



KLAGANDE
Piteå kommun
Ekonomi- och inköpsavdelning
941 85 Piteå

MOTPART
STX Sweden AB, 556718-3289

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och advokat Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 12 september 2014 i mål nr 673-14,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

KONKURRENSVERKET	
2015 -01- 15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Piteå kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

STX Sweden AB (bolaget) bestrider bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Kommunen

Kommunen har i ett förtydligande under anbudsfristen klart och tydligt redovisat vilka egenskaper som efterfrågats genom att ställa krav på att konstgräsmattan ska vara vävd i stomme/backing. Efterfrågade egenskaper har tydlig bäring på funktion och prestanda. Trots att några egenskaper, såsom exempelvis ”naturlig spelkänsla”, inte direkt är objektivt mätbara och enkelt beskrivna har dessa egenskaper sitt berättigande. Med hänsyn till att den upphandlade konstgräsmattan ska användas för seriespel i högsta division är det inte oproportionerligt att ställa krav på dessa egenskaper.

Kommunen har som upphandlande myndighet stor frihet att utforma beskrivningen av objektet för upphandlingen så länge den inte strider mot LOU. Övriga anbudsgivare offererade vävda system. Det aktuella kravet är likabehandlande för samtliga intressenter som har möjlighet att uppfylla det. Kravet på transparens är också uppfyllt genom tydliga specifikationer. Det är kommunens rättighet och ansvar att köpa rätt kvalitet till rätt kostnad eftersom objektet ska användas för elitseriespel under lång tid.

Bolaget kan inte anses ha lidit skada då bolaget haft möjlighet att lämna anbud på efterfrågat konstgrässystem men valt att lägga anbud med ett system som inte uppfyller aktuellt krav. Detta är känt av kommunen då bolaget tidigare lämnat materialprov till kommunen på system som är vävt i stomme/backing.

Bolaget

Det är inte riktigt att kommunen uppställt ett krav med tydlig bäring på funktion och prestanda samt subjektiva krav. Kommunen hade haft möjlighet att uppställa sådana krav men har i stället, som förvaltningsrätten funnit, uppställt ett otillåtet krav som tveklöst avser en tillverkningsmetod, vilket urskillningslöst och godtyckligt förhindrar anbudsgivare att offerera konstgräsmatta, som trots annan tillverkningsmetod, uppfyller både kommunens funktionskrav och de krav som rimligen kan ställas på konstgräsmattor. Kommunen har således brutit mot 6 kap. 4 § LOU genom att ställa nämnda krav, i stället för att kräva att konstgräsmattan ska ha vissa egenskaper och beskriva dessa egenskaper, såsom livslängd, slitstyrka, fibertäthet m.fl. objektivt mätbara och enkelt beskrivna egenskaper. Kommunen, som har bevisbördan för att det inte varit möjligt att beskriva konstgräsmattan utan hänvisning till tillverkningsmetod, har inte ens åberopat bevisning till stöd för sina uppgifter. Kommunen har även brutit mot nämnda bestämmelse genom att inte ange att andra likvärdiga tillverkningsmetoder accepteras. Tvärtom har kommunen uttryckligen förbjudit anbudsgivare att offerera konstgräsmattor tillverkade genom tuftning, trots att sådana konstgräsmattor är minst likvärdiga, och i många fall bättre än konstgräsmattor tillverkade genom vävning.

Det är riktigt att bolaget tidigare informerat kommunen om att bolaget rent tekniskt kan leverera vävda mattor. Under arbetets gång visade det sig dock att dessa mattor inte har någon teknisk fördel som inte kan erhållas med tuftat system. P.g.a. tillverkningsmetoden blir vävda konstgräsmattor också väsentligt dyrare än tuftade, vilket är en nackdel när det gäller att offerera den önskade funktionen med ett ekonomiskt konkurrenskraftigt pris. Det är dessvärre inte riktigt att bolaget valt att inte offerera vävt konstgräs. Kombinationen av att kommunen uppställt ett krav på att konstgräsmattan ska vara vävd och befintliga förhållanden och de tekniska krav som i övrigt uppställts på konstgräsmattan innebär att bolaget inte har någon möjlighet att offerera vävt system. Den konstgräsmatta som passar in i kommunens

