



**KLAGANDE**

Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB, 556029-6740

Ombud: Bolagsjurist Jennie Ekenger  
Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB  
113 97 Stockholm

Ombud: Advokaterna Niklas Sjöblom och Johanna Jonsson  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 2235  
403 14 Göteborg

**MOTPARTER**

1. Svenska ESF-rådet  
Box 47141  
100 74 Stockholm

2. Contextio Ethnographic AB, 556746-8268  
Järntorget 3  
413 04 Göteborg

3. Public Partner KB, 969750-2210

Ombud för 3: Advokat Marcus Lundell  
Advokatfirman Glimstedt Dalarna AB  
Box 1283  
791 12 Falun

**SAKEN**

Offentlig upphandling



Ankomstdatum  
2016-04-19

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras avseende område 1: Projektutvärdering för regionerna Östra Mellansverige, Stockholm samt Sydsverige. Vid denna utvärdering ska Contextio Ethnographic AB och Public Partner KB tilldelas noll (0) poäng för beskrivning av case beträffande de delfrågor där begränsningen max 2 500 tecken inklusive blanksteg har överskridits.

## BAKGRUND

Svenska ESF-rådet (ESF-rådet) genomför en ramavtalsupphandling av projektutvärdering/klusterutvärdering, dnr 2015/00059, genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen är indelad i område 1: Projektutvärdering och område 2: Klusterutvärdering och båda områdena omfattar nio regioner. När det gäller projektutvärdering ska minst tio leverantörer antas och motsvarande siffra för klusterutvärdering är fyra. Varje anbudsområde utvärderas separat. Utvärderingsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga och utvärderingskriterier är anbudssumma och case. Förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas vid avrop.

I tilldelningsbeslut den 24 juni 2015 avseende klusterutvärdering och i rättat tilldelningsbeslut den 26 juni 2015 gällande projektutvärdering har ESF-rådet beslutat tilldela ramavtal till fem respektive femton anbudsgivare. Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) har inte tilldelats ramavtal.

PwC ansökte om överprövning och förvaltningsrätten beslutade den 15 oktober 2015 att upphandlingen skulle göras om på den grunden att utvärderingsmodellen brast i transparens och likabehandling. ESF-rådet överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som den 16 februari 2016 fann att utvärderingsmodellen var tillräckligt tydlig i LOU:s mening och inte stred mot kraven på transparens och likabehandling. Kammarrätten upphävde därmed förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för prövning av övriga anförda grunder. Förvaltningsrätten har därför i målet att pröva om det finns skäl för att med stöd av LOU ingripa mot upphandlingen på någon annan grund som PwC anført.

## YRKANDEN

PwC anför, utöver de yrkanden och grunder som redan har prövats, i huvudsak följande. PwC yrkar att anbudsvärderingen avseende område 1: Projektvärdering för regionerna Östra Mellansverige, Stockholm samt Sydsvenska ska rättas, varvid anbudsgivarna Contextio Ethnographic AB:s (Contextio) och Public Partner KB:s (Public Partner) anbud inte ska beaktas. I andra hand yrkas att nämnda anbudsgivare vid anbudsvärderingen ska tilldelas noll (0) poäng avseende utvärderingskriteriet case. Som grund för detta anføres bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att varje anbudsgivare haft att kortfattat beskriva och resonera rörande hur anbudsgivaren har resonerat i ett givet scenario (case) med hänsyn till två delfrågor. Det har vidare förtydligats att antalet tecken för varje delsvår ska ligga inom ramen för angiven teckenbegränsning, 2 500 tecken inklusive blanksteg. PwC anser att det är tydligt att teckenbegränsningen är ett obligatoriskt krav (ska-krav). Om ett sådant krav inte uppfylls är samtliga obligatoriska krav inte uppfyllda och anbudet ska då rätteligen förkastas. Contextio och Public Partner har tilldelats ramavtal inom ovan nämnda regioner, trots att de inte har uppfyllt det obligatoriska kravet på max antal tecken för delsvåren rörande case under punkten 5.3 i förfrågningsunderlaget. Public Partner har överskridit begränsningen i både delfråga 1 och 2 och Contextio har överskridit begränsningen i delfråga 2. Dessa anbud skulle därför rätteligen ha förkastats.

Om förvaltningsrätten gör bedömningen att kravet på max antal tecken inte utgör ett obligatoriskt krav har utvärderingen av dessa bolag under alla omständigheter skett i strid med LOU. Genom att överskrida max antal tecken (2 500) med mer än 1 000 tecken, och ibland 2 000 tecken, ges dessa anbudsgivare en möjlighet att utforma sina beskrivningar på ett mer utförligt och förmånligt sätt. Anbudsgivarna har därmed getts en otillbörlig konkurrensfördel som strider mot likabehandlingsprincipen. Contextio och Public

Partner bör därför rätteligen tilldelas noll (0) poäng avseende avgivna delsvar. Genom ESF-rådets agerande i samband med utvärderingen har PwC företagits möjligheten att lämna sitt bästa anbud i upphandlingen och har därför lidit eller kan komma att lida skada.

**ESF-rådet** vitsordar att rättelse av utvärderingen ska ske på så sätt att företagen Contextio och Public Partner tilldelas noll (0) poäng avseende deras beskrivning av case i förfrågningsunderlagets avsnitt 5.3.

**Contextio** har fått tillfälle att yttra sig och anför bl.a. följande. Bolaget var väl medvetet om kravet på max 2 500 tecken inklusive blanksteg för varje del i det fiktiva caset. I del 1 uppgår antalet tecken till 2 436 inklusive blanksteg och i del två uppgår antalet tecken till 2 497 inklusive blanksteg. Bolaget valde sedan att lägga till en bild för att åskådliggöra hur bolaget tänkt kring timmarna. I förfrågningsunderlaget står det inget om att bilder inte får användas. Vid konverteringen till pdf-fil hände något som gjorde att tabellen (bilden) omvandlades till text vilket tyvärr inte uppmärksammades. Detta renderade i 1 000 extra tecken, de flesta i form av blanksteg. Bolaget anser att det har uppfyllt ska-kraven och att rättelse inte bör ske.

**Public Partner** har fått tillfälle att yttra sig och anför bl.a. följande. Det bestrids att bolagets anbud till någon del inte skulle uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav. Det finns således inte skäl att förordna om rättelse i enlighet med ESF-rådets vitsordande, eller på annan grund anfordrad av annan anbudsgivare. Public Partner bestrider att punkten 5.3 i förfrågningsunderlaget stadgar ett för upphandlingen obligatoriskt krav. I stället görs gällande att anbudsgivarna har haft att kortfattat beskriva och resonera kring tillvägagångssättet, såsom ett ska-krav i upphandlingen. Det kan därför under inga förhållanden anses att Public Partners anbud är okvalificerat och därmed skulle ha förkastats. Vad det avser yrkandet om att Public Partner ska tilldelas noll (0) poäng avseende beskrivningen av aktuella case anser bolaget

