



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2019-10-16
Meddelad i Härnösand

Mål nr
2620-19

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019-10-16 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Polytan Scandinavia AB, 556252-6516
Box 1143
131 26 Nacka Strand

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och biträdande jurist Max Thimmig
Stavenow Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Östersunds kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Hofvallen – Konstgräsplan som avser leverans ochläggning av konstgräsplan inklusive tillkommande verksamheten såsom linjering. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande. Kontraktet tilldelades annan leverantör än Polytan Scandinavia AB.

Polytan Scandinavia AB (Polytan) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Polytan i huvudsak följande. I upphandlingen har kommunen ställt ett krav på fibertjocklek och på fiberbredd. Enligt ställda krav ska fibrernas tjocklek vara minst 500 micron enligt s.k. EN-standard FIFA 2015 och fibrernas bredd bör vara minst 1,4 millimeter. Det är endast Unisport Scandinavia AB (Unisport) som kvalificerats. Unisports anbud innehåller dock brister och uppfyller inte heller de obligatoriska kraven.

Unisports anbud innehåller ett erbjudande som enligt utvärderingsprotokollet har en bredd på 1,4 millimeter. I själva verket har Unisports fiber enligt laboratorieresultat en bredd på 1,2 millimeter och en tjocklek på 500 micron. Om tjockleken i Unisports fiber i deras anbud bevisas av den sista bilden i den av FIFA framtagna laboratorierapporten som Unisport bifogar uppfyller denna förvisso kravet på 500 micron men inte kravet på 1,4 millimeter.

Kravet på fibrernas tjocklek om 500 micron är också ställt i strid med principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens. Enligt produktkravet i förfrågningsunderlaget ska fibrerna ha en tjocklek på minst 500 micron. Detta anges vara ett krav som är ställt enligt EN-standard FIFA 2015. Ett krav om 500 micron återfinns dock inte i FIFA:s kvalitetsprogram för konstgjorda fotbollsplaner. Polytan har i frågor och svar den 13 maj

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM

2019 ställt frågan om vad det är som ska vara 500 micron och var detta återfinns i FIFA:s kvalitetsprogram. Kommunen har inte besvarat frågan om var det framkommer i FIFA:s handbok. Kravet strider därför mot principen om transparens.

Det enda företag som uppfyller kravet på 500 micron är Unisport. Detta är dock ett krav som går utöver det som är nödvändigt med hänsyn till upphandlingens ändamål, nämligen att upphandla en konstgräsanläggning. Eftersom kravet omöjliggör en konkurrens om kontraktet är kravet därmed ställt i strid med principen om proportionalitet och likabehandling. Kommunens krav är anpassade efter en specifik leverantörs produkt och strider därför mot principen om proportionalitet. Polytan avstod från att lämna anbud då man inte kunde erbjuda en produkt som uppfyllde kraven i upphandlingen. Kraven kunde inte heller uppfyllas av de två övriga deltagande anbudsgivarna. Polytan har därmed lidit skada.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har ställt ett antal krav på det konstgräs som ska nyinstalleras. Konstgräset ska bl.a. vara av ”tredje generationen” och i den mån det är relevant för nu aktuellt mål, uppfylla särskilda mått. Fibrernas tjocklek ska vara minst 500 micron och dess bredd ska vara minst 1,4 millimeter. Dessa tekniska krav är av betydelse för det upphandlande konstgrässystemets kvalitet och egenskaper. Kraven är på den nivå som kommunen bedömt nödvändig för att det aktuella konstgräset ska kunna användas för avsett ändamål, i synnerhet då de aktuella planerna kommer att användas i omfattande utsträckning och under mycket varierande väderförhållanden. Dessa krav är både nödvändiga och lämpliga för att uppnå kommunens syften med och behov i upphandlingen.

När det gäller det ifrågasatta kravet att fibrerna ska ha en minsta tjocklek om minst 500 micron är det ställt för att säkerställa att kommunen får den volym/mängd konstgräs som den efterfrågar. Ju högre fibertjocklek desto mer sammanlagt material i offererade konstgräsmattorna. Denna kvalitetsnivå leder inte till att någon potentiell leverantör diskrimineras. Kommunen är inte förhindrad att efterfråga en produkt som uppfyller höga tekniska och kvalitetsmässiga krav. Att den vinnande anbudsgivaren uppfyller kravet på viss fibertjocklek kan inte anses visa att det endast är denna anbudsgivare som haft möjlighet att uppfylla kravet. Kravet på 500 micron är inte oproportionerligt.

Polytan har även ifrågasatt tydligheten i kravet på att fibrerna ska ha en minsta tjocklek om 500 micron. Det framgår mycket tydligt att de offererade fibrerna ska ha en minsta tjocklek om 500 micron. När Polytan ställde en fråga om kravet angav kommunen att kravet innebar att fibrerna skulle ha en minsta tjocklek om 500 micron. När det gäller hänvisningen till FIFA:s standarder utgör den ett förtydligande för att anbudsgivarna ska få en god uppfattning om vad som efterfrågas oavsett om kravet förekommer i FIFA:s standard.

