



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 20

DOM
2019-11-19
Meddelad i Stockholm

Mål nr
13763-19

SÖKANDE

Polytan Scandinavia AB, 556252-6516

Ombud: Jur.kand. Ilan Sadé
Nordbro AB
Gibraltargatan 7
211 18 Malmö

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019 11 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1154457

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

-

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal konstgräs (dnr KFKS 2018/939). Uppdraget omfattar anläggning av konstgräs för olika syften, bl.a. fotbollsplaner. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 3 juni 2019 framgår att kommunen har beslutat att teckna avtal med Unisport Scandinavia AB (Unisport).

Polytan Scandinavia AB (Polytan) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Unisport och anför följande. Stora delar av priset och hela kvalitetsbedömningen grundar sig på två beskrivningar av konstgräsentreprenader. Unisports anbudspris bygger på att en viktig och kostsam komponent i konstgräsplanen inte är medräknad, då anbudspriset inte inkluderar BioFill eller något annat granulat. Detta innebär att Unisports anbud inte är fullständigt, vilket innebär att Unisport inte har följt de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten. För det fall Unisport skulle anses ha offererat granulat/BioFill och anbudet därför ska betraktas som fullständigt har detta inte räknats in i de fasta priserna för konstgräsplanerna. Separata offerter avseende granulat som tillägg till konstgräsmattorna med enbart sand är att betrakta som alternativa lösningar, vilket enligt förfrågningsunderlaget inte accepteras. Unisports anbud strider således mot obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten och ska därmed, med hänvisning till principerna om lika-behandling och öppenhet, förkastas. Polytan har till följd av kommunens överträdelse av LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna åtminstone riskerat att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför att Unisports anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingsdokumenten samt att kommunen inte har agerat i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vidare att Polytan i vart fall inte har lidit skada i upphandlingsrättslig mening.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att rätten grundar sin prövning främst på de omständigheter som sökanden åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är således om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder Polytan har anført.

I 4 kap. 1 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Krav på ifyllnadsmaterial i upphandlingen

Den aktuella upphandlingen består av två delar, en kvalificeringsdel och en utvärderingsdel. I kvalificeringsdelen fick anbudsgivarna tillgång till de

krav som gäller för upphandlingen, däribland att konstgräsplaner ska uppfylla kraven för svenskt/nordiskt certifikat. I upphandlingsdokument anger kommunen följande krav på objekten Fisksätra IP och Skuru IP;

”Planens syfte är breddfotboll och den funktionalitet som efterfrågas är en konstgräsplan som följer SvFF:s rekommendationer för anläggning av konstgräsplaner daterad 2018-11-15 och även FIFA 2 star/nordiskt certifikat.”

I nästa del av upphandlingen bjöds anbudsgivare in till en anbuds-presentation. Inför denna skulle anbudsgivarna skicka in två beskrivningar av konstgräsentreprenader, kallade ”case”. Utvärderingskriterierna utgörs dels av det totala anbudspriset, dels av en kvalitetsbedömning varigenom anbudspriset vid utvärderingen kunnat erhålla avdrag på olika nivåer beroende på kvalitet.

Polytan har anfört att konstgrässystem som lever upp till gällande standarder för konstgräsplaner i nästan samtliga har fall två lager av ifyllnadsmaterial i mattan; dels ett undre lager bestående av sand, dels ett övre lager bestående av granulat av någon typ. Vidare att det är uppenbart att kommunen har beaktat behovet av granulat i Unisports produkt, och att Unisports produkt i annat fall inte skulle leva upp till gängse standarder för breddfotboll.

Kommunen har anfört följande. Reglerna för svenskt/nordiskt certifikat innebär inte att två ifyllnadsmaterial måste användas. Kommunens erfarenhet är att det utöver sand inte krävs granulat för att erhålla ett svenskt/nordiskt certifikat och att den av Unisport specifikt offererade lösningen med endast sand uppfyller kriterierna för ett svenskt certifikat. Kommunen har inte förutsatt att något ytterligare ifyllnadsmaterial ska ingå eller kompletteras med.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har gett in ett ”svenskt certifikat konstgräs, breddfotboll”, enligt uppgift motsvarande det konstgräs Unisport erbjuder, till stöd för att det vinnande anbudet motsvarar den standard som krävs i upphandlingen. Polytan har inte bemött kommunens uppgifter i denna del, och har dessutom själva uppgett att konstgrässystem som lever upp till gällande standarder i nästan samtliga har fall två lager av ifyllnadsmaterial. Polytan har inte heller i övrigt anfört något som visar att granulat eller ett motsvarande ifyllnadsmaterial krävs för att uppnå efterfrågad standard, eller att det på annat sätt varit ett krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att Polytan inte har visat att granulat varit en nödvändig förutsättning för att uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen.

