



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

FÖR KÄNNEDOM

DOM
2013-04-24
Meddelad i
Jönköping

Sida 1 (13)

Mål nr
833-13
Enhetschef 1

SÖKANDE

[REDACTED]

MOTPART

Eksjö kommun
575 80 Eksjö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-04-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Eksjö kommun (kommunen) genomför en upphandling enligt LOU avseende konstnärlig utsmyckning av Olsbergs Arena i Eksjö. Upphandlingen handläggs enligt reglerna om urvalsförfarande och genomförs som en projekttävling. Kommunen har genom annons i allmänt tillgänglig elektronisk databas 2012-10-02 (ref nr UH 2012-56) inbjudit intresserade att lämna anbud på projekttävlingen. Projekttävlingen delades in i två steg. I steg ett fick intresserade lämna in anbud med förslag på utsmyckning. Förslagen bedömdes av en jury som utsåg tre förslag att gå vidare till steg två. I steg två utsåg samma jury en vinnare bland de tre förslagen. Den 28 november meddelade Eksjö kommun ett urvalsbesked där det framgick att steg ett var avslutat och att [REDACTED] förslag inte hade gått vidare till steg två. Eksjö kommun meddelade senare i tilldelningsbeslut daterat den 18 februari 2013 att en annan leverantör än [REDACTED] – Devine Design skulle antas.

Dok.Id 97107

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

██████████ begär överprövning av kommunens upphandling avseende konstnärlig utsmyckning av Olsbergs Arena i Eksjö och yrkar att den ska göras om. Hon anför bl.a. följande.

Ändrade krav under upphandlingen/yrkesverksam konstnär

När krav under upphandlingen ändras ska upphandlingen göras om eftersom det förändrar vilka som är kvalificerade att söka. Yrkesverksam konstnär börjar med krav på KRO (konstnärernas riksorganisation) anslutning och övergår till krav på högskoleutbildning för att till sist landa i krav på utbildning eller likvärdig kompetens. Vid varje ändring krävdes en omskrivning av hennes CV för att belysa de senaste ändringarna.

Utsmyckningens placering

Utsmyckningens placering brukar definieras. Här var det inte ens klart om det var inne i byggnaden eller utanför. Hon bokade tid med anvisad chef ██████████ för att besöka arenan. ██████████ visste inte ens att upphandlingen hade utlysts, var inte heller informerad om var utsmyckningen fick placeras. Hon började med att visa konferenslokalen i källaren (som inte ingick i upphandlingen). Under samtalet kom evenemangschef ██████████. Han var inte heller säker på vilka ytor som var tänkta som möjliga för utsmyckning. Inte heller vilka ytor som var "off limits" rent arkitektoniskt. Några dagar senare kom hon tillbaka för att ta lite bilder och då pratade ██████████ om funktionell konst, draperier, vikskärmar m.m. Inget av detta återspeglas i den offentliga specifikationen. När hon läser tilldelningsbeslutet ser hon att funktionell konst inte alls varit aktuell.

Tidigare projekt

Tidigare projekt omdefinierades från att ha krävt två offentliga utsmyckningar till två projekt som kunde vara utställning eller utsmyckning. Hur detta skulle dokumenteras var inte heller klart från början. Det framgick inte heller om det var den konstnärliga förmågan eller projekterfarenhet som skulle belysas.

Upphovsrätt och utvärdering

Av punkten 1.13 Upphovsrätt framgår följande. Köparen har den medgivna rättigheten att reproducera utsmyckningen genom fotografering, tryck i trycksaker, offentliga handlingar och bildarkiv. Ersättningen för denna medgivna reproduktionsrätt är inkluderad i ersättningen för utsmyckningen. Konstnärens namn ska i samtliga fall återges på reproduktionen. Köparen äger inte rättigheten att utan konstnärens medgivande utföra förändringar av utsmyckningen. Enligt BUS så ska det preciseras hur verket får återges och i hur många exemplar. Eftersom Olsbergs Arena är Eksjö's nya flaggskepp skulle den konstnärliga utsmyckningen kunna bli symbol för kulturstaden Eksjö och dyka upp på broschyrer och vykort i stora mängder. Då en kostnadskalkyl skulle medfölja anbudet rådfrågade hon KRO:s jurist [REDACTED]. Tillsammans kom de fram till att det skulle vara kännbart att upphovsrätten ingick i anbudet och landade på en summa av 50 000 kr. Värdet skulle kunna bli enormt mycket större. När hon läser tilldelningsbeslutet framgår det att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits med hänsyn till urvalskriterierna. Det kan tolkas som att den som hävdar sin upphovsrätt kommer i underläge.

