



SÖKANDE

Sportbyggarna Entreprenad AB, 556266-7492
Smärgelvägen 15
142 50 Skogås

MOTPART

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

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår Östersund Sport & Eventarena AB:s avvisningsyrkande.

Dok.Id 65616

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

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. Sportbyggarna Entreprenad AB (bolaget) har inte lämnat anbud i upphandlingen. Genom tilldelningsbeslut den 1 mars 2013 tilldelades Unisport Scandinavia AB upphandlingen. Sedan fel i anbudshandlingen 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.

Av förfrågningsunderlaget framgår att endast konstgräsmattor som utgörs av en vävd konstruktion accepteras. Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna i ett förfrågningsunderlag inte innehålla uppgifter om ett visst tillverknings sätt eller ett visst framställningssätt om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Som grundregel får den upphandlande myndigheten därför inte ställa krav på att offererade produkter ska vara tillverkade enligt något särskilt framställningssätt. De aktuella kraven ska vara neutrala avseende tillverkningsmetoden och får enbart ta sikte på viss prestanda eller funktion.

Enligt bolagets mening är det endast ett fåtal tillverkare av konstgräsmattor som kan tillverka vävda konstgräsmattor. Bolaget anser att den betydligt vanligare tillverkningsmetoden med tuftade konstgräsmattor ska anses likvärdig de vävda. Båda tillverkningsmetoderna resulterar i likvärdig pre-

standa och funktion på själva produkten. Bolaget framförde denna synpunkt i ett brev till Arenabolaget under anbudstiden men erhöll inget svar.

Av förfrågningsunderlaget framgår att sista datum för svar på uppkomna frågor avseende förfrågningsunderlaget under anbudstiden var den 21 februari 2013. Arenabolaget lämnade den 25 februari 2013, efter sista svarsdatum, en komplettering utan att förlänga anbudstiden. Med anledning av att den aktuella kompletteringen lämnades efter angivet svarsdatum har bolaget inte kunnat beakta den inför anbudslämnandet. Bolaget framförde denna synpunkt i ett brev till Arenabolaget under anbudstiden men erhöll inget svar.

Arenabolaget yrkar i första hand att bolagets ansökan ska avvisas. Grunden för avvisningsyrkandet är att det av förfrågningsunderlaget framgår att det är Arenabolaget som är den upphandlande myndigheten. Bolaget har genom att ställa sin ansökan om överprövning till Östersunds kommun ställt den till fel myndighet. För det fall ansökan tas upp till prövning bestrider Arenabolaget bifall till ansökan.

Arenabolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. När två tilldelningsbeslut meddelas förkastas det första beslutet och det andra tilldelningsbeslutet blir gällande. Det innebär inte att det första tilldelningsbeslutet förlängs utan att ett nytt beslut meddelas. Anledningen till att Arenabolaget meddelade det andra tilldelningsbeslutet var att ett anbud som kommit inom anbudstiden var på villovägar och uppmärksammades först efter att det första tilldelningsbeslutet meddelats.

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 bättre enligt en tillfrågad fokusgrupp. 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.

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 iakttas (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.

Frågan om avvisning av bolagets ansökan

Arenabolaget yrkar i första hand att bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen ska avvisas. Som grund för avvisningsyrkandet anför Arenabolaget att bolagets ansökan är ställd till fel upphandlande myndighet. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i sin ansökan angett Östersunds

kommun som den upphandlande myndigheten trots att det i punkt AFA.12 i Administrativa föreskrifter som är en del av förfrågningsunderlaget framgår att det är Arenabolaget som är den upphandlande myndigheten.

För att ha rätt att ansöka om överprövning enligt LOU ska den sökande enligt 16 kap. 4 § samma lag vara en leverantör i lagens mening samt anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller bolaget samtliga i lagen angivna förutsättningar för att ansöka om överprövning. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att bolagets ansökan är inkommen i rätt tid samt att det av bolagets ansökan tydligt framgår vilken upphandling som ansökan avser. Mot redovisad bakgrund finner förvaltningsrätten inte skäl föreligga att avvisa bolagets ansökan om överprövning. Arenabolagets avvisningsyrkande ska därmed avslås.

Rättelsen av det första tilldelningsbeslutet

Arenabolaget beslutade i ett tilldelningsbeslut den 1 mars 2013 att anta Unisport Scandinavia AB:s anbud i den aktuella upphandlingen. Sedan fel i anbudshandlingen uppmärksammats meddelade Arenabolaget den 6 mars 2013 ett nytt tilldelningsbeslut varvid Unisport Scandinavia AB:s anbud återigen antogs. Något kontrakt mellan Arenabolaget och Unisport Scandinavia AB har inte slutits i den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten har i målet att ta ställning till om det varit möjligt för Arenabolaget att ändra det först fattade tilldelningsbeslutet. Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet på eget initiativ kan rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte har slutits. En rättelse eller en omprövning får emellertid inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU eller på sådant sätt att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds förnär (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 och Kammarrätten i Stockholms

beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10). Den upphandlande myndigheten är, under förutsättning att de ovannämnda förutsättningarna är uppfyllda, således oförhindrad att ompröva och rätta ett tilldelningsbeslut i t.ex. situationer där fel vid anbudshandlingen har uppmärksamats. Något formellt hinder för Arenabolaget att ompröva det första tilldelningsbeslutet har således inte förelegat enligt förvaltningsrättens mening.

Kompletteringen av förfrågningsunderlaget

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 det inte har kunnat beakta kompletteringen av förfrågningsunderlaget som Arenabolaget lämnat den 25 februari 2013, då den lämnats efter den i förfrågningsunderlaget angivna sista svarstiden för kompletteringar.

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. Något som tyder på att den aktuella kompletteringen inte har meddelats i enlighet med förfrågningsunderlaget har enligt förvaltningsrät-

tens mening inte framkommit i målet. Mot bakgrund härav samt då bolaget heller inte i övrigt i denna del har visat att någon överträdelse av LOU skett föreligger inte grund för ingripande 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 tillverkningssätt på ett sätt som medför att andra bolag missgynnats. Enligt bolagets mening är det endast ett fåtal tillverkare av konstgräsmattor som kan tillverka vävda konstgräsmattor.

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 sådant särskilt framställ-

ningssätt 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. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det finns risk för att bolaget har missgynnats genom Arenabolagets förfarande härvidlag. Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att konstgräsmattor är föremål som bör vara möjliga att beskriva tillräckligt precist och begripligt utan att hänvisa till ett särskilt framställningssätt. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till t.ex. ett särskilt framställningssätt ska vara tillåtet (se prop. 2006/07 s.193). En sådan uppgift måste vidare följas av orden ”eller likvärdig”, vilket inte 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 mot LOU föreligger en presumtion för att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förvaltningsrätten finner att bolaget har gjort sannolikt att det, med anledning av att Arenabolaget har genomfört en upphandling i strid mot LOU, inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud och eventuellt tilldelas kontrakt i upphandlingen. Bolaget har därmed riskerat att lida skada.

Eftersom bristen avser förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om. Ansökan ska således bifallas.

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.