



KLAGANDE

Företagshälsan Arlov-Lomma AB, 5561 90-5257

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Burlövs kommun

2. Lomma kommun

Ombud för 1-2: Birgitta Petrusson
Upphandlingsenheten
Box 41
221 00 Lund

KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 1 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 3 november 2014 i mål nr 8903-14 och 8904-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten skriver av målet.

YRKANDEN M.M.

Företagshälsan Arlov-Lomma AB har yrkat att kammarrätten beslutar att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av deras anbud.

Burlövs kommun och Lomma kommun har därefter meddelat att anbudens giltighet löpte ut den 31 december 2014 och att det därför inte längre finns några giltiga anbud samt att kommunerna därför beslutat att avbryta upphandlingen och genomföra en ny upphandling.


Företagshälsan har i sin tur anfört att det inte är en saklig grund att avbryta upphandlingen till följd av att anbudens giltighetstid har löpt ut.


Företagshälsan har framhållit att prövningen av om uteslutandet av dess anbud innebär en överträdelse av lagen om offentlig upphandling är av avgörande betydelse för en skadeståndstalan mot kommunerna.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kommunerna har avbrutit upphandlingen och beslutat att genomföra en ny upphandling. Kammarrätten har därmed inte längre någon laglig möjlighet att besluta om ett eventuellt ingripande mot upphandlingen. Kammarrätten kan inte heller i det här målet pröva om beslutet att avbryta upphandlingen är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Målet ska därför skrivas av.

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


Ewa Hagard Linander


Viktoria Sjögren Samuelsson
referent


Johan Westlund


/Ann-Kristin Hansson



Bilaga A

SÖKANDE

Företagshälsan Arlöv-Lomma AB, 556190-5257
Badhusvägen 3
232 37 Arlöv

Ombud: advokaten Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Burlövs kommun
Box 53
232 21 Arlöv

mål nr 8903-14

2. Lomma kommun
234 81 Lomma

mål nr 8904-14

Ombud för 1-2: upphandlingschefen Birgitta Petrusson
Upphandlingsenheten
Box 41
221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Företagshälsan Arlöv-Lomma AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

BAKGRUND

Burlövs och Lomma kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av företagshälsovård. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Susano AB tilldelats uppdraget. Företagshälsan Arlov-Lomma AB (Företagshälsan) har inte kvalificerat sig till utvärdering.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Företagshälsan ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av anbudet från Företagshälsan samt anför bl.a. följande.

Sedan Företagshälsan lämnat anbud i upphandlingen har kommunerna begärt en förklaring rörande den av kommunerna påstått låga prissättningen. Företagshälsan har lämnat en utförlig redogörelse för sin prissättning. Företagshälsan ägs av en ekonomisk förening utan avkastningskrav. Detta medför att lämnade priser är baserade på självkostnadsprincipen. Övriga anbudsgivare har avkastningskrav och prissätter utifrån andra premisser.

Företagshälsan har vidare mångårig kännedom om kommunernas verksamheter och har med utgångspunkt i förfrågningsunderlagets krav på beskrivning av efterfrågade tjänster gjort en affärsmässig bedömning av kostnadsläget för utförande av efterfrågade tjänster och prissatt därefter. Företagshälsan har gjort en affärsmässig bedömning avseende vilka "uppstartskostnader" uppdraget skulle medföra och har prissatt härefter. Dessa uppstartskostnader har antagits vara lägre än konkurrerande leverantörer mot bakgrund av Företagshälsans egenskap av befintlig leverantör av motsvarande tjänster. Vidare har en affärsmässig bedömning gjorts avseende vilken typ av tjänster som kan komma att avropas inom ramen för den fasta

ersättningen. Bedömningen bygger på antaganden eftersom förfrågningsunderlaget helt saknar specifikation i detta avseende.

En grundläggande förutsättning för möjligheten att förkasta ett anbud är att den upphandlande myndigheten kan visa att offererat pris är onormalt lågt. Den enda omständighet som åberopats av kommunerna i detta avseende är att Företagshälsans pris är 33 procent lägre än anbudsgivare med näst lägst pris. Den omständigheten medför inte att priset är onormalt lågt. Prisdifferenser som överstiger 30 procent förekommer i upphandlingar av liknande företagshälsovård och kan inte anses medföra att Företagshälsans pris är onormalt lågt. Detta i synnerhet vid en jämförelse mellan anbud från aktörer som helt saknar avkastningskrav och aktörer med höga avkastningskrav från sina ägare.

Även om prisuppgiften i sig skulle anses uppfylla rekvisiten i 15 kap. 17 § LOU så är kommunerna förhindrade att förkasta anbudet eftersom Företagshälsan genom sin redogörelse för grunderna för prissättningen har visat att anbudet inte bort förkastas. Företagshälsan har lämnat detaljerade och affärsmässigt rimliga grunder för sin prissättning. Kommunerna har endast i svepande ordalag bemött dessa grunder och har inte i något avseende konkretiserat i vilka delar man menar att angivna grunder inte är rimliga.

Kammarrätten i Göteborg har i avgörande mål nr 2598-2601-13 uttalat att bedömning av anbudsgivares förklaring till låga anbud får göras med hänsyn till vilken typ av avtal som upphandlas samt tidigare erfarenhet av aktuella anbudsgivare. I målet var fråga om ett ramavtal med avsaknad av leveransskyldighet samt fråga om leverantörer som tidigare överdebiterat aktuell upphandlande myndighet. Mot den bakgrunden ansåg Kammarrätten att anbudsgivarnas förklaring inte kunde anses tillräcklig. I nu aktuell upphandling är det fråga om ett avtal i vilket antagen leverantör har leveransskyldighet. Det föreligger följaktligen inte någon osäkerhet ifråga om

vad kommunerna har rätt att erhålla mot erläggande av det fasta priset per år. Detta åtagande har Företagshälsan bekräftat i sitt anbud. Det förekommer följaktligen inte heller någon risk för överdebitering då det inte finns avtalsstöd härför. Mot den bakgrunden saknas skäl att frånga huvudregeln om att anbud med lägst pris ska antas.

Kommunerna har vidare uppgett att Företagshälsans kunskap om kommunernas verksamhet är irrelevant eftersom det är fråga om historiska uppgifter. Argumentet saknar betydelse för bedömningen av det föreligger rätt att förkasta anbudet. Kommunerna har även uppgett att de inte kan ta hänsyn till de omständigheter som presenterats av Företagshälsan eftersom en sådan hänsyn skulle vara konkurrensbegränsande och strida mot likabehandlingsprincipen. Frågan om hänsyn får tas till tidigare leverantörers erfarenhet av beställaren är en fråga som får behandlas i utformning av upphandlingen. Övervägande i detta avseende ska göras i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Frågan saknar helt betydelse i fråga om bedömningen av huruvida anbudspriser är onormalt låga. Kommunerna måste beakta Företagshälsans kunskap om beställarna i fråga om bedömningen av om Företagshälsan genom sin förklaring har visat att anbudet inte bort förkastats. I annat fall missgynnas Företagshälsan på ett otillbörligt sätt i förhållande till övriga anbudsgivare eftersom den historiska kunskapen om beställarna i sådant fall ligger Företagshälsan till last.

Kommunerna bestrider bifall till Företagshälsans ansökan och anför bl.a. följande. Kommunerna bedömer att bolagets anbud inte är marknadsmässigt med hänsyn till branschen i övrigt. Anbudet ligger långt under de andra inkomna anbuden, varför misstanke föreligger att bolaget lämnat ett s.k. "strategiskt anbud" för att vinna kontraktet.

Inför upphandlingen av företagshälsovård har Lomma och Burlövs kommuner genomfört en analys av hur stort behovet av företagshälsovård är för

kommunernas anställda. Detta resulterade i en omfattning om ca 900 timmar årligen per kommun, dvs. en väsentligt mindre omfattning än dagens. Detta innebär att vissa tjänster i princip inte kommer att köpas av företagshälsovården, t.ex. hälsokontroller som betingar en mycket hög kostnad. Vidare var en av förutsättningarna inför upphandlingen att kostnaderna för kommunernas företagshälsovård skulle bli väsentligt lägre framöver.

Lomma och Burlövs kommuner erlägger årligen ca 2,5 mkr respektive 2,0 mkr till bolaget. Ersättningen inbetalas till företagshälsovården varje år i början av januari, dvs. i förskott för hela året.

I det anbud som bolaget nu lämnat offererar man ett fast pris för 900 timmars företagshälsovårdstjänster om cirka 398 tkr per kommun. Om bolaget även framöver ska bedriva företagshälsovård åt Lomma och Burlövs kommuner kommer således deras intäkter att årligen minska med drygt 2 mkr respektive 1,6 mkr. Det ter sig orimligt att bolaget skulle kunna göra besparingar av den storleken. Det man då skulle tvingas spara in på är personalkostnader och följderna av detta blir att man inte kommer att kunna leverera avtalade tjänster åt kommunerna och enligt den kravnivå som framgår av förfrågningsunderlaget. Det är knappast heller sannolikt att man kan minska tjänstgöringsgraderna hos personalen eftersom dessa då troligen skulle söka sig till andra jobb.

I förfrågningsunderlaget har kommunerna förbehållit sig rätten att ges möjlighet att köpa tjänster utöver de 900 årliga timmarna per kommun, s.k. tilläggstimmar. Det finns inga som helst garantier att tilläggstimmar kommer att avropas. Detta skulle visserligen kunna ge ytterligare intäkter till bolaget, men då i mycket begränsad omfattning.

I förfrågningsunderlaget anges att fakturering från företagshälsovården ska ske månatligen. Detta innebär att den fasta årliga ersättningen, dvs.

398 000 kr betalas av kommunen med 1/12 per månad (33 166 kr per månad). Om bolaget tilldelas kontraktet i upphandlingen kommer de sannolikt att hamna i en mycket ansträngd likviditetssituation redan från avtalsstart eftersom intäkterna från kommunen då inte blir 5,5 mkr utan ca 33 tkr per kommun. Eftersom bolaget är en ideell förening finns inget krav på vinst i verksamheten. Detta torde innebära att det inte finns ansamlade vinstmedel som kan täcka upp denna likviditetsförändring.

Företagshälsan har tillagt följande. De omständigheter som kommunerna åberopar består uteslutande av spekulationer. Kommunerna spekulerar i frågor som rör lönsamhet och Företagshälsans ekonomiska ställning.

Kommunernas analys av framtida behov av företagshälsovård har avspeglat sig i förfrågningsunderlaget. Företagshälsan har utgått från uppgifterna i förfrågningsunderlaget och prissatt sina tjänster utifrån detta. Inga andra hänsyn har tagits. Det ska särskilt noteras att Företagshälsan under en längre tid löpande anpassat sin verksamhet efter omständigheten att kommunerna skulle upphöra som medlemmar den 31 december 2014. Företagshälsan har bl.a. tillsatt en ny VD som fått till uppgift att anpassa, säkerställa och utveckla verksamheten i olika former för att hantera medlemmarnas och de övriga kundernas framtida behov. De framtida lägre intäkterna är följaktligen redan beaktade. Personalstyrkan har reducerats och samarbetsavtal med andra leverantörer av hälsovård har ingåtts för att kunna hantera fluktuationer i avrop av tjänster och tillika har speciell hänsyn tagits till upphandlingens timbehov. Åtgärderna och samarbetsavtalet medför lägre fasta kostnader vilket säkerställer leverans av tjänster och minskar riskhanteringen utifrån fluktuationer i avrop från medlemsföretag och andra kunder så som kommunerna. Vidare har hyreskostnader reducerats med ca 330 000 kr årligen i förhandlingar med aktuell hyresvärd och kostnader för pensionsåtaganden återtas fr.o.m. den 1 januari 2015 av en berörd medlem, en besparing om närmare 200 000 kr per år.

Det kan även konstateras att Företagshälsan uppfyller ställda krav på anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet. Härvid ska beaktas att det är just i kvalificeringsfasen som dessa omständigheter ska beaktas, dvs. i prövningen av anbudsgivarna. Inte i prövningen av anbudet. Kommunerna synes inte ha gjort denna distinktion.

Kommunerna synes vidare inte ha förstätt Företagshälsans ägandeform eller frågan om betydelsen av avkastningskrav. Företagshälsan ägs av en förening. I stadgarna för föreningen framgår inte något avkastningskrav till förmån för medlemmarna. Detta innebär inte att en vinst inte får förekomma i verksamheten. Den vinst som eventuellt uppkommer återinvesteras dock i bolaget genom att ansamlade vinstmedel förs vidare på kommande räkenskapsår. Detta innebär att Företagshälsan har ett mycket stort fritt eget kapital i form av omsättningstillgångar om cirka 6,3 MSEK varav cirka 5,8 MSEK är likvida medel. Kommunerna synes inte ha förstätt detta och påståendet om att Företagshälsan inte har tillräcklig ekonomisk ställning för att hantera den lägre volymen och eventuella besparingar är direkt felaktigt.

