



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-06-16
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4000-16

KONKURRENSVERKET	
2016-06-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

BeTe Konsulttjänster AB, 556327-0692

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 415905

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) genomför en upphandling av konsulttjänster för chefs- och medarbetarutveckling, dnr 440/14. Upphandlingen är uppdelad i avtalsområde A - G. Av upphandlingsprotokoll från den 8 april 2016 framgår att BeTe Konsulttjänster AB (BeTe) har uteslutits från upphandlingen i avtalsområde B. Beslutet motiveras i huvudsak enligt följande. I anbudet har bolaget till viss del beskrivit de teoretiska referensramar de använder sig av. Beskrivningen är tunn och det saknas beskrivning av den teori och forskning bolaget använder sig mest av vid chefshandledning. Det saknas också beskrivning av de metoder och verktyg de använder vid genomförande av uppdrag. Därmed styrker inte bolaget att kraven uppfylls.

YRKANDEN M.M.

BeTe Konsulttjänster AB (BeTe) ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet upphävs, att uteslutningen av BeTes anbud upphävs och att deras anbudssvar går vidare till utvärdering, alternativt att upphandlingen görs om. BeTe anför bl.a. följande. I upphandlingen återfanns ett ska-krav som stipulerade att "Leverantören ska arbeta efter vedertagna teorier med såväl strukturerade och dokumenterade metoder". Som bevis skulle leverantören komma in med en bilaga där teoretisk referensram, metoder och verktyg beskrivs. Förfrågningsunderlaget klargör inte hur utförlig beskrivning som krävs, hur upphandlaren avser att bedöma/utvärdera om angiven teori är vedertagen och metoderna strukturerade och dokumenterade. Upphandlingsbolaget har vad gäller andra anbudsgivare argumenterat för att angivning och beskrivning av verktyg inte är nödvändigt. Detta framgår inte av förfrågningsunderlaget och missgynnar således de anbudsgivare som har ägnat del av svarsbilagan åt att ange

verktyg. Ibland är kraven absoluta (metod och teori) och ibland valfria (beskrivning av verktyg). Utvärderingen av anbuderna är omöjlig att förutse för anbudsgivaren och har därför lämnat ett stort utrymme för godtycklighet, vilket strider mot LOU. En annan anbudsgivare har liksom BeTe angett referenser till upphovsmän som sätt för att säkerställa att upphandlaren kan följa upp och bedöma om teorin i sig är vedertagen och grundad i forskning och evidens. I bilagans instruktion uttrycks att "med teoretisk referensram avses en övergripande syn på kunskapssystem". Upphandlingsbolaget har sedan avfärdat bolagets beskrivning av socialkonstruktivism med argumentet: "Socialkonstruktivism är ett övergripande synsätt som inte utan mer specificerade beskrivningar kan kopplas till en viss vedertagen teori. Det är ett synsätt på en ontologisk nivå som omfattar flera underliggande teorier." Upphandlingsbolaget illustrerar själva härmed bristerna i antingen förfrågningsunderlaget eller utvärderingen. Konkretiseringsnivån är inte förutsebar utifrån förfrågningsunderlaget. Avvikelser från olika delar av förfrågningsunderlagets efterfrågade uppgifter leder till olika bedömningar av anbuderna som är allt annat än förutsebara. En icke-transparent och oförutsebar värdering är inte förenlig med LOU. Sammanfattningsvis anser bolaget att deras anbud uppfyllt ska-kraven och därför ska utvärderas, alternativt ska bilagan Teorier och metoder underkännas som underlag i bedömningen av om inkomna anbud uppfyller ska-kraven.

Bristerna i upphandlingsförfarandet har lett till att BeTe har uteslutits från upphandlingen på godtyckliga grunder och gått miste om ett ramavtal som skulle kunna innebära betydande arbetstillfällen för bolaget. Således lider de skada av beslutet. – Bolaget åberopar skriftlig bevisning.

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det framgår tydligt av aktuellt krav och svarsbilaga vad som ska anges och beskrivas för att kravet ska vara uppfyllt. Vad avser metoder framgår det av svarsbilagan att anbudsgivarna

ska ange och beskriva de metoder som används vid genomförande av uppdrag samt att med metoder avses olika tillvägagångssätt som till exempel intervjuer, fältstudier eller enkäter. BeTe har angivit olika metoder men har inte beskrivit dem i enlighet med instruktionen. De har endast listat begrepp i kombination med vad som får antas vara upphovspersonerna. De ord som BeTe menar utgör beskrivande element är allmänt hållna och det går av dessa inte att dra några slutsatser om hur tjänsterna kommer att utformas. Bedömningen av om anbudet visar att kravet är uppfyllt har gjorts av sakkunniga personer som har erfarenhet av området. Hur bedömningen ska göras behöver inte beskrivas i förfrågningsunderlaget. För det fallet att BeTe har ansett att kraven har varit ottydligt utformade har det funnits möjlighet att be om ett förtydligande. Kravet om att leverantören ska arbeta efter vedertagna teorier och med väl strukturerade och dokumenterade metoder kan uppfyllas på olika sätt. En grundförutsättning är att anbudsgivaren har uppfyllt kravet om att ge in en beskrivning. De, av BeTe, exemplifierade anbudet har uppfyllt detta vad gäller teori och metod medan BeTe endast har angett metoder utan att beskriva dem. Instruktionen i svarsbilagan om att ange och beskriva verktyg är enbart ett sätt för leverantören att visa hur denne arbetar med teori och metod. En av de exemplifierade leverantörerna har fyllt i verktygsfältet i svarsbilagan utan att namnge verktygen, men har ändå i övrigt kunnat styrka kravet. Bedömningen har inte varit godtycklig eller brustit vad gäller likabehandling eller transparens.

