



KLAGANDE
Malmö kommun
205 80 Malmö

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen, jur.kand. Erik Olsson och
jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART
Kom Transport AB, 556454-7031
Box 42063
126 13 Stockholm

Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011 -11- 01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 4 maj 2011 i mål nr 2975-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Malmö kommun (kommunen) yrkar i första hand att kammarrätten ska upp-
häva förvaltningsrättens dom och avskriva målet från vidare handläggning. I

andra hand yrkar kommunen att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom ska avslå ansökan om överprövning av avtals giltighet.

Kom Transport AB (bolaget) anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför bl.a. följande.

Kommunen

Avtalstiden för det aktuella avtalet är den 15 november 2010 – den 31 mars 2011 med möjlighet till förlängning årsvis, dock högst ett plus ett år. Någon förlängning av avtalet har dock inte skett, utan avtalet löpte ut den 31 mars 2011.

Enligt vad som anges i beaktandesats 14 till det så kallade ändringsdirektivet (2007/66/EG) har ogiltighetspåföljden till syfte att på ett effektivt sätt återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på ett olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Avsikten med ogiltighetspåföljden är således att ett otillåtet ingånget avtal snabbt ska kunna bringas att upphöra så att ett nytt upphandlingsförfarande enligt LOU kan påbörjas varvid sökanden får möjlighet att komma in med anbud. Denna effekt har uppnåtts redan den 31 mars 2011 då avtalet upphörde att gälla. Kommunen har också innan dess att ansökan om överprövning över huvud taget kom in till förvaltningsrätten inlett arbetet med att genomföra en ny upphandling av vinterväghållning. Annonsen avseende denna upphandling publicerades den 6 april 2011.

Eftersom det avtal som bolagets ansökan om överprövning rör har upphört att gälla har ändamålet med bolagets talan förfallit. Syftet med ansökan om överprövning av avtalets giltighet har också uppfyllts, eftersom avtalet bringats att upphöra och en ny upphandling enligt LOU redan påbörjats. Bolaget, som har möjlighet att komma in med anbud i den nya upphandlingen, kan således inte anses ha något befogat intresse av att få sin ansökan

prövad. Tilläggas kan också att bolaget inte skulle ha någon som helst nytta av en ogiltigförklaring av avtalet. Ansökan om överprövning har med andra ord förlorat all aktualitet.

Kammarrätten är, i och med att det aktuella avtalet redan har upphört, av såväl formella som praktiska skäl förhindrad att pröva bolagets yrkande om ogiltigförklaring, eftersom rättsförhållande som inte föreligger inte kan bringas att upphöra och den enda åtgärd som kammarrätten enligt 16 kap. 15 § LOU kan besluta om följaktligen inte kan vidtas.

Kommunen vidhåller att det är 15 kap. LOU som är tillämplig på den aktuella upphandlingen. Dock ska nämnas att bestämmelserna avseende direktupphandling i 15 kap. LOU hänvisar till 4 kap. LOU, varför det torde vara av mindre praktisk betydelse enligt vilket kapitel direktupphandlingen skett.

Det första rekvisitetet för direktupphandling, att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, är uppfyllt i förevarande mål. De aktuella tjänsterna, dvs. vinterväghållning, är inte sådana att kommunen kan avstå från eller skjuta upp inköp av dem. Kommunen måste under alla omständigheter tillse att vinterväghållning utförts i tid och på ett tillfredsställande sätt.

Kommunen hade redan tidigare upphandlat de ifrågavarande tjänsterna på ett sätt som var förenligt med LOU och hade vid tillfället för direktupphandlingen tillgång till ramavtal som medgav köp av de ifrågavarande tjänsterna. Det var först då leverantören i detta ramavtal nekade att ta ett uppdrag, som omfattades av ramavtalsåtagandet, som den situationen uppstod att kommunen stod utan leverantör för de aktuella tjänsterna. I förevarande mål hade kommunen planerat för täckning av sitt snöröjningsbehov genom att genomföra en upphandling helt i enlighet med LOU och också teckna ramavtal på grundval av denna upphandling. Hade den antagna leverantören fullgjort sitt åtagande hade det aldrig uppstått en situation där kommunen blivit tvungen att direktupphandla vinterväghållning. Vad kommunen tidigare anfört om

