



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

BESLUT
2014-05-20
Meddelat i Uppsala

Mål nr
5595-13 E
Enhet 1

SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2014 -05- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 120629

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) har ingått avtal med AB Mähler & Söner (Mähler) avseende köp av två snölastare med serie nr R26630 och R24351 samt uppstart och utbildning av personal.

Markona AB (Markona) ansöker om överprövning och yrkar att avtalen ska förklaras ogiltiga. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Någon gång under våren/sommaren 2013 har kommunen låtit upphandla två stycken snölastare, samt tillkommande uppstart och utbildning av personal, från Mähler. Mähler fakturerade kommunen den 15 maj 2013 för en snölastare med serie nr R24351 samt tillkommande tjänster till en kostnad av 780 000 kr exklusive moms och frakt. Därefter fakturerade Mähler den 1 juli 2013 kommunen för ytterligare en snölastare med serienummer R26630 samt tillkommande tjänster till en kostnad av 780 000 kr exklusive moms och frakt. Upphandlingen har inte föregåtts av någon annonsering i enlighet med huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU, trots att respektive avtal överskrider fastställda tröskelvärden. Förutsättningarna för att göra en upphandling utan föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 5 § LOU har inte förelegat. Genom att ingå avtalen med Mähler har kommunen gjort en otillåten direktupphandling. Därför ska förvaltningsrätten besluta att avtalen är ogiltiga.

Markona anför vidare att ansökan inte är för sent inkommen och anför följande. Preskriptionsbestämmelsen i 16 kap. 17 § LOU är inte tillämplig under de omständigheter som råder i fallet. Avsikten med lagändringen den 15 juli 2010 kan inte ha varit att preskriptionsbestämmelsen ska kunna tillämpas under vilka omständigheter som helst. Kommunen har uppgett att muntligt avtal avseende snölastarna ingåtts på Maskinexpo STOXA den 25 maj 2012. Det är nästintill omöjligt för en potentiell leverantör eller anbudsgivare att kunna få reda på att ett sådant muntligt ”hemligt” avtal har ingåtts samt ta till vara sin rätt genom att bryta preskriptionsfristen och

inleda en ogiltighetstalan. Det är tillräckligt svårt att få reda på att en otillåten direktupphandling har gjorts. Om en upphandlande myndighet skulle kunna sluta muntliga avtal avseende köp av vara med leverans ca ett år framåt i tiden och därigenom uppnå preskription, sätts hela katalogen med rättsliga verktyg som en leverantör eller potentiell anbudsgivare har rätt att använda sig av enligt 16 kap. LOU ur spel. En otillåten direktupphandling utgör inte en direktupphandling i lagens mening och det är orimligt att en upphandling som den aktuella ges skydd av preskriptionsreglerna i LOU. Rimligen får man i ett sådant fall av otillåten direktupphandling falla tillbaka på den allmänna preskriptionsregeln om tio år.

Markona anför slutligen följande. Avtal i den mening som avses i 16 kap. 17 § LOU kan tidigast ha kommit till stånd i samband med faktureringen den 15 maj 2013 avseende den första snölastaren och den 1 juli 2013 avseende den andra snölastaren. Ett muntligt avtal kan inte anses vara ett sådant avtal som innebär att preskriptionsfristen börjar löpa. Det kan av grundläggande rättssäkerhetsskäl inte vara acceptabelt att påståenden om muntliga avtal kan utlösa preskriptionsfrister. Även om skriftliga avtal inte är ett krav vid direktupphandlingar torde ytterligare moment i handlandet hos parterna krävas för att avtal i 16 kap. 17 § LOU:s mening ska anses ha uppkommit. Vidare har kommunen inte ens visat att muntligt avtal har kommit till stånd vid det påstådda tillfället.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar att ansökan ska avvisas. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Markonas talan är preskriberad. Muntligt avtal om köp av de aktuella snölastarna slöts redan den 25 maj 2012 mellan företrädare för kommunen och Mähler på mässan Maskinexpo STOXA. Snölastarna var demonstrationsmaskiner och kunde levereras först efter vintersäsongen 2012/2013. Vid avtalslutet den 25 maj 2012 var man överens om både pris och leveranstid. I samband med leveransen fakturerades kommunen i enlighet med avtalet. Eftersom avtalet

slöts före den 31 maj 2013 ska Markonas talan avvisas som för sent inkommen. Det finns inget lagkrav att avtal ska ingås i skriftlig form för att upphandlingen ska ses som avslutad. Det finns inte heller någon begränsning av omfattningen av preskriptionsbestämmelsen i 16 kap. 17 § LOU. Direktupphandling omfattas således av preskriptionsbestämmelsen. Kommunen åberopar ett vittnesintyg avseende avtalet.

SKÄL FÖR BESLUTET

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Markonas ansökan inkommit i tid. Av prop. 2009/10:180 s. 99 ff. framgår att bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet baseras på rättsmedelsdirektiven (rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG) samt ändringsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG). Detta innebär att direktivens lydelse och syften liksom EU-domstolens praxis ska beaktas vid tillämpningen av 16 kap. LOU.

Enligt artikel 2f.1b i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att en ansökan om ogiltighetsförklaring, under alla omständigheter, ska göras före utgången av minst sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet slöts. Av 16 kap. 17 § första stycket LOU, som är en del av den svenska implementeringen av artikel 2f (jfr prop. 2009/10:180 s. 394), framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Det finns inte något krav i direktiven eller LOU på att avtal måste upprättas skriftligen innan sexmånadersfristen börjar löpa. Av prop. 2001/02:142 s. 100 framgår att det inte heller varit lagstiftarens avsikt att det ska finnas något krav på skriftligt avtal. Vidare anges bl.a. följande i prop. 2009/10:180 s. 169. Ogiltigförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd. Upphandlande myndigheter bör därför vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att ett avtal som slutits inte kan komma att förklaras

ogiltigt. De i ändringsdirektivet angivna minimumfristerna bedöms vara väl avvägda och längre tidsfrister bör därför inte införas i LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att det får anses följa av 16 kap. 17 § LOU att det är tidpunkten för den civilrättsliga avtalsbundenheten som utlöser sexmånadersfristen. Förutom ogiltighetsförklaring av avtal finns alternativa rättsmedel, såsom skadestånd och upphandlingsskadeavgift, att tillgå för att stävja otillåtna direktupphandlingar (jfr 16 kap. 20 § LOU och 17 kap. 1 § LOU). Förvaltningsrätten finner att förhållandena i förevarande mål inte medför att en preskriptionsfrist om sex månader, såsom den utformats i 16 kap. 17 § LOU, strider mot EU-rättens krav. För att förvaltningsrätten ska kunna pröva Markonas ansökan krävs således att den kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet mellan kommunen och Mähler slöts.

I den av kommunen åberopade handlingen benämnd vittnesintyg, daterad den 3 december 2013, uppger en försäljningschef/marknadschef vid Mähler, bl.a. följande. Hon träffade en namngiven representant från Uppsala kommun på Stoxamässan den 25 maj 2012. Han fick information om att Mähler skulle sälja två av sina demo/mässkörda snölastare försommaren 2013. Representanten bestämde sig och pris samt leverensdatum bestämdes på plats efter ett handslag.

Markona har inte kommenterat den handling som kommunen åberopar. Både kommunen och Mähler anser att avtalet slöts den 25 maj 2012. Såvitt framkommit i målet var de vid detta datum överens om vilka snölastare som skulle levereras, hur mycket de kostade och när leveransen av dem skulle ske. Även med beaktande av de fakturor som Markona hänvisar till och det som bolaget anfört i övrigt finner förvaltningsrätten att det får anses vara utrett att avtalet mellan kommunen och Mähler ingicks den 25 maj 2012. Markonas ansökan inkom till förvaltningsrätten den 31 oktober

2013. Således har ansökan inte lämnats in inom sex månader från det att avtalet slöts. Med andra ord har ansökan enligt 16 kap. 17 § LOU kommit in för sent. Ansökan ska därför avvisas.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Anderz Eriksson.



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

