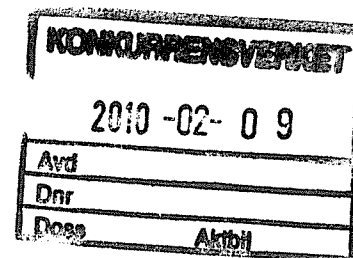




KLAGANDE

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB, 556686-7890
Storgatan 23 A, 2 tr.
114 55 Stockholm

Ombud:
Advokaten Olof Alffram
Advokaten Christel Rockström
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm



MOTPART

Folktandvården Skåne
Folktandvårdens kansli
Box 1
221 00 Lund

Ombud:
Advokaten Mikael Karlsson
Jur. kand. Katerina Strömsholm
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Skåne läns dom den 20 november 2009 i mål nr 10365-09,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 27 november 2009 upphör
därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB (Friskvårdschecken) yrkar att upphandlingen ska göras om. Friskvårdschecken anför som grund för yrkandet att Folk tandvården brutit mot regeln i 1 kap. 9 § LOU om affärsmässighet och att detta medfört att Friskvårdschecken kan komma att lida skada. Friskvårdschecken anför följande.

Principen om affärsmässighet och de övriga grundläggande principerna för upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU gäller även vid en tillåten direktupphandling.

Friskvårdskuponger AB:s (Friskvårdskuponger) anbud var 100 000 kr dyrare än Friskvårdscheckens. Bara för att det skett en direktupphandling finns det efter en prisjämförelse inte något skäl att välja en leverantör som är dyrare än en annan. Dessutom har Friskvårdschecken 215 friskvårdsleverantörer i Skåne jämfört med Friskvårdskupongers i vart fall inte fler än 190 leverantörer. Friskvårdskuponger har också kortare erfarenhet och en ekonomisk modell som inte är hållbar. Om Folk tandvården hade genomfört upphandlingen i enlighet med LOU hade Friskvårdschecken tilldelats upphandlingen och riskerar därför att lida skada om kontrakt i stället tilldelas Friskvårdskuponger.

Folk tandvården Skåne anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Folk tandvården anför följande.

När anbudspriser jämförs måste hänsyn tas till både fasta och provisions- och omsättningsbaserade kostnader oavsett i vilket led de tas ut. Friskvårdscheckens modell för att ta ut avgifter belastar friskvårdsleverantörerna och minskar därför personalens köpkraft. Friskvårdscheckens system urholkar därmed värdet av de anställdas premier.

Friskvårdskupongers system bygger däremot på betalning med en kupong som inte belastas med någon avgift.

Även om Friskvårdskuponger skulle ha färre friskvårdsleverantörer än Friskvårdschecken, så är Friskvårdskupongers system öppet för alla leverantörer av friskvård. Det räcker därför att en anställd hos Folktandvården vill besöka t.ex. ett visst gym för att detta ska få anledning att ansluta sig till Friskvårdskuponger. Eftersom Friskvårdskuponger inte tar ut någon avgift vare sig från de anställda vid Folktandvården eller från leverantörerna av friskvården finns det ingen anledning för en underleverantör att avstå från att ansluta sig.

Folktandvården har inte ställt krav på någon specifik erfarenhet. Friskvårdskuponger har enligt uppgift flera års erfarenhet av administration av friskvård. Bolaget startade under år 2002 och verksamheten med betalningsförmedling av friskvårdstjänster inleddes år 2005. Det finns heller inget som tyder på att Friskvårdskupongers affärsmodell inte är hållbar. Den kreditupplysning som tagits på Friskvårdskuponger har inte visat på någon bristande ekonomisk förmåga och anbudet uppfyller Skatteverkets regler.

Friskvårdschecken har svarat följande. Friskvårdsleverantörernas ersättning till Friskvårdschecken ökar inte Folktandvårdens kostnader. När Friskvårdschecken anlitas består den totala kostnaden för Folktandvården enbart av den avgift som Folktandvården betalar till Friskvårdschecken samt friskvårdsbidraget till den anställde. Friskvårdsleverantörens avgift till Friskvårdschecken påverkar inte heller värdet av den anställdes bidrag.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det får numera anses ostridigt att Folktandvårdens upphandling av administration av friskvårdsbidrag avser en upphandling där kontraktets värde är lågt. Folktandvården har därmed haft rätt att genomföra en direktupphandling.

