



SÖKANDE

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-04-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad (nämnden) genomför en ramavtalsupphandling av verksamhets- och organisationskonsulter, dnr 0224/17.

Av tilldelningsbeslut den 15 oktober 2018 framgår att andra leverantörer än [REDACTED] anbudslämnande grupp vunnit upphandlingens område A, som avser verksamhets- och organisationsutveckling.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som [REDACTED] har angett.

YRKANDEN M.M.

[REDACTED] ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] anför bl.a. följande.

Nämnden har brutit mot flera av de grundläggande principerna och bestämmelserna i LOU. Detta har medfört att hennes möjlighet att tilldelas ramavtal har försämrats och hon har därför lidit eller kan komma att lida skada.

Väsentliga förändringar

I de ursprungliga upphandlingsdokumenten som publicerades den 18 maj 2018 fanns i punkt 2.2.2.5 ett krav på referensuppdrag. Tre referensuppdrag krävdes som vart och ett behövde omfatta en fakturering om minst 500 000 kr. Nämnden ändrade den 28 maj 2018 kravet på referensuppdrag till att minst ett av dem istället skulle omfatta minst 200 timmar, vilket är ett betydligt mildare krav. Tiden att lämna anbud förlängdes samtidigt med en

vecka. Vidare förändrade nämnden väsentligt utvärderingskriterierna i upphandlingsdokumentens punkter 2.4.3 och 2.4.4 från "... samt vilken affärsnytta och kundnytta kunden får genom leverantörens arbetssätt" till "... samt vilket mervärde kunden får genom leverantörens arbetssätt" utan att förlänga anbudstiden.

Av förarbeten och EU-direktiv framgår att en förlängning av anbudstiden inte läker alla brister. Vid så väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten att upphandlingens art ändras, måste upphandlingen göras om. De förändringar som genomfördes av de obligatoriska kraven i den här upphandlingen var så väsentliga att upphandlingen borde annonserats på nytt. Förändringen av referensuppdragen var mycket omfattande och innebar att en mycket större leverantörskrets kom i fråga, som potentiellt kunde lämnat anbud om kännedom om förändringen funnits. Det är en självklar skillnad mellan "mervärde" och "affärsnytta".

Hon ifrågasätter hur nämnden kan veta att samtliga presumtiva anbudsgivare nåtts av de förändrade kraven. För henne betydde förändringen av kraven att hon på egna meriter skulle kunnat lämna begärda referenser från att tidigare inte kunnat uppfylla kraven alls. Eftersom hon då redan ingått avtal om samarbete för upphandlingen var det dock inte längre ett alternativ eftersom avtalet om samarbete i upphandlingen hade kunnat brytas endast av att en ny upphandling kom till stånd. Detta betyder att hon inte kunde påverka anbudets utformning i den utsträckning som kan göras vid lämnande av ett eget anbud och därmed inte heller kunnat optimera kvaliteten på mervärdena i de svar som getts in till nämnden.

Kompletteringar och förtydliganden av anbud

Nämnden gav anbudsgivaren Claesson & Partners AB möjlighet att komplettera sitt anbud med en ny underkonsult efter anbudsstopp. Även

anbudsgivaren Helseplan Consulting Group AB tilläts komplettera sitt anbud efter anbudsstopp med en beskrivning om företagets bredd. Såväl Claesson & Partners AB som Helseplan Consulting Group AB tilldelades ramavtal. Att få lov att komplettera sitt anbud i efterhand med efterfrågade krav är inte förenligt med LOU, såvida inte samtliga anbudslämnare ges samma möjlighet. Det är inte att anse som en enkel felskrivning för att underleverantörerna hade liknande namn, utan som en förändrad omständighet. Det är då inte frågan om en komplettering eller förtydligande i LOU:s mening. Hennes anbudslämnande grupp hade mycket svårt att nå kravet om 20 konsulter vid anbudstidens slut. De fick därför inte möjlighet att utforma det bästa anbudet. De borde ha blivit upplysta om möjligheten att enligt 14 kap. 7 § LOU komplettera sitt anbud. Eftersom de inte fick det innebär agerandet ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Utlämnande av handlingar

Nämnden har inte heller tillräckligt skyndsamt lämnat ut begärda handlingar till henne, och inledningsvis även felaktigt meddelat att varje anbud hon begärt ut skulle kosta 1 200–1 800 kr. Nämnden har maskat anbuderna alltför kraftigt. Genom nämndens agerande har hon inte beretts möjlighet att inom avtalsspärren undersöka de anbud som tilldelats ramavtal. Vidare har flera bilagor sannolikt scannats in fel, eftersom flera sidor saknas. Upphandlingen är därmed inte tillräckligt transparent.

