



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2018-03-07
Meddelad i Uppsala

Mål nr
5579-17 E

KONKURRENSVERKET	
2018-03-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Sigma Academy AB, 556868-5555

Ombud: Advokat Mattias Novak
Novak & Martin Advokatfirma AB
Box 3359
103 67 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun
721 87 Västerås

SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 227762

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Västerås kommun genomför en upphandling avseende tilldelning av tjänstekoncession för vuxenutbildning, dnr 2017/00658-UAN-2.6.1. Upphandlingen genomförs enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK. Sigma Academy AB (Sigma), tidigare Jazira Home of Care AB, har lämnat in en ansökan i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 2 oktober 2017 antogs bl.a. Sigmas ansökan.

YRKANDEN M.M.

Sigma ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förklara att den sista dagen för att ansöka om tjänstekoncession var den 15 augusti 2017 och att upphandlingen ska rättas på så sätt att alla ansökningar som inkom efter den 15 augusti 2017 ska förkastas. Vidare yrkas att förvaltningsrätten ska förelägga kommunen att inge sin dagbok eller sitt diarium. Till stöd för sin talan anför Sigma bl.a. följande.

Koncession för att genomföra utbildning kommer att tilldelas för perioden 2018 – 2022. När kommunen påbörjade upphandlingen angavs i annonsen att den sista anbudsdagen var den 30 augusti 2017. Sedan meddelade kommunen att sista ansökningstiden hade flyttats till den 15 augusti 2017 för kurser som börjar den 1 januari 2018. Sigma lämnade in sin ansökan den 15 augusti 2017. Fyra veckor senare, den 12 september 2017, meddelade kommunen att ansökningstiden hade förlängts till den 26 september 2017. Genom att med retroaktiv verkan förlänga ansökningstiden har kommunen brutit mot principerna om öppenhet och likvärdighet.

Om Sigma och de andra anbudsgivarna inför den 15 augusti 2017 hade meddelats om möjligheterna att få mer tid att arbeta med anbudet, ända till den 26 september 2017, skulle bolaget ha haft möjligheter att inge en mer genomarbetad anbudsskrivelse. Eftersom andra anbudsgivare har fått mer

tid att arbeta med sina anbudsskrivelser än Sigma strider kommunens förfarande mot likvärdighetsprincipen. Dessutom görs gällande att någon eller några leverantörer under mellantiden den 15 augusti – 12 september 2017 har kunnat arbeta med sina anbud utan att någon annan leverantör haft samma möjlighet.

Bestämmelserna i 6 kap. 3 § LUK, om tidsplan med preliminär tid för förfarandet och ändringar i planen, förutsätter naturligtvis att ändringen offentliggörs eller delges samtliga deltagare innan ändringen sker och inte en månad efter sista ansökningsdag. Upphandlingen får faktiskt anses som avslutad den 15 augusti 2017. Den kan därför ifrågasättas om inte kommunens förfarande att flytta fram den sista ansökningsdagen blir en ny upphandling snarare än en ändring av en pågående upphandling.

Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att 24 utbildningsanordnare har ansökt om kontrakt genom den retroaktiva förlängningen av anbudstiden. Kommunen har för avsikt att ingå kontrakt med 23 av dem. Sigma har haft viss korrespondens med kommunen och efterfrågat information om bl.a. vilka utbildningsanordnare som har lämnat in anbud senast den 15 augusti 2017 och vilka som lämnat in anbud efter detta datum.

Kommunens handläggning och efterföljande ovilja och dröjsmål att besvara relevanta frågor visar bl.a. att upphandlingen har skett i strid med principerna om öppenhet och likvärdighet samt att kommunen har tilldelat kontrakt till en eller flera anbudsgivare som har ansökt efter den 15 augusti 2017. Sigma kan på grund av kommunens handläggning inte fullt ut utreda sin rättsliga ställning i fråga om skada eller om kommunen har burit mot andra principer än de om öppenhet och likvärdighet.

Kommunen ska föreläggas att inge sin dagbok eller sitt diarium för att klargöra vid vilken tidpunkt de olika anbudsgivarna inkom med anbud.

Kommunen får också gärna inkomma med sin tidsplan och sin rättsliga grund för att 6 kap. 3 § LUK medger retroaktiva ändringar av tidsplanen.

Sigma har styrkt att bolaget lider eller riskerar att lida skada genom kommunens förfarande. Aktörer som tilldelas koncession konkurrerar om ett begränsat antal elever. Ju fler aktörer som har inkommit med anbud efter den 15 augusti 2017, desto större skada eller risk för skada lider de anbudsgivare som har inkommit med ansökningsskrivelser i rätt tid, dvs. senast den 15 augusti 2017.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LUK och det saknas grund för att rätta upphandlingen. Sigma har inte visat på vilket sätt det har lidit eller riskerat att lida skada. Upphandlingen avser vuxenutbildning och kommunen tecknar avtal med samtliga leverantörer som uppfyller de krav och villkor som gäller för godkännande av leverantör och utbildning. Dessa leverantörer har i sin tur möjlighet att bli valda av elever som har rätt till vuxenutbildning. Det finns ingen garanti för ersättning eller för att det kommer någon sökande till leverantörens utbildning.

Kommunen har annonserat att ansökan till upphandlingen kan göras kontinuerligt, men att vissa angivna dagar gäller för att en ansökan ska kunna beaktas inför en viss kursstart. För terminsstarten i januari 2018 har sista ansökningsdagen bestämts till den 26 september 2017. Om det därefter kommer nya ansökningar eller en redan godkänd leverantör vill utöka eller förändra sitt kursutbud och ansöker på nytt, kan dessa ansökningar tas i beaktande för kurser med senare starttidpunkt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen. I nu aktuellt mål är det Sigma som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53.

För att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 16 kap. 6 § LUK att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att Sigma har lidit eller kan komma att lida skada.

Det kan uppstå situationer som kan uppfattas som negativa för en leverantör som redan ingår i ett valfrihetssystem. Att t.ex. nya leverantörer kommer in i systemet skulle kunna tolkas som ett negativt beslut för den enskilde leverantören eftersom konkurrenssituationen mellan leverantörerna hårdnar. Detta är dock vad som normalt gäller på en fri marknad och leverantörerna är medvetna om detta när de ansöker om att få delta i ett valfrihetssystem. Det behövs inte något rättsmedel för sådana fall (prop. 2008/09:29 s. 105).

I målet är det utrett att Sigmas ansökan om att anordna vuxenutbildning var en av de 23 ansökningar som antogs i tilldelningsbeslutet. Sigma har inte kommenterat det som kommunen anför om att avtal tecknas med samtliga leverantörer som uppfyller de krav och villkor som gäller och att det inte finns någon garanti för att det kommer sökande till leverantörens utbildning. Sigma har inte heller invänt mