



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2017-11-14
Meddelad i Karlstad

Mål nr
2274-17

SÖKANDE

[REDACTED]
Nya Cykelhuset, Västgötagatan 32 A
681 41 Kristinehamn

MOTPART

Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20180404	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår [REDACTED] Nya Cykelhuset
ansökan om överprövning.

Dok.Id 190608

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Kristinehamns kommun (kommunen) har genomfört en direktupphandling av personalcyklar till förmån för anställda inom kommunen. Upphandlingen har genomförts enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Enligt tilldelningsbeslut antogs LAN Assistans Sweden AB (LAN Assistans) som leverantör och kommunen slöt avtal med bolaget.

PARTERNAS TALAN

██████████ Nya Cykelhuset ██████████ ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att avtalet ogiltigförklaras.

██████████ anför följande. Enligt LUK kan undantag från avtalsspärren åberopas av upphandlande myndighet. Kommunens upphandling har inte uppfyllt kraven i berörda lagparagrafer och saknar därför lagstöd för detta undantag, vilket medfört att avtal slutits i strid med gällande upphandlingsregler

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

Den aktuella upphandlingen avser personalcyklar som förmån till anställda inom kommunen. Enligt anbudsförfrågan ska leverantören kunna erbjuda de anställda inom kommunen att ingå hyresavtal för förmånscykel genom bruttolöneavtal. Avtalstiden är tre år med möjlighet till förlängning i två år.

Upphandlingsförfarandet var direktupphandling enligt 15 kap. 6 § 1 p LUK. Enligt 5 kap. 1 § LUK jämförd med artikel 8 i direktiv 2014/23/EU samt tillkännagivande i SFS 2017:223 är tröskelvärdet 5 225 000 EUR, dvs. 47 758 068 kr. Direktupphandlingsgränsen är enligt 15 kap. 6 § 1 p LUK fem procent av tröskelvärdet, dvs. 2 387 903 kr. Kommunen har bedömt att värdet av upphandlingen inklusive optionen på förlängning av avtalet med två år är ca. 2 000 000 kr. Trots att kommunen tillämpat direktupphandling har kommunen valt att konkurrensutsätta denna genom annonsering i Visma

Tendsign. Tilldelningsbeslut meddelades den 20 april 2017. Uppdraget tilldelades LAN Assistans. Av 16 kap. 2 § LUK framgår att avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling. Avtal undertecknades därför den 21 respektive 25 april 2017. En av förutsättningarna för att kunna ogiltigförklara ett avtal är om avtal har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 § eller 2 § eller 15 kap. 5 § LUK. I den nu aktuella upphandlingen är 15 kap. tillämpligt. Av 15 kap. 5 § första stycket LUK framgår att något annonseringskrav inte föreligger vid direktupphandling enligt 6 §. Trots detta har kommunen frivilligt annonserat upphandlingen. Ogiltigförklaring enligt 16 kap. 13 första stycket LUK är således inte möjlig. Eftersom avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling saknas förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § andra stycket LUK. Även i övrigt saknas förutsättningar för att tillämpa 16 kap. 13 § andra stycket LUK.

██████████ tillägger följande. Kommunen hävdar att värdet av upphandlingen uppgår till 2 000 000 kr och under tröskelvärdegränsen. Kommunen har ca 2 300 anställda. Varje anställd ska ha möjlighet att teckna avtal gällande två cyklar genom bruttolöneavdrag i 36 månader. Till det tillkommer option på övriga kommunala bolag, Bergslagens räddningstjänst och deras anställda. Om enbart 20 procent av kommunens anställda utnyttjar denna förmån under avtalstid (inklusive optionen på förlängning) och tecknar avtal för en cykel genererar detta 460 cyklar. Det vinnande anbudet har uppgett bruttolönekostnad per månad och cykelmodell under avtalstid med anställd i 36 månader. Medelkostnaden per cykel, räknat på bruttolöneavdrag och antal modeller, blir sammanlagt 10 420 kr. Kristinehamns kommun har angett ett för lågt tröskelvärde och har därmed ej lagstöd enligt 15 kap 6 § 1 p LUK och därmed inte heller gällande undantag från avtalsspärren.