Det är felaktigt att Unisport inte har offererat ett konstgräs där fibrerna har en minsta bredd på 1,4 millimeter. Av anbudet framgår tydligt att det offererade konstgräset har fiber som har en bredd motsvarande 1,4 millimeter. Att fibrernas bredd är 1,4 millimeter styrks även av den laboratorierapport från FIFA som Unisport bifogat till sitt anbud. Eftersom Polytan ifrågasatt de tydliga uppgifter som finns i det vinnande anbudet har Unisport även gett in ett intyg från ytterligare ett oberoende testlaboratorium. Av intyget framgår tydligt att det konstgräs som Unisport offererat uppfyller kravet på minsta bredd. Kommunen har således inte brutit mot de grundläggande principerna genom att anta Unisports anbud.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM

Polytan har inte angett på vilket sätt Polytan lidit skada av det krav som påstås vara felaktigt. Att Polytan inte lider skada av de påstådda felen blir ännu tydligare i förhållande till den påstådda bristen i Unisports anbud. Polytan kan inte anses lida skada i en upphandling där Polytan inte lämnat anbud och i vilken Polytan bevisligen aldrig skulle ha kunnat lämna anbud p.g.a. de krav som Polytan inte kan uppfylla. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande principerna. Förutsättningar för att ingripa mot upphandlingen saknas.

Polytan genmäler bl.a. följande. Ingenstans framgår att mätningen enligt FIFA standard syftar till det mål som kommunen angett, dvs. att kommunen får den volym/mängd konstgräs som den efterfrågar. Kravet är då felställt och hänvisar definitivt till fel standard. Den mätstandard som FIFA antagit som motsvarar kommunens mål om en viss massa i gräsmattan är ISO 8543. Även i detta avseende är således kravet på viss tjocklek felställt och därmed varken ändamålsenligt eller transparent.

Det finns flera tillverkare av högkvalitativt konstgräs. Kommunens krav tillåter bara en leverantör att vinna upphandlingen då kommunen lagt in mått ett påhittat mått i sin produktspecifikation trots att det finns många högkvalitativa konstgräsmattor på marknaden. Polytans konstgräsmattor uppfyller kraven på omfattande användning och kan givetvis användas under mycket varierande väderförhållanden. Kommunens krav utesluter dock Polytan och dessutom rätteligen vinnande anbudet från att delta i konkurrensen om man ska följa FIFA:s standard. Polytan har sakkunskapen om konstgräs och vet att de tvetydiga kraven är omöjliga att kombinera enligt efterfrågad standard. Att kraven är felaktigt ställda och utesluter konkurrensen är redan visat de facto att de övriga anbudsgivarna åkte ur upphandlingen p.g.a. kravet. De åkte in ut p.g.a. priset utan p.g.a. de starkt riktade kraven till en vinnande leverantörens egna produktspecifikation som avviker från FIFA:s mätstandard 2015.

Ett krav på den typen av tjocklek som efterfrågas återfinns inte i FIFA:s standard och kommunen har inte kunnat påvisa någon mätstandard från FIFA enligt vilken det dubbla kravet kan tolkas. Vinnande leverantörs testrapport visar inte att mätningen gått till enligt FIFA:s standard. Tjockleken på stråt ska nämligen mätas ovanifrån med en cirkel, medan denna rapport uppenbarligen mäter stråt från sidan med ett streck. Mätningen uppfyller alltså inte hänvisad standard och bevisar inte att stråt har en tjocklek om 1,4 millimeter. Eftersom stråt har en micron om 300 är därför tjockleken=bredden=diametern av cylindern i tjockaste delen av stråt 1,3 mm eller 300 micron.

Produktkravet på 500 micron är uppenbarligen ställt i syfte att begränsa konkurrensen. Kravet är onödigt exkluderande och uppfyller inte något annat syfte än att efterfråga en viss leverantörs produkt och omöjliggöra konkurrens. Vinnande anbudets "Pile Thickness" som mäts i micron är 300 enligt den testrapport som kommunen skickat med. Den bevisar således att vinnande anbudet inte heller uppfyller kravet på 500 micron.

Polytan har en diameter om 360 micron enligt FIFA:s standard, vilket är exceptionellt bra och har därför en större diameter än vinnande anbudets produkt på 300 micron. Ingen har dock en diameter eller tjocklek om 550 micron om den mäts enligt FIFA: standard 2015. Tjocklek och diameter av en cirkel på tjockaste stället i tvärsnittet är samma sak enligt FIFA:s mätstandard.

Ett krav på 300 micron avseende tjocklek=diameter av en cirkel på vidaste stället i en brottyta hade varit tillräckligt. Om kommunen vill ha en viss täthet skulle kravet kunnat ställas i kombination med standard ISO 8543. Det hade då varit möjligt för anbudsgivarna att förstå kraven och dess ändamål. De nuvarande kraven hindrar dock upphandlingens ändamål, nämligen att kommunen ska få en bra konstgräsanläggning. Han kommunen uppgett att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM

kraven ska vara enligt FIFA 2015 ska man kunna hitta kraven där. Polytan har lidit skada genom att inte kunna lämna anbud i upphandlingen då det inte framgår vad som krävts och hur kraven ska kunna uppfyllas.

Kommunen har därefter anfört bl.a. följande. Polytan förväxlar vinnande anbudsgivarens diameter på stråna, vilken uppgår till just 300 micron, med vinnande anbudsgivarens tjocklek på stråna, vilken uppgår till 540 micron. Polytans påstående om att vinnande leverantörens anbud inte uppfyller samtliga krav grundar sig med andra ord på missförstånd. Att vinnande anbudsgivarens konstgräs faktiskt uppfyller de ställda kraven visas inte minst av ingiven testrapport som upprättats i enlighet med FIFA:s testmetoder. Av utdraget framgår tydligt att det offererade konstgräset uppfyller de ställda kraven avseende tjocklek (544 micron) och diameter (300 micron). Av FIFA:s kvalitetsprogram för konstgräsmattor framgår hur bedömningen ska ske av ett grässtrås tjocklek och dess diameter. Kommunen vill särskilt poängtera att den inte ställt något krav om en minsta tjocklek om 1,4 millimeter utan ett krav på en minsta stråbredd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU får rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 1 § 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 iakttas.

Enligt 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av upphandlingsdokumentet "Rambeskrivning Konstgräsanläggning Hofvallen" framgår att kommunen ställt ett antal särskilda materialkrav avseende konstgrässystemet. Av DCG.5119 framgår att fiber ska ha en minsta tjocklek om 500 micron enligt FIFA 2015 (mätmetod enl. EN-standard FIFA) och en diameter om minst 300 micron enligt FIFA 2015 samt en bredd om min 1,4 mm.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de frågor och invändningar som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten prövar därför om det på grundval av vad Polytan anfört i målet föreligger anledning att ingripa mot upphandlingen. Det är Polytan som ska visa att förutsättningarna för ingripande är uppfyllda.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har en betydande frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. De krav som myndigheten uppställer får emellertid inte strida mot LOU eller de unionsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Polytan har anfört att upphandlingens nu aktuella krav avseende fibrernas tjocklek och bredd utformats efter en specifik leverantörs produktspecifikation och att konkurrensen därigenom begränsats. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det dock stöd för att anse att kommunen utformat kraven i

syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Att endast en leverantör bedömts uppfylla kraven föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten konstaterar i sammanhanget att kontraktet, om än felaktigt, initialt tilldelats annan anbudsgivare än Unisport. Någon anledning att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad Polytan anfört i denna del föreligger därför inte.

Polytan har också anfört att kraven på tjocklek och bredd strider mot de grundläggande principerna om transparens, proportionalitet och likabehandling. Förvaltningsrätten anser dock inte, mot bakgrund av vad kommunen anfört i målet, att det är visat att kraven innebär en överträdelse av dessa grundläggande principer.

I likhet med kommunen anser förvaltningsrätten att kraven är tydligt angivna i upphandlingsdokumenten. Även om hänvisningen till FIFA:s standard i viss mån inneburit en viss oklarhet är det enligt förvaltningsrättens mening inte visat att denna oklarhet varit av sådant slag att kravet brister i transparens på sådant sätt att det föreligger skäl att ingripa mot upphandlingen. Även med beaktande av vad Polytan anfört i övrigt angående transparensprincipen anser förvaltningsrätten inte att det med anledning av brott mot denna princip framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen.

Polytan anser även att aktuella krav strider mot proportionalitetsprincipen med hänsyn till bl.a. att de dubbla kraven avseende tjocklek och bredd är påhittade och motstridiga. Enligt förvaltningsrättens mening är det dock inte visat att kraven på något sätt skulle strida mot proportionalitetsprincipen. I denna del beaktar förvaltningsrätten vad kommunen angett om vikten av att ställa höga kvalitetsmässiga krav. Förvaltningsrätten beaktar också vad som framkommit angående FIFA:s testrapport avseende vinnande anbudsgivares offererade konstgräs samt vad som i övrigt framkommit om FIFA:s testmetoder. Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Polytan anfört om brott

mot likabehandlingsprincipen avseende nu aktuella krav föranleder förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Polytan har också anfört att vinnande anbudsgivaren varken uppfyller krav på fibrernas tjocklek om 500 micron och bredd på minst 1,4 millimeter. Enligt förvaltningsrättens mening har Polytan inte motbevisat kommunens uppgifter om att vinnande leverantören uppfyllt kravet om 1,4 millimeter. I denna del beaktar förvaltningsrätten särskilt vad som framkommer av den laboratorierapport från FIFA som vinnande anbudsgivarens bifogat till sitt anbud. Vad gäller kravet på fibrernas tjocklek om 500 micron anser förvaltningsrätten inte heller att Polytan motbevisat kommunens uppgift om att vinnande leverantören även uppfyllt detta krav.

Mot ovan nämnda bakgrund är det därmed inte visat att Polytan lidit eller kunnat komma att lida skada. Vid nu angivna förhållanden och då Polytan inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen ska ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Yohann Gilbert
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.