



**SÖKANDE**

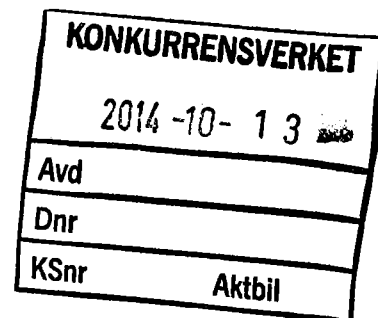
Kalles Bud & Transport AB, 556345-0179  
Ombud: Malte Bejstam  
Bejstam Juridik AB  
Västra Hyvlargränd 4  
907 38 Umeå

**MOTPART**

Umeå kommun  
901 84 Umeå

**SAKEN**

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (Kommunen) genomförde år 2012 en offentlig upphandling avseende ramavtal för flyttning av bohag, kontor och magasinering (dnr 12027) för perioden den 1 juni 2012 – den 31 maj 2015 med möjlighet till ett års förlängning. Anbud lämnades bl.a. av Kalles Bud & Transport AB och Umeå Stadsbud AB. Den 25 maj 2012 ingick Kommunen ramavtal med Umeå Stadsbud AB avseende de aktuella tjänsterna. I september 2012 träffade Kommunen en överenskommelse med Umeå stadsbud avseende akuta uppdrag.

I ansökan till förvaltningsrätten yrkar Kalles Bud & Transport AB (Kalles), såvitt får förstås, följande. Rätten ska ogiltigförklara ett nytt avtal som Kalles menar uppkommit på grund av Kommunens underlåtenhet att agera mot brister i uppfyllande av avtalet den 25 maj 2012.

Kommunens inställning är att ansökan ska avslås alternativt avvisas.

## PARTERNAS ANFÖRANDEN

Kalles anför bl.a. följande.

Avtalet mellan Kommunen och Umeå Stadsbud AB (Umeå Stadsbud) avseende flyttning av bohag, kontor och magasinering började gälla den 1 juni 2012. Under våren 2014 har vissa viktiga delar av avtalet inte efterlevts. Kommunen har informerats om bristerna men har ej agerat i syfte att säkerställa att avtalet efterlevs. Dessa avvikelser är så betydande att det måste anses att det i praktiken har träffats ett nytt avtal mellan Kommunen och Umeå Stadsbud genom kommunens underlåtenhet att agera. Avrop från detta nya avtal, som på ett otillbörligt sätt gynnar Umeå stadsbud, innebär otillåtna direktupphandlingar.

Det har under avtalstiden kommit till Kalles kännedom att Umeå Stadsbud inte utför uppdraget med bilar som uppfyller de krav som angavs i upphandlingen, utan leverantören använder sig av bilar som inte uppfyller de angivna skall-kraven om miljöklassning och krav om alkoholfria. I januari 2014 påtalade Kalles detta för Kommunen i syfte att få den att förbjuda Umeå Stadsbud att leva upp till de angivna kraven alternativt att Kommunen skulle häva avtalet med anledning av avtalsbrott.

Vidare har Kommunen och Umeå Stadsbud efter tecknande av det ursprungliga kontraktet utarbetat ytterligare ett avtal som reglerar priser vid beställningar med kortare varsel än fem dagar (akuttransporter). Dessa uppdrag finns inte angivna i förfrågningsunderlaget i vilket endast angavs att beställning skulle ske med minst fem dagars varsel. Tilläggsavtalet tillkom drygt 3,5 månader efter själva originalavtalet, dvs. i september 2012. Detta tilläggskontrakt utgör en otillåten direktupphandling då denna akuttransporttjänst inte angavs i förfrågningsunderlaget.

Inledningsvis besvarade Kommunen inte de e-postmeddelanden Kalles skickat varpå advokatbyrån Hannes Snellman anlätades i syfte att utreda huruvida Umeå Stadsbud levde upp till avtalet samt hur Kommunen skulle komma att agera i syfte att säkerställa dels att Kommunen inte använde sig av otillåtna upphandlingsmetoder, dels att Kommunen erhöll den tjänst den betalat för.

