



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-04-19
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12625-15

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

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Be My Compensation Management AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Region Skånes upphandling av förmånsportal ska göras om.

Dok.Id 305562

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag -- fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling av en förmånsportal. Upphandlingen genomförs i enlighet med reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 11 november 2015 har Benify AB tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Be My Compensation Management AB (Be My Compensation) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Be My Compensation anför bl.a. följande.

Upphandlingen har genomförts i strid med den grundläggande principen om likabehandling. Principen har trätts för när genom att anbudslämnarna inte har getts samma förutsättningar att lämna anbud. En av anbudslämnarna Benify AB (Benify) har fått en avgörande fördel då bolaget har genomfört en förstudie vilken har lagts till grund för upphandlingen. Genom förstudien har Benify presenterat en färdig lösning för förmånsportalen som nu ska upphandlas. Benify har således haft dubbla funktioner i upphandlingen. Enligt rättspraxis (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 6986-09) har det i dessa situationer ansetts råda en presumtion för att den dubbla medverkan har medfört en otillbörlig konkurrensfördel och snedvridning av konkurrensen. Det ankommer därför på den upphandlande myndigheten att styrka att principen om likabehandling inte åsidosatts. Såvitt framgår av tillgängliga handlingar har Region Skåne inte på något sätt kontrollerat eller gjort någon bedömning av i vad mån Benify – med upprätthållande av likabehandlingsprincipen – kan tillåtas att lämna anbud i upphandlingen. Region Skåne kan därför inte anses ha brutit presumtionen att konkurrensen har snedvridits. Det finns redan på denna grunden anledning för förvaltningsrätten att vidta åtgärd i upphandlingen.

För det fall förvaltningsrätten bedömer att det inte råder en presumtion för att konkurrensen har snedvridits, framgår det att Benify faktiskt har fått en otillbörlig konkurrensfördel genom sin dubbla medverkan i upphandlingen. Skäl för detta är följande.

Redan den omständigheten att Benify – men inte övriga anbudsgivare – har haft inblick i och tillgång till materialet i förstudien utgör en konkurrensfördel för Benify. Benify har känt till att den nu aktuella upphandlingen utgör en fortsättning på det arbete som redan inletts. Benify har därmed kunnat anpassa sitt anbud för att på lämpligt sätt stämma överens med Region Skånes önskemål.

I de övergripande kraven enligt kravspecifikationen, punkten 1.6 finns ett krav på att anbudsgivare ska lämna tre kommunala eller landstingskommunala kundreferenser (juridiskt separerade med direkta leveransavtal med anbudsgivaren) vilka är i drift. I de övergripande kraven enligt kravspecifikationen, punkten 1.7 finns vidare ett krav på att anbudsgivare ska lämna en kundreferens vilken har minst 10 000 medarbetare i produktion.

Båda dessa krav utestänger alla andra leverantörer än Benify från att lämna anbud i upphandlingen. Kraven snedvrider konkurrensen och står i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

Det kan även noteras att anbudsgivare enligt punkten 2.8 i de administrativa föreskrifterna ska lämna en beskrivning av sin erfarenhet avseende tillhandahållandet av upphandlingsobjekt samt intyga sin tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Dessa krav är Region Skåne skyldiga att utvärdera. Redan med hänsyn härtill är det inte proportionerligt att dessutom ställa krav på referenser på det sätt som skett. Kundreferenser av det här

slaget är inte av relevans för att Region Skåne ska kunna genomföra en ändamålsenlig upphandling.

Det kan i övrigt noteras att avtal kommer att tecknas med enbart en leverantör och att avtalstiden är mycket lång (fem år med rätt för Region Skåne att förlänga i upp till fem år). Med hänsyn till den snabba tekniska utvecklingen på området med alternativa affärsmodeller är en så lång avtalstid orimlig. Enligt Be My Compensations erfarenhet möter Benifys erbjudande och affärsmodell inte moderna krav avseende effektivisering och kostnadsbesparingar. Detta styrker att förfrågningsunderlaget är vinklat för att gynna Benify.

Be My Compensation har inte kunnat lämna anbud i upphandlingen. I vart fall inte ett konkurrenskraftigt sådant. Bolaget riskerar därmed att lida skada på grund av Region Skånes agerande.

Region Skåne bestrider bifall till Be My Compensations ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Bolaget har bl.a. påstått att Benify genomfört en förstudie för Region Skånes räkning genom vilken Benify presenterat en färdig lösning för den förmånsportal som nu upphandlas. Detta är direkt felaktigt. Det uppdrag som bolaget hänvisar till avslutades mer än ett år innan Region Skåne överhuvudtaget inledde arbetet med den nu aktuella upphandlingen och mer än två år innan annonseringen av upphandlingsunderlaget. Uppdraget har inget samband med nu aktuell upphandling. Under 2013 pågick ett arbete som syftade till att styrka Region Skånes arbetsgivarvarumärke. Arbetet beskrivs i Personal- och arbetsgivarutskottets beslut, vilket fastställdes av regionstyrelsen den 10 juni 2013. Av beslutet framgår att det, som en mindre del, ingick att analysera vad som motiverar och attraherar medarbetare till

Region Skåne. Såväl interna som externa aktörer engagerades i arbetet med handlingsplanen. En sådan aktör var Benify, som under perioden augusti till oktober 2013, således hade ett mindre uppdrag i arbetet att stärka Region Skånes arbetsgivarvarumärke.

I det kammarrättsavgörande som bolaget hänvisar till hade en konsult först anlåtats med uppdraget att upprätta handlingar innehållande de krav som gällde i upphandlingen för att därefter också delta i densamma såsom anbudsgivare. I skarp kontrast härtill kan konstateras att det arbete som Benify genomförde under 2013 inte på något sätt har inneburit att Benify deltagit i framtagande av det nu aktuella upphandlingsunderlaget.

Den nu aktuella upphandlingen påbörjades i november 2014, vilket framgår av bifogade minnesanteckningar från Koncernledningens sammaträde den 24 november 2014 punkten 2.6. I mars 2015 inleddes arbetet med att inför upphandlingen undersöka den aktuella marknaden. Detta resulterade i att Region Skåne kunde identifiera flera möjliga anbudsgivare i upphandlingen. Under perioden därefter från april till dess annonseringen genomfördes hösten 2015, utarbetades förfrågningsunderlaget med bl.a. framtagande av de krav som skulle gälla i upphandlingen.

I punkten *1.6, Referenser* anges följande.

Anbudsgivare ska lämna tre kommunala eller landstingskommunala kundreferenser (juridiskt separerade med direkta leveransavtal med anbudsgivaren) vilka är i drift.

I punkten *1.7 Referenser* anges följande.

Anbudsgivare ska lämna en kundreferens vilken har minst 10 000 medarbetare i produktion.

Bolaget har gjort gällande att ovan angivna krav snedvrider konkurrensen samt strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Region Skåne kan för sin del konstatera att Region Skåne är en komplex organisation med ett stort antal anställda (Skånes största arbetsgivare). De över 32 000 anställda ska genom den upphandlade tjänsten kunna erbjudas ett mångfacetterat utbud av tjänster – allt inom ramen för respektive medarbetares förmåner enligt anställnings- och kollektivavtal. Medarbetarna arbetar bl.a. med de samhällsviktiga uppgifterna att tillhandahålla hälso- och sjukvård och kollektivtrafik, men Region Skånes sammantagna verksamhet innefattar en mängd olika uppgifter – allt från biblioteksverksamhet till att bedriva näringslivsutveckling. Verksamheten i en organisation av denna omfattning kan inte avstannas i avvaktan på utprovning och inkörning av systemstöd under utveckling. Region Skåne har därför sett sig nödgad att upphandla förmånsportal av aktörer vilka har god erfarenhet av att leverera denna tjänst till motsvarande stora och komplexa organisationer. I den upphandlande förmånsportalen ska medarbetaren kunna se sin totala kompensation för utfört arbete genom att förmånsportalen redovisar värdet för t.ex. lön, förmåner, anställningsvillkor och pensioner. Det är skillnad mellan kommunal och annan verksamhet och det är därför av vikt att den leverantör med vilken avtal tecknas har god erfarenhet och kunskap av och förstår den komplexitet i avtal och anställningar som finns specifikt i detta slags organisationer. Inom Region Skåne uppgår för närvarande antalet arbetstidsavtal till 87 stycken och kollektivavtal till ett trettiotal. Det sagda innebär att det är helt nödvändigt att i upphandlingen ställa höga krav på erfarenhet av att tillhandahålla aktuella tjänster såväl till allmänt sett stora uppdragsgivare som till uppdragsgivare vilka uppvisar en motsvarande hög grad av komplexitet med anställda inom berörda områden. Det sistnämnda innebär att en leverantör måste ha god erfarenhet av att erbjuda tjänster till kommunal eller landstingskommunal verksamhet.

Be My Compensation invänder bl.a. följande.

Region Skåne vitsordar att Benify innan upphandlingen har haft ett uppdrag för regionen och därvid utfört arbete med att stärka Region Skånes arbetsgivarmärke inom ramen för en handlingsplan som bl.a. gick ut på att analysera vad som motiverar och attraherar medarbetare i Region Skåne. Syftet med upphandlingen av aktuell förmånsportal är enligt förfrågningsunderlag punkten 1.1 just att öka Region Skånes attraktivitet som arbetsgivare genom att ge medarbetaren tillgång till nya förmåner och bättre service. Det är mot denna bakgrund ägnat att förvåna att Region Skåne inte bifogar någon utredning till sitt svar som belyser arten och omfattningen av det uppdrag som Benify haft och resultatet därav. Regionens påståenden om att uppdraget varit av mindre omfattning och saknat samband med upphandlingen är helt obestyrkta. Det kan konstateras att regionen utan närmare förklaring valt att inte bifoga några upplysningar om Benifys tidigare uppdrag.

Region Skåne har bl.a. gjort gällande att Benifys tidigare uppdrag inte har något samband med nu aktuell upphandling. Be My Compensation får med anledning av detta åberopa dels bifogade fakturor från Benify till Region Skåne, dels bifogade dokument angående Översyn av riktlinjer och nivåer för friskvårdsbidrag för medarbetare i Region Skåne. Fakturan har fakturadatum den 10 december 2014 och åberopas till styrkande av att Benify i omedelbar anslutning till att upphandlingen påbörjades avslutat och fakturerat uppdrag inom regionen. Den bifogade översynsrapporten ingår i förberedelserna av upphandlingen av medarbetarservice, dvs. förmånsportalen, och avser friskvårdsbidrag. Friskvård utgör normalt cirka 60 till 80 procent av innehållet i en förmånsportal och har en avgörande betydelse. Det framgår på flera ställen i rapporten att Region Skåne har erhållit information från Benify. Rapporten åberopas till styrkande av att Benify har deltagit i förberedelserna av upphandlingen och bistått Region Skåne med rådgivning i detta avseende.

Benifys verksamhet avser utveckling av personaladministrativa system och förmedling av tjänster kring löner och förmåner med bifirman Flexpay för den del av verksamheten som avser tillhandahållande av förmånsportalen och HR-system. Benifys verksamhet överensstämmer således med syftet för upphandlingen.

Enligt uppgifter som var tillgängliga på Benifys webbplats så sent som sommaren 2015 bistår Benify arbetsgivare på följande sätt.

I en workshop kartläggs och utvärderas era nuvarande förmåner, leverantörer, system, processer och kostnader. Vi kan vid behov även hjälpa er att skapa en effektiv förmånspolicy anpassad till er företagsprofil. Ni får därefter tillgång till ett webbgränssnitt som synliggör allt från lön, pension, eventuell vinstdelning och bonus till frivårdsbidrag. Benify sköter all drift och administration av lösning och förmåner. Till ett fast pris med rätt ändringar.

Implementeringsprocessen beskrivs därvid enligt följande steg:

Förstudie > Uppstart > Verifiering > Lansering > Drift, vidareutveckling.

Till styrkande av att hemsidan hade det innehåll som angetts ovan åberopas bifogade vittnesattest.

Det kan således konstateras att Benify bistår arbetsgivarna under hela processen från förstudie, via uppstart och implementering etc. till drift och vidareutveckling. Det medför av lätt insedda skäl en mycket betydande konkurrensfördel för en leverantör som på detta sätt deltar genom hela upphandlingsprocessen och kan lämna t.ex. förslag på lämpliga krav i förfrågningsunderlaget, ägnade att leda till kontraktstilldelning.

Det framgår vidare av bifogade mötesanteckningar från ett möte som rör Presentation av en förmånsportal, som bolaget fått del av, att Flexpay har varit i kontakt med företrädare för Region Skåne, både på central och på lokal nivå. Det framgår vidare att Flexpay deltagit i möte med Region Skåne av konsultativ karaktär då Flexpay har mycket stor erfarenhet av att hantera

och utveckla olika förmånsportaler. Det framgår även att företrädare för Region Skåne lämnat upplysningar om vilka fördelar som regionen ser med en förmånsportal.

Av bifogat mejl framgår att Flexpay fått i uppdrag att genomföra en analys för Region Skåne med syftet att se närmare på hur en förmånsportal skulle hjälpa regionen. Inom ramen för analysen är en rad möten inbokade mellan företrädare för Flexpay och Region Skåne. Till mejlet har Flexpay fogat en presentation, vilken dock Region Skåne i allt väsentligt har sekretessbelagt.

Av bifogat mejl från Carina Wirth den 8 september 2014 framgår bl.a. att denna efterfrågar en mall inför en eventuell upphandling. I svar bifogas sådana mallar som enligt Flexpay utgör bra upphandlingsunderlag.

Det kan mot ovanstående bakgrund konstateras att Benify har deltagit i förberedelserna av upphandlingen och tillhandahållit rådgivning åt Region Skåne avseende det nu aktuella förmånssystemet. Det är just i sådana situationer som den upphandlande myndigheten enligt gällande rätt måste vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids till följn av att den berörda anbudsgivaren deltar. Region Skåne har överhuvudtaget inte tillhandahållit några upplysningar om resultatet av Benifys uppdrag åt regionen eller vilken information som Benify fått ta del av innan upphandlingen inleddes. Övriga leverantörer har inte haft tillgång till samma information som Benify haft om exempelvis Region Skånes arbete med att stärka arbetsgivarmärket och vad som motiverar och attraherar medarbetare i Region Skåne. Bevispresumtionen om att Benifys dubbla medverkan i upphandlingen medfört en otillbörlig konkurrensfördel har därmed brutits, varför förvaltningsrätten redan på denna grund ska ingripa i upphandlingen.

Be My Compensation har pekat på två konkreta krav i förfrågningsunderlaget som endast Benify kan uppfylla och som därför av lätt insedda

skäl ger detta företag en otillbörlig konkurrensfördel. Enligt Region Skåne är kraven motiverade då regionen är en ”komplex organisation med ett stort antal anställda” och att verksamheten inte kan avstanna i avvaktan på utprovning och inkörning av systemstödet. Dessa omständigheter saknar dock helt samband med aktuella referenskrav.

Det kan konstateras att föremålet för upphandlingen är en s.k. förmånsportal. Detta är en högst specialiserad tjänst och Region Skåne har till förfrågningsunderlaget fogat en omfattande teknisk kravspecifikation. Som angetts tidigare ska anbudsgivaren dessutom intyga sin tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Region Skåne är skyldigt att kontrollera alla dessa krav. Mot denna bakgrund är det inte proportionerligt att dessutom ställa krav på referenser av det slag som Region Skåne krävt. Kravet på referenser är vare sig lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet eftersom Region Skåne ändå har uppställt en omfattande specialiserad kravkatalog. Det av Region Skåne nu framförda önskemålet om att verksamheten inte kan avstanna i avvaktan på utprovning och inkörning av systemstödet kan överhuvudtaget inte uppnås genom att ställa krav på referenser. Det kan ifrågasättas på vilket sätt en positiv referensperson från en annan kommun kan säkerställa att driften av en specialiserad programvara kan upprätthållas. Funktionalitet och drift kan naturligtvis endast säkerställas genom en kvalitetskontroll av programvaran och inte genom att ringa upp referenspersoner. Referensernas syfte och effekt är endast att konkurrensen uteblir eftersom det bara är Benify som kan uppfylla dessa krav. Uppenbarligen har denna effekt uppnåtts eftersom det bara är Benify som inkommit med anbud.

Region Skåne tillägger följande.

Konsultjäv uppkommer inte så fort en aktör har haft ett tidigare uppdrag åt en upphandlande myndighet. Det är korrekt att Benify under augusti till

oktober 2013 engagerades i Region Skånes vid tillfället pågående arbete med en handlingsplan för att stärka Region Skånes arbetsgivarvarumärke. Det uppdraget avslutades över ett år innan Region Skåne överhuvudtaget fattade beslut om att inleda arbetet med den nu aktuella upphandlingen och mer än två år innan den aktuella upphandlingen annonserades. Uppdraget till Benify var en liten del i ett övrigt omfattande arbete med att ta fram en handlingsplan. Uppdraget till Benify var att genomföra en övergripande analys/förstudie av Region Skånes förmåner. Benifys analys av Region Skånes förmåner utmynnade i förslag på hur Region Skåne skulle kunna förbättra sitt förmånsutbud. Ett sådant förbättringsförslag var att Region Skåne borde genomföra en annonserad upphandling av förmånsportal. I detta arbete informerades Benify även om sin egen förmånsportal och om andra organisationers erfarenheter av en sådan förmånsportal. De uppgifter som specifikt berörde frågan om eventuell framtida upphandling är sådana som förekommer i allmänna handlingar – dvs. uppgift om andra upphandlande myndigheter har genomfört upphandlingar av förmånsportaler. Detta slags uppgifter utgör självfallet inte ett deltagande i kravställandet i en upphandling som Region Skåne därefter genomför, och detta därtill först två år senare. Benifys uppdrag avslutades i oktober 2013. Bolagets påstående att Benify deltar i upphandlingsprocessen är därmed direkt felaktig. Region Skåne kan bekräfta att man har influerats av den av Benify genomförda analysen, men endast i så motto att Region Skåne drygt ett år senare valde att fatta ett beslut om att genomföra en upphandling av förmånsportal. Varken företrädare för Benify eller för andra anbudsgivare och/eller potentiella anbudsgivare har alltså haft möjlighet att medverka i arbetet med att ta fram de krav som gäller i denna upphandling.

När det gäller den faktura som åberopats av Benify kan konstateras att Benify endast gett in första sidan. På sida två anges fakturaunderlaget och av detta framgår att Benify sålt deltagande i en stegtävling och stegräknare till Region Skåne. Region Skåne kan konstatera att Benify under perioden

augusti till oktober 2013 har deltagit i arbetet med en handlingsplan för att stärka Region Skånes arbetsgivarvarumärke och vidare att Benify under december 2014 har sålt deltagande i stegtävling och stegräknare till Region Skåne. Några andra uppdrag har Benify inte haft. Det är därmed uppenbart att Benify inte har deltagit i Region Skånes arbete med att utforma det nu aktuella upphandlingsunderlaget.

Be My Compensation tillägger bl.a. följande.

Det kan noteras att konsultjäv inte uppkommer endast när en leverantör medverkat till utformandet av själva upphandlingsunderlaget. Som framgår av EU-domstolen dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, uppkommer konsultjäv när en leverantör haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende offentlig upphandling. Av EU:s nya upphandlingsdirektiv (2014/24/EU), artiklarna 40 och 41, framgår att konsultjäv uppkommer om en leverantör biträtt med marknadsundersökningar eller rådgivning i förberedelserna av upphandlingsförfarandet. Konsultjäv kan således uppkomma i ett flertal olika situationer; inte bara när en leverantör upprättat förfrågningsunderlaget. I det nu förevarande fallet har Benify biträtt regionen på ett flertal olika sätt, t.ex. genom en förstudie avseende förmånsportalen och genom förslag på lämpligt förfrågningsunderlag. Konsultjäv har således uppkommit på flera olika grunder.

Region Skånes påstående om att man endast influerats av Benifys förstudie genom beslutet att genomföra upphandlingen är av lätt insedda skäl helt okontrollerbart. Region Skåne har ju valt att inte lämna ut en fullständig dokumentation av de presentationer m.m. som Benify har utarbetat. I den mån någon dokumentation överhuvudtaget har lämnats ut har den i allt väsentligt sekretessbelagts. Region Skåne har dock inte lämnat någon förklaring till de uppgifter som åberopats av bolaget, som visar att Flex-

pay/Benify fått i uppdrag att genomföra en analys för Region Skåne med syftet att se närmare på hur en förmånsportal skulle kunna hjälpa regionen och att Benify – på regionens begäran – lämnat förslag till förfrågningsunderlag i upphandlingen. På grund härav står det klart att regionens påstående om i vad mån man influerats av Benifys förstudier inte stämmer.

Den av Regionen åberopade specifikationen till Benifys faktura den 10 december 2014 saknar relevans i målet. Fakturan åberopades till styrkande av att Benify i omedelbar anslutning till att upphandlingen påbörjades avslutat och fakturerat ett uppdrag till Regionen. Detta förhållande bestrider inte Regionen. I sitt yttrande vitsordar dessutom Regionen att Benify har haft flera andra olika uppdrag för Regionen, inte bara hänförliga till den berörda fakturan. Det är således utrett att Regionen framställt ett flertal felaktiga påståenden i sitt yttrande. Regionen har bl.a. påstått att det var direkt felaktigt att Benify skulle ha genomfört en förstudie och att Benify haft ett mindre uppdrag att stärka Region Skånes arbetsgivarvarumärke. Genom den omfattande bevisningen som åberopats är det klarlagt att Benify på ett mycket ingående sätt har biträtt Regionen i flera olika avseenden, inte bara genom en förstudie till upphandlingen och genom att lämna förslag till förfrågningsunderlag, utan även med andra typer av kringtjänster.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt sam genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

Region Skåne genomför en upphandling av en förmånsportal. Av utredningen i målet framgår att den vinnande anbudsgivaren, Benify, för Region Skånes räkning, har genomfört en analys om vad som motiverar och attraherar medarbetare till Region Skåne. Be My Compensation har gjort gällande att uppdraget i själva verket utgjorde en förstudie till nu aktuell upphandling. Till stöd för sin talan har bolaget bl.a. åberopat mötesanteckningar av vilka det framgår att Benifys bifirma, Flexpay, har varit i kontakt med företrädare för Region Skåne angående information om förmånsportaler. Vidare har Benify åberopat mailkorrespondens mellan företrädare för Region Skåne och Flexpay, av vilken det framgår att Region Skåne har efterfrågat information om förfrågningsunderlag gällande upphandlingar av en förmånsportal. Region Skåne har anfört att det aktuella uppdraget avslutades mer än två år innan upphandlingen annonserades och att uppdraget inte hade något samband med nu aktuell upphandling. Uppdraget innebar, enligt Regionen, att Benify skulle genomföra en övergripande analys/förstudie av Region Skånes förmåner. Analysen utmynnade i ett förslag på hur Region Skåne skulle förbättra sitt förmånsutbud. I detta arbete informerade Benify även om sin egen förmånsportal.

Förvaltningsrätten finner att den utredning som förebringats i målet inte kan läggas till grund för bedömningen att Benify deltagit i själva utformningen av förfrågningsunderlaget. Utredningen visar att Benify lämnat information till Region Skåne om sin förmånsportal samt allmän information om förfrågningsunderlag som rör frågor om val av förfarande. Däremot framgår det inte att Benify lämnat information som rör utformningen av specifika

krav. Förvaltningsrätten finner emellertid att de uppgifter som lämnats av såväl Benify som av Region Skåne ger belägg för att Benify deltagit i en förstudie som sedan lett fram till upphandling av en förmånsportal. Rätten bedömer det således visat att Benify i viss mån har deltagit i det förberedande arbetet till nu aktuell upphandling.

Det är inte möjligt att generellt förbjuda en konsult, som genomfört förberedande arbete i en upphandling, att delta i denna. Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. att en konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete inte kan uteslutas från deltagande i efterföljande anbudsgivning, om det inte kan visas att konsulten har dragit otillbörlig fördel av sitt uppdrag (jfr förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom).

Frågor om konsultjäv har även bedömts av förvaltningsdomstolarna. Kammarrätten i Stockholm ansåg i mål nr 6986-09 att bevisbördan går över till den upphandlande myndigheten för att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare, vars anbud antagits, har fått en konkurrensfördel. Enligt kammarrätten var presumtionen i det målet stark för att de dubbla funktionerna inneburit en konkurrensfördel som medfört en snedvridning av konkurrensen.

I den i målet aktuella situationen har den vinnande anbudsgivaren deltagit i en förstudie till upphandlingen. Situationen är således inte helt identisk med den i kammarrättens avgörande, där den vinnande leverantörens VD deltagit i utformningen av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens bedömning finns dock skäl för att även i det förevarande målet upprätthålla presumtionen för konkurrensfördel. Det kan konstateras att Region Skåne inte anfört omständigheter som visar att principen om likabehandling inte åsidosatts. Region Skåne har därmed inte uppfyllt sin bevisbörda för att visa

att det inte föreligger konsultjävn. Benifys medverkan i förstudien till upphandlingen innebär således att Benify på grund av konsultjävn haft en fördel som snedvridit konkurrensen. Region Skåne har därmed genom att utvärdera Benifys anbud brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Be My Compensation har uppgett att bolaget avstått från att lämna anbud i upphandlingen då bolaget, på grund av Benifys konkurrensfördel, frångått möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det får anses visat att Be My Compensation har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av Region Skånes agerande. Med denna utgångspunkt saknas det skäl att pröva vad Be My Compensation i övrigt anfört i målet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det finns grund för ingripande enligt LOU. Eftersom någon rättelse inte är möjlig ska upphandlingen göras om.

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


Anders Mattsson

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 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.