

KLAGANDE

REXAB Flytt & Tungtransport Aktiebolag, 556471-3013

Ombud: Advokat Jonas Bergh och jur.kand. Alice Grehn
Berghco Advokatbyrå AB
Jungfrugatan 6
114 44 Stockholm

MOTPARTER

1. Aktiebolaget Svenska Bostäder, 556043-6429
Box 95
162 12 Vällingby

2. Allt i transport & spedition 018 AB, 556639-6049

Ombud: Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 juni 2017 i mål nr 4242-17,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar yrkandet om att varje avrop som innebär väsentliga avsteg från det befintliga ramavtalet ska ogiltigförklaras såsom otillåtna direktupphandlingar.
2. Kammarrätten förklarar att det nya ramavtalet som har uppstått den 1 december 2016 mellan Aktiebolaget Svenska Bostäder och Allt i transport & spedition 018 AB är ogiltigt.

YRKANDEN M.M.

REXAB flytt & tungtransport Aktiebolag (Rexab) yrkar att det direktupphandlade ramavtalet mellan Aktiebolaget Svenska Bostäder (Svenska Bostäder) och Allt i transport och spedition 018 AB (AiT) och samtliga avrop enligt detta direktupphandlade avtal ska ogiltigförklaras. Rexab för fram att i detta yrkande ingår även att kammarrätten ska pröva om avropen innebär så väsentliga avsteg från det befintliga ramavtalet att varje sådant avrop utgör en ny direktupphandling och att kammarrätten ska ogiltigförklara varje sådan otillåten direktupphandling. Till stöd för sitt överklagande för Rexab fram bl.a. följande. Vid avrop har Svenska Bostäder frångått det befintliga ramavtalet. Avstegen har varit väsentliga till den grad att avropen ska ses som otillåtna direktupphandlingar. Avstegen, som alltså utgör väsentlig ändring, har satts i system mellan Svenska Bostäder och AiT. Det innebär att de både är otillåtna direktupphandlingar och att de konstituerar ett nytt direktupphandlat ramavtal.

Svenska Bostäder anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Det är inte möjligt att förutse alla eventualiteter vid flyttuppdrag. Det förekommer inte sällan hinder i genomförandet som ligger utanför leverantörens kontroll och som beror på Svenska Bostäder som beställare, t.ex. avsaknad av nycklar för tillträde, oplanerade driftstopp av hissar, flera flyttuppdrag planerade av Svenska Bostäder i samma trapphus vilket resulterar i begränsad framkomlighet. Svenska Bostäder medger att vissa avsteg har gjorts från det befintliga ramavtalet, detta rör dock främst avtalsvillkor som är av ordningskaraktär (ex. krav på skriftlighet vid tilläggsbeställningar och vid beställning av varuförsäkring) och inte mot de kommersiella villkoren i avtalet. Dessa avsteg är dock inte av sådan allvarlig karaktär att de utgör väsentliga avsteg från ramavtalet.

AiT anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningsramen m.m.

Bakgrund

Stockholms stad har upphandlat tjänsten ”Möbel- och kontorsflyttning” och ingick ramavtal (3.3.3-931/2015) med flera leverantörer den 28 januari 2016. Av dessa leverantörer rangordnades AiT på första och Rexab på andra plats. Svenska Bostäder är berättigat att göra avrop från ramavtalet. Detta ramavtal kommer i fortsättningen att benämnas det befintliga ramavtalet.

Rexab har kommit in med utredning som enligt bolaget visar på att det i Svenska Bostäders avrop enligt rangordningen från det befintliga ramavtalet förekommit avsteg från avtalet i en sådan omfattning att ett nytt otillåtet direktupphandlat ramavtal uppstått mellan Svenska Bostäder och AiT samt att det finns skäl för ogiltigförklaring av avropen enligt detta avtal. Utredningen består främst av fakturor som AiT har ställt ut till Svenska Bostäder under perioden augusti 2016–januari 2017.

Tillämplig lag

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (den nya lagen) har trätt i kraft och är tillämplig från och med den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna till denna lag framgår att genom den nya lagen upphävs lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), men att den upphävda lagen dock gäller för sådan upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Kammarrätten konstaterar att upphandlingen av det befintliga ramavtalet inleddes före den 1 januari 2017. Rexabs talan om ogiltighet tar dock inte sikte på upphandlingen av detta, utan på de ändringar som enligt bolaget ska ha företagits i avtalet under främst hösten 2016. Med hänsyn till att både

upphandlingen av det befintliga ramavtalet och av det påstådda nya ramavtalet och de omständigheter som enligt bolaget ska föranleda ogiltighet inleddes respektive i huvudsak företogs före ikraftträdandet av den nya lagen, anser kammarrätten att det är den äldre lagen som ska tillämpas i målet.

