



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2017-02-21
Meddelad i Luleå

Mål nr
2490-16

SÖKANDE

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

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-02-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Luleå kommuns upphandling av Förmånsportal, dnr KLF 2016/546 ska göras om.

Dok.Id 83456

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun har genomfört upphandling (förhandlat förfarande) av Förmånsportal, dnr KLF 2016/546. Tre anbudsgivare, däribland Be My Compensation Management AB (My Benefit), ansökte om att få lämna anbud i upphandlingen. Enligt underrättelse om beslut den 21 november 2016 antog kommunen Söderberg & Partners Förmåner AB:s anbud. My Benefit valde att inte lämna anbud i upphandlingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad My Benefit framför

My Benefit ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan framför My Benefit i huvudsak följande.

Upphandlingens förfrågningsunderlag innehåller ett flertal krav som snedvrider konkurrensen och inte är förenliga med principerna om transparens och proportionalitet.

Enligt förfrågningsunderlagets Bilaga 2 Svarsformulär avsnitt 4.6.7.4 får inga transaktionsavgifter, provisioner eller kickbacks förekomma för förmåner eller rabatter som erbjuds via förmånsportalen. Kommunen utgår från att sådana rabatter ska vara skattefria. Av svarsformulärets avsnitt 4.1.10 kan man utläsa att utgångspunkten ska vara kostnadsneutralitet för respektive beställares del, innebärande att inga kostnader för t.ex. sociala avgifter ska uppkomma. Enligt 11 kap. 11-13 §§ inkomstskattelagen är rabatter, bonus och dylikt skattepliktiga. Eftersom kommunen inte kan kontrollera att den anställde inte tillgodogörs inkomstskattepliktiga rabatter, vilka i sin tur medför ytterligare kostnader i form av sociala avgifter för kommunen och inkomstskatt för den anställde, är det inte proportionellt eller transparent att

ställa krav på att förmånsportalen ska innehålla rabatter för anställda. Att sådana krav är "allmänt vedertagna" är inte något bevis på att dessa lever upp till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det är kommunen som tillhandahåller förmånsportalen och som har avtal med leverantören. Eventuella rabatter utgår därmed till följd av anställningen hos kommunen och innebär en skattepliktig inkomst för de anställda.

Förbud mot transaktionsavgifter, provisioner och kickbacks gäller även för pensionsrådgivningen (svarsformulärets avsnitt 4.6.5.4). Kravet är konkurrensbegränsande och saknar helt relevans till önskemålet om att kunna tillhandahålla de anställda gratis pensionsrådgivning och ett brett utbud av förmåner. Kommunens önskemål om att den anställde inte ska belastas med transaktionsavgifter är inte skäl för att förbjuda provisioner och kickbacks som inte belastar den anställde. Kommunen har samtidigt ställt krav på att pensionsrådgivningen ska vara oberoende. Eftersom kommunen är skyldig att utvärdera krav på oberoende pensionsrådgivning är det inte proportionellt att samtidigt förbjuda provisioner och kickbacks med hänvisning till oberoende pensionsrådgivning. Detta medför en otillåten sammanblandning av obligatoriska krav och sådana krav som ska bli föremål för utvärderingen. För det fall det hade varit ett verkligt och betydelsefullt krav för kommunen borde kommunen ha ingått avtalet direkt med pensionsrådgivaren och inte med leverantören för förmånsportalen.

Enligt svarsformulärets avsnitt 4.6.7.3 förväntas leverantören, utan tillkommande kostnader, underhålla och utveckla sortimentet av förmåner över tiden. Kommunen avser, genom att upphandla en portal, undgå separata upphandlingar med respektive leverantör av de förmåner som nu och i framtiden ska ingå i systemet. Konkurrensverket har i liknande fall, avseende s.k. konsultmäklare, uttalat att upphandlingsunderlagen måste reglera vad som kan avropas genom avtalet (se Konkurrensverkets beslut den 26 juni 2013, dnr 155/2013). Genom formuleringen "utveckla sortimentet av förmåner

över tiden” kan kommunen och systemleverantören komma överens om helt nya tjänster som ska inkluderas i förmånsportalen men som inte har annonserats i upphandlingen. Överenskommelser kan även träffas om att ta bort tjänster, som ingick i det utannonserade förfrågningsunderlaget. Kravet strider mot principen om transparens och är något helt annat än förändringar i ett IT-system.