Skissidé

En skissidé får efterfrågas i första vändan på max en sida när ingen ersättning utgår. Här krävdes det dock mycket mer. Ett flertal sidor med beskrivning, skötsel, idé, skiss, material samt kostnads kalkyl. Därtill dokumentation om tidigare projekt och en utförlig CV samt anbudsformulär och underskrift av kommersiella villkor. Helt utan ersättning. Det tog henne två veckor, obetald tid att förbereda alla dokument för den här upphandlingen.

Urvalskommitté

Urvalskommitté är en politiker, två konstchefer, en medlem från KRO och en från styrgruppen Olsbergs Arena. Politiker ska ha "armlängds avstånd" till beslut om konst. I denna upphandling är han t.o.m. ordförande.

Offentlig utställning

Under 1.5.4 i förfrågningsunderlaget framgår att de tre finalförslagen presenteras i en offentlig utställning på Eksjö museum efter att upphandlingen är genomförd. Det vinnande förslaget kommer att offentliggöras på kommunens hemsida. Här förväntas konstnärerna ställa upp gratis. Utställningsersättning enligt MU-avtalet borde vara självklart.

Motpartens inställning

Kommunen motsätter sig [REDACTED] yrkande om att kommunens offentliga upphandling avseende konstnärlig utsmyckning av Olsbergs Arena i Eksjö ska göras om. Kommunen anför i huvudsak följande.

Ändrade krav under upphandlingen/yrkesverksam konstnär

De revideringar och svar på frågor som har skett under upphandlingen har alla annonserats i enlighet med förfrågningsunderlagets punkt 1.15 frågor under anbudstiden. Kravrevideringen annonserades i god tid före sista den anbudsdagen och genomfördes enligt följande: punkt 2.1 Anslutningar, krav på anslutning till KRO utgår och punkt 2.4 tillkommer. Eftersom uppfyllande av punkten 2.4 Utbildning är en förutsättning för att uppfylla punkten 2.1 kan denna revidering inte anses vara utav väsentlig betydelse. ■■■■■ skriver själv i sitt anbud (bilaga 12 – Anbud ■■■■■, s. 4). ”För att passera nålsögat jurerat inval i KRO, krävs dokumenterad yrkesverksamhet och utbildning likvärdig med konstnärlig högskoleutbildning. KRO har beslutat att jag uppfyller detta krav”. ■■■■■ uppfyllde krav enligt punkten 2.1 som sedermera utgick. Hon uppfyller således även krav enligt punkten 2.4 som tillkom. Anbudet klarade kvalificeringen och gick vidare till juryns utvärdering i steg ett. ■■■■■ har således inte påverkats utav kravrevideringen och kan därför inte anses ha lidit skada utav denna.

Utsmyckningens placering

Utsmyckningens placering definieras i förfrågningsunderlaget under punkten 1 Administrativa föreskrifter samt 1.4 Beskrivningar och förutsättningar platsens fysiska förutsättningar. Vid frågor ställda kring detta har svar med hänvisning till förfrågningsunderlaget lämnats i enlighet med punkten 1.15 Frågor under anbudstiden.

Anvisningar kring frågor, svar och övrig information under anbudstiden gavs i förfrågningsunderlaget under punkten 1.15 Frågor under anbudstiden, 1.15.1 Kontaktperson under upphandlingen och 1.4 Beskrivningar och förutsättningar platsens fysiska förutsättningar. Av förfrågningsunderla-

get framgår det att [REDACTED] uppdrag enbart var att låsa upp och visa lokalen samt att alla frågor rörande upphandlingen skulle ställas i enlighet med 1.15 Frågor under anbudstiden och 1.15.1 Kontaktperson under upphandlingen. Evenemangschef [REDACTED] fanns ingenstans nämnd som kontaktperson i förfrågningsunderlaget och frågor kring anbud och dess utformning skulle inte ha ställts till honom. [REDACTED] anbud med förslag avsåg rätt placering, hon har alltså i förfrågningsunderlaget fått korrekta uppgifter kring utsmyckningens placering.

Tidigare projekt

Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgick det att krav på referensmaterial skulle avse en offentlig utsmyckning. Som bevis på kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget krävdes två referensmaterial på tidigare genomförda utsmyckningar enligt förfrågningsunderlagets punkt 2.3 Kompetens och erfarenhet. Frågor rörande detta besvarades och definitionen ”tidigare genomförd utsmyckning” förtydligades i enlighet med 1.15 Frågor under anbudstiden.

