

PM 2 2012-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom uppställande av ett obligatoriskt självrisktak utan möjlighet för en alternativ, mindre ingripande lösning som medför samma resultat (proportionalitetsprincipen).

Stockholm stad har vid anbudsinfordran avseende tjänster för löpande skolmåltidsförsörjning uppställt som ett obligatoriskt skall-krav (kontraktsvillkor) att leverantören skulle ha en försäkringslösning innebärande viss maximal självrisk. Någon möjlighet för leverantörer med högre självrisk i sina försäkringar att kompensera således uppkommande mellanskillnad genom alternativa garantier medgavs inte.

Stockholms stad (nedan Staden) har genom annons som skickades den 2 april 2012 för publicering i nationell databas påbörjat en upphandling avseende löpande tjänster för måltidsförsörjning (färdiglagad mat) för Storkyrkoskolan (dnr. 002:008-2012).

Av punkten 1.2.3, ”*Volym och omfattning*”, i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser inköp, tillagning och leverans av skollunch och ansvar för erforderliga returerna från leveransstället, innefattande bl.a. tillagning och servering av 410 skolluncher och 180 mellanmål 178 dagar per år¹ samt under vissa lov, i maximalt fyra år.

Upphandlingen ska enligt punkten 1.3 i underlaget handläggas som ett förenklat förfarande enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

I punkten 3.4 i underlaget anges ett antal kvalifikationskrav som hänför sig till ”*Ekonomisk stabilitet*” hos anbudsgivarna, enligt vilka bland annat den utförare som bedriver verksamheten ska ha ekonomiska förutsättningar att med bibehållen kvalitet fullgöra uppdraget under den tid som avtalet gäller, inklusive förlängning, och att anbudsgivarnas finansiella och ekonomiska ställning ska uppfylla vad som krävs för klassificering till lägst riskklass 3 eller motsvarande av Upplysningscentralen (UC) eller annat likvärdigt ratinginstitut.

Anbudsgivare medges enligt samma punkt i underlaget även möjlighet att åberopa bindande utfästelse i form av koncerngaranti eller fullgörandegaranti till styrkande av sin förmåga att uppfylla sina skyldigheter enligt upphandlingskontraktet.

Vidare, av punkten 6.27 tredje stycket i underlaget framgår som ett obligatoriskt s.k. skall-krav under rubriken ”*Försäkringar*”, att självriskerna på av anbudsgivaren tecknad ansvarsförsäkring inte får överstiga 0,5 prisbasbelopp (f.n. motsvarande 22.000 kronor).²

Inom ramarna för upphandlingens s.k. frågor-och-svarsfunktion har en leverantör påtalat att denna föreskrift inte står i proportionalitet till ändamålet för upphandlingen samt begärt att kravet ska elimineras ur förfrågningsunderlaget. Denna framställan har av Staden besvarats med att ”... *kravet kvarstår*”.³ Leverantörer med högre självriskbelopp i sina försäkringar tilläts således inte att kompensera uppkommande mellanskillnad i fråga om självrisk genom alternativa garantier, exempelvis i form av koncerngarantier eller fullgörandegarantier enligt punkten 3.4, samma underlag.

I andra liknande upphandlingar som har påbörjats av Staden under samma period (våren 2012) har angivits skiftande krav avseende förekommande försäkringslösningar, alltifrån att något självrisktak överhuvudtaget inte krävts⁴ till krav på självrisktak motsvarande en femtedels (1/5) prisbasbelopp (f.n. 8.800 kronor)⁵ upp till ett fullt (1/1) prisbasbelopp (f.n. 44.000 kronor).⁶ När Staden själv är försäkringstagare tillämpas i fråga om sakförsäkring en självrisk på ett fullt (1/1) prisbasbelopp.⁷

¹ Antalet dagar kan dock komma att ändras (se punkten 1.2.3, sista meningen).

² Gällande *prisbasbelopp* (tidigare prisbasbelopp) enligt bestämmelserna i socialförsäkringsbalken (SFS 2010:110) uppgår till 44.000 kronor. För 2013 har prisbasbeloppet fastställts till 44.500 kronor.

³ Se Stockholms stad, skriftväxling inom upphandlingens Frågor och svar (dnr. 002:008-2012) av den 18 april 2012.

⁴ Se Stockholms stad, upphandlingsunderlag, för upphandling av skolmåltidstjänster: dnr. 000008/2012, påbörjad den 21 mars 2012, s. 39 respektive dnr. 12-04/1:1, påbörjad den 3 april 2012, s. 37.

⁵ Se Stockholms stad, upphandlingsunderlag för upphandling av skolmat, dnr. 100-33/2012, påbörjad den 29 mars 2012, s. 34.

Staden har såvitt framkommit vid utredningen inte gjort gällande att riskerna för skada vad gäller måltidsförsörjningen för Storkyrkoskolan skulle vara så pass omfattande eller unika i sitt slag att det kan föreligga särskilda skäl att uppställa hårdare krav i fråga om bland annat leverantörens försäkringslösning och förekommande självrisk jämfört med andra likande upphandlingar som Staden genomför eller har genomfört. Såvitt kunnat utredas tillämpas allmänt vid den aktuella typen av försäkring en självrisk på ett fullt (1/1) prisbasbelopp, eller 5.000 euro för företag med utländsk försäkringsgivare.

