



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-08-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8520-12
Enhet 14

1

SÖKANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud:

1. Bolagsjurist Ami Lauri
Box 30170
104 25 Stockholm

2. Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Utbildningsnämnden i Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm
Stadsledningskontoret, Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012 -08- 0 7 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

Dok.Id 247987

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Utbildningsnämnden i Stockholms stad (Staden) genomför, genom ett förenklat förfarande, en upphandling av måltidsförsörjning för Storkyrkoskolan, ref nr 002:008-2012.

YRKANDEN M.M.

Fazer Food Services AB (Fazer) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om, alternativt att upphandlingen ska rättas på så sätt att kravet på en viss maximal självrisk i punkt 6.27 i förfrågningsunderlaget ska strykas och att förvaltningsrätten ska förordna om en förlängd anbudstid på två veckor efter lagakraftvunnet avgörande.

Staden bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Fazer anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Staden har brutit mot kraven på likabehandling och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU genom att föreskriva restriktioner ifråga om bl.a. anbudsgivarnas självriskåtaganden i deras bakomliggande försäkringsavtal, som saknar betydelse och relevans för upphandlingen eller för det som ska upphandlas. Fazer, som till följd av detta riskerar att uteslutas från möjlighet att lämna anbud, har härigenom lidit eller riskerar att lida skada.

Av punkt 6.27 i förfrågningsunderlaget framgår som ett obligatoriskt skallkrav att självrisken på av anbudsgivaren tecknad ansvarsförsäkring inte får överstiga 0,5 prisbasbelopp. Fazer har inom ramarna för upphandlingens ”frågor-och-svar”-funktion påtalat att denna föreskrift inte står i proportionalitet till ändamålet för upphandlingen samt begärt att kravet ska elimi-

neras ur förfrågningsunderlaget. Denna framställan har av Staden besvarats med att kravet ska kvarstå.

Såvitt kan förstås är det eftersträvade syftet med det aktuella kravet att Staden vill försäkra sig om att anlitad leverantör förmår reglera i verksamheten eventuellt uppkommande skador. Sett utifrån detta behov framstår ett krav på att verksamheten ska vara försäkrad som både lämpligt och effektivt, medan självriskens relativa storlek saknar betydelse för leverantörens förmåga att reglera skador. Syftet med att leverantören ska förmå reglera uppkommande skador kan istället uppfyllas genom antingen en bedömning av leverantörens ekonomiska styrka och kapacitet eller av denna kapacitet i kombination med ett åtagande enligt 11 kap. 12 § LOU.

Att kräva att leverantörens självrisk inte får överstiga 0,5 prisbasbelopp, vilket för närvarande motsvarar 22 000 kr, innebär att ett flertal leverantörer, vilka liksom Fazer till följd av större riskallokering avtalat om försäkringslösningar med högre självrisk, i praktiken utesluts från att delta i den aktuella upphandlingen. Det är nämligen varken möjligt eller kostnads- mässigt motiverat för en större koncern som Fazer-koncernen, som är verksam i flera medlemsstater, att inför en specifik upphandling av nu förekommande slag anpassa eller ändra sina försäkringslösningar med sådan innebörd som Staden har krävt.

Eftersom den påtalade felaktigheten hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt med att upphandlingen rättas utan den ska rätteligen göras om.

Staden anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Kraven i förfrågningsunderlaget uppfyller kraven på likabehandling och proportionalitet och strider inte heller på något annat sätt mot LOU.

Kravet på anbudsgivarens ekonomiska stabilitet i punkt 3.4 i förfrågningsunderlaget har inte något samband eller inverkan på avtalsvillkoret i punkt 6.27. Kravet hänför sig inte till prövningen av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet utan är ett avtalsvillkor. Enligt 6.2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare ange om avtalsvillkoren i avtalsförslaget accepteras eller inte. Att det är ett avtalsvillkor innebär att kravet ska vara uppfyllt vid avtalets tecknande och därefter under hela avtalstiden. Inte förrän anbudsgivaren tilldelas kontraktet behöver denne se till att ha en försäkring där självriskerna inte överstiger 0,5 prisbasbelopp. I upphandlingen behöver anbudsgivaren enbart ange att så kommer ske.