att behovet även överstigit kommunens prognostiserade behov förändrar inte detta förhållande. Det faktum att det översteg det prognostiserade behovet innebär nämligen inte att kommunen inte hade skäl att förmoda att upphandlade leverantörer skulle kunna tillgodose detta behov inom ramen för gällande avtal. Den synnerliga brådskan uppstod således först då leverantören i månadsskiftet augusti/september lät meddela att leverantören inte skulle kunna uppfylla sitt åtagande enligt ramavtalet. I denna situation hade kommunen inget annat val än att direktupphandla för att lösa det behov, som uppstått och som den befintliga leverantören inte ville åta sig att lösa. Att inleda ett annonserat förfarande i denna situation var inte ett alternativ, dels för att kommunen redan hade en upphandlad ramavtalsleverantör för de aktuella tjänsterna, dels för att den tid som kommunen vid detta tillfälle hade till förfogande inte medgav genomförande av ett annonserat förfarande. Det ytterligare alternativet, att genom rättsprocess mot ramavtalsleverantören försöka förmå leverantören att leverera enligt ramavtalet, ansågs inte heller framkomligt inom de tidsramar som förelåg.

Vid tidpunkten för beslutet att genomföra direktupphandling och då avtalet tecknades var således rekvisiten för direktupphandling uppfyllda. Kommunen har därmed inte genomfört någon otillåten direktupphandling och inte heller på annat sätt brutit mot LOU.

Bolaget

Det samlade kontraktsvärdet av kommunens avtal med MM Minigräv Öved AB (Minigräv) mot bakgrund av kommunens övriga under året genomförda upphandlingar av samma slag innebär att upphandlingen ska bedömas utifrån 4 kap. LOU. Dessutom ska förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.

I ändringsdirektivet ges medlemsstaterna möjlighet att välja mellan två alternativa ogiltighetspåföljder, antingen enbart framtida ogiltighet eller även retroaktiv ogiltighet. Den svenska lagstiftaren har valt den senare lösningen,

innebärande att avtal som har tillkommit på ett otillbörligt sätt ska träffas även av retroaktiv ogiltighet. I förarbetena framhåller regeringen som ett tungt vägande skäl för den valda lösningen att en retroaktiv ogiltighet torde medföra större preventiv effekt på upphandlande myndigheter än om ogiltigheten begränsas till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. Någon laglig grund att avskryva målet på denna grund föreligger således inte.

Enligt vad kommunen ursprungligen har uppgivit hänförde sig det uppkomna behovet av fler maskiner till ändrade förhållanden jämfört med preliminärt beslutsunderlag och inte, som nu anges, till att en tidigare upphandlad leverantör skulle ha nekat att åta sig fortsatta uppdrag.

Både förhandlad upphandling utan föregående annonsering och direktupphandling utgör sådana undantagsförfaranden som enligt unionsrättslig praxis ska tillämpas restriktivt. Bevisbördan ligger på den som åberopar undantaget, vilket innebär att kommunen ska visa tillräckliga skäl för att undantag föreligger i det aktuella fallet. Kommunen har varken visat vilket företag som ska ha vägrat att utföra aktuella leveranser, på vilket sätt och vid vilken tidpunkt vägran i aktuellt avseende har skett eller att den åberopade leveransvägran hänför sig till en avtalsmässig förpliktelse som kommunen skulle kunnat kräva att det vägrande företaget levererar. Kommunen har inte heller visat att den inte hade kunnat lösa uppkomna behov på något annat sätt än genom direkttilldelning. Det är således inte rättsligt möjligt att vid avsaknad av sådan bevisning lägga det som kommunen påstått i målet till grund för att konstituera ”synnerlig brådska”.

För det fall att det först i augusti 2010 kan anses ha uppkommit ett tidigare oförutsett och oförutsägbart behov av ökade resurser inför den kommande vintersäsongen, skulle detta behov med goda marginaler ha kunnat tillgodosetts genom ett påskyndat annonserat förfarande enligt 8 kap. 5–6 §§ eller 8–9 §§ LOU. Rekvisitet ”omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat

förfarande” är därmed ändå inte uppfyllt på så sätt att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller direktupphandling kan komma i fråga.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten har först att ta ställning till kommunens yrkande om att bolagets ansökan om överprövning av avtals giltighet ska avskrivas.

