



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM

2017-04-27

Meddelad i Göteborg

Mål nr

13204-16

SÖKANDE

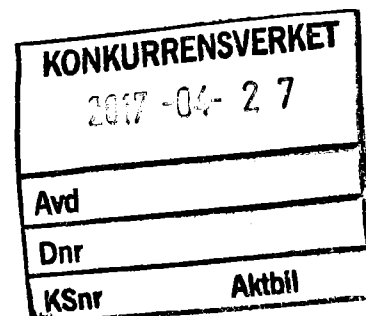
Markteknik Sverige AB, 556574-4546
Cylindervägen 5
432 32 Varberg

MOTPART

Kungsbacka kommun
Nämnden för teknik
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 473587

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

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

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Nämnden för teknik i Kungsbacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av *Cirkulationsplats Inlagsleden/Södra Infarten, dnr 16/208 (utförandeentreprenad)*.

Av tilldelningsbeslut den 2 december 2016 framgår att Schaktsam AB har tilldelats kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Markteknik Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att Schaktsam AB utesluts från fortsatt deltagande i upphandlingen. Bolaget anför bl.a. följande.

Under punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha genomfört minst tre referensuppdrag av motsvarande karaktär som de arbeten som upphandlas. För nystartade bolag gäller att nyckelpersonerna har minst motsvarande erfarenhet av liknande arbete i annan organisation än anbudsgivaren.

Schaktsam AB är inte ett nystartat bolag utan har bedrivit verksamhet sedan år 2012. Emellertid har detta bolag i sitt anbud angett referenser som avser arbeten som har utförts av andra organisationer än Schaktsam AB.

Detta framgår särskilt tydligt när den angivna kontraktssumman för respektive objekt jämförs med Schaktsam AB:s omsättning. Sedan år 2012 har Schaktsam AB:s omsättning inte överstigit 15 mkr samtidigt som de referensuppdrag som angetts uppgår till belopp långt större än Schaktsam AB:s årsomsättning.

Någon möjlighet för en anbudsgivare, som inte är ett nystartat företag, att återopa arbeten som deras personal har utfört hos andra juridiska personer ges inte i förfrågningsunderlaget. Schaktsam AB har angett referensarbeten som deras anställda har utfört hos annan juridisk person trots att Schaktsam AB inte är ett nystartat företag. Kommunens kvalificering av och beslutet att tilldela Schaktsam AB kontraktet strider därför mot principen om likabehandling.

Kommunen synes nu mena att prövningen inte ska göras med beaktande av när företaget faktiskt startade utan istället utifrån verksamhetsgren och om omsättningen visar att företaget är ”omogt”. Dessa parametrar finns inte nämnda i förfrågningsunderlaget och strider därför mot principerna om transparens och likabehandling. Därtill har Schaktsam AB tidigare själva utfört mark- och anläggningsarbeten genom att tillhandahålla maskiner med förare och även anläggningsarbetare som utfört sådana arbeten. Markarbeten kan inte heller anses vara någon ny verksamhetsgren eftersom Schaktsam AB redan i dag utför sådana arbeten. Kommunen menar även att det inte finns något etablerat begrepp om vad som kan anses vara ett nystartat företag. I avsaknad av annan information i förfrågningsunderlaget måste tolkningen av begreppet nystartad ske utifrån när företaget faktiskt registrerades. Ett företag som registrerades år 2011 och sedan dess har arbetat med mark- och anläggningsarbeten precis som arbetena i upphandlingen avser, kan inte anses som nystartat. Påståendet om att en omsättningsökning är ett tecken på att ett företag är nystartat eller har startat en ny verksamhetsgren är inte korrekt utan det kan finnas en mängd olika förklaringar till en omsättningsökning.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte lämnat någon information om att företag som objektivt sett inte kan anses som nystartade kan betraktas som nystartade om de kan påvisa att de varit omogna och sedan haft en

omsättningsökning. Kommunen har sålunda genom sitt agerande försökt att ändra på förutsättningarna för upphandlingens genomförande genom att behandla ett företag som uppenbarligen inte är nystartat som nystartat utan att ha stöd för detta i förfrågningsunderlaget. Kommunen har sålunda vid kvalificeringen utgått från andra parametrar än vad som angetts i förfrågningsunderlaget vilket strider mot principen om transparens och förutsebarhet.

