



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2015-09-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6085-15

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Willis AB, 556426-5295

Ombud:

Advokaten Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Sara Karlsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB, Göteborg
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPART

Halmstads kommun

Ombud:

Advokaten Martin Dell
Rosholm Dell Advokatbyrå AB
Klostergatan 1
352 30 Växjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2015 -09- 1 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 354866

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstads kommun har genomfört en upphandling av försäkringsförmedlare, dnr KS 2014/0628. Enligt tilldelningsbeslut den 3 juni 2015 har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet lämnats av Försäkringsförmedlarna FMIV AB. I tilldelningsbeslutet anges även bl.a. att anbudet från Willis AB (Willis) inte uppfyller ställt skall-krav om oberoende av försäkringsgivares intressen och därmed inte går vidare till utvärdering. Kommunen har funnit att Willis har samarbeten med försäkringsbolag.

YRKANDEN M.M.

Willis

Willis ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om varvid bolagets anbud ska beaktas. Willis anför i huvudsak följande.

Willis är ledamot av Sveriges Försäkringsförmedlares förening vilket bara förmedlare som utför opartiska analyser och som inte äger eller ägs av försäkringsbolag får vara. Bolaget tillämpar gällande lagstiftning, lag (2005:405) om försäkringsförmedlare (LFF). All rådgivning som sker på uppdragsgivares räkning bygger på opartisk analys och verksamheten styrs av LFF. Ett förmedlarföretag har i ett enskilt fall möjlighet att förmedla en försäkring utan opartisk analys som grund men uppdragsgivaren ska då informeras om detta. Willis uppfyller kommunens krav om oberoende. Då bolaget felaktigt har diskvalificerats har eller riskerar bolaget att lida skada. Samtliga uppdrag inom bolaget som grundar sig på en opartisk analys hålls strikt åtskilda från andra eventuella uppdrag inom bolaget.

Kommunens krav på oberoende strider mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Det är ostridigt att Willis, inom helt andra affärsområden, arbetar med att erbjuda kunder exempelvis gruppavtal efter en genomförd opartisk upphandling av försäkringsgivare. Det är dock inte heller i sådana uppdrag försäkringsbolag som är Willis kund. Detta saknar dock betydelse för nu aktuell upphandling. Kravet om oberoende strider mot de grundläggande principerna och upphandlingen ska därmed rättas på så sätt att kravet på oberoende ska tolkas i enlighet med gällande lagstiftningskrav på opartiskhet. Så som kravet har tillämpats av kommunen är det diskriminerande och utesluter en rad stora och seriösa aktörer på området. Att uppställa högre krav än vad lagstifning och tillsynsmyndighet gör samt frångå vedertagen begreppsapparatur på marknaden är varken lämpligt eller nödvändigt i förevarande fall och leder till alltför långtgående effekter.

Willis uppfattning är att tolkningen av begreppet oberoende när detta används i nära anknytning till lagreglerade krav ska göras utifrån begreppets motsvarighet i lag. Begreppet oberoende ska således tolkas på samma sätt som begreppet opartiskhet såsom detta kommer till uttryck i LFF och i god försäkringsförmedlingssed. Så som kravet tolkats av kommunen utesluts alla bolag från upphandlingen som i sin verksamhet dels sysslar med opartisk analys och dels annan verksamhet enligt LFF. Lagstiftaren har därtill övergått från begreppet oberoende till begreppet opartisk analys. Enligt vedertaget språkbruk i branschen avses med oberoende just opartisk analys. Kravet på oberoende ska därför tolkas synonymt med begreppet opartisk analys. Den exemplifiering kommunen gjort i förfrågningsunderlaget anger dessutom endast ägarintressen. Det är därför olämpligt och orimligt att beakta andra omständigheter än detta, omständigheter som dessutom ligger långt utanför det exemplifierade området, när det dessutom är fråga om förfaranden som är mycket vanliga på marknaden och dessutom i full överensstämmelse med lag och god försäkringsförmedlingssed.

