



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2011-04-15
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2740-11 E
Enhet 1:1

SÖKANDE

Aaba Kotikentät Oy
Annankatu 16 E
FI-00120 Helsingfors
Finland

KONKURRENSVERKET	
2011-04-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och Jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kungälv's kommun
Upphandlingsenheten
442 81 Kungälv

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan.

Dok.Id 75685

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

BAKGRUND

Kungälv kommun (nedan kommunen) har genomfört en upphandling avseende konstgräs till Kongevi IP med option av konstgräs för två liknande 11-mannaplaner, dnr 2011/83. Upphandlingen har genomförts med ett förenklat förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 3 mars 2011 framgår att kommunen har valt att anta STX Sweden AB:s anbud.

Aaba Kotikentät Oy:s anbud har inte utvärderats eftersom bolaget saknat referenser för offererad produkt.

YRKANDEN

Aaba Kotikentät Oy (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen görs om varvid anbudet från bolaget upptas till utvärdering. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Kommunen har utan laga grund uteslutit bolagets anbud med påståendet att bolaget inte anses uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav och har i anbudssammanställningen angett att bolaget saknar referenser för offererad produkt. Kommunens felaktiga agerande är i första hand föranlett av att det aktuella kravet avseende referenser står i strid med de grundläggande unionsrättsliga principerna om proportionalitet, icke-diskriminering och likabehandling. Härutöver kan ifrågasättas om de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven är tillräckligt tydligt beskrivna för att en anbudsgivare ska kunna avge ett korrekt anbud. Genom att felaktigt förkasta och därmed inte uppta bolagets anbud till utvärdering har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.
Bolaget har härigenom lidit eller riskerar att lida skada.

Proportionalitets-, likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen

Kommunen har ställt upp ett krav avseende referenser som innebär att anbudsgivaren ska kunna redovisa referenser avseende det system som offereras. Bolaget har i upphandlingen angett 15 referensobjekt avseende konstgräsplaner. Eftersom det offererade konstgräset är en nyutvecklad produkt är det av naturliga skäl inte lämnad någon referens på exakt det nu offererade konstgräset.

För det fall de referenser som angetts av bolaget inte kan anses uppfylla skullkravet gör bolaget gällande att skullkravet är oförenligt med framförallt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet och således strider mot 1 kap. 9 § LOU. Det av kommunen uppställda skullkravet är inte en lämplig, nödvändig och effektiv åtgärd för att uppfylla syftet med kravet. Kravet avseende referenser på *exakt* det offererade systemet innebär också en konkurrensbegränsning som utestänger nya företag och inte ger lika möjlighet för de leverantörer som ligger i framkant och ständigt utvecklar sina produkter att tilldelas kontrakt.

Det är också värt att poängtera att kommunen ställt höga tekniska krav på det konstgräs som anbudsgivarna ska offerera samt att bolaget uppfyllt samtliga dessa krav. Därmed har kommunen säkerställt att en fullgod produkt erhålls som uppfyller samtliga de krav som uppställs på konstgräsplanerna. I detta avseende kan noteras att såväl Aaba Football Turf L40 (som offererats i upphandlingen) och Aaba Football Turf L60 (som offererats till Vellinge kommun) uppfyller de krav som uppställs från Svenska Fotbollsförbundets (SvFF) sida.

Kravet på två referensprojekt inom Sverige strider också mot proportionalitetsprincipen då det inte kan anses proportionerligt, och således går utöver vad som är nödvändigt, att kräva att referensprojekten måste finnas just inom Sverige. De måste rimligen vara så att en konstgräsplan används och slits på samma sätt oavsett i vilket land den är anlagd, i vart fall så länge klimatet är likartat. Att uppställa detta krav innebär också att principen om icke-diskriminering träds för när genom att leverantörer som är baserade utanför Sverige direkt, eller indirekt, diskrimineras.

Vidare har kommunen handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Kommunen har, trots att andra bolags anbud brutit i samma avseenden som bolagets, – d.v.s. avseende angivande av referenser – valt att utvärdera dessa andra bolags anbud medan bolagets anbud förkastats.

Sammanfattningsvis gör bolaget gällande att kravet på angivande av referenser endast kan ha uppställts för att anbudsgivarna ska kunna styrka att företaget har förmåga och kapacitet att genomföra anläggandet av konstgräs. Anläggandet av konstgräs sker på samma sätt och enligt samma arbetsmetod, oaktat att utformningen av konstgräset kan skilja sig åt, varför det även av denna anledning saknar relevans att ställa krav på referenser av exakt det offererade konstgräset som dessutom ska vara använt minst två säsonger. Bolaget vill också påtala att angiven referens från Vellinge kommun avser en i stort sett identisk produkt, med en minimal avvikelse utan relevans.

Förutsebarhet och transparens

Kommunens i förfrågningsunderlaget ställda krav på olika referensobjekt skiljer sig åt. Kraven i förfrågningsunderlaget punkt AFB.52 skiljer sig från kravet i rambeskrivningen punkten 3.1. Den omständighet att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 5
2740-11 E

kommunen uppställt olika krav avseende samma upphandling medför att det föreligger en otydlighet vilket försvårar för anbudsgivarna. Det framgår inte heller någonstans i förfrågningsunderlaget att referenserna skulle avse exakt det offererade konstgräset. Kommunen har enbart angett att referenser "för offererat system ska redovisas" (rambeskrivningen punkten 2) samt att "Två referensobjekt (...) för offererade konstgräs skall finnas" (förfrågningsunderlaget punkten AFB.52). Förfrågningsunderlaget och därmed upphandlingen lämnar mot denna bakgrund ett alltför stort utrymme för godtycklighet och kommunen har härmed gett sig själva en alltför fri prövningsrätt.

Kommunen anser att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. Till stöd för sin talan har kommunen anfört bland annat följande.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att två referensobjekt för offererat system ska redovisas i anbudet. Bolaget har i sitt anbud uppgett att det inte finns några referensuppdrag då systemet, som lanserades 2011, är helt nytt. Därmed har bolaget tydligt i sitt anbud uppgett att det inte uppfyller de ställda minimikraven.

Proportionalitets-, likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen

Att erhålla en konstgräsplan av bra kvalitet har varit av avgörande betydelse för kommunen. Därmed har det varit relevant att ställa krav på att det offererade systemet i praktiken har visat sig klara de påfrestningar den utsätts för. Det är därför inte tillräckligt att det offererade konstgräset uppfyller de ställda tekniska kraven eller de krav som uppställs från SvFF:s sida. Vidare utgör skötseln av konstgräs en stor del av kostnaden för en konstgräsplan. Det är av denna anledning av största vikt för kommunen att försäkra sig om att den skötselintensitet som leverantören angett i anbudet

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
2740-11 E

stämmer överens med de erfarenheter som finns rörande tidigare konstgräsplaner som leverantören offererat.

Bolaget anför att kommunens krav på referenser på exakt den offererade produkten är innovationshämmande. Den kommunala inköpsverksamheten ska emellertid i första hand tillfredställa myndighetens behov av varor och tjänster och inte leverantörernas behov av att utveckla sina produkter och erövra nya marknader. I detta fall har kommunen valt att efterfråga konstgrässystem som minst två andra beställare har erfarenhet av. De ställda kraven har varit väl avvägda i förhållande till upphandlingsobjektet och har inte varit konkurrensbegränsande. I sammanhanget förtjänar också att nämnas att bolaget har haft möjlighet att referera konstgräsplan som det har haft erfarenhet av men har valt att offerera konstgräs som det inte har erfarenhet av.

Bolagets påstående att det aktuella kravet tillämpats i strid med likabehandlingsprincipen genom att kommunen skulle ha accepterat andra bolags angivna referenser trots att dessa inte uppfyllts ställda skall-krav är felaktigt. Den aktuella upphandlingen är en lägsta pris-upphandling. Kommunen har därför av effektivitetsskäl förfarit på så sätt att man inlett med en fullständig genomgång av kravuppfyllelsen avseende det anbud som innehöll lägsta pris, d.v.s. bolagets. När det konstaterades att detta inte uppfyllde de ställda kraven förkastades anbudet och en kontroll gjordes av anbudet med det näst lägsta priset o.s.v. tills ett anbud som uppfyllde samtliga skall-krav hittades. De anbud som bolaget gör gällande har godtagits trots brister har således inte kontrollerats fullständigt eftersom detta inte skulle ha inverkat på utvärderingen. Något brott mot likabehandlingsprincipen har således inte förekommit. Vidare har bolaget, även för det fall kommunen felaktigt skulle ha godtagit de andra bolagens anbud, inte lidit skada härav eftersom inget av dessa bolag antagits.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 7
2740-11 E

Bolaget har också gjort gällande att kommunens krav på att referensobjekten ska vara inom Sverige skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen. Enligt kommunens uppfattning är det av största vikt att referensanläggningarna utförts i ett klimat som skiljer sig så lite som möjligt från det där de aktuella anläggningarna ska anläggas och att kravet därför är motiverat. Oaktat detta har bolaget, som inte uppgivit något referensobjekt alls som använts under minst två säsonger, inte lidit eller riskerat att lida någon skada. Något ingripande med stöd av LOU är således inte motiverat.

Förutsebarhet och transparens

Bolaget gör gällande att kravet på angivande av referenser skulle vara otydligt. Kommunen delar inte denna uppfattning. Att bolaget också insett vad kravet avsett borde stå utom rimlig tvivel särskilt med hänsyn till att identiska krav uppställts av bl.a. Mölndals kommun i den upphandling som bolaget begärt överprövning av före det att anbud avlämnades i den nu aktuella upphandlingen (se Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 975-11 E och Kammarrättens i Göteborg mål nr 2346-11). Den omständighet att bolaget inte uppfyller kravet medför inte att kravet som sådant är otydligt. Även för det fall förvaltningsrätten skulle göra annan bedömning än kommunen i denna del motiverar detta ingen åtgärd enligt LOU eftersom bolaget varken angett, eller har, efterfrågade referenser och således inte kan varken ha lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av eventuell otydlighet.

Bolaget anför tilläggsvis bl.a. följande. Kommunens redogörelse för hur man gått tillväga vid utvärderingen av anbuden är en efterhandskonstruktion för att försöka förklara det faktum att kommunen, i strid med likabehandlingsprincipen, kvalificerat ett antal anbud som inte uppfyllde samtliga skall-krav. Att så är fallet framgår av

tilldelningsbeslutet där det klart framgår anbudsutvärderingen skett i två steg och att endast bolagets och ett annat anbud inte kvalificerat sig till steg två. Bolaget vidhåller trots kommunens argumentation att förfrågningsunderlaget är otydligt. Kraven på referenser och referensobjekt är formulerade olika på tre ställen i upphandlingen (jfm punkterna AFB.31 och AFB.52 i de administrativa föreskrifterna samt punkten 3.1 i rambeskrivningen till förfrågningsunderlaget). Även om bolaget är av uppfattningen att bolaget uppfyller kravet oavsett formulering är det i vart fall helt klart att bolaget uppfyller kravet såsom det formulerats i punkt AFB.31 i de administrativa föreskrifterna. Vid skadebedömningen anser bolaget att, eftersom brister föreligger i förfrågningsunderlaget, att hänsyn även måste tas till potentiella leverantörer som kan ha känt sig hindrade att lämna anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § 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 beaktas.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten (numera unionsrätten) inte träds för när (se RÅ. 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter punkten AFB.31 framgår att anbudsgivare har att lämna ”Minst 2 stycken referenser på liknande arbeten under de senaste tre åren för att visa teknisk förmåga och att kapaciteten är god.

Av AFB.52 *Värderingsgrunder vid prövning av anbud*, samma föreskrifter, framgår bland annat att ”Två referensobjekt – inom Sverige som är använda i minst två säsonger för offererade konstgräs ska finnas”.

Av förfrågningsunderlagets rambeskrivning, konstgräs, punkten 3.1, framgår bl.a. att ”Referenser av offererat system för objekt installerade senast 2008 i Sverige ska kunna redovisas i anbudet”.

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på anbudsgivaren än vad som krävs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Detta innebär att kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 10
2740-11 E

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har ställt krav bl.a. på två referensuppdrag för det offererade systemet. Det ställda kravet på referensuppdrag har haft som syfte att säkerställa att den offererade produkten erfarenhetsmässigt uppfyller de ställda tekniska kraven. Även om detta inte uttryckligen har angetts i förfrågningsunderlaget måste detta syfte med att ange referensuppdrag ha stått klart för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare. Kravet har varit objektivt utformat och får anses proportionerligt med hänsyn till föremålet för upphandlingen och dess värde. Förvaltningsrätten anser således att kravet på referenser avseende den offererade produkten får anses nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen och att det funnits ett naturligt samband mellan kravet på referenser och upphandlingens syfte.

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer vidare att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att varje leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas.

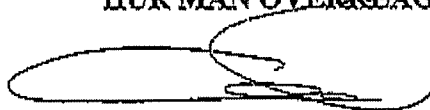
Förvaltningsrätten anser, trots att kravet formulerats delvis olika på tre ställen i upphandlingen, att kravet i denna del får anses tillräckligt klart formulerat för att varje leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Nu konstaterad brist föranleder således inte bedömningen att upphandlingen strider mot LOU.

Bolaget har också gjort gällande att kravet på referensobjekt *inom Sverige* skulle strida mot LOU. Förvaltningsrätten har i denna del förståelse för bolagets synpunkter. Bolaget har emellertid, vilket nämnts ovan, inte lämnat några referenser alls avseende det offererade konstgräset då detta helt saknas, såväl från Sverige som från annat land. Den i denna del

konstaterade bristen medför därför inte att bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada i upphandlingen.

Sammanfattningsvis innebär det som bolaget har anfört och visat inte att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att det finns grund för ingripande med stöd av LOU, varför bolagets ansökan ska avslås.

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



Olle Holmstedt
Chefsrådman

Föredragande har varit föredraganden Johanna Rössberger.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU