



SÖKANDE

Markprojekt i Trollhättan AB, 556908-8056
Batterivägen 7
461 71 Trollhättan

MOTPART

Herrljunga kommun
Box 201
524 23 Herrljunga

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-12-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Markprojekt i Trollhättan AB:s ansökan.

BAKGRUND

Herrljunga kommun genomför en upphandling, förenklat förfarande, av en totalentreprenad avseende anläggning av en konstgräsplan m.m. Genom tilldelningsbeslut den 15 oktober 2015 har Polytan Scandinavia AB (Polytan) antagits som leverantör. Markprojekt i Trollhättan AB (Markprojekt) har ansökt om överprövning.

I förfrågningsunderlaget med bilagor anges bl.a. följande.

Sviktskikt utförs under hela mattan och ska bestå av en dränerande pad med en vattentät duk under enligt figur S 101 (rambeskrivning avseende markarbeten, s. 9). Av denna figur framgår bl.a. att dräneringspadden ska vara ca 20 mm tjock inklusive tätskikt.

Dok.Id 181377

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

Entreprenören ska dimensionera ett dagvattensystem som klarar av ett tvåårsregn i 10 min samt följa kommunens gällande regler för dagvatten (rambeskrivning avseende markarbeten, s. 11).

Planen ska utföras bomberad och luta max 1 procent i sidled samt i höjdled vara plan (figur P 101).

En leverantör frågade hur stort vattenflöde som padden ska beräknas för i det horisontella planet. Kommunen svarade genom att komplettera rambeskrivningen med att den dränerande padden ska klara ett tvåårsregn i 10 min i det horisontella flödet ($0,014 \text{ l}/(\text{sm}^2)$).

Certifikat och intyg på att konstgräset uppfyller ställda krav ska skickas med i anbudet (administrativa föreskrifter, avsnitt AFB.311).

YRKANDEN

Markprojekt yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Herrljunga kommun anser i första hand att förvaltningsrätten ska avskriva målet från vidare handläggning och i andra hand att Markprojekts ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Markprojekt

Tre leverantörer lämnade anbud: Markprojekt, Polytan och Falk Markentreprenad AB (Falk). Varken Polytans eller Falks anbud uppfyller kravet på dräneringskapacitet. Kravet $0,014 \text{ l}/(\text{sm}^2)$ i förfrågningsunderlaget är ett dimensionerande krav som uttrycker mängden nederbörd som anläggningen

ska klara av att dränera. Motsvarande kapacitetskrav med avseende på dränering i padden är 0,49 l/(sm). Det beror på att padden ska dränera allt vatten horisontellt på grund av tätskiktet under den. Den sträcka som vattnet ska dräneras horisontellt är 35 m. Den sista metern närmast kanten ska dels dränera vattnet som kommer uppifrån, dels allt vatten inifrån fotbollsplanen. Kravet på dräneringskapacitet blir därmed $35 \text{ m} \cdot 0,014 \text{ l}/(\text{sm}^2) = 0,49 \text{ l}/(\text{sm})$. Padden i Falks anbud har endast kapacitet för 0,18 l/(sm). Tillverkaren av padden i Polytons anbud har uppgett att dess kapacitet är 0,014 l/(sm). Detta innebär att Markprojekts konstgrässystem är det enda som klarar det s.k. tvåårsregnet utan att vatten blir stående utmed planens långsidor.

Polytons och Falks anbud uppfyller inte heller kravet på att padden inklusive tätskikt ska vara ca 20 mm tjock. Tjockleken är endast 14 mm respektive 12 mm i deras anbud. En så stor avvikelse ryms inte inom vad som kan betecknas som ca 20 mm. Det framgår tydligt av det nordiska certifikat som bifogats Polytons anbud att totaltjockleken är 14 mm. Det finns ingen uppgift om någon annan tjocklek. Bedömningen måste därför utgå ifrån att denna uppgift avser padden inklusive tätskikt.

Förfrågningsunderlagets föreskrift om certifikat och intyg gäller hela konstgrässystemet. Det är en uppenbar efterhandskonstruktion som är både språkligt och sakligt ologisk att kravet på certifikat och intyg endast skulle gälla konstgräsets styvhet. Med hänsyn till paddens stora betydelse är det även felaktigt att föreskriften endast skulle gälla själva gräset och inte övriga delar i konstgrässystemet. Vidare framgår av dåvarande EG-domstolens dom den 4 december 2003 i mål C-448/01, *EVN och Wienstrom*, att en upphandlande myndighet inte får ställa krav som den inte har både förmåga och avsikt att kontrollera och följa upp. Kommunen har därför varit skyldig att kontrollera att Polytons och Falks anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Det kan inte beaktas att Polytan efter Markprojekts ansökan om

överprövning ska ha intygat att dräneringskraven är uppfyllda. Det är inte möjligt att begära komplettering eller förtydligande av ett anbud i syfte att läka en sådan brist. Dessutom motbevisas påståendet av de uppgifter som Markprojekt hämtat in från padtillverkaren.

Markprojekt skulle ha antagits som leverantör om övriga anbud förkastats och har därmed lidit skada eller riskerar åtminstone att göra det. Det är irrelevant att Markprojekt inte skulle ha vunnit upphandlingen om Polytan erbjudit samma pad som Markprojekt, eftersom det handlar om ett hypotetiskt händelseförlopp.

Herrljunga kommun

Upphandlingsunderlaget innehåller endast ett krav gällande dränering: 0,014 l/(sm²). Markprojekts resonemang och argumentation att kravet skulle vara 0,49 l/(sm) är därför ovidkommande. Något sådant krav finns inte.

Det krav som ställts i förfrågningsunderlaget är att padden ska vara ca 20 mm tjock inklusive tätskikt. Eftersom det står cirka samt eftersom tätskiktet ska ingå, finns det ingen anledning för kommunen att inte godkänna en pad på 14 mm.

Punkten om certifikat och intyg hänvisar uppenbarligen till punkten ovanför som handlar om konstgräsets styvhet. Det är orimligt att punkten skulle avse samtliga krav på leveransen och inte enbart konstgräset. Efter att Markprojekts ansökan om överprövning kommit in har kommunen särskilt ställt frågan om dräneringskapacitet till den vinnande leverantören och fått besked att kraven är uppfyllda. Eftersom upphandlingen genomförs som en totalentreprenad har kommunen dock ingen egentlig anledning att hämta in en sådan försäkran. I en totalentreprenad är det den vinnande anbudsgivarens ansvar att leva upp till de ställda kraven. Om den offererade padden visar sig

ha för låg dräneringskapacitet måste den vinnande anbudsgivaren åtgärda det utan kostnad för kommunen.

Prisskillnaden mellan Markprojekts och Polykans anbud är så stor att kommunens totala kostnad skulle ha blivit lägre även om Polytan hade erbjudit samma pad som Markprojekt. Markprojekt har därmed inte kunnat visa att det lidit skada eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Efter ansökan av en leverantör får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i den lagen, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det gäller under förutsättning att brottet mot LOU har medfört att den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Detta framgår av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har inte angett varför den i första hand anser att förvaltningsrätten ska avskriva målet. Markprojekt har inte återkallat sin ansökan, och ändamålet med den har inte heller förfallit av någon annan anledning. Eftersom det därmed inte finns skäl för avskrivning, prövar förvaltningsrätten Markprojekts ansökan i sak.

I mål om överprövning enligt LOU är huvudprincipen att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter den grundar sin talan. Domstolens prövning är normalt begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Markprojekts uppgifter om dräneringskapacitet för paddarna i Polykans och Falks anbud kommer i Polykans fall från ett e-postsvar från tillverkaren och i Falks fall från tillverkarens datablad. Uppgifterna i dessa handlingar tycks gälla vid lutningar på 0,6 respektive 0,5 procent. Enligt förfrågningsunderlaget ska lutningen emellertid vara max 1 procent. Det finns ingen utredning i målet om hur dräneringskapaciteten påverkas av att en större lutning är tillåten. Även om Markprojekts uträkning avseende dräneringskapacitet skulle vara riktig, kan Markprojekt mot denna bakgrund inte anses ha gjort sannolikt att Polykans och Falks anbud inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav i denna del.

Uppgifterna om hur tjocka paddarnas är har hämtats från de s.k. nordiska certifikat som anbudsgivarna lämnat in. I de delar av certifikaten som avser paddarna nämns inte tätskiktet. Det finns inga andra handlingar i målet som ger mer detaljerad information om hur uppgifterna i certifikaten beräknats. Eftersom förvaltningsrätten därmed inte kan avgöra om uppgifterna avser tjocklek med eller utan tätskikt, kan Markprojekt inte anses ha gjort sannolikt att Polykans och Falks anbud inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav på padtjocklek.

Förfrågningsunderlagets föreskrift om certifikat och intyg finns under rubriken "Konstgräs" i de administrativa föreskrifterna. I punkten ovanför under samma rubrik talas om konstgräsets styvhet. Eftersom det rör sig om två separata punkter under en så pass allmänt hållen rubrik, framstår det som orimligt att certifikaten och intygen endast skulle avse styvheten. Det är däremot mer tveksamt om hela konstgrässystemet omfattas av kravet på

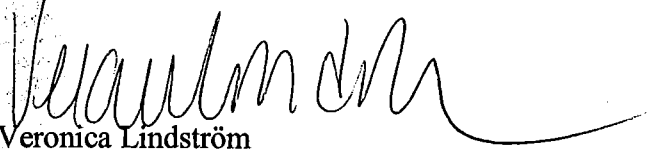
certifikat och intyg eller om enbart själva konstgräset gör det. I rambeskrivningen avseende markarbeten används både ordet konstgräs och ordet konstgrässystem. Under rubriken "Beläggning av konstgräs" tycks en medveten distinktion mellan begreppen ha gjorts. Förvaltningsrätten bedömer därför att endast själva konstgräset omfattas av kravet på certifikat och intyg. Det har således inte funnits skäl för att förkasta Polytons och Falks anbud med hänvisning till att de inte innehåller certifikat eller intyg avseende paddarnas dräneringskapacitet.

Dåvarande EG-domstolen har i punkt 52 i sin dom i det ovannämnda målet *EVN och Wienstrom* uttalat att ett upphandlingskriterium strider mot principerna i gemenskapsrätten (numera EU-rätten) om offentlig upphandling, ifall det inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt. I en upphandling av nu aktuellt slag måste sådana krav emellertid inte nödvändigtvis utgöras av föreskrifter om certifikat och intyg. I många fall kan uppgifter om tillverkare, modellbeteckningar m.m. vara tillräckligt. Utifrån just sådana uppgifter har Markprojekt fört argumentation i frågan om övriga anbudsgivare uppfyllt upphandlingens obligatoriska krav avseende dräneringskapacitet. Förvaltningsrätten bedömer därför att en verklig kontroll har möjliggjorts även utan krav på certifikat och intyg. Kommunen tycks visserligen inte ha gjort någon mer ingående egen kontroll, men det kan inte anses finnas någon skyldighet att kontrollera att lämnade uppgifter är riktiga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11).

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Markprojekt inte gjort sannolikt att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i den lagen. Eftersom Markprojekts ansökan om överprövning ska avslås redan på den grunden, saknas

det anledning att pröva om Markprojekt har lidit eller kan komma att lida skada.

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



Veronica Lindström

Albert Pettersson har varit föredragande.