

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3 Enhet 32

DOM
2014-12-16
Meddelad i
GöteborgMål nr
11661-14**SÖKANDE**Söderberg & Partners Förmåner AB, 556797-0594
Box 7785
103 96 Stockholm**MOTPART**Vänersborgs kommun
462 85 Vänersborg**SAKEN**

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

KONKURRENSVERKET

2014-12-16

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 305793

Postadress
Box 53197
400 15 GöteborgBesöksadress
Sten Sturegatan 14Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.seTelefax
031 - 711 78 59Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM****BAKGRUND**

Vänerborgs kommun (kommunen) har genomfört en öppen upphandling beträffande förmånsportal för Vänersborgs kommun, dnr 2014/26.

Av tilldelningsbeslut den 29 oktober 2014 framgår att Söderberg & Partners Förmåner AB (bolaget) inte tilldelats avtal eftersom bolaget ansetts inte uppfylla i anbudsfrågan ställda krav på utbud av förmåner och rabatter, valportal och mobil applikation. Istället har ett annat bolags anbud antagits.

YRKANDEN M.M.

Söderberg & Partners Förmåner AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen rättas på så sätt att anbudet från bolaget rätteligen utvärderas. Bolaget anför i huvudsak följande.

Kommunen har enligt tilldelningsbeslutet felaktigt uteslutit bolaget på den grunden att bolaget inte uppfyllt de nämnda kraven i anbudsfrågan. Bolaget har i sitt anbud tydligt redogjort att alla nämnda krav uppfylls genom att i kommunens upphandlingsprogram besvara frågorna enligt följande.

Avseende punkten 3.1.3 vad gäller utbud av förmåner och rabatter har bolaget angett att utbudet av förmåner är omfattande och bearbetas kontinuerligt för att ständigt vara aktuellt och attraktivt. Exempel på delar av utbudet är friskvård (gym, simhallar, massage, viktninskning, crossfit etc.), privat sjukvård (IVF, ögonlaserbehandlingar etc.), kollektivtrafik, hushållsnära tjänster och lärostöd, matkassar, personalrabatter (rikstäckande och av olika kategorier), donationer etc. Dedikerade resurser arbetar löpande med leverantörsutbudet. Arbetet tar avstamp dels i aktuell skattelagstiftning,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

dels i direkta kundönskemål. Ett exempel på hur arbetet kan vara kundstyrt är att bolaget har möjlighet att genom sitt utvecklade enkätverktyg genomföra användarundersökningar för att få in förslag på efterfrågade leverantörer. Bolaget håller sig ständigt a' jour med utvecklingen inom skatteområdet för att arbeta proaktivt med nya möjligheter till förmånsval för sina användare samt för att säkerställa att deras tjänst är i överensstämmande med gällande rätt. Genom den redovisningen är det uppenbart att bolaget uppfyller kommunens krav i detta avseende. Bolaget har därmed uppvisat ett brett och färdigt sortiment av förmåner och rabatter. Det har inte framkommit i förfrågningsunderlaget, vid visning eller i korrespondens med kommunen hur den definierar "ett brett och färdigt sortiment av förmåner och rabatter". Bolagets erbjudna förmåner och rabatter är många, håller en hög kvalitet och är av varierande sort för att attrahera alla användare, oavsett bland annat ålder, kön, kultur och intresse.

Avseende punkten 3.1.4 vad gäller valportal uppfyller bolaget, genom att besvara frågan med "ja", kommunens krav i detta avseende. I bolagets förmånsportal kan simuleringar med personliga utfall göras direkt i portalen gällande bl.a. sjukförsäkring, semesterdagar, föräldraledighet och pension och detta har funnits tillgängligt för Vänersborgs kommun genom en tillhandahållen testmiljö. Simuleringen bygger på personliga utfall och utgår från användarens personliga lön och semesterrätt.

Avseende punkt 3.1.8 vad gäller mobil applikation uppfyller bolaget kommunens krav då bolaget besvarat frågan med "ja", vilket var det svar som skulle lämnas enligt kommunens upphandlingssystem. Kommunens krav var att de anställda via systemet ska kunna få tillgång till sitt lönebesked och övrig information om förmåner, kompensation och rabatter via en mobil applikation. Bolaget har i sitt anbud därutöver åtagit sig att till avtalsstart göra erforderliga anpassningar och möta kommunens ytterligare önskemål utöver skallkravet i 3.1.8.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Kommunen har, genom att felaktigt förkasta bolagets anbud, handlat i strid med de grundläggande principerna i LOU. I tilldelningsbeslutet framgår att kommunen gjort en prövning av obligatoriska krav på kontraktsföremålet. Denna prövning framgår inte av förfrågningsunderlag. Avseende punkt 3.1.12 åligger det en upphandlande myndighet att transparent klargöra innebörden av de uppställda skallkrav som ställs på anbudsgivare för att undvika tolkningssvårigheter. Oklarheter i detta avseende får helt bäras av den upphandlande myndigheten. Bolaget har i anbudet angett att skallkraven är uppfyllda men kommunen har inte förstått detta vid sin egen kontroll.