Den 16 april 2014 besvarade Kommunen breven från advokatbyrån och vitsordade då att man använt sig av såväl otillåten direktupphandling som att Umeå Stadsbud vid stickprov visat sig använda fordon som inte levde upp till uppställda skall-krav. Kommunen sade sig ha påtalat bristerna för Umeå Stadsbud samt att man i fortsättningen skulle utföra mer omfattande kontroller.

På begäran av Kalles övertog Bejstam Juridik AB den 21 maj 2014 ärendet från advokatbyrån Hannes Snellman i syfte att följa upp det.

I förfrågan till Kommunen ställdes frågor om vilka åtgärder som vidtagits, dels för att upphöra med den otillåtna direktupphandling som akutavtalet utgör, dels för att få kunskap om Umeå Stadsbud använder fordon som uppfyller skall-kraven.

Det som efterfrågades var någon form av handlingsplan, e-postmeddelande, protokoll från möte där detta avhandlas etc., som kan styrka att Kommunen vidtagit åtgärder. Vidare efterfrågades fakturor från tiden efter mars 2014 som kan styrka att de vidtagna åtgärderna faktiskt fått effekt. Dessutom begärdes att få del av kommunikationen mellan Kommunen och Umeå Stadsbud där det framgår att Kommunen riktat krav mot leverantören att uppfylla de i avtalet ställda kraven. Slutligen efterfrågades någon form av bevis på att Umeå Stadsbud rättat sig. Detta skulle exempelvis kunna vara körjournaler från transporter, angivelse av registreringsnummer på de bilar som använts samt uppgifter som styrker att bilarna är utrustade med alkolås.

Kommunen besvarade e-postmeddelandet den 23 maj 2014. I svaret angavs att kommunikationen mellan Kommunen och Umeå Stadsbud utgjordes av ett antal skrivelser mellan Kommunen och advokatbyrån Hannes Snellman. Kommunen sade sig också utföra tätare stickprovskontroller samt uppgav att man i fortsättningen kommer att utföra tätare kontroll av fakturorna.

Trots dessa utfästelser har Kommunen inte företett några bevis på genomförd kontroll av de bilar som används för transporter enligt avtalet den 25 maj 2012. Några bevis på att kontroller skett eller på att man från Kommu-

nens sida har kommunicerat Umeå stadsbud om problemet har varken företetts vid efterfrågan eller i Kommunens svar till förvaltningsrätten.

Inte heller har Kommunen visat hur man agerat för att säkerställa att fler avrop inte sker från den otillåtna direktupphandling som akutavtalet utgör.

Kommunen har medgett att akuttransportavtalet utgör en otillåten direktupphandling och att avrop ej ska ske med stöd av det avtalet, men likväl har avtalet utnyttjats ett stort antal gånger. I det interna brevet "Avtal flyttjänster" sägs att Kommunen ska direktupphandla denna tjänst och i brev till advokatbyrån Hannes Snellman den 16 april 2014 skriver Kommunen att man fortsättningsvis ska köpa denna tjänst genom någon form av konkurrensutsättning.

Kalles har inte heller efter påpekandet i mars 2014 kunnat se att de bilar som anges i samarbetsavtalet har funnits i Umeå. Samarbetsleverantören bedriver sin verksamhet i Uppsala. Av de två bilar Umeå Stadsbud själv äger som uppfyller angivna skall-krav används den ena för transporter mellan Umeå och Stockholm och den andra huvudsakligen för transporter i Skellefteå med omnejd. Det måste därför ifrågasättas om dessa bilar har använts för att utföra de transporter som Kommunen har upphandlat.

Kommunen har genom sin underlåtenhet att agera mot Umeå Stadsbuds underlåtenhet att uppfylla kraven i avtalet i väsentlig mån förändrat avtalets innehåll. Avtalet har förändrats i sådan omfattning att ett nytt avtal bör anses ha träffats. Det torde inte krävas att det avtalet ingåtts skriftligen utan underlåtenhet att agera trots vetskap om brister i avtalsuppfyllande måste anses som avtalsändring.

Av praxis framgår att som en väsentlig förändring menas bl.a. att kontraktets villkor ändrats genom att den ekonomiska jämvikten kommit att ändras till fördel för den anbudsgivare som erhållit kontraktet eller att det införs

villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. Detta framgår bl.a. av EU-domstolens dom i mål C-454/06 Presstext. I detta fall torde det vara ostridigt att innebörden kommit att ändras då Umeå Stadsbud utan åtgärd från Kommunen utför transporterna med bilar som inte uppfyller kraven i avtalet istället för att använda de bilar företaget ursprungligen sa sig komma att utföra uppdraget med.

