



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2013-06-28
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4807-13 E
4815-13 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Cleanosol AB, 556289-1068
Box 160
291 22 Kristianstad

Ombud: Advokater Sara Eklöf och Helena Rosén-Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

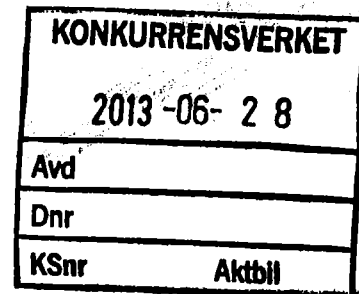
Falkenbergs Kommun, 212000-1231
Rådhusorget 3
311 80 Falkenberg

Falkenbergs Bostads AB
Rörbäcksgatan 6
311 80 Falkenberg

Ombud: Henrik Lundahl
Falkenbergs kommun
311 80 Falkenberg

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 2
4807-13 E
4815-13 E

BAKGRUND

Falkenbergs kommun och Falkenbergs Bostads AB (upphandlande myndigheter) har genom förenklat förfarande upphandlat väglinjemarkering, dnr KS2013-43. Av tilldelningsbeslut daterat den 17 april 2013 framgår att Svensk Linjemarkering AB antagits som leverantör.

YRKANDE M.M.

Cleanosol Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande leverantör utesluts ur upphandlingen och en ny anbudsutvärdering genomförs. Bolaget anför i huvudsak följande. Vinnande leverantören uppfyller inte kravet att ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren, vilket ska styrkas med tre referenser. Vinnande leverantör bildades i juni 2011 och har således inte bedrivit verksamhet under de senaste tre åren. Eftersom leverantören inte uppfyller kravet på teknisk förmåga och kapacitet skulle leverantören rätteligen ha uteslutits från fortsatt deltagande i upphandlingen. Upphandlande myndigheter har frångått de obligatoriska kraven vid prövningen av vinnande leverantörs anbud, vilket strider mot principen i 1 kap. 9 § LOU om likabehandling av leverantörer. Upphandlande myndigheter har under upphandlingens genomförande ändrat kravet i förfrågningsunderlaget och lagt till en skrivning som svar på fråga. Bolaget bestrider att den vinnande leverantören är ett nyetablerat företag och att upphandlande myndigheter genom svaret justerade krav i punkten 4.3 är tillämpligt på vinnande leverantör. Redan av det skälet har vinnande leverantören behandlats mer förmånligt än övriga anbudsgivare vid prövning av deras tekniska förmåga och kapacitet. Bolaget skulle ha tilldelats kontraktet om inte vinnande leverantör i strid mot likabehandlingsprincipen hade tilldelats det, och har därmed lidit skada av felet. – Bolaget justerar yrkandet med anledning av vad upphandlande myndigheter har redovisat. Bolaget yrkar alternativt att upphandlingen ska göras om. Vinnande leverantör är inte ett nyetablerat företag och det är inte definierat i förfrågningsunderlaget

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
4807-13 E
4815-13 E

vad som avses med ett nyetablerat företag. Upphandlande myndigheter har inte heller visat att vinnande leverantör är ett nyetablerat företag som inte ska behöva uppfylla kravet att styrka erfarenhet från de senaste tre åren genom tre till anbudet bifogade referenser. Vinnande leverantör har inte varit verksam under tre år. Vinnande leverantör hade kunnat åberopa ett annat företags tekniska kapacitet för att utföra kontraktet och därmed också därmed också det andra företagets tidigare erfarenhet från de tre senaste åren. Eftersom det inte av förfrågningsunderlaget framgår vilka krav på referenser eller annat krav på teknisk kapacitet som upphandlande myndigheterna ställer på nyetablerade företag strider mot förfrågningsunderlaget också mot kravet i LOU om transparens. Förfrågningsunderlaget strider mot kravet på likabehandling och öppenhet även av det skälet att det inte i förfrågningsunderlaget är angivet vad som avses med ett nyetablerat företag och att det följaktligen inte heller är angivet vilka företag som undantas från kravet på referenser och vilka som inte undantas från det kravet. Bolaget har därmed lidit skada och upphandlingen ska göras om alternativt rättas på så sätt att vinnande leverantör utesluts från upphandlingen.

