

SÖKANDE

1. Viati konsult AB, 556700-7181
Forskargatan 3
781 70 Borlänge

2. CAG Group AB, 556297-2504
Ombud för 2: Advokat Sven Vaxenbäck och jur. kand. Lisa Rylander
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

3. Chas Visual Management AB, 556726-4758
Stubbsundsvägen 11
131 41 Nacka

4. IT-Huset i Norden AB, 556545-5069
Ombud för 4: Advokat en Mikael Nelson och jur. kand. Johan Mellenius
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

5. Tobo netSolution AB, 556653-5067
Gamla Brogatan 26
111 20 Stockholm

6. ÅF-Technology AB, 556866-4444
169 99 Stockholm

7. Enmanskonsulterna Sverige AB, 556920-8241
Box 8139
104 20 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen, 202100-2114
113 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 798844

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Arbetsförmedlingen genomför, som öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av ramavtal avseende resurskonsulter (IT) för Arbetsförmedlingen, dnr Af 2015/175398. Arbetsförmedlingen efterfrågade 14 konsultroller och 57 anbud lämnades in. Den 4 oktober 2016 skickade tilldelningsbeslut ut avseende samtliga konsultroller.

IT-Huset i Norden AB (IT-Huset) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Arbetsförmedlingen har brutit mot principerna om likabehandling och transparens, då Arbetsförmedlingen inte utformat förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt och klart sätt gällande hur utvärderingsmodellen av inkomna anbud skulle gå till. Den tillämpade utvärderingsmodellen stämmer inte överens med den som framgick av förfrågningsunderlaget och som har förtydligats genom frågor och svar. Anbudsutvärderingen skulle, enligt förfrågningsunderlaget inklusive frågor och svar, endast baseras på kvalitet, och vid lika utslag på kvalitet skulle de angivna priserna avgöra.

IT-Huset lämnade anbud i elva konsultroller och har tilldelats ramavtal i nio av dessa. På rollen Utvecklare kom IT-Huset på trettonde plats i rangordningen och endast elva leverantörer tilldelades ramavtal. Utfallet förefaller bero på att IT-Huset har offererat färre konsulter än de högre rankade anbuderna trots att antalet offererade konsulter, dvs. kvantiteten inte angetts som relevant för utvärderingen av anbud. IT-Huset har fått samma eller högre kvalitetspoäng än de anbudsgivare som tilldelats ramavtal, men har offererat färre konsulter. För varje konsultroll som en anbudsgivare önskat lämna anbud på, har det varit ett krav att offerera minst en och högst fem konsulter inom varje kompetensnivå. En konsult har kunnat offereras inom flera roller, dock endast för en kompetensnivå per konsultroll. Offerering har skett

genom att konsultintyg lämnats in. Det framgår av förfrågningsunderlaget att Arbetsförmedlingen kommer att anta det antal leverantörer med högst rangordnade konsulter som bedöms behövas för adekvat konsultstöd i respektive roll och kompetensnivå vid framtida avrop. I det efterföljande stycket skrivs att vid lika antal av högst rankade konsulter kommer det angivna takpriset att användas som utslagsfaktor. Det förstnämnda stycket refererar till antalet leverantörer och det andra till antalet konsulter. Om begreppet "konsulter" här syftar på enskilda på individer eller på konsultbolag, vilket är vedertaget inom branschen, är oklart. Det blir vid en genomläsning av upphandlingens förfrågningsunderlag uppenbart att förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat eftersom det i enlighet med ovanstående initialt framgår att endast kvalitet ska ligga till grund för anbudsutvärderingen och att det är de leverantörer med "högst rangordnade konsulter" som ska antas. Därefter anges dock att *antalet* "högst rankade konsulter" är relevant före priset kommer att användas som utslagsfaktor. Med andra ord refereras först till en kvalitetsbedömning och därefter, i samband med att de angivna priserna kan komma att fälla det slutliga avgörandet, till en kvantitetsbedömning som inte tidigare nämns.

I *Frågor och svar* bekräftar Arbetsförmedlingens svar på fråga 58 att antalet inlämnade konsultintyg är oväsentligt om två anbudsgivares konsultintyg erhåller maximala kvalitetspoäng och att följderna av en sådan oavgjord utvärdering blir att det angivna takpriset kommer användas som utslagsfaktor. Just rollen som Utvecklare, som var exempel i fråga 58, är särskilt viktig för IT-Huset, som utifrån Arbetsförmedlingens svar på fråga 58 och övrig erhållen information, endast lämnade in två konsultintyg per kompetensnivå under denna roll. På fråga 78, dvs. om Arbetsförmedlingen anser att de två bolagen som lämnat anbud har lika antal av högst antal rankade konsulter, gavs ett intetsägande svar, liksom även på exempelvis fråga 73 och 76. På platsen för fråga 140 gav Arbetsförmedlingen den 29 oktober 2016 ett informationsmeddelande där dock frågan, hur urval ska gå till om flera anbuds-

givare fått samma kvalitetspoäng, inte besvarades. Ett fiktivt exempel fanns med och det gav ytterligare stöd för IT-Husets uppfattning att antalet inlämnade konsultintyg är irrelevant om man nått över miniminivån på ett konsultintyg per kompetensnivå. Efter det meddelandet ställdes ytterligare frågor. Svaret på fråga 159 bekräftar att om flera anbud får högsta kvalitetspoäng kommer priset att fälla avgörandet, genom hänvisning till fråga 58.

Av utvärderingens sammanställning framgår att IT-Huset avseende rollen Utvecklare fått maxpoäng (30) för alla sex konsultintyg som har lämnats in. IT-Husets genomsnittspris för de olika kompetensnivåerna har beräknats till 776 kr per timme. På första plats i rollen Utvecklare kom Arctic Group AB (Arctic) som också fått maxpoäng, samt lämnat in det högsta tillåtna antalet konsultintyg, dvs. 15 stycken. Arctics genomsnittspris är 117 kr högre än IT-Husets. Det beror bl.a. på att IT-Huset insåg att kvalitetskraven var lågt ställda och att prissättningen, förutsatt att den kommunicerade utvärderingsmodellen faktiskt hade använts, skulle komma att avgöra vilka som tilldelats ramavtal. Därför valde IT-Huset att sänka sitt pris för samtliga kompetensnivåer och i synnerhet för kompetensnivå 5 där IT-Huset valde att endast begära självkostnadspriset 558 kr per arbetad timme. Detta föranledde nämnda snittpris från IT-Husets sida. Av de totalt 11 leverantörer som tilldelats ramavtal i denna konsultroll finns snittpris upp till över 200 kr högre än IT-Husets, och endast tre av dem som fått ramavtal har ett lägre snittpris än IT-Huset. Om utvärderingsmodellen varit tydlig hade IT-Huset kunnat lämna ett vinnande anbud, då IT-Huset utan problem kunnat lämna in fem konsultintyg per kompetensnivå.

Utvärderingsmodellen har inte lett till att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kunnat antas. Eftersom kraven för konsultrollen Utvecklare varit lågt ställda har en stor majoritet av de konsultintyg som utvärderats fått maximala 30 poäng. Därefter har till synes en rangordning mellan anbudsgivarna skapats baserat på antalet lämnade konsultintyg, dvs. kvantiteten.

Denna tycks dock inte vara baserad på det totala antalet godkända konsultintyg som lämnats för den relevanta rollen eftersom t.ex. Bolero AB (Bolero) som sammanlagt lämnat in nio konsultintyg för konsultrollen Utvecklare varav endast sju uppfyllde samtliga ska-krav, placerade sig ovanför Chas Visual Management AB (Chas) som lämnat åtta konsultintyg, vilka samtliga uppfyllde Arbetsförmedlingens ska-krav. Hur utvärderingsmodellen har fungerat går således inte att förstå. Det avgivna snittpriset tycks endast vara av relevans om två anbudsgivare lämnat samma antal konsultintyg där minst ett konsultintyg per kompetensnivå och anbudsgivare fått maxpoäng. Utvärderingsmodellen som Arbetsförmedlingen har använt strider mot principerna om transparens och likabehandling. Dessutom har proportionalitetsprincipen kränkts eftersom det är tillåtet för anbudsgivare att vid förnyad konkurrensutsättning offerera andra konsulter än de som omfattas av de inlämnade konsultintygen. Att Arbetsförmedlingen väljer att låta antalet inlämnade konsultintyg vara avgörande, fastän detta i slutändan är irrelevant på grund av möjligheten att i ett senare skede offerera andra konsulter, kan omöjlig vara proportionerligt eftersom ett anbuds kvalitet och snittpris helt sätts ur spel genom denna modell.

IT-Huset skulle ha utformat anbudet annorlunda om upphandlingens brister inte funnits. Om Arbetsförmedlingen varit tydlig i förfrågningsunderlaget skulle IT-Huset, som är ett väl etablerat bolag på IT-konsultmarknaden, utan problem ha lämnat fem konsultintyg per kompetensnivå inom konsultrollen Utvecklare. IT-Huset skulle då ha tilldelats ramavtal i relevant del av upphandlingen. IT-Huset har lidit eller riskerat att lida skada på grund av att utvärderingsmodellen varit otydlig samt inte föranlett att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet har antagits.

Bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Upphandling-
en bör göras om. En rättelse är varken tillräcklig eller möjlig. De fel som
begåtts och påtalats av IT-huset hänför sig till hur förfrågningsunderlaget

utformats, inklusive hur de frågor som ställts besvarats, och har således legat till grund för hur IT-Huset utformat sitt anbud. Arbetsförmedlingen har i sitt yttrande själv angett att den information som gått ut till presumtiva anbudsgivare kommit att bli tvetydig beroende på om man avgett anbud på basis av svaret på fråga 58 eller på informationen i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har således utformat sina anbud olika, beroende på vilken information anbudsgivarna förlitat sig på. Detta innebär att en rättelse genom en utvärdering baserad på svaret på fråga 58 skulle medföra att de leverantörer som, till skillnad från IT-huset avgett anbud baserat på informationen i förfrågningsunderlaget, skulle förfördelas på samma sätt som IT-huset förfördelats genom den tidigare genomförda utvärderingen. Det skulle medföra att upphandlingen fortfarande genomförts i strid med LOU samt att de anbudsgivare som efter den nya utvärderingen inte tilldelas avtal i samma eller större utsträckning eller tidigare högst sannolikt skulle ansöka om överprövning. Det är för övrigt inte möjligt att separera förfrågningsunderlaget från svaret på fråga 58, då båda utgjort underlag för potentiella anbudsgivares beslut om och hur ett anbud ska utformas, och således bidragit till att upphandlingen genomförts i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

ÅF-Technology AB (ÅF) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Arbetsförmedlingen har brutit mot transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU genom att ha tillämpat förfrågningsunderlag, utvärderingsmetod och *Frågor och svar* som är så otydliga att det inte på förhand eller under anbudstiden har varit möjligt att utläsa hur utvärderingen av anbudet skulle ske, hur många anbudsgivare som skulle tilldelas kontrakt och hur anbudsgivarna skulle rangordnas. Genom åsidosättandet har ÅF lidit skada, eller i vart fall riskerat lida skada, genom att ha fått påtagligt försämrade möjligheter att sätta samman ett konkurrenskraftigt anbud och tilldelas avtal i upphandlingen. ÅF har också på grund av otydligheterna valt att avstå från att lämna anbud på ett antal av de upphandlande rollerna. Eftersom bristerna

rör förfrågningsunderlagets utformning, dvs. upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska förvaltningsrätten besluta att upphandling ska göras om.

ÅF delar Arbetsförmedlingens egen, i yttranden framförda, uppfattning att anbudsutvärderingen inte har utförts i enlighet med Arbetsförmedlingens svar på fråga 58, vilken gäller tillämpningen av medeltakpris som utslagsfaktor. ÅF vidhåller dock att brister förelegat i det konkurrensuppsökande skedet. Svaret på fråga 58 får förstås som att antalet högst rankade konsulter inte är relevant om anbudsgivaren har nått maxpoäng för rollen. Detta står inte i samklang med punkten 13 i anbudsinbjudan vari framgår att, vid lika antal av *högst rankade konsulter*, det angivna takpriset kommer att användas som utslagsfaktor. Vidare gav Arbetsförmedlingen på fråga 112, där frågeställaren undrade om pristaktik var tillåtet, svaret att takpriset inte kommer utvärderas i detta steg utan först blir aktuellt vid förnyad konkurrensutsättning. Svaret på fråga 112 kom att ifrågasättas i fråga 116 och 117. Arbetsförmedlingen refererar i svaren till sistnämnda frågor tillbaka till punkten 13 i anbudsinbjudan, och därmed även till den under punkten 1.3 nämnda utvärderingsregeln att antalet offererade konsulter föranleder en tillämpning av utslagsfaktorn medeltakpris. Dessa svar står också i motsats till fråga 58. Sammanfattningsvis har Arbetsförmedlingen visserligen gett tydligt svar på fråga 58 men Arbetsförmedlingen har genom andra, senare svar i upphandlingen, gett upphov till att otydligheterna i förfrågningsunderlaget alltjämt kvarstår.

ÅF anser att anbudsinbjudan, och den utvärderingsmetod som där kommer till uttryck under punkt 13, har haft stora brister i förutsebarhet och att anbudsinbjudan därmed inte uppfyller LOU:s krav på transparens. Denna brist, som tillhör det konkurrensuppsökande skedet, har inte läkts genom de svar som Arbetsförmedlingen lämnat i upphandlingen. Att 167 frågor ställdes i upphandlingen borde ha varit skäl nog för Arbetsförmedlingen att skicka ut

en tydlig kompletterande föreskrift om hur förfrågningsunderlaget skulle förstås och eventuellt utsträcka anbudstiden.

CAG Group AB (CAG) yrkar, i fråga om konsultrollen Utvecklare, i första hand att upphandlingen ska rättas genom att CAG:s anbud antas och i andra hand att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Arbetsförmedlingen har brutit mot transparens- och likabehandlingsprinciperna genom att genomföra utvärderingen i strid med förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen som föreskrivits i förfrågningsunderlaget uppfyller inte de krav på transparens som följer av grundläggande EU-rättsliga principer och 1 kap. 9 § LOU.

Det framgår av beskrivningen i förfrågningsunderlaget att genomsnittsvärdet av de offererade takpriserna för respektive kompetensnivå ska användas som utslagsfaktor. Takpriserna utgörs, enligt avsnitt 13.2, av det timpris som varje anbudsgivare angett för de konsulter som offererats inom de olika kompetensnivåer som efterfrågats. Under *Frågor och svar* förtydligade Arbetsförmedlingen i fråga 58 och 141 hur utvärderingsmodellen skulle tillämpas. Arbetsförmedlingen har gjort motsvarande förtydliganden i sina svar på frågorna 38, 45 och 73. Arbetsförmedlingens svar har gått ut till samtliga anbudsgivare och utgör del av förfrågningsunderlaget som anbudsgivarna således haft att förhålla sig till när de utformat sina anbud. Därav framgår tydligt att det saknar betydelse för utvärderingen hur många konsultintyg anbudsgivarna kommit in med för respektive konsultroll och -nivå, om anbudsgivarens offererade konsulter erhållit maximal kvalitetspoäng. Det är tydligt att vinnande anbud i sådant fall ska väljas utifrån offererade takpriser. Ändå har Arbetsförmedlingen rangordnat de anbudsgivare som kommit in med fler konsultintyg högre än den som förlitat sig på underlaget och kommit in med färre konsultintyg. Till följd av att Arbetsförmedlingen tagit denna ovidkommande hänsyn har CAG inte tilldelats ramavtalet inom rollen Utvecklare trots att de av CAG offererade konsulterna erhållit högsta

möjliga kvalitetspoäng och CAG:s genomsnittliga takpriser är lägre än tio av de elva leverantörer som tilldelats ramavtalet avseende rollen Utvecklare. Beskrivningen i förfrågningsunderlaget, såsom denna förtydligats i svaren, har gett skäl för anbudsgivare att avstå från att skicka in fler konsultintyg än ett per roll och kompetensnivå, om anbudsgivarna varit säkra på att de enstaka offererade konsulterna skulle komma att erhålla maximal kvalitetspoäng i utvärderingen. Den sammanställning som Arbetsförmedlingen gjort utvisar också att fler anbudsgivare än CAG tolkat utvärderingsmodellen som att anbudsgivare inte skulle få en större fördel av att komma in med fler konsultintyg, eftersom även andra anbudsgivare valt att endast komma in med ett konsultintyg inom varje kompetensnivå till rollen som utvecklare.

Om Arbetsförmedlingen hade utfört utvärderingen på det sätt som beskrivits i underlaget, eller beskrivit utvärderingsmodellen på ett tydligare sätt, skulle CAG med sitt låga genomsnittliga takpris ha tilldelats ramavtal avseende rollen Utvecklare. CAG förstår Arbetsförmedlingens talan som att Arbetsförmedlingen instämmer i att utvärderingen ska göras om på det sätt som framgår i *Frågor och svar*.

Vitai Konsult AB (Vitai) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas så att anbudsutvärdering, särskiljning och tilldelning görs om för rollen Utvecklare 1:9, med anledning av att anbudsutvärdering inte genomförts på sådant sätt som beskrivs i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor samt *Frågor och svar*. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas för samma roll med anledning av brister i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor samt *Frågor och svar*. Till stöd för sin talan anför Vitai bl.a. följande.

Frageställningen i fråga 58 är väldigt tydlig, och likaså svaret som Arbetsförmedlingen ger. Där framgår att anbud med tre stycken konsultintyg med maxpoäng skiljs från anbud med upp till 15 stycken konsultintyg med max-

poäng genom de angivna takpriserna. Arbetsförmedlingen har inte gjort så, utan har i sin anbudsutvärdering istället valt de leverantörer som gett in flest konsultintyg med maxpoäng. Arbetsförmedlingen har därvid frångått sin egen beskrivning av hur prövningen av anbud ska ske. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i LOU. Till följd av Arbetsförmedlingens förbiseende vid anbudsutvärdering har Vitai mist möjligheten att tilldelas ramavtal för rollen Utvecklare 1:9. Vitai har därmed lidit skada eller riskerar åtminstone att lida skada. Vitai delar Arbetsförmedlingens syn att hela upphandlingen ska utvärderas på nytt.

Chas yrkar att utvärderingen i upphandlingen ska göras om avseende rollen som Utvecklare samt att Chas ska antas som leverantör i denna konsultroll och anför bl.a. följande.

Arbetsförmedlingen har inte utvärderat anbuden på det sätt som framgår av vare sig förfrågningsunderlaget eller av svaret på fråga 58 i *Frågor och svar*. Arbetsförmedlingen har därigenom åsidosatt transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Chas har lidit skada härav eller i vart fall riskerat att lida skada härav.

Arbetsförmedlingen har för konsultrollen Utvecklare antagit 11 leverantörer, bl.a. Bolero. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering kommer att göras i första hand på kvalitet (100 procent) och att, vid lika antal högst rankade konsultintyg, angivna takpriser per roll kommer användas som utslagsfaktor. Det ska även påtalas att anbudsgivare under hela annonseringstiden försökt få klarhet i hur Arbetsförmedlingen avsåg att utvärdera anbuden, vilket har resulterat i totalt 167 frågor. Chas har för konsultrollen Utvecklare presenterat totalt åtta konsultintyg som alla har fått högsta poäng vid utvärderingen. Bolero har för rollen Utvecklare presenterat totalt sju konsultintyg som alla fått högsta poäng vid utvärderingen. Detta torde rimligtvis

innebära att Chas tilldelas kontrakt för rollen Utvecklare före Bolero. Av utvärderingen står klart för Chas att Arbetsförmedlingen har antagit Bolero före Chas på grund av att Bolero har presenterat flest konsultintyg som fått högsta poäng för nivå 5. Att Arbetsförmedlingen skulle anta anbud utifrån flest konsultintyg som får hösta poäng för nivå 5 framgår inte av vare sig förfrågningsunderlag eller *Frågor och svar*. Detta är således en parameter som Arbetsförmedlingen lagt till under utvärderingen och som blivit känd för anbudsgivare först vid tilldelningsbeslutet. Ett sådant förfarande strider mot transparensprincipen.

Om Arbetsförmedlingen hade varit öppen med att de skulle anta de leverantörer som presenterade högst rangordnade konsulter för kompetensnivå 5 skulle Chas ha kunnat presentera fler konsulter med kompetensnivå 5. Enligt tilldelningsbeslutet skulle Chas vara den tolfte leverantören att antas för rollen Utvecklare. Därmed skulle Chas ha en högst reell chans att tilldelas kontrakt om Arbetsförmedlingen inte, vid utvärderingen, hade frångått förfrågningsunderlaget.

Enmanskonsulterna Sverige AB (Enmanskonsulterna) begär överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Enligt Enmanskonsulternas uppfattning går det inte att utläsa av den utlämnande utvärderingen på vilket sätt Arbetsförmedlingen fått fram de vinnande anbudsgivarna. Dessutom har Enmanskonsulterna inte fått ut de vinnande anbuden från Arbetsförmedlingen i tid.

Tobo netSolution (Tobo) yrkar att rättelse ska ske i utvärderingen av inkomna anbud, och anför bl.a. följande. Tobo har lämnat anbud på tre områden men inte fått tilldelning på något. Tobo uppfyller alla krav i förfrågningsunderlaget och har ett pris som skulle göra att Tobo ska hamna bland de utvalda företagen. Tobo riskerar att lida ekonomisk skada på grund av det felaktiga beslutet. Bristerna hänför sig till utvärderingsfasen och upphandlingen bör rättas.

Tobo har för konsultintyg UX nivå 5, och Mjukvaruarkitekt område 14 punkt 1 samtliga nivåer, fått underkänt med hänvisning till otillräckliga beskrivningar där de inte ska ha gått att bedöma hur erfarenheten är förvärvad. Tobos konsultintyg svarar dock på alla krav och på hur respektive erfarenhet har förvärvats. Det finns namngivna referenspersoner som kunde kontaktas för att verifiera informationen. I *Frågor och svar*, fråga 70 och 59, förtydligas av Arbetsförmedlingen att det är referenspersonen som ska kunna verifiera att offererad konsult uppfyller ställda krav. Arbetsförmedlingen har inte kontaktat Tobos referenspersoner och inte gjort kontroller. Arbetsförmedlingen har brutit mot likabehandlingsprincipen.

Avseende Utveckling, område 9, beskrivs utvärderingsmodellen oklart i förfrågningsunderlaget, vilket har resulterat i flertalet frågor, som finns publicerade i upphandlingsverktyget TendSign under *Frågor och svar*. I svaren har tydligt framkommit att pris ska avgöra tilldelningen efter antal kvalitetspoäng för offererad konsult. Arbetsförmedlingen svarade ja på fråga 58. Enligt tilldelningsbeslutet kan tydas att de leverantörer som har offererat flest konsulter fått tilldelning, trots att de inte har lägre pris. Arbetsförmedlingen har därmed frångått sin utvärderingsprocess såsom specificerad i förfrågningsunderlaget såväl som i *Frågor och svar* på TendSign. Förtydligandena lämnar inga andra tolkningar än att det inte har någon betydelse hur många konsultintyg som lämnas, förutsatt att det är minst en på varje kompetensnivå som får högsta betyg. Antalet konsultintyg ska inte ha någon betydelse i utvärderingen. Tobo begär på denna punkt rättelse genom att utvärderingen görs om så att priset är avgörande efter kvalitet; därefter att Tobo får tilldelning i upphandlingen.

Arbetsförmedlingen medger att utvärderingen ska göras om i rollen Utvecklare och anser i konsekvens med detta att utvärderingen ska göras om i alla 14 konsultrollerna. Arbetsförmedlingen bestrider yrkandena om att upphandlingen ska göras om. Arbetsförmedlingen bestrider också Enmanskon-

sulternas talan på den grunden att bolaget inte har preciserat hur upphandlingen stridit mot LOU eller på vilket sätt detta medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Arbetsförmedlingen bestrider Tobos talan om Användbarhetsdesigner och Mjukvaruarkitekt på den grunden att Tobos konsultintyg för dessa roller inte uppfyller kraven. Till stöd för sin talan anför Arbetsförmedlingen bl.a. följande. Under anbudstiden kom bl.a. följande fråga in via TendSign: "För att försäkra oss om att vi har förstått hur utvärderingen av anbud går till vill vi ha svar på nedan scenario: Konsultbolag A har lämnat anbud inom rollen systemutvecklare och har inkommit med 15 st konsultintyg, 5 för respektive kompetensnivå 3, 4 och 5. Samtliga uppfyller kraven för att erhålla maxpoäng, alltså 30 p. Konsultbolag B har lämnat anbud inom rollen som systemutvecklare och har inkommit med 3 st konsultintyg, 1 för respektive kompetensnivå 3, 4 och 5. Samtliga uppfyller kraven för att erhålla maxpoäng, alltså 30 p. Utifrån era tidigare svar tolkar vi det som att dessa två anbud erhåller samma kvalitetspoäng och därmed kommer det angivna takpriset att användas som utslagsfaktor, är det korrekt uppfattat?". Arbetsförmedlingens svar var "Ja". Den genomförda utvärderingen har dock skett i enlighet med intentionen i förfrågningsunderlaget, dvs. på ett annat sätt än vad som anges i svaret ovan. Informationen till presumtiva anbudsgivare har därmed kommit att bli tvetydig beroende på om man avgett anbud på basis av svaret ovan, eller baserat på informationen i förfrågningsunderlaget. Arbetsförmedlingen medger att svaret på fråga 58 medfört osäkerhet avseende utvärderingens genomförande, i och med att frågan besvarats med ett "ja". Det blev en otydlighet i förhållande till punkten 13 i anbudsinbjudan och osäkerheten har främst kretsat kring betydelsen av att ge in ett eller flera konsultintyg. Arbetsförmedlingen anser att svaret på fråga 58 innebär att bedömningen ska göras av en profil per nivå och att ny utvärdering ska göras utifrån denna bedömning. Till svaret på fråga 58 står enligt Arbetsförmedlingens mening inte svaren på frågorna 112, 116 och 117 i motsatsförhållande, eftersom dessa frågor avser tillämpningen av takpriset och inte betydelsen av antalet konsultintyg. Takprisets betydelse vid

