



SÖKANDE

STX Sweden AB, 556718-3289
Furuhedsvägen 1
952 31 Kalix

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Östersund Sport & Eventarena AB, 556707-0239
831 82 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-02-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten konstaterar att rätten genom dom denna dag, mål nr 925-13, har bestämt att upphandlingen ska göras om. Skäl för någon sådan åtgärd i förvarande mål föreligger därför inte, varför målet avskrivs. Upphandlande myndighet har dock att beakta vad som anges under skälen för avgörandet.

BAKGRUND

Östersund Sport & Eventarena AB (Arenabolaget) genomför en upphandling avseende utförande av utbyte av konstgräs på Jämtkraftsarenan i Östersund, intern projektnummer 20147 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU. STX Sweden AB (bolaget) har lämnat anbud i upphandlingen. Bolagets anbud förkastades med anledning av att anbudet inte innehöll något pris. Genom tilldelningsbeslut den 1 mars 2013 tilldelades Unisport Scandinavia AB upphandlingen. Sedan fel i anbudshanteringen uppmärksammats meddelade Arenabolaget den 6 mars 2013 ett nytt tilldelningsbeslut där Unisport Scandinavia AB tilldelades upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Bolaget anför huvudsakligen följande till stöd för sin ansökan.

Ofullständigt förfrågningsunderlag

Arenabolaget har i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att det konstgräs som upphandlas ska certifieras enligt FIFA 2 Star. Vidare ska enligt förfrågningsunderlaget certifikatet enligt FIFA 2 Star bifogas anbudet. För att certifieras enligt FIFA 2 Star krävs att det offererade konstgräset anpassas till egenskaperna hos det befintliga sviktskiktet. Egenskaperna hos det slutliga konstgräset beror nämligen inte enbart på vilket konstgräs som anbudsgivaren offereras, utan även på vilket underlag som finns installerat sedan tidigare. För att det offererade systemet ska kunna certifieras enligt FIFA 2 Star och certifikatet ska kunna ges in med anbudet måste anbudsgivarna få kännedom om det befintliga underlaget.

Enligt förfrågningsunderlaget var det sista datumet för anbudsgivarna att ställa frågor avseende förfrågningsunderlaget den 19 februari 2013. Bola-

get uppmärksammade Arenabolaget på den ovannämnda problematiken med testvärden samt att nödvändiga värden saknades i förfrågningsunderlaget i ett e-postmeddelande den 14 februari 2013.

Kompletterande information från Arenabolaget om förutsättningarna för upphandlingen skulle enligt förfrågningsunderlaget lämnas senast den 21 februari 2013. Arenabolaget skickade ut kompletterande information av avgörande betydelse för möjligheterna att lämna anbud samma dag som anbudstiden löpte ut, dvs. den 26 februari 2013 kl.00.01. Det var först genom denna komplettering som anbudsgivarna fick del av den information som bolaget begärt och som krävdes för att upprätta ett anbud i enlighet med kravet på certifiering enligt FIFA 2 star.

Med beaktande av att anbudstiden löpte ut samma dag som den kompletterande informationen kom anbudsgivarna tillhanda samt den omständigheten att Arenabolaget inte tillät elektronisk anbudsgivning var det i praktiken omöjligt för anbudsgivarna att upprätta anbud i enlighet med den kompletterande informationen.

Genom att samma dag som anbudet skulle lämnas in meddela viktig kompletterande information som krävs för att anbudsgivarna ska kunna uppfylla ska-kraven har Arenabolaget brutit mot såväl förfrågningsunderlaget som de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Krav på visst framställningssätt

Av 6 kap. 4 § 1 st. LOU framgår att de tekniska specifikationerna i ett förfrågningsunderlag inte får innehålla uppgifter om viss tillverkning eller visst framställningssätt, om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det får därför i ett förfrågningsunderlag inte ställas krav på att offererade produkter ska vara tillverkade enligt ett visst framställningssätt. Den upphandlande myndigheten kan enbart uppställa krav som tar sikte på

viss prestanda eller funktion och som är neutrala avseende tillverkningsmetoden.

Av förfrågningsunderlaget framgår att konstgräsytan ska bestå av vävd matta. Att ange att konstgräsmattan ska vara vävd är ett krav på hur den ska vara tillverkad, vilket inte är förenligt med LOU. Arenabolaget borde istället ha angett vilka egenskaper som konstgräsmattan ska ha. I sammanhanget bör också framhållas att konstgräsmattor som tillverkas med en annan metod, s.k. tuftning, i tekniskt hänseende är likvärdiga med vävda mattor. Bolagets konstgräsmattor tillverkas genom tuftning och uppfyller i alla avseenden de funktions- och prestandakrav som ställs i förfrågningsunderlaget. Bolaget har därmed missgynnats genom det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget.

