



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**  
2016-01-28  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
28186-15

**SÖKANDE**

JRF Mark & Anläggning AB, 556466-3952

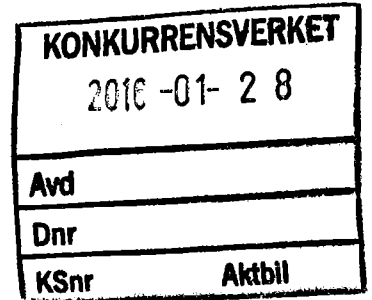
Ombud: Advokat Anders Englund  
Advokatfirman Lexum AE KB  
Enhagslingen 2  
187 40 Täby

**MOTPART**

Fastighets AB Förvaltaren, 556050-2683  
Box 7510  
174 07 Sundbyberg

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 694532

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

**YRKANDEN M.M.**

Fastighets AB Förvaltaren (Förvaltaren) genomförde en upphandling av markskötsel i utemiljö för tre distrikt i Sundbyberg. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut, som avsänts den 21 december 2015, har Förvaltaren för distrikt Rissne antagit anbud från Svensk Markservice AB (Svensk Markservice).

**JRF Mark & Anläggning AB (JRF)** ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar JRF att förvaltningsrätten rättar tilldelningsbeslutet på så sätt att avtalet tilldelas JRF. I andra hand yrkar JRF att upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anför JRF i huvudsak följande.

Förvaltaren har brutit mot de grundläggande principerna om icke-diskriminering, öppenhet och likabehandling samt mot reglerna i LOU. Genom att frångå skall-kravet på såväl obligatorisk förankringen som medverkan vid visning av platsen för den upphandlade tjänsten har Förvaltaren brutit mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet. Detta förfarande utgör en otillåten särbehandling av leverantörerna. Det strider mot likabehandlingsprincipen att Förvaltaren efter utgången av den tid under vilken ett skall-krav ska vara uppfyllt med retroaktiv verkan ändrar ett krav på så sätt att en anbudsgivare som inte uppfyllt kravet tillåts ge ett giltigt anbud. Förfarandet att tillåta en visning i efterhand med frånfallande av anmälningsplikt kan liknas med att tillåta en leverantör att komma in med anbud efter anbudstidens utgång vilket inte är tillåtet.

Svensk Markservice har inte uppfyllt skall-kraven i upphandlingen genom att besiktning skett för sent, personal från Förvaltaren medverkade inte och ingen obligatorisk förankringen gjordes. Det föreligger inte någon dokumentation på att besiktning över huvud taget har genomförts.

Alternativt har ändringen av skall-kraven som Förvaltaren gjort varit otil-låten eftersom den gjorts efter den tidpunkt då upphandlingsföreskrifterna distribuerats och i vart fall efter den tid då visningarna har hållits.

Alternativt har upphandlingsföreskrifterna varit otydliga genom att det inte framgått annat än att de obligatoriskt förannmälda visningarna skulle göras vid de två tillfällena som angivits i skall-kravet i upphandlingsföreskrifterna.

JRF har den lägsta anbudssumman efter Svensk Markservice och ska således vinna upphandlingen. JRF har lidit skada eller kan komma att lida skada med anledning av den felaktiga upphandlingen.

En upphandlande enhet ska inte på eget bevåg ändra redan fastställda krav i en anbudsinfördran på grund av att kraven skulle strida mot LOU. Sådan ändring ska ske av domstol genom ansökan om överprövning.

**Förvaltaren** yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan. Till stöd för sin talan anför Förvaltaren bl.a. följande.

Syftet med kravet på okulär besiktning är att säkerställa att samtliga anbudsgivare inför anbudsgivning de facto har tagit del av förutsättningarna för upphandlingen och beräknar sina anbud utifrån så korrekta uppgifter som möjligt. För att uppnå detta ställde Förvaltaren ett krav på medverkande vid okulär visning av förvaltningsobjekten. I och med att en fråga ställdes fann Förvaltaren att kravet var onödigt, i det att dess syfte samt dess innebörd i sak kunde uppnås och kontrolleras på ett mindre ingripande sätt än genom kravet på deltagande vid just de två okulära visningstillfällena. Såsom kravet var formulerat fanns en risk för att kravet skulle medföra en begränsning i konkurrens.

Ändringen i sak är obetydlig och därav tillåten. Det är endast en ändring av hur kravet i sak kan uppfyllas som skett. Vidare är ändringen påkallad i syfte att upprätthålla de grundläggande principerna eftersom kravet i dess ursprungliga lydelse var otillbörligt konkurrensbegränsande samt hade varit orimligt att framhärda. Ändringen har publicerats för samtliga anbudsgivare samtidigt i omedelbar anslutning till att bristen uppmärksammades. Ändringen har genomförts öppet och ingen anbudsgivare har särbehandlats. Om ändringen varit känd redan i det ursprungliga förfrågningsunderlaget hade det inte medfört att någon anbudsgivare hade kunnat utforma sina anbud annorlunda.

Om kravet hade kvarstått hade det inneburit en begränsning av konkurrensen eftersom att potentiella anbudsgivare som inte haft möjlighet att närvara vid visningstillfällena skulle ha uteslutits från upphandlingen. En sådan olikbehandling och konkurrensbegränsning kan inte motiveras av kravets betydelse för upphandlingen.

