



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2019-09-18
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3581-19

KONKURRENSVERKET	
2019-09-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Akademihälsan i Göteborg AB, 556702-1893

Ombud: Advokat Nicklas Gränsmarker

MOTPART

Chalmers Tekniska Högskola AB, 556479-5598

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår begäran om att hämta in vinnande leverantörs
anbud.

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 632917

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

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

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Chalmers tekniska högskola AB (Chalmers) genomför en upphandling av studenthälsovård. Upphandlingen avser studenthälsa vid Chalmers och Göteborgs universitet. I upphandlingen har Chalmers varit ombud för Stiftelsen Chalmers tekniska högskola och Göteborgs universitet.

Av tilldelningsbeslut den 11 mars 2019 framgår att Feelgood företagshälsovård AB vunnit upphandlingen.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är bl.a. om det finns skäl till ingripande i upphandlingen, huvudsakligen till följd av att utvärderingsmodellen och utvärderingen strider mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

YRKANDEN M.M.

Akademihälsan i Göteborg AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om, alternativt att rättelse ska se på så sätt att bolaget tilldelas kontrakt. Bolaget anför bl.a. följande.

Chalmers har brutit mot principen om öppenhet och transparens genom att tillämpa otydliga utvärderingskriterier. Vid utvärderingen av bolagets anbud har ej redovisade bedömningskriterier tillämpats, vilket inte har kunnat förutses. Bolaget har till följd av detta inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och därmed riskerat att lida skada. Vidare har det funnits en jävsituation inom Chalmers utvärderingsgrupp genom att gruppen bl.a. har bestått av en person som varit anställd hos vinnande leverantör. Detta innebär en jävsituation som medför att upphandlingen måste göras om.

Utvärderingsmodellen bygger på en modell där anbudsgivarens pris sänks i förhållande till hur väl anbudsgivaren svarat på tre fiktiva case. Svaren har utvärderats i förhållande till olika bedömningskriterier och betyg på respektive svar värderades enligt en fyrgradig skala. Bolaget har vid utvärderingen bl.a. fått kommentarer om krav som inte framgår av upphandlingsdokumentet. Utvärderingsmodellen och själva utvärderingen brister därför i förutsebarhet och transparens.

Feelgood, som vann upphandlingen, fick bästa möjliga omdöme för de tre olika casen, utan att detta motiverats närmare. Det går inte att bedöma hur bolagets anbud står sig i förhållande till Feelgoods anbud, då bolaget endast tagit del av detta i maskerat skick. Domstolen bör därför med hänvisning till HFD 2015 ref. 55 hämta in dessa handlingar. Ytterligare ett skäl för att hämta in anbudet är för att bedöma om Feelgood uppfyller kravet om att anbudsgivaren ska ha minst två års erfarenhet av att bedriva kvalificerad hälsovård mot studerande på eftergymnasial nivå.

Vidare har en av personerna inom Chalmers utvärderingsgrupp en tydlig koppling till den vinnande leverantören. Personen ifråga har tidigare arbetat i närmare tolv år på Feelgood. Detta innebär en jävsituation som medför att upphandlingen måste göras om.

Chalmers anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Vad som legat till grund för upphandlingen framgår av upphandlingsdokumentet. Inget annat har legat till grund för bedömningarna. Bolaget fått ett lågt mervärde på samtliga case. Bolaget har invänt mot de formuleringar som Chalmers lämnat till stöd för att bolagets anbud fick ett lågt mervärde. Det finns omfattande beskrivningar av upphandlingsföremålet i upphandlingsdokumentet. En normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare borde förstå hur kriterierna är uppbyggda och vad som tillmätts

betydelse under utvärderingen samt inse vikten av att lämna så fullständiga och detaljerade beskrivningar som möjligt över vald arbetsinsats för att öka chanserna till ett högt betyg. Bolaget har som nuvarande leverantör haft en mycket god kännedom om lärosätena. Som en följd därav har bolaget haft goda förutsättningar att lämna en beskrivning av erbjuden kvalitet. Inte heller har bolaget ställt frågor under anbudstiden för att klargöra eventuella oklarheter.

Det saknas skäl för domstolen att inhämta Feelgoods anbud, då bolaget inte angett tillräckliga grunder, omständigheter eller bevisning till stöd för yrkandet. Vidare har bolaget inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada. Även om bolaget skulle fått ett maximalt mervärde skulle bolaget ändå inte vinna upphandlingen. Invändningen om jäv saknar grund.

Bolaget har i yttrande bl.a. anfört följande. De beskrivningar av upphandlingsföremålet som anges i upphandlingsdokumentet ger inte ledning för hur utvärderingskriterierna ska uppfyllas, varför utvärderingsmodellen och utvärderingen brister i transparens. Feelgoods anbud uppfyllde inte kravet om att anbudsgivaren ska ha minst två års erfarenhet av att bedriva kvalificerad hälsovård mot studerande på eftergymnasial nivå. Detta styrks genom av bolaget inlämnade handlingar i form av e-post-konversation mellan anställda vid lärosätena. Doktorander är inte att anse som studerande på eftergymnasial nivå.

Chalmers har i yttrande bl.a. anfört följande. Bolaget har inte angripit Chalmers beslut att inte lämna ut begärda handlingar. Doktorander är både studerande och anställda enligt gällande författningar. Då doktorander är studerande på forskarnivå är de följaktligen studerande på eftergymnasial nivå.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget har anfört ett antal olika grunder för varför det finns skäl till ingripande mot upphandlingen. Förvaltningsrätten kommer nedan att pröva dessa i följande ordning; jäv, kvalifikationskrav och bristande transparens.

Jäv

Bolaget har anfört att en person som tidigare arbetat för den vinnande leverantören varit involverad i Chalmers utvärderingsgrupp.

Förvaltningsrätten noterar att invändningen om jäv avser en inte namngiven person vid Chalmers. Eftersom det inte kommit fram några närmare uppgifter om denna person kan invändningen om jäv inte anses utgöra någon sådan objektiv omständighet som medför att opartiskheten hos en av de upphandlande myndigheternas experter kan ifrågasättas (jfr EU-domstolens dom i mål C-538/13 eVigilo Ltd punkt 44). Bolaget har därmed inte visat att det funnits någon jävssituation. Det finns därför inte skäl till ingripande på denna grund.

Kvalifikationskrav

I avsnitt 2.1.7.1 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. att anbudsgivaren ska inneha minst två års dokumenterad erfarenhet av att bedriva kvalificerad hälsovård mot studerande på eftergymnasial nivå.

Bolaget har invänt att den vinnande leverantören inte uppfyller detta krav, då vinnande leverantör inte givit sådan vård till *studenter*.

Det som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om doktorander omfattas av begreppet ”studerande på eftergymnasial nivå”. Det är inte

nödvändigt att inhämta vinnande leverantörs anbud för att göra denna bedömning. Eftersom doktorander studerar på forskarnivå får de anses vara studerande på eftergymnasial nivå. Det finns därför inte skäl till ingripande på denna grund.

Bristande transparens

Slutligen har bolaget invänt att såväl utvärderingsmodellen som utvärderingen brister i transparens.

Relevant information ur upphandlingsdokumentet om utvärderingsmodellen

Anbudsgivarna skulle besvara följande tre s.k. case:

Case 1 – Tid för återhämtning, eftertanke och reflektion

Vid genomgång av resultatet från den årliga Studentbarometern uppmärksammas det att studenter vid flera olika program inom ett och samma utbildningsområde gett uttryck för att de inte har tillräcklig möjlighet till återhämtning, eftertanke och reflektion i sina studier. Utbildningsområdesledningen funderar över vilka åtgärder som bör genomföras för att undvika stressrelaterad ohälsa bland studenterna. Utifrån denna beskrivning – vad skulle ni rekommendera för insatser?

Case 2 – Internationella studenter

På ett program har det traditionellt sett varit en stor andel internationella masterstudenter och studenthälsovården har i sin senaste årsrapport flaggat för att de ser en ökning av besök från de internationella studenterna på programmet. Orsaken till besöken har bottnat i allt ifrån att de upplever sig isolerade till brister i studieteknik. Programledningen har även uppmärksammat att det i samband med kursutvärderingar kommit fram ett missnöje kopplat till att lärarna delar in studenterna i slumpmässigt sammansatta grupper inför grupparbeten eftersom studenterna upplever att det är svårt att samarbeta i denna typ av grupper. Programmet i fråga funderar över vilka åtgärder som bör

genomföras för att minska risken för ohälsan bland de internationella studenterna och förbättra möjligheterna till samarbete inom programmet. Utifrån denna beskrivning – vad skulle ni rekommendera för insatser?

Case 3 – Höga krav

I samband med en uppföljning av studenternas arbetsmiljö på en fakultets olika utbildningsprogram observerar fakultetsledningen att en stor del av sökorsakerna för de individuella besöken hos studenthälsovården uppges vara kopplade till prestationsångest och höga inre krav. I samband med uppföljningen uppger även studentkåren att de får många rapporter från studenterna om att de känner sig stressade och mår dåligt.

Utifrån denna beskrivning — vad skulle ni rekommendera för insatser?

Följande fyra områden skulle granskas extra noga vid utvärderingen:

1. Koppling till aktuell forskning inom området;
2. Hur väl föreslagna aktiviteter går att genomföra på Chalmers;
3. Hur effektivt föreslaget arbetssätt bedöms vara;
4. Kreativiteten/nytankandet i upplägget.

Den betygsskala som använts för att bedöma mervärde ser ut enligt följande. Anbudsgivarens beskrivning av varje case bedöms ha hög relevans på samtliga (högt mervärde), tre av fyra (mervärde), två av fyra (lågt mervärde) eller maximalt ett av fyra (inget mervärde) områden som kommer att granskas extra noga vid utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning av utvärderingsmodellen

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 4 kap. 1 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 samt HFD 2012 ref. 48). Det innebär också att den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart

sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som motiverade upphandlingen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 4 oktober 2017, mål nr 5903-16).

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Ett upphandlingsdokument ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Omständigheten att en anbudsgivare endast genom att ta del av upphandlingsdokumenten inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen brister i öppenhet (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00, SIAC Construction).

