



SÖKANDE

Be My Compensation Management AB, 556963-9262
Box 3232
103 64 Stockholm

Ombud: Advokaten Johan Linder Säverman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

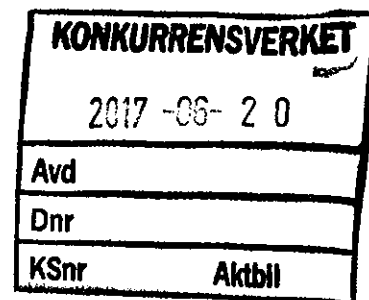
MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

Ombud: Fredric Kilander
Upphandlingskontoret
Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Östersunds kommun (kommunen) genomför, tillsammans med Bergs, Bräcke och Åre kommuner samt Jämtlands Gymnasieförbud, upphandling av förmånsportal. Upphandlingen sker genom öppet förfarande och med utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till pris och kvalitet. Vid upphandlingen agerar Östersunds kommun som samordnande myndighet. Totalt två leverantörer har lämnat anbud varav Benify AB (Benify) ansetts uppfylla samtliga ska-krav och tilldelats kontraktet. Be My Compensation Management AB (Be My Compensation eller bolaget) har lämnat det andra anbudet i upphandlingen men inte bedömts uppfylla samtliga ska-krav.

Be My Compensation ansöker nu om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet. Principerna har trätts för när då anbudslämnarna inte givits samma förutsättningar att lämna anbud.

Snedvridning av konkurrens

Benify har fått avgörande konkurrensfördelar då Benify på olika sätt bistått kommunen med råd inför upphandlingen och därmed påverkat utformningen av kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte fått samma möjlighet att bistå kommunen vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Kommunen påstår att kommunen träffat flera leverantörer inför upphandlingen men närmare upplysningar om bl.a. vilka leverantörer kommunen träffat och vilka frågor som ställts har kommunen inte lämnat. Kommunen har över huvud taget inte förklarat hur kommunen gått till väga för att identifiera sina behov.

Upphandlingen har tidigare varit föremål för prövning hos förvaltningsrätten som då fann att Benify haft en konkurrensfördel genom att ha bistått kommunen med råd i olika avseenden. Benify hade vid möten med kommu-

nen fått information som Benify kunnat använda för att formulera sitt anbud efter kommunens behov samt kunnat påverka villkoren till sin fördel. Vidare hade Benify återkommande fått lämna anpassade prisuppgifter och i förfrågningsunderlaget hade intagits olika krav som föreslagits av Benify, såsom kraven i punkterna 7.13, 6.6.6 samt 5.4.1. Det sistnämnda kravet kunde ingen annan anbudsgivare tillmötesgå. Aktuellt förfrågningsunderlag synes i allt väsentligt vara identiskt med det tidigare och alla de krav som förvaltningsrätten pekade på då gäller alltså. Detsamma gäller således de konkurrensfördelar som Benify haft. Bolaget har fortfarande inte fått motsvarande möjlighet att lämna råd, presentera sin produkt, förhandla om pris etc. Kommunen har visserligen bifogat delar av den förstudie som Benify genomfört men det medför inte att Benifys konkurrensfördelar jämnats ut. De konkurrenssnedvridande omständigheter som förvaltningsrätten pekade på i tidigare domar gäller alltså. Det saknas således anledning för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i förevarande mål.

Pensionsrådgivning samt förbud mot provisioner och kickbacks

Förvaltningsrätten har tidigare funnit att kraven i punkten 6.6.6 utgör ett exempel på krav som Benify föreslagit och som tagits med i förfrågningsunderlaget. Kraven gäller alltså och är således direkt riktade till Benifys produkt.

I punkten 6.6.6 liksom i punkten 6.7 har intagits förbud mot transaktionsavgifter, provisioner och kickbacks. Kraven är anpassade till Benifys fördel och strider därmed mot likabehandlingsprincipen samt är konkurrensbegränsande. Kraven saknar vidare relevans för önskemålet om att kunna tillhandahålla de anställda gratis pensionsrådgivning och ett brett utbud av förmåner. Proportionalitetsprincipen innebär att samtliga krav som uppställs i upphandlingsförfarandet måste stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Alltför långtgående krav som inte har en tydlig koppling till kontraktsföremålet kan strida mot principen. Det saknas utredning till stöd för att förbudet motiveras av omsorg om personalen. Det an-

kommer inte på kommunen att bestämma vilka affärsmodeller som är legitima. Oaktat att Finansinspektionen haft synpunkter på sådana ersättningar finns inga hinder mot att ta ut dem och det är därför oproportionerligt att ha ett sådant förbud. Bolaget anser vidare inte att provisioner och kickbacks påverkar kvaliteten på rådgivningen eller förmånerna.

Vidare har kommunen valt att ingå avtal med leverantören av portalen och inte med de underleverantörer som tillhandahåller de olika förmånerna som kommer att ingå i portalen. Det är konkurrensbegränsande och oproportionerligt att kommunen indirekt försöker inskränka underleverantörernas möjligheter att få ersättning för sina tjänster samt att kommunen försöker reglera avtalsrelationen mellan leverantören och underleverantörer. Förmånernas kvalitet utgör dessutom ett utvärderingskrav. Av EU-rättslig praxis framgår att kvalificering och utvärdering av leverantörer sker i två olika steg som inte får sammanblandas. Eftersom kommunen är skyldig att utvärdera förmånernas kvalitet är det oproportionerligt att samtidigt förbjuda provisioner och kickbacks med hänvisning till önskemålet om oberoende pensionsrådgivning.

Förvaltningsrätten i Luleå har nyligen underkänt förbudet mot provisioner och kickbacks i en liknande upphandling (mål nr 2490-16). Även i förevarande fall är det obligatoriskt att pensionsrådgivningen ska vara oberoende och det är då oproportionerligt att förbjuda provisioner och kickbacks.

Rabatter

Förfrågningsunderlaget innehåller obligatoriska krav på att förmånsportalen ska innehålla rabatter och kommunen förutsätter, som det får förstås, att de ska vara skattefria. Huvudregeln är dock att rabatter, bonusar och dylikt är skattepliktiga. Förfrågningsunderlaget innehåller inga krav på att systemet ska möjliggöra uppföljande kontroll från beställarens sida av att gällande skatteregler rörande rabatter iakttas. Förfrågningsunderlaget strider därmed mot principerna om proportionalitet samt transparens och öppenhet.

Kommunens avsikt är att portalen inte ska medföra tillkommande kostnader för kommunen eller dess anställda. Det är därmed inte heller proportionerligt eller transparent att samtidigt ställa som krav att portalen ska innehålla rabatter för anställda eftersom kommunen inte kan kontrollera att de anställda inte tillgodogörs inkomstskattepliktiga rabatter, som medför ytterligare kostnader i form av sociala avgifter för myndigheterna och inkomstskatt för de anställda. Eventuella rabatter utgår till följd av anställningen hos kommunen och utgör skatte- och avgiftspliktig inkomst.

Utveckling av sortiment över tiden

Förfrågningsunderlaget föreskriver vidare att leverantören utan tillkommande kostnad ska underhålla och utveckla förmånssortimentet över tid. Konkurrensverket har uttalat att underlagen måste reglera vad som kan avropas genom avtalet. Genom att lämna öppet för att utveckla sortimentet över tid kan kommunen och systemleverantören komma överens om nya tjänster som ska ingå i förmånsportalen, men som inte annonserats i upphandlingen, trots att specificerade tjänster ska vara obligatoriska. De kan också komma överens om att ta bort tjänster som ingår i det utannonserade förfrågningsunderlaget. Det krävs inte att innehållet i förmånsportalen ska vara konstant men det krävs att innehållet ska anges i upphandlingsannonser. Det aktuella kravet strider därmed mot principerna om proportionalitet samt öppenhet och transparens. Vidare finns det ingen motsättning mellan kraven på att det i förfrågningsunderlaget ska anges vilka tjänster som upphandlingen avser samt kraven på att portalen uppdateras utifrån den tekniska utvecklingen. Förändring av förmånsutbud är dock något helt annat än förändringar i IT-system.

Simulering av personliga utfall

Leverantörer av förmånsportaler har egna system för orderflöden. Skillnaderna dem emellan motiverar inte att ett visst orderflöde ska anges som ett obligatoriskt krav, såsom skett i denna upphandling. Vidare hanteras simulering av personliga utfall normalt i förmånsleverantörens egna system. Det är

oproportionerligt att kräva att funktionen även ska finnas i portalen då det förutsätter ett informationsutbyte mellan förmånsleverantören och portalleverantören som kan omfatta affärshemligheter. Det innebär även att priset på tjänsterna ökar eftersom det medför en onödig manuell hantering. Kravet snedvrider konkurrensen och utestänger andra leverantörer än Benify från att delta i upphandlingen. Be My Compensation har förövrigt framställt önskemål om att för kommunen få demonstrera funktionaliteten i sitt eget system i detta avseende. Någon inbjudan att göra det har dock inte erhållits vid någon av upphandlingarna. Om bolaget fått göra detta hade det stått klart för kommunen att den funktionalitet som Be My Compensation erbjuder motsvarar den som Benify erbjuder.

Kostnadsneutralitet

Förfrågningsunderlaget fastställer att de förmåner som leverantören förväntas erbjuda via portalen inte får medföra några kostnader samtidigt som det har fastställts att de förmåner som innebär kostnader ska beslutas särskilt om av beställarna. Förvaltningsrätten i Luleå har i mål nr 2490-16 ansett att även detta krav strider mot LOU då det brister i öppenhet och transparens. Det finns ingen anledning att se saken annorlunda i detta fall.

Skada

Ovan nämnda krav utestänger alla andra leverantörer än Benify från att lämna anbud. Kraven snedvrider konkurrensen, är oproportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet och strider mot principerna om likabehandling samt om öppenhet och transparens. Den omständigheten att ett krav förekommit i andra upphandlingar utgör inte bevis för att kravet svarar mot de allmänna rättsprinciperna. Bolaget riskerar att lida skada om upphandlingen tillåts fortsätta eftersom bolaget frångått möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och möjligheten att vinna upphandlingen.

Kommunen yrkar att bolagets ansökan om överprövning ska lämnas utan avseende och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot principerna i LOU. Bolagets anbud uppfyllde inte ska-kraven i punkterna 6.6.3 (simuleringar av personliga utfall ska kunna göras av den anställda direkt i portalen), 6.6.6 (individuell oberoende rådgivning) samt 6.7 (inga transaktionsavgifter, provisioner eller kickbacks ska förekomma för förmåner eller rabatter, vilket också inkluderar underleverantörer). Deras förmånsportal har därmed inte utvärderats. Kommunen hänvisar till Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 25931-16.

Snedvridning av konkurrens

Det är vanligt att en förstudie genomförs inför en upphandling. Vidare är det ett naturligt val att låta en potentiell leverantör genomföra analysen då denne kan bistå med genomlysning, förutsättningar och erfarenhet inför beslut om en upphandling överhuvudtaget ska initieras. Om en leverantör som varit del i en förstudie inte får möjlighet att lämna anbud skulle antalet leverantörer som är intresserade av förstudier vara mycket begränsat.

Det är inte riktigt att Benify lämnat råd i olika avseenden eller styrt upphandlingens innehåll. Förstudien ligger till grund för beslutet att upphandla en förmånsportal och inte till grund för förfrågningsunderlaget. Som en del av förstudien efterfrågade kommunen prisuppgifter då sådana utgjorde en stor del i beslutet att genomföra en förmånsportal. Att eftersöka dessa uppgifter var således avgörande för beslutet att överhuvudtaget upphandla en förmånsportal. De prisuppgifter som kommunen diskuterat med Benify i övrigt rör kostnaden för förstudien och har inte varit relevant för det slutliga köpet. Efter att beslutet fattats inleddes ett omfattande arbete med att ta fram vilka krav som kommunen önskade ställa på en förmånsportal. Upphandlingen har inte anpassats efter Benifys tjänster utan efter kommunens behov. Kommunen har kontaktat andra leverantörer av förmånsportaler och andra kommuner samt tagit fram exempel på andra myndigheters förfrågningsunderlag för att välja ut villkor som är nödvändiga för att portalen ska innefatta

de delar som motsvarar kommunens behov. Exempel på sådana förfrågningsunderlag från andra kommuner och myndigheter, som använts vid framtagandet av kommunens förfrågningsunderlag, bifogas yttrande till förvaltningsrätten. Även Benify erbjöd sig att skicka exempel på förfrågningsunderlag, vilket kommunen dock tackade nej till. Benify har således aldrig skickat något färdigt förfrågningsunderlag till kommunen. Benify kan därmed inte anses ha fått otillbörliga fördelar på så sätt att konkurrensen satts ur spel.

