



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-05-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3112-13

Sida 1 (9)

SÖKANDE

ISS Facility Services AB, 556410-3280

Ombud: Bolagsjuristen Patrik Frank
ISS Facility Services AB
Box 47635
117 94 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad

Ombud: Stadsadvokaten Eva Granbohm
Stadsledningskontorets juridiska avdelning
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ISS Facility Services AB:s begäran om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 341051

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

YRKANDEN M.M.

Utbildningsnämnden i Stockholms stad (Stockholms stad) genomför en upphandling av måltidsförsörjning för skolorna S:t Eriks gymnasium, Kista gymnasium och Norra Real gymnasium (gymnasierna).

ISS Facility Services AB (ISS) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om samt anför till stöd härför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget, avsnitt 4.10, anges att leverantören ska teckna och under avtalstiden vidmakthålla en allmän ansvarsförsäkring för sin verksamhet och att försäkringsbeloppet ska vara lägst 10 miljoner kr. Av avsnitten 2.8 och 4.9 framgår att leverantören svarar för skada orsakad genom fel eller försummelse och att samtliga kostnader ska ersättas upp till skadans verkliga värde. Skadeståndsskyldigheten är således obegränsad. ISS försäkringsbolag har meddelat att man inte kan utfärda en försäkring eftersom det inte finns något tak på hur högt belopp som ansvar kan utkrävas för. Villkoren innebär att för skador över 10 miljoner kr kan beloppen bli hur stora som helst. Någon beräkningsgrund för att kunna ta fram det verkliga värdet, och som kan utgöra grund för försäkringsbolaget, finns varken i förfrågningsunderlaget eller i de svar som Stockholms stad gett. Det strider mot proportionalitetsprincipen att kräva ansvar med obegränsat belopp som inte närmare specificeras och förklaras i förfrågningsunderlaget. Det strider också mot proportionalitetsprincipen att ställa krav som innebär att en eller flera anbudsgivare är förhindrade att lämna anbud då de inte kan uppfylla kravet på försäkringar eftersom skadeståndsskyldigheten är obegränsad. Bedömningen av om villkor strider mot proportionalitetsprincipen sker i tre steg. I första steget ska bedömas om villkoren är lämpliga och effektiva. Stockholms stad överlåter en obegränsad risk på leverantören och tar ingen risk själv. Detta villkor är effektivt för Stockholms stad, men inte i övrigt, och torde försvåra främjande av konkurrens. Kravet förtar dessutom leverantörens möjligheter att försäkra sig mot riskerna. Därutöver ska bedömas

om villkoren är nödvändiga för att uppnå syftet eller om det finns något mindre ingripande alternativ. Att ange ett takbelopp eller annan beräkningsgrund torde inte vara förenat med några svårigheter för Stockholms stad. Redan det faktum att försäkringen ska uppgå till 10 miljoner kr, och att det inte är fråga om någon extraordinärt riskfylld verksamhet, torde vara tillräckligt. I annat fall kan Stockholms stad höja försäkringsbeloppet. Syftet kan således uppnås på annat och mindre ingripande sätt (se Kammarrätten i Stockholms dom meddelad den 29 oktober 2012 i mål nr 5451-12). I det tredje steget ska bedömas om villkoren medför en negativ effekt och vad det innebär för de intressen som berörs. Det strider mot proportionalitetsprincipen att kräva ett visst "minsta" eller "lägsta" belopp då det är omöjligt att kalkylera riskerna. Ett företag som vill teckna en ansvarsförsäkring kan aldrig veta hur stort ett skadeståndskrav kan bli och i praktiken är det obegränsat. Nu angivna villkor medför att ISS inte kan få någon försäkring och därmed förhindras att lämna anbud. Detta ska ställas mot att Stockholms stad tillskansat sig fullständig riskfrihet. Villkoren är överdrivna i förhållande till det eftersträvade syftet och har en påtagligt negativ effekt på den enskilde anbudsgivaren och affärslivet i övrigt. – I förfrågningsunderlaget, avsnitt 4.9 och 4.10, anges att leverantören ansvarar för skada som orsakats genom "fel eller försummelse". För att en ansvarsförsäkring ska täcka en skada förutsätts vårdslöshet eller försummelse. Vid nu angivna förhållanden, och som ordalydelsen i villkoren är att förstå, kan inte någon annan bedömning göras än att leverantören är strikt ansvarig för fel. Detta gäller även om skadan drabbat tredje man. Felet behöver endast vara hänförligt till fel som leverantören i någon mån kan anses ha orsakat. Detta strikta ansvar strider mot proportionalitetsprincipen. Vidare är skadeståndsskyldigheten även här obegränsad. – I förfrågningsunderlaget, avsnitt 2.8, anges att om "leverantören varit vållande till skada på lokaler eller inventarier ska den svara för samtliga kostnader för återställande eller betala fakturor för samtliga kostnader av lokaler till SISAB för återställande". Även denna del innebär att leverantören är ansvarig oavsett om denne varit vårdslös eller för-