krav finns inte, och har heller aldrig funnits, som vävt alternativ i bolagets produktportfolio. Bolaget kan däremot leverera tuftat gräs som uppfyller och till och med överträffar de tekniska och funktionella kraven. Bolaget skulle därmed missgynnas om kravet på tillverkningsmetod skulle godtas. Det är därmed tydligt att bolaget missgynnats av att kommunen felaktigt förkastat bolagets anbud genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag som varit utformat i strid med 1 kap. 9 § LOU och 6 kap. 4 § LOU. Bolaget har därmed lidit skada, eller riskerar åtminstone att lida skada, av kommunens överträdelse av LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Som kommunen har anfört i målet har en upphandlande myndighet stor frihet när det gäller att bestämma föremålet för upphandlingen. De krav som ställs måste dock vara förenliga med de grundläggande principerna som ligger till grund för LOU.

I upphandlingen har kommunen ställt krav på att den offererade konstgräsmattan ska vara vävd, dvs. invävd i stomme/backing, inte "tuftad". Detta krav finns angivet tillsammans med andra krav som ställs på den efterfrågade konstgräsmattan.

Bolaget har i huvudsak anfört att kommunen brutit mot 6 kap. 4 § LOU då kravet, såsom det är utformat, uteslutande tar sikte på tillverkningsmetod samt att kommunen inte visat att det varit omöjligt att beskriva efterfrågad konstgräsmatta utan hänvisning till tillverkningsmetod. Kommunen har bl.a. invänt att vikt inte lagts vid själva tillverkningsmetoden utan, utifrån lämnat

förtydligande, vid den efterfrågade konstgräsmattans funktion och prestanda.

Frågan i målet är således om kommunen, genom att ställa ovanstående krav, brutit mot LOU på sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt denna lag.

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU har tillkommit genom införlivande av artikel 23.8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Hänsyn till öppen konkurrens och till icke-diskrimineringsprincipen är bakgrunden till denna bestämmelse.

I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att kommunen, genom att kräva att den offererade konstgräsmattan ska vara vävd i stomme/backing, angett hur den ska vara tillverkad oavsett om syftet med kravet varit annat, exempelvis att lägga vikt vid konstgräsmattans prestanda och funktion. De tekniska specifikationerna avseende den efterfrågade konstgräsmattan innehåller således en uppgift om särskilt framställningssätt, vilket enligt huvudregeln i 6 kap. 4 § LOU inte är tillåtet. Med hänsyn till vad bolaget anfört om sina möjligheter att offerera en konstgräsmatta som uppfyller kommunens krav bedömer kammarrätten att bolaget missgynnats av kommunens förfarande.

Hänvisning till särskilt framställningssätt kan dock göras i en situation där det annars inte är möjligt att på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt beskriva föremålet för upphandlingen. Det är kommunen som har bevisbördan för att en sådan situation föreligger. Kammarrätten konstaterar att kommunen inte närmare förklarar varför det inte skulle vara möjligt att närmare beskriva och precisera efterfrågade egenskaper på annat sätt än genom att kräva att den offererade konstgräsmattan ska vara vävd i backing. Kammarrätten finner inte att det är visat att det av den anledningen varit

nödvändigt att hänvisa till ifrågavarande framställningssätt. En sådan uppgift måste i vilket fall följas av orden "eller likvärdigt", vilket inte gjorts i upphandlingen. Kommunen har mot denna bakgrund agerat i strid mot 6 kap. 4 § LOU. Eftersom förfrågningsunderlaget står i strid med denna bestämmelse föreligger en presumtion för att bolaget lidit eller kunnat lida skada. Med hänsyn till överträdelsens art finns det inte något utrymme att göra en annan bedömning än att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska därför avslås.