Det otillåtna tilläggsavtalet om akuttransporter ingånget i september 2012 går inte att angripa genom överprövning enligt 16 kap. LOU då den tidsfrist om sex månader som anges i 16 kap. 17 § LOU har löpt ut.

Umeå Stadsbuds brister i uppfyllandet av avtalet från den 25 maj 2012 och Kommunens underlåtenhet att agera mot dessa brister utgör en väsentlig förändring av det ursprungliga avtalets innebörd, vilket kan likställas med att ett nytt avtal har träffats. Detta nya avtal, med väsentligt annan innebörd än det ursprungliga avtalet, har inte upphandlats på ett korrekt sätt eller föregåtts av någon form av annonsering, varför avrop som inte uppfyller kraven ställda i avtalet den 25 maj 2012 måste anses utgöra otillåtna direktupphandlingar. Då det förändrade avtalet har tillkommit genom Kommunens underlåtenhet att agera, dvs. efter mars 2014, ligger det inom tidsgränsen för prövning av avtalets giltighet.

I enlighet med praxis, bl.a. mål nr 199/85 Kommissionen mot Italien och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, bör bevisbördan vid påstående om otillåten direktupphandling åläggas upphandlande myndighet. I detta fall är förutsättningarna något annorlunda, men principen bör ändå gälla. Dessutom bör bevisbördan i det nu aktuella fallet åläggas Kommunen och leverantören i enlighet med bevissäkringsprincipen, dvs. den part som har bäst

förutsättningar att styrka alternativt motbevisa ett påstående bör åläggas bevisbördan. Slutsatsen av detta är att det inte kan anses rimligt att en konkurrerande leverantör ska ombesörja kontroll av att upphandlande myndighet faktiskt bedriver kontroll och vidtar åtgärder vid överträdelser från den kontraktsvinnande leverantören.

Kalles är en leverantör som tillhandahåller tjänster på transportmarknaden. Kalles deltog år 2012 i Kommunens upphandling "Flyttning av bohag, kontor och magasinering" och placerade sig på andra plats i anbudsutvärderingen. Kalles har ett ekonomiskt intresse av att leverera sina tjänster till Kommunen och har lidit ekonomisk skada genom att Kommunen väsentligen förändrat avtalsvillkoren i sådan utsträckning att förfarandet innebär en otillåten direktupphandling.

Kommunen anför bl.a. följande.

Kalles påstår att det kommit till deras "kännedom" att Umeå Stadsbud använt sig av fordon som inte uppfyller de avtalade kraven. Kommunen har även innan Kalles påtalade det uppmärksammat detta. Kommunen har också påtalat dessa brister för Umeå Stadsbud och krävt att det inte ska upprepas. Vid upprepade tillfällen har Kommunen gjort kontroller av att Umeå stadsbud, vid uppdrag för Kommunen, inte använder sig av fordon som inte uppfyller de avtalade kraven. Kommunen har vid kontroller efter detta påpekande inte funnit att avvikelse beträffande miljökravet skett.

För att kontrollera att kraven på fordonen uppfylls har Kommunen tagit ut information från Bilregistret. Dessa fordon uppfyller de krav som Kommunen ställt. De fordon som Umeå Stadsbud använder för Kommunens behov finns angivna i bifogad bilaga.

Det bestrids bestämt att Kommunen "underlåtit" att agera. Kommunen har vidtagit åtgärder; dels påtalat detta för Umeå Stadsbud och krävt att det inte upprepas, dels ökat kontroller för att identifiera om brister fortsätter.

Kommunen kan bara beklaga om Kalles upplever sig inte ha fått tillräckliga "bevis" för att Kommunen vidtagit åtgärder. Kalles har inte heller övertygat Kommunen om att användandet av fordon som inte uppfyller miljökrav är av den omfattning som Kalles påstår.