BeTes anbud visar inte att BeTe uppfyller det obligatoriska kravet på att anbudsgivarna ska arbeta efter vedertagna teorier med väl strukturerade och dokumenterade metoder. Det har därför varit korrekt och en skyldighet att förkasta deras anbud. Eftersom BeTes anbud rätteligen förkastas kan bolaget inte heller lida skada av de framförda bristerna mot en konkurrens anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kravet på transparens och likabehandling bland annat innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas. Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr avgörandet RÅ 2002 ref. 50). Likabehandlingsprincipen innebär vidare att lika situationer inte får behandlas olika såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

BeTe:s talan grundar sig i att Upphandlingsbolaget anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen genom att förkasta bolagets anbud och samtidigt kvalificera andra, vilka BeTe menar har brister avseende samma kvalificeringskrav. Vidare menar BeTe att kvalificeringskravet inte är tydligt uppställt varför det får anses bryta mot transparensprincipen och ge utrymme för godtyckliga bedömningar. BeTe:s talan, såsom förvaltningsrätten uppfattat den, kan således sammanfattas med att

1. bolagets anbud inte borde ha uteslutits då det uppfyller ska-kraven,
2. bolagets anbud inte borde ha uteslutits eftersom ska-kraven i bilagan Teorier och metoder inte ska tillämpas, alternativt
3. att upphandlingen ska göras om eftersom de uppställda kraven inte är transparanta och öppnar för godtyckliga bedömningar

Av förfrågningsunderlaget 4.2.1.2 Teorier och metoder framgår att leverantören ska arbeta efter vedertagna teorier med väl strukturerade och dokumenterade metoder. Som bevis ska leverantören beskriva teoretisk referensram, grundad av forskning och evidens, samt metoder och verktyg i bilaga ”Teorier och metoder A-E”.

Förvaltningsrätten konstaterar avseende de generella invändningarna BeTe gjort mot förfrågningsunderlaget i fråga om transparens och förutsägbarhet att, som nämnts ovan, förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när. BeTe har hävdats att bristerna i dessa delar medför grund för att inte beakta kraven avseende Teorier och metoder vid bedömningen av om anbudet uppfyller ska-kraven respektive att ska-kravet är så otydligt att det finns grund för att förordna att upphandlingen ska göras om. Enligt förvaltningsrättens mening talar det faktum att BeTe faktiskt lämnat ett anbud, utan att ställa några frågor till den upphandlande enheten kring utformningen av kravet, mot att det aktuella ska-kravet haft så allvarliga brister som bolaget anför. Förvaltningsrätten

anser att Upphandlingsbolagets kvalifikationskrav avseende teori och metod har varit utformat på ett tillräckligt tydligt sätt för att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad som krävs för att visa att kravet är uppfyllt. Kravet kan därför inte anses bryta mot transparensprincipen eller ge utrymme för godtyckliga bedömningar på så sätt som BeTe har anfört.

Nästa fråga är då om det har varit korrekt att utesluta BeTe på den grunden att bolaget inte uppfyllt ska-kravet. I bilaga "Teorier och metoder" har BeTe under avsnittet teoretisk referensram i generella drag beskrivit hur de arbetar samt angett att deras huvudsakliga teoretiska inriktning är kognitiv beteendeterapi och beteendeanalys för organisationer. De har i sammanhanget inte beskrivit sina huvudsakliga teoretiska inriktningar men speglat sitt val mot äldre psykologisk teoribildning samt angett att den äldre teoribildningen är oförenlig med ett normkritiskt perspektiv. Vidare har de angett flera olika exempel på teori och forskning som de använder sig av vid chefshandledning/coachning, dock utan att beskriva dem. Under avsnitten metoder, respektive verktyg, har BeTe endast kortfattat angett metoder och verktyg utan att beskriva dem. Förvaltningsrätten anser i likhet med Upphandlingsbolaget att beskrivningen är tunn samt att det av beskrivningen inte framgår hur bolaget faktiskt arbetar eller hur deras tjänster är utformade. Syftet med det aktuella kravet har därmed helt förfelats. BeTe har således enligt förvaltningsrättens mening inte uppfyllt kvalificeringskravet.

BeTe har anfört att även andra anbud saknar beskrivningar samt att ett av de exemplifierade anbuden inte har redogjort för vilka verktyg de använder sig av. Förvaltningsrätten har vid en jämförelse funnit att de exemplifierade bolagens anbud till vissa delar har en avsaknad av beskrivande element men att de ändock i betydligt större omfattning får anses beskriva, i synnerhet sina metoder, på ett mer utförligt sätt än vad BeTe har gjort. Det har således inte rört sig om lika anbud som därav ska behandlas på samma sätt.

Sammantaget är därför förvaltningsrättens bedömning att utredningen i målet inte ger stöd för annat än att innehållet i den bilaga som bifogats BeTes anbud är av enklare beskaffenhet än vad som efterfrågats i upphandlingen och att bolaget därför inte har levt upp till kvalificeringskravet. Enligt förvaltningsrättens mening har kravet i förfrågningsunderlaget getts en tillräckligt tydlig utformning och det har inte heller framkommit att Upphandlingsbolaget vid bedömningen av huruvida kravet är uppfyllt har premierat vissa anbudsgivare på ett godtyckligt sätt. Upphandlingsbolaget har därmed, genom att inte kvalificera BeTes anbud, inte agerat i strid mot LOU. Det har således inte heller kommit fram att bolaget på grund av något brott mot LOU har lidit eller riskerat att lida skada. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan avslås därför.

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



Kristian Karlemon

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Kristina Wejstål.



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 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.