I förarbetena till LOU i dess nuvarande lydelse (prop. 2006/08:128) anges inte närmare hur en direktupphandling får genomföras. Av förarbetena till den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling framgår däremot att huvudregeln om affärsmässighet gäller för all upphandling, att den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten bör eftersträvas även vid direktupphandling samt att prisjämförelser och andra undersökningar är lämpliga förfaringssätt som om möjligt även då ska genomföras (prop. 1993/94:78 s. 24).

Enligt kammarrättens mening kan de nämnda äldre förarbetsuttalandena ligga till grund för bedömningen även av direktupphandlingar som genomförs enligt nu gällande LOU.

Folktandvården har framhållit att Friskvårdskupongers anbud valts på affärsmässiga grunder och att man, efter att ha jämfört anbuden från de båda anbudsgivarna, bedömt att Friskvårdskupongers anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga.

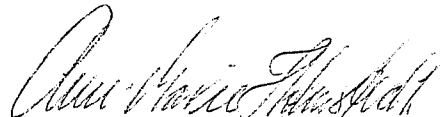
Friskvårdscheckens anbud har bestått av dels en fast avgift om 90 000 kr, dels en rörlig del om 10 000 kr att tas ut av samtliga leverantörer av friskvård när de anställda utnyttjar friskvårdsbidraget. Den avgift som friskvårdsleverantörerna ska betala till Friskvårdschecken belastar därmed inte direkt Folktandvården. Modellen innebär dock att den totala kostnaden som uppkommer för Folktandvården för att de anställda ska få friskvård till ett visst värde kan antas öka, om inte värdet av de anställdas

premier ska urholkas. Även om upphandlingen avser administrationen av friskvården och inte själva friskvården som sådan, anser kammarrätten mot den angivna bakgrunden att en jämförelse mellan de två anbuden visar att Folktandvården valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

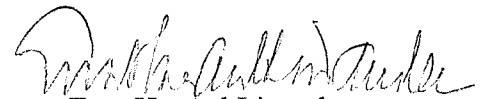
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)



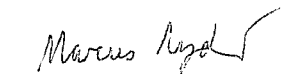
Carl Gustav Fernlund



Ann-Marie Holmstedt



Ewa Hagård Linander
referent



/Marcus Nydén



SÖKANDE

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB, 556686-7890
Storgatan 23 A 2tr
114 55 Stockholm

Ombud: Advokat Olof Alffram
Advokat Christel Rockström
Wistrand Advokatbyrå, Stockholm
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Folktandvården Skåne
Box1
22100 Lund

Ombud: Advokat Mikael Karlsson
Jur.kand. Katerina Strömsholm
Moll Wendén
Stortorget 8
211 34 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Folktandvården Skåne (Folktandvården) genomför en direktupphandling av administration av friskvårdsbidrag.