Upphandlingen är konstruerad på så sätt att anbudsgivarna fått besvara olika case. Svaren sätts sedan i relation till fyra olika delområden, varefter betygs efter hur många delområden som anses vara uppfyllda.

Vid bedömning av utvärderingsmodellen måste hänsyn tas till upphandlingsföremålets karaktär. I aktuellt mål är det fråga om tjänster inom hälsovård. Eftersom det inte är fråga om en specificerad och jämförbar produkt, måste det finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att använda sig av en mer öppen utvärderingsmodell (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 16 februari 2016 i mål nr 8289-15 m.fl.).

De beskrivna situationerna i varje case får antas vara vanligt förekommande i högskolevärlden och vara sådana som en leverantör i branschen får antas

ha kännedom om och förmåga att sätta sig in i. De olika utvärderingskriterierna kan inte anses vara oklara. Sambandet mellan kriterier och betyg är inte heller oklar. Utvärderingsmodellen får alltså anses vara tillräckligt tydlig för att en branschvan aktör ska kunna avgöra hur ett anbud ska utformas. Därmed saknas skäl för ingripande i upphandlingen på den grunden att utvärderingsmodellen inte varit transparent.

Utvärderingen

Akademihälsan fick i upphandlingsprotokollet följande kommentarer för respektive svar.

Case 1: Akademihälsan har i case 1 på ett tillfredsställande sätt beskrivit ett upplägg som har bra koppling till aktuell forskning och som är genomförbart på Chalmers. Övriga utvärderade områden bedömdes dock inte uppfylla bedömningskriterier. I beskrivet upplägg framgick det inte klart vilka roller eller funktioner på Chalmers som bör medverka i arbetet för att uppnå ett effektivt resultat eller hur arbetet praktiskt kan organiseras i stora studentgrupper. Beskrivningen baseras på ett i branschen vanligt förekommande upplägg och bedöms således inte som kreativt och nytänkande. Akademihälsans beskrivning av case 1 erhåller därför betyg 1 och bedöms således ge ett lågt mervärde.

Case 2: Akademihälsan har i case 2 på ett tillfredsställande sätt beskrivit ett upplägg som har bra koppling till aktuell forskning och som är genomförbart på Chalmers. Övriga utvärderade områden bedömdes dock inte uppfylla bedömningskriterier. I beskrivet upplägg framgick det inte klart vilka roller eller funktioner på Chalmers som bör medverka i arbetet för att uppnå ett effektivt resultat eller hur arbetet praktiskt kan organiseras i stora studentgrupper. Beskrivningen baseras på ett i branschen vanligt förekommande upplägg och bedöms således inte som kreativt och nytänkande. I beskrivningen av case 2 saknas även förslag på eventuella åtgärder riktade till programledningen och/eller övriga studenter. Akademihälsans beskrivning av case 2 erhåller därför betyg 1 och bedöms således ge ett lågt mervärde.

Case 3: Akademihälsan har i case 3 på ett tillfredsställande sätt beskrivit ett upplägg som har bra koppling till aktuell forskning och som är genomförbart på Chalmers. Övriga utvärderade områden bedömdes dock inte uppfylla bedömningskriterier. I beskrivet upplägg framgick det inte klart vilka roller eller funktioner på Chalmers som bör medverka i arbetet för att uppnå ett effektivt resultat eller hur arbetet praktiskt kan organiseras i stora studentgrupper. Beskrivningen baseras på ett i branschen vanligt förekommande upplägg och bedöms således inte som kreativt och nytänkande. Akademihälsans beskrivning av case 3 erhåller därför betyg 1 och bedöms således ge ett lågt mervärde.

Förvaltningsrättens bedömning av utvärderingen

Bolaget har anfört att det inte går att bedöma hur dess anbud står sig i förhållande till vinnande leverantörs anbud och begärt att förvaltningsrätten hämtar in dennes anbud. Det är inte förvaltningsrättens uppgift att vid sin prövning jämföra anbudsgivarnas olika svar. Förvaltningsrätten har i stället att kontrollera om Chalmers vid sin utvärdering lagt vikt vid annat än vad som kan förväntas utifrån upphandlingsdokumentet. Det är därmed inte nödvändigt att hämta in vinnarens anbud för att ta ställning till om utvärderingen varit transparent. Bolagets begäran om inhämtande ska därför avslås.

Bolaget har anfört att Chalmers svar vid utvärderingen knutit an till andra kriterier än de som framgår av upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten noterar att bolaget fått en till stora delar likalydande motivering för betyget på respektive case-svar. De motiveringar som lämnats får dock anses knyta an till beskrivningarna av de olika casen, där det t.ex. framgår att det är fråga om olika aktörer vid universitetet som är involverade. Motiveringarna innehåller även en kommentar om att det föreslagna upplägget inte bedömts vara kreativt. Även om respektive

motivering är kortfattad och standardiserad, får utvärderingen av bolagets
anbud anses ligga inom ramen för vad som är acceptabelt. Det finns därför
inte skäl till ingripande på denna grund och överklagandet ska således
avslås.

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

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Marcus Lundén.



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.