Upphandlingens s.k. kontraktsvärde kan enligt punkten 1.2.3 i underlaget och med ledning av angivna volymuppgifter uppskattas till c:a två miljoner kronor per år, eller totalt c:a åtta miljoner kronor under den fulla kontraktstiden.

Kammarrätten i Stockholm har i dom av den 29 oktober 2012 förordnat att den aktuella upphandlingen ska göras om.⁸ Av domskälen framgår att rätten anser det rimligt att uppställa krav på att anlitad leverantör ska vara försäkrad men att det inte går att frikoppla frågan om vilken maximal självrisk som ska gälla från vad som i övrigt kan konstateras om anbudsgivarens finansiella kapacitet. Staden hade enligt kammarrätten således kunnat tillgodose kravets eftersträvade syfte på ett mindre ingripande sätt, genom att exempelvis lämna möjlighet för anbudsgivare att även på annat sätt visa sin kapacitet, att vid en högre självrisk ändå fullt ut kunna reglera eventuella skador. På detta sätt skulle varken små och medelstora aktörer med mindre finansiell styrka eller större bolag som har försäkringslösningar med större självrisk riskera att uteslutas ur upphandlingen. Efter en sådan ”*strukturerad avvägning*” mellan motstående intressen som enligt unionsrätten ska genomföras vid bedömningen av om ett krav är proportionellt ansåg sig kammarrätten därför redan på steg två (se vidare nedan) kunna konstatera att Stadens obligatoriska krav på självrisktak motsvarande ett halvt (1/2) prisbasbelopp är oproportionellt. Även vid en samlad bedömning fann kammarrätten att det aktuella kravet inte står i rimlig proportion till det eftersträvade syftet.

Gällande rätt

Upphandling av offentliga kontrakt som har påbörjats efter den 1 januari 2008⁹ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁰ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹

Restaurang- och serveringstjänster (CPV 55300000-3)¹² utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 17, enligt bilaga 2 till LOU som oavsett kontraktsvärdet ska upphandlas med iakttagande av de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU; normalt genom ett annonserat *förenklat* förfarande eller genom urvalsupphandling.

⁶ Se Stockholms stad, upphandlingsunderlag för upphandling av livsmedel, dnr. 3.3.2.013-2012, påbörjad den 2 april 2012, Bilaga 7 med kommersiella villkor, s. 7

⁷ Se Stockholms stad, gällande sakförsäkringsavtal med stadens eget försäkringsbolag, S:t Erik Försäkrings AB.

⁸ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 29 oktober 2012 i mål 5451-12. Avgörandet har ännu inte vunnit laga kraft.

⁹ För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. lagens rättsmedelsbestämmelser.

¹⁰ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter. Den som har att iakttå lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.¹³

Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket. Tidigare utövades tillsynen av den numera nedlagda Nämnden för offentlig (NOU).¹⁴

Frågan om förutsättningarna för anbudsgivning är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling genom att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer som ska iakttas vid all offentlig upphandling, oavsett valet av upphandlingsförfarande; bland annat principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *proportionalitet*. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt och anbudsförutsättningarna får inte vara anpassade för att gynna eller missgynna viss leverantör eller grupper av leverantörer.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning huruvida principen åsidosatts ska genomföras som en ”*strukturerad avvägning*” mellan motstående intressen; det s.k. proportionalitetstestet.

Bedömningen vid det s.k. proportionalitetstestet består av tre steg, varav det andra steget är det som framträder tydligast i domstolens praxis.¹⁵

- (I) För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.
- (II) För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ.
- (III) 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 jämfört med det eftersträvade syftet.

Av anslutande svenska lagförarbeten framgår att den upphandlande myndigheten ”*i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas*”.¹⁶ Bland annat ska ”*kraven på anbudsfrågan innehåll eller villkoren i anbuds-förfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art*”.¹⁷

Av 15 kap. 15a § LOU framgår att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt ska ha rätt att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet. Leverantören ska i sådant fall, genom att

¹³ Genom införandet av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁴ Tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling övergick den första september 2007 från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁵ Se EU-domstolens dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, *Denkavit*, REG 1984, s. 2171 eller Tribunalens dom av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, *Air Inter*, REG 1997, s. II-997; se även Gráinne de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law vol. 13, 1993, s. 146; se även Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande av den 8 maj 2006 ”Fråga om proportionalitetsprincipen och krav på erfarenhet från landsting eller kommun” (dnr. 2005/0138-21), s. 3 mitten samt Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009, dnr 202/2009, s. 3.

¹⁶ Se prop. 2006/07:128, s. 132.