följande. Public Partner valde att beskriva case i programområde 2, uppdelat i två delfrågor. För delfråga 1 har använts 2 054 tecken och för delfråga 2 har bolaget använt 2 336 tecken, antal tecken är inklusive blanksteg för båda delområdena. Det som PwC har anfört att bolaget har använt 3 229 respektive 4 698 tecken är inte korrekt. Bolaget anser att det väl ligger inom det maximala antal tecken som ESF-rådet har ställt upp som krav. Det bolaget har valt att göra är att till delfråga 1 infoga två bilder och till delfråga 2 infoga en bild. Bilderna ska överhuvudtaget inte räknas som tecken utan är illustrationer utan levande text. Om bilderna ska ses som text ska dessa på sin höjd räknas som två enskilda tecken för delfråga 1 och som ett tecken för delfråga 2 såsom Microsofts egen funktion "Räkna ord" gör. Skulle förvaltningsrätten ändå se det som att Public Partner – i strid med den egna uppfattningen – har överskridit kravet om 2 500 tecken inklusive blanksteg anser Public Partner att det påstådda överskridandet ska bedömas som ringa och vare sig medföra någon diskvalificering eller poängreducering. Mot bakgrund av detta anser Public Partner att ESF-rådet har gjort en korrekt bedömning av bolagets anbud och att myndigheten inte har någon rättslig grund för att i enlighet med sitt senare vitsordande ändra tillviktningen av Public Partners poäng.

#### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

##### **Ska Contextios och Public Partners anbud förkastas?**

PwC har som förstahandsyrkande anfört att Contextios och Public Partners anbud inte ska beaktas, dvs. att de ska förkastas, då dessa anbud inte uppfyller det enligt PwC obligatoriska kravet i förfrågningsunderlagets punkt 5.3 avseende max antal tecken för beskrivning av case.

I punkten 5.3 anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska för det valda caset kortfattat beskriva och resonera kring tillvägagångssättet för att

1. Visa hur ni säkerställer användbarhet av utvärderingen av projektet och hur, ni utifrån detta, inriktar och avgränsar uppdraget. (2500 tecken, inkl. blanksteg)
2. Operationalisera, utforma design och metodologiskt upplägg av utvärderingen som ger förutsättningar för tillförlitliga och användbara slutsatser. Kommentera även vilken typ av eventuell data och i förekommande fall datakällor som ni kommer att använda vid utvärderingen. (2500 tecken, inkl. blanksteg)

Förvaltningsrätten anser att punkten 5.3 i nu aktuellt avseende innebär att en anbudsgivare *ska* skicka in en kortfattad beskrivning av ett fiktivt case. Med utgångspunkt i den således obligatoriska kortfattade beskrivningen kommer den upphandlande myndigheten sedan att göra en utvärdering och bedömning av vilka av anbudsgivarna som bäst kommer att uppfylla uppdraget. Såväl Contextio som Public Partner har skickat in den efterfrågade kortfattade beskrivningen av valt case. Det framgår alltså inte annat än att båda bolagen har uppfyllt kravet på en kortfattad beskrivning och därigenom har kvalificerat sig för utvärdering. Förvaltningsrätten anser därmed att den i punkten 5.3 angivna begränsningen max 2 500 tecken inklusive blanksteg inte kan anses vara ett obligatoriskt krav, dvs. ett ska-krav, i den meningen att anbudsgivare som överskrider gränsen inte har kvalificerat sig för utvärderingen. Contextios eller Public Partners anbud ska därmed inte förkastas på den av PwC åberopade grunden.

#### **Ska Contextios och Public Partners poäng reduceras?**

PwC har i andra hand yrkat att Contextio och Public Partner i vart fall ska tilldelas noll (0) poäng för det beskrivna caset eftersom båda bolagen har överskridit det maximala antal tecken som angetts i punkt 5.3.

I förfrågningsunderlagets punkt 5.3 beskrivs två olika fiktiva fall där anbudsgivaren ska välja att besvara ett. Det framgår vidare att anbudsgivaren för det valda caset ska kortfattat beskriva och resonera kring tillvägagångssättet i två delfrågor som ska säkerställa hur väl anbudsgivaren kan uppfylla uppdraget. Det anges vidare att anbudsgivaren får använda sig av 2 500

tecken inklusive blanksteg för respektive delfråga. Vid ett senare tillfälle, då det ställts frågor till ESF-rådet beträffande max antal tecken, har myndigheten konstaterat att det är max 2 500 tecken inklusive blanksteg som får användas. Vidare under punkten 5.3 anges hur bedömningen kommer att ske.