Utvärderingskriteriernas omfattning och utformning

Utvärderingskriterierna *strukturkapital* respektive *arbetsprocess* i upphandlingsdokumentet behandlar en leverantörs allmänna och generella förmåga att utföra ett uppdrag, inte hur ett faktiskt uppdrag kommer genomföras. Detta är kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av

anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga och kan således inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Anbudsgivarnas förmåga och kapacitet hör till kvalificeringsfasen.

Omfattningen av utvärderingskriterierna 2.4.3 1 och 2.4.4 2 är vidare mycket stora. Trots det har nämnden begränsat svaret som en anbudsgivare ska lämna till maximalt 3–4 A4-sidor. Anbudsgivare tvingas därför att välja ut vilka delar som ska presenteras av det som efterfrågas eller att göra redovisningen så övergripande att det blir alltför rudimentärt. Kvalitetskriterierna lämnar därmed ett stort utrymme för godtycke i utvärderingen. Bedömningsgrunderna och poängsättningen stämmer inte överens. Nämnden har uppgett att det inte finns något protokoll eller annan dokumentation från när bedömningarna gjordes. Anbudsgruppens bedömning har istället redovisats genom givna poäng och motivering till erhållen poäng finns i den angivna poängskalan. Inga slutsatser kan därför dras om vad som avgjorde en sökandes placering. Upphandlingen strider därför mot transparensprincipen.

Krav på omsättning och antal konsulter

Kraven i upphandlingen på 15 miljoner kronor i omsättning och tillgång till 20 konsulter, varav 10 seniorkonsulter, är för omfattande för vad som krävs för att uppnå syftet med upphandlingen. Ett krav på omfattning av uppdrag om 200 timmar finns vidare i referensuppdragen. Nämnda krav säkerställer att anbudsgivaren kan ta större uppdrag. Nämnden skriver själv i upphandlingsdokumenten att uppdragen kan vara både stora och små. När det gäller upphandlingens syfte skulle det lika väl ha uppfyllts med leverantörer som har betydligt lägre omsättning och färre konsulter. Upphandlingen strider därmed mot proportionalitetsprincipen.

Otillbörlig begränsning av konkurrensen

Genom flera beslut och aktiviteter har nämnden strukturellt förändrat krav och utvärderingskriterier för att omöjliggöra för mikroföretagare att lämna anbud inom ett avtalsområde där det är vanligt med mikroföretag. I branschen kan uppdragen vara såväl stora som små och kort- som långsiktiga. De stora företagen finns kvar och lämnar anbud, men många små har inte längre möjlighet på grund av för höga krav. Klart ter det sig att nämnden helst hade sett större parter som leverantörer, vilket bekräftas i personligt möte med upphandlingsledare, via e-post med nämndens ordförande samt via de kraven som beslutas och kommuniceras i förfrågningsmaterialet.

Det var samma grupp som fastställde villkoren i förfrågningsmaterialet och som utvärderade anbuden. Nämnden uppger att det inte funnits möjlighet för gruppens medlemmar att veta vilken anbudsgivare det är bedömningen har avsett. Detta stämmer dock inte för hennes anbudsgivande grupp, eftersom det på grund av kravet på redovisning av strukturkompetens och arbetsprocess är lätt att förstå att sökanden tillhör en grupp med små aktörer som arbetar i nätverk. Det har alltså varit enkelt för nämnden vid utvärderingen att sortera bort de små leverantörer man inte velat ha. Det går inte att utesluta att grunden för hennes grupps låga poängsumma i strukturkapital och arbetsprocess grundar sig på förhållanden som inte ska utvärderas. Värt att nämna är att hennes grupp fick högsta poäng för referensuppdragen, vilket speglar den verkliga förmågan vad gäller strukturkapital och arbetsprocess. Detta var dock inte föremål för någon bedömning från nämnden. Antalet anbudslämnare i aktuell upphandling var 39 stycken. Detta ska jämföras med att över 100 anbudsgivare fick avtal i den förra upphandlingen.