Det kan vidare noteras att kommunerna har uppgett en felaktig uppgift angående nuvarande intäkter från kommunerna. Nuvarande intäkter uppgår till 4,3 MSEK för 2014 inte 5,5 MSEK. Kommunernas påstående om att Företagshälsans anbud inte är marknadsmässigt är felaktigt. Den anbudsgivare som antagits i upphandlingen har lämnat ett pris om 590 000 kr per år i relation till Företagshälsans erbjudna 398 000 kr per år. Differensen mellan anbudet uppgår följaktligen till 192 000 kr per år eller omräknat 16 000 kr per månad. På veckobasis är det fråga om en skillnad på ca 3 700 kr. Omräknat på fem arbetsdagar i veckan så rör sig skillnaden om 740 kr per dag. Denna knappa differens mellan anbudet sett i reella termer kan knappast anses som en orimlig skillnad i pris. Denna skillnad kan därmed

inte läggas till grund för att fastslå att anbudet från Företagshälsan är icke-marknadsmässigt och med beaktande av den väsentligt lägre volymen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 15 kap. 17 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt men att anbudet får förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredställande svar.

Bestämmelsen är en undantagsbestämmelse som ger den upphandlande myndigheten en möjlighet men inte en skyldighet att förkasta ett anbud som den uppfattar som onormalt lågt. Syftet med bestämmelsen är att skydda anbudsgivare mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida men även att skydda upphandlande myndigheter så de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Av EU-domstolens praxis följer att det är anbudsgivaren som har att visa att anbudet är allvarligt menat. Detta medför

att kravet på anbudsgivarna får var högt ställt (EU-domstolens dom i mål C-599/10 SAG).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om det finns anledning att ifrågasätta Företagshälsans anbud som seriöst. Kommunerna har i denna del anfört att bolagets anbud ligger långt under de andra inkomna anbuden och att anbudet inte är marknadsmässig med hänsyn till branschen i övrigt. Förvaltningsrätten kan konstatera att Företagshälsans anbud är 33 procent lägre än anbudsgivare med näst lägst pris. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad kommunerna uppgett finner förvaltningsrätten att det funnits goda skäl för kommunerna att begära en förklaring av Företagshälsan.

Härefter har förvaltningsrätten att bedöma om Företagshälsan genom sin förklaring har visat att det låga anbudet inte borde ha förkastats. En upphandlande myndighet har här en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaring ska anses tillräcklig för att anbudet ska utvärderas eller förkastas. Detta medför att kravet på anbudsgivare får vara högt ställt (jfr Kamrätten i Göteborgs dom i mål nr 2598-2601-13).

Den i målet aktuella upphandlingen avser företagshälsosvård till Lomma och Burlövs kommuner. Företagshälsan har uppgett att bolaget ägs av en ekonomisk förening utan avkastningskrav vilket medför att lämnade priser är baserade på självkostnadsprincipen. Företagshälsan har även genomfört en rad åtgärder för att minska sina kostnader. Bolaget har vidare en mångårig kännedom om kommunernas verksamhet. Kommunerna har å sin sida anfört att mot bakgrund av det offererade priset samt den omständigheten att uppdragets omfattning kommer att minskas betydligt framöver är det

omöjligt för Företagshälsan att genomföra så stora besparingen som krävs och samtidigt klara av att leverera avtalade tjänster till kommunerna.

Som framgår ovan är syftet med bestämmelsen bl. a. att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Den upphandlande myndigheten har därför en stor frihet att avgöra om anbudsgivares förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas.

Förvaltningsrätten anser vid sin bedömning inte att Företagshälsan genom sin förklaring har gjort sannolikt att det låga anbudet är seriöst menat och att bolaget trots det låga anbudet har förmåga att fullgöra ett avtal i enlighet med lämnat anbud. Kommunerna har således haft fog för att förkasta anbudet. Ansökan om överprövning ska alltså avslås.

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


Anders Mattsson

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.