Upphandlande myndigheter bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas på så vis att vinnande leverantörs anbud utesluts ur upphandlingen och en ny anbudsutvärdering genomförs. Den vinnande leverantören har rätteligen kvalificerats och bolaget har inte lidit sådan skada som avses i LOU. Punkten 4.3 Anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet, är framtagen för att säkerställa att kvalificerade anbudsgivare har den tekniska förmågan och den kapacitet som krävs för att utföra uppdraget. Under upphandlingens gång insåg upphandlande myndigheter att kravet på att styrka teknisk förmåga och kapacitet med tre referenser från liknande uppdrag utförda de tre senaste åren var diskriminerande för nyetablerade företag. Nyetablerade företag som inte uppfyller det kravet ska kunna ges möjlighet att bevisa detta på annat sätt. Upphandlande myndigheter har inte behandlat vinnande leverantörer förmånligt. Treårskravet som bolaget tar upp är inte relevant utan endast ett sätt att styrka vad som efterfrågas. Kravet på viss

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
4807-13 E
4815-13 E

teknisk förmåga och kompetens har bedömts vara uppfyllt av vinnande leverantör som har styrkt detta genom i anbudet angivna referenser. Vid kontakt med referenterna har bolaget lovordats. Vinnande leverantör har dessutom två nyckelpersoner som tillsammans har över 30 års erfarenhet från branschen, varav 27 år som anställda på bolaget. Företaget har funnit sedan juni 2011 och för upphandlande myndigheter står det helt klart att vinnande leverantör är ett nyetablerat företag. – Det är inte rimligt att kräva att upphandlande myndigheter i förväg ska definiera samtliga begrepp som upptas i förfrågningsunderlaget. Begreppet nyetablerat företag framkom för första gången i samband med ett svar på fråga den 30 mars 2013. En rimlig definition av nyetablerat företag är i detta fall företag vars verksamhet understiger tre år. Samtliga anbudsgivare har fått samma förutsättningar att delta i upphandlingen och därefter behandlats på ett likvärdigt sätt i enlighet med de grundläggande principerna. Bedömningen av anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet gjordes utifrån punkten 4.3 i anbudsförfrågan samt kompletteringen. Vinnande leverantör har kvalificerat sig genom att ha kunnat visa att bolaget har de dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet som krävs för att utföra tjänsten på ett tillfredsställande sätt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
4807-13 E
4815-13 E

Utredningen

Vid punkten **4.3 Anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet** anges: Anbudsgivaren skall inneha och visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Detta skall framgå av anbudet som skall innehålla en beskrivning av det anbudsgivande företaget. Anbudsgivaren skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren. Detta skall styrkas med tre stycken, till anbudet bifogade referenser, med kontaktperson, telefonnummer samt kort beskrivning av det genomförda uppdraget. Referenserna skall vara offentliga uppdragsgivare eller likvärdiga.

I dokumentet "Frågor och svar" tas följande upp den 30 mars 2013. I förfrågningsunderlaget punkt 4.3. "Anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet" strider mot LOU:s grundprinciper mot nyetablerade företag. Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 september 2008, i mål nr 1277-08. Svar: Nyetablerade företag som saknar referenser skall kunna på något annat sätt bevisa teknisk förmåga och kapacitet för att utföra uppdraget. Nyetablerade företag undantas från kravet på referenser.

Förvaltningsrättens bedömning

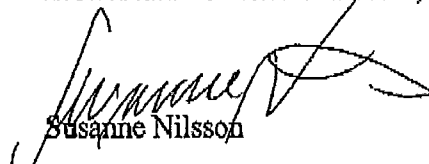
Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). I mål enligt LOU är en förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande att sökanden åberopar och kan visa att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse eller någon av de principer som anges i lagstiftningen. Vidare krävs att det bolag som ansöker om överprövning till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 6
4807-13 E
4815-13 E

Bolaget har invänt att upphandlande myndighet inte behandlat alla anbudsgivare lika genom att utvärdera vinnande leverantörs anbud. Bolaget anser att den vinnande leverantören inte uppfyller kravet på att ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren, vilket skulle styrkas med tre referenser. Upphandlande myndigheter har före anbudstidens utgång och anbudsöppningen justerat kravet på tre år till att inte gälla nyetablerade företag med motiveringen att dessa företag, dvs. som är yngre än tre år, inte får behandlas sämre än företag som bedrivit verksamhet under längre tid. Dessa företag skulle på annat sätt kunna bevisa teknisk förmåga och kapacitet för att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten noterar att bolaget har angivit sju kunder som företaget har haft under 2011/2012. Att leverantören startade verksamheten 2011 och därför inte har haft uppdrag under de tre senaste åren är inte en omständighet som enligt förvaltningsrätten medför att leverantören inte uppfyller kvalificeringskraven. Korrigeringen som tar sikte på företag som inte bedrivit verksamhet under minst tre år kan inte anses ha medfört att bolaget lidit skada. Någon annan omständighet som innebär att vinnande leverantör inte uppfyller kravet på teknisk förmåga och kapacitet har bolaget inte anfört. De av bolaget anförda grunderna kan inte ligga till grund för ingripande med stöd av LOU.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad bolaget anfört och åberopat inte visar att upphandlande myndigheter genomfört upphandlingen i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Grund för att vidta åtgärder enligt 16 kap. LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b LOU)



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande har varit M Georgsson.



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 varfäll 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 uppges 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