Nämnden har bedömt att 11 av 39 anbudsgivare ska tilldelas ramavtal. Alla som tilldelats avtal har en kapacitet på referensuppdragen – så långt det gått att undersöka – som motsvarar det mer omfattande kravet som först gällde vid annonseringen. Alla har vidare en omsättning som överstiger 15 miljoner kr. Det ter sig därför både sannolikt och troligt att tilldelningen av ramavtalet strider mot 4 kap. 2 § LOU.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför följande.

Nämnden har inte brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna eller LOU i övrigt.

Väsentliga förändringar

Av 11 kap. 8 § 2 LOU framgår att det är tillåtet att göra väsentliga ändringar av upphandlingsdokumentet förutsatt att anbudstiden förlängs. Motsatsvis innebär bestämmelsen att förändringar som görs som inte är av så kvalificerat slag att de betecknas som väsentliga i sig inte medför en skyldighet att förlänga anbudstiden. Det som [REDACTED] kallar ändringar är inte att beteckna som några väsentliga ändringar. Därmed finns det inte någon skyldighet att förlänga anbudstiden. Trots detta förlängde nämnden anbudstiden med en vecka för att underlätta för anbudsgivarna. Ändringen av ordalydelsen i utvärderingskriterierna i punkt 2.4.3 respektive 2.4.4 i upphandlingsdokumenten är inte ens en ändring eftersom det av poängskalan för utvärderingskriterierna tydligt framgår att det är mervärde som efterfrågas. Eftersom upphandlingsdokumentet kan ha uppfattats som otydligt genom att det fanns två olika ordalydelser för utvärderingen förtydligades upphandlingsdokumentet så att det innehöll samma ordalydelser på båda ställena.

Samtliga presumtiva anbudsgivare som hämtat ut upphandlingsdokumentet har fått ett meddelande till sin e-post när förändringar av upphandlingsdokumentet gjorts. Detta innebär att sådana presumtiva anbudsgivare som upplevt att de inte kunnat lämna anbud med anledning av kraven blivit informerade när kraven mildrats. [REDACTED] har dessutom lämnat anbud och kan därför inte påstå att hon lidit skada.

Kompletteringar och förtydliganden av anbud

Nämnden har genomfört en omvänd anbudsprövning i enlighet med 4 kap. 12 § LOU. När de anbud som efter utvärderingen var aktuella för tilldelning kontrollerades, genomfördes även en kontroll av anbudsgivarnas åberopade kapacitet i form av underleverantörer. Då visade det sig att anbudsgivaren Claesson & Partners AB:s åberopade underleverantör inte betalat någon arbetsgivaravgift. Nämnden ställde därför en fråga om detta till Claesson & Partners AB, varpå det visade sig att det var en felskrivning och fel underleverantör hade angivits. Claesson & Partners AB tilläts därför rätta felskrivningen i enlighet med 4 kap. 9 § LOU. När det gäller underleverantörer som åberopas för att klara kraven i upphandlingen föreligger det till och med en skyldighet enligt 14 kap. 7 § LOU för upphandlande myndigheter att begära att underleverantören byts ut. Vad gäller Helseplan Consulting Group AB bad nämnden om ett förtydligande av texten i bolagets anbud. Det rör sig här om en konkretisering av en uppgift som fanns i anbudet i enlighet med 4 kap. 9 § LOU. Av punkt 1.3.1 i upphandlingsdokumenten följer att anbudsgivarna ska kunna styrka lämnade uppgifter. Detta kunde Helseplan Consulting Group AB göra vid nämndens kontroll.

Att [REDACTED] inte har fått komplettera eller förtydliga något i sitt anbud innebär inte att nämnden har brutit mot likabehandlingsprincipen. Samtliga kontrollerade anbudsgivare som haft otydligheter eller

felskrivningar i sina anbud har fått möjlighet att rätta felskrivningar eller förtydliga sina anbud. [REDACTED] anbud placerade sig så lågt efter utvärderingen att det inte var aktuellt för tilldelning. Det har därför inte funnits skäl att begära ett förtydligande av anbudet. I upphandlingen har 11 leverantörer antagits, vilket motsvarar behovet för ramavtalet. [REDACTED] [REDACTED] anbudslämnande grupp placerar sig på plats 13 av de anbudsgivare som inte har antagits. Även om Claesson & Partners AB:s och Helseplan Consulting Group AB:s anbud inte hade antagits skulle inte [REDACTED] anbudslämnande grupp antagits som ramavtalsleverantör. Skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU är därför inte uppfyllt.