Prövningsramen

I sin ansökan till förvaltningsrätten yrkade Rexab att förvaltningsrätten skulle ogiltigförklara ett mellan Svenska Bostäder och AiT direktupphandlat ramavtal och samtliga avrop enligt detta avtal. Förvaltningsrätten ansåg dock att Rexabs yrkande inte omfattade frågan om de enskilda avropen i sig skulle ogiltigförklaras såsom otillåtna direktupphandlingar och prövade därför inte denna fråga.

Kammarrätten har därmed att ta ställning till om kammarrätten kan pröva detta yrkande som första instans. En förutsättning för detta är att en ny fråga inte förs in i målet. Rättsföljden av yrkandet om att de enskilda avropen ska ogiltigförklaras såsom otillåtna direktupphandlingar är dock en annan än som följer av yrkandet som prövats i förvaltningsrätten. Kammarrätten bedömer därmed att yrkandet är en ny fråga som inte kan prövas av domstolen som första instans.

Kammarrätten avvisar därför Rexabs yrkande i kammarrätten om att varje sådant avrop som innebär väsentliga avsteg från det befintliga ramavtalet ska ogiltigförklaras på grund av att dessa utgör otillåtna direktupphandlingar. Kammarrätten prövar alltså endast frågan om de av Rexab framförda avstegen i avropen från det befintliga ramavtalet medför att det uppstått ett nytt direktupphandlat ramavtal och om detta avtal ska ogiltigförklaras. Beroende på bedömningen i denna fråga ska det även prövas om Rexab har ansökt om ogiltighet i rätt tid.

Frågan om ogiltighet

Rättslig reglering m.m.

Enligt bestämmelserna i 16 kap. 13 § och 7 kap. 1 § LOU är ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering, s.k. otillåten direktupphandling. Ett exempel på otillåten direktupphandling är när en upphandlande myndighet förlänger, utvidgar eller ändrar ett avtal med en befintlig leverantör, trots att en sådan option inte finns i det ursprungliga avtalet. I realiteten innebär en sådan ändring av avtal att ett nytt avtal sluts, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande (se prop. 2009/10:180 s. 188).

Av EU-domstolens praxis framgår att ändringar i avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet, se t.ex. målet presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, p. 34). Där uttalade EU-domstolen att en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär 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 (p. 35). Ett ytterligare exempel på när en ändring kan anses vara betydande är om denna medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (p. 37).

Av EU-domstolens praxis framgår vidare att det finns en möjlighet för parterna i ett offentligt avtal att ändra villkor, även viktiga sådana, efter tilldelning, se t.ex. målet Finn Frogne (C-549/14, p. 37). Detta förutsätter dock att det i upphandlingsdokumenten uttryckligen anges att villkoren kan komma att justeras och på vilka villkor detta kan ske. Av domen framgår vidare att varken den omständigheten att en väsentlig ändring i villkoren i ett avtal inte beror på avtalsparternas avsiktliga vilja att omförhandla avtalsvillkoren eller den objektivt osäkra karaktären hos vissa avtal, kan rättfärdiga att en sådan ändring görs utan iakttagande av likabehandlingsprincipen som ska gälla för alla aktörer som potentiellt är intresserade av ett offentligt avtal (p. 32).

Kammarrättens bedömning

Rexab har fört fram att följande avsteg har skett i förhållande till det befintliga ramavtalet.

- Omedelbar fakturering,
- löpande priser och tilläggspriser,
- magasinering i Uppsala i stället för i Stockholm,
- utebliven kreditering av flyttkartonger och
- debitering av varuförsäkringar.

Rexab för fram att varje avsteg har skett i hundratals fall, att var och en av avvikelserna i sig är ett väsentligt avsteg och att de i vart fall sammantagna innebär ett väsentligt avsteg från det befintliga ramavtalet.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att Rexab har visat att det förekommit avsteg i jämförelse med villkoren i det befintliga ramavtalet. Nästa fråga blir därför om dessa avsteg var för sig eller tillsammans medför betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det befintliga ramavtalet och visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal. Inom ramen för denna prövning ska det

även beaktas om eventuella ändringar i villkoren har haft stöd i det befintliga ramavtalet.

