



SÖKANDE

MindfulnessGruppen i Stockholm AB, 556814-4835

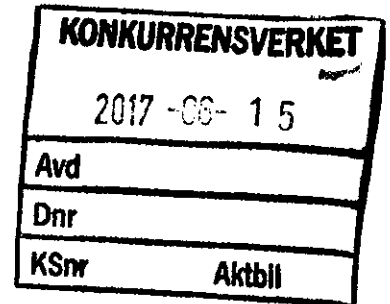
Ombud: Mikael Rendahl
Upphandlingsjuristen i Sverige AB
Box 1241
131 28 Nacka strand

MOTPART

Post- och Telestyrelsen
Box 5398
102 49 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 835833

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Post- och telestyrelsen (PTS) genomför som öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, en upphandling av program för träning i personlig effektivitet och mindfulness (dnr 16-4910). I tilldelningsbeslut daterat den 20 februari 2017 meddelade PTS att man avser att teckna avtal med Potential Project Sverige AB (Potential).

MindfulnessGruppen i Stockholm AB (MindfulnessGruppen) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas så att ny utvärdering görs varvid MindfulnessGruppens anbud ska beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför MindfulnessGruppen bl.a. följande.

Av punkt 2.3 i utvärderingsrapporten framgår att PTS förkastat MindfulnessGruppens anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyller kravet på referenser i förfrågningsunderlagets punkt 6.5. Härvid anför PTS att objektiviteten kan ifrågasättas hos referensen Tenant & Partners AB (Tenant).

Det är i och för sig korrekt att en person som under en längre tid varit VD på Tenant sedan den 20 september 2016 även är styrelseordförande i MindfulnessGruppen. Tenant har dock varit kund till MindfulnessGruppen sedan 2014. Själva referensuppdraget utfördes innan han fick rollen som ordförande i MindfulnessGruppens styrelse. Det är fråga om ett externt referensuppdrag i förfrågningsunderlagets mening, vilket även PTS bekräftat. Att Tenant är kund till MindfulnessGruppen har inget med det aktuella styrelseuppdraget att göra.

Det föreligger inte jäv i den grad att MindfulnessGruppen ska uteslutas från att delta i upphandlingen. Det finns inte några bestämmelser om uteslutning av leverantör på grund av jäv i LOU eller i förfrågningsunderlaget. Det enda

av intresse i detta avseende är att referensuppdragen enligt förfrågningsunderlaget ska vara externa och ha utförts hos sinsemellan unika kunder. Tenant och MindfulnessGruppen är två fristående och helt skilda juridiska personer. Ingen fysisk person äger aktier i båda bolagen. Enda kopplingen mellan företagen är att en viss person har roller i båda företagen. Han äger inga aktier eller optioner i MindfulnessGruppen och har ingen ersättning för sitt uppdrag, vare sig fast eller rörlig. Det har inte funnits något ekonomiskt incitament eller annat egenintresse för honom att lämna felaktiga uppgifter. Som styrelseordförande har han heller inget att göra med den löpande förvaltningen av MindfulnessGruppen. Den omständigheten att en styrelseordförande eftersträvar att det ska gå bra för bolaget kan inte leda till den slutsatsen att han har egenintresse i sådan grad att han skulle lämna falska uppgifter eller instruera andra att lämna falska uppgifter.

MindfulnessGruppen har uppgett två referenspersoner från Tenant. Det har inneburit att PTS utifrån uppgifterna i anbudet har kunnat kontakta en annan person på Tenant för att ta referenser. Den andra personen, HR-chefen, har inte haft några uppdrag hos MindfulnessGruppen. Hon kan därför knappast ses som jävig, varför PTS har kunnat kontakta en oberoende referensperson. Det går inte att utan annat underlag presumera att den referensperson som är styrelseordförande i MindfulnessGruppen skulle diktera för den andra referenspersonen vad hon ska säga vid referenstagningen. Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU kan inte tolkas så att en anbudsgivare ska uteslutas så fort det teoretiskt finns en möjlighet för anbudsgivaren att påverka en referensperson.

Det torde vara underförstått att MindfulnessGruppen, för det fall PTS ansåg att det inte gick att ta referenser från Tenant, hade valt att PTS skulle kontakta en angiven person som angavs i referensuppdrag nummer tre. Det har således varit möjligt för PTS att ta referenser från minst två av de referensuppdrag som MindfulnessGruppen angett i anbudet. PTS har inte

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM****DOM**

tagit någon kontakt med MindfulnessGruppen gällande frågan om jäv för att få erforderliga upplysningar för att kunna fatta ett objektivet beslut i frågan. Beslutet grundas nu enbart på en subjektiv bedömning och PTS antaganden. I rättspraxis har en restriktiv syn tillämpats i fråga om när jäv föreligger, se avgöranden av Kammarrätten i Göteborg den 18 november 2013 (mål nr 2967-13), Kammarrätten i Stockholm den 28 februari 2001 (mål nr 8640-00) och Kammarrätten i Jönköping den 5 januari 2016 (mål nr 3506-14).

MindfulnessGruppen har också fått kännedom om att PTS haft en workshop, innan upphandlingen annonserades, med Potential. För det fall likabehandlingsprincipen ska tolkas som PTS synes mena avseende jäv, borde en workshop med vinnande anbudsgivare också resultera i en överträdelse av likabehandlingsprincipen, eftersom det inte går att säkerställa att vinnande anbudsgivare inte fått någon fördel i upphandlingen.

PTS bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Referenstagning får anses ha ett vedertaget syfte, nämligen att få en utomstående och därmed oberoende bild av ett referensobjekt. Om syftet enbart hade varit att få en bild av vilka uppdrag som anbudsgivaren tidigare har genomfört, hade det lämpligen gjorts genom att ålägga anbudsgivare att lämna en förteckning över tidigare utförda uppdrag. Mervärdet i en referenstagning ligger i att en utomstående part ger sin bild av t.ex. kvaliteten i ett genomfört uppdrag, om det motsvarar ställda förväntningar samt hur samarbetet mellan uppdragsgivaren och utföraren har fungerat. För att referensen ska ha ett värde måste den information som lämnas av referensen vara trovärdig. Det ligger då i sakens natur att den inte bör lämnas av en part som kan ha ett eget intresse kopplat till referensen. Kravet på oberoende har också ställts för att det ska vara möjligt att behandla anbudsgivarna lika, dvs. ingen anbudsgivare ska kunna ges fördel av att lämna en referens som den själv kan styra utformningen av. PTS har därför, i syfte att få en

oberoende bild av anbudsgivarnas tidigare leveranser, ställt krav på referenser från två tidigare externa och sinsemellan unika kunder. PTS har strävat efter att minimera möjligheten för anbudsgivare att påverka innehållet i referenserna, genom att PTS själv tar kontakt med referenserna och hämtar in deras omdöme utan omvägen via anbudsgivarna. Referenskravet har varit utformat så att en viss lägsta nivå varit obligatorisk att uppnå, för att kunna utesluta anbudsgivare som inte kan visa två referenser med tillräcklig kvalitet. Referenskravet har således varit viktigt för PTS.

När PTS i ett sent skede av upphandlingen upptäckte att Mindfulness-Gruppens ena referens skulle lämnas av Tenant, vars VD tillika en av referenspersonerna samtidigt är styrelseordförande i MindfulnessGruppen, uppkom frågan hur detta förhåller sig till syftet med referenskravet. Enligt PTS uppfattning går den situation som är för handen att likställa med en jävssituation. Om nämnda förhållanden inte beaktats hade PTS inte kunnat säkerställa en utvärdering där likabehandling av anbudsgivarna skett när det gäller referenser.