Utlämnande av handlingar

Vad [REDACTED] anfört om utlämnande av allmän handling och sekretessbeläggning är inte av relevans för målet eftersom det inte är en upphandlingsrättslig fråga.

Utvärderingskriteriernas omfattning och utformning

Av tillämplig rätt framgår att inte enbart kvalifikationer och erfarenheter hos en anbudsgivares anställda kan utgöra ett utvärderingskriterium, utan även anbudsgivarens organisation, såsom arbetsprocesser och strukturkapital. Leverantörers strukturkapital och arbetsprocesser kan se olika ut och därmed ge mer eller mindre mervärde vid fullgörandet av de tjänster som upphandlas. Utvärderingskriterierna är tydligt beskrivna i upphandlingsdokumentet och det är även tydligt hur bedömningen kommer göras samt vad som krävs för att uppnå en viss poäng. Att anbudsgivarnas utrymme för beskrivning begränsats innebär inte att det inte finns utrymme nog för beskrivningar. Detta tydliggörs av att det finns anbudsgivare som fått den högsta kvalitetspoängen. Inga frågor eller synpunkter har lämnats i denna del under anbudstiden.

Bedömningen av kriterierna strukturkapital och arbetsprocesser har gjorts av en avtalsgrupp bestående av sju personer med hög kompetens inom området. Gruppen har gjort bedömningen mot de kriterier och den poängskala som redovisats i upphandlingsdokumentet. När beskrivningarna har bedömts har de varit avidentifierade. Det har därmed inte funnits möjlighet för gruppens medlemmar att veta vilken anbudsgivare som bedömningen har avsett. Det finns inte något protokoll eller annan dokumentation från utvärderingarna. Bedömningen har redovisats genom givna poäng. När det är fråga om en poängbedömning av avtalsgrupp genom konsensusmetod krävs det inte att gruppmedlemmarnas individuella poängsättning och motiveringar dokumenteras på sådan detaljnivå.

Krav på omsättning och antal konsulter

Kraven på omsättning och antal konsulter strider inte mot proportionalitetsprincipen. Den uppskattade volymen för område A är 39,5 miljoner kr per år, dvs. 158 miljoner kr under avtalsperioden. Denna summa dividerad med det nuvarande antalet leverantörer, dvs. 23 stycken, ger en genomsnittlig försäljning från ramavtalet om cirka 6,8 miljoner kr per leverantör. Ett omsättningskrav får vara dubbelt så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen, vilket blir 13,6 miljoner kr räknat på 23 leverantörer. Ett omsättningskrav på 15 miljoner kr är därmed inte oproportionerligt utan rimligt eftersom nämnden har vetat att ramavtal kommer att tecknas med färre leverantörer. Nämnden har tillsammans med företrädare från verksamheterna i Göteborgs Stad, som är beställare av de aktuella tjänsterna, beslutat att den aktuella upphandlingen ska rendera i att färre leverantörer ska antas. För att säkerställa att antagna leverantörer ändå har tillräcklig kapacitet för att täcka beställarnas behov av tjänsterna har ett krav på ett minsta antal om 20 konsulter antagits. Syftet med kravet är att underlätta beställarnas arbete vid förnyade konkurrensutsättningar och att försöka tillse att leverantörerna faktiskt får uppdrag genom ramavtalet. Det finns inget

mindre ingripande sätt att uppnå syftet och den eventuella negativa effekt kravet får för leverantörerna väger inte tyngre än den effekt som uppnås genom kravet. Det kan även noteras att det kommit in 39 anbud i upphandlingen. Detta visar att det inte är svårt att lämna in anbud. Med för många antagna ramavtalsleverantörer blir arbetet med förnyad konkurrensutsättning även en för stor belastning för beställarna. Dessutom slutar leverantörer som inte får några eller endast få avtal att lämna anbud vid avrop.