Upphovsrätt och utvärdering

När det gäller upphovsrätten angavs samtliga förutsättningar för de kommersiella villkoren i förfrågningsunderlaget under punkten 1.13. Anbudslämnarens godkännande av de kommersiella villkoren likväl som en i förslaget bifogad kostnadskalkyl, var ett krav vid kvalificering av anbudet. [REDACTED] godkänner i sitt anbud de kommersiella villkoren samt bifogar en kostnadskalkyl i sitt förslag och anbudet kvalificerar sig således vidare till utvärdering. I utvärderingen togs enbart hänsyn till de i förfrågningsunderlaget angivna urvalskriterierna i punkten 1.5 Projekttävlingens genomförande. Samma urvalskriterier låg som grund för juryns bedömning i såväl steg ett som i steg två av projekttävlingen. [REDACTED] anbud med förslag

utsågs inte till ett utav de tre förslag som gick vidare till steg två. I steg två antogs det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn taget till urvalskriterierna (se bilaga 9 – information om tilldelningsbeslut, bilaga 10 – protokoll juriesammanträde och bilaga 11 – upphandlingsprotokoll). Beslut om antagen leverantör har därför inte påverkats av att [REDACTED] i kostnadskalkylen hävdade sin upphovsrätt.

Skissidé

Ingenstans i förfrågningsunderlaget krävdes att anbud med förslag i steg ett skulle bestå utav ett flertal sidor. Däremot förekom begränsningar till max en A4 sida. Krav på bifogade dokument såsom anbudsformulär, godkännande av kommersiella villkor, CV och dokumentation av tidigare erfarenheter ingår ofta i offentliga upphandlingar som en del i kvalificeringen utav leverantörer, för att säkerställa kompetens, erfarenhet och förmåga att genomföra efterfrågat uppdrag. Kraven i upphandlingen stod i proportion till det upphandlade området. Det är också mycket ovanligt att anbudslämnare får ersättning för sina anbud. Vilka som i denna upphandling var berättigade till ersättning framgick av punkten 1.7 ersättningar i förfrågningsunderlaget.

Urvalskommitté

Juryens sammansättning framgick av punkt 1.8 i förfrågningsunderlaget. Då det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projekttävling ska minst 1/3 av ledamöterna i juryn ha motsvarande kvalifikationer. I kommunens jury hade 3/5 av deltagarna dessa kvalifikationer. Anbudslämnarna har under hela utvärderingsarbetet varit anonyma inför juryn.

Offentlig utställning

Förutsättningarna för detta framgick av punkt 1.5.4 juryns utvärderingskriterier steg två i förfrågningsunderlaget. Eftersom [REDACTED] anbud med förslag inte var ett utav de tre förslag som gick vidare till steg två kommer således inte heller hennes förslag vara en del av utställningen på Eksjö museum och/eller offentliggöras på kommunens hemsida. [REDACTED] kan således inte ha lidit skada utav detta.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 6 och 4 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iaktas.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. I 16 kap.

6 § LOU anges vidare att en upphandling ska göras om eller rättas under förutsättning att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ändrade krav under upphandlingen/yrkesverksam konstnär

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. Väsentliga förändringar av ett förfrågningsunderlag under pågående anbudsinfordran kan inte ske. Bedömningen av vad som ska anses utgöra en väsentlig ändring får göras från fall till fall. En ändring av ett ska-krav under pågående anbudsinfordran som negativt påverkar intresserade leverantörers möjligheter att delta i anbudstävlan anses som regel utgöra en väsentlig ändring. Det är normalt inte möjligt att ändra ska-krav inom ramen för frågor och svar. I vissa fall kan en ändring av ett ska-krav ändå vara acceptabel. Av intresse vid en sådan 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. I Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010, mål nr 1941-10, ansågs en ändring vara sakligt grundad eftersom det ursprungliga kravet skulle ha inneburit en konkurrensbegränsning som knappast kunde motiveras av kravets betydelse för upphandlingsföremålet.

I den i målet aktuella upphandlingen uppställer kommunen först krav på att leverantörerna ska tillhöra KRO (konstnärernas riksorganisation). Efter påpekande om huruvida det är möjligt att kräva medlemskap i en viss intresseorganisation ändrar kommunen den 15 oktober 2012 kravet till att leverantören ska vara en yrkesverksam konstnär. Med yrkesverksam

avses avslutad konstnärlig högskoleutbildning eller likvärdig utbildning. Den 22 oktober 2012 förtydligas ytterligare kravet på leverantören. Det framgår nu att med yrkesverksam konstnär avses avslutad konstnärlig högskoleutbildning eller likvärdig utbildning/kompetens.

Den av kommunen gjorda ändringen får anses ha utvidgat snarare än begränsat presumtiva leverantörers möjlighet att inkomma med anbud och ändringen från den tidigare begränsningen att ett medlemskap i KRO krävdes för att delta i upphandlingen får anses vara en sakligt grundad ändring och bedöms därför inte stå i strid med reglerna i LOU (jfr. Kammarrätten i Jönköping mål nr 1941-10). I målet har det framkommit att [REDACTED] uppfyller samtliga av kommunens ställda krav både före och efter ändringarna. [REDACTED] anger själv i sitt överklagande att hon varit tvungen att skriva om sitt CV tre gånger för att det skulle passa de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Kommunen har vidare angett att [REDACTED] anbud klarade kvalificeringen och gick vidare till juryns utvärdering i steg ett. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att [REDACTED] i denna del inte heller har lidit någon skada.

Utsmyckningens placering

När det gäller utsmyckningens placering framgår det av förfrågningsunderlaget att det handlar om den inre entrén. Det framgår också att det fanns möjlighet att ställa frågor under anbudstiden samt att det gick att kontakta en särskilt anvisad kontaktperson under anbudstiden. De personer som [REDACTED] har samtalat med har inte i förfrågningsunderlaget angivits som kontaktpersoner. Ett krav på att andra personer än särskilt angivna kontaktpersoner ska ha kunskap om upphandlingen kan inte krävas. I förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt vem som var kontaktperson och att det fanns en möjlighet att ställa frågor under anbudstiden. Skäl för in-

gripande enligt LOU föreligger därmed inte. När det gäller skaderekvisitet kan konstateras att [REDACTED] anbud med förslag avsåg rätt placering. [REDACTED] bedöms därför inte heller ha lidit.

Tidigare projekt

Det framgår inte någonstans i förfrågningsunderlaget att det krävs två offentliga utsmyckningar. I förfrågningsunderlaget under punkt 1.13 Anbudets innehåll anges dock att anbudet ska innehålla två stycken referensmaterial i pappersformat. Ett krav på att anbudsgivarna ska kunna visa sin kompetens och erfarenhet genom att komma in med referensmaterial strider inte mot reglerna i LOU så länge kravet är proportionerligt. Kravet kan inte bedömas begränsa potentiella anbudsgivare på ett sådant sätt att det skulle strida mot LOU varför skäl för ingripande enligt LOU inte föreligger.

Klausulen 1.13 Upphovsrätt

Det har i målet inte framkommit annat än att [REDACTED] anbud kvalificerade sig till vidare utvärdering i steg ett. Eftersom det var först i steg två man gjort en bedömning om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån de i förfrågningsunderlaget angivna urvalskriterierna har beslutet om antagande av leverantör inte påverkats av att [REDACTED] hävdade sin upphovsrätt. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger inte.

Skissidé

Någon annan bedömning än att kommunens krav på bifogade dokument såsom anbudsförmulär, godkännande av kommersiella villkor, CV och dokumentation av tidigare erfarenheter stod i proportion till det upphand-

lade området går inte att göra. Det föreligger därför inte heller i denna del skäl för ingripande enligt LOU.

Urvalskommitté


Av artikel 73 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtrepreneur, varor och tjänster (tjänstedirektivet) framgår att juryn vid projekttävlingar ska vara sammansatt uteslutande av fysiska personer som är oberoende i förhållande till deltagarna i projekttävlingen. Om det krävs särskilda yrkeskvalifikationer för att få delta i en projekttävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i juryn ha dessa eller likvärdiga kvalifikationer. I målet har inte framkommit annat än att kommunens sammansättning av urvalskommittén följt de riktlinjer som uppställs i tjänstedirektivet. Urvalskommitténs sammansättning kan utifrån det som framkommit ovan inte anses strida mot de upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Skäl för ingripande föreligger således inte.

Offentlig utställning

██████████ har anfört att utställningsersättning borde utgå till de tre finalförslagen som ska presenteras i en offentlig utställning. Förvaltningsrätten anser att avsaknaden av en sådan reglering i förfrågningsunderlaget inte kan ha påverkat ██████████ möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud varför avsaknaden av en sådan reglering inte bedöms strida mot reglerna i LOU. ██████████ kan utifrån detta resonemang varken bedömas ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det ██████████ anfört i sin begäran om överprövning inte på någon grund utgör skäl för ingripande enligt LOU. ██████████ ansökan ska således avslås.

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



Jan Källman