Arenabolaget har genom att i de tekniska specifikationerna ange uppgifter om visst framställningssätt på ett sätt som leder till att bolaget missgynnas brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens samt 6 kap. 4 § 1 st. LOU.

Bolaget hade möjligheten att tilldelas kontraktet i upphandlingen om det inte vore för Arenabolagets överträdelser av LOU. Bolaget har därmed lidit skada eller i vart fall riskerar att lida skada.

Arenabolaget bestrider bifall till ansökan samt anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Ofullständighet förfrågningsunderlag

Arenabolaget uppställer krav på certifiering enligt FIFA 2 Star och en vävd konstgräsmatta. Därutöver har Arenabolaget rätt att ställa många andra krav utöver FIFA 2 Star. Anbudsgivarna har rätt att räkna på det som är billigast utifrån de kända förutsättningarna i upphandlingen. Det var inte

möjligt att under vintertid tina av sviktpaden för att kunna säkerställa exakt skadeprocent. Arenabolaget ansåg därför att alla potentiella anbudsgivare fick anta att sviktpaden var i fullt fungerande skick.

Krav på visst framställningssätt

Enligt Arenabolaget är kravet i förfrågningsunderlaget på vävd konstgräsmatta proportionerligt. Eftersom fibern i vävda konstgräsmattor sitter mer än dubbelt så hårt i bottenduken får gräset såväl bättre kvalité som livslängd. Även slitstyrkan på konstgräsmattan höjs när olika konstgräsfiber kombineras och eftersom gummigranulatet ligger kvar minskas underhållskostnaderna. Därutöver minskar skaderisken för spelarna och de upplevda spelegenskaperna blir enligt en tillfrågad fokusgrupp bättre. Vidare är formstabiliteten hos vävda konstgräsmattor högre i såväl vertikal som lodrätt riktning. Det finns ett flertal leverantörer som kan leverera en vävd matta. Arenabolaget har vid upphandlingen beaktat kvalitetssäkringsprogrammet FIFA Preferred producer (FPP).

Sammanfattningsvis anser inte Arenabolaget att det brutit mot principerna i LOU i samband med upphandlingen. Arenabolaget åberopar Förvaltningsrätten i Malmös dom den 30 september 2013, mål nr 6819-13.

Bolaget har i svar anfört i huvudsak följande.

Ofullständighet förfrågningsunderlag

Arenabolaget anger att anbudsgivarna förutsattes att anta att sviktpaden var i fullt fungerande skick. Denna information har emellertid varken framgått av förfrågningsunderlaget eller på annat sätt kommit anbudsgivarna till del. Ett sådan förfarande strider mot transparensprincipen. Även för det fall att den aktuella informationen anses framgå av förfrågningsunderlaget ger den inte, med anledning att värdena inte angetts, ett tillräckligt underlag för

anbudsgivning för att anbudsgivarna ska kunna säkerställa att det konstgräs som offereras kan uppfylla kravet på certifiering enligt FIFA 2 Star.

Även mellan sviktpads som är i fullt fungerande skick finns stora skillnader. Av denna anledning krävs exakta nuvärden för att det offererade produkten ska kunna certifieras enligt FIFA 2 Star. En nyinstallerad sviktpad i fullt fungerande skick, av samma typ som finns installerad på Jämtkraftsarena, kan uppvisa mycket stora skillnader beroende på t.ex. om den är våt eller torr. Av denna anledning går det inte utgå från några standardvärden utan de uppmätta värdena måste anges exakt. Anbudsgivarna kan inte utan att ha tillgång till detaljerad information om underlaget och dess egenskaper offerera ett konstgrässystem som tillsammans med underlaget uppfyller kraven för certifiering enligt FIFA 2 Star. Eftersom certifieringen enligt FIFA 2 Star är ett skall-krav i upphandlingen skulle det kunna utgöra ett avtalsbrott från leverantörens sida att inte leverera i enlighet med kravet. Mot denna bakgrund har det inte varit möjligt för en seriös anbudsgivare som bolaget att utifrån ett antagande om underlagets egenskaper riskera att inte kunna leverera ett avtalsenligt konstgrässystem.

Krav på visst framställningssätt

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen utan en hänvisning till visst framställningssätt. Den avgörande frågan i målet är om Arenabolaget har uppfyllt sin bevisbörda, dvs. visat att det varit omöjligt att beskriva egenskaperna hos det efterfrågade konstgrässystemet utan att hänvisa till framställningssättet vävning. För det fall Arenabolaget har haft möjlighet att uppställa krav på visst framställningssätt hade det varit skyldigt att ange "eller likvärdigt" i anslutning till kravet. Även i denna del har Arenabolaget handlat i strid med LOU.

