



**SÖKANDE**

Vaksala Måleri AB, 556694-0234

Ombud: Advokat Hampus Ek  
Foyen Advokatfirma KB  
Box 7229  
103 89 Stockholm

**MOTPART**

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen och biträdande jurist Louise Oldmark  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019 10 31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Detta innebär att förvaltningsrättens tidigare interimistiska förordnande upphör att gälla.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

**Enköpings kommun** genomför en upphandling avseende Ramavtal måleriarbeten 2019 (dnr TF 2019/222). I upphandlingens administrativa föreskrifter anges att ett enkelt förfarande tillämpas samt att upphandlingen sker enligt reglerna under tröskelvärdena.

**Vaksala Måleri AB** (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs bl.a. följande. Enköpings kommun har i ett kompletterande förfrågningsunderlag ändrat kvalificeringskraven i AFB.52 avseende referensobjekt 1. I förhållande till det tidigare förfrågningsunderlaget har texten ”Arbetena ska vara planerade arbeten och arbeten av mer akut karaktär” lagts till. Vad som avses med arbeten av mer akut karaktär framgår inte av den aktuella koden eller förfrågningsunderlaget i övrigt och därmed uppfyller inte förfrågningsunderlaget den upphandlingsrättsliga principen om transparens. Detta öppnar för skönsmässiga bedömningar från kommunens sida av vilken typ av uppdrag som ska anses uppfylla kraven som ställs för referensprojekt 1.

Förändringen av kravet på referensobjekt 1 lämnades till de potentiella anbudsgivarna först den 3 juni 2019, dvs. endast fyra dagar innan anbudstidens utgång enligt publicerad annons. I förfrågningsunderlaget under kod AFB.23 anges bl.a. att eventuella förtydliganden och kompletteringar av förfrågningsunderlaget kommer att distribueras via samma länk senast sex dagar före anbudstidens utgång. Om en upphandlande myndighet väljer att komplettera ett förfrågningsunderlag och kompletteringen är av sådan art eller omfattning att den kan påverka anbudets utformning och färdigställande ska potentiella anbudsgivare enligt praxis ges skälig tid att inkomma med anbud (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 928-10). De förändrade kraven avseende referensobjekt 1 har påverkat anbudets

utformning och bolaget har därför behövt tid för att vidtala andra referensgivare än vad som ursprungligen förberetts för att kunna inge ett konkurrenskraftigt anbud, vilket också är skälet till att bolaget med den korta tidsfristen inte kunnat komma in med ett anbud i upphandlingen. Genom det förändrade kravet på referensobjekt 1 har bolaget varken kunnat bedöma vilka typer av arbeten som avsetts för referensobjekt 1 eller getts skälig tid att förändra sitt anbud med avseende på referensuppdrag. Enköpings kommun har därmed överträtt de grundläggande principerna enligt LOU.

Under de administrativa föreskrifternas kod AFD.13 framgår att den rangordning som fastställs i och med kontrakt kan komma att ändras om vissa ”brister” anses föreligga. Bristerna beskrivs i generella termer och är härtill uttryckta som just exemplifieringar. Skrivningen öppnar för fria bedömningar och godtycke. När förfrågningsunderlaget är oförutsägbart tar anbudsgivarna stora risker i och med att de inte kan förutse om kommunen vid avrop kommer att tillämpa den fastställda rangordningen eller inte, vilket också kan medföra att anbudsgivarna inte kan avge lika konkurrenskraftiga anbud. Formuleringen i förfrågningsunderlaget för ändringen av rangordningen har inte på ett transparent sätt beskrivit hur rangordningen kan ändras vilket medför att kommunen kan ändra rangordningen på ett godtyckligt sätt. Detta står uppenbart i strid med LOU:s krav på likabehandling och transparens.

