



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Mariestad
Therese Sjöberg

DOM
2010-06-21
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
3424-10 E
Rotel 2:1

SÖKANDE

COD Vård AB, 556718-2406
Surbrunnsgatan 54
113 48 Stockholm

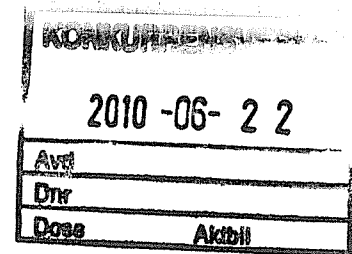
MOTPART

Lidköpings kommun
Upphandlingsenheten
531 88 Lidköping

Ombud: Kommunjuristen Michael Eriksson
Lidköpings kommun
531 88 Lidköping

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår COD Vård AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens beslut den 7 april 2010 gäller inte längre.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Lidköpings kommun genomför en förenklad upphandling avseende inhyring av legitimerade sjuksköterskor. Ramavtal kommer att tecknas med tre entreprenörer.

COD Vård AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förfrågningsunderlaget ska rättas så att bolagets anbud bedöms uppfylla kvalificeringskraven och därmed går vidare till utvärderingsfasen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Lidköpings kommun bestrider bolagets ansökan.

Dok.Id 10269

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	036-15 65 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:30-12:00 13:00-15:00

Förvaltningsrätten förordnade i beslut den 7 april 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

PARTERNAS TALAN

Bolaget anför bl.a. följande. Upphandlingen bryter mot grundprincipen om affärsmässighet samt proportionalitetsprincipen. Ett obegränsat skadeståndsansvar utan tak är ett orimligt högt krav. Bolaget, som kan tillhandahålla de aktuella tjänsterna och som uppfyller alla övriga krav, har uteslutits ur upphandlingen och inte gått vidare till utvärderingsfasen. Bolaget riskerar härigenom att lida skada. Lidköpings kommun har i sitt förfrågningsunderlag ett krav på försäkringar. Detta krav säger att leverantörens ansvar inte är begränsat till försäkringsbeloppet. Då kravet inte stipulerar ett belopp medför det att leverantörens ansvar är obegränsat. I sitt anbud limiterade bolaget sitt ansvar till 10 miljoner kr, vilket måste anses som praxis vid denna typ av tjänster. Bolagets anbud förkastades i kvalificeringsfasen och gick inte vidare till utvärderingsfasen på grund av detta. Kommunens beslut att utesluta bolagets anbud är felaktigt då ett obegränsat skadeståndsansvar inte är nödvändigt för denna typ av tjänst. De skador som kan bli gällande är materiella då kommunen fortsatt har det medicinska ansvaret vid inhyrning av sjukskötersketjänster, dvs. felbehandling m.m. täcks av kommunens befintliga försäkringar. Priset på den upphandlade tjänsten är ca 600 000 kr per år. Genom att utan saklig grund begära ett obegränsat skadeståndsansvar bryter Lidköpings kommun mot principen om affärsmässighet och proportionalitetsprincipen i LOU eftersom kravet är orimligt högt.

Att bolaget var den enda anbudsgivaren som reserverade sig legitimerar inte kravet på obegränsat skadeståndsansvar. Bolaget har betydande erfarenhet av inhyrning av sjukskötersketjänster och har medverkat i över 80 upphandlingar med kommuner och landsting sedan starten 1999. Bolaget har aldrig tidigare sett ett krav på obegränsat skadeståndsansvar.

Kontraktssumman i anbudet visar på att Lidköpings kommun ämnar hyra in motsvarande en sjukskötersketjänst per år (ca 1 500 tim/år). Sannolikheten att en skada uppstår korrelerar direkt till antalet arbetade timmar. Risken ökar om antalet timmar ökar. Summorna i anbuden är relevanta för hur risk och ansvar bör hanteras.

Ansvar för leverantörer bär i utövandet av tjänst infattar materiella skador som kan uppkomma. Enligt Trygg Hansas skadereglering är skador som inte ryms inom försäkringsbeloppet, 10 miljoner kr, extremt ovanligt. Trygg Hansa kände inte till något sådant fall. Uppstår en medicinsk skada genom felbehandling gäller lagen om allmän försäkring. Bolaget gör bedömningen att det är högst osannolikt att en skada, som inte ryms inom försäkringsbeloppet, uppstår. Att Lidköpings kommun anser att ansvarsbegränsningar inte är affärsmässigt är förvånande och tankeväckande. Att ha ett krav på obegränsat skadeståndsansvar på små bolag fyller ingen reell funktion då alla belopp utöver företagsförsäkringen kommer att försätta ett mindre bolag i konkurs. Resultatet blir en snedvridning av konkurrensen som direkt motarbetar syftet med LOU.

Lidköpings kommun anför bl.a. följande. Kommunen har granskat bolagets anbud och bedömt detta gentemot de krav som är angivna i förfrågningsunderlaget och funnit att anbudet innehåller en betydande reservation och därför inte uppfyller kraven. Reservationen gäller punkt 2.1.5 i förfrågningsunderlaget och punkt 14.2 i de kommersiella villkoren/avtalet. Dessa villkor är vare sig oproportionella eller orimliga.

Såsom framgår av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget så riskerar anbud som inte godtar villkoren i kommersiella villkor/avtal att bli ogiltigt eftersom det räknas som oren accept att inte godta dessa villkor. Bolagets anbud innehöll en betydande reservation mot punkten 14.2 i de kommersiella villkoren/avtalet i förfrågningsunderlaget och anbudet kvalificerade sig

därför inte till utvärderingsfasen. Bolaget hävdar i sin ansökan att det är oproportionerligt att kräva ett obegränsat skadeståndsansvar utan tak, som ett kommersiellt villkor i en upphandling gällande ramavtal för inhyring av sjuksköterskor. Kommunen anser inte att man vid upphandlingen brutit mot någon bestämmelse i LOU. I förfrågningsunderlaget under punkten 2.1.5 (vilket motsvarar punkten 14.2 i kommersiella villkor/avtal rättat den 10 december 2009) står:

”Leverantören är skyldig att till betryggande belopp hålla företagar- och ansvarsförsäkringar enligt gängse praxis som täcker skador som har orsakats av leverantören. På anmodan ska leverantören tillstålla beställaren bevis på försäkringskyddet. Leverantören svarar gentemot beställaren enligt svensk lag och gällande rätt för skador som leverantören och av leverantören anlitad personal orsakat. Leverantörens ansvar är inte begränsat till försäkringsbeloppet. Leverantören svarar gentemot beställaren för skadestånd som leverantören pga. vållande hos beställaren eller personal som denne svarar för kan komma att förpliktas utge till tredje man.”

Under anbudstiden fick kommunen en fråga gällande ovanstående. Frågeställaren uppgav att de hade en för bemanningsbranschen vedertagen försäkring. För dem fanns ingen möjlighet att försäkras mot olimiterat ansvar. Kommunen skrev med anledning av frågeställningen följande.

”Kommunen kräver inte att ni är försäkrade till ett obegränsat belopp; i punkt 2.1.5 *Försäkringar* stadgas att 'Leverantör är skyldig att till betryggande belopp hålla företagar- och ansvarsförsäkring enligt gängse praxis som täcker skador som har orsakats av leverantören.' En försäkring till betryggande belopp och enligt gängse praxis är alltså det kommunen kräver av leverantören. Emellertid kan inte leverantören friskrivs ifrån fullt ansvar för de skador man eventuellt åsamkar någon annan, lika lite som kommunen skulle kunna befrias från sådant ansvar.”

Bolaget har sett svaret den 18 december 2009. Kommunen har efter denna frågeställning inte erhållit någon ytterligare fråga eller något ifrågasättande av någon annan anbudsgivare avseende den aktuella skrivningen förrän bolagets ansökan om överprövning.