Arenabolaget anför att konstgräsfibrerna i en vävd matta sitter mer än dubbelt så hårt i bottenduken i jämförelse med FIFA-kravet. Detsamma gäller emellertid för den tuftade matta som bolaget offererat. Vidare anför Arenabolaget att en vävd matta är bättre eftersom det går att kombinera olika konstgräsfiber. Att kombinera fibrer ger emellertid inget mervärde eftersom kompletteringsfibrerna i sammanhanget är väldigt svaga. Möjligheten att kombinera olika konstgräsfibrer ger därför inte konstgräsmattan någon märkbart höjd kvalitet. Den omständigheten att gummigranulatet ligger kvar ger, i motsats till vad Arenabolaget anför, ökade underhållskostnader eftersom granulatet inte får röra sig utan packas och blir hårt. Något objektivt stöd för Arenabolagets påstående om att skaderisken för spelarna minskar med en vävd matta har inte gjorts gällande i målet. Bolaget ifrågasätter vidare Arenabolagets uppgift om att det använt sig av en referensgrupp vid bedömningen av spelupplevelsen. Denna omständighet har tidigare inte kommit till bolagets kännedom eftersom det inte framgår av varken förfrågningsunderlaget eller övriga handlingar. Det har vidare varken framgått vilka som ingått i den aktuella referensgruppen eller om referensgruppens subjektiva bedömningar påverkat utformningen av kraven i upphandlingen. Formstabiliteten på vävda mattor är så dålig att de mattor som hittills installerats i Sverige har varit tvungna att bestrykas med latex för att överhuvudtaget kunna installeras utan att falla isär när man klipper in linjerna.

Arenabolaget har i svar anför i huvudsak följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det mellan beställaren och utföraren gäller ABT 06. Motstridiga uppgifter regleras i 1 kap. 3 § ABT 06. Av aktuell bestämmelse framgår att alla anbudsgivare har rätt att räkna på det billigaste alternativet om inget annat framgår av förfrågningsunderlaget. Det innebär att om sviktpaden inte uppges vara skadad i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren räkna med att den är hel vilket är det för an-

budsgivaren billigaste räknesättet enligt ABT 06. Samtliga anbudsgivare har samma förutsättningar kring detta och beställaren har ingen skyldighet att precisera detta. Om det ändå skulle visa sig att den befintliga sviktpaden var i dåligt skick hamnar kostnaden på beställaren. Det finns således ingen risk för anbudsgivaren då denne enligt 2 kap. 4 § ABT 06 har full rätt att kräva ersättning av beställaren. Denna omständighet har förtydligats i det kompletterande förfrågningsunderlaget KF1.

Den offererade produktens skick i vått eller torrt tillstånd hade gällt även om prov tagits på befintlig sviktpad på förhand. Vävtekniken är en vanligt förekommande teknik inom många produktområden och används idag av flera leverantörer. Avseende gummigranulatet delar inte Arenabolaget bolagets uppfattning avseende fiberns tjocklek. Den omständigheten att vävda konstgräsmattor behöver strykas med latex har ingenting med produktens formstabilitet att göra. Det finns många anläggningar där man inte utför latexbackning och där innehavaren av anläggningen är nöd med detta.

Bolaget har i ett senare yttrande anfört i huvudsak följande.

ABT 06 innehåller entreprenadrättsliga regler med syfte att reglera avtalsförhållandet mellan entreprenören och beställaren under avtalstiden. ABT 06 är till skillnad från LOU inte tvingande rätt och kan dessutom inte påverka de skyldigheter för en upphandlande myndighet som följer av transparensprincipen. Otydligheter i förfrågningsunderlaget ska lösas med upphandlingsrättsliga regler.

Den omständigheten att vävtekniken eventuellt är vanligt förekommande och används av flera leverantörer innebär inte att det enligt LOU är tillåtet att ställa krav på tillverkningsmetoden vävteknik. Det som Arenabolaget anfört i denna del saknar därför relevans för den aktuella frågan i målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser m.m.

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning.

De grundläggande principerna som ska iaktas vid all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad den sökande har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att den sökande kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Ofullständighet förfrågningsunderlag

Av AFB. 23 i 06.2 Administrativa föreskrifter som är en del av förfrågningsunderlaget framgår att eventuella ändringar/kompletteringar i förfrågningsunderlaget utsänds fortlöpande till entreprenörer samt att sista datum för utskick för kompletteringar är den 21 februari 2013.