#### Bedömning

Anbudsgivarens svar på det fiktiva fallet kommer att utvärderas enligt nedanstående delfrågor/bedömningsgrunder. Totalt kan 14 poäng erhållas för det fiktiva fallet.

Delfråga/bedömningsgrund	Effektivitet/Trovärdighet/Relevans
1. Förståelse och användbarhet, avgränsning	0-7 poäng
2. Operationalisering och design	0-7 poäng

Bedömningen görs utifrån nedanstående skala:

7 poäng – Mycket bra

5 poäng – Bra

3 poäng – Godkänt

1 poäng – Mindre bra

0 poäng – Beskrivning saknas/ger ej möjlighet till fullständig bedömning

Anbudsgivaren ska erhålla minst 6 poäng (av 14 möjliga) samt minst 3 poäng (godkänt) per delfråga/bedömningsgrund. Om detta inte uppnås kommer anbudet att förkastas.

PwC och ESF-rådet menar att både Contextio och Public Partner har överskridit det maximala antalet tecken i sina beskrivningar av case. Detta beror, enligt dessa bolag, på att båda bolagen i sina beskrivningar har använt sig av bilder för att förtydliga beskrivningen av det fiktiva caset. Förutom att lämna en kortfattad beskrivning av ett fiktivt case med ca 2 500 tecken har bolagen alltså infogat bilder som på ett mer tydligt sätt illustrerar hur de avser att gå tillväga. Bilderna innehåller i båda fallen en inte oväsentlig mängd text och har, enligt förvaltningsrättens mening, medfört att bolagen överskridit begränsningen max 2 500 tecken inklusive blanksteg. Bolagen har därmed



fått en konkurrensfördel genom att de på ett mer utförligt sätt har kunnat beskriva hur de kommer att uppfylla det efterfrågade uppdraget.

Enligt bestämmelserna i LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (1 kap. 9 § LOU). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Förvaltningsrätten anser att ESF-rådets förfarande att vid utvärderingen tilldela Contextio och Public Partner poäng över noll (0) poäng, trots att de överskridit det maximala antalet tecken vid beskrivningen av sina case, strider mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Det som bolagen anför om att bilderna inte ska ses som text utan endast illustrationer medför inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

För att ett ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Av utvärderingen avseende område 1: Projektutvärdering framgår att PwC i område Östra Mellansverige har placerats på plats 11 och att 10 anbudsgivare har tilldelats ramavtal. I områdena Stockholm och Sydsverige har PwC placerats på plats 12 och där har 11 anbudsgivare tilldelats ramavtal för respektive område. Förvaltningsrätten anser därmed att det är visat att PwC lidit eller riskerat att lida skada på grund av ESF-rådets förfarande vid anbudsutvärderingen när det gäller dessa områden. Det finns med anledning av detta skäl för ingripande enligt LOU.

Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att PwC:s ansökan om överprövning ska bifallas på så sätt att ESF-rådets ramavtalsupphandling av projektutvärdering/klusterutvärdering inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits. Rättelse ska ske på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras

avseende område 1: Projektutvärdering för regionerna Östra Mellansverige, Stockholm samt Sydsverige. Vid denna utvärdering ska Contextio och Public Partner tilldelas noll (0) poäng för beskrivning av case beträffande de delfrågor där begränsningen max 2 500 tecken inklusive blanksteg har överskridits.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 23 februari 2016 i mål nr 3208-16 interimistiskt förordnat att ESF-rådet inte får ingå avtal i den aktuella upphandlingen innan något annat har bestämts. Förvaltningsrätten har genom domar denna dag avslagit ansökningarna om överprövning i mål nr 3208-16, 3212-16 och 3218-16 samt i detta mål beslutat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. Förvaltningsrättens interimistiska förordnande i mål nr 3208-16 har därmed upphört att gälla.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Daniel Wanhatalo

Rådman

Helena Boson 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.