Det finns i vissa branscher praxis att träffa avtal om begränsningar i ansvarsfrågan avseende storlek på ersättningar vid skador etc. Emellertid är sådan begränsning och sådan branschpraxis dispositiv, parterna äger själva att överenskomma om sådant som inte är lagstyrkt. Kommunen saknar kännedom om att det finns någon praxis avseende ansvarsbegränsning ”vid denna typ av tjänst” så som bolaget hävdar i sin ansökan. Även om så vore fallet anser kommunen att det är den upphandlande myndighetens sak att bedöma huruvida en ansvarsbegränsning för en leverantör vore rimlig att i så fall överenskomma om eller inte. Det anges tydligt i förfrågningsunderlaget att leverantören svarar gentemot beställaren enligt svensk lag och gällande rätt för skador som leverantören och av leverantören anlitad personal orsakat. Ansvar begränsas således av gällande lagar, förordningar, myndighetsföreskrifter och rättspraxis. Kommunen kan inte se att det ansvar som fastslås i lag och författning skulle vara oproportionerligt eller orimligt.

Bolaget antyder att den ”låga” kontraktssumman gör att kravet blir oproportionerligt. Kommunen anser att summorna i anbuderna är irrelevanta för bedömningen av hur risker och ansvar i kontrakt ska fördelas. Bedömningen av fördelningen av risker och ansvar måste ske först utefter tjänsternas art, vård och sjukvård av främst äldre vårdnadstagare, samt gällande lagar och rätt. Därefter vad som kan anses som en rimlig fördelning mellan den upphandlade myndigheten och leverantören.

Ingen av de övriga anbudsgivarna har i sina anbud reserverat sig så som bolaget gjort. Kommunen drar mot bakgrund härav slutsatsen att övriga leverantörer inte ansett att kommunens villkor i detta avseende är vare sig orimligt eller oproportionerligt. Upphandlingen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och kommunen handlade korrekt när bolagets anbud underkändes.

2010-06-21

DOMSKÄL

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Huvudregeln om affärsmässighet i 1992 års LOU (1 kap. 4 § LOU) uttrycks numera i 1 kap. 9 § LOU genom hänvisning till de grundläggande principer för offentlig upphandling som anges i direktiven, dvs. principerna om likvärdighet, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Även om begreppet affärsmässighet inte längre finns med i 1 kap. 9 § LOU framgår av förarbetena att detta inte ska medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling (se prop. 2006/07:128 s. 151 ff.).

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. följande. Den upphandlande enheten får i en upphandling inte ställa större krav på leverantören än som behövs och är ändamålsenligt i den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om Lidköpings kommun genom kravet att leverantörens ansvar inte är begränsat till försäkringsbeloppet brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna och vid denna prövning framförallt proportionalitetsprincipen.

Även om kommunen utelämnat meningen om att skadeståndsansvaret inte är begränsat till försäkringsbeloppet torde en rimlig utgångspunkt vara att detta inte medfört att skadeståndsansvaret varit begränsat till försäkringsbeloppet. Därmed ankommer det på sökanden att visa att det i upphandlingen behövs införas en begränsning av skadeståndsansvaret för att den skulle anses vara i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Vad bolaget anfört visar inte att en begränsning av skadeståndsansvaret ford-rats. Härvid anser förvaltningsrätten att den omständigheten att skadeståndsansvaret inte varit begränsat medför inte att mindre bolag missgynnats i upphandlingen eller förhindrats från att delta i denna. Inte heller kan priset på den upphandlade tjänsten i förevarande fall anses medföra att en begränsning av skadeståndsansvaret behövs. Att leverantörens skadeståndsansvar inte är begränsat bedöms således vara proportionerligt. Kommunen har därmed haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från upphandlingen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte visat att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag på sätt bolaget gjort gällande. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Johan Lindström

