



Handläggare

Camilla Nguyen

Socialnämnden

Svar på Humana Omsorg AB fråga om kompensation för ökade kostnader

Förslag till beslut

Socialnämnden beslutar att

1. Humanas fråga om möjlighet till justering av avtalsvillkoren i det upphandlade avtalet på grund av ökade kostnader besvaras med att detta inte är möjligt

Beskrivning av ärendet

Socialnämnden i Strängnäs kommun beslutade 2020-03-24 att upphandla en s.k. omsorgsoperatör för ett nytt särskilt boende för äldre i Södra stadsskogen. I upphandlingen ingick att först uppföra byggnaden och sedan driva det nya särskilda boendet för 100 boende i minst 16 år (med möjlighet till förlängning med ytterligare 4 år).

Upphandlingen publicerades 2021-06-01 och sista dag för att lämna anbud var 2021-09-01. Tilldelning skedde 2021-09-30 till Humana Omsorg AB ("Humana"). Tilldelningen överklagades av konkurrenten Attendo Sverige AB, men överklagandet förkastades. Överklagandet innebar dock att påskrift av avtalet försenades till 2022-06-29 och att det ursprungliga datumet för driftstart av boendet behövde skjutas upp från 2024-06-01 till 2025-05-01. Första "officiella spadtaget" inför uppförandet av det nya boendet togs alldeles nyligen, 2023-10-20.

Humanas fråga

Humana har under sommaren hört av sig med frågan om det är möjligt att justera vissa villkor i det upphandlade avtalet i form av kompensation för ökade kostnader. Humana har bl.a. anfört att omvärldssituationen drastiskt förändrat de ekonomiska förutsättningarna för att kunna genomföra projektet och prestera enligt avtal. Mer specifikt har Humana anfört att kalkylen för byggprojektet har behövts justeras upp med 33 miljoner kr, till följd av ökade kostnader för byggmateriel, vilket i sin tur föranletts av bl.a. kriget i Ukraina, ökad räntenivå, ökade löner och den höga inflationen.

Humana har presenterat olika förslag på hur kompensation skulle kunna ske för de ökade kostnaderna. Som ett huvudalternativ föreslås att den dygnersättning som kommunen ska betala till Humana ska justeras upp. Uppräkningen motiveras med olika procentuella siffror för inflation, lönerrevision och/eller omsorgsprisindex (OPI).



Av ett räkneexempel från Humana framgår att Humana skulle behöva räkna upp dygnsersättningen dels med 3,6 % motsvarande OPI 2024, dels med 7,3 % ytterligare, vilket totalt skulle innebära en justering av den ursprungligt offererade dygnsersättningen från 1 781 kr till 1 980 kr.

Utgångspunkter i upphandlingen

I prisbilagan i upphandlingen skulle anbudsgivare prissätta dels den hyra som framtida brukare ska betala, dels den ersättning för vård och omsorg som kommunen ska betala. För båda beloppen uttrycktes mycket tydligt i upphandlingen att det är viktigt för kommunen att ersättningarna motsvarar nivåerna på kommunens övriga boenden, således att det nya boendet inte blir orimligt mycket dyrare. De av Humana i upphandlingen offererade priserna låg strax under kommunens motsvarande beräknade kostnader och uppfyllde således detta villkor.

I upphandling och avtal förutses en viss löpande justering av de offererade priserna. Den hyra som brukarna ska betala ska först fastställas definitivt inför driftstart i maj 2025 i enlighet med Socialnämndens hyressättningsmodell. Den i anbudet erbjudna hyresnivån ska då justeras bl.a. i enlighet med den justering som skett under tiden mellan inlämning av anbud och driftstart på kommunens övriga boenden. Hyran på kommunens övriga boenden har t.ex. justerats upp med 4,5 % under 2023 och hyran på det dyraste boendet ligger i nuläget på 8 252 kr (i kontrast till den hyresnivå som angavs i upphandlingen på 7 777 kr).

I samband med driftstart ska en ny konkret bedömning genomföras av bruksvärdeshyran på det nya boendet, antingen i förhållande till motsvarande lägenhet i allmännyttans bostadsbestånd i Strängnäs kommun eller, när sådan jämförelselägenhet inte finns att tillgå, genom en allmän skälighetsbedömning.

Hyresnivån på det nya boendet är således redan enligt avtalet föremål för en prisjustering som motsvarar den allmänna konjunkturutvecklingen.