Av det upphandlade avtalet framgår att beställning ska ske fem arbetsdagar före utförande. Detta ska gälla i normalfallet. Dock kan det finnas undantagsfall där utförandet måste ske mer akut, dvs. tidigare än de fem dagarna. Undantagsfallen exemplifieras i upphandlingens avtalsvillkor Punkt 11:

#### *11 Inställelsetid*

Inställelsetid vid akuta uppdrag, exempelvis vräkningar, flyttningar inom boenden vid dödsfall eller vid vattenskador, ska ske omgående efter beställning. Genomförandet av sådant uppdrag sker enligt överenskommelse mellan parterna.

I och med denna punkt i avtalet ges Kommunen möjlighet att beställa uppdrag med kortare tid för utförandet än fem dagar. Kommunen och Umeå Stadsbud ska också överenskomma om villkor och genomförande för sådan beställning. För att reglera dessa tillfällen upprättades en överenskommelse mellan parterna i syfte att slippa det vid varje avropstillfälle. Förutsättningen var också att sådana beställningar skulle ske undantagsvis. Efter påpekande från bl.a. Kalles och dess ombud har det visat sig att dessa "akutbeställningar" skett oftare än undantagsvis.



Kommunen påbörjade efter det en kartläggning av beställda flyttjänster och har kunnat konstatera att många av beställningarna inte kan anses vara "akuta".

I motsats till Kalles påstående har Kommunen vidtagit åtgärder. Kommunen har haft möten med de verksamheter som är "stora" beställare av dessa tjänster och där tyngdpunkten har varit att ha framförhållning för beställning av dessa tjänster så att femdagarsgränsen uppfylls. Skriftlig information enligt bifogad bilaga har också gått ut till ledare och ansvariga inom verksamheter samt till kommunikatörer inom Kommunen. Som nämnts tidigare har Kommunen också tätare uppföljning av vad som fakturerats för att åtminstone i efterhand upptäcka brister så att dessa ska undvikas i framtiden.

Kommunen har sammanställt fakturor där det i beställningen har ingått ett flyttuppdrag och där kostnader för "akutbeställning" kan ha ingått. Dessa fakturor gäller där beställning är gjord efter den 16 april 2014 då information till verksamheterna gått ut. Totalt har nio fakturor hittats och de sammanfattas enligt nedan:

- En "akutbeställning" har godkänts då det var möbler som magasineras hos Umeå Stadsbud och också fakturerats korrekt
- Tre "akutbeställningar" har inte genomförts korrekt. Dessa har inte kommit till ansvarigas kännedom och Kommunen vidtar löpande åtgärder när detta uppdagas
- Fem beställningar har genomförts korrekt och fakturerats korrekt utifrån det ursprungliga avtalet.

Att det fortfarande kan förekomma icke korrekta beställningar är naturligtvis inte optimalt men det är inte enkelt att från en dag till en annan få alla inom Kommunen att ändra sitt beteende. Kommunen ser dock fortsatt allvarligt på detta och sätter in nya åtgärder för att komma till rätta med pro-

blemet. En ny åtgärd är att Umeå Stadsbud ifall det förekommer "akutbeställningar" ska kontakta ansvarig upphandlare på Upphandlingsbyrån innan utförande sker. Ansvarig upphandlare ska då godkänna eller underkänna huruvida det är en "akutbeställning" eller inte. Är det ingen "akutbeställning" förtydligas beställningen med ny utförandetid.

Den överenskommelse som Kommunen upprättat med Umeå Stadsbud är i och för sig inte något brott mot upphandlingsreglerna eftersom utrymmet dels finns i avtalet, dels skulle utnyttjas i undantagsfall. Tyvärr har denna överenskommelse överutnyttjats och därmed har värdet av dessa beställningar varit för stort. Kommunen har nu uppmärksamats på detta och vidtagit ovan presenterade åtgärder.

#### **TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER**

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §. (16 kap. 13 § första stycket p 1 LOU)

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, såvitt nu är aktuellt, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. (16 kap. 17 § första stycket LOU)

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Kalles yrkanden*

Kalles har i sin ansökan yrkat att förvaltningsrätten ska ”fastställa att Umeå kommuns underlåtenhet att agera mot Umeå stadsbuds avtalsbrott innebär en väsentlig förändring av ramavtalet samt att avrop från detta innebär en otillåten direktupphandling eftersom leverantören inte uppfyller skalkraven i det ursprungliga ramavtalet”.