utvärderingen framgår av punkt 13 i anbudsinbjudan och det angivna takpriset är också det högsta möjliga pris som kan användas vid förnyad konkurrensutsättning. Enligt ÅF har de brister som förekommit medfört att ÅF inte kunnat lämna anbud på ytterligare orter. Trots att de brister som ÅF nu påtalat är hänförliga till delar av anbudsinbjudan och *Frågor och svar* som är gemensamma för samtliga roller, har ÅF ändå kunnat lämna anbud på fyra roller i upphandlingen, vilket talar för att otydligheterna inte varit hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är en tillräcklig åtgärd att göra en ny utvärdering. Det är en omfattande och komplicerad upphandling där 57 leverantörer lämnat anbud på en eller flera roller, varför antalet inkomna frågor inte kan tas till intäkt för att förfrågningsunderlaget varit otydligt. Avseende vad Tobo anför om förfrågningar och kontroller, anges i förfrågningsunderlaget punkten 3.8 att stickprovkontroller kan komma att göras men förfrågningsunderlaget innehåller ingen skyldighet för Arbetsförmedlingen att göra det, däremot en möjlighet. Det framgår i punkt 3.7–3.8 att konsultens erfarenhet skulle beskrivas kortfattat så att Arbetsförmedlingen kan göra en egen bedömning av i vilken utsträckning kraven i avsnitt 4.1 är uppfyllda. Samtliga inlämnade profiler har bedömts av en upphandlingsgrupp, vilken bl.a. består av representanter från de olika delarna av IT-avdelningen som kommer att avropa de efterfrågade resurskonsulterna. Tobos konsultintyg för rollerna UX och mjukvaruarkitekt uppfyller inte de ställda kraven, eftersom de är allt för allmänt hållna och inte innehåller den information som efterfrågas. Arbetsförmedlingen kan inte föregripa den kommande utvärderingen och kan därför inte vitsorda den beräkning som Tobo gjort.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, och att de ska genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det sistnämnda benämns trans-

parensprincipen och har i EU-praxis uttryckts som att "alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt", se EU-domstolens avgöranden nr C-19/00 *SIAC Construction Ltd*, och nr C 538/13 *eVigilo Ltd*.

När rätten bedömer om ett förfrågningsunderlag är tillräckligt tydligt, ska även vad som står i publika *Frågor och svar* tas med i bedömningen, se dom av Kammarrätten i Jönköping den 2 september 2013 i mål nr 1245-13. Den information som ges i *Frågor och svar* får dock inte medföra väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget, se dom av Kammarrätten i Stockholm den 1 juli 2015 i mål nr 8075-14.

Den frågeställning som till övervägande del dominerar parternas talan i de förevarande målen gäller vad som blir utslagsgivande i det fall två eller flera anbudsgivare samtliga har maximal kvalitetspoäng för konsulterna på samma roll. Samtliga parter i målen utom Enmanskonsulterna berör på olika sätt den fråga som i *Frågor och svar* har nummer 58. I svaret anges att lägst takpris blir utslagsfaktor i den situation som anges i frågan. Det är ostridigt att Arbetsförmedlingen inte har genomfört utvärderingen i enlighet med denna information. Arbetsförmedlingen medger att Arbetsförmedlingen inte följt svaret i fråga 58 vid utvärderingen och anser därför att utvärderingen ska göras om i linje med vad som anges i fråga 58.

Det framgick dock inte tydligt i den sammantagna information, som anbudsgivarna hade tillgång till, inklusive svaren på fråga 58 och följdfrågan 78, huruvida takpriset träder in direkt som utslagsfaktor mellan två eller flera anbudsgivare som har maximal kvalitetspoäng på en viss roll (vilket kan härledas av svaret på fråga 58 och torde vara vad Arbetsförmedlingen i inlagor menar med "en profil per nivå"), eller om det träder in först för det fall anbudsgivarna också har lika antal av högst rankade konsulter (vilket anges i anbudsinbjudan och ger vid handen att antal högst rankade konsulter är en

utslagsfaktor som går före takpriset). Härvid beaktar förvaltningsrätten den av IT-huset påtalade oklarheten i frågan om Arbetsförmedlingen med ordet "konsulter" avser individuella konsulter eller konsultbolag. Förvaltningsrätten beaktar också att Arbetsförmedlingen i svaret på fråga 58 inte förklarade att en ändring gentemot anbudsintjudan var vad som avsågs, trots att Arbetsförmedlingen nu menar att det var en ändring.

Vidare har Arbetsförmedlingen på fråga 112, som ställdes tolv dagar efter fråga 58, svarat att takpriset inte kommer utvärderas i detta steg av upphandlingen utan blir aktuellt först vid förnyad konkurrensutsättning. Som ÅF framhållit kom svaret på fråga 112 att ifrågasättas i fråga 116 och 117, där Arbetsförmedlingen i svaren hänvisar till punkten 13 i förfrågningsunderlaget, dvs. anbudsintjudan. Tre tolkningar förefaller sammanfattningsvis möjliga av takprisets betydelse: a) takpriset kommer inte att utvärderas alls i denna ramavtalsupphandling utan först vid avrop, b) takpriset blir utslagsfaktor mellan anbudsgivare som i en konsultroll har både maximal kvalitetspoäng och lika antal högst rankade konsulter, c) takpriset blir utslagsfaktor mellan anbudsgivare som i en konsultroll har maximal kvalitetspoäng. Förvaltningsrätten anser att detta är en allvarlig brist i upphandlingens konkurrensuppsökande skede, och att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte kunnat veta vad som gäller. Arbetsförmedlingens svar på de publika frågorna har inte skapat ökad klarhet utan snarare tvärtom.