Bolaget har i målet gjort gällande att Arenabolaget genom att ha meddelat en viktig komplettering av förfrågningsunderlaget samma dag som anbud i upphandlingen skulle lämnas in har brutit mot såväl förfrågningsunderlaget som de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget, såsom sökande, har bevisbördan för att Arenabolaget, såsom upphandlande myndighet, har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller mot unionsrätten. Enbart påståenden om att en överträdelse av LOU förekommit på visst sätt är enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckliga för att rätten ska kunna bifalla en ansökan om överprövning (se t.ex. RÅ 2009 ref. 69).

Av handlingarna i målet framgår att Arenabolaget sammanställt frågor från anbudsgivarna under anbudstiden samt egna förtydliganden och rättelser i ett kompletterande förfrågningsunderlag benämnt KF1 daterat den 21 februari 2013. Vad bolaget åberopat medför enligt förvaltningsrättens mening inte att den aktuella kompletteringen kan anses ha meddelats i strid med förfrågningsunderlaget eller de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har således inte visat att någon överträdelse av LOU har skett i denna del.

Krav på visst framställningssätt

Under rubriken 1.3 Krav/typ i 06.3 Rambeskrivning som är en del av förfrågningsunderlaget i upphandlingen anges att konstgräsytan ska bestå av vävd matta. Typ av den s.k. tredje generationens konstgräs och utfört av monofiber. Bolaget har i målet gjort gällande att det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget står i strid med LOU, då det anger ett särskilt tillverknings sätt på ett sätt som medför att bolaget missgynnats. Enligt bolagets mening uppfyller bolagets konstgräsmattor, som tillverkas genom tuftning, i alla avseenden de krav på funktion och prestanda som ställs i förfrågningsunderlaget. Med anledning av att kraven på vävd matta och certifie-

ring enligt FIFA Star 2 i upphandlingen inte varit tydligt definierade i förfrågningsunderlaget har bolaget inte kunnat ange ett pris i sitt anbud.

Arenabolaget har å sin sida anfört att det aktuella kravet är proportionerligt och att det genom att ange kravet på att konstgräsytan ska bestå av vävt material angett vissa egenskaper hos konstgräsmattan såsom t.ex. livslängd, slitstyrka, formstabilitet och lägre underhållskostnader. Enligt Arenabolaget finns det ett flertal leverantörer som kan leverera en vävd konstgräsmatta.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om bl.a. tillverkning eller särskilt framställningssätt om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter får emellertid förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdig”.

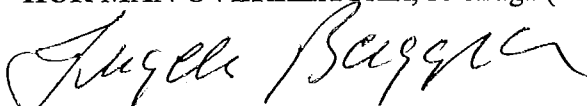
Förvaltningsrätten gör bedömningen att Arenabolaget, genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga en konstgräsyta som består av en vävd matta, har gjort en hänvisning till ett sådan särskilt framställningssätt som avses i 6 kap. 4 § LOU. Sådana begränsningar får en upphandlande myndighet göra endast om det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Bolaget har anfört att om inte kravet på vävd matta hade uppställts i den aktuella upphandlingen hade det kunnat offerera konstgräsmattor som tillverkas genom tuftning, men som till funktion och prestanda är likvärdiga med vävda konstgräsmattor. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget i målet gjort sannolikt att det finns en risk att bolaget har missgynnats genom Arenabolagets förfarande. Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att konstgräsmattor är föremål som bör vara möjliga att beskriva tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till ett särskilt framställningssätt. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att besk-

riva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till t.ex. särskilt framställningssätt ska vara tillåtet (se prop. 2006/07:128 s. 193). En sådan uppgift måste i vilket fall följas av orden ”eller likvärdigt”, vilket inte har skett i nu aktuell upphandling.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Arenabolaget genom att uppställa krav på att konstgräsytan ska bestå av vävd matta har agerat i strid mot 6 kap. 4 § LOU. Eftersom förfrågningsunderlaget står i strid med LOU föreligger en presumtion för att bolaget lidit eller kunnat lida skada. Förvaltningsrätten finner att bolaget har gjort sannolikt att det, med anledning av att Arenabolaget genomfört en upphandling i strid med LOU, inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud och eventuellt tilldelas kontraktet i upphandlingen. Bolaget har därmed riskerat att lida skada.

Eftersom förvaltningsrätten genom dom denna dag, mål nr 925-13, har bestämt att upphandlingen ska göras om, finns inte längre skäl för något ingripande i förevarande mål. Målet ska därför avskrivas.

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



Ingela Berggren

rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.