



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Annelie Gustafson

DOM
2019-02-08
Meddelad i Falun

Mål nr
5027-18

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Lan Assistans Sweden AB, 556239-4618
Malmgatan 5
602 23 Norrköping

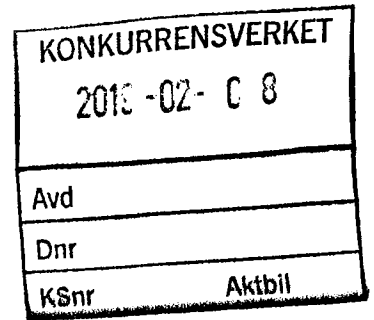
MOTPART

Borlänge kommun

Ombud: Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan
771 82 Ludvika

SAKEN

Upphandling av koncessioner



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 241588

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00–12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan i Ludvika (Upphandlingscenter) genomför som ombud för Borlänge kommun upphandlingen ”Förmånscyklar Borlänge kommunkoncern” (dnr GNU 2018/109) enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Tilldelningsbeslut fattades den 2 november 2018 varvid annan anbudsgivare än Lan Assistans Sweden AB (Lan) antogs som vinnande leverantör.

Lan ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att anbudet från de två övriga anbudsgivarna inte ska beaktas vid utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Lan anför i huvudsak följande. Det föreligger brister i övriga anbudsgivares anbud som medför att de ska uteslutas. Upphandlingsdokumenten är inte heller formulerade så att de uppfyller kraven på öppenhet, tydlighet och förutsebarhet samt likabehandling. Anbudet kan inte mot bakgrund av detta bedömas i konkurrens med varandra och upphandlande myndighet ges en obegränsad valfrihet och ingen möjlighet att kontrollera leverantörernas uppgifter. För det fall övriga anbud inte förkastas ska upphandlingen därför göras om. Förfarandet har inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Annars hade bolaget tilldelats upphandlingen.

Upphandlingscenter yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LUK.

Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUK).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LUK).

När en anbudsgivare som i förevarande fall har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand avse de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Då Lan har anfört att det föreligger sådana brister har förvaltningsrätten först att ta ställning till dessa invändningar.

Brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede

Lan anför i huvudsak följande. Ett obligatoriskt krav har ställts i avtalet och anbudsutvärderingen om att fri service bör ingå och anbudsgivaren ska pris-sätta detta i underlaget. Rådande skattelagstiftning tillåter inte att arbetsgivarer ger bort gåvor till de anställda och kommunen riskeras att förmånsbeskattas. Om detta inte är inkluderat i förmånsvärdet i övriga anbudsgivares anbud eller om detta har missats så innebär det att en eventuell kostnad i form av sociala avgifter för kommunen. Upphandlingen är då inte kostnadsneutral och uppfyller inte villkoren för en koncession. Myndigheten har vidare ställt krav på att 6 % av förmåns cyklarna per beställningstillfälle ska kunna återlämnas utan angivande av orsak. Det innebär i snitt att endast 2 % av cyklarna per år kan återlämnas då avtalet är på tre år. Det är inte rimligt då en normal personalomsättning hos liknande arbetsgivare är över 7 % per år, ofta över 10 %. Kommunen kommer därför behöva ta en betydande risk

vilket inte stämmer med en tjänstekoncession där risken ska flyttas över till leverantören. Leverantören har inte någon betalningsskyldighet för kommunens förmånsvärde, därmed har inte en betydande verksamhetsrisk överförts till koncessionshavaren. Tilldelningskriterierna är även utformade på ett sådant sätt att anbuderna inte kan bedömas i konkurrens med varandra och att det inte går att bedöma respektive anbuds ekonomiska fördelar. Detta ger myndigheten en obegränsad valfrihet. Myndigheten verkar ha valt att inte kontrollera leverantörernas uppgifter. Upphandlingsdokumentet uppfyller inte kraven på öppenhet, tydlighet och förutsebarhet. Samtliga anbudsgivare har fått samma poäng trots att anbuderna skiljer sig i såväl priser som modeller och förmånsvärden. Även om det inte ställs samma krav på en utvärderingsmodell i en koncessionsupphandling är det dock tydligt att det inte får föreligga obegränsad valfrihet. Det finns inte heller någon motivering till de enskilda poängerna. Myndigheten har vidare gett sig själv obegränsad valfrihet genom att inte begära referenser gällande just föremålet för upphandlingen – förmånscykeln. Enda kravet på kapacitet i upphandlingen var att kunna leverera en viss volym cyklar under ett år, inte kopplat till alla tjänster runt omkring. Upphandlingscenter verkar också ha tillämpat ett nytt villkor som inte fanns med i anbudsutvärderingen avseende fel i beräkningarna vilket har orsakat att bolaget samt anbudsgivaren som kvalificerat sig på andra plats fått lägre poäng då det hade medfört en ökad administrativ belastning för kommunen. Det är en rent subjektiv bedömning som saknar kriterier i utvärderingen.

Upphandlingscenter anför i huvudsak följande. Tjänsten kommer bli kostnadsneutral för avtalets beställare. Det har inte ställts upp något krav i upphandlingen där anbudsgivaren ska bevisa hur en viss kostnad är inräknad i offererade priser. Samtliga anbudsgivare har offererat en lösning där det ingår minst en servicegenomgång av förmånscykel. Därutöver har man kunnat välja att offerera en eller minst två extra servicetillfällen inom offererat er-

bjudande. Vilken prisstrategi och intern vinstmarginal respektive anbudsgivare har kring sina förmånserbjudanden måste vara upp till var och en. Det finns inte skäl att misstro att den service som offererats inte kommer att ingå i något av anbudens offererade priser. Löneenheten i Borlänge kommun har vidare vid en kontrollräkning konstaterat att övriga anbudsgivares anbud kring fakturakostnad täcker bruttolöneavdrag och förmånsvärde. Därmed innebär detta ingen kostnad för kommunen. Att eventuell service som ingår i erbjudandet skulle ses som en gåva som ska beskattas är således fel. Servicen är kopplad till och inräknad i priset för respektive förmånserbjudande och inget som kommunen betalar och ger till den anställde. Borlänge kommun har vidare uppskattat sin personalomsättning till max 6 % per år. Bedömningen har gjorts utifrån tidigare nivåer av kommunen personalenhet och det ankommer inte på Lan att bedöma vilken omsättning som är den korrekta. Det räcker med att en ”betydande del” av risken måste gå över till den ekonomiska aktören enligt praxis från EU-domstolen. Den risk som finns är att förmånstagare av någon anledning behöver avsluta sin förmånscykel p.g.a. bortgång, uppsägning, sjukskrivning eller liknande. I avtalet läggs risken över på leverantören i och med att denne kostnadsfritt ska ta tillbaka 6 % av cyklingarna per beställningstillfälle. Av avtalet framgår även att inga övriga kostnader får faktureras beställarna. Verksamhetsrisken anses därmed åtminstone till en betydande del ha förts över till koncessionshavaren. I utvärderingen har en jury bestående av potentiella förmånstagare fått granska de offererade cykelerbjudanden av varje cykeltyp från samtliga anbudsgivare. Förmånserbjudandet i sin helhet har bedömts och stora likheter finns i samtliga erbjudanden. Den valda utvärderingsmodellen innebär inte en strikt bedömning av de offererade priserna av cyklarna utan offererade förmånserbjudanden i sin helhet. Utvärderingsmodellen är väl beskriven i upphandlingsföreskrifterna avsnitt 6.2.1. Upphandlingscenter motsätter sig att beskrivningen i koncessionsdokumenten skulle innebära en valfrihet för upphandlande myndighet. Efter att ekonomienheten i Borlänge kommun kontrollräknat anbudens beräkningar fann de att anbudsgivaren som placerat

sig på andra plats innebar ett överskott medan Lans offererade priser innebar en kostnad vilket stod i strid med villkoret att kommunen skulle stå utan kostnader kopplat till koncessionen. Enbart vinnande anbudsgivare har fullt ut lyckats sammanställa en beräkning som innebär en kostnadsneutralitet för kommunen. Av den anledningen har Lan samt den andra anbudsgivaren rätteligen betygsatts lägre eftersom felet i uträkningarna hade medfört en ökat administrativ belastning för kommunen. Tilldelningskriterierna är utformade så att anbudet går att bedöma i konkurrens. Det går att bedöma varje anbuds ekonomiska fördelar och utvärderingsmodellen ger inte en obegränsad valfrihet för upphandlande myndighet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Lan har anfört att upphandlingen inte kan anses vara kostnadsneutral. Av vad som framkommit i målet framgår att Upphandlingscenter i upphandlingen givit anbudsgivarna möjlighet att själva bestämma hur många extra servicetillfällen de önskar offerera samt att detta ska ingå kostnadsfritt för mottagaren av förmånscykeln. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att mot bakgrund av vad som framkommit i målet dra slutsatsen att servicetillfällena är något som inte är inräknat i anbudsgivarens anbud. Det ska därför inte medföra en kostnad för upphandlande myndighet. Skäl för ingripande på den grunden saknas således.

Lan anser vidare att Upphandlingscenter felaktigt beräknat antalet cyklar som lämnas tillbaka till 6 % och att detta medför att verksamhetsrisken inte övergår till leverantören av cyklarna. Av upphandlingsdokumentet avtalsvillkor punkten 1.7 framgår att det ska ingå en returoption som medger återlämning av max 6 % av den totala mängd förmånscyklar per beställningstillfälle. Returoptionen förnyas vid varje nytt beställningstillfälle och det saknas därför anledning att räkna på det sätt som Lan gör gällande där det blir 6 % totalt under hela avtalstiden. Enligt Upphandlingscenter har Borlänge

kommun tagit fram uppgifter om personalomsättningen utifrån tidigare nivåer vid kommunen. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att ifrågasätta dessa uppgifter i målet. Att upphandlande myndighet skulle stå ansvarig för risken avseende detta är således inte visat. Vad Lan anfört avseende verksamhetsrisken medför således inte heller skäl för ingripande enligt LUK.

Avseende utvärderingsmodellens utformning har Lan anfört att upphandlingsdokumenten inte utformade på ett sådant sätt att anbuderna kan bedömas i konkurrens med varandra, inte går att bedöma respektive anbuds ekonomiska fördelar och ger myndigheten en obegränsad valfrihet. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma de krav som kommer att tillmätas betydelse i upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Upphandlingsdokumenten ska vara så pass klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska hålla sig till denna tolkning under hela förfarandet och tillämpa kriterierna objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Utvärderingsmodellen ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat (jfr EU-domstolens avgörande C-19/00 SIAC Construction Ltd samt RÅ 2002 ref. 50).

I upphandlingsdokumenten framgår utvärderingskriterierna samt tydlig upp-
räkning av vad som ger mervärde avseende varje del. Vad gäller utvärderingskriterierna och de i målet aktuella poängskalorna noterar förvaltningsrätten att det är ofrånkomligt att kriterierna blir förenade med ett visst mått av subjektivitet när syftet är att utvärdera kvaliteten i uppdragets olika delar. Detta öppnar således upp för ett visst mått av subjektiv bedömning från den

upphandlande myndighetens sida vid utvärderingen. Med hänsyn till upphandlingsmåletns karaktär finner dock förvaltningsrätten att förutsättningarna för poängsättning är tillräckligt klart och tydligt utformade för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten, bör kunna skapa sig en god bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Att Lan samt en övrig anbudsgivare fått lägre poäng då deras anbud bedöms medföra viss administrativ börda för upphandlande myndighet får anses ligga inom ramen för utvärderingskriterierna. Skäl att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av utvärderingskriterierna föreligger således inte. Inte heller det faktum att Upphandlingscenter inte ställt specifika krav om referenser för förmåns cyklarna kan anses skäl för ingripande mot upphandlingen då upphandlande myndighet själva har att utforma de krav som kommer att tillmätas betydelse vid upphandlingen.

Enligt förvaltningsrättens mening saknas det sammanfattningsvis skäl att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av brister i upphandlingsförfarandet eller upphandlingsdokumenten. Förvaltningsrätten har således att pröva om det föreligger brister i övriga anbudsgivares anbud såsom Lan gör gällande.

Uteslutning av övriga anbudsgivare

Lan anför i huvudsak följande. Anbudsgivaren som kvalificerat sig på andra plats är inte medvetna om gällande skatteregler och det råder stor förvirring kring deras beräkning av bruttolöneavdrag och kostnadsneutralitet. Ändå har anbudsgivaren erhållit full poäng i bedömning av cyklar och attraktivitet. Under avtalsvillkoren framgår att leverantören ska erbjuda minst en serviceverkstad i Borlänge kommun. Anbudsgivaren har uppgett att de är i process att öppna butik och verkstad i egen regi i Borlänge. Eftersom en adress inte har redovisats skulle anbudet inte heller ha utvärderats. Vinnande anbudsgivares anbudet har flera brister. Till att börja med har de inte har redogjort för hur anbudet har beräknats eller hur de avser att förvalta avtalet med alla

förändringar som uppstår med tusentals anställda som har ett bruttolöneavdrag. Vidare så uppfyller de inte det obligatoriska kravet om leverans inom tre månader och har uppgett att priser och modeller på cyklarna kan komma att variera trots att det ställs krav på fast pris hela första året. Vinnande anbudsgivare har på flera sätt villkorat sitt anbud och skulle därmed ha uteslutits och inte utvärderats i poängbedömningen.

Upphandlingscenter anför i huvudsak följande. Ett förkastande av anbudsgivaren som har kvalificerat sig på andra plats vore i strid med proportionalitetsprincipen. Anbudsgivaren har inte hävdats att avtalsvillkoret inte kommer att uppfyllas, tvärtom har man en process igång som kommer att resultera i att serviceverkstaden inom den geografiska gränsen är igång vid avtalstecknandet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av dokumentet ”Skakrav” i upphandlingen framgår under punkt 2.3 att adress till serviceverkstad som ligger max 5 km från Borlänge stadshus ska bifogas anbudet. I avtalsvillkoren punkt 1.5.2.1 anges att leverantören ska erbjuda minst en sådan serviceverkstad. Av utredningen i målet framgår att anbudsgivaren som kvalificerat sig på andra plats i upphandlingen har uppgett att en serviceverkstad ska öppnas i egen regi i Borlänge kommun inom den geografiska gränsen. Av upphandlingsdokumenten kan inte utläsas något krav på att anbudsgivaren vid anbudstidens utgång ska ha en serviceverkstad öppen. Med tanke på hur avtalsvillkoren är utformat i den del det gäller serviceverkstad kan kravet enligt förvaltningsrättens mening inte heller tolkas på så sätt att en anbudsgivare måste starta upp en serviceverkstad innan avtal tecknas för att komma i fråga för kvalificering. Ett sådant krav förefaller även vara oproportionerligt. Med denna tolkning faller det sig naturligt att adressen till serviceverkstaden inte behöver specificeras närmare

vid anbudstillfällena än att det framgår att en sådan kommer finnas under avtalstiden. Den omständighet att anbudsgivaren som kvalificerat sig på andra plats inte redogjort för en exakt adress, innebär enligt förvaltningsrättens mening ingen brist i kravuppfyllnad. Det framgår inte heller av Lans ansökan exakt vilka brister som finns i den aktuella anbudsgivarens beräkningar. Mot bakgrund av det Lan anfört och förvaltningsrättens resonemang ovan finns således inte grund att förkasta anbudet från den anbudsgivare som har kvalificerat sig på andra plats.

Av utredningen i målet framgår att Lan har kvalificerat sig på tredje plats i upphandlingen av totalt tre anbudsgivare. Oavsett om vinnande anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen är det därmed klart att Lan inte kan komma ifråga om tilldelning av kontraktet eftersom det saknas skäl att förkasta anbudet från anbudsgivaren som har kvalificerat sig på andra plats. Lan kan därmed inte anses ha lidit eller komma att lida skada till följd av Upphandlingscenters förfarande, vilket är en förutsättning för ingripande enligt LUK.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Lan inte har visat på sådana omständigheter att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Lennart Andersson
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.