett felaktigt sätt. Gullspång har först annonserat upphandlingen och uppmanat intresserade anbudsgivare att inhämta det ursprungliga förfrågningsunderlaget och inkomma med anbud. Därefter har Gullspång i juni 2011, till de anbudsgivare som då begärt ut förfrågningsunderlaget skickat ut ett nytt, reviderat förfrågningsunderlag. Ingen ny annonsering har skett.

Gullspång har på detta sätt förfarit felaktigt i det konkurrensuppsökande skedet. För att inte snedvrída konkurrensen borde Gullspång ha avbrutit upphandlingen och annonserat på nytt, så att de eventuella anbudsgivare som vid första annonseringen beslutat att inte lämna anbud fick möjlighet att ompröva sitt beslut. Nu har enbart de anbudsgivare som begärt ut det ursprungliga förfrågningsunderlaget fått möjlighet att lämna anbud enligt det reviderade. Detta har medfört att eventuella andra anbudsgivare har uteslutits på ett sätt som inte är tillåtet.

*Focus Neons skada*

Gullspång har anfört att Focus Neon inte lidit någon skada på grund av att det visat sig att Focus Neon inte uppfyllt samtliga ska-krav. Detta är felaktigt. Kravet på DIP-dioder har ersatts med ett krav på SMD-dioder. Gullspång har på samma gång skärpt referenskräven så att det i det reviderade underlaget ställts högre krav på referenser jämfört med i det ursprungliga. I kombination med det nya kravet på SMD-dioder har det nya referenskravet medfört att Focus Neon inte har haft möjlighet att uppfylla ska-kraven.

På grund av Gullspångs felaktiga förfarande har Focus Neon lidit skada och Focus Neon yrkar mot bakgrund av detta att upphandlingen ska göras om.

**Gullspång** bestrider bifall till Focus Neons ansökan och anför bl.a. följande:

*Anbudsunderlag och TecnoVISIONs anbud*

Gullspång vill dementera att den tekniska kravspecifikationen skulle vara anpassad till en specifik tillverkare och dessutom till en särskild pixelpitch. En upphandlande myndighet har stor frihet att ställa de krav som man önskar på det objekt som är föremål för upphandling, så länge dessa krav inte strider mot de grundläggande upphandlingsprinciperna i LOU bland annat i 1 kap. 9 §. Av LOU eller rättspraxis framgår inte några krav på att en upphandlande myndighet ska redovisa några skäl till varför en viss vara eller tjänst ska upphandlas eller hur en kravspecifikation ska utformas. Att den tekniska kravspecifikationen till stora delar påminner om andra upphandlingar av dylika skyltar, såsom till Malmö och Falun, har sin naturliga förklaring. En av de konsulter, Christer Norrvall, som kommunen rådfrågade inför förtydligandet av kravspecifikationen var särskilt tydlig med att förklara att man inte kunde ha krav som begränsade antalet potentiella anbudsgivare till ett fåtal. Kravspecifikationen som presenterades för kommunen är, enligt uppgift från konsulten, i huvudsak en sammanställning av ett antal kravspecifikationer från ett tiotal offentliga upphandlingar som gjorts under de senaste cirka tre till fem åren, där bland annat Malmö och Falun ingår.

I den presenterade kravspecifikationen har vissa punkter plockats bort, lagts till eller formulerats om. Ett exempel på ett tillägg som Gullspång gjort är pixelpitchen. Gullspång vill ha en pixelpitch på mindre än 20 mm.



Detta innebär att pixeldensiteten ska vara mer än 2 500 pixlar per kvadratmeter. Gullspång blev informerad av Christer Norrvall att kommunen potentiellt skulle bjuda in fler anbudsgivare genom att även acceptera asymmetrisk pixelpitch, så länge pixeldensiteten blir bättre än 2 500 pixlar per kvadratmeter. Gullspång valde då 20 mm horisontell och 15 mm vertikal pixelpitch och lade till + 5 procent för att få utrymme för alternativ inom spannet. Eftersom en anbudsgivare nu kunde välja att offerera symmetrisk eller asymmetrisk pixelpitch anser Gullspång att all form av begränsning har eliminerats.