Unisports anbud

Polytan har gjort gällande att Unisport inte har följt de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten, i första hand eftersom Unisports anbud inte inkluderar ifyllnadsmaterialet granulat och därmed inte är fullständigt. I andra hand att Unisport, för det fall de skulle anses ha offererat granulat, inte har räknat in kostnaden för granulat i de fasta priserna för konstgräsplanerna. Till stöd för sin uppfattning har Polytan fört fram följande. Unisport har i sina fallbeskrivningar förklarat att det som erbjuds är konstgräsplaner vilka endast innehåller sand som ifyllnadsmaterial, men att planerna kan kompletteras med 5–15 mm granulat av typen BioFill som är ett organiskt material som betingar ett högre pris. Unisport anger i sitt anbud att kraven för breddfotboll enligt de svenska och nordiska reglerna, respektive enligt de internationella reglerna, uppfylls genom ett tillskott av granulat upp till olika nivåer. Bolaget har lämnat uppgift om att ifyllnadsmaterialet BioFill kan användas för att motsvara olika standarder för breddfotboll, varvid bl.a. svenskt/nordiskt certifikat nämns. Det är

uppenbart att kommunen har beaktat behovet av granulat i Unisports produkt och att Unisports produkt i annat fall inte skulle leva upp till de standarder för breddfotboll som krävs i upphandlingen. Polytan framhåller bl.a. att just BioFill och dess påstådda förtjänster nämns i en särskild protokollsanteckning i tilldelningsbeslutet.

Kommunen har i denna del anfört följande. Kommunens tolkning av Unisports anbud har under hela upphandlingsprocessen varit att endast sand ingår i den offererade lösningen, vilket framgår tydligt av Unisports anbud. Ett stycke i Unisports anbud kan tolkas som att det krävs granulat/BioFill för att erhålla svenskt/nordiskt certifikat. Med kommunens erfarenhet av konstgräsplaner kunde det dock på ett tidigt stadium konstateras att Unisports skrivning vad gäller ytterligare ifyllnadsmaterial behandlade möjligheten att uppnå standarden FIFA Quality, vilket är en standard som ställer högre krav än svenskt/nordiskt certifikat för breddfotboll. Det är vidare tydligt i Unisports fallbeskrivningar att det rör sig om en granulatfri lösning och att den offererade lösningen uppfyller kraven för svenskt certifikat. Kommunen fick tillgång till aktuellt certifikat för lösningen där detta bekräftades. Unisport uppfyller därmed samtliga krav i upphandlingsdokumenten. Att Miljöpartiet i en särskild protokollsanteckning i tilldelningsbeslutet hänvisat till BioFill och dess påstådda förtjänster har ingen påverkan på beslutet i sig och innebär inte en förutsättning för beslutet.

Förvaltningsrättens bedömning

I Unisports fallbeskrivningar anges bl.a. följande.

”Konstgrässystemet har offererats granulatfritt dvs endast sandfyllt men kan senare även kunna kompletteras med 5-15 mm fossilfritt Biofill-granulat beroende på vilken spelarsäkerhet och/eller vilka spelegenskaper som efterfrågas. Ovanstående val även på

grund av att FIFA dragit tillbaka alla labbgodkännanden för breddfotboll på grund av brister i spelarsäkerhet, vilket inte testas för Svenskt certifikat.”

”Det offererade granulutfria konstgräset kan, om så önskas, senare även kompletteras med valfri mängd BioFill-funktionsinfill. På detta sätt kan samma konstgräs användas beroende på vilka spelegenskaper och vilka spelarsäkerhetskrav beställaren ställer för planen i fråga. Konstgrässystemet kan med olika BioFill infillsnivåer justeras till att motsvara kraven för breddfotboll enligt Svenskt eller Nordiskt Certifikat (inget slitage test ej heller test mot brännskador), för breddfotboll enligt FIFA Quality (6000 varv slitagetest inklusive test mot brännskador efter slitage) eller elitfotbollskrav enligt FIFA Quality Pro (3000 varv slitagetest inklusive test mot brännskador efter slitage).”