Kommunen har gjort gällande att i målet aktuellt avtal har upphört att gälla innan bolaget framställt sin talan hos förvaltningsrätten, att tjänsterna som är föremål för avtalen dessförinnan var konsumerade och att det vid dessa förhållanden inte finns något avtalsförhållande som kan ogiltigförklaras.

I samband med att bestämmelserna om ogiltigförklaring av avtal infördes i LOU angavs bl.a. följande i förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 361). Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Har förpliktelserna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig, är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts, kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.

Kammarrätten finner med beaktande av ovan angivna förarbetsuttalanden att omständigheterna att avtalet inte längre var gällande, att tjänsterna redan var fullgjorda och att en ny upphandling påbörjats vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom inte utgjorde hinder mot en prövning i sak av bolagets ogiltighetstalan. Det var således riktigt av förvaltningsrätten att inte avskri-va målet utan pröva det i sak. Kommunens förstahandsyrkande ska alltså avslås.

Kammarrätten har då att pröva om det fanns grund för förvaltningsrätten att ogiltigförklara avtalet mellan kommunen och Minigräv.

Enligt 16 kap. 15 § LOU ska rätten 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, beträffande upphandlingar som inte omfattas av direktivet, enligt 15 kap. 4 §.

Parterna är oense om det är bestämmelserna om direktupphandling i 15 kap. 3 § LOU eller bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. LOU som är tillämpliga på den aktuella upphandlingen.

Av 1 kap. 2 § andra stycket 1 och 2 LOU framgår att endast kap. 15 och 16 tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser B-tjänster eller avser andra kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Enligt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår att tröskelvärdet för i målet ifrågavarande tjänster är 1 919 771 kr.

Enligt 15 kap. 3 a § första och andra styckena LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.

Bolaget har oemotsagt anfört att den aktuella tjänsten är en så kallad A-tjänst, vilket innebär att kontraktsvärdet måste understiga tröskelvärdet för att kap. 15 ska vara tillämpligt.

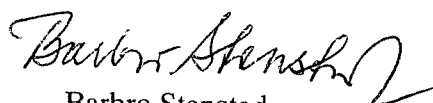
Det aktuella avtalet mellan kommunen och Minigräv stipulerar en avtalstid mellan den 15 november 2010 – den 31 mars 2011. Kommunen har angett att man till Minigräv betalat ut 1 359 903 kr för denna periods arbete. Avtalet innehåller emellertid även en möjlighet till förlängning årsvis, dock högst ett plus ett år. Denna förlängningsklausul ska beaktas vid beräkningen av kontraktets värde oavsett om den utnyttjas eller inte. Kammarrätten finner att kontraktets värde då överstiger tröskelvärdet. Därmed är det bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. LOU som är tillämpliga i aktuellt mål.

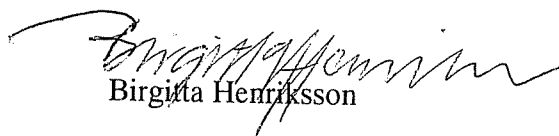
Enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU framgår att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får genomföras om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.


Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att kommunen inte visat att tjänsten skulle ha den betydelse för kommunen för att säkra vinterväghållningen att det skulle vara absolut nödvändigt för kommunen att tilldela kontraktet.


Då kommunen inte visat att sådana särskilda omständigheter förelegat som gör att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är tillämpligt är den upphandling utan föregående annonsering som skett otillåten och därmed inte förenlig med LOU. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Barbro Stenstad


Birgitta Henriksson


Lennart Berglund
referent


/Marie Andersson



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2011-05-04
Meddelad i
Malmö

Mål nr
2975-11E

Sida 1 (3)

Bilaga A

SÖKANDE

Kom Transport AB, 556454-7031
Box 42063
126 13 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi,
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse efter den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förklarar att avtalet mellan Malmö stad och MM Minigräv Öved AB daterat den 24 september 2010 avseende vinterväghållning 2010- 2011 är ogiltigt.