Konsultjäv regleras inte i LOU och har inte prövats av Högsta förvaltningsdomstolen. Enligt praxis från allmän domstol måste en upphandlande myndighet ha fog för att utesluta en leverantör på grund av konsultjäv. Enligt EU-praxis är det vidare av vikt att det inte införs en automatisk presumtion för konsultjäv i upphandlingsmål.

Pensionsrådgivning samt förbud mot provisioner och kickbacks

Det är av vikt att anställda får pensionsrådgivning oberoende av ersättning från något försäkrings- eller fondbolag. Risken är annars att anställda inte litar på den rådgivning som erhålls om det framkommer att det förekommer t.ex. provisioner, vilket skulle medföra att syftet med rådgivningen förfaller. Kommunen anser detta vara ett ytterst viktigt krav. Finansinspektionen har även berört frågan om oberoende rådgivning i ett antal tillsynsrapporter.

För kommunen är det även viktigt att endast kommunen betalar. Kommunen önskar undvika att underleverantörerna tvingas betala för att få sälja sina tjänster till kommunerna samt att kostnader hamnar på anställda. Det har dock aldrig varit aktuellt att inskränka underleverantörernas möjlighet att få ersättning för sina tjänster. Kommunerna månar om att det ska finnas ett så brett utbud som möjligt och om användandet av provisioner etc. tillåts är risken uppenbar att endast större leverantörer, exempelvis gymkedjor, som återfinns i större städer kan erbjuda friskvård. Därmed begränsas möjligheten att erbjuda friskvård i mindre byar som finns i och utanför kommunen.

Det är därför av vikt att ta hänsyn till var i landet kommunerna verkar. Om ett sådant krav inte är tillåtet innebär det i praktiken att mindre företag, vilka utgör en stor grupp i Jämtland, helt slås ut jämfört med en stor aktör. Det kan svårligen vara syftet med EU-rättslig och nationell lagstiftning. Kravet är inte oproportionerligt, då alla företag och föreningar ska kunna få möjlighet att delta i förmånsportalen.

Kraven på förbud mot provisioner etc. har funnits i andra kommuners förfrågningsunderlag. Vidare hade en annan leverantör möjlighet att uppfylla samtliga krav i punkt 6.6.6 vid den föregående upphandlingen. Det finns således fler anbudsgivare än Benify som har denna möjlighet.

Rabatter

Det är av vikt att det administrativa förfarandet underlättas genom att förmåner och rabatter kan erbjudas utan att öka de administrativa kostnaderna. Kommunen ska veta vilken kostnad som gäller för portalen och det ska inte tillkomma övriga kostnader för vare sig kommunen eller de anställda. De rabatter som leverantören erbjuder är ett avtalsförhållande mellan den anställde och leverantören. Även detta krav har funnits i andra kommuners förfrågningsunderlag. Vidare ändras reglerna kring vad som är en skattefri förmån som arbetsgivare kan erbjuda sina anställda över tid. Efter en lagändring år 2003 är det avgörande för skattefriheten i huvudsak att moti-
ionen eller friskvården riktar sig till hela personalen, är av mindre värde och av enklare slag samt att förmånen inte får bytas mot kontant ersättning.

Utveckling av sortiment över tid

Det är allmänt vedertaget att IT-system förändras över tid, även gällande innehållet av förmåner. Om systemet inte kan utvecklas kan kommunen endast ha kortvariga kontrakt eftersom förändringar inom IT sker snabbt. En förmånsportal ska finnas och användas under ett antal år och de erbjudanden som arbetsgivaren vill tillhandahålla sina anställda förändras också över tid. Det måste då vara möjligt för kommunen att ändra utbudet av förmåner. Att

låsa fast utbudet skulle innebära att kommunen inte kommer att kunna erbjuda sina anställda nya träningsformer. Även detta krav har funnits i andra kommuners förfrågningsunderlag.

Simulering av personliga utfall

Kommunen upphandlar en förmånsportal där samtliga erbjudna förmåner ska finnas. Kommunerna kommer inte att ha leverantörer utanför portalen då hela syftet är att alla ska finnas i portalen för att underlätta administrationen och tydliggöra för de anställda vilka förmåner som finns och ge dem möjlighet att se vilka konsekvenser valet av förmån får innan de beslutar sig för att nyttja den. Någon manuell hantering ska inte behövas. Bolaget har vidare svarat nej på att detta krav uppfylls i sitt anbud. Det har därför inte funnits anledning att ge bolaget möjlighet att visa funktionaliteten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den gamla lagen gäller dock alltjämt för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Den aktuella upphandlingen har tidigare varit föremål för överprövning hos förvaltningsrätten. I dom den 10 juni 2016 i mål nr 213-16, 214-16, 215-16, 217-16 och 218-16 fann förvaltningsrätten att Benify genom den genomförda förstudien haft en fördel när det gäller att formulera sitt anbud och att Benify kunnat påverka villkoren för upphandlingen på ett för Benify gynnsamt sätt. Rätten fann att kommunen inte kunnat förebringa någon utredning, utöver sitt eget påstående, om att åtgärder vidtagits för att begränsa de konkurrensfördelar Benify fått genom förstudien och att kommunen därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen.

Snedvridning av konkurrens

Be My Compensation har nu gjort gällande att Benifys konkurrensfördelar på grund av förstudien alljämt är för handen då förfrågningsunderlaget inte förändrats i någon större utsträckning i förevarande upphandling och då bolaget fortfarande inte givits någon motsvarande möjlighet att bistå kommunen. Be My Compensation anser därför att likabehandlingsprincipen trätts för när.

De grundläggande principerna ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet. Detta innebär t.ex. att en anbudsfrågan inte får utarbetas så, att när föremålet för upphandlingen fastställs, det försätter anbudsgivarna i en ojämlig ställning (prop. 2006/07:128 s. 156). Av praxis från EU-domstolen framgår att en leverantör som medverkat vid förstudier inför en upphandling eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte kan utestängas från deltagande i upphandlingen, om leverantören kan visa att dennes tidigare medverkan inte har inneburit en otillbörlig konkurrensfördel eller att det har uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen (se förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot Belgien*). Kamrarrätten i Stockholm har i dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09 prövat om en upphandlande myndighet brutit mot likabehandlingsprincipen när en person utformat delar av förfrågningsunderlaget och samtidigt lämnat

anbud i upphandlingen. Kammarrätten uttalade att det i den beskrivna situationen fanns en stark presumtion för att de dubbla funktionerna inneburit en konkurrensfördel och att det därför åvilade den upphandlande myndigheten att visa att tillräckliga åtgärder vidtagits för att säkerställa att det aktuella bolaget inte getts konkurrensfördelar och att likabehandlingsprincipen inte åsidosatts.

Det är i målet utrett att Benify bistått kommunen inför föregående upphandling genom att genomföra en förstudie, att denna förstudie använts som underlag även inför aktuell upphandling samt att vissa lösningar som Benify föreslagit sedermera har kravställts i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger därför en presumtion för att Benify haft en konkurrensfördel som riskerat att snedvrیدا konkurrensen även i nu aktuell upphandling. Det får därmed anses åligga kommunen att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts.

Förvaltningsrätten fann i föregående domar att kommunen inte frambringt någon utredning, utöver sitt eget påstående, om att kommun vidtagit några åtgärder för att begränsa de konkurrensfördelar Benify fått genom förstudien. Frågan är därmed om det kommunen anført i förevarande fall kan föranleda en annan bedömning.

Inför den aktuella upphandlingen har Be My Compensation, till skillnad från vid föregående upphandling, haft tillgång till för upphandlingen relevanta delar av den förstudie som Benify genomfört. Kommunen har även omformulerat ett tidigare uppställt ska-krav gällande referenser som endast Benify kunnat uppfylla så att även bolaget uppfyllt kravet. Utöver det har kommunen anført att kommunen under förstudien och vid framtagande av förfrågningsunderlaget även varit i kontakt med andra leverantörer av förmånsportaler samt med andra kommuner och myndigheter med hänvisning till de exempel på förfrågningsunderlag från andra kommuner och myndigheter som skickats in till förvaltningsrätten.

Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen alltjämt inte visat någon utredning som tyder på att kommunen varit i kontakt med även andra leverantörer av förmånsportaler inför den aktuella upphandlingen eller inför den föregående. Förvaltningsrätten anser dock att kommunen gjort sannolikt att kommunen använt sig av andra kommuners och myndigheters förfrågningsunderlag där liknande krav som här ifrågasatts uppställts i liknande upphandlingar. Vidare har kommunen bifogat den av Benify utförda förstudien till förfrågningsunderlaget samt omformulerat referenskravet. Kommunen får därför anses ha gjort tillräckligt för att neutralisera de konkurrensfördelar som Benify sedan tidigare haft. Det som bolaget anfört innebär således inte att Benify alltjämt får anses ha haft en otillbörlig konkurrensfördel. Bolaget, och eventuella andra anbudsgivare, kan därmed inte anses ha förtagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Ska-krav

Till skillnad från vid den föregående upphandlingen som varit föremål för prövning i förvaltningsrätten har bolaget i denna upphandling lämnat ett anbud. Kommunen har bedömt att bolagets anbud inte uppfyller ska-kraven i följande avseenden:

- Punkt 6.6.3 stycke 4 (simulering av personliga utfall ska kunna göras av den anställda direkt i portalen)
- Punkt 6.6.6 (individuell oberoende pensionsrådgivning)
- Punkt 6.7 stycke 3 (inga transaktionsavgifter, provisioner eller kickbacks ska förekomma för förmåner eller rabatter, vilket också inkluderar underleverantörer).

Bolaget har inte bestridit att de aktuella ska-kraven inte uppfyllts. Bolaget har dock gjort gällande att kraven strider mot principerna om likabehandling, proportionalitet samt öppenhet och transparens. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om de aktuella ska-kraven strider mot LOU såsom bolaget gjort gällande.

Simulering av personliga utfall (punkt 6.6.3 stycke 4)

Av kravet framgår att:

Simulering av personliga utfall ska kunna göras av den anställde direkt i portalen.

Bolaget har anfört att det inte är motiverat att ett visst orderflöde ska anges som ett obligatoriskt krav samt att det är oproportionerligt att kräva att funktionen ska finnas i förmånsportalen. Detta på grund av att det då krävs ett informationsutbyte mellan förmånsleverantören och portalleverantören som kan omfatta affärshemligheter samt att det innebär att priset på tjänsterna ökar på grund av onödig manuell hantering. Bolaget anför vidare att kravet på att lägga upp informationen i förmånsportalen snedvrider konkurrensen och utestänger andra leverantörer än de som Benify tillhandahåller från att delta i upphandlingen. Bolaget har därutöver anfört att bolaget framställt önskemål om att få demonstrera funktionaliteten i sitt eget system i detta avseende, men att bolaget inte fått någon inbjudan att göra det samt att det är oklart vad som legat till grund för kommunens bedömning att kravet inte är uppfyllt. Kommunen har å sin sida anfört att syftet är att alla leverantörer ska finnas i portalen för att underlätta administrationen och tydliggöra för de anställda vilka förmåner som finns och se vilka konsekvenser olika val får. Kommunen anför vidare att bolaget i sitt anbud svarat nej på frågan om kravet är uppfyllt och att det därför inte funnits anledning att ge bolaget möjlighet att visa funktionaliteten i bolagets eget system.

Syftet med upphandlingen är att anställda ska kunna hantera sina förmåner direkt i portalen och att de ska slippa använda sig av olika system för att se och utföra olika funktioner. Enligt förvaltningsrättens mening synes det uppställda kravet på att simulering ska kunna ske i portalen och inte behöva göras i respektive underleverantörs system vara rimligt och proportionerligt utifrån syftet med upphandlingen. Bolaget har i vart fall inte visat att kravet strider mot principerna om proportionalitet samt öppenhet och transparens.

Bolaget har inte heller visat att kravet snedvrider konkurrensen genom att endast Benify kunnat uppfylla kravet.

Kravet på att simulering av utfall ska kunna göras av den anställde direkt i portalen har således uppställts i enlighet med LOU. Kommunen har uppgett att bolaget i sitt anbud svarat nej på att kravet uppfylls vilket bolaget inte har invänt emot. Såsom kommunen har gjort gällande har det därmed inte funnits anledning att låta bolaget demonstrera funktionaliteten i det avseendet. Det har vidare varit riktigt av kommunen att förkasta bolagets anbud på den grunden att kravet inte uppfyllts.

Förbud mot transaktionsavgifter, provisioner och kickbacks (punkterna 6.6.6 stycke 4 samt 6.7 stycke 3)

Av kravet i punkt 6.6.6 stycke 4 framgår att:

Den oberoende pensionsrådgivningen ska inte, för något uppdrag, uppbära någon ersättning i form av provisioner, kickbacks eller någon annan distributionsersättning från försäkrings- eller fondbranschen.

Av kravet i punkt 6.7 stycke 3 framgår att:

Inga transaktionsavgifter, provisioner eller kickbacks ska förekomma för förmåner eller rabatter, vilket också inkluderar underleverantörer.

Bolaget anför att det inte finns lagliga hinder mot att ta ut ersättningar i form av provisioner och kickbacks och att kraven därför strider mot proportionalitetsprincipen. Kommunen anför å sin sida att om kommunen tillåter användandet av provisioner etc. är risken uppenbar att anställda inte kan lita på den pensionsrådgivning som erbjuds samt att endast större leverantörer av förmåner skulle kunna erbjuda sina tjänster. Kommunen menar att kraven inte kan vara oproportionerliga eftersom alla företag och föreningar kan delta i förmånsportalen.

Enligt proportionalitetsprincipen får en upphandlande myndighet inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha naturligt

samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). Bedömningen görs vanligen i tre steg, om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet, om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet samt om den fördel det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76 och C-234-03 Contse). Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, dvs. det aktuella ska-kravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

Syftet med de aktuella kraven har varit att försäkra sig om att kommunens anställda ges oberoende pensionsrådgivning samt att samtliga leverantörer av förmåner kan delta i portalen och därmed ge anställda ett brett utbud av förmåner. Frågan är då om förbudet mot ersättningar i form av provisioner, kickbacks och liknande, som återfinns både i punkten 6.6.6 stycke 4 och punkten 6.7 stycke 3, har ett tillräckligt samband med syftet samt är nödvändigt och står i rimlig proportion till detta syfte.

Förvaltningsrätten bedömer att kraven i vart fall till viss del får anses vara ägnade att tillgodose syftet med att tillhandahålla oberoende pensionsrådgivning. Frågan om den intressekonflikt som kan uppkomma vid pensionsrådgivning och hur kundintresset ska värnas är emellertid inte enkel. Finansinspektionen har uttryckt att intressekonfliktproblemet för rådgivare inom sparande- och försäkringsområdena är svårt att komma åt i alla delar och inte nödvändigtvis kan elimineras genom ett generellt provisionsförbud. Finansinspektionen har även bedömt att vissa former av provisioner istället kan skapa incitament att verka för kundintresset (se bl.a. Finansinspektionens tillsynsrapport 2013 s. 11 ff). Vidare framstår det enligt förvaltningsrätten inte som uppenbart att avsaknaden av dessa krav skulle medföra att mindre företag m.fl. utestängs från att delta i förmånsportalerna.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte visats att de uppställda kraven har ett tillräckligt samband med det behov som ska täckas.

Det har inte heller visats att kraven är nödvändiga eller rimliga i proportion till angivet syfte. Förbudet mot ersättningar i form av provisioner, kickbacks och liknande får därmed anses vara alltför långtgående. Syftet med kraven borde enligt förvaltningsrätten kunna tillgodoses genom något mindre ingripande åtgärder. Kraven strider således mot proportionalitetsprincipen och har uppställts i strid med LOU.

Punkt 6.6.6 (individuell oberoende pensionsrådgivning)

Av kraven i punkt 6.6.6 framgår att:

Varje anställd ska via portalen få tillgång till individuell oberoende pensionsrådgivning tillgänglig dygnet runt.

Pensionsrådgivningen ska presentera individuellt anpassade fondråd för fondförsäkringar inom den anställdes premiepension, tjänstepension inklusive fribrev samt privat pensionssparande.