Förvaltningsrätten anser det av texterna klart framgår att granulat inte ingår i anbudet. Detta vinner också stöd i det av kommunen ingivna certifikatet för konstgräs, som uppges avse den av Unisport offererade lösningen. Det saknar därför betydelse att skrivningar i Unisports fallbeskrivningar skulle kunna tolkas som att granulat krävs för att uppnå efterfrågad standard.

Inte heller i övriga handlingar i målet anges att Unisports anbud inkluderar granulat. Det framgår inte heller på något sätt av utvärderingsprotokollet, tilldelningsbeslutet eller av övriga handlingar i målet att granulat har beaktats som en del av det vinnande anbudet. Den protokollsanteckning som Polytan hänvisat till visar inte heller att granulat utgör en del av Unisports anbud. Eftersom Unisports anbud således inte inkluderar granulat, och detta inte heller varit ett krav i upphandlingen, kan anbudet inte anses vara ofullständigt.

Alternativ lösning i Unisports anbud

Polytan har anfört att separata offerter avseende granulat som tillägg till konstgräsmattorna med enbart sand är att betrakta som alternativa lösningar, vilket enligt upphandlingsdokumenten inte accepteras. Vidare att det inte är helt klart om kommunen gör gällande att Unisport har gjort en rättelse av

uppgiften i anbudshandlingarna om att svenskt/nordisk standard kan uppnås genom användning BioFill.

Kommunen har uppgett följande. Unisport har, utöver sina två fallbeskrivningar, skickat in en handling benämnd ”översiktlig info Nacka ramavtalsanbud” som kommunen uppfattat som ett översiktligt informationsblad med en sammanfattning av vad Unisport erbjuder i varje fallbeskrivning. Det är denna handling Polytan valt att kalla anbudshandling utan att denna är rubricerad så eller i övrigt har karaktären av en anbudshandling. Handlingen innehåller ingen information som kommunen efterfrågat och den har inte heller legat till grund för några avväganden i utvärderingen. För det fall en anbudsgivare av misstag eller av någon annan anledning skickat in uppgifter som inte efterfrågats bortser kommunen helt enkelt från dessa. Uppgifter som inte efterfrågats men som ändå skickades in accepterades alltså inte och saknar helt relevans för efterföljande kontrakt.

Förvaltningsrättens bedömning

Det informationsblad från Unisport som kommunen resonerar kring har inte getts in i målet. Av Unisports skrivningar om granulat/BioFill i de två fallbeskrivningarna, vilka får anses utgöra del av anbudet, kan utläsas att bolaget informerar kommunen om möjligheten att i framtiden komplettera det granulatfria konstgräset med valfri mängd BioFill-funktionsinfill. Kommunen blir således inte bunden vid att köpa in granulat för att erhålla det aktuella upphandlingsföremålet vid ett antagande av Unisports anbud. Informationen i Unisports fallbeskrivningar kan därför inte anses utgöra ett otillåtet alternativt anbud eller en reservation i förhållande till det aktuella anbudet.

Polytan har vidare anfört att kommunen har räknat med att granulat/BioFill ska användas och betygsatt Unisports anbud baserat på den förutsättningen. Polytan har i påtalat att kommunen har gett Unisports anbud högsta betyg, innebärandes högsta möjliga avdrag om 30 procent, men har därutöver inte utvecklat sitt påstående om att Unisports anbud har betygsatts utifrån felaktiga antaganden om anbudets innehåll.

Förvaltningsrätten har ovan kommit fram till att granulat/BioFill inte kan anses vara en del av Unisports anbud. Förvaltningsrätten finner att Polytan inte heller har åberopat några omständigheter som visar att informationen i Unisports anbud om att det är möjligt att i framtiden komplettera det granulatfria konstgräset med BioFill har påverkat kommunens utvärdering av anbudet.

Sammanfattning

Unisports anbud innefattar inte granulat och det kan av upphandlingsdokumenten inte heller utläsas att granulat eller annat ifyllnadsmaterial varit ett krav från kommunen i upphandlingen av konstgräs. Unisport kan genom upplysningen om att konstgräsplanerna kan kompletteras med granulat för att uppnå en högre standard inte anses ha rättat sitt anbud eller lämnat ett alternativt anbud. Polytan har inte heller visat att kommunen har beaktat informationen på ett sätt som påverkat utvärderingen av Unisports anbud. Vad Polytan har anfört utgör därför inte omständigheter som visar att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Polytan har därmed inte lidit skada i den mening som avses i LOU. Förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger således inte.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Karl Lundberg

Rådman

Jakob Franzén har föredragit målet.



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 nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

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.

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.

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.