Kommunen har felaktigt förkastat bolagets anbud som annars hade varit det vinnande anbudet och istället tilldelat kontrakt till Flexpay AB. Detta medför att bolaget kommer att lida ekonomisk skada i form av utebliven intäkt under den avtalsperiod som upphandlingen avser.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principer som kommer till uttryck i LOU. I enlighet med likabehandlingsprincipen får en upphandlande myndighet inte efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i en upphandling måste därför förkastas. Detta gäller även om uppgiften om bristande kravuppfyllelse blivit känd först senare i anbudsutvärderingen.

Avsnitt 3 i förfrågningsunderlaget är en kravspecifikation som innehåller flera obligatoriska krav i upphandlingen. Kraven ska vara uppfyllda vid inlämnandet av anbudet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

I förfrågningsunderlaget under punkt 3.1.12 gäller bl.a. att "(L)everantör som gått vidare till utvärdering ska kunna tillhandahålla en testmiljö där en referensgrupp utsedd av Vänersborgs kommun ska betygsätta hur man uppfattar portalens användarvänlighet och utformning". Vid anbudsutvärderingen har kommunen upptäckt att anbudet från bolaget inte uppfyller flera av de obligatoriska kraven i upphandlingen.

I punkt 3.1.3 i förfrågningsunderlag anges att "Systemet ska...kunna erbjuda ett brett färdigt sortiment av förmåner och rabatter". Bolaget har inkommit med en förteckning över de ställen/leverantörer som bolaget kan uppvisa förmåner och erbjudanden från. Denna förteckning har visats upp för och gått igenom av den referensgrupp som arbetat med upphandlingen. Referensgruppen bestod av åtta kommunanställda från varierande positioner och arbetsplatser. Gruppen var enig i att erbjudandet inte var ett brett och färdigt sortiment av förmåner och rabatter. Detta har inneburit att bolagets anbud inte har uppfyllt det obligatoriska kravet på att kunna erbjuda ett brett färdigt sortiment av förmåner och rabatter.

I punkt 3.1.4 i förfrågningsunderlaget anges att "(S)imuleringar av personliga utfall ska kunna göras direkt i portalen gällande bl.a. semesterväxling". När kommunen har kontrollerat de av bolaget angivna referenserna har det visat sig att det i mycket få fall av i kravet angivna utfall rör sig om personliga simuleringar. Istället för "personliga utfall" har det varit fråga om beräkningar på schabloner alternativt beräkningar på åldersspann som erbjuds. Detta innebär att bolagets anbud inte heller har uppfyllt det obligatoriska kravet på att kunna erbjuda "simuleringar av personliga utfall" avseende de i punkten 3.1.4 angivna omständigheterna. När det särskilt gäller "semesterväxling" har de tester som kommunen utfört visat att simulering av semesterväxling över huvud taget inte finns tillgänglig i portalen. Detta innebär i vart fall att bolagets anbud inte har uppfyllt det obligatoriska kra-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

vet på att kunna erbjuda "simuleringar av personliga utfall" avseende semesterväxling i enlighet med punkten 3.1.4.

Vidare anges i punkten 3.1.8 i förfrågningsunderlaget att "(D)e anställda ska via systemet kunna få tillgång till sitt lönebesked och övrig information om förmåner, kompensation och rabatter via en mobil applikation". Sådan mobil applikation finns inte till det system som offereras i bolagets anbud. Det finns endast möjlighet att få tillgång till lönebesked m.m. genom webbläsaren i en mobiltelefon, inte genom en mobil applikation. Vid kontroll av kravuppfyllelsen har en epostkorrespondens mellan kommunen och bolaget tydligt utvisat att bolagets offererade system inte har en utvecklad funktion för tillgång till lönebesked etc. genom en mobil applikation. Detta innebär att bolagets anbud inte heller har uppfyllt det obligatoriska kravet enligt punkt 3.1.8.

Bolaget har inte lidit skada eller kan komma att lida skada i LOU:s mening eftersom bolaget inte uppfyller de obligatoriska krav som ställs i upphandlingen och därför aldrig kan komma att utvärderas – vilket är en förutsättning för att tilldelas ett kontrakt.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att dess anbud uppfyller något av de tre ovanstående obligatoriska kraven i upphandlingen. Kommunen har, enligt vad som ovan anförts, inte meddelat tilldelningsbeslut i strid med 1 kap. 9 § LOU eller någon annan av bestämmelserna i lagen. Därmed har kommunens agerande inte lett till att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM****SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE***Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

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 LOU 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).

*Förfrågningsunderlag i relevanta delar***3. KRAVSPECIFIKATION****3.1.3. Utbud av förmåner och rabatter**

Vänersborgs kommun har, förutom behovet att i portalen kunna uppvisa befintliga förmåner och erbjudanden från befintliga leverantörer, även intresse av att bredda sortimentet av erbjudanden från förmånsleverantörer. Systemet ska därför kunna erbjuda ett brett färdigt sortiment av förmåner och rabatter.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM****3.1.4. Valportal**

En valportal ska finnas där varje medarbetare elektroniskt kan välja och beställa olika förmåner. Information ska finnas om vilka valmöjligheter som finns och de ekonomiska konsekvenserna av olika val. Eventuella friskvårdsbidrag ska hanteras inom systemet. Systemet ska kunna hantera alla typer av förmåner som finns på den svenska marknaden, vara uppdaterat och följa utvecklingen på marknaden över tid. Förmånsutbudet ska vara valbart på flera orter på landet. Portalen ska kunna hantera val inom ett antal områden och innehålla bl.a.:

- Lönespecifikationer
- Olika typer av kompensationer
- Samlad förmånsbild för individ
- Personrabatter
- Pension och försäkringar
- Konsekvensbeskrivning av förändrade villkor i anställningen (sjukskrivning, föräldraledighet med mera)
- Kontaktuppgifter för förmånsportal och företag som erbjuder förmåner
- FAQ

3.1.8 Mobil applikation

De anställda ska via systemet kunna få tillgång till sitt lönebesked och övrig information om förmåner, kompensation och rabatter via en mobil applikation. Stöd ska minst finnas för IOS och Android. Tjänsten ska tillhandahållas utan extra kostnader.

3.1.12 Användarvänlighet

Leverantör som går vidare till utvärdering ska kunna tillhandahålla en testmiljö där en referensgrupp utsedd av Vänersborgs kommun ska betygsätta hur man uppfattar portalens användarvänlighet och utformning. Referensgruppen består av personer från Vänersborgs kommun som representerar personalfunktion, IT och anställda. Gruppen kommer att enas om ett omdöme per påstående.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

framfört i målet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolagets uppfyllelse av obligatoriska krav

Kommunen har som skäl för att utesluta bolagets anbud uppgett att bolaget inte uppfyller samtliga i anbudsförfrågan ställda krav på kontraktsföremålet.

Bolaget har anfört att det, genom att redogöra för vad bolaget har att erbjuda samt genom att besvara "ja" i kommunens frågor i förfrågningsunderlaget, uppfyller kommunens krav i de delar som avser utbud av förmåner, valportal och mobil applikation.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärdering väsentligen måste vila på skönmässiga bedömningar får den upphandlande enhetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (jfr Kammarrättens i Jönköping avgörande i mål nr 5-09).

Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderingen av kraven i målet vilar på skönmässiga bedömningar. I enlighet med ovan nämnda kammarrättsavgörande ska den upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl för en annan bedömning.

Av utredningen i målet framgår att bolagets anbud har utvärderats av referensgruppen och att referensgruppen är enig om att bolaget efter utvärde-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

ringen inte uppfyllde kraven på ett brett och färdigt sortiment av förmåner och rabatter. Det framgår även av mejlkorrespondens den 21 oktober 2014 mellan Anneli Bengtsson, Vänersborgs kommun och Filip Valentin från bolaget att det saknas konkreta uppgifter från flera leverantörer om vilka rabatter eller andra förmåner de kan erbjuda. Vidare har bolaget endast påstått, men inte närmare visat, att deras valportal medgett det krav på personliga simuleringar som uppställts. Kommunen har därmed haft godtagbara skäl att utesluta bolagets anbud och det saknas därför förutsättningar för ingripande enligt LOU på denna grund.

Brott mot transparensprincipen

Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132). Detta innebär att ett förfrågningsunderlag ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt akt-samma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således tolka dem på samma sätt (C-368/10 Max Havelaar). De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har bl.a. anfört att det inte framkommit i förfrågningsunderlaget hur "ett brett och färdigt sortiment" av förmåner och rabatter definieras och att det åligger en upphandlande myndighet att transparent klargöra innebörden av de uppställda skallkrav som ställs på anbudsgivare för att undvika tolkningssvårigheter.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

I punkt 3.1.3 i förfrågningsunderlaget uppställs ett krav på brett och färdigt sortiment av utbud av förmåner och rabatter. Förmånerna beskrivs närmare i punkterna 3.1.13 – 3.1.15. Det sägs även att om parterna finner oklarheter i förfrågningsunderlaget har de möjlighet att ställa frågor till den upphandlande myndigheten. Av handlingarna i målet framgår inte att bolaget använt sig av den möjligheten.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det i målet inte visats att kommunens obligatoriska krav strider mot transparensprincipen. Något skäl för ingripande enligt LOU har således inte framkommit på denna grund.


Skada

Bolaget har slutligen anfört att bolaget kommer att lida ekonomisk skada i form av utebliven intäkt under den avtalsperiod som upphandlingen avser.

Förvaltningsrätten har ovan bedömt att bolaget inte uppfyller angivna obligatoriska krav och därför rätteligen har uteslutits från fortsatt utvärdering. Därigenom har bolaget inte visat att det lidit skada.

Sammanfattningsvis uppfyller bolaget inte samtliga krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därför haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från upphandlingen. Det saknas förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Ansökan ska således avslås.

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



Karin Johansson

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Lan Le Huong.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skicka 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 rättslämningen 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 rättsens 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 rättsens 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.