När det gäller frågan om avsteg i form av en förändrad prismodell, det som Rexab benämner som löpande priser och tilläggspriser, kan följande bestämmelser i det befintliga ramavtalet nämnas.

I punkten 1.1.7 anges bl.a. följande. Angivna priser ska inkludera samtliga leverantörens förenade kostnader med åtagandet och krav enligt detta ramavtal. Åtagandet ska så långt som möjligt utföras till ett överenskommet fast pris eller vid löpande räkning så långt som möjligt inom ett pristak. Timpriser angivna i bilaga 3A under rubriken ”flyttåtaganden som debiteras per timma” får endast användas och debiteras i undantagsfall. Timpriser får användas som komplettering till eller då fasta priser för åtaganden (enligt pos 1 t.o.m. 46 i bilaga 3A) inte reglerar, omfattar eller är anpassat till ett åtagande. Debitering per timma ska alltid specificeras, anges skälet till och specificeras i samband med avrop.

Av punkten 1.1.8 följer att angivna priser är fasta och att endast fast pris som har fastställts skriftligen mellan parterna får användas vid fakturering.

I punkten 1.1.11 anges att alla ändringar och tillägg till avrop ska ske skriftligen mellan parterna.

Vidare anges bl.a. följande i punkten 1.1.13 under rubriken Avropets omfattning och utvidgning av åtagande. Om leverantör uppmärksammar att avropat åtagande omfattar ytterligare åtaganden ska Stadens avropare kontaktas och bekräfta att det avropade åtagandet får omfatta även dessa åtaganden. Om leverantören bedömer att ett åtagande behöver utökas ska Stadens avropare omgående informeras. Informationen ska innehålla det utökade åtagandet samt kostnaderna därför. Stadens avropare ska skriftligen godkänna åtagandet och kostnader innan det tillkommande åtagandet får

påbörjas. Om leverantören utökar åtagandet utan godkännande från Staden har leverantören inte rätt till ersättning för den delen av åtagandet. Det ankommer på leverantören att styrka och kunna specificera sina kostnader.

I denna del för Rexab fram bl.a. följande. AiT har i stor utsträckning debiterat flyttåtaganden per timma som enligt det befintliga ramavtalet endast kan användas vid bl.a. ”speciella skäl”. Mycket ofta har AiT fakturerat för tjänster som inte ingår i det befintliga ramavtalet och i andra fall saknas beställningsunderlag. För att AiT ska vara berättigat till ersättning för de ökade åtagandena ska dessa skriftligen godkännas av Svenska Bostäder enligt punkten 1.1.13 i det befintliga ramavtalet. Detta är ett väsentligt avsteg eftersom det innebär en förändrad prismodell som gjort det möjligt för AiT att i större utsträckning debitera per timme utan pristak, vilket medför att det befintliga ramavtalets ekonomiska jämvikt har ändrats till fördel för AiT.

Svenska Bostäder invänder bl.a. följande. Fakturering per timme för flyttarbetare är korrekt enligt prislistan och debitering har därmed genomförts i enlighet med de i det befintliga ramavtalet angivna priserna vilket därmed inte utgör något avsteg. Vad gäller att timdebitering enligt det befintliga ramavtalet ska ske ”i undantagsfall” så visade sig förhållandena som vid tidpunkten för upphandlingen antogs vara ovanliga vara vanliga och undantagssituationer bli det vanliga. Kravet på skriftlighet i punkten 1.1.10 i det befintliga ramavtalet är av ordningskaraktär och är inte sanktionerat. Brister i formalia är ingen väsentlig ändring och inte heller en avvikelse. Tilläggsbeställningarna har godkänts av respektive beställare senast i samband med fakturering. Tilläggsbeställningarna har dessutom beställts även om inte detta framgår skriftligen.

Av den utredning Rexab har kommit in med framgår att AiT under den aktuella perioden i stor omfattning har fakturerat för tilläggsbeställningar, dvs. utöver det som avropats av Svenska Bostäder, genom att ha fakturerat

bl.a. per timme för flyttarbetare och för varuförsäkringar. Kammarrätten konstaterar att det av utredningen inte har kommit fram att AiT i enlighet med punkten 1.1.13 i det befintliga ramavtalet har erhållit skriftliga godkännanden för dessa åtaganden eller att priserna fastställts skriftligen mellan parterna enligt punkten 1.1.11. Utifrån det befintliga ramavtalets lydelse (punkten 1.1.13) skulle AiT utifrån dessa förutsättningar själv ha fått stå för kostnaderna för de utökade åtagandena. Detta har såvitt kommit fram inte skett.

