



**KLAGANDE**

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

**MOTPART**

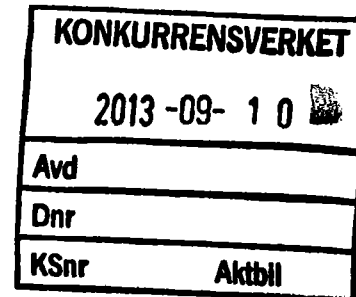
Kungsbacka kommun  
Stadshuset  
434 81 Kungsbacka

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 19 mars 2013 i mål nr 14177-12,  
se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 3 april 2013 upphör därmed att gälla.

**YRKANDEN M.M.**

Svensk Linjemarkering AB (bolaget) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att kommunen bortser från punkt 2.2.4 i förfrågningsunderlaget, alternativt att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför följande. Bolaget startade sin verksamhet den 1 juni 2011 och är redan ett etablerat företag i branschen. Bland kunderna finns ett stort an-

tal kommuner och entreprenörer och bolagets referenser är mycket goda. Kommunen har inte hört av sig till referenserna och därför inte mottagit något omdöme om bolaget eller gett dem chans att uppvisa sitt kunnande och goda rykte. Det är svårt för ett nyetablerat företag att skaffa sig de referenser som förfrågningsunderlaget avser. – Bolaget åberopar en dom från Kammarrätten i Göteborg den 29 september 2008 i mål 1227-08.

Kommunen har getts tillfälle att svara på överklagandet men inte gjort det.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten har i den av bolaget åberopade domen, som gällde upphandling av konsulttjänster, ansett att även ett nyetablerat företag kan ha knutit till sig kompetent personal med tillräcklig erfarenhet på området och att ett krav på att anbudsgivaren ska ha bedrivit verksamhet under två år därför inte var motiverat. I det aktuella målet kan kammarrätten dock inte finna att kravet i punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren under de tre senaste åren ska ha genomfört minst två motsvarande uppdrag är oproportionerligt. Kammarrätten instämmer vidare i förvaltningsrättens bedömning att det som bolaget i övrigt anfört inte heller innebär att kommunen handlat i strid med LOU. Förvaltningsrätten har därför haft fog för att avslå bolagets ansökan om överprövning.

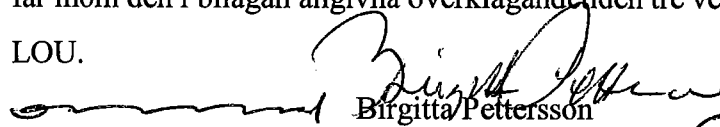
---


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap.

LOU.

Niclas Falkendal  
referent

  
Birgitta Pettersson

  
Åsa Ståhl

/Emelie Herou



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2013-03-19  
Meddelad i  
Göteborg

ab 8

Mål nr  
14177-12 E  
Enhet 2:1

Bilaga A

**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.

## 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

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.

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 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 iakttas 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*

*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 överträtts genom kravet.

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



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.