¹⁷ Se prop. 2006/07:128 s. 155, nederst.

tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt, visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Vid tillämpning av bestämmelsen, som motsvarar 11 kap. 12 § LOU och artiklarna 47.2 och 47.3 i det klassiska direktivet (2004/17/EG),¹⁸ kan en leverantör sålunda anses ha visat tillräcklig kapacitet att fullgöra de kontraktsmässiga åtaganden som kan komma ifråga, exempelvis sin förmåga att fullt ut reglera en uppkommen skada, genom en garanti från annat företag. Ett sådant företag skulle exempelvis kunna vara ett leverantören närstående koncernbolag, vars finansiella förhållanden är sådana att de erbjuder en betryggande garanti, men även andra företag kan komma ifråga för att ställa ut s.k. *11:12-garantier*, exempelvis en bank som lämnar bankgaranti eller ett försäkringsbolag som utställer försäkring i visst avseende.

Yttrande

Staden har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Stockholms stad är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar har att iaktta bestämmelserna i LOU. Den aktuella upphandlingen avser s.k. B-tjänster för skolmåltidsförsörjning som ska upphandlas enligt de nationella bestämmelser som är införda i 15 kap. LOU. Upphandlingen har i enlighet med detta även påbörjats i ett förenklat förfarande.

Som förutsättning för anbudsgivning har Staden angett som ett obligatoriskt s.k. skall-krav att anbudsgivare senast vid kontraktstecknande ska ha en försäkring med självrisk som inte får överstiga ett halvt (1/2) basbelopp. Detta samtidigt som Staden enligt andra krav i förfrågningsunderlaget tillförsäkrar sig att anbudsgivarna har tillräckliga ekonomiska förutsättningar för att med bibehållen kvalitet fullgöra uppdraget samt att deras finansiella och ekonomiska ställning uppfyller en kreditrating motsvarande lägst riskklass UC/3.

Vid en prövning av om det nu aktuella skall-kravet om ett självrisktak på ett halvt (1/2) basbelopp är proportionellt ska, såsom tidigare redovisats, denna genomföras som en strukturerad avvägning i tre steg. Bland annat ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och om det inte finns något mindre ingripande alternativ.

I likhet med kammarrätten finner Konkurrenskommissionen att det inte framstår som orimligt att i en upphandling av nu aktuellt slag ställa krav på att anbudsgivare, senast vid kontraktstecknandet ska kunna visa en försäkringslösning som täcker eventuellt uppkommande skador i verksamheten. Som problematiskt från konkurrenssynpunkt framstår emellertid det fasta självrisktak på ett halvt basbelopp som ovillkorligen har krävts av Staden. Detta eftersom leverantörer med försäkringslösningar som innefattar högre självrisk därigenom riskerar att diskrimineras eller att helt uteslutas från deltagande i upphandlingen.

Mot bakgrund av att Staden ändå ska genomföra en prövning av anbudsgivarnas finansiella och ekonomiska ställning och deras förutsättningar att fullgöra uppdraget borde Staden alternativt ha tillåtit anbudsgivande leverantörer att styrka sin förmåga att reglera en självrisk vid eventuellt uppkommande skador genom antingen egen finansiering eller genom en garanti enligt 11 kap. 12 § LOU. En sådan s.k. *11:12-garanti* skulle kunna uppställas från exempelvis ett annat koncernbolag eller en bank eller en ytterligare försäkringsgivare, som garanterar uppkommande mellanskillnad vid en självriskbetalning.

¹⁸ Regleringen i 11 kap. LOU och direktivet avser upphandling av byggtreprenadarbeten, varor och A-tjänster över tröskelvärdena.

Genom att inte medge anbudsgivare någon sådan möjlighet har Staden kommit att införa ett konkurrensbegränsande hinder för deltagande i upphandlingen på ett sätt som strider mot den i 1 kap. 9 § LOU införda och på unionsrätten grundade proportionalitetsprincipen.

Vidare framgår av utredningen att Staden vid andra motsvarande upphandlingar av skolmat och livsmedel som har genomförts under samma period tillämpat sinsemellan helt olika anbudsförutsättningar i fråga om självrisk. I vissa av dessa upphandlingar har Staden överhuvudtaget inte ställt några självriskkrav medan Staden i andra upphandlingar har uppställt krav på såväl högre som lägre självrisk än ett halvt (1/2) basbelopp. Något påstående eller utredning om att riskerna för skada vad gäller den nu i ärendet aktuella måltidsförsörjningen för Storkyrkoskolan skulle vara så pass omfattande eller unika i sitt slag att dessa skulle motivera ett självrisktak på just ett halvt basbelopp har inte framförts av Staden. Det aktuella kravet på ett självrisktak motsvarande just ett halvt (1/2) basbelopp framstår mot denna bakgrund som närmast godtyckligt fastställt; särskilt med beaktande av att alternativa garantier inte tillåts komma ifråga.

Sammanfattningsvis innebär det beskrivna förfarandet i enlighet med vad som ovan redovisats en överträdelse av grundläggande gemenskapsrätt och principerna om likabehandling och proportionalitet. Konkurrensen på den aktuella marknaden för restaurang- och serverings-tjänster har härmed kommit att snedvridas samtidigt som förtroendet för Stadens som upphandlare har undergrävt. Konkurrenskommissionen finner därför skäl att rikta kritik mot Staden.