Otillbörlig begränsning av konkurrensen

Upphandlingen är inte utformad i syfte att begränsa konkurrensen. Anledningen till att färre leverantörer har antagits och tilldelats ramavtal är inte att försöka undvika små företag, utan att ha färre leverantörer för ramavtalet. Det har varit fullt möjligt att lämna anbud med åberopande av andra företags kapacitet eller som anbudslämnande grupp. Anbudsgivarna har upplysts om dessa möjligheter i upphandlingsdokumentet. [REDACTED] har dessutom ingått som en part i en anbudslämnande grupp som sammantaget uppfyller kraven på omsättning och antal konsulter. Kraven har således inte inneburit att anbud inte har kunnat lämnas. Den information som lämnades till en av deltagarna i [REDACTED] anbudslämnande grupp var att antalet leverantörer kommer att behöva minskas, att kravet på leveranskapacitet därmed kommer att höjas, att det kommer finnas möjlighet att lämna anbud med åberopande av extern kapacitet eller som anbudslämnande grupp samt att upplägget med konsultmäklare kommer att finnas kvar.

[REDACTED] kommunikation med nämndens ordförande är inte relevant för målet. Av upphandlingsdokumentet följer att alla frågor och synpunkter avseende upphandlingen ska ställas till ansvarig upphandlare via upphandlingsverktyget Tendsign. Om [REDACTED] hade ställt frågor

eller lämnat synpunkter genom korrekt kanal skulle hon fått återkoppling och korrekt information direkt. Nämnden kan inte lastas för att [REDACTED] [REDACTED] istället valde att kommunicera med dess ordförande. [REDACTED] [REDACTED] har haft tillräcklig tid för att lämna anbud, även om en samordning med andra leverantörer har krävts för att uppfylla kraven i upphandlingen. Det finns inte 100 leverantörer i nämndens föregående ramavtal utan 23. Antalet anbudsgivare vid den föregående upphandlingen var 62.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att rätten inte är tillsynsmyndighet över nämnden och kan därför inte pröva kommunens handläggning i fråga om utlämnande av handlingar.

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förändringar av upphandlingsdokumenten

██████████ har anfört att nämnden genomfört sådana väsentliga förändringar av upphandlingsdokumenten i fråga om referenskrav att nämnden borde börjat om med upphandlingen istället för att bara förlänga tidsfristen för att komma in med anbud.

Av 11 kap. 8 § 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får genomföra väsentliga förändringar i upphandlingsdokumenten, om tidsfristen för att lämna anbud förlängs så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. Vid så väsentliga

ändringar av upphandlingsdokumenten att upphandlingens art ändras, måste upphandlingen enligt förarbetena dock göras om istället (prop. 2015/16:195 s. 1064).

Parterna i målet är ense om att nämnden den 28 maj 2018 ändrade en del av punkt 2.2.2.5 i upphandlingsdokumenten från ett krav på att varje referensuppdrag skulle ha fakturerats för minst 500 000 kr exklusive mervärdesskatt, till att minst ett av referensuppdragen minst ska ha omfattat 200 timmar. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte denna förändring rimligen ändra upphandlingens art, då föremålet för upphandlingen – dvs. ett avtal för verksamhets- och organisationskonsultation – är detsamma och kravet även efter förändringen alltjämt måste anses ha syftat till att kontrollera en tilltänkt anbudsgivares tidigare erfarenheter inom denna bransch.

I samband med att nämnden gjorde förändringar i punkt 2.2.2.5 i upphandlingsdokumenten förlängde den tidsfristen för att lämna anbud med en vecka. Detta innebär att det redan på denna grund saknas skäl att göra om upphandlingen, även oaktat frågan om förändringarna inneburit en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten.

Vidare har [REDACTED] som en del av en anbudslämnande grupp, kommit in med anbud även efter att kraven på referensuppdrag förändrades. Hon har inte visat på vilket sätt detta inneburit skada för henne jämfört med om hon skulle ha lämnat ett anbud på egna meriter. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen även av den anledningen.

Vad gäller det som [REDACTED] har anfört om att nämnden ändrat ordalydelsen ”affärsnytta och kundnytta” till ”mervärde” i utvärderingskriterium 1 och 2 (punkterna 2.4.3 och 2.4.4 i upphandlingsdokumentet), anser förvaltningsrätten dels att detta inte kan anses vara en sådan väsentlig

förändring som kräver förlängd anbudstid, dels att [REDACTED] inte visat hur denna ändring skulle ha medfört att hon lidit eller kan komma att lida skada.

Kompletteringar och förtydliganden av anbud

[REDACTED] har invänt mot att nämnden tillåtit två anbudsgivare, Claesson & Partners AB respektive Helseplan Consulting Group AB, att rätta alternativt förtydliga sina anbud. Hon anser att nämndens agerande i denna del strider mot likabehandlingsprincipen bl.a. eftersom hon och hennes anbudslämnande grupp inte informerats om möjligheten att göra så enligt 14 kap. 7 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att [REDACTED] anbudsgivande grupp efter utvärdering har hamnat på plats 24 bland samtliga anbudsgivare. Eftersom avtal endast tilldelades de 11 leverantörer som placerade sig överst vid utvärderingen skulle [REDACTED] grupp därför inte ha tilldelats avtal även om Claesson & Partners AB och Helseplan Consulting Group AB hade diskvalificerats. Detta innebär att [REDACTED] [REDACTED] inte kan anses ha lidit eller komma att lida enbart av den anledningen att nämnden låtit nämnda anbudsgivare komplettera sina anbud.

Utvärderingskriteriernas omfattning och utformning

[REDACTED] har även anfört att nämnden sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier, genom att som utvärderingskriterium ha med anbudsgivares strukturkapital och arbetsprocess. Hon menar att detta är egenskaper som är hänförliga till kvalificeringsfasen, vilket innebär att nämnden agerat i strid med de grundläggande principerna enligt LOU.

Av punkterna 2.4.3 respektive 2.4.4 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande:

2.4.3 Utvärderingskriterie 1 - Strukturkapital

I ett tjänsteföretag är det ofta den enskilda medarbetaren som är företagets viktigaste tillgång. Genom att vara den som är närmast kunden blir det medarbetaren som bygger relationer, är företagets ansikte utåt, diskuterar problem som behöver lösas och som levererar lösningar. Därmed utvecklar medarbetaren unik kompetens som om den tas tillvara och vidareutvecklas/förädlas kan skapa stort värde både för företaget och för företagets kunder.

Genom att aktivt arbeta med insamling och förädling av medarbetares kunskap och erfarenheter och tillgängliggöra dem för övriga medarbetare kan företaget bygga upp och utveckla ett strukturkapital.

Strukturkapitalet utgörs av den samlade kunskapen som finns inom företaget i form av exempelvis arbetsprocesser, rutiner, stödsystem, arbetsverktyg, kund- och leverantörsrelationer och erfarenhets/kunskapsåtervinning. Ju mer kunnande och information som lagras och kan delges medarbetare desto större blir kunskapstillväxten samtidigt som sårbarheten och individberoendet minskar.

Leverantören ska till sitt anbud bifoga en beskrivning över hur man inom leverantörens verksamhet arbetar med att bygga och utveckla strukturkapital för att på bästa sätt kontinuerligt och tidseffektivt kunna leverera tjänster med hög kvalitet.

Beskrivningen ska innehålla beskrivning av de arbetsprocesser, rutiner, stödsystem, arbetsverktyg etc som används och hur man inom verksamheten arbetar med att bygga och utveckla strukturkapital.

Beskrivningen bör visa att leverantören har en helhetsförståelse för att bygga och utveckla strukturkapital samt vilken affärsnytta och kundnytta¹ kunden får genom leverantörens arbetsätt.

[...]

Bedömningsgrunder

Beskrivningen kommer att bedömas med utgångspunkt från följande fyra (4) bedömningsgrunder:

1) *Säkerställa leverans*; Hur arbetar leverantören för att säkerställa att kunden alltid får en leverans som utförs med hög kvalitet och som motsvarar det beställda uppdraget och leverantörens åtagande?

2) *Fånga upp*; Hur arbetar leverantören för att fånga upp kunskaper och erfarenheter från utförda uppdrag/tjänster?

3) *Förädling/vidareutveckling*; Hur arbetar leverantören med att förädla/vidareutveckla kunskaper och erfarenheter från utförda uppdrag/tjänster?

4) *Tillgängliggöra*; Hur arbetar leverantören för att tillgängliggöra så att övriga medarbetare inom företaget kan ta del av insamlade kunskaper och erfarenheter?

¹ Formuleringen ”affärsnytta och kundnytta” ändrades enligt såväl Pernilla Hallberg som nämnden till ”mervärde” under upphandlingens gång, *förvaltningsrättens anmärkning*.

2.4.4 Utvärderingskriterie 2 – Arbetsprocess

Strukturerna kring hur ett uppdrag genomförs är av största vikt för att nå ett bra resultat.

Leverantören ska till sitt anbud bifoga en beskrivning över den arbetsprocess som generellt ligger till grund för de uppdrag leverantören genomför inom ramavtalsområdet.

Beskrivningen ska innehålla beskrivning av planerings- genomförande- och avslutningsfas och leverantörens rutiner för respektive fas.

Beskrivningen bör visa att leverantören har en helhetsförståelse för hur de olika faserna är sammankopplade samt vilken affärsnytta och kundnytta² kunden får genom leverantörens arbetssätt. Beskrivningen bör visa hur arbetsprocessen kan anpassas för att passa olika typer av verksamhetsområden inom avtalsanvändarnas verksamhet.

[...]

Bedömningsgrunder

Beskrivningen kommer att bedömas med utgångspunkt från följande fyra (4) bedömningsgrunder:

- 1) *Förståelse för uppdrag*; Hur arbetar leverantören för att få förståelse för uppdrag utifrån kundens syfte, mål och eventuella utmaningar?
- 2) *Tillgänglighet och flexibilitet*; Hur arbetar leverantören för att få förståelse för kundens behov och för att anpassa och skräddarsy innehåll för att tillgodose behovet.
- 3) *Hög kvalitet i uppdraget*; Hur arbetar leverantören med kvalitetssäkring av samarbete och eventuella brister kring detta samt kvalitetssäkring av resultatet?
- 4) *Förmåga att bidra*; Hur arbetar leverantören med att bidra till att insatsen kan leva kvar i kundens verksamhet och hur följs detta upp?

Enligt artikel 67.2 b) i EU-direktivet om offentlig upphandling³ kan tilldelningskriterier omfatta organisation samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 (Lianakis) framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser

² Se föregående not.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning, d.v.s. utvärderingskriterier.

I ett senare avgörande, C-601/13 (Ambisig), slog EU-domstolen fast bl.a. följande. Kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt kan på ett avgörande sätt vara beroende av vilken yrkeserfarenhet och utbildning de personer som ska fullgöra kontraktet har. Detta gäller i synnerhet om kontraktsföremålet avser intellektuella tjänster. Det finns inte något hinder för den upphandlande myndigheten att införa ett kriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos de arbetslag som anbudsgivarna konkret har föreslagit för kontraktets fullgörande och som tar hänsyn till arbetslagets sammansättning samt erfarenhet och meriter hos dem som ingår i det. Domstolen anförde bl.a. att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning.

Den nu aktuella upphandlingen avser konsulter för verksamhets- och organisationsutveckling. Av avsnitt 1.1.1 i upphandlingsdokumentet framgår följande om upphandlingens omfattning och objekt. Uppdrag som avropas kan vara stora och omfattande. Det kan också vara tillfälliga korta uppdrag. Utmärkande för de konsulttjänster som omfattas av detta ramavtal är oberoende rådgivning och objektivitet. Tjänster ska således utföras leverantörsoberoende och ska inte knyta an till specifika lösningar eller system som finns på marknaden. Det förutsätts att leverantör inom ramavtalet kommer att verka objektivt och oberoende mot beställare. Uppdrag ska vara av tillfällig art.

Enligt förvaltningsrättens mening utgör detta tveklöst intellektuella tjänster. Eftersom de väntade uppdragen kan vara mycket omfattande för en leverantör, är därmed kvaliteten hos leverantörernas personal och deras

arbetsprocess samt hur leverantören tillvaratar kompetensen i ett arbetslag på bästa sätt av central betydelse för kvaliteten på ett uppdrags fullgörande. Att i en sådan upphandling då utvärdera strukturkapital och arbetsprocesser – vilka i sig påverkar kvaliteten på uppdragen som utförs – får därför anses ha en nära koppling till kontraktsföremålet och kan i sig inte anses strida mot LOU.

Förvaltningsrätten anser vidare inte att det strider mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna att beskrivningen som ska lämnas om utvärderingskriterierna strukturkapital respektive arbetsprocess begränsats till 3–4 A4-sidor. Kriterierna är inte heller otydliga eller lämnar utrymme för godtycke i värderingen. Enligt förvaltningsrättens mening innehåller punkterna 2.4.3 och 2.4.4 i upphandlingsdokumentet en tillräckligt tydlig beskrivning av vad det är som efterfrågas och en begränsning till ett fåtal sidor måste i sammanhanget anses vara adekvat.