**Enköpings kommun** bestrider bolagets ansökan om överprövning och yrkar för egen del att förvaltningsrätten ska upphäva det interimistiska förordnandet. Till stöd för inställningen anförs bl.a. följande. Kravet på referensuppdrag uppfyller de grundläggande principerna på likabehandling, transparens och proportionalitet. Planerade arbeten kan sammanfattas som arbeten där det har funnits kännedom om ett underhållsbehov. Ett akut

arbete är ett arbete som behöver utföras skyndsamt. Förfrågningsunderlaget har inte ändrats på så sätt att det rör sig om en väsentlig förändring som framgår av LOU. Det har därmed inte heller funnits en skyldighet att förlänga anbudstiden. För det fall någon leverantör som intresserat sig för att lägga ett anbud hade upplevt tidsbrist i anledning av ändringen hade leverantören kunnat begära en tidsförlängning av anbudstiden. Ingen sådan begäran har inkommit av någon leverantör, ej heller av bolaget.

De exempel som anges i AFD.13 är väsentliga avtalsbrott som självständigt eller sammantaget vid upprepade tillfällen skulle kunna medföra hävningsgrund. Eftersom en hävning medför en ingripande påföljd för den avtalspart som drabbas har kommunen valt att införa en mildare påföljd vid avtalsbrott genom att ändra rangordningen. Exemplen utgör inte kvalificeringskrav och påverkar inte anbudsgivarnas möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunens enda krav är att entreprenörerna ska utföra måleriarbetena i enlighet med parternas avtal. De brister som anges i AFD.13 är av sådan karaktär att entreprenörerna själva under ramavtalstiden kan förfoga över om de uppfyller kraven eller inte.

Inget av det bolaget gjort gällande har hindrat bolaget från att lämna anbud i upphandlingen. Bolaget har inte heller visat att upphandlingen strider mot LOU. Bolaget kan därför inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada.

**Förvaltningsrätten** har den 10 juni 2019 förordnat att Enköpings kommun inte får ingå avtal i upphandlingen innan förvaltningsrätten har avgjort målet slutligt eller beslutat annat.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkterna för prövningen

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU på de grunder bolaget anfört.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

### Ändrad rangordning under ramavtalstiden

I punkten AFD.13 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande. Kontrakt kommer om möjligt att tecknas med fem entreprenörer. Dessa rangordnas 1, 2, 3 osv. och entreprenör 1 kommer att utföra arbetet. Om entreprenören vid tre tillfällen visat brister har beställaren rätt att flytta entreprenören till sista plats i rangordningen. I punkten AFD.13 lämnar Enköpings kommun vidare att antal exempel på brister.

Bolaget menar att formuleringen för ändringen av rangordningen inte på ett transparent sätt har beskrivit hur rangordningen kan ändras och att det medför att Enköpings kommun kan ändra rangordningen på ett godtyckligt sätt. Bolaget har vidare gjort gällande att anbudsgivarna tar stora risker i och

med att de inte kan förutse om kommunen vid avrop kommer att tillämpa den fastställda rangordningen eller inte, och att det kan medföra att anbudsgivarna inte kan avge lika konkurrenskraftiga anbud.

Enköpings kommun anför å sin sida att bristerna är exempel på avtalsbrott från entreprenörens sida som inte utgör kvalificeringskrav och därför inte påverkar anbudsgivarnas möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunen har vidare anfört att de brister som anges i AFD.13 är av sådan karaktär att entreprenörerna själva under ramavtalstiden kan förfoga över om de uppfyller kraven eller inte.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning finns det inte något upphandlingsrättsligt hinder för en upphandlande myndighet att tillämpa villkor som under avtalstiden kan komma att påverka den fastställda rangordningen, under förutsättning att det klart och tydligt framgår av upphandlingsdokumenten och ramavtalets villkor under vilka förutsättningar ett sådant ingripande kan komma att ske.

Enligt förvaltningsrättens mening utgörs de exempel som anges i punkten AFD.13 främst av situationer där leverantören inte lever upp till vad som kan förväntas av denne. Att Enköpings kommun exemplifierat vad bristerna kan bestå i anser förvaltningsrätten snarare medför ett minskat utrymme för skönsmässiga bedömningar från kommunens sida än att det, såsom bolaget gör gällande, medför att kommunen kan komma att ändra rangordningen på ett godtyckligt sätt. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att huruvida en avtalsleverantör kommer att uppvisa sådana brister som exemplifieras i AFD.13 eller andra brister och hur Enköpings kommun i sådant fall kommer att agera, i dagsläget endast är föremål för spekulation. Med detta som bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att bolaget, som inte heller har lämnat något anbud i upphandlingen, inte har förmått visa på vilket sätt det lidit eller riskerat att lida skada till följd av den brist som görs gällande

(jfr HFD 2013 ref. 53). Sammantaget gör därför förvaltningsrätten bedömningen att bolaget inte har gjort sannolikt att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen i denna del.

