



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-03-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14177-12 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Svensk Linjemarkering AB, 556853-2849
Oxhagsvägen 25
291 42 Kristianstad

Ombud: jur kand Zisis Zikontalas
Adorea Advokatbyrå AB
Box 51
291 21 Kristianstad

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2013-03-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 190085

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-03-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14177-12 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Svensk Linjemarkering AB, 556853-2849
Oxhagsvägen 25
291 42 Kristianstad

Ombud: jur kand Zisis Zikontalas
Adorea Advokatbyrå AB
Box 51
291 21 Kristianstad

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av ramavtal på trafiklinjemålningar i Kungsbacka kommun. Det anbud som bedömdes vara det mest ekonomiskt fördelaktiga skulle antas. Av tilldelningsbeslut den 20 november 2012 och tjänsteskrivelse den 5 december 2012 framgår att Svensk Linjemarkering AB (bolaget) inte gick vidare till utvärderingen, eftersom bolaget inte uppfyllde kravet på referensuppdrag. I kommunens upphandlingsföreskrifter efterfrågades en förteckning över minst två uppdrag av samma karaktär och omfattning samt att dessa uppdrag hade utförts löpande under minst ett år.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelsen ska göras på så sätt att kommunen bortser från att beakta att bolaget inte har ansetts uppfylla kraven på referensuppdrag. Bolaget ska därför anses kvalificerat att delta vid utvärderingen av anbuden. Först därefter kan kommunen tilldela en entreprenör uppdraget att genomföra målning av trafiklinjer enligt upphandlingsunderlaget.

Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU (likabehandling och transparens) genom att utvärdera och anta Cleanosols anbud, trots att detta anbud inte är det mest fördelaktiga för kommunen. Kravet i upphandlingsunderlagets referensuppdrag får betraktas som ett börkrav och inte ett skallkrav, vilket tillåter en viss flexibilitet i bedömningen. Vidare är kravet på två likvärdiga referensobjekt där objekten minst ska ha pågått under ett år diskriminerande och till nackdel för bolaget, eftersom verksamheten pågått endast sedan den 1 juni 2011. Bolaget har haft uppdrag av liknande karaktär och dessa har redogjorts för i handling med rubriken "teknisk förmåga, kompetens och kapacitet". I

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

nämnda handling framgår även att Magnus Pålsson och Mattias Pålsson har en sammanlagd arbetserfarenhet om 30 år av arbete av samma karaktär och omfattning som efterfrågas av kommunen. Bolaget har följaktligen uppfyllt kommunens krav på uppdrag av samma karaktär och omfattning. Bolaget menar också att kommunens krav på att referensuppdragen måste ha pågått under minst ett år utgör en negativ särbehandling av nystartade företag och kan i förlängningen innebära att inga nya aktörer ges tillträde till marknaden för linjemålning eftersom de då kommer sakna referenser från tidigare utförda arbeten. Konsekvenserna av kommunens överträdelse av bestämmelserna i LOU är att bolaget, som har det lägsta priset, gått miste om att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Därmed lider bolaget skada eller i vart fall riskerar att lida skada.

Kommunen yrkar i en tjänsteskrivelse den 5 december 2012 att bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att anbudsgivaren ska under de senaste tre åren ha genomfört minst två motsvarande uppdrag. Med motsvarande uppdrag avses att anbudsgivaren har utfört vägmarkeringar löpande under minst ett år. Detta är ett kvalificeringskrav och ska således uppfyllas. Svensk linjemarkering AB har i sitt anbud angett två referenser, varav det ena (Partille kommun) inte uppfyller kravet på minst ett år. Detta innebär att Svensk linjemarkering AB inte uppfyller ett av kvalificeringskraven och går därför inte vidare till utvärderingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Syftet med LOU är att förhindra att offentliga medel används för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, skapa handelshinder eller på något annat sätt ta ovidkommande hänsyn vid offentlig upphandling. Detta innebär att man inte endast av bestämmelserna i LOU kan utläsa vad som är tillåtet eller otillåtet i offentlig upphandling. De regler som finns intagna i fördraget om offentlig upphandling och som gäller den fria rörligheten samt etableringsfrihet måste beaktas i alla upphandlingsärenden. Detta följer direkt av den normhierarki som råder mellan olika regelverk inom EU. Upphandlande myndigheter ska därför alltid se till att de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, ickediskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas genom hela upphandlingsprocessen.

I kommunens förfrågningsunderlag under punkten 2.2.4 Referensuppdrag (erfarenheter) anges följande.

"Anbudsgivaren ska under de tre senaste åren ha genomfört minst två motsvarande uppdrag enligt denna förfrågan. Uppdragen ska vara utförda för två olika organisationsnummer. Med motsvarande uppdrag avses att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

anbudsgivaren har utfört vägmarkeringar, dels genom maskinläggning och dels genom handläggning, löpande under minst ett år".

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Förvaltningsrätten ska beakta endast de grunder som sökanden framför i målet (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Ordet ska anges om kravet i upphandlingsunderlagets referensuppdrag, vilket innebär att detta inte är ett börkrav, utan ett skallkrav, och det finns därför inget utrymme för att betrakta det som ett börkrav. Eftersom "motsvarande uppdrag" definieras på sätt framgår ovan framgår det klart vilken karaktär och omfattning som referensuppdragen ska ha. Att bolaget varit verksamt i endast drygt ett år innebär inte att kravet på efterfrågade uppdrag ska sättas lägre än vad som anges ovan. Att två medarbetare i bolaget måhända har tillräcklig erfarenhet är inte tillräckligt eftersom det inte är de, utan bolaget, som har lämnat anbudet och som därför ska bedömas.

Kommunen har inte haft någon skyldighet att begära någon komplettering av upphandlingsförteckningen, oavsett om kommunen kunnat eller inte kunnat göra detta utan att handla i strid med LOU.

Nästa fråga är om kravet på "två motsvarande uppdrag" är diskriminerande till nackdel för bolaget eftersom bolaget bedrivit sin verksamhet endast sedan den 1 juni 2011. I detta krav ligger visserligen att nystartade företag får en konkurrensnackdel men detta får anses tillåtet så länge som kravet inte bryter mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller annars mot LOU. Bolaget uppger att likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen överträts genom kravet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Likabehandlingsprincipen innebär i detta sammanhang att leverantörer och de produkter som erbjuds ska behandlas lika. Krav som ställts på produkterna ska upprätthållas och de förfaranden och den praxis som används av den upphandlande myndigheten ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer, som deltar i en upphandling. Inget som bolaget anför innebär att likabehandlingsprincipen träts för när.

Icke-diskrimineringsprincipen förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet och gäller bl.a. mellan medlemsstaterna inom EU. Inget som bolaget anför innebär att denna princip träts för när.

Det som bolaget uppger i övrigt innebär inte heller att kommunen handlat i strid med LOU.

Kommunen uppger obestritt i svar på ansökan att bolaget i sitt anbud angett två referensuppdrag, varav det ena (Partille kommun) inte uppfyller tidskravet på att ha pågått i minst ett år varför bolagets anbud uteslutits från utvärderingen. Eftersom uteslutningen följer av att bolaget inte uppfyllt detta skallkrav i punkten 2.2.4 Referensuppdrag i förfrågningsunderlaget och bolaget, utifrån de omständigheter som bolaget grundar sin tala på, inte visat att förfrågningsunderlaget eller kommunens handlande varit i strid med LOU ska ansökan avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Cynthia Gondi



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 var till 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 stytka 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 uppgive 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