



SÖKANDE

NTI-skolan AB, 556709-8057

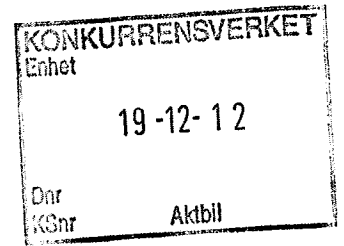
Ombud: advokaten Pontus Scherp

MOTPART

Varbergs kommun

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Varbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av gymnasiala teoretiska kurser på distans, dnr 19/36.

Av tilldelningsbeslut den 9 juli 2019 framgår att Exlearn Education AB (härefter endast ”Exlearn”) vunnit upphandlingen.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som NTI-skolan AB (härefter endast ”NTI-skolan”) anför.

YRKANDEN M.M.

NTI-skolan ansöker om överprövning och yrkar rättelse i form av att kommunen genomför ny anbudsutvärdering där Exlearns anbud inte beaktas. NTI-skolan anför följande.

Exlearn hade inte vid anbudstidens utgång och har alltså inte någon lärplattform. Lärplattformen ”Exlearn” som bolaget påstår sig inneha har utvecklats av det tidigare koncernbolaget Miroi AB, som försattes i konkurs i oktober 2018. Lärplattformen tillhör i själva verket Miroi AB:s konkursbo och Exlearn saknar rätt att använda plattformen. Vid Miroi AB:s konkurs uppgav bolagets ställföreträdare för konkursförvaltaren att källkoden till lärplattformen med tillhörande teknisk utrustning och samtliga rättigheter överlätits till koncernbolaget Exlearn 27 januari 2015. Något vederlag ska inte ha utgått. Miroi AB påstods vidare ha ingått ett licensavtal med Exlearn där Miroi AB skulle betala Exlearn tre kronor per gymnasiepoäng i licensavgift. Påståendet om en vederlagsfri överlåtelse av Miroi AB:s lärplattform – verksamhetens mest värdefulla tillgång – är mycket osannolikt, och skulle inte ha gått att motivera affärsmässigt. En närmare

granskning visar också att påståendet sannolikt inte stämmer. Det finns ingen notering om en sådan verksamhetscentral överlåtelse i något av de båda bolagens årsredovisningar från åren 2015–2017. Exlearn redovisar inte heller några immateriella tillgångar under dessa år. I Miroi AB:s årsredovisning för 2017 står också uttryckligen att det är bolagets plattform, alltså Miroi AB:s plattform.

På inloggningssidan till lärplattformen stod också tidigare att det var Miroi AB som innehade samtliga rättigheter till plattformen. Så hade det inte stått om samtliga rättigheter till plattformen överlåtits till ett annat bolag i januari 2015. Om påståendet om licensavtal med en licensavgift på tre kronor för varje gymnasiepoäng varit korrekt skulle Exlearn rimligen också haft intäkter från dessa avgifter, men Exlearns omsättning var 0 kr både 2016 och 2017. För Exlearn innebar påståendet att plattformen getts bort 2015 att det blev väsentligt lättare att ta över befintliga utbildningsavtal från Miroi AB:s konkursbo, eftersom andra intressenter avskräcktes av informationen att den lärplattform som befintliga avtal byggde på tillhörde ett annat bolag.

Konkursboet har också genomfört en utredning rörande förhållandena avseende lärplattformen. I konkursmålet avseende Miroi AB i Luleå tingsrätt har konkursförvaltaren avgett en förvaltarberättelse. Av förvaltarberättelsen framgår att Miroi AB:s räkenskaper har granskats av en auktoriserad revisor i syfte att utreda om den påstådda överlåtelsen av lärplattformen från Miroi AB till Exlearn för 10 öre under 2015 verkligen ägt rum. Granskningen har mynnat ut i en rapport, som pekar ut en lång rad bevis för att påståendet om en överlåtelse inte stämmer. I granskningsrapporten dras därefter slutsatsen att påståendet om en försäljning inte är sant. Konkursförvaltaren konstaterar också att det under revisorsgranskningen inte framkommit några omständigheter som tyder på att det skett en överlåtelse av plattformen. Eftersom Exlearn således inte har någon lärplattform uppfyller Exlearns anbud inte kraven i upphandlingen. Kommunen borde därför inte ha utvärderat

Exlearns anbud utan förkastat det. Att kommunen trots det utvärderat Exlearns anbud och dessutom tilldelat Exlearn kontrakt, och således i praktiken frånfallit det obligatoriska kravet på lärplattform, strider mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

Det är inte relevant i målet att Exlearn eventuellt haft nyttjanderätt till plattformen eftersom Exlearn hävdar att de äger lärplattformen i fråga. Vid tiden för ansökan om överprövning ägde Exlearn inte någon lärplattform. Kommunen anför vidare att Exlearn har tillgång till lärplattformen med hänvisning till ett intyg från Miroi AB:s konkursförvaltare. Av intyget framgår att konkursboet träffat en uppgörelse med Exlearn, och att konkursboet därför inte längre gör gällande några anspråk på rättigheterna till lärplattformen. Intyget visar inte att Exlearn har någon rätt till lärplattformen, utan bara att konkursboet nu inte gör några anspråk i förhållande till Exlearn på lärplattformen. Orsaken till detta är oklar. Exempelvis kan rättigheterna ha överlåtits till någon annan. Det framgår under alla förhållanden inte att Exlearn nu skulle äga rättigheterna till lärplattformen. Även om Exlearn nu skulle äga lärplattformen så saknar det betydelse för frågan om Exlearn uppfyller kraven i upphandlingen. Den relevanta tidpunkten för när obligatoriska krav i en upphandling ska vara uppfyllda är vid anbudets inlämning. Vid den tidpunkten hade Exlearn inte rätt att förfoga över någon lärplattform utan bedrev sin utbildningsverksamhet genom en lärplattform som tillhörde Miroi AB:s konkursbo.

Exlearn hade så sent som den 19 augusti 2019 en registrerad skatteskuld om över 600 000 kronor. Enligt punkt 3.6 i upphandlingsdokumentet kommer anbudsgivare som har obetalda skatter eller sociala avgifter att uteslutas. Det är alltså ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna inte har skatteskulder. Kommunen är därför skyldig att utesluta Exlearn från upphandlingen även av detta skäl. Exlearns kreditbetyg vid tidpunkten för kontrollen var dessutom sämsta möjliga riskklass, dvs. 1, vilket betyder mycket hög risk

för att bolaget ska hamna på obestånd inom ett år. Exlearn har historiskt pendlat mellan de två lägsta betygen 1, dvs. mycket hög risk, och 2, dvs. hög risk, sedan december 2018. Det föreligger därför allvarliga farhågor för att Exlearn inte kommer att kunna fullgöra det kontrakt som upphandlas.

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

Kravet på lärplattform innebär enligt dess ordalydelse och det sätt som det är formulerat i övrigt att utbildningssamordnaren under uppdragets utförande ska tillhandahålla en digital lärplattform med angivna funktioner. Det kan i och för sig noteras att det är en grundläggande förutsättning att en leverantör av vuxenutbildning på distans har tillgång till en lärplattform. Som framgår av kravets formulering är det emellertid tillräckligt att anbudsgivaren *tillhandahåller* en lärplattform. Något krav på att anbudsgivaren också ska inneha äganderätten till en sådan plattform finns inte. Detta följer av att en anbudsgivare givetvis skulle kunna tillhandahålla en sådan plattform som efterfrågas utan att för den saken skulle inneha äganderätten till den, t.ex. genom någon form av nyttjanderätt.

Det finns vidare inte något krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivaren ska styrka att kraven avseende lärplattform uppfylls på något annat sätt än att anbudsgivaren ska intyga att samtliga krav under avsnitt 4 i upphandlingsdokumentet uppfylls och accepteras. Exlearn har i sitt anbud intygat detta. Eftersom kommunen inte begärt att anbudsgivaren ska inge några bevis eller på annat sätt styrka att en lärplattform kommer att tillhandahållas för uppdragets genomförande är utgångspunkten att Exlearns anbud uppfyller förfrågningsunderlagets krav. Då det inte vid tidpunkten för anbudsprövningen fanns några indikationer på att Exlearn inte uppfyller kravet har kommunen också haft fog att lita på uppgifterna från Exlearn.

Exlearn har nu på begäran förklarat att Exlearn äger den lärplattform som beskrivs i anbudet. Exlearn har därtill inkommit med ett intyg från konkursförvaltaren i Miroi AB:s konkurs. Av intyget framgår att Miroi AB:s konkursbo träffat en uppgörelse med Exlearn som innebär att konkursboet inte gör gällande några anspråk på rättigheterna till den nu aktuella lärplattformen. Det finns därmed inga tveksamheter i frågan om Exlearn uppfyller kravet på lärplattform. Det kan vidare konstateras att kommunen uppfyllt sitt ansvar att kontrollera Exlearns kravuppfyllande genom att vid anbudsprovningen jämföra anbudet med de obligatoriska kraven och därefter begärt och fått en förklaring av Exlearn.

Exlearn förvärvade plattformen den 27 januari 2015 i samband med att medel tillfördes Miroi-koncernen. Därefter har Exlearn träffat licensavtal med samtliga dotterbolag i koncernen. Varje dotterbolag har därigenom haft sin egen lärplattform. Efter att konkursförvaltaren i Miroi AB:s konkurs ifrågasatt äganderätten till plattformen träffades en förlikning i saken. Exlearn har emellertid hela tiden hävdat äganderätten till plattformen. Exlearn har nu även kommit in med avtalet den 27 januari 2015 om överlåtelsen av lärplattformen och licensavtal avseende plattformen tecknat den 4 februari 2015 mellan Exlearn och Miroi AB.

Vid kontroll med Kronofogdemyndigheten den 10 september 2019 framkom att Exlearn inte har några restförda skatteskulder. Vidare ska konstateras att några sådana skatteskulder inte heller förelåg vid kontrollen den 4 juli 2019. Eftersom Exlearn således fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatt finns med denna bakgrund inte någon skyldighet för kommunen, grundad på någon regel i förfrågningsunderlaget, att utesluta Exlearn. Det finns inte heller någon sådan skyldighet grundad på reglerna i 13 kap. eller 19 kap. LOU. Enligt punkt 3.8 i upphandlingsdokumentet ska anbuds-

givaren, vid tiden för ansökans inlämnande, inneha lägst rating ”kreditvärdig” enligt Credit Safe. Exlearn uppfyllde detta krav vid de kontroller som gjorts den 25 juni respektive 5 september 2019.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

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

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den

part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se RÅ 2009 ref 69).

NTI-skolan har gjort gällande att Exlearn inte uppfyller dels kraven i upphandlingsdokumentet avseende lärplattform, dels diverse andra ekonomiska krav. Förvaltningsrätten kommer i följande avsnitt att ta ställning till det som NTI-skolan har anfört i dessa delar.

Kravet på lärplattform

I punkt 4.13 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. att leverantören ska tillhandahålla en digital lärplattform med lärarstöd som undervisningen bedrivs genom. NTI-skolan har anfört att Exlearn vid tidpunkten för anbuds-lämnandet inte hade äganderätten till sin lärplattform vid namn ”Exlearn” och menar därför att Exlearn inte uppfyllde det här kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar dock att kravet att en leverantör ska *tillhandahålla* en plattform inte rimligen förutsätter att leverantören *har äganderätten* till plattformen i fråga. I stället måste kravet tolkas så att det är tillräckligt att en leverantör på något vis har tillgång till en plattform som den har möjlighet att använda inom ramen för upphandlingsföremålet, dvs. att kunna erbjuda gymnasiala kurser på distans för kommunens studentkrets via lärplattformen. Att Exlearn eventuellt inte har eller tidigare har haft äganderätten till plattformen ”Exlearn” saknar därför betydelse i sammanhanget.

Vidare har en upphandlande myndighet enligt rättspraxis inte någon skyldighet att kontrollera om uppgifter som lämnats under anbudstiden är riktiga när omständigheter i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. En misstanke om eller ett påpekande från en annan anbudsgivare att ett anbud inte uppfyller ett givet obligatoriskt krav kan dock

medföra skäl för myndigheten att kontrollera uppgiften i fråga. Den utvidgade utredningsskyldigheten gäller även om uppgifterna blivit kända först i samband med en överprövningsprocess och även om anbudsgivaren enligt upphandlingsdokumenten inte varit skyldig att ge in bevis på att kravet uppfylls (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 4904-09 och 3688-14).

Av de handlingar som lämnats in i målet framgår inte annat än att Exlearn i nuläget har rätt att använda lärplattformen ”Exlearn” och därmed även möjlighet att tillhandahålla densamma inom ramen för upphandlingsföremålet. Enligt förvaltningsrättens mening kom det inte heller fram några omständigheter i och med Exlearns anbudslämnande som skulle föranlett en utvidgad utredningsskyldighet för kommunen att kontrollera att Exlearn uppfyllde kravet på lärplattform utöver de kontroller som kommunen härefter gjort. Följaktligen kan kommunens agerande i denna del inte ha skett i strid med LOU, varför NTI-skolan inte heller kan anses ha lidit skada av förfarandet.

Exlearns ekonomiska situation

I punkt 3.8 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. att anbudsgivarens ekonomiska kapacitet, för att kunna upprätthålla garanti och eventuella serviceåtaganden, ska vid tiden för ansökans inlämnande som lägst ha ratingen ”kreditvärdig” enligt kreditvärderingsinstitutet Credit Safe.

Kommunen har uppgett att Exlearn såväl vid kontroll den 25 juni 2019, dvs. dagen efter sista dag att lämna anbud, som vid extra kontroll den 5 september 2019 uppfyllde kravet på kreditvärdighet. Till styrkande av uppgiften har kommunen lämnat in utdrag från Credit Safe. Av utdragen framgår att Exlearn uppfyllde nämnda krav vid båda värderingstillfällena. Det har därmed inte funnits skäl att utesluta Exlearns anbud från

upphandlingen av den anledningen att dess kreditvärdighet inte skulle vara tillräckligt god.

NTI-skolan har även gjort gällande att Exlearn har en registrerad skatteskuld som innebär att Exlearn inte uppfyller kraven i 3.6 i upphandlingsdokumentet. Av punkten framgår nämligen att om det föreligger en uteslutningsgrund enligt 13 kap. 1–3 §§ LOU, t.ex. att anbudsgivaren har obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter, kommer anbudsgivaren att uteslutas om denne inte kan visa att den fullgjort sin betalningsskyldighet alternativt ingått bindande överenskommelse om betalning.

Kommunen har anfört att det vid kontroll med Kronofogdemyndigheten den 4 juli 2019 inte fanns några skatteskulder, och att så inte heller var fallet den 10 september 2019. Detta innebär att Exlearn får anses ha fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatt i den mening som avses i punkt 3.6 i upphandlingsdokumentet. Därmed har det inte funnits skäl att utesluta dem från upphandlingen.

Sammanfattningsvis innebär det ovan redovisade att vad NTI-skolan anfört inte visar att kommunen har åsidosatt de grundläggande principerna på ett sådant sätt att NTI-skolan därigenom har lidit eller riskerat lida skada. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Maria Sjunnesson
Tf. rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Alexander Dahlman.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

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

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- 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.