Focus Neon påstår även att den produkt med asymmetrisk pixelpitch som TecnoVISION erbjuder skulle vara det enda konkurrenskraftiga alternativet eftersom de hävdar att en pitch som är mindre än 20 mm skulle vara avsevärt dyrare. Av de sex inlämnade anbuden är det endast ett som har ett högre skyltpris jämfört med Focus Neon och detta trots att samtliga erbjuder en betydligt bättre pixeltäthet. Fyra av anbuden har mer än 55 procent bättre pixeltäthet (3 906 med 16 mm's pixeltäthet jämfört med sökandens 2 500 med 19,999 mm), till ett drygt 50 procent lägre pris. Gullspång vill här klargöra att 16 mm upplösning inte ovillkorligen behöver betyda ett dyrare anbudspris. Sökanden hävdar att det endast är de kvalificerade anbudsgivarna som ska jämföras prismässigt. Gullspång anser att samtliga anbudsgivare ska delta i en sådan prisjämförelse, eftersom det här endast ifrågasätts huruvida det är som sökanden hävdar, att 16 mm upplösning alltid är ”avsevärt dyrare, oundvikligen dyrare eller att en upplösning bättre än 20 mm inte skulle vara ett konkurrenskraftigt alternativ”, ska naturligtvis alla anbuden jämföras. De tre diskvalificerade anbuden uteslöts på grund av att de bland annat inte uppfyllde kraven på referenser.

Att ett anbudsformulär eller en checklista är hämtat från tidigare handlingar som Christer Norrvall i vissa delar anpassat till Gullspångs övriga handlingar kan inte i något avseende vara i strid med LOU:s principer. Det ger

heller inte några fördelar för någon speciell anbudsgivare. Det stämmer att Christer Norrvall står som kontaktperson i anbudsformuläret. Det stämmer även att Christer Norrvall svarar på frågor i allt som har med just detta anbud att göra. Det som däremot inte stämmer är att han är TecnoVISIONs återförsäljare i Sverige. Redan vid Gullspångs första möte Christer Norrvall redogjorde han för att han är en helt fristående LED-konsult som inte på något sätt är knuten till någon speciell tillverkare. Fullmakten att teckna avtal och svara på frågor för TecnoVISIONs räkning gäller specifikt för denna upphandling.

*Åsidosättande av LOU*

Gullspång konstaterar att det stämmer att kommunen anlitat Christer Norrvall vid framtagandet av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget och då med huvudinriktning på kravspecifikationen, anbudsformuläret och checklistan är till största delarna en sammanställning av tidigare upphandlingar av digitala infartsskyltar. Ingen anpassning eller begränsning har gjorts till en viss tillverkare.

I TecnoVISIONs anbud står det i ingressen att Christer Norrvall anlitas till att skriva anbud på svenska och anpassa detta till svenska förhållanden och att det är TecnoVISION som är anbudsgivare. Han har enligt uppgift heller inte någon påverkan när det gäller anbudspriset. Pris bestäms av TecnoVISION i euro som omvandlas till SEK. TecnoVISION har enligt uppgift från Christer Norrvall inte heller tillgång till någon del av förfrågningsunderlaget (kravspecifikation eller annat) förrän upphandlingen blir offentlig för att ingen ska kunna påstå att de haft någon otillbörlig fördel i upphandlingen. Christer Norrvall får endast betalt om den tillverkare som rekommenderas vinner en upphandling.

Av EU-domstolens rättspraxis framgår att en konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete inte kan uteslutas från deltagande i en följande anbudsgivning, om det inte kan visas att konsulten har dragit en otillbörlig fördel av sitt uppdrag (se de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom). Christer Norrvall är i pågående upphandling för det första, inte anbudsgivare, och för det andra har ingen specialanpassning gjorts i kravspecifikationen eller andra handlingar, som det påstås. Att Gullspång fått in sex olika anbudsgivare, som alla uppfyllde kraven på pixelpitch och SMD-dioder, styrker påståendet att inga begränsningar har skett. Att sedan endast tre gick vidare till utvärdering har helt andra grunder. Påståendet att ”*antalet anbudsgivare minskat dramatiskt*” är helt felaktigt eftersom sex inkomna anbud ligger över genomsnittet för denna typ av upphandlingar under de senaste cirka fem åren.

Hela upphandlingen har gjorts i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Då Focus Neon lämnat in ett anbud och dessutom gick vidare till slutlig poängbedömning, där de kom på andra plats, kan de inte hävda att de lidit skada eller kan komma att lida skada.

Gullspång har vid förnyad prövning Focus Neon:s anbud funnit att ska-kravet på referenserna inte är uppfyllt, eftersom ingen av referenserna är installerade av Leverantören/anbudsgivaren utan av annat bolag. Eftersom samtliga ska-krav inte visat sig vara uppfyllda kan Focus Neon inte hävda att de lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt de uppgifter som Gullspång inhämtat, stämmer det att det totalt sett i världen finns fler tillverkare som erbjuder endast symmetriskt pixelpitch jämfört med de tillverkare som erbjuder både symmetrisk och asymmetrisk pixelpitch. Att det skulle vara ett fåtal stämmer inte. Vid kontakter med Christer Norrvall har han kunnat räkna upp ett flertal olika modeller med asymmetrisk pixelpitch från olika tillverkare. Detta faktum är en av orsa-

kerna till att Gullspång valde att acceptera både symmetrisk och asymmetrisk pixelpitch inom de gränser som satts.

Focus Neons påstår vidare att det i den ursprungliga kravspecifikationen var ett krav på så kallade DIP-dioder. Detta stämmer inte. Inte på något ställe i kravspecifikationen står det något om DIP-dioder. Av TecnoVISIONs hemsida kan konstateras att det endast är tre av deras tio basmodeller för displayer för utomhusbruk som är med SMD-dioder, övriga sju är med DIP-dioder. Påståendet att TecnoVISION endast erbjuder produkter med SMD-dioder samt att Christer Norrvalls rekommendation om detta skulle vara en anpassning saknar därför helt grund.

Gullspång hävdar med bestämdhet att inget krav i kravspecifikationen är riktat till någon speciell tillverkare. Även om TecnoVISION är en av flera tillverkare som Christer Norrvall kunde rekommendera, så har ingen av dessa, TecnoVISION inräknat, tagit del av förfrågningsunderlaget var sig skriftligt eller muntligt förrän det blivit offentligt. Detta är medvetet gjort av Christer Norrvall för att ingen tillverkare ska kunna anklagas för att ha konkurrensmässiga fördelar eller att konkurrensen skulle kunna anses ha snedvridits.

#### *Felaktigt förfarande*

Upphandlingen blev via Allego offentlig i mitten av maj 2011. Redan första veckan efter publiceringen kom det ett flertal frågor och synpunkter på förfrågningsunderlaget från olika potentiella anbudsgivare. På grund av detta, meddelade Gullspång den 1 juni 2011 att, förfrågningsunderlaget skulle ses över, justeras och skickas ut på nytt. Samtidigt förlängdes anbudstiden till den 15 augusti 2011.

Eftersom det nya förfrågningsunderlaget offentliggjordes via Allego den 15 juni 2011, har det de facto, i motsats till sökandens påståenden, skett en annonsering som innebär att alla som är knutna till Allego, Opic, Mercell eller någon annan som säljer offentliga upphandlingar, har fått ta del av det nya anbudsunderlaget. Således är sökandens påståenden om att upphandlingen i detta avseende skulle ha genomförts på ett felaktigt sätt, samt att det reviderade förfrågningsunderlaget inte skulle ha annonserats ut, helt felaktigt på båda punkterna.

Gullspång anser att ingen snedvridning av konkurrensen eller annat brott mot LOU har skett. Ett avbrytande av upphandlingen, direkt följt av en ny upphandling med det nya förfrågningsunderlaget, har i praktiken inte någon som helst påverkan så som sökanden påstår. Den nya upphandlingen hade naturligtvis annonserats, precis som tidigare, via Allego.

#### *Focus Neons skada*

Gullspång har redovisat att kommunen gjorde ett misstag när sökandens anbud felaktigt gick vidare till utvärdering eftersom det vid närmare granskning visat sig att samtliga ska-krav inte var uppfyllda i sökandens anbud. Detta är ett ostridigt faktum. Vid ett eventuellt nytt tilldelningsbeslut kommer detta faktum självfallet att beaktas. Bara denna realitet innebär att sökanden inte kan hävda att de lidit skada eller kommer att lida skada enligt LOU.

Gullspång har med all önskvärd tydlighet redovisat att upphandlingen inte strider mot de regler och principer som finns i LOU. Focus Neon har inte på någon punkt i sin ansökan om överprövning kunnat visa att det finns någon som helst grund för de påståenden som görs i ansökan.

## DOMSKÄL

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 principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. LOU i dess tillämpliga lydelse före den 1 november 2011 framgår följande. I 1 § anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 gjorts.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överenskommelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Likabehandlingsprincipen syftar, förutom allmänna rättssäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedviden konkurrens uppkommer. Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt. Hänsyn måste därvid även tas till leverantörer som valt att inte lämna anbud. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande enhetens krav. Öppenhetsprincipen, eller transparensprincipen, innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och

öppenhet. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (se bl.a. RÅ 2002 ref. 50).

### *Förfrågningsunderlaget*

I det ursprungliga förfrågningsunderlaget angavs följande krav avseende bildskärm, punkt 4:4 Kravspecifikation :

#### **Bildskärm**

Det ska vara en fullgrafisk display med LED-teknik. Pixelpitch ska vara högst 16 mm fysiskt. Pixelkonfigurationen ska vara två röda, en grön och en blå diod. Skärmen ska ha stöd för virtuell upplösning motsvarande högst 8 mm. LED-Chipen ska vara av fabrikat Cree eller av dokumenterat likvärdig kvalitet. Bildskärmens yta ska kunna kalibreras ner på enskild pixelnivå.

I reviderad kravspecifikation från den 15 juni 2011, ”1 Tekniska krav på skylten” anges kraven på bildskärmen enligt punkterna 1.3 – 1.5 till bl.a. följande:

#### **1.3 LED-teknik**

Den aktiva bildytan skall vara av LED-teknik med SMD-dioder, s.k. 3-in-1.

#### **1.4 Diodkvalitet**

(i) Dioderna och det s.k. chip-setet (dice) skall komma från Japanska Nichia, eller vara av likvärdig kvalitet.

#### **1.5 Pixelpitch**

(i) Vid symmetrisk pixelpitch skall pixelpitchen vara (c/c mellan pixlarna) vara mindre än 20 mm.

Asymmetrisk pixelpitch accepteras och skall då vara 20 mm horisontellt och 15 mm vertikalt. Båda värdena inom +/- 5 %.

(ii) Pixeltätheten (pixlar/m<sup>2</sup>) skall vara bättre än 2 500 . Vid den tekniska bedömningen värderas högre pixeltäthet högre än lägre.

Under punkt 3.4 Erfarenhet och kompetens, angavs bl.a. följande i det ursprungliga förfrågningsunderlaget:

Anbudsgivare ska ha erfarenhet av att ha genomfört liknande uppdrag under de tre senaste åren.

Med liknande uppdrag menas, fullfärg, fullgrafiska skärmar som fast installerade i utomhusmiljö.

Skärmarna ska vara minst tio kvadratmeter stora.

Anbudet ska innehålla:

- En kortfattad beskrivning av företaget och verksamhetens inriktning  
Redovisas i anbudet som bilaga A
  
- En sammanställning över minst tre liknande uppdrag som har utförts under perioden. Av sammanställningen ska uppdragens omfattning framgå, bilder på monterade skyltar från uppdragen, leveranstider, färdigställande tider samt driftsäkerhet(...).

Anbudsgivaren ska även lämna kontaktuppgifter ... för uppdragsgivarna så att Gullspångs kommun kan ta kontakt med dessa och kontrollera att anbudsgivaren fått goda referenser.

I reviderad kravspecifikation från den 15 juni 2011, punkt ”2.3.6 Anbudets innehåll” angavs följande krav:

I anbudet skall anges/bifogas (...)

Minst tre (3.) referenser från installationer inom EU-området som Leverantören gjort under de senast tre åren, varav minst en skall vara från nordiskt klimatområde eller plats med motsvarande klimat. Referensobjekten skall vara av samma typ av skylt som offereras i anbudet. Förutom uppgifter om referens-skyltarna, skall namn, telefonnummer och e-postadress till kontaktperson lämnas, samt information om när installationen ägde rum .