Ställt krav är inte lämpligt och effektivt för att uppnå aktuellt syfte. Kravet är inte heller nödvändigt för att uppnå syftet och den negativa effekten av kravet är oproportionerlig i förhållande till aktuellt syfte. Kravet tar sikte på en annan tjänst än vad som upphandlas och är därför vare sig nödvändigt eller lämpligt för att uppnå angett syfte. Merparten av branschens aktörer diskvalificeras vilket är en oproportionerligt stor negativ effekt. Kravet riskerar dessutom att medföra ett otillbörligt gynnande av den leverantör som sedan tidigare är leverantör till kommunen.

Halmstads kommun

Halmstads kommun (kommunen) anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte påstått att det skulle strida mot någon lag att inte vara oberoende. Däremot har kommunen i upphandlingen ställt ett krav på att leverantörerna är oberoende från försäkringsgivarintressen. Ställt krav har tillämpats strikt och lika för alla anbudsgivare. Kommunen har också en skyldighet att kontrollera att ställda skall-krav är uppfyllda, detta gäller oavsett att leverantören i anbudet har angett detta. Det är mycket viktigt för kommunen att den leverantör som antas i alla situationer agerar oberoende och opartiskt och endast fokuserar på den för kommunen bästa lösningen.

Kommunens krav på oberoende går utanför vad som krävs för att en försäkringsmäklare ska uppfylla kraven i LFF. Det är inte en legal definition som avsetts utan begreppet oberoende förstås genom en allmänspråklig tolkning. Begreppet oberoende kan inte anses vara ett främmande ord och används inte i LFF. Kravet på oberoende är således inte synonymt med något begrepp i LFF och det var inte heller avsikten. Det är även direkt felaktigt att begreppet oberoende skulle ha en etablerad betydelse i bran-

schen eller att oberoende och opartisk analys skulle vara synonyma begrepp (se uttalande 2015:1 av Försäkringsförmedlingsmarknadens disciplinnämnd dnr 2014:4). Det krav kommunen ställt går utöver vad som avses med självständig förmedlare i LFF och står mer i paritet med begreppets lydelse i den tidigare mäklarlagen.

I förfrågningsunderlaget anges en exemplifiering på vad som medför att en leverantör inte är oberoende. Det anges dock ingenting om att det är en uttömmande lista utan istället anges just att det är exempel. Kommunen har vidare i frågor och svar den 10 mars 2015 angett att kravet finns för att någon intressekonflikt/jävsituation inte ska uppkomma i samband med att leverantören fullgör sitt uppdrag för kommunen t.ex. vid hantering av försäkringsupphandling och regresskrav. Det är således tydligt att kommunen inte avsett att begreppet oberoende var synonymt med begreppet opartisk analys.

Willis uppfyller inte ställt krav då bolaget samarbetar med försäkringsgivaren Chubb. Samarbetet yttrar sig bl.a. genom att de båda bolagen gemensamt marknadsför en särskild försäkring. Samarbetet med Chubbs innebär att Willis inte uppfyller ställt krav på oberoende. Av Willis yttrande framgår också att bolaget åtar sig uppdrag som inte grundar sig på en opartisk analys. Även om Willis har rutiner för hur de olika uppdragen ska skötas innebär detta att Willis inte är oberoende fullt ut. Kravet på oberoende gäller för anbudsgivarens hela verksamhet. Eftersom Willis anbud inte uppfyller ställt krav har det rätteligen förkastats.

Kommunen har stor frihet att ställa krav i en upphandling så länge dessa inte är oproportionerliga eller diskriminerande. Kommunen är vid kravställningen inte begränsad till vad som utgör legala miniminivåer för det som upphandlas. Att kommunen ställt krav som går utöver LFF innebär inte att kravet är oproportionerligt. Inte heller det faktum att många aktörer

på marknaden inte uppfyller ett visst krav betyder att det är oproportionerligt. Syftet med aktuellt krav är att kommunen inte önskar upphandla tjänster som skulle kunna komma att utföras med något annat intresse än kommunens bästa för ögonen. Det räcker att det ens finns en risk för ovidkommande hänsyn för att kommunen hela tiden ska behöva vara extra observant på de tjänster som utförs, vilket i sig innebär ett onödigt och kostsamt merarbete för kommunen. Problematiken har även uppmärksamats av SFM och Konkurrensverket. Kravet på oberoende är ett både lämpligt, effektivt och nödvändigt sätt att uppnå det avsedda syftet. Den negativa effekten – att det finns aktörer på marknaden som inte uppfyller ställt krav – säger ingenting om huruvida kravet är proportionerligt. Det ska även beaktas att det även finns många aktörer som uppfyller kravet på oberoende. Kravet har en objektiv utformning och diskriminerar ingen och det är vare sig godtyckligt eller uppenbart osakligt. Ställt krav strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

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 LOU. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Willis har i huvudsak anfört att det aktuella kravet om oberoende strider mot proportionalitetsprincipen och att bolagets anbud därmed felaktigt uteslutits.