sumlig och det saknas också här en begränsning eller tak vad gäller ansvar och skadestånd vilket strider mot proportionalitetsprincipen. – Förfrågningsunderlaget är motstridigt eftersom leverantören är ansvarig för vållande även utan försummelse eller vårdslöshet. Stockholms stad har inte lämnat något klagörande eller svar eller justerat förfrågningsunderlaget avseende den obegränsade skadeståndsskyldigheten. Villkoren är mycket svårtolkade och riskerna går inte att beräkna. Vid upphandling i anbuds-konkurrens är huvudregeln att den upphandlande parten ansvarar för att klargöra och precisera förfrågningsunderlaget och göra det kalkylerbart. Detta hänför sig inte till genomförandeskedet, där leverantören kan ha viss kontroll, utan till upphandlingsskedet, där brist på precisering och klagörande innebär att anbudsgivarna inte har något annat val än att gissa och spekulera. Vidare är villkoren oklara och motstridiga vad gäller ansvaret för ”fel” och vållande. Så som villkoren är utformade är förfrågningsunderlaget motstridigt, oklart och otydligt och behäftat med sådana brister att det står i strid med LOU. – Sammanfattningsvis strider förfrågningsunderlaget mot proportionalitetsprincipen samt är även otydligt och motstridigt. ISS kan inte uppfylla kravet på försäkring och är därför förhindrat att lämna anbud. ISS har därmed lidit skada eller riskerat att lida skada.

Stockholms stad bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. Leverantören ska ansvara för en obruten kvalitetskedja från inköp av råvaror till färdiga matportioner och i förekommande fall servering. Uppdraget omfattar inköp av nödvändiga ingredienser för tillagning av 3 000 lunchportioner de dagar som undervisning bedrivs. I S:t Eriks gymnasium finns ett tillagningskök där maten till alla gymnasierna ska tillagas. Leverantören ansvarar enligt förfrågningsunderlaget för skada som den vållat genom vårdslöshet, dvs. fel eller försummelse. Ansvaret är inte strikt utan det är samma culparegel som gäller enligt svensk rätt. Då leverantören har exklusiv rätt att använda tillagningsköket är det rimligt att leverantören ansvarar för eventuella ska-

dor som uppkommer i verksamheten. Leverantören ska teckna och vidmakthålla en ansvarsförsäkring med ett försäkringsbelopp om minst 10 miljoner kr. Detta är nödvändigt med hänsyn till de skador som skulle kunna uppkomma, t.ex. brandskador och vattensskador. Om leverantören har en försäkring på 10 miljoner kr, som är minimibeloppet, innebär det att den ersättning som Stockholms stad kan få ut ur försäkringen är begränsad till 10 miljoner kr. Om skadorna överstiger detta belopp är Stockholms stad hänvisad till att ställa kravet på det överstigande beloppet mot leverantören. Stockholms stad kan inte vara säker på att leverantören kan ersätta skadan, vilket innebär att även Stockholms stad tar en risk. Ansvarsbestämmelsen och kravet på försäkringen har således ett naturligt samband med, och står i proportion till, det som upphandlas. Villkoren är lämpliga och effektiva för att försäkra Stockholms stad om att leverantören kan fullgöra sitt ansvar för eventuellt uppkommande skador. De är nödvändiga eftersom alternativet att ställa motsvarande krav på ekonomisk kapacitet skulle utestänga mindre leverantörer från att delta. Den negativa effekten av kraven är inte överdriven eller oproportionerlig. Stockholms stad ifrågasätter att det inte skulle vara möjligt att teckna en sådan försäkring som avses på grund av att ansvaret för leverantören är obegränsat. Stockholms stad har i tidigare upphandlingar av måltidsförsörjning ställt motsvarande krav på försäkring med samma ansvar för leverantören, varvid anbudslämnaren kunnat uppfylla kravet. Det försäkringsbolag som ISS anlitar har bara intygat att det inte är möjligt att teckna en försäkring med ett obegränsat försäkringsbelopp. Stockholms stad har inte ställt något sådant krav utan kräver att leverantören ska ha en försäkring med ett försäkringsbelopp på minst 10 miljoner kr. Det innebär att det är tillräckligt att försäkringsbeloppet täcker en skada på det beloppet. Om skadan uppgår till ett högre belopp innebär det att Stockholms stad inte har säkerhet för att få ersättning fullt ut för skadan. Enligt svensk rätt är den som genom vårdslöshet vållat en skada ansvarig fullt ut om inte annat avtalas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU ska, 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, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Kraven får emellertid inte vara diskriminerande, godtyckliga eller uppenbart osakliga (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78). Kraven måste också uppfylla proportionalitetsprincipen. Detta innebär att det inte får ställas större krav än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Vidare ska kraven stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas, med beaktande av upphandlingens art och värde (se prop. 2006/07:128 s. 132 och s. 155 samt prop. 2009/10:180 s. 91).