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB (Friskvårdschecken) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkat att den ska göras om. Som grund för sin ansökan har Friskvårdschecken anfört i huvudsak följande. Folktandvården har beslutat att upphandla ett ramavtal avseende kuponger som betalningsmedel för friskvård. Folktandvården inledde därför ett upphandlingsförfarande genom att kontakta flera leverantörer, däribland Friskvårdschecken. Upphandlingen skedde utan föregående annonsering. Enligt Folktandvården var det en direktupphandling och Folktandvården beslutade att ingå ramavtal med en konkurrent till Friskvårdschecken, Friskvårdskuponger AB (Friskvårdskuponger). Friskvårdskupongers administrativa avgifter uppgår till 155 000 kr. Det friskvårdsbidrag som Folktandvården erbjuder sina ca 1 500 anställda kan uppskattas till 2 400 kr per person och år. Avtalets totala värde kan således uppskattas till 3 755 000 kr, varför en direktupphandling av avtalet inte är tillåtet. Även om friskvårdsbidraget skulle vara något lägre är avtalets totala värde ändå högre än vad som är tillåtet att upphandla via en direktupphandling. Vidare är upphandlingen ett ramavtal som sträcker sig över flera år och LOU:s regler om direktupphandling är inte heller tillämpliga av den anledningen. Anser länsrätten att det är fråga om en tillåten direktupphandling har denna inte genomförts på ett affärsmässigt sätt och strider mot LOU:s princip om transparens. Att frångå de i 15 kap. 16 § LOU lagstadgade utvärderingsgrunderna bara för att det är fråga om en direktupphandling är inte möjligt, d.v.s. det finns ingen anledning att välja en leverantör som är dyrare bara för att det är fråga om en upphandling med lågt värde. Vid val av leverantör har inte beaktats att Friskvårdskupongers anbud översteg Friskvårdscheckens anbud med 100 000 kr och att Friskvårdskuponger har endast hälften så många underleverantörer av friskvård i Skåne jämfört med Friskvårdschecken. Vidare har Friskvårdskuponger kortare erfarenhet är Friskvårdschecken. Friskvårdskuponger har en ekonomisk modell som inte är

hållbar och uppfyller inte skattemyndighetens krav på tryckt namn och personnummer på samtliga kuponger. På vilka grunder Folk tandvården har valt Friskvårdskuponger är okänt för Friskvårdschecken, men det är i vart fall inte på affärsmässiga grunder. Friskvårdskupongers anbud är varken det mest ekonomiskt fördelaktiga för Folk tandvården eller innehåller det lägsta priset. Friskvårdschecken ser inte varför Folk tandvården skulle behöva höja de anställdas premie om Friskvårdschecken hade vunnit upphandlingen. Den avgift som tas ut från friskvårdsleverantören påverkar inte värdet av den friskvårdspremie de anställda får eller priset på de tjänster som friskvårdsleverantören erbjuder de anställda. Friskvårdsleverantörens avgift till Friskvårdschecken är som vilken kostnad som helst i friskvårdsleverantörens verksamhet och påverkar inte värdet av en anställds premie. Hade Folk tandvården genomfört upphandlingen i enlighet med LOU skulle Friskvårdschecken ha tilldelats upphandlingen, då de bland annat gav det lägsta anbudet. Av den anledningen riskerar Friskvårdschecken att lida skada om kontrakt istället tecknas med Friskvårdskuponger.

Folk tandvården har bestritt bifall till överklagandet och anfört följande. Folk tandvården genomför en upphandling av administration av betalning för friskvårdstjänster till anställda. Något skriftligt förfrågningsunderlag har inte utarbetats och något tilldelningsbeslut i egentlig mening har inte heller tagits. Upphandlingen genomförs som en direktupphandling enligt 15. kap 3 § andra stycket LOU och enligt 2 kap. 23 § LOU avses med direktupphandling ett förfarande utan krav på anbud. Folk tandvården avser att anskaffa friskvårdstjänster till ett värde om 155 000 kr, dvs. ett värde som är under tröskelvärdet och som utgör ett lågt värde i enlighet med 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Ett bidrag till friskvård utgör en skattefri förmån som arbetsgivare erbjuder personalen. För att förenkla den praktiska hanteringen av denna förmån som normalt kräver förhållandevis stora administrativa resurser hos en arbetsgivare anskaffar vissa arbetsgivare tjänster för administration av betalning för friskvård. Värdet av sådana tjänster är den administrativa avgiften som arbetsgivare betalar till tjänsteutövare för att hantera betalningen från de anställda till olika friskvårdsföretag. De avser ingå ett sådant avtal med