Det krav som är aktuellt anges på följande sätt i förfrågningsunderlaget: *Anbudsgivaren skall vara oberoende av försäkringsgivares intressen. Som exempel kan nämnas att försäkringsbolag får inte vara ägare till anbudsgivarens bolag, den får inte heller äga delar av ett försäkringsbolag tillsammans med anbudsgivaren eller ett bolag denna verkar i. Anbudsgivaren skall ha tillstånd av Finansinspektionen att bedriva förmedlarverksamhet. De personer som arbetar med uppdraget ska finnas anmälda hos Finansinspektionen.*

Upphandlande myndighet har en stor frihet att ställa olika krav i en upphandling i syfte att få fram bästa möjliga anbud av just de varor eller tjänster som myndigheten avser att upphandla. Kraven får dock inte vara diskriminerande eller oproportionerliga i förhållande till vad som upphandlas.

Att leverantörer av försäkringsförmedlartjänster ska vara oberoende från försäkringsgivare får anses vara ett relativt självklart krav då upphandlande myndigheten annars riskerar att inte få de för myndigheten mest optimala produkterna presenterade. Begreppet oberoende får även enligt förvaltningsrättens mening ses som ett vanligt förekommande begrepp som har en tydlig allmängiltig innebörd. Willis har inte heller i målet lyckats visa att begreppet skulle ha en annan betydelse i branschen som är så etablerad att den tolkningen får anses ta över vad som normalt avses med begreppet. Då oberoende inte heller är ett begrepp som används i LFF kan det enligt förvaltningsrättens bedömning inte hävdas att det skulle vara fråga om ett legalt begrepp på det sätt som Willis tycks göra gällande. Inte heller kan begreppet oberoende anses vara synonymt med begreppet opartisk analys i LFF. Det synes vidare vara ostridigt att Willis utför verksamhet enligt LFF som inte bygger på en opartisk analys utan bygger på avtal eller överenskommelser med försäkringsföretag om att Willis ska förmedla deras produkter. Att det enligt LFF finns en informationsskyldighet gentemot kunden i dessa fall och att det är ett helt lagligt förfarande påverkar inte den nu aktuella bedömningen.

Vid en allmänspråklig tolkning av begreppet oberoende i kombination med de uppgifter som framkommit om Willis verksamhet anser förvaltningsrätten att Willis inte kan anses vara oberoende på det sätt som har efterfrågats av kommunen. Willis anbud uppfyller därmed inte ställda skall-krav och har således rätteligen förkastats.

Kravet får även anses vara ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det eftersträvade syftet. Likaså framstår det mot bakgrund av hur försäkringsmäklarbranschen ser ut som helt nödvändigt att ställa ett krav på oberoende om detta är vad kommunen efterfrågat. Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma finns det inte heller någon mindre ingripande åtgärd som skulle

kunna medföra samma resultat och därmed uppfylla kommunens syfte. Den negativa effekten av ställt krav som består i att ett flertal leverantörer inte uppfyller det ställda kravet kan inte anses vara av sådan omfattning att åtgärden är att anse som oproportionerlig. Inte heller anser förvaltningsrätten att kravet kan anses vara utformat för att endast gynna en specifik leverantör. Att ett flertal leverantörer uteslutits på samma grund innebär inte i sig att kravet kan anses vara diskriminerande. Sammanfattningsvis menar förvaltningsrätten att det ställda kravet om oberoende får anses vara nödvändigt, sakligt och proportionerligt. Kravet har varit tydligt och transparent och alla leverantörer har behandlats lika.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att kommunen har haft fog för att utesluta Willis anbud på det sätt som skett och att bolaget inte heller har visat att det av någon annan anledning finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Maria Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.