Arbetsförmedlingen är också i sitt yttrande som svar på ÅF:s inlägga tydlig med att den information, vars motstridighet är huvudfrågan i målen, gäller alla de konsultroller som efterfrågas. Den gäller inte bara rollen Utvecklare, även om det var den rollen som angavs i exemplet i fråga 58 och det är den delen av upphandlingen där transparensbristen har skapat störst problem. Förvaltningsrätten beaktar i denna del vad ÅF anfört om att man kunde ha lämnat konkurrenskraftiga anbud på fler konsultroller ifall informationen

varit tydlig. Arbetsförmedlingens motargument, att det faktum att ÅF ändå kunna lämna anbud på fyra konsultroller talar emot brister i det konkurrensuppsökande skedet, lämnar förvaltningsrätten utan avseende. Det förefaller fullt normalt och troligt att ett företag i den mångfacetterade IT-branschen är olika starkt på olika områden eller "nischer" i branschen, varför en oklarhet som berör konsulternas kvalitet, kvantitet och pris kan slå mer mot det enskilda företags möjlighet till anbudlämnande på vissa efterfrågade konsultroller än på andra. Förvaltningsrätten anser att i vart fall ÅF, IT-huset och CAG gjort sannolikt att de lidit skada, eller riskerar lida skada, till följd av överträdelser av transparensprincipen.

I CAG:s och Vitais förstahandyrkanden, i Chas yrkande samt i Tobos yrkande avseende rollen Utvecklare föreslås att upphandlingen ska rättas avseende denna konsultroll så att svaret på frågan, vad som faller avgörandet om flera anbudsgivare har maximal kvalitetspoäng inom en roll, ska bli det som vid utvärderingen skulle gynna det egna bolagets anbud såsom man tolkat förfrågningsunderlaget. Ett sådant ingripandesätt skulle dock, som IT-huset påpekat, diskriminera de anbudsgivare som har tolkat den motstridiga kombinationen av anbudsinvitan och *Frågor och svar* på ett annat sätt. Vilken tolkning av denna information som förvaltningsrätten än kunde besluta genom rättelse skulle göra att anbudsgivare som tolkat på annat sätt diskrimineras och riskerar att lida skada. Förvaltningsrätten skulle därmed medverka till en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

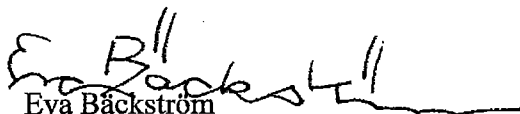
Förvaltningsrätten instämmer därför den uppfattning, som framförts av IT-huset och ÅF, att upphandlingen ska göras om helt. Detta beror på Arbetsförmedlingen brutit mot transparensprincipen i det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Det avgörande för val av ingripandesätt är i vilket skede det upphandlingsrättsliga regelverket överträdades, se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47. I CAG:s andrahandsyrkande föreslås också att upphandlingen ska göras om, men bara avseende konsult-

rollen Utvecklare. Det är dock ostridigt mellan IT-huset, ÅF och Arbetsförmedlingen, samt framgår av förfrågningsunderlaget, att transparensbristen gäller hela upphandlingen (fastän Arbetsförmedlingen till skillnad från dessa båda sökandebolag anser att överträdelsen gjordes först i samband med utvärderingen, ett argument som förvaltningsrätten underkänt enligt ovan).

Förvaltningsrätten saknar vid denna utgång skäl att pröva Vitais andrahandsyrkande att upphandlingen ska avbrytas avseende rollen Utvecklare. Förvaltningsrätten saknar också skäl att ta ställning till frågan om Tobos konsulter i rollerna Mjukvaruarkitekt och UX/Användbarhetsdesigner uppfyller de obligatoriska kraven (ett sådant ställningstagande från förvaltningsrättens sida skulle föregripa Arbetsförmedlingens utvärdering i en omgjord upphandling där både krav och anbuden kan komma att se annorlunda ut), samt till frågan om Enmanskonsulternas talan är för oprecis. Upphandlingen ska göras om i dess helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

David Munck har föredragit målen.



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.

