



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 05

DOM

2014-11-24
Meddelad i Stockholm

Mål nr 4174-14

KLAGANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud:

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

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas beslut den 20 maj 2014
i mål nr 5595-13, se bilaga A

SAKEN

Avvisad ansökan i mål om överprövning av avtals giltighet enligt lagen
om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

KONKURRENSVERKET	
2014-11-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 323246

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00

Telefax
08-14 98 89

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Markona AB yrkar att kammarrätten i första hand återförvisar målet till förvaltningsrätten för sakprövning och i andra hand förklarar de aktuella avtalen ogiltiga. Till stöd för sin talan hänvisar bolaget till vad det anfört i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Uppsala kommun kan inte anses ha visat att kommunen har ingått avtal med AB Mähler & Söner den 25 maj 2012. Bolaget har efterfrågat dokumentation av det påstådda avtalet, men någon sådan har inte presenterats. Det är först sedan bolaget väckt talan om ogiltighet vid förvaltningsrätten som kommunen ordnat fram ett vittnesintyg och då från en person som har eget intresse i målet. Kommunen har inte diariefört eller på liknande sätt dokumenterat affären, trots att det av kommunens riktlinjer för upphandling framgår att direktupphandlingar ska dokumenteras. I riktlinjerna anges även att förfarandet bör avslutas med att ett skriftligt avtal upprättas och undertecknas av parterna när överklagandetiden har gått ut.

Uppsala kommun bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Frågan om när det aktuella avtalet slöts får avgöras enligt allmänna civilrättsliga bestämmelser, vilket ytterst blir en bevisfråga. Kommunen vidhåller att muntligt avtal slöts redan den 25 maj 2012. Inställningen vinner stöd av det återopade vittnesintyget. Det förhållandet att direktupphandlingen stod i strid med kommunens egna riktlinjer minskar inte bevisvärdet av kommunens uppgifter om hur avtalet slöts. Markona AB har inte förmått visa att talan väckts i rätt tid.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det inte strider mot svensk rätt eller mot EU-rätten att tillämpa bestämmelsen i 16 kap. 17 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i förevarande fall.

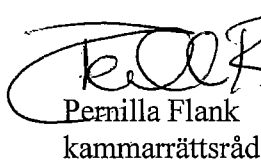
Kammarrätten instämmer vidare i förvaltningsrättens bedömning att det får

anses utrett att det aktuella avtalet mellan kommunen och AB Mähler & Söner slöts den 25 maj 2012. Vad Markona AB anfört om att kommunen inte har följt sina egna riktlinjer för upphandling föranleder ingen annan bedömning i detta avseende. Eftersom Markona AB:s ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten först den 31 oktober 2013 har ansökan kommit in för sent. Det var därför rätt av förvaltningsrätten att avvisa ansökan. Av det sagda följer att överklagandet ska avslås.

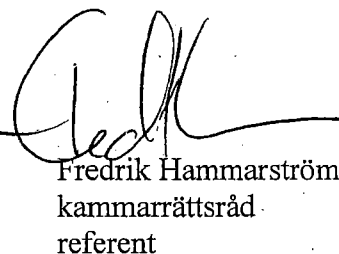
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



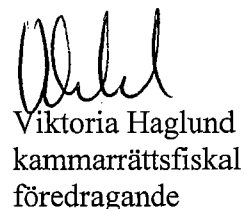
Christina Eng
lagman
ordförande



Pernilla Flank
kammarrättsråd



Fredrik Hammarström
kammarrättsråd
referent



Viktoria Haglund
kammarrättsfiskal
föredragande



**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.

Dok.Id 120629

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-16 73 00 E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se	018-16 73 43	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 STOXÅ. Snölastarna var demonstrationsmaskiner och kunde levereras först efter vintersäsongen 2012/2013. Vid avtalsslutet 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.

SKÅL 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. Bestämde 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.

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 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. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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.