Utifrån individens unika situation samt den av individen valda riskbenägenheten ska pensionsrådgivningen generera fondbytesblanketter, förfyllda med namn, adress, personnummer, försäkringsnummer samt försäljnings- och köpuppdrag.

Den oberoende pensionsrådgivningen ska inte, för något uppdrag, uppbära någon ersättning i form av provisioner, kickbacks eller någon annan distributionsersättning från försäkrings- eller fondbranschen.

Portalen ska utifrån individens valda risknivå och samlade pensionskapital illustrera vilka effekter olika risknivåer får på det förväntade pensionskapitalet.

Be My Compensation har även anfört att samtliga krav i punkt 6.6.6 är konkurrensbegränsande, att de står i strid med likabehandlingsprincipen samt att de saknar relevans för upphandlingens syfte. Kommunen har å sin sida anfört att kraven i punkt 6.6.6 uppställts för att anställda ska kunna lita på den rådgivning som erbjuds. Vidare har kommunen anfört att en annan leverantör uppfyllt kraven vid den föregående upphandlingen och att det således finns fler anbudsgivare än Benify som har haft möjlighet att uppfylla kravet. Till stöd för detta har kommunen åberopat en kopia på detta anbud från annan leverantör vid den föregående förhandlingen. Kommunen har även åbe-

ropat exempel på förfrågningsunderlag från andra kommuner och myndigheter som använts vid utformningen av kommunens förfrågningsunderlag.

Förvaltningsrätten har i sin tidigare prövning av upphandlingen kommit fram till att motsvarande krav, som haft samma utformning som aktuellt krav, utgjort en lösning som föreslagits av Benify. Det har emellertid visats att en annan leverantör än Benify uppfyllt kravet vid den föregående upphandlingen samt att liknande krav uppställts i bl.a. en liknande upphandling genomförd av Härnösands kommun. Förvaltningsrätten finner att de aktuella kraven inte kan anses vara utformade så att endast Benify kunnat uppfylla dem. De kan inte anses vara konkurrensbegränsande eller stå i strid med likabehandlingsprincipen.

Av utvärderingsprotokollet framgår att Be My Compensation inte uppfyllt något av kraven i punkten. Förvaltningsrätten har redan funnit att kravet i stycke 4 är oproportionerligt. Vad gäller övriga krav har bolaget dock inte anfört några omständigheter som tyder på att de skulle strida mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att kraven framstår som rimliga och proportionerliga i förhållande till syftet med kraven, nämligen att ge anställda en oberoende pensionsrådgivning. Bolagets anbud uppfyller inte något av kraven och det har därför varit riktigt av kommunen att förkasta bolagets anbud på den grunden att kraven inte uppfyllts.

Punkt 6.7 stycke 1 (rabatter) och stycke 2 (utveckling av sortiment över tid) samt punkt 6.1.1 stycke 3 och 8 (kostnadsneutralitet)

Såvitt framgår av kommunens utvärderingsprotokoll uppfyller Be My Compensations anbud kraven på att förmånportalen ska innehålla rabatter, att sortimentet av förmåner ska utvecklas över tid samt kravet på kostnadsneutralitet. Be My Compensation har dock anfört att kraven på rabatter och kostnadsneutralitet strider mot de grundläggande principerna om proportionalitet och öppenhet/transparens. Vidare har bolaget anfört att kravet om

utveckling av sortimentet över tid strider mot den grundläggande principen om öppenhet/transparens.

Förvaltningsrätten finner emellertid att det som anförts och framkommit i målet inte visar att något av de aktuella kraven har uppställts i strid med LOU.

Skada

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande enligt LOU är att kommunens agerande har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Såsom förvaltningsrätten funnit ovan får de i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kraven i punkten 6.6.6, med undantag för kravet i stycke 4, anses ha uppställts i enlighet med LOU. Detsamma gäller kravet i punkten 6.6.3 stycke 4. Bolagets anbud uppfyller inte dessa ska-krav. Mot bakgrund härav har kommunen haft skäl att förkasta bolagets anbud. Även om förvaltningsrätten funnit att kommunens förfrågningsunderlag i vissa andra delar strider mot LOU har bolaget saknat möjlighet att vinna upphandlingen. Bolaget kan därför inte anses ha lidit skada till följd av kommunens agerande. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Susanne Ragvald

förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av föredragande juristen Amanda Hugosson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.