Till följd av kommunens felaktiga förfrågningsunderlag riskerar My Benefit att lida skada då bolaget fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och vinna upphandlingen.

Vad kommunen framför

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och framför i huvudsak följande.

Kommunen har i egenskap av upphandlande myndighet stor frihet att välja vilken form av upphandling som ska användas, vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. För den aktuella upphandlingen valde kommunen att använda förhandlat förfarande. Som framgår av 4 kap. 3 § LOU är avsikten med detta förfarande att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som lämnats för att anpassa anbuden till myndighetens krav samt för att få fram det bästa anbudet.

Tre leverantörer ansökte om att få delta i upphandlingen och samtliga tre kvalificerades. Kommunen bjöd in alla tre leverantörer att delta i upphandlingen. Anbud inkom från två av leverantörerna. My Benefit kvalificerades men avstod från att lämna anbud.

My Benefit har haft möjlighet att framföra sina synpunkter under upphandlingens gång men har inte avhörtts. Kravet om kostnadsneutralitet strider inte

mot proportionalitetsprincipen utan står i proportion till föremålet för upphandlingen och anbudslämnandet. My Benefit har, genom att inte lämna anbud, förlorat möjligheten att delta i upphandlingen och därigenom få mer information.

Kravet om kostnadsneutralitet för respektive beställare är allmänt vedertaget vid upphandling av förmånsportaler och innebär att lösningen inte får medföra några tillkommande kostnader för varken kommunen eller kommunens anställda. Själva nyttjandet av ett erbjudande i form av t.ex. en rabatt på ett gymkort, är enbart en överenskommelse mellan företaget och den kommunanställda. Kommunen tillhandahåller förmånsportalen som en tjänst för sina anställda och kommer varken att erbjuda subventioner, upphandla eller köpa rabatter. Däremot kommer kommunens förmåner i form av friskvårdsbidrag, semester, pension osv. att finnas med i tjänsten. I detta sammanhang ska även tilläggas att kommunen förutsätter att de rabatter som riktas mot kommunens anställda och ingår i portalen överensstämmer med gällande rätt.

En del förmåner, t.ex. bruttolöneavdrag och vissa pensionslösningar omfattar kostnader. Kravet i svarsformulärets avsnitt 4.1.10 är ställt utifrån att kommunen vill vara delaktig i de förmåner som införs i förmånsportalen i syfte att undvika tillkommande kostnader. Dessa förmåner ska i enlighet med kravet beslutas av kommunen innan förmånen införs i förmånsportalen. Kravet strider inte mot proportionalitetsprincipen utan är välavvägt och får anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.

Syftet med förmånsportalen är att kommunen betalar för tjänsten som nyttjas av kommunens anställda. För kommunen är det viktigt att kommunens anställda inte ska betala för exempelvis transaktionsavgifter kopplade till köp av varor eller tjänster som erbjuds via förmånsportalen. Kommunen delar inte My Benefits uppfattning att rabatter, oavsett storlek, skulle inne-

bära skatte- och avgiftspliktig inkomst för kommunens anställda. Kravet strider inte mot de grundläggande principerna om transparens och proportionalitet.

Det är viktigt för kommunen att den pensionsrådgivning som tillhandahålls via förmånportalen är opartisk, oberoende och bedrivs i enlighet med moraliska och etiska principer. Om en rådgivare drivs av provisioner eller kickbacks kommer detta prägla rådgivningen genom att de alternativ som rådgivarna själva tjänar på förordas istället av de alternativ som medarbetaren tjänar mest på. I en upphandling av en förmånportal innefattande pensionsrådgivningstjänst är det relevant och rimligt att ställa krav på att transaktionsavgifter, kickbacks eller provisioner inte får förekomma. Denna uppfattning delas av Finansinspektionen i rapporten "Konsumentskyddet på finansmarknaden", daterad den 3 maj 2016, s. 3 och s. 22. En pensionsrådgivningstjänst som tillåter kickbacks och provisioner blir med automatik en icke-oberoende pensionsrådgivningstjänst.