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

*Gullspångs invändning om att Focus Neon inte uppfyller samtliga ska-krav*

Gullspång har anfört att kommunen efter en förnyad genomgång funnit att Focus Neon inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Det



ankommer dock inte på förvaltningsrätten vid en överprövning som första instans pröva frågan om huruvida ett anbud som den upphandlande enheten tidigare låtit gå vidare till utvärderingen rätteligen skulle ha förkastats av den upphandlande enheten. Huruvida Focus Neons anbud uppfyller samtliga ska-krav eller inte är således inte föremål för prövning i målet (jfr Kamrättens i Göteborg dom den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 samt Kamrättens i Stockholm dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10). Förvaltningsrätten konstaterar således att rätten enbart kommer att pröva de frågor som Focus Neon tagit upp i sin ansökan.

#### *Felaktigt förfarande*

Focus Neon har anfört att de lidit skada genom att upphandlingen genomförts på ett felaktigt sätt.

I LOU saknas beträffande förfrågningsunderlag såväl detaljerade regler i fråga om utformning som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Vid en sådan bedömning får en samlad prövning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen. Av intresse vid denna prövning är bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen. När det gäller ändringens omfattning och betydelse är det av vikt att det rör sig om en ändring av ett ska-krav. En sådan ändring kan många gånger inte tillåtas med beaktande av de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande enhet torde i sådana fall i stället vara hänvisad till att i första hand

överväga om förutsättningar finns för att avbryta upphandlingen. (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10).

Gullspång har genom de frågor som ställts i anslutning till upphandlingens offentliggörande fått klart för sig att det har förekommit sådana oklarheter i förfrågningsformuläret att det förelegat ett behov av översyn. Av de handlingar som bifogats framgår att det i det nya förfrågningsunderlaget i flera avseende skett förtydliganden och tillägg av sådan omfattning att de är att anse som väsentliga förändringar.

Gullspång har därefter vidtagit åtgärder för att tillse att samtliga anbudsgivare samt därutöver även potentiella anbudsgivare kunnat ta del av det förändrade frågeformuläret och även därutöver förlängt anbudstiden. Det har inte framkommit annat än att Focus Neon tagit del av dessa förändringar samt även inom skälig tid kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud som vid detta tillfälle tagits upp till slutlig utvärdering. Focus Neon bedöms därför inte ha lidit sådan skada som medför att det finns anledning att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

#### *Anbudsunderlag och TecnoVISIONs anbud och åsidosättande av LOU*

Focus Neon har vidare anfört att Christer Norrvalls delaktighet i utformningen av förfrågningsunderlaget inneburit att detta anpassats på sådant sätt att bolaget TecnoVISION erhållit fördelar i upphandlingen som strider mot principerna för offentlig upphandling och då särskilt principen om likabehandling.

Det finns inte några bestämmelser i LOU som reglerar jävssituationer. Situationer där en konsult bistått en upphandlande myndighet med att bl.a. utforma förfrågningsunderlaget och senare medverkar i upphandlingen får istället bedömas utifrån de grundläggande principerna för offentlig upp-

handling, främst likabehandlingsprincipen. Ett bolag kan inte förbjudas att delta i en upphandling även om bolaget utfört visst förberedande arbete. Istället kan andra leverantörer föra en process där det kan prövas om det förberedande arbetet har medfört konkurrensfördelar i förhållande till andra anbudsgivare. Bevisbördan i en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare har fått en konkurrensfördel går över till den upphandlande myndigheten. (jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, Kammarrättens i Stockholm dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09 och Kammarrättens i Sundsvall dom den 20 december 2011 i mål nr 2458-11).

I målet är ostridigt att Christer Norrvall varit delaktig av vissa skrivningar avseende den reviderade kravspecifikationen. Det är vidare ostridigt att han haft uppdrag från TecnoVISION att agera som ombud genom att översätta samt anpassa deras anbud till svenska förhållanden. Fråga är om TecnoVISION därigenom erhållit sådana fördelar att konkurrensen snedvridits på sådant sätt att det strider mot bestämmelserna i LOU.

Av handlingarna i målet framgår att den reviderade kravspecifikationen på inrådan av Christer Norrvall fått ändrad lydelse i vissa avseenden. Den ursprungliga kravspecifikationen gällande "Pixelpitchen" angavs till högst 16 mm fysiskt, vilket innebar en pixeldensitet på 3 906 pixlar per kvadratmeter. På inrådan av Christer Norrvall accepterades även asymmetrisk pixelpitch med måtten 20 mm horisontellt och 15 mm vertikalt med en pixeldensitet om 3 333 pixlar per kvadratmeter, eftersom detta potentiellt skulle innebära att man fick fler anbudsgivare. En anbudsgivare kunde till följd av detta numera välja att offerera symmetrisk eller asymmetrisk pixelpitch. Därutöver har även en precisering skett på sådant sätt att den aktiva bildytan ska vara av LED-teknik med SMD-dioder samt att märket av LED-chipen ska komma från Japanska Nichia eller likvärdig kvalitet i stället för

som tidigare av märket Cree eller likvärdiga. Revidering har även skett avseende "Erfarenhet och kompetens" vari de tidigare ställda kraven på referenser numera innefattat högre krav än tidigare.

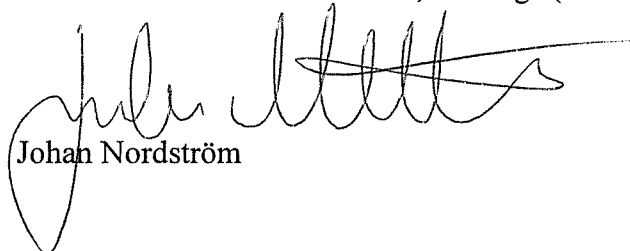
En situation som den föreliggande utgör en stark presumtion för att Christer Norrvalls dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för TecnoVISION som medfört en snedvridning av konkurrensen. Detta får anses gälla oberoende av att Christer Norrvall till Gullspång uppgett sig uppträda objektivt i den senare konsultfunktionen. Presumtionen för att det föreligger en konkurrensfördel medför att det åvilar Gullspång att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts (jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, Kammarrättens i Stockholm dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09 och Kammarrättens i Jönköping dom den 22 november 1995 i mål 3184--3186-95).

Det kan oaktat vad Gullspång anfört om TecnoVISIONs kännedom om den slutliga utformningen av kravspecifikationen konstateras att Gullspång reviderat det ursprungliga kravet gällande pixelpitch på Christer Norrvalls inrådan på sådant sätt att man accepterar en lägre pixeltäthet. Även om det förekommer andra tillverkare som kunnat leverera likvärdiga produkter har förändringen i kravspecifikationen inneburit att det av Christer Norrvall företrädda bolaget, TecnoVISION, beretts tillfälle att överväga två alternativa anbud. Förändringar har även skett i fråga om referenser av tidigare genomförda projekt på ett sådant sätt att det kommit att innebära betydligt högre krav i detta avseende. Även om Christer Norrvall inte direkt kan påverka priset samt övriga uppgifter i ett lämnat anbud från TecnoVISION kan mot bakgrund av Christer Norrvalls tidigare uppdrag för TecnoVISION konstateras att han bör ha sådan kännedom om bolaget och dess produkter att han är medveten om vilka krav bolaget kan uppfylla i övriga avseenden. Förvaltningsrätten finner därmed att förändringen av referenskravet sammantaget med de justeringar som i övrigt förekommit genom

den av Christer Norrvall reviderade kravspecifikationen, inneburit en konkurrensfördel för det av Christer Norrvall företrädde bolaget och att likabehandlingsprincipen därigenom åsidosatts på sådant sätt att detta strider mot LOU. Vad Gullspång i övrigt anfört föranleder i denna del ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten finner således att Gullspång inte förmått visa att Christer Norrvalls medverkan i upphandlingen inte medfört att TecnoVISION erhållit fördelar i upphandlingen. Likabehandlingen i upphandlingen i enlighet med 1 kap. 9 § LOU har därmed inte kunnat säkerställas. Focus Neon får anses lidit skada på grund av detta. Focus Neons talan ska därför bifallas. Förvaltningsrätten kan, oavsett hur yrkandet har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref.47). Förvaltningsrätten finner att omständigheterna i målet är sådana ingripande ska ske på så sätt att Gullspångs upphandling av digitala infartsskyltar ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (3109/1D LOU).



Johan Nordström