JRF har i vart fall inte påverkats av att kravet ändrats. Även om ändringen gjorts tidigare eller funnits med i det ursprungliga underlaget hade utfallet blivit detsamma. Vad JRF anför om den hypotetiska situationen att en potentiell anbudsgivare kan ha underlåtit att lämna anbud på grund av kravets ursprungliga lydelse är inte relevant för frågan om JRF lidit eller kunnat komma att lida skada av ändringen.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Upphandlingsföreskrifterna**

Enligt upphandlingsföreskrifterna framgår följande rörande visning av upphandlingsdistrikten;

”Obligatorisk förannmälan skall ske till Beställarens kontaktperson för visning av respektive distrikt. [...]

- Distrikt Rissne (norra och södra)  
14/10 kl 10–12 samt 21/10 kl 10-12 [...]

Observera att detta endast är en övergripande okulär visning samt att inga frågor kommer att besvaras under visningen. Frågor ställs och besvaras via e-Avrop så att samtliga potentiella anbudsgivare har möjlighet att ta del av dem.

Anbudsgivare som ej deltagit i visningen kommer anbud att bli förkastade.”

#### **Förfrågningsunderlaget**

Enligt förfrågningsunderlagets kom det in en fråga den 29 oktober 2015 med följande lydelse; ”[f]inns möjlighet till att anordna ett ytterligare visningstillfälle då vi missade de tidigare tillfällena? Alternativt ett eget besök med t.ex. foton för att styrka utförd rundtur?”

Förvaltaren har i ett publikt svar i e-Avrop den 30 oktober 2015 angett följande. ”Tyvärr finns det ingen möjlighet till en ytterligare visning. Vi kan godta att sökande gör ett besök på egen hand. Detta ska redovisas med planerat datum och tid till [...] innan planerat besök. Efter besök ska även fotodokumentation för respektive stadsdel redovisas.”

#### **Tillämpliga bestämmelser**

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Enligt den bestämmelsen ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon grundläggande princip eller bestämmelserna i LOU.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Det är således JRF som har att visa att Förvaltaren har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU samt att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

#### **Har det skett en väsentlig förändring av skall-kravet?**

Frågan i målet är om JRF har lidit skada på grund av att kravet på närvaro vid okulär besiktning av området för upphandlingen ersatts av ett krav på besiktning av platsen på egen hand med efterföljande dokumentation på att så skett och om upphandlingen därmed ska rättas eller göras om.

Förvaltningsrätten har härvid först att ta ställning till om det ändrade kravet utgör en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som har inneburit att Förvaltaren har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Härefter har förvaltningsrätten att ta

ställning till om de påstådda bristerna har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat samt bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. En sådan åtgärd får därför bedömas enligt de allmänna principerna som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande myndighet är inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudens ges in, klargöra eventuella brister och otydligheter i ett förfrågningsunderlag. En förutsättning är dock att det inte är fråga om förändringar som är väsentliga i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vad som utgör en väsentlig förändring får göras från fall till fall.

Förändring av obligatoriska skall-krav och förändringar som äger rum kort inpå tiden för anbudens inlämnande har bedömts utgöra väsentliga förändringar (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 februari 2015 i mål nr 2278-14). Exempel på när en förändring inte bedöms som väsentlig är när förändringen är sakligt grundad, den endast rör en begränsad del av en upphandling och den inte kan antas ha påverkat viljan och möjligheten hos potentiella anbudsgivare att lämna anbud (jfr. t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 18 juni 2012 i mål nr 1589-12, Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10 och Konkurrensverkets rapport "Länsrätternas domar om offentlig upphandling" 2007:2 s. 57 ff).

En samlad bedömning bör göras av hur upphandlingen påverkas av åtgärden. Av intresse vid den prövningen är orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt den företogs om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser

av ändringen. (Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10).

Av utredningen i målet framgår att ändringen i det aktuella skall-kravet skedde den 30 oktober 2015, tre veckor före anbudstidens utgång den 19 november 2015. Ändringen publicerades samtidigt till samtliga anbusgivare i e-Avrop. Det är inte en ändring av de kvalifikationer eller krav som ställs på leverantören eller utförandet av tjänsten utan en ändring av en föreskrift i själva upphandlingsförfarandet.

Med hänsyn till omständigheterna i målet finner förvaltningsrätten att Förvaltaren inte har vidtagit en väsentlig förändring av skall-kravet rörande okulär besiktning av platsen för upphandlingen. Detta med beaktande av att ändringen i skall-kravet inte kan anses vara väsentlig för upphandlingen i sak, att ändringen varit sakligt grundad då det ursprungliga kravet kunnat innebära en begräsning av konkurrensen, att ändringen skett i mildrande riktning, att samtliga leverantörer fått reda på ändringen samtidigt tre veckor innan anbudstidens slut samt det faktum att ändringen inte inneburit några negativa konsekvenser för anbudsgivarna. Det finns inte heller något som tyder på att ändringen har haft någon påverkan på de slutliga anbudspriserna.

I och med att förvaltningsrätten funnit att den aktuella ändringen inte varit väsentlig finns ingen anledning för förvaltningsrätten att gå vidare och bedöma om JRF lidit eller kunnat komma att lida någon skada av ändringen.

### **Sammanfattning**

Sammanfattningsvis har det inte framkommit i målet att Förvaltaren har brutit mot LOU eller dess grundläggande principer på någon av de grunder som JRF anfört. JRF:s ansökan om överprövning ska därför avslås.



**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Erik Hjulström

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Åsa Fält har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.