Vad gäller dygnsersättningen skulle anbudsgivarna redan vid inlämnande av anbud i september 2021 prognosticera ersättningen vid den planerade avtalsstarten i juni 2024. Det var en prioritet för beställaren att få en fast och förutsägbar kostnad, vilket också låg bakom beslutet att garantera alla 100 platser på boendet under hela avtalstiden. Enligt avtalet är den i upphandlingen erbjudna dygnsersättningen därför fast till och med 2024-12-31, varefter ersättningen justeras årsvis enligt OPI, första gången 2025-01-01. Förseningen av driftstart innebär att dygnsersättningen redan vid driftstart 2025-05-01 kommer att vara uppräknad enligt 2025 års OPI.

Avtalet innehåller därmed uttryckligen bestämmelser om indexuppräkning av dygnsersättningen och det var en mycket klar och tydlig förutsättning i upphandlingen att anbudsgivarna skulle erbjuda en prognosticerad dygnsersättning som ska gälla från och med juni 2024.



Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

För att upphandlingsprocessen inte ska kunna kringgås, är utrymmet för att efter utvärdering och tilldelning ändra avtalsvillkor i annonserade upphandlingar mycket begränsat och i stort sett uttömmande reglerat i LOU.

Utöver möjligheten att ändra i enlighet med tydliga ändringsbestämmelser eller optioner i det upphandlade avtalet (17 kap 10 § LOU), finns en möjlighet att ändra ett upphandlat avtal om det uppstått ett behov av ändringen och detta behov beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsett eller kunde ha förutsett vid tilldelningsbeslutet (17 kap 12 § LOU). Bestämmelsen motsvarar i stort en sorts force majeure-klausul och har tillämpats mycket restriktivt i rättspraxis. Den har dock tillämpats t.ex. vad gäller ändring av avtal som ingicks innan covid-19 och den därmed följande smittspridningen (kammarrätten i Stockholm, mål nr 1536-22).

I övrigt gäller enligt relativt ny rättspraxis att ändringar av upphandlade avtal inte får vara väsentliga, oavsett om villkoren för att ändra det upphandlade avtalet i och för sig är uppfyllda enligt ordalydelsen av 17 kap 9 och 14 §§ LOU (vilka avser mindre ändringar respektive oväsentliga ändringar av det upphandlade avtalet). En ändring anses enligt den nya rättspraxisen vara väsentlig om ändringen skulle kunna ha påverkat utfallet i utvärderingen i upphandlingen (kammarrätten i Stockholm, mål nr 7456-22). Den nya rättspraxisen är något kontroversiell och Högsta förvaltningsdomstolen har nyligen gett prövningstillstånd i ett mål där frågan aktualiseras. Högsta förvaltningsdomstolen kan därmed förväntas ge sin syn på tolkningen inom 4-9 månader (Högsta förvaltningsdomstolens beslut om prövningstillstånd 2023-09-12, mål 2752-23).

Analys

Avtalet

Det upphandlade avtalet innehåller flera olika bestämmelser om omförhandling av avtalsvillkor. Gemensamt för dessa bestämmelser är att de kan tillämpas om ändrade förhållanden gör samarbetet väsentligt mer kostnadsdrivande för utföraren, t.ex. vid nya beslut/krav/praxisändringar från beställaren, stora/omfattande förändringar i lagstiftning eller till följd av myndighetsbeslut.

Inga av dessa bestämmelser är dock tillämpliga i det aktuella fallet.

Bestämmelserna har till syfte att säkerställa att utföraren kan få kompensation för specifika kostnadsökningar till följd av förändringar i hur själva vård- och omsorgsuppdraget ska utföras under den 20-åriga avtalstiden. Det ska med andra ord finnas en motprestation till kostnadsökningen. Bestämmelserna kan inte användas för att kompensera för generella konjunkturutvecklingar under avtalstiden. Kompensation för sådana utvecklingar regleras istället genom bestämmelserna i avtalet om prisjustering.

Bestämmelsen i LOU om oförutsedda omständigheter



Det är obestritt att kostnaderna för byggnation, räntenivå, löner och inflation har gått upp väsentligt sedan anbudet lämnades in i september 2021. Vid påskrift av avtalet i juni 2022 hade kriget i Ukraina dock pågått sedan länge. Det är dessutom klart att generell ökade kostnader för byggmaterial, räntor, löner och inflation normalt inte utgör omständigheter som godkänns som force majeure eller ”omständigheter som inte kan förutses”. Ökade kostnader av nämnda art är istället konsekvenser av en allmän konjunkturutveckling, d.v.s. uttryck för en affärsrisk, som uppstår i alla avtalsrelationer där ett pris bestäms på förhand. Mot denna bakgrund bedöms bestämmelsen i LOU om ändringar på grund av oförutsedda omständigheter inte vara tillämplig i den aktuella situationen.