Av praxis framgår att den omständigheten att bedömningen från varje gruppmedlem i en avtalsgrupp inte redovisas i en utvärderingsmodell som bygger på konsensusbeslut inte strider mot transparens- eller likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 januari 2016 i mål nr 5194-16). Eftersom det varit fråga om just en sådan utvärderingsmodell i den i målet aktuella upphandlingen finner förvaltningsrätten därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen heller av denna anledning.

Krav på omsättning och antal konsulter samt otillbörlig begränsning av konkurrensen

██████████ har anfört att kraven i punkterna 2.2.1 och 2.2.2 i upphandlingsdokumentet på 15 miljoner kronor i årsomsättning och tillgång till 20 konsulter, varav 10 seniorkonsulter, är för omfattande för vad som krävs för att uppnå syftet med upphandlingen. Framför allt eftersom kravet

på åtminstone ett referensuppdrag med en omfattning om 200 timmar redan säkerställer att anbudsgivaren kan ta större uppdrag. [REDACTED] anser därför att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen.

Av 14 kap. 1 och 3–5 §§ LOU framgår att en upphandlande myndighet får som kvalificeringskrav för en leverantör ställa krav på att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning liksom att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser samt ha sådan erfarenhet som krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig standard. Alla krav ska enligt 14 kap. 1 § andra stycket LOU ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Vad gäller ett krav på minsta omsättning får det enligt 14 kap. 4 § första stycket LOU i regel inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Enligt 14 kap. 4 § tredje stycket LOU gäller första stycket samma paragraf för varje enskild del när ett kontrakt ska tilldelas i delar.

Vad gäller kravet på tillgängliga konsulter, inbegripet seniorkonsulter, anser förvaltningsrätten inte att det kan anses vara oproportionerligt. Upphandlingen i fråga rör ett ramavtal som till sin omfattning är tämligen stort och har förhållandevis många avtalsanvändare, såväl i som utanför Göteborgs kommun. Det måste därför anses vara motiverat att ställa ett krav på minsta antal konsulter just för att garantera avtalsanvändarna största möjliga tillgänglighet.

Vidare har nämnden i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att den uppskattade beställningsvolymen för område A är 39,5 miljoner kr per år. Förvaltningsrätten ser inte anledning att ifrågasätta detta belopp, inte minst eftersom det ligger i nivå med årsvolymen för samma område under föregående avtalsperiod. Ett omsättningskrav på 15 miljoner kr per år står därför inte i strid med 14 kap. 4 § LOU.

Omsättningskravet får enligt förvaltningsrättens mening också anses ha anknytning till de konsulttjänster som ska upphandlas och stå i proportion till dem. Upphandlingen avser nämligen ett relativt omfattande ramavtal med många potentiella avtalsanvändare och nämnden har dessutom gjort gällande att avrop från det tidigare gällande ramavtalet i samma område var behäftat med negativa konsekvenser på grund av antalet leverantörer som var en del av avtalet. Förvaltningsrätten anser inte att det kan vara oförenligt med proportionalitetsprincipen att nämnden vill begränsa antalet leverantörer som tilldelas kontrakt för att underlätta avrop, både för avtalsanvändarna och leverantörerna.

Det omsättningskrav som nämnden ställt upp strider mot denna bakgrund inte mot proportionalitetsprincipen. Av det ovan anförda följer också att nämndens uttryckliga avsikt att vilja minska antalet leverantörer som ska omfattas av ramavtalet inte kan anses vara en sådan otillbörlig begränsning av konkurrensen som avses i 4 kap. 2 § LOU. [REDACTED] har inte heller lämnat in något till stöd för uppgiften att nämnden kan ha beaktat annat än det som skulle bedömas vid utvärderingskraven avseende strukturkapital och arbetsprocess, och på så sätt kunnat sortera bort mindre leverantörer man inte är intresserad av. Hon har därmed inte heller visat att hon har lidit skada i denna del. Inte heller har hon lidit skada på grund av det tog tid för henne och hennes grupp att sammanställa sitt anbud, eftersom de faktiskt lämnade in ett anbud som uppfyllde kvalificeringskraven.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att [REDACTED] inte har visat att hon har lidit eller kan komma att lida skada på grund av brister i upphandlingen från nämndens sida. Det saknas därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen på grund av vad [REDACTED] [REDACTED] anför. Hennes ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Sjunnesson

Tf. rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Alexander Dahlman.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.