Som VD för det referenslämnande företaget finns möjlighet att påverka och kontrollera den referens som företaget lämnar, vilket direkt påverkar MindfulnessGruppens anbud och dess möjlighet att vinna upphandlingen. Det är egalt huruvida referensen lämnas av VD personligen eller av utpekad HR-ansvarig, i och med att det inte kan uteslutas att VD i sin roll har ett inflytande över den information som företaget lämnar. Nuvarande situation går inte att jämföra med den som berörs i de tre rättsfall som Mindfulness-Gruppen åberopar.

En jävig referens är att betrakta som en referens utan värde, då den inte kan förmodas ge en objektiv bild. Utan objektivitet faller syftet med referenstagningen och kravet blir förfelat.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM****DOM**

Vidare anser PTS att det skulle ha stridit mot likabehandlingsprincipen om PTS hade kontaktat en tredje angiven kund i stället för Tenant. I förfrågningsunderlagets punkt 6.5 har anbudsgivaren ombetts att i anbudet själva ange vilka två av de tre angivna uppdragen som ska utgöra referenser. Det har lämnats en lucka för att inte behöva förkasta ett anbud enbart på den grunden att anbudsgivaren inte själv har angett vilka två uppdrag som referenser ska inhämtas från. Situationen här är dock att MindfulnessGruppen i sitt anbud tydligt har pekats ut Tenant och ett annat företag som referensuppdrag. Det finns ingen otydlighet i fråga om vilka leverantörer PTS ska kontakta för att ta referenser i detta fall. Det vore i strid med likabehandlingsprincipen att låta en anbudsgivare ändra på redan lämnade och tydliga uppgifter.

Vad MindfulnessGruppen anger i fråga om workshop med Potential är inte korrekt. Under februari 2016 träffade en företrädare för Potential tre representanter för PTS och berättade om företagets arbete med utbildningar inom mindfulness i organisatoriska sammanhang. Det ledde så småningom fram till att PTS beslutade att upphandla aktuell tjänst, och en kravspecifikation togs fram. Efter en *request for information*, som fick fem svar, reviderade PTS kravställningen för att den skulle bli relevant, likabehandlande och proportionerlig. Den kontakt med leverantörer som förevarit före upphandlingen har enbart syftat till att få en bild av vad mindfulness-tjänster kan innebära för PTS, dvs. en marknadsundersökning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Enligt dess övergångsbestämmelser gäller ändå, för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet, den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Sistnämnda lag, som i denna dom förkortas LOU, är därför tillämplig i målet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det strider enligt praxis mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav, se EU-domstolens avgörande C- 243/89, *Stora Bält*, och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37.

MindfulnessGruppen har gjort gällande att PTS har gjort fel som förkastat bolagets anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyller kravet på referenser i förfrågningsunderlagets punkt 6.5. Det aktuella kravet har i huvudsak följande lydelse.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av att ha genomfört minst tre uppdrag som har inneburit att anbudsgivaren har implementerat Programmet i sin helhet hos externa, och sinsemellan unika, kunder med minst 50 deltagare hos respektive kund. Varje kund ska ha haft en organisation bestående av såväl medarbetare, chefer som ledningsgrupper som ska ha omfattats av Programmet.

Samtliga uppdrag ska ha slutrapporterats och godkänts av kund under de tre senaste åren, räknat från sista dag att lämna anbud i denna upphandling.

Om oklarheter föreligger om huruvida uppdrag är kvalificerande uppmanas anbudsgivare att ställa frågor under perioden för frågor och svar, se närmare avsnitt 4.7 Frågor och svar.

För två av uppdragen kommer PTS att ta referenser. För dessa två referensuppdrag ska någon av de i denna upphandling offererade konsulterna ha varit instruktör. För att anbudet ska vara kvalificerat ska referenserna ha ett sammantaget lägsta betyg om 6, och ingen fråga får ha getts betyget 0. Uppfylls inte detta kommer anbudet att uteslutas. Referensfrågorna och poängsättning av dessa framgår av bilaga 2, referensblankett.

PTS kommer att kontakta angivna uppdragsgivare för att verifiera lämnade uppgifter samt för att ta två referenser. Om anbudsgivaren i anbudet inte angivit vilka uppdrag som är referensuppdrag kommer PTS att kontakta

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM****DOM**

anbudsgivaren för att få klarhet i vilka två av dessa tre uppdrag som ska utgöra referenser.

PTS har uppgett att kravet på referenser från två tidigare externa och sinsemellan unika kunder har ställts i syfte att få en oberoende bild av anbudsgivarnas tidigare leveranser. Även om det inte uttryckligen framgår av ordalydelsen i punkten 6.5 att referenserna ska vara oberoende, anser förvaltningsrätten att det är uppenbart att detta krav är underförstått. Referenser som lämnas av en person med stark koppling till anbudsgivaren har knappast något värde vid utvärderingen av anbudet. I likhet med PTS anser förvaltningsrätten vidare att det skulle kunna komma i konflikt med likabehandlingsprincipen att godta referenser som inte är oberoende. Förvaltningsrätten anser således att kravet på oberoende följer ur referens- tagandets natur och av likabehandlingsprincipen så som en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare kan tolka denna. Därmed har inte bristande transparens förelegat. Förvaltningsrätten anser inte heller att kravet på oberoende referenser är oproportionerligt.

Frågan är då om det faktum att samma person har ledande ställning hos både leverantören och referensföretaget – styrelseordförande hos leverantören och VD hos referensföretaget – innebär att referensen inte kan betraktas som oberoende.

PTS har anfört att mervärdet i en referenstagning ligger i att en utomstående part ger sin bild av t.ex. kvaliteten i ett genomfört uppdrag och hur samarbetet mellan uppdragsgivaren och utföraren har fungerat. Dessa frågor är svåra att ge objektiva svar på. Risker för att svaret från en referensgivare, vars VD är styrelseordförande hos det bolag som referenstagningen gäller, blir färgat av VD:ns intresse i detta bolag är enligt förvaltningsrättens mening uppenbar. Tenant kan därför inte ses som en oberoende referens. Vad MindfulnessGruppen har anfört om att PTS kunnat kontakta den andra

referenspersonen hos Tenant, dvs. HR-chefen, i stället för VD:n utgör inte skäl för en annan bedömning.

Det är ostridigt att MindfulnessGruppen i sitt anbud har angett Tenant som ett av två referensuppdrag. Förvaltningsrätten anser, i likhet med PTS, att det hade stridit mot likabehandlingsripen om myndigheten hade vänt sig till någon annan referens än de två i anbudet angivna. Det har vidare inte funnits någon skyldighet för PTS att ta kontakt med MindfulnessGruppen för att begära in kompletterande upplysningar. Bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU om att en upphandlande myndighet får begära in förtydligande eller komplettering är nämligen fakultativ.

I de tre kammarrättsavgöranden som MindfulnessGruppen åberopat, gällde den påstådda jävssituationen eventuella dubbla stolar mellan upphandlande myndighet och leverantör. Förvaltningsrätten instämmer i PTS uppfattning att dessa avgöranden inte är jämförbara med förevarande fall.

Inte heller föranleder vad MindfulnessGruppen har anfört i fråga om jäv till följd av det möte som PTS haft med Potential före annonsering av upphandlingen något ingripande enligt LOU från förvaltningsrättens sida. Något annat har inte framkommit i målet än att mötet syftat till att få en bild av vad mindfulnessstjänster kan innebära för PTS. Ett sådant leverantörmöte innebär enligt förvaltningsrättens mening inte någon presumtion för att deltagande företag skulle ha haft en otillbörlig konkurrensfördel (jfr bl.a. det ovan nämnda avgörandet från Kammarrätten i Jönköping i mål nr 3506-14).

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att PTS haft rätt att förkasta MindfulnessGruppens anbud, medan det inte framkommit att det enda kvalificerade anbudet, dvs. det från Potential, borde ha förkastats. Det har inte framkommit att PTS har brutit mot någon princip i LOU. Ansökan ska därför avslås.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Lundmark
Chefsrådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