Övriga bestämmelser i LOU som medger ändringar av upphandlade avtal

Vid utvärderingen i upphandlingen var marginalerna mellan anbuderna mycket små. Samtliga erbjudna dygnsersättningar låg inom ett spann på ungefär 150 kr och efter genomförd utvärdering var mellanskillnaden mellan Humanas vinnande anbud och det näst mest fördelaktiga anbudet endast 6,9 miljoner kr (”endast” med tanke på att utvärderingssumman i upphandlingen uppgick till 125 miljoner kr, och det totala värdet på upphandlingen uppgår till ca 1,5 miljarder kr). Den ovan beskrivna rättspraxisen enligt vilken alla ändringar av upphandlade avtal, som skulle ha kunnat påverka utfallet av utvärderingen, är väsentliga, innebär således att avtalet högst skulle kunna ändras med 6,9 miljoner kr med stöd av dessa bestämmelser.

Mot bakgrund av de mycket små marginalerna i upphandlingen bedöms det under alla omständigheter vara mycket riskfyllt att tillåta någon form av justering i förtid av den erbjudna dygnsersättningen. Dygnsersättningen skulle ju uttryckligen prognosticeras i 2024 års nivå och samtliga anbudsgivare må antas ha tagit höjd för möjligheten av en framtida tuffare konjunktur. Om kommunen nu skulle kompensera den vinnande anbudsgivaren för att detta scenario slår in, skulle det innebära en risk för snedvridning av konkurrensen och kringgående av upphandlingsförfarandet.

Härtill kommer att det föreslagna tillvägagångssättet med en procentuell uppräknings av dygnsersättningen enligt OPI eller andra index innebär en risk för överkompensation över hela avtalstiden. Humana uppger att kostnaderna för byggnationen har ökat med 33 miljoner kr. Den föreslagna uppräknings med 199 kr per dygn skulle dock resultera i en ökad kostnad för kommunen med 7,2 miljoner kr per år, eller en total ökning av kostnaderna med 145 miljoner kr över 20 år (detta utan att hänsyn tagits till den ränta-på-ränta effekt som också kommer inträffa på grund av rätten till årliga OPI-uppräknings, vilket även givet avtalets långa löptid skulle innebära en betydande ytterligare kostnadsökning).



Slutsats

Avtalstiden är mycket lång och kommunen kommer garantera 100 platser på boendet i minst 16 år – ett kontrakt på ett värde om totalt ungefär 1,5 miljarder kr. Under denna tid kommer det sannolikt inträffa fler dramatiska omvärldsförändringar i form av mer eller mindre närliggande krig, terrordåd, ekonomiska kriser, pandemier och andra kriser av olika slag. Under avtalstiden kommer därmed också kostnaderna för inflation, räntor, löner m.m. såväl öka som minska. Att medge en justering av ersättningen med detta som grund redan innan driftstart av det nya boendet, bedöms sammantaget vara mycket riskfyllt.

Om avtalsändringen skulle anses vara oförenlig med LOU, skulle hela upphandlingen kunna anses vara en olaglig direktupphandling. Detta skulle kunna resultera i såväl en ogiltigförklaring av hela avtalet som en upphandlingsskadeavgift uppgående till 20 miljoner kr. Det skulle inte heller kunna uteslutas att konkurrerande anbudsgivare i upphandlingen skulle vilja rikta skadeståndsanspråk mot kommunen.

Mot denna bakgrund föreslås att Humanas fråga om möjlighet till justering av avtalsvillkoren i det upphandlade avtalet på grund av ökade kostnader besvaras med att detta inte är möjligt.

Ekonomiska konsekvenser för kommunen

Beslutet medför inga ekonomiska konsekvenser för kommunen.

Övriga konsekvenser

Beslutet medför inga övriga konsekvenser.

Barnkonsekvenser

Barnrättsperspektivet beaktas alltid men är inte tillämpningsbart i ärendet.

Uppföljning

Uppföljning ej nödvändig.

Beslutsunderlag

-

Beslutet skickas till

Inköpsenheten

Marjo Savelius
Socialchef

Camilla Nguyen
Utvecklare/Controller