Kommunen tillägger följande. Under hösten 2016 beslutade kommunstyrelsen att införa hyra av personalcykel som förmån för anställda inom kommunen genom s.k. bruttolöneavdrag. Kommunstyrelsens beslut hade föregåtts

av viss kontakt med Hammarö kommun som redan då erbjöd hyrcyklar till de anställda. Kommunstyrelsen bedömde att omkring 250 cyklar skulle komma att hyras ut. Efter kommunstyrelsens beslut överlämnades ärendet till upphandlingsenheten för att genomföra en upphandling och ta fram riktlinjer för uthyrningen. Utifrån erfarenheten från Hammarö kommun gjordes bedömningen att kommunstyrelsens uppskattning om 250 cyklar var väl tilltagen. Utgångsläget var att omkring 1 800 av kommunens medarbetare samt omkring 200 medarbetare i de kommunala bolagen och Bergslagens Räddningstjänst skulle få erbjudandet om hyrcyklar, dvs. omkring 2 000 personer. Vidare gjordes utifrån Hammarö kommuns erfarenhet bedömningen att andelen som skulle komma att ta erbjudandet i anspråk inte skulle överstiga tio procent, dvs. högst omkring 200 medarbetare. Kommunstyrelsens bedömning om 250 cyklar beräknades därför stå sig väl. En kontroll i efterhand av andra kommuner visar exempelvis på att i Göteborgs kommun, med liknande villkor som kommunens, har omkring 1 000 cyklar hyrts ut på tre år bland 54 000 anställda, dvs. knappt två procent. En mer storleksmässigt representativ kommun är Katrineholm där andelen hyrda cyklar uppgår till 200 motsvarande omkring åtta procent av de anställda. Sammantaget har bedömningen vid upphandlingens påbörjande 250 cyklar varit väl tilltagen och förenlig med LUK. Kommunen utgick vidare från bedömt hyresvärde på cyklar av olika modell, elcyklar (385 kr), en mix mellan hybridcykel, klassisk cykel och mountainbike (200 kr) samt en vanlig cykel (115 kr). Bedömningen var att de flesta skulle hyra en mix mellan hybrid, klassisk mountainbike (150 st), samt 50 en elcykel och 50 en billigare cykel. Priser hämtades utifrån inhämtade marknadspriser. I förening med marginal i antal cyklar ledde det till följande bedömning av det totala hyresvärdet.

115 kr x 50 x 36 mån	=	207 000 kr
200 kr x 150 x 36 mån	=	1 080 000 kr
<u>385 kr x 50 x 36 mån</u>	=	<u>693 000 kr</u>
Summa		1 980 000 kr

Eftersom den anställde efter hyrestidens utgång på 36 månader kommer att få möjlighet att direkt med uthyraren – utan kommunens inblandning i form