För september månad 2016 uppgår det som fakturerats enligt avropen till drygt 889 000 kr. För samma månad har AiT därutöver fakturerat drygt 264 000 kr för tilläggsbeställningar avseende bl.a. flyttarbetare debiterade per timme. Faktureringen har alltså ökat med 28 procent jämfört med det som Svenska Bostäder har avropat. Motsvarande ökning uppgår för kommande månader till 53 procent i oktober 2016, 33 procent i november 2016, 4 procent i december 2016 och 166 procent i januari 2017. Ökningen i januari inkluderar en i enlighet med det befintliga ramavtalet felaktig debitering av flyttsamordnare, vilket enligt Svenska Bostäder har korrigerats genom att AiT krediterat Svenska Bostäder för denna post. Rexab för fram att denna kreditering gjorts först efter det att Rexab meddelat Svenska Bostäder om feldebiteringen. I övrigt har Rexabs uppgifter om beloppen bakom uträkningarna inte ifrågasatts av parterna.

Skrivningen i det befintliga ramavtalet om att debitering per timme får ske i undantagsfall medger enligt kammarrättens mening inte användning av debitering per timme i en sådan omfattning som faktiskt har skett. Att tilläggsbeställningar inte på förhand meddelats eller godkänts av Svenska Bostäder är ett agerande som inte heller står i överensstämmelse med villkoren i det befintliga ramavtalet. Det som Svenska Bostäder för fram om att detta inte kunde förutses vid avtalets ingående förändrar inte förhållandet att dessa faktiska avsteg från det befintliga ramavtalet har gjorts. Det bör här vägas in att Svenska Bostäder har bred erfarenhet av flyttuppdrag och

därmed har haft möjlighet att redan vid kontraktskrivningen förutse svårigheterna som kan tänkas uppstå i samband med uppdragens utförande, men också att den objektivt osäkra karaktären hos vissa avtal i regel inte kan rättfärdiga att ändringar görs.

Enligt kammarrättens bedömning har Svenska Bostäders och AiT:s systematiska användning av tilläggsbeställningar som inte godkänts i förväg och debitering per timme av flyttarbetare vid tilläggsbeställningar i praktiken medfört att det befintliga ramavtalets prismodell frångåtts. Villkor om pris i ett avtal av det aktuella slaget är att betrakta som väsentliga. Kammarrätten anser att omfattningen av tilläggsbeställningarna enligt beskrivningen ovan medför att ändringarna är att betrakta som betydande.

Med hänsyn till dels omfattningen av debitering per timme för flyttarbetare och den begränsade möjlighet det befintliga avtalet medger i detta avseende, dels omfattningen av samtliga tilläggsbeställningar som skett utan skriftligt godkännande i strid med ramavtalet, anser kammarrätten att en delvis förändrad prismodell i förhållande till det befintliga ramavtalet i praktiken tillämpats mellan Svenska bostäder och AiT. Denna förändrade prismodell har förskjutit det befintliga ramavtalets ekonomiska jämvikt till fördel för AiT, eftersom alla de i upphandlingen deltagande leverantörerna inte getts samma möjlighet som AiT att göra korrekta beräkningar av lönsamheten i de potentiella beställningarna enligt det befintliga ramavtalet.

De ovan konstaterade avstegen medför enligt kammarrättens bedömning att ett nytt direktupphandlat ramavtal har uppstått mellan Svenska Bostäder och AiT. Detta avtal ersätter det befintliga ramavtalet. Upphandlingen av det nya ramavtalet och de avrop som skett enligt detta har inte föregåtts av annonsering. Något skäl för undantag från annonseringsskyldigheten har inte kommit fram. Under förutsättning att Rexab har ansökt om ogiltighet i rätt tid ska därmed det nya ramavtalet förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

Rättslig reglering m.m.

Enligt huvudregeln i 16 kap. 17 § LOU ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. När det gäller syftet med sexmånadersfristen framgår det av förarbetena att ogiltigförklaring av avtal är en mycket ingripande åtgärd och av rättssäkerhetsskäl bör upphandlande myndigheter vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att avtal som slutits inte kan komma att förklaras ogiltigt (se prop. 2009/10:180 s. 169).

Sexmånadersfristen får anses börja löpa vid den tidpunkt då civilrättslig avtalsbundenhet uppkommer mellan parterna, oavsett skriftlig eller muntlig form (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 24 november 2014 i mål nr 4174-14). Det är Svenska Bostäder som har bevisbördan beträffande påståendet att avtal har ingåtts i sådan tid att ansökan om överprövning har kommit in för sent (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 21 juni 2017 i mål nr 7355-16).

Även om bedömningen av när ett avtal har slutits tar sin utgångspunkt i civilrätten, anser kammarrätten att upphandlingsrättsliga aspekter kan inverka på denna bedömning (jfr Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förslag AB, 2012, s. 267).

Syftet med bestämmelserna om ogiltighet är att det ska finnas effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner mot otillåten direktupphandling (se prop. 2009/10:180 s. 130). Att betydande ändringar av väsentliga villkor i offentliga kontrakt inte är tillåtna grundar sig i likabehandlingsprincipen (jfr HFD 2016 ref. 85).

I detta mål har det nya avtalsinnehållet vuxit fram successivt genom parternas agerande. Vid bedömningen av när ett sådant avtal ska anses ha slutits bör enligt kammarrättens mening särskild hänsyn tas till tredje mans möjligheter att upptäcka de förhållanden som föranleder ogiltigheten. Detta med hänsyn till syftet med bestämmelserna om ogiltigförklaring, se EU-domstolens dom i målet Uniplex (C-406/08) för ett liknande resonemang.

Kammarrättens bedömning

Rexabs ansökan om ogiltighet kom in till förvaltningsrätten den 17 februari 2017. Det är Svenska Bostäder som ska göra sannolikt att avtal ingåtts i sådan tid att ansökan om överprövning har kommit in för sent, dvs. att det nya ramavtalet slutits före den 17 augusti 2016.

Svenska Bostäder för fram att de påstådda avvikelserna från det befintliga ramavtalet tillämpats sedan avtalet började gälla den 1 februari 2016. Vidare för Svenska Bostäder fram att enligt begäran från Rexab har Svenska Bostäder sedan mars 2016 veckovis lämnat ut samtliga beställningsunderlag och fakturaunderlag.

Svenska Bostäder har inte kommit in med någon utredning som ger stöd för påståendet att avvikelserna tillämpats redan från tidpunkten då det befintliga ramavtalet började gälla.

Rexab för fram bl.a. följande i denna del. Det nya ramavtalet har träffats under hösten 2016 och i vart fall i december 2016 då både Stockholms stads och Svenska Bostäders ledande befattningshavare blivit uppmärksammade på tillämpningen av de ändrade villkoren. Rexab har fortlöpande begärt ut material från Svenska Bostäder och ställt frågor, men eftersom Svenska Bostäder inte har följt kravet på skriftlighet har det varit svårt för Rexab att bedöma om och i vilken utsträckning överträdelser har skett. Fram till november 2016 har Rexab endast kunnat misstänka avsteg och fick först vid

denna tidpunkt kännedom om avstegen, eftersom Rexab då genomfört en djupgående granskning av Svenska Bostäders beställningar med tillhörande fakturor.

Det Svenska Bostäder har fört fram tillsammans med utredningen i målet ger enligt kammarrättens bedömning inte tillräckligt stöd för att det nya ramavtalet ska anses ha ingåtts i sådan tid att Rexabs ansökan om överprövning ska anses ha kommit in för sent till förvaltningsrätten. Kammarrätten har vid denna bedömning vägt in Rexabs möjligheter att upptäcka avstegen från det befintliga avtalet. Rexab har därmed ansökt om ogiltighet i rätt tid.

Tidpunkten för nytt ramavtal

För att bedöma vilka avrop som per automatik blir ogiltiga eftersom de avropats från ett otillåtet direktupphandlat ramavtal, ska kammarrätten slutligen pröva när det nya ramavtalet uppstod.