### **Ändrad lydelse av krav på referensuppdrag**

Enköpings kommun har under pågående upphandling ändrat punkten AFB. 52 i de administrativa föreskrifterna enligt följande.

#### *Ursprunglig lydelse*

Referensobjekt 1: Ska vara ramavtals-måleriarbeten utförda mot en offentlig kund. Uppdragen ska under ett år ha ett värde av minst 500 000.

#### *Ändrad lydelse*

Referensobjekt 1: Ska vara löpande måleriarbeten utförda mot en kund. Arbetena ska vara planerade arbeten och arbeten av mer akut karaktär. Uppdragen ska under ett år ha ett värde av minst 500 000 kr.

Bolaget har gjort gällande att lydelsen av punkten AFB. 52 inte uppfyller den upphandlingsrättsliga principen om transparens då det inte framgår vad som avses med arbeten av mer akut karaktär. Detta öppnar enligt bolagets uppfattning för skönsmässiga bedömningar från kommunens sida av vilken typ av uppdrag som ska anses uppfylla kraven som ställs för referensprojekt.

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att upphandlingsdokumenten ska vara formulerade på ett klart och tydligt sätt samt innehålla alla krav som ställs i upphandlingen. EU-domstolen har uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC Construction).

Förvaltningsrätten anser till skillnad från bolaget att kravet avseende referensobjekt 1 är utformat på sådant sätt att anbudsgivarna har kunnat

avgöra vad Enköpings kommun tillmäter betydelse vid upphandlingen och därmed konkurrerat på lika villkor. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört i den delen.

Bolaget har även gjort gällande att det inte har getts skälig tid att förändra sitt anbud med avseende på referensuppdrag.

För upphandlingar under tröskelvärden följer av 19 kap. 15 § LOU att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Detta bör enligt förvaltningsrättens mening även tillämpas för det fall en upphandlande myndighet gör sådana ändringar eller tillägg av upphandlingsdokumenten som kräver ytterligare arbetsinsatser för anbudsgivare för att färdigställa sina anbud (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 928-10).

Den ändrade lydelsen av kravet i AFB.52 innebär en specificering av vilka måleriarbeten som ska ha utförts inom ramen för referensuppdrag 1. Ändringen är enligt förvaltningsrättens mening sådan att den kan påverka anbudens utformning och färdigställande. Bolaget har också gjort gällande att ändringen har påverkat anbudets utformning på så sätt att bolaget har behövt tid för att vidtala andra referensgivare än vad som ursprungligen förberetts. Frågan är således om bolaget, mot den angivna bakgrunden, getts skälig tid att komma in med anbud.

Enligt bolagets uppgifter lämnades ändringen av kravet på referensobjekt 1 fyra dagar innan anbudstidens utgång. Enköpings kommun har inte invänt mot bolagets uppgifter i den delen, varför förvaltningsrätten anser att bolagets uppgifter kan ligga till grund för den fortsatta prövningen. Förvaltningsrätten noterar även, vilket bolaget påtalat, att det i punkten AFB.23 i de administrativa föreskrifterna anges att eventuella



förtydliganden och kompletteringar av upphandlingsdokumenten kommer att distribueras senast sex dagar före anbudstidens utgång. Med beaktande av ändringens karaktär samt mot bakgrund av att vad som anges i punkten AFB.23, gör förvaltningsrätten bedömningen att bolaget inte kan anses ha fått skälig tid att inkomma med anbud. Detta har enligt förvaltningsrättens mening inneburit att bolaget i vart fall har riskerat att lida skada. Det föreligger därför skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Eva Frånlund Althin  
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Petra Hedin.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