Friskvårdskuponger. Avtalet gäller för perioden den 1 januari – den 31 december 2010 och det totala värdet uppgår till 155 000 kr. Det utgör således ett lågt värde i enlighet med 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Enligt kammarrätts praxis kan ett värde om fem prisbasbelopp utgöra ett lågt värde (jfr. Kammarrättens i Sundsvall dom den 21 november i mål nr. 16-07). Friskvårdscheckens uppskattning att avtalets totala värde uppgår till 3 755 000 kr bygger på en missuppfattning av friskvårdsbidragets karaktär. Bidraget är en friskvårdspeng till de anställda som fritt kan disponeras och ska därför inte inräknas i värdet på upphandlingen. Denna syn stöds av Konkurrensverket (se utredning daterad den 17 oktober 2008). Friskvårdscheckens påstående om att upphandlingen inte har genomförts affärsmässigt är ovidkommande eftersom Friskvårdschecken hänvisar till tillåtna alternativa utvärderingsgrunder i 15 kap. 16 § LOU och den bestämmelsen avser förfarande med skriftligt förfrågningsunderlag samt skriftliga anbud. Folkandvården har övervägt olika alternativ och valt Friskvårdskuponger på objektiva affärsmässiga grunder. Friskvårdschecken har framfört att bolaget offererat ett pris för administration om 82 500 kr, vilket Folkandvården i och för sig har uppfattat som offererat pris på 90 000 kr. Det påverkar dock inte eftersom Friskvårdschecken har förklarat att bolaget därutöver tar ut en avgift om 10 procent från varje friskvårdsoperatör då anställda utnyttjar friskvårdsbidraget. Någon sådan avgift tar Friskvårdskuponger inte ut. För att få samma utfall för de anställda vid användningen av Friskvårdscheckens tjänster måste Folkandvården följaktligen höja de anställdas premie med 389 kr, vilket för alla anställda skulle bli en kostnad omkring 583 500 kr. Folkandvården har således antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och har valt Friskvårdskuponger på objektiva affärsmässiga grunder.

Länsrätten har den 16 oktober 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer

på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

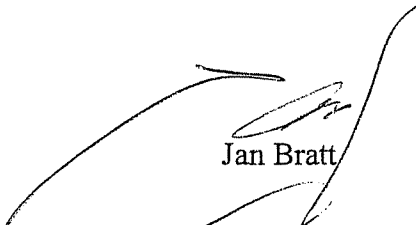
Av 16 kap. 1 § första och andra styckena LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Av 2 § samma kapitel framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 15 kap 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

I förevarande fall rör det sig om ett avtal som löper under ett år, med ett värde på 155 000 kr. Konkurrensverket har den 17 oktober 2008 på förfrågan från Friskvårdskuponger uttalat följande. Vid upphandling avseende kuponger / checkar för friskvård måste avses administrationsdelen av friskvårdspeng / friskvårdstjänsten och inte det nominella värdet. Det nominella värdet som brukaren kan använda omfattas inte av upphandlingsreglerna då det är den anställda som fritt disponerar över friskvårdspengen. Detta värde ska således inte räknas in i värdet på upphandlingen. Länsrätten finner inte anledning till annan bedömning i förevarande fall. Omfattningen av upphandlingen kan således inte uppskattas till det högre belopp som Friskvårdschecken har angivit, utan Folktandvården har haft fog för sin beräkning av avtalets värde. Detta värde är att bedöma som lågt i den mening som avses i LOU. Upphandlingen har således kunnat ske genom direktupphandling.

Länsrätten har vidare att pröva om upphandlingen kan anses ha genomförts på ett sådant sätt att den strider mot den grundläggande principen om affärs-
mässighet i 1 kap. 9 § LOU och om det i så fall har medfört att Friskvårds-
checken har lidit eller kan komma att lida skada. Kraven i LOU på upphand-
lingsförfarandet kan av naturliga skäl inte sättas lika högt vid direktupphand-
ling som vid övriga upphandlingsförfaranden i LOU. Länsrätten finner det
inte visats att Folk tandvårdens upphandling brutit mot LOU:s bestämmelser
på sådant sätt som gjorts gällande av Friskvårdschecken, att grund för ingri-
pande föreligger. Friskvårdscheckens yrkande om detta ska därför avslås.
Med denna dom upphör det interimistiska beslutet den 16 oktober 2009 att
gälla.

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



Jan Bratt

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