Förvaltningsrätten noterar följande. En överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits (se 16 kap. 6 § andra stycket LOU). Rätten kan dock sedan ett avtal slutits besluta att avtalet är ogiltigt om vissa förutsättningar är uppfyllda (se 16 kap. 13 § LOU).

Med hänsyn till det nämnda förstår förvaltningsrätten Kalles ansökan som att Kalles yrkar att ett nytt avtal ska förklaras ogiltigt.

I Kalles utveckling av talan nämns även ett ”tilläggsavtal” från september 2012 och finns argumentering kring detta ”avtal”. Kalles har dock inte framställt något yrkande om prövning i denna del och har självt angett att det avtalet inte går att angripa genom överprövning eftersom den i 16 kap. 17 § LOU angivna tidsfristen löpt ut. Vad Kalles anför om ”tilläggsavtal” föranleder därmed ingen prövning av förvaltningsrätten.

### *Prövningen av Kalles ansökan*

Såvitt kan förstås vill Kalles få en prövning i förvaltningsrätten huruvida det skett sådana väsentliga förändringar av det under 2012 upphandlade ramavtalet avseende flyttning av bohag, kontor och magasinering att ett nytt avtal måste anses ha ingåtts. Kalles menar att Kommunen under våren

2014 underlåtit att vidta åtgärder mot Umeå Stadsbuds icke uppfyllande av i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav vid utförandet av avtalet och att detta innebär att ett nytt avtal ingåtts. Kalles menar vidare att avrop från detta nya avtal utgör otillåtna direktupphandlingar.

Vad gäller väsentliga förändringar konstaterar förvaltningsrätten att ifall villkoren i ett upphandlat kontrakt eller ramavtal under avtalstiden genomgår väsentliga förändringar kan det innebära att ett nytt avtal anses ha ingåtts. EU-domstolen uttalade i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike bl.a. att ändringar som görs under löptiden ska anses utgöra en ny upphandling om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och visar på en avsikt från parterna att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. I avgörandet C-454/06 Pressetext uttalade EU-domstolen att en ändring ska anses vara betydande bl.a. om ändringen innebär att det införs villkor som, om de förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

Förvaltningsrätten noterar att det i förevarande mål inte framkommit att Kommunen och Umeå Stadsbud skulle ha ingått någon skriftlig överenskommelse av innebörd att vissa i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav frånfallits. Något sådant har heller inte hävdats av Kalles. Vad Kalles menar är att Umeå Stadsbud vid utförandet av avtalet inte uppfyllt samtliga skall-krav och att Kommunen underlåtit att vidta åtgärder varför ett nytt avtal måste anses ha ingåtts.

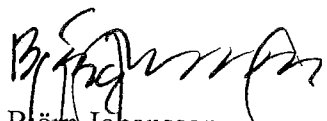
Förvaltningsrätten noterar allmänt att det kan förekomma brister vid en leverantörs utförande av ett avtal och att det ankommer på beställaren (här en myndighet) att som avtalspart ta ställning till hur allvarliga bristerna är

och vilka åtgärder beställaren vill vidta med anledning av bristerna. Att en myndighet underlåtit att vidta åtgärder är enligt förvaltningsrättens mening i sig inte tillräckligt för att anse att ett nytt avtal ingåtts. Om omständigheterna sammantaget visar att avtalsvillkoren väsentligt förändrats kan detta dock innebära att ett nytt avtal ingåtts.

I nu aktuellt fall måste enligt förvaltningsrättens mening Kommunen anses ha agerat i syfte att säkerställa att skall-kraven upprätthålls vid utförandet av avtalet. Uppgifterna i handlingarna i målet tyder inte på att det skulle finnas någon acceptans från Kommunens sida om att samtliga skall-krav inte behöver uppfyllas. Det är också oklart i vilken omfattning Umeå Stadsbud faktiskt brustit i uppfyllande av skall-krav, dvs. om det är fråga om smärre avvikelser eller mer omfattande sådana.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten inte visat att det skett sådana förändringar i avtalet den 25 maj 2012 ett nytt avtal kan anses ha ingåtts. Kalles ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1C)

  
Björn Johansson  
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