YRKANDEN M. M.

Malmö stad har den 24 september 2010 slutit avtal med MM Minigräv Öved AB gällande vinterväghållning. Avtalsperioden är 2010-11-15 – 2011-03-31 med en icke utnyttjad möjlighet till förlängning. Avtalet gäller vinterberedskap med fyra stycken miljögodkända fyrhjulingar, 1000 m³, fullt vinterutrustade med spridare och plog.

I ansökan om överprövning yrkar Kom Transport AB, genom ombud, att avtalet mellan Malmö stad och Minigräv ska ogiltigförklaras enligt 16 kap. 15 § 1p LOU och åberopar följande. Genom kontrakt den 24 september 2010 har Malmö stad lämnat uppdrag direkt till Minigräv. Den aktuella tilldelningen av kontrakt skulle ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande. Genom att tilldela kontraktet direkt till Minigräv har Malmö stad brutit mot LOU. Till ansökan har fogats avtal och fakturering för utförda tjänster.

Malmö stad bestrider, genom ombud, bifall till ansökan och yrkar i första hand att målet ska avskrivas från vidare handläggning och i andra hand att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. Som grund för förstahandsyrkandet anförs att avtalet med Minigräv redan har upphört att gälla och att ändamålet med bolagets talan således har förfallit. Som grund för andrahandsyrkandet anförs att staden inte brutit mot bestämmelserna i LOU. Malmö stad har haft rätt att genomföra en direktupphandling med hänsyn till vikten av en fungerande snöröjning och den tidsbrist som föranlett skyndsam upphandling. Malmö stad har därvid utförligt redovisat sina rutiner vad gäller planering av vinterväghållning.

DOMSKÄL

Av utredningen i målet framgår att Malmö stad har upphandlat snöröjningstjänster över ~~tröskelvärdet~~[?] utan föregående annonsering. Kom Transport AB ansöker om överprövning och begär att avtalet ska ogiltighetsförklaras.

Domen rättad

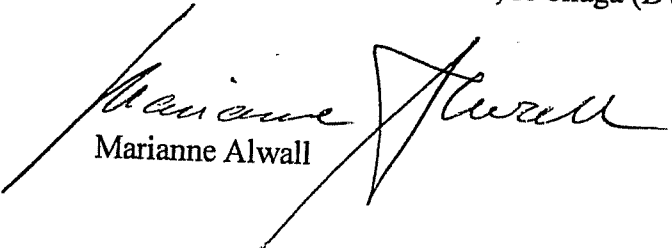
2011-05-11

Johanna Hell

? för tillåten direktupphandling

Malmö stad yrkar att målet ska avskrivas då avtalet har upphört att gälla. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att en ogiltighetsförklaring av ett avtal inte avser endast framtida förpliktelser utan medför även ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter (se prop. 2009/10:180 s 136 – 137) och utgör förutsättning för upphandlingsskadeavgift. Något hinder för förvaltningsrätten att pröva bolagets yrkande om ogiltighetsförklaring föreligger inte på den av Malmö stad anförda grunden. Vidare anser sig Malmö stad ha rätt till direktupphandling. Rätten ifrågasätter inte det som Malmö stad har framhållit om sin skyldighet att säkerställa vinterväghållningen. När det gäller nödvändigheten av att tilldela det aktuella kontraktet kan rätten dock inte finna att det är visat att fyra stycken fyrhjuliga motorcyklar skulle ha den betydelse för snöröjningen i Malmö som staden gör gällande. Inte heller kan den tidsnöd som Malmö stad åberopat anses vara orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses utan kan helt och hållet tillskrivas bristande rutiner och planering från Malmö stads sida. Det som Malmö stad har anført om skälen för upphandlingsförfarandet utgör enligt rättens bestämda uppfattning inte sådana omständigheter som undantagsvis medger upphandling utan konkurrensutsättning. Inte heller har det framkommit att det på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse finns anledning att besluta att avtalet avseende vinterväghållning med ifrågavarande motorcyklar får bestå. Kom Transport AB:s ansökan om ogiltighetsförklaring ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B LOU)


Marianne Alwall

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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.