Eftersom tanken är att förmånportalen ska användas av kommunens anställda under ett antal år framöver kommer det att finnas ett behov av underhåll och utveckling av portalen. Med den tekniska utvecklingen som sker i samhället är det framför allt viktigt med tanken på de webbaserade tjänsterna. Användarna har i dag höga krav på utveckling och förutsätter att ett IT-system förändrar sig i takt med den allmänna teknikutvecklingen. Dessutom kommer de förmåner och rabatter som kommunen vill att de anställda ska få del av att förändras över tid. Kommunen har behov av att förändra sitt utbud av förmåner för att kunna möta anställdas önskemål och vara en attraktiv arbetsgivare. En förmånportal där innehållet är konstant tillgodoser inte kommunens behov.

My Benefit hänvisar till ett beslut från Konkurrensverket som avser upphandling av konsultmäklare där syftet var att få till ett ramavtal med en hel-

hetsleverantör för konsulttjänster. Uttalandet är därför inte tillämpligt för denna upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kravet om kostnadsneutralitet

My Benefit gör gällande att kravet om kostnadsneutralitet för förmåner/bidrag som erbjuds via förmånsportalen strider mot principerna om transparens och proportionalitet. Enligt My Benefit är de förmåner/bidrag som kommunen efterfrågar skattepliktiga och medför kostnader såväl för den anställde som för kommunen.

Kommunen anser att kravet är transparent, samt välavvägt, lämpligt och effektivt. Kommunens avsikt med kravet är att säkerställa att varken den anställde eller kommunen belastas med exempelvis transaktionsavgifter kopplade till köp av varor eller tjänster som erbjuds via förmånsportalen. De förmåner som medför kostnader ska, innan de införs i portalen, särskilt beslutas av kommunen. Enligt kommunen har My Benefit, genom att inte lämna anbud, förlorat möjligheten att få mer information om det som upphandlas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen genomfört upphandlingen enligt 4 kap. 2 och 3 §§ LOU (förhandlat förfarande med föregående annonsering). Avsikten med en förhandlad upphandling är att anbud, genom en förhandling, anpassas till de krav som angetts i annonsen eller i förfrågningsunderlaget, inte tvärtom. Obligatoriska krav kan knappast bli föremål för en förhandling.¹

¹ jfr Lag om offentlig upphandling – En kommentar, Jan-Erik Falk, andra upplagan s. 167

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 2.13 framgår att anbud lämnas genom att fylla i Bilaga 1 Prisformulär och Bilaga 2 Svarsformulär. Enligt avsnitt 9.1 i förfrågningsunderlaget kontrollerar kommunen vid anbudsprövning att anbudsgivaren uppfyller de ska-krav som ställts i Bilaga 2 Svarsformulär.

Av Bilaga 2 Svarsformulär avsnitt 4.1.10 framgår följande.

Varje Beställare ska ha möjlighet att själv avgöra vilka förmåner som ska presenteras för Beställares medarbetare. Utgångspunkten ska vara kostnadsneutralitet för respektive Beställares del, innebärande att inga kostnader ska uppstå för respektive Beställare. I det fall förmåner/bidrag införs eller förändras som innebär kostnader för Beställarna, ska detta särskilt beslutas. Accepteras kravet?

Av svarsformulärets avsnitt 4.6.7.4 och 4.6.7.5 kan man vidare utläsa följande.

Inga transaktionsavgifter, provisioner eller kickbacks får förekomma för förmåner eller rabatter som erbjuds via Förmånsportalen. Accepteras kravet?

Ska-kravet om förbud mot transaktionsavgifter, provisioner och kickbacks gäller även underleverantörer. Beskriv hur ni kan garantera detta avseende era underleverantörer.

Enligt förvaltningsrättens bedömning utgör ovanstående krav upphandlingens obligatoriska och därmed icke-förhandlingsbara krav.