En sådan ansvarsförsäkring som efterfrågas utgör ett minimiförsäkrings-skydd för små och medelstora företag inom aktuell bransch. Försäkringsvillkoren under den aktuella punkten speglar hur en på marknaden vanligt förekommande så kallad kombinerad företagsförsäkring, KOFF, för små och medelstora företag kan se ut. Det normala självriskbeloppet för en KOFF är 0,2 prisbasbelopp, men det kan också uppgå till 0,5 prisbasbelopp.

För stora företag och koncerner med omfattande försäkringslösningar kan kravet enligt punkt 6.27 lösas antingen genom att företagets försäkringsbolag kostnadsfritt medger en lägre självrisk avseende aktuellt uppdrag eller genom att företaget tecknar en särskild ansvarsförsäkring med aktuellt självriskbelopp avseende aktuellt uppdrag. Det torde inte inverka menligt på koncernens ekonomiska situation.

Aktuell upphandling av kost, vilken omfattar över 400 personer varav de flesta är barn, innebär stora risker för det fall personerna skulle drabbas av exempelvis matförgiftning. Det uppställda kravet innebär en maximal självrisk om cirka 22 000 kr. Det innebär att vid varje inträffad skada ska leverantören antingen betala 22 000 kr i självrisk till sitt försäkringsbolag

eller också inte utnyttja sin försäkring och bekosta skadan själv. Om skador inträffar vid flera tillfällen kan det bli ganska kostsamt för leverantören om självriskens sätts högre. I förlängningen innebär det ett skydd för både leverantören och Staden. Om leverantören inte kan stå för de eventuella skador denne ansvarar för riskerar Staden att själv få bekosta uppkomna skador, eftersom Staden har det yttersta ansvaret för verksamheten. Kravet under punkt 6.27 har således ett naturligt samband med och står i proportion till det som upphandlas.

Kravet är därför en lämplig och effektiv åtgärd för att försäkra Staden om att leverantören kan fullgöra sitt ansvar för eventuellt uppkommande skador genom att utnyttja sin försäkring för att täcka dem. Åtgärden är vidare nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet eftersom det inte finns något mindre ingripande alternativ. Inte heller är den negativa effekten som åtgärden får oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Anbudsgivaren behöver ju inte förrän vid avtalets ingående se till att det uppfylls. Det är därför inte riktigt, som Fazer påstår, att företag som har försäkringslösningar med högre självrisk utesluts från att delta i upphandlingen. Anbudsgivare behöver inte skaffa sig denna typ av försäkring inför anbudslämnandet utan först om och när anbudsgivaren tilldelas kontrakt. På så sätt kan kravet inte heller anses påverka det konkurrensuppsökande skedet.

Det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra vilken risk myndigheten är beredd att ta och anpassa både de ekonomiska kraven på den eventuella leverantören samt storleken på självrisk. Med hänsyn därtill och till det faktum att en självrisk på 0,2 prisbasbelopp följer nivån i en vanligt förekommande försäkring menar Staden att kravet inte är oproportionerligt.

Det kan också i sammanhanget nämnas att Staden inte alls besvarat frågan om det aktuella villkoret endast på det kortfattade sätt som görs gällande i målet. Hur svaret utformats saknar emellertid relevans för förvaltningsrättens prövning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

I 16 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

I punkt 6.2 *Avtalsvillkor* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Härmed bekräftas att samtliga nedan angivna avtalsvillkor accepteras till fullo. (Ja/Nej svar)

I punkt 6.27 *Försäkringar* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Leverantören ska teckna ansvarsförsäkring med följande försäkringsbelopp:

- person- och sakskada om minst 10 miljoner kr per skada och minst 20 miljoner kr per år
- ren förmögenhetsskada om minst 1 miljon kr per skada och år

Ansvarsförsäkringen ska medföra skydd enligt gängse svenska försäkringsvillkor och dessutom inkludera:

- skydd för skada genom levererad egendom (produktansvar).