av löneavdrag - "köpa loss" den hyrda cykeln har kommunen bedömt att antalet uthyrningar under en eventuell förlängningsperiod kommer att vara begränsade. I efterhand har det visat sig att antalet anställda som kommer att utnyttja erbjudandet kan komma att bli färre än beräknat eftersom de anställdas fackföreningar i kommunen tillsammans med bl.a. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] gått ut med ett erbjudande till de anställda att köpa cyklar. Som framgår vid en jämförelse av [REDACTED] [REDACTED] erbjudna priser och de priser kommunen bedömt vid upphandlingens påbörjande har kommunen gjort en realistisk bedömning vid en hyrestid på 36 månader. Sammanfattningsvis har kommunen, när upphandlingen påbörjades, haft fog för att göra bedömningen att upphandlingens värde understigit tröskelvärdet. Det antagna anbudet överstiger inte heller tröskelvärdet för direktupphandling. Om förvaltningsrätten skulle finna att reglerna i 15 kap LUK om upphandling av koncessioner under tröskelvärdet borde ha tillämpats ska avtalet ändå inte ska ogiltigförklaras. Av 16 kap. 13 § andra stycket LUK framgår att en förutsättning för ogiltigförklaring är att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i LUK överträtts och detta har medfört att [REDACTED] lidit eller kan komma att lida skada. [REDACTED] [REDACTED] har inte lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen har annonserats. [REDACTED] [REDACTED] har lämnat anbud. Anbudet har prövats mot uppställda kvalificeringskrav och därefter utvärderats helt i enlighet med förfrågningsunderlagets förutsättningar. [REDACTED] [REDACTED] anbud har i utvärdering bedömts inte vara lika fördelaktigt som vinnande anbudsgivare. Av utvärderingen framgår att LAN Assistans erhållit högsta bedömning fem oviktade poäng för webbportal och genomförande. [REDACTED] [REDACTED] erhöll i dessa delar tre oviktade poäng. Sammantaget visade utvärderingen att LAN Assistans lämnat det bästa anbudet. I och med att upphandlingen annonserats och [REDACTED] [REDACTED] lämnat anbud samt att utvärdering skett i enlighet med förfrågningsunderlagets förutsättningar har den omständigheten att kommunen inte iakttagit någon avtalsspärr saknat betydelse eftersom [REDACTED] [REDACTED] inte lidit någon skada då hans anbud inte var det förmån-

ligaste enligt förfrågningsunderlagets förutsättningar. I sammanhanget får understrykas att kommunen enligt fast rättspraxis har ett betydande utrymme för en skönsmässig bedömning vid utvärdering av anbud.

██████████ tillägger följande. Om man tittar på ett större antal kommuner ligger procentsatsen på 10-15 procent under en tvåårsperiod som t.ex. Jönköping, Västerås och Varberg. De flesta kommuner har inte kommit längre in i avtalsperioden som sträcker sig upp till fem år. Som regel har avtalen ingåtts mellan tidsramen senare delen av 2015 fram till 2017. Uppsala som ingick avtalet i början av 2017 hade vid första beställningstillfället över 30 procent av de anställda tecknat avtal. Senast ut var Örebro kommun som vid första beställningstillfället resulterade i 1 400 cyklar, dvs. mer än 10 procent av de anställda. Den låga procentsatsen gällande hyresavtal i Göteborgs kommun kan förklaras genom att Göteborg erbjuder sina anställda ett cykelbidrag som komplement till hyrcyklarna. Detta bidrag är på 1 500 kr och kan användas vid inköp av cykel och är frekvent använt. Alla undersökningar visar att elcykel är mest populär och den som ökar mest i antal. Enligt Kristinehamns kommuns erbjudande ligger den billigaste elcykeln på 264 kr/månad i hyra, dock finns denna cykel i begränsat antal. Nästa elcykelmodell ligger på 336 kr/månad. Detta ger en prisbild per cykel på 36 månader mellan 9 500 och 12 000 kr. I erbjudandet finns cyklar mellan 108 kr/mån upp till 438 kr/mån beroende på cykelmodell. Det finns också olika tillval som kan göras i olika prisklasser. Hans eget erbjudande, som kommunen omnämner, är öppet för alla och anslogs under vecka 23, alltså nästan två månader efter delgivningsbeslutet. Detta erbjudande kan därför inte härledas till kommunens lågt uppsatta tröskelvärde. Kristinehamns kommun lanserade sitt erbjudande för ett par veckor sedan och ska enligt uppgift ha visningar under vecka 25.

Kommunen tillägger följande. Inför den annonserade och konkurrensutsatta direktupphandlingen har kommunen utifrån bl.a. Hammarö kommuns erfa-

renhet bedömt att volymen under avtalstiden inte skulle komma att överstiga värdet för direktupphandling enligt LUK. Någon anledning att revidera den uppfattningen fanns inte vid tidpunkten för anbudsinsbjudan. Kommunen vidhåller således att det varit försvarligt att vid tidpunkten för anbudsinsbjudan utgå från att direktupphandlings gränsen inte skulle överskridas. De avtal som [REDACTED] hänvisat till såvitt avser Uppsala och Örebro utgörs av avtal träffade under 2017 och vars uppgivna volymer inte varit kända för kommunen när kommunens anbudsinsbjudan publicerades i mars 2017. Uppsala är därtill en "känd cykelkommun". Andelarna kan därtill inte vitsordas. Andelen 10-15 procent i Jönköping, Västerås och Varberg ligger närmare kommunens, varvid särskilt bör understrykas att den stora andelen av beställningar under en avtalsperiod är den första beställningen. De därpå följande är i sammanhanget av mindre omfattning.

Påståendet att elcyklar är populärast kan inte vitsordas. Kommunens undersökning inför upphandlingen visar på den fördelning som redovisats. Prisbilden som kommunen utgått från är en bedömd snittkostnad för olika modeller. Den snittbilden avviker inte från [REDACTED] prisbild i hans erbjudande. Sammantaget har kommunen inför upphandlingen och även vid anbudsutskicket utifrån en marknadsbedömning gjort en realistisk bedömning av omfattningen och kostnaden för de anställda av hyrcyklar. Om bedömningen i framtiden skulle visa sig vara felaktig utgör detta inte skäl att ogiltigförklara avtalet då bedömningen var försvarbar vid anbudsutskicket. Därtill är marginalen från 1 980 000 kr till tröskelvärdet för förenklat förfarande, 2 387 903 kr, förhållandevis stor. Kommunen har inte iakttagit någon avtalsspärr då den ansett att upphandlingen var en direktupphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LUK besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 4 kap. 1 § LUK ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap 1 § LUK gäller detta kapitel för

1. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3.

Enligt 15 kap. 5 § LUK ska en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.

Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Enligt 15 kap. 6 § LUK får en koncession tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen understiger fem procent av det tröskelvärde som

- avses i 5 kap. 1 §,
2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3-5 §§ är uppfyllda, eller
3. det finns synnerliga skäl.

Enligt 16 kap. 2 § LUK gäller inte avtalsspärr

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller
2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LUK ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska enligt andra stycket också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen avser personalcyklar till förmån för anställda inom kommunen. Leverantören ska kunna erbjuda de anställda att ingå hyresavtal för förmånscykel genom bruttolöneavtal. Kommunen har genomfört upphandlingen som en direktupphandling med hänvisning till värdet av upphandlingen. Kommunen har därvid, utifrån utfallet av andra kommuners upphandlingar av liknande slag, uppskattat värdet av upphandlingen till ett belopp som understiger tröskelvärdet för direktupphandling. Det går av natur-

liga skäl inte att i en upphandling av nu aktuellt slag med exakthet ange värdet av densamma. Kommunens uppskattning av hur många anställda som kommer att utnyttja erbjudandet om att hyra cykel och därmed också värdet av upphandlingen har gjorts på grundval av utfallet hos andra kommuner och får anses godtagbar. Det av kommunen uppskattade värdet ligger inte heller i gränstrakten av tröskelvärdet. Det är inte visat att upphandlingens värde överskridit tröskelvärdet för direktupphandling. Det är därmed enligt förvaltningsrätten fråga om en tillåten direktupphandling. Reglerna om avtalsspärr är således inte tillämpliga. Att kommunen slutit avtal innan tio dagar gått från det att tilldelningsbeslut meddelats strider därför inte mot LUK. Det är i övrigt inte heller visat att kommunen brutit mot LUK. Förutsättningar för att förklara det ingångna avtalet ogiltigt föreligger därför inte varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).

Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.