Ett förfrågningsunderlag ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42). Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har det aktuella obligatoriska kravet inte utformats tillräckligt tydligt för att en anbudsgivare ska förstå vad som krävs för att kunna uppfylla kravet. Kommunen synes ha fastställt att de förmåner eller rabatter som leverantören förväntas erbjuda via portalen inte får medföra några kostnader samtidigt som det av avsnitt 4.1.10 framgår att de förmåner/bidrag som innebär kostnader ska beställarna besluta särskilt om. Noteras kan att ska-kravet om kostnadsneutralitet även avser underentreprenörer.

Förvaltningsrätten anser det vidare oklart hur den tilltänkta kontrollen av kravuppfyllelsen praktiskt ska kunna genomföras av kommunen. Förvaltningsrätten finner att det obligatoriska kravet om kostnadsneutralitet för förmåner, rabatter och bidrag strider mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Vid en sådan bedömning saknas anledning för domstolen att pröva huruvida kraven i svarsformulärets avsnitt 4.1.10, 4.6.7.4 och 4.6.7.5 lever upp till principen om proportionalitet i samma bestämmelse.

Kravet om individuell oberoende pensionsrådgivning

My Benefit gör även gällande att förbudet mot transaktionsavgifter, provisioner och kickbacks avseende pensionsrådgivningen som erbjuds via förmånsportalen är konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen. De anser att kommunens önskemål om att den anställde inte ska belastas med transaktionsavgifter inte utgör skäl för att förbjuda provisioner och kickbacks. De påpekar att det framgår av svarsformuläret att pensionsrådgivningen ska vara oberoende.

Kommunen å sin sida hävdar att kravet lever upp till proportionalitetsprincipen och anför att om en rådgivare drivs av provisioner eller kickbacks

kommer detta prägla rådgivningen genom att de alternativ som rådgivarna själva tjänar på förordas istället av de alternativ som den anställde tjänar mest på.

Enligt proportionalitetsprincipen får en upphandlande myndighet i en upphandling 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).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU: C:2005:644).

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, dvs. det aktuella obligatoriska kravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09).

För att ett uppställt krav ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs alltså att kravet inte går längre än det som är nödvändigt för att uppnå sitt syfte.

Av Bilaga 2 Svarsformulär avsnitt 4.6.5.4 framgår följande.

Pensionsrådgivningen ska bedrivas enligt etiska och moraliska principer. Den pensionsrådgivning som tillhandahålls i Förmånsportalen får inte innebära någon ersättning i form av provisioner, kickbacks eller annan distributionsersättning från försäkrings- eller fondbranschen. Uppfylls kravet?

Av svarsformulärets avsnitt 4.6.5.5 kan man vidare utläsa följande.

Beskriv hur ska-kravet (4.6.5.4) om etiska och moraliska principer uppfylls.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet om individuell oberoende pensionsrådgivning är ett ska-krav. Vidare kan noteras att kommunens syfte med kravet har varit att se till att pensionsrådgivningen är oberoende. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan förbudet mot provisioner, kickbacks eller annan distributionsersättning visserligen anses vara ägnat att tillgodose individuell oberoende pensionsrådgivning, men kravet framstår varken som nödvändigt eller rimligt i proportion till det som nu upphandlas.

Förvaltningsrätten delar således My Benefits uppfattning att kommunens förbud mot provisioner, kickbacks eller annan distributionsersättning är för långtgående. Enligt förvaltningsrättens mening kan syftet med det aktuella kravet uppnås med en betydligt mindre gripande åtgärd – nämligen genom att utvärdera leverantörens beskrivning av hur ska-kravet om etiska och moraliska principer avseende individuell oberoende pensionsrådgivning uppfylls.

Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att kommunen haft mindre ingripande alternativ till hands och att det aktuella kravet inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet om individuell oberoende pensionsrådgivning. Kravet strider mot kravet på proportionalitet.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att kommunen, genom att uppställa de i målet aktuella kraven, har brutit mot principerna om transparens och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU.

My Benefit har gjort sannolikt att kraven om kostnadsneutralitet och individuell oberoende pensionsrådgivning medfört att bolaget inte kunnat utforma och lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser därför att My Benefit i vart fall kan anses riskera lida skada till följd av det bristande förfrågningsunderlaget. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därför.

Eftersom felaktigheten har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

My Benefits ansökan ska följaktligen bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Jonas Hägerlind

Raili Funck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

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.