Rexab har gett in utredning i form av bl.a. fakturor och sammanställningar av beställningar för tid från och med den 3 augusti 2016. Av utredningen framgår att tilläggsbeställningar enligt beskrivningen ovan förekom i augusti, september, oktober och november 2016 i stor omfattning. I slutet av november 2016 hade avstegen därmed enligt kammarrättens bedömning pågått under så pass lång tid och i en sådan omfattning att väsentliga villkor i det befintliga ramavtalet inte längre tillämpades. Enligt Rexabs uppgifter ska bolaget den 1 december 2016 ha riktat ett skadeståndskrav mot Svenska Bostäder vilket Svenska Bostäder tillbakavisade med hänvisning till att det befintliga ramavtalet följdes. Enligt Rexab informerades vid denna tidpunkt ledande befattningshavare hos Stockholms stad och Svenska Bostäder om avvikelserna i avropen. Enligt kammarrättens bedömning få det därmed anses utrett att det nya ramavtalet har ingåtts mellan Svenska Bostäder och

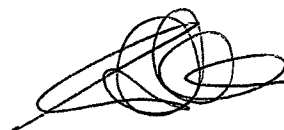
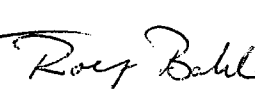

AiT i vart fall den 1 december 2016. Avrop som skett därefter enligt detta avtal är därmed ogiltiga.

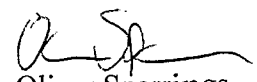
Sammanfattning och slutsats

Kammarrätten avvisar Rexabs yrkande om att avropen ska ogiltigförklaras såsom otillåtna direktupphandlingar.

Kammarrätten bedömer att genom Svenska Bostäders och AiT:s agerande har ett nytt ramavtal uppstått, eftersom parterna i praktiken tillämpat betydande avvikelser från väsentliga villkor i jämförelse med det befintliga ramavtalet. Det nya ramavtalet har därmed ersatt det befintliga ramavtalet. Det nya ramavtalet uppstod den 1 december 2016 och Rexabs ansökan om ogiltighet har skett i rätt tid. Avrop av flyttjänster som företagits därefter har därmed avropats enligt ett ogiltigt direktupphandlat ramavtal och är därför ogiltiga. Rexabs överklagande ska därför bifallas på så sätt att det nya ramavtalet mellan Svenska Bostäder och AiT förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Eva Östman Johansson kammarrättsråd ordförande	Rolf Bohlin kammarrättsråd	Eva Farley tf. assessor referent


Oliver Sparrings
kammarrättsfiskal
föredragande



SÖKANDE

Rexab Flytt & Tungtransport AB, 556471-3013

Ombud: Advokat Jonas Bergh
Jur.kand. Alice Grehn
Berghco Advokatbyrå AB
Jungfrugatan 6
114 44 Stockholm

MOTPART

Svenska Bostäder AB, 556043-6429
Box 95
162 12 Vällingby

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av dels ett mellan Svenska Bostäder AB och företaget Allt i Transport och Spedition 018 AB direktupphandlat ramavtal, dels samtliga avrop enligt detta direktupphandlade ramavtal.

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad (staden) upphandlade 2016 ett ramavtal avseende Möbel och kontorsflyttning, från vilket Svenska Bostäder AB (SB) är avropsberättigat.

Rexab Flytt & Tungransport AB (Rexab) ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar ett mellan SB och företaget Allt i Transport och Spedition 018 AB (AiT) nytt direktupphandlat ramavtal och samtliga avrop enligt detta direktupphandlade ramavtal, vars innehåll ligger utanför ramavtal 3.3.3-931/2015 som staden upphandlat, eftersom det är fråga om otillåtna direktupphandlingar. Till stöd för sin talan anför Rexab bl.a. följande. Rexab är ett av tre flytt- och speditjonsbolag som ingått ramavtal med staden och är på andra plats i rangordningen efter AiT. Det nya direktupphandlade avtalet innebär avsteg från det befintliga ramavtalet som kan indelas i kategorierna tilläggspriser och löpande räkning, fakturering över hela månaden, magasin i Uppsala i stället för i Stockholms län samt avsaknad av krediteringar av flyttkartonger.

Av inlämnat material framgår att AiT och SB har kommit överens om en systematisk överdebitering genom användning av löpande priser och tilläggspriser. Av det befintliga ramavtalet framgår att angivna priser är fasta minst t.o.m. den 31 december 2017 och att endast pris som fastställts skriftligt mellan parterna får användas vid fakturering. Vidare framgår av ramavtalet att stadens avropare skriftligen måste godkänna utökade åtaganden innan det får påbörjas. Det saknas helt dokumentation gällande detta.

Av det befintliga ramavtalet framgår att fakturering ska ske månadsvis i efterskott efter fullgjorda och av staden godkända åtaganden. AiT fakturerar

löpande direkt efter avslutat uppdrag. Under september 2016 finns det 90 fakturor med 15 olika datum och i oktober 2016 finns det 83 fakturor med 19 olika datum.

AiT har oriktigt uppgett att det lager/magasin som används är beläget i Stockholm. Lagret är i själva verket beläget i Uppsala och AiT frångår därmed ramavtalets krav på att ha lager/magasin beläget inom Stockholms län.

Av det befintliga ramavtalet framgår vidare att flyttkartonger ska levereras i enligt avrop överenskommet antal och lämnas tillbaka senast 45 dagar efter återflytt/avslutat flyttåtagande, såvida inte annat överenskommes i avrop. I de granskade fakturorna återfinns ingen kreditering av återhämtade flyttkartonger. AiT har istället fakturerat för flyttkartonger för vilka det inte gjorts några återköp.

SB yrkar i första hand att ansökan ska avvisas. SB yrkar i andra hand att ansökan ska avvisas mot bakgrund av att avropen som SB gjort har skett inom ramen för det ramavtal som staden upphandlade 2016. SB yrkar i tredje hand att Rexabs ansökan ska ogillas. Till stöd anför SB i huvudsak följande. Avropen som SB gjort har skett inom ramen för det ramavtal som staden upphandlade 2016. Det existerar inte något nytt ramavtal mellan SB och AiT.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt förvaltningsrättens mening är det Rexab som har bevisbördan för att det föreligger ett direktupphandlat ramavtal mellan SB och AiT. Rexab har till stöd för sin talan lämnat in omfattande underlag som avser avsteg i avropen från det ramavtal som staden upphandlat 2016. SB vidgår vissa avsteg men uppger att något nytt ramavtal mellan SB och AiT inte existerar.

Förvaltningsrätten finner att det material som Rexab har lämnat in i målet ger visst stöd för att det förekommit avsteg i SB:s avrop från det ramavtal som staden upphandlat 2016. Detta är, enligt förvaltningsrättens mening, dock inte tillräckligt för att anse att det faktiskt föreligger ett nytt direktupphandlat ramavtal mellan SB och AiT.

Då det inte är visat att det föreligger ett nytt direktupphandlat ramavtal mellan SB och AiT ska Rexabs yrkande om att förvaltningsrätten ogiltigförklarar ett mellan SB och AiT direktupphandlat ramavtal avslås. Av samma skäl ska även yrkandet om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara samtliga avrop från detta direktupphandlade ramavtal avslås.

Frågan därefter är om förvaltningsrätten även ska pröva om SB:s avrop från det ramavtal som staden upphandlat 2016 kan anses utgöra otillåtna direktupphandlingar eftersom de omständigheter som Rexab för fram kan uppfattas som att Rexab anser att avropen från det befintliga ramavtalet är så väsentliga att de utgör nya upphandlingar.

Av 29 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att rättens avgörande inte får gå utöver vad som yrkas i målet. Om det föreligger särskilda skäl, får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för motstående enskilt intresse.

Rexab har tydligt begränsat sitt yrkande till att avse endast ogiltigförklaring av ett mellan SB och företaget AiT direktupphandlat ramavtal och samtliga avrop enligt detta direktupphandlade ramavtal. Att pröva huruvida SB:s avrop från det ramavtal som staden upphandlat 2016 kan anses utgöra otillåtna direktupphandlingar skulle enligt förvaltningsrätten vara att gå utöver vad som yrkas i målet (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 8 mars 2017 i mål nr 1311-17). Att det enligt praxis är upp till domstolarna att

i upphandlingsmål bestämma lämplig utgång – rättelse eller att upphandlingen ska göras om – oberoende av parts yrkande (RÅ 2005 ref. 47) ändrar inte den bedömningen.

Enligt förvaltningsrätten saknas vidare särskilda skäl att gå utöver vad som yrkas i målet och eventuellt besluta till det bättre för enskild, dels då det inte kan anses uppenbart vad som är det materiellt riktiga resultatet (jfr HFD 2012 ref. 36), dels då det får anses finnas ett motstående enskilt intresse hos AiT. Mot denna bakgrund ska frågan om avropen från det ramavtal som staden upphandlat 2016 kan anses utgöra otillåtna direktupphandlingar inte prövas av förvaltningsrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Chefsrådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



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.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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.