Av praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om principen åsidosatts ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen (se t.ex. Kammarrättens i Sundsvall dom meddelad den 5 juli 2012 i mål nr 1105-12). Bedömningen består av tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträfvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det efter-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

strävade syftet, så tillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet.

Såvitt framkommit är syftet med kravet på försäkring att täcka de eventuella skador som kan uppkomma i verksamheten, t.ex. brand- och vattenskadorna. Genom att kräva att leverantören har en solid ansvarsförsäkring ökar Stockholms stad möjlighet att få ersättning för eventuella skador även om risken för skador som överstiger försäkringsbeloppet, och som leverantören inte har råd att ersätta, inte kan elimineras. Kravet framstår därför som *lämpligt* (steg ett).

Ett alternativ eller komplement till krav på ansvarsförsäkring kan vara att kräva en viss ekonomisk kapacitet. Delvis har Stockholms stad gjort även detta. Kravet är relativt allmänt hållet och det anges i förfrågningsunderlaget avsnitt 1.2 endast att anbudsgivaren ska ha bedrivit sådan verksamhet som efterfrågas i förfrågningsunderlaget i minst två år, ha "erforderlig ekonomisk kapacitet" samt under avtalstiden lämna en skriftlig verksamhetsberättelse. Enligt förvaltningsrättens mening går det förvisso att ställa mer preciserade krav, t.ex. på omsättning eller rating hos kreditupplysningsföretag, förutsatt att det också görs en individuell bedömning, (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47). Förvaltningsrätten anser dock inte att detta på ett mindre ingripande sätt bättre skulle uppnå det eftersträvande syftet då allt för stränga krav på ekonomisk och finansiell kapacitet ofta utgör ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Att kräva ansvarsförsäkring innebär också att risken väsentligen vältras över på ett försäkringsbolag oavsett vilka skiftningar som kan komma att äga rum beträffande anbudsgivarens ekonomiska situation. Enligt förvaltningsrätten har inte fram-

kommit att det eftersträvade syftet skulle ha uppnåtts genom ett mindre ingripande alternativ. Kravet framstår därför som *nödvändigt* (steg två).

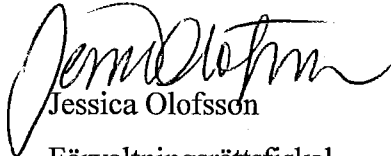
De negativa konsekvenserna av kravet är enligt förvaltningsrättens mening inte oproportionerliga. Kravet på ansvarsförsäkring är inte obegränsat utan ska enligt förfrågningsunderlaget vara "lägst 10 miljoner SEK". Det intyg från en försäkringsgivare som ISS gett in styrker att det inte är möjligt att teckna ansvarsförsäkring till "ett olimiterat försäkringsbelopp". Förfrågningsunderlaget kan emellertid inte förstås som att ansvarsförsäkringen ska ha ett obegränsat försäkringsbelopp. Vidare framgår att de utvärderingskriterier som kommer att användas för att utse det bästa anbudet bland dem som uppfyller kraven är variation, kostkvalitet/servicenivå, driftsstörningar och anbudspris. Storleken på försäkringsbeloppet tillmäts således ingen avgörande betydelse. Förvaltningsrätten anser därför att kravet i förhållande till sitt syfte inte är alltför långtgående. Kravet framstår därför som *skäligt* (steg tre).

Förvaltningsrätten anser vidare att kravet på en ansvarsförsäkring med ett försäkringsbelopp om "lägst 10 miljoner SEK" är tydligt formulerat och därmed inte strider mot transparensprincipen. Även villkoren i fråga om ansvar och skadeståndsskyldighet får anses tillräckligt tydliga samt icke stridande mot proportionalitetsprincipen. Parterna är visserligen oense om tolkningen av dessa såvitt avser hur långt leverantörens ansvar sträcker sig. Detta är dock inget som förvaltningsrätten har anledning att ha synpunkter på. Det är istället en civilrättslig fråga som får prövas i allmän domstol om en tvist på denna punkt skulle uppkomma. Detsamma gäller frågorna med vilket belopp en leverantör ska ersätta eventuella skador och huruvida skadeståndsbeloppet följer av avtalet eller av den av Stockholms stad åberopade culpregeln inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten det inte visat att de aktuella villkoren i förevarande upphandling strider mot LOU eller mot några upphandlingsrättsliga principer. ISS begäran om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).


Jessica Olofsson
Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



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