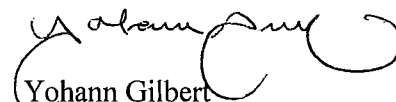
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande



Peter Lif
kammafrättsråd



Yohann Gilbert
tf. kammarrättsassessor
referent



SÖKANDE

STX Sweden AB, 556718-3289
Furuhedsvägen 27
952 31 Kalix

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Piteå kommun
Ekonomi- och inköpsavdelningen
941 85 Piteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Piteå kommuns upphandling "Konstgräsmatta LF Arena" ska göras om.

BAKGRUND

Piteå kommun genomförde upphandling (förenklat förfarande) avseende rivning och flyttning av befintlig konstgräsplan från LF Arena till Björklunda idrottsplats samt leverans och läggning av ny konstgräsplan på LF Arena. STX Sweden AB (bolaget) lämnade anbud i upphandlingen. Bolagets anbud gick dock inte vidare till utvärderingsfasen eftersom kommunen ansåg att det inte uppfyllde kravet på vävt konstgräs. Genom tilldelningsbeslut den 17 mars 2014 tilldelade kommunen Aqua Construction i Piteå AB kontraktet. Grund för tilldelning av kontrakt var lägst pris.

YRKANDEN OCH UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från bolaget tas upp till prövning. I andra hand har bolaget yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen görs om.

Som grund för sin talan har bolaget anfört följande. Kommunen har brutit mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta bolagets anbud trots att anbudet uppfyller alla krav. Till följd av denna överträdelse har bolaget, som har offererat ett lägre pris än den vinnande anbudsgivaren, gått miste om att tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Genom att ställa krav på viss tillverkningsmetod och dessutom inte godkänna likvärdiga tillverkningsmetoder har kommunen brutit mot 6 kap. 4 § LOU samt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har därigenom gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen

och har därmed lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Upphandlingen måste då göras om.

Av rambeskrivningen i upphandlingen framgår att kommunen har krävt att offererat konstgräs måste vara tillverkat genom vävning (i stommen/backningen) och inte får vara tillverkat genom tuftning.

Det står i strid med 6 kap. 4 § och principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU att ställa krav på viss tillverkningsmetod istället för att ange egenskaper. Av 6 kap. 4 § LOU framgår att en upphandlande myndighet inte får ställa krav på ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisning till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Undantagsvis får sådana uppgifter och hänvisningar förekomma, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen. En sådan uppgift eller hänvisning ska alltid följas av orden ”eller likvärdigt”, vilket kommunen inte har angett i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har offererat ett konstgräs som är tillverkat genom tuftning. Detta konstgräs uppfyller i övrigt samtliga ska-krav i upphandlingen med avseende på funktion, kvalitet, hållbarhet etc. och är därför likvärdigt med ett vävt gräs. Kommunen borde därför ha utvärderat och antagit bolagets anbud. Bolaget har därmed lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada, till följd av kommunens agerande.

Kommunen har som motivering till kravet på att offererat gräs ska vara vävt i frågor och svar under anbudstiden angett att kommunen bedömer att dessa mattor i högre grad erbjuder en bättre spelkänsla, ett underlag mer likt naturgräs och en längre livslängd än tuftat gräs. Bolaget har förståelse för att kommunen vill ha en viss kvalitet på gräset. Av bolagets anbud framgår klart och tydligt att alla dessa högt ställda krav uppfylls av den av

bolaget offererade produkten. Kommunen hade alltså kunnat tillgodose sitt behov genom att beskriva vilka funktioner den ville att offererad produkt skulle ha, istället för att ange ett specifikt tillverknings sätt som begränsar konkurrensen. Alternativt hade kommunen, om den ansett det omöjligt att beskriva den funktion som efterfrågas, kunnat ange "eller likvärdigt" efter kravet.

Bolaget har offererat ett mycket konkurrenskraftigt pris, som ligger under den vinnande anbudsgivarens pris. Om kommunen hade utvärderat bolagets anbud istället för att förkasta det hade bolaget tilldelats kontraktet. Det är därmed tydligt att bolaget har lidit skada till följd av att kommunen felaktigt har förkastat bolagets anbud. Vidare hade bolaget haft en möjlighet att tilldelas kontraktet i upphandlingen om kommunen hade tillämpat ett förfrågningsunderlag som var utformat i enlighet med 6 kap. 4 § och 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har därmed lidit skada, eller åtminstone riskerat att lida skada av att kommunen ställt upp krav i strid med LOU.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. Efter kontroll av vilka typer av mattor som lagts på andra elitfotbollsarenor samt utifrån utvärderingar (ranking 2013) som gjorts av elitfotbollsarenor har kommunen bedömt att konstgräsmattan ska vara vävd, dvs. invävd i stomme/backning, inte tuftad. Med detta har kommunen inte lagt tyngdpunkten vid uppgifter om varumärken, patent, ursprung eller tillverkning. Genom att ha angett att konstgräset ska vara vävt i stomme/backning har egenskaper som bedömts som väsentliga hos en konstgräsmatta för elitfotboll efterfrågats, dvs. egenskaper som tar sikte på prestanda eller funktion och som i högre grad bedöms mötas av ett vävt konstgräs.

Dessa egenskaper har kommunen, under anbudsfristen, beskrivit i svar på fråga om varför det har ställts krav på vävt gräs. Vävt konstgräs bedöms erbjuda en bättre spelkänsla, ett underlag mer likt naturgräs och en längre livslängd än tuftat gräs. Detta tack vare bl.a. bättre fibersymmetri (fibern lutar inte åt ett visst håll), en kombination av olika fiber och täta fiberknippen. Detta är egenskaper som måste bedömas som proportionerliga med hänsyn till att konstgräsmattan ska användas för seriespel i högsta divisionen. Det är kommunens uppfattning att detta sätt att beskriva efterfrågade egenskaper måste kunna användas för att beskriva föremålet för upphandlingen vad avser prestanda och funktion.

Det är värt att notera att bland de fotbollsplaner där det spelas seriematcher i elitfotboll i Sverige, som de senaste två till tre åren bytt till eller bytt ut konstgrässystem, valt främst vävda konstgräsmattor. De referensanläggningar som bolaget bifogat sitt anbud är främst bredd- och skolfotbollsplaner. Endast en anläggning är en elitarena.

Bolagets offererade konstgräsmatta är tuftad. Den uppfyller inte samtliga krav då den inte är invävd i stomme/backning.

Det är inte tillverkningsmetoden i sig som efterfrågas utan prestanda och funktion. Dessa egenskaper bedöms i högre grad kunna mötas med ett vävt system. Att de krav som ställts inte gynnar samtliga aktörer på marknaden kan inte anses liktydigt med att den aktör som inte kan offerera enligt efterfrågade krav eller som väljer att offerera ett alternativ med lägre prestanda än den som efterfrågas ska kunna åberopa 6 kap. 4 § LOU för att få sälja något som inte efterfrågats.

Det är även viktigt att notera att det finns flera aktörer som kan erbjuda konstgräsmattor som är vävda i stomme/backning. Detta innebär att konkurrens kan skapas och flera anbudsgivare/presumtiva leverantörer finns

som därför inte är missgynnade utan kan leverera likvärdiga system, däribland bolaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om kommunen agerat i strid med LOU genom att diskvalificera bolagets anbud på grund av att det inte uppfyller ska-kravet om vävd, ej tuftad, konstgräsmatta. Vidare är frågan om kommunen agerat i strid med LOU genom att ställa upp ska-kravet.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om bl.a. tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till tillverkning 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 likvärdigt”.

I förfrågningsunderlagets rambeskrivning under punkt DK. 1 anges att konstgräsmattan ska vara vävd, dvs. invävd i stomme/backning, inte tuftad.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är det tveklöst så att det aktuella kravet utgör en sådan uppgift om tillverkning/framställningssätt som avses i 6 kap. 4 § LOU. Kravet får vidare anses gynna de företag som tillhandahåller vävt konstgräs och missgynna de som tillhandahåller tuftad.

För att en sådan hänvisning som det nu är fråga om ska vara tillåten ska det i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt (se prop. 2006/2007:128 s. 193).

Kommunen har inte gjort gällande att det varit omöjligt att beskriva den önskade konstgräsmattans egenskaper på något annat sätt. Förvaltningsrät-

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.