Då bolaget har lämnat anbud med näst lägst pris har bolaget lidit eller riskerar att lida skada till följd av bristerna i upphandlingen.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har inte åsidosatt principen om likabehandling genom att tilldela Schaktsam AB kontraktet. Bolaget har därför inte lidit eller riskerat att lida skada.

Schaktsam AB faller enligt kommunen inom begreppet nystartat företag i punkten 2.9 i anbudsföreläggandet och uppfyller därmed referenskravet. Schaktsam AB har sedan registreringen i december 2011 bedrivit uthyrningsverksamhet av grävmaskiner samt anläggningsarbetare till anläggningsföretag. Innevarande år startade bolaget emellertid en ny verksamhetsgren som utför markentreprenader för bl.a. kommunala beställare; ett i förhållande till övrig verksamhet helt nytt område och inom nu aktuellt upphandlingsområde. Bolaget har dessförinnan alltså inte haft möjlighet att utföra de i förfrågningsunderlaget efterfrågade referensuppdragen. Det finns vidare ingen klar definition av begreppet nystartat företag. Begreppet får tolkas med hänsyn till aktuell bransch samt omständigheter i det enskilda fallet. Schaktsam AB har under åren 2011–2014 varit ett omoget företag med en förhållandevis jämn årsomsättning. År 2015 ökade däremot bolagets omsättning betydligt, vilket ytterligare talar för att

Schaktsam AB ska betraktas som nystartat inom aktuell bransch.
Att utesluta Schaktsam AB från upphandlingen trots nu angivna omständigheter skulle innebära ett åsidosättande av transparens- och likabehandlingsprincipen samt en omotiverad konkurrensbegränsning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

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 brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att Schaktsam AB inte är att anse som ett nystartat företag och därmed uppfyller referenskravet samt att kommunen vid sin tolkning av begreppet nystartat företag har tagit hänsyn till parametrar som inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Varken LOU, dess förarbeten, bakomliggande EU-direktiv eller praxis ger någon vägledning i frågan om vad som är att anse som ett nystartat företag. Inte heller förfrågningsunderlaget ger någon ledning i frågan. En bedömning om ett företag är nystartat får därför göras i det enskilda fallet med utgångspunkt från samtliga relevanta fakta.

Enligt förvaltningsrätten mening får ett företag definieras som nystartat när *verksamheten* är helt nystartad. Av detta följer att det i första hand är *inriktningen av verksamheten* som är relevant när det gäller att bedöma om ett företag är nystartat eller inte.

Av handlingarna framgår att Schaktsam AB nyregistrerades i november 2011. Sedan år 2012 har bolaget hyrt ut grävmaskiner och anläggningsarbetare till anläggningsföretag. Kommunen har uppgett att Schaktsam AB under början av år 2017 startade en ny verksamhetsgren – markentreprenader, dvs mark- och anläggningsarbeten i egen regi. Denna uppgift har inte ifrågasatts av Markteknik Sverige AB. Fråga är alltså om ett *helt nytt verksamhetsområde* för Schaktsam AB. Schaktsam AB är därför enligt förvaltningsrättens mening att anse som ett nystartat företag i den mening som nämnts ovan.

Även förfrågningsunderlag 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 (jfr RÅ 2002 ref. 50). Den omständlig-

heten att förfrågningsunderlaget inte innefattar en mer klar och tydlig definition av begreppet nystartat företag är givetvis en brist. Den innebörd som kommunen har tillämpat vid utvärderingen av begreppet är emellertid sådan att den får godtas. Konstaterad brist är därför inte av sådan art och omfattning att den inneburit att de grundläggande principerna i LOU har trätts för när. Otydligheten har vidare på inget sätt medfört att bolaget har ansett sig förhindrad att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har inte heller på annat sätt angett eller visat hur kommunens agerande har inneburit skada eller risk för skada för bolaget.

Sammanfattningsvis har bolaget inte lyckats visa att kommunen i klandrade delar har genomfört upphandlingen i strid med LOU. Det saknas därmed skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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

Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.