Självriskén får inte överstiga 0,5 prisbasbelopp.

Förvaltningsrättens bedömning

Fazer har bl.a. anfört att Staden brutit mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att föreskriva restriktioner ifråga om anbudsgivarnas självriskåtaganden i deras bakomliggande försäkringsavtal.

Staden har bl.a. anfört följande. Kravet på att självriskén inte får överstiga 0,5 prisbasbelopp är ett avtalsvillkor, vilket innebär att det inte är förrän anbudsgivaren tilldelats kontraktet som denne behöver se till att ha en försäkring där självriskén inte överstiger 0,5 prisbasbelopp. Vidare är kravet en lämplig och effektiv åtgärd för att försäkra Staden om att leverantören har en försäkring som är ekonomiskt försvarbar för leverantören att ta i anspråk vid skadetillfället.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan

motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Staden har anfört att syftet med kravet bl.a. är att det ska försäkra Staden om att leverantören kan fullgöra sitt ansvar för eventuellt uppkommande skador genom att utnyttja sin försäkring för att täcka dem. Förvaltningsrätten anser att ett krav på att självrisk inte är för hög får anses ha effekt för att åstadkomma detta syfte.

Staden har uppgivit att storleken på självrisk är ett avtalsvillkor. Det står klart att denna inte är förhandlingsbar. Staden har vidare uppgivit att det är upp till den upphandlande enheten att avgöra vilken risk myndigheten är beredd att ta och anpassa de ekonomiska kraven på den eventuella leverantören samt storleken på självrisk. Enligt förvaltningsrättens mening måste en större självrisk rimligen innebära att Staden tar en större risk. Det måste också i vart fall som en huvudprincip vara så att det är den upphandlande enheten som måste få avgöra vilka risker den är beredd att ta.

Fazer har anfört att leverantörer med försäkringslösningar med högre självrisk får svårigheter att kunna delta i upphandlingen, då det varken är möjligt eller kostnadsmässigt motiverat för en större koncern att inför en specifik upphandling anpassa eller ändra sina försäkringslösningar. Staden har mot detta invänt att leverantören inte behöver skaffa sig den försäkringslösning som Staden krävt inför anbudslämnandet utan att det räcker att leverantören är beredd att skaffa sig denna försäkringslösning om leverantören får kontraktet.

Förvaltningsrätten kan konstatera det måste anses klarlagt att Fazer inför avlämnandet av anbud inte behöver ändra sina försäkringslösningar för att kunna lämna anbud och delta i en utvärdering av olika anbud.

Staden har också framhållit att för stora företag och koncerner med omfattande försäkringslösningar kan kravet enligt punkt 6.27 lösas antingen genom att företagets försäkringsbolag kostnadsfritt medger en lägre självrisk avseende aktuellt uppdrag eller genom att företaget tecknar en särskild ansvarsförsäkring med aktuellt självriskbelopp avseende aktuellt uppdrag. Vad Fazer anfört i målet ger inte förvaltningsrätten anledning att betvivla Stadens påstående om att Fazer skulle kunna teckna en särskild ansvarsförsäkring med aktuellt självriskbelopp.

Förvaltningsrätten anser att avtalsvillkoret med angiven självrisk – för att försäkra Staden om att leverantören kan fullgöra sitt ansvar för eventuell uppkommande skador genom att utnyttja sin försäkring för att täcka dem – är lämplig och nödvändig för att uppnå det eftersträvande syftet. De kan inte heller anses strida mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att Staden, genom att uppställa kravet om självrisk i upphandlingen, inte har agerat i strid mot LOU. Upphandlingen ska därför inte göras om och inte heller rättas. Skäl saknas vidare att förordna om en förlängd anbudstid på två veckor efter lagakraftvunnet avgörande. Fazers ansökan ska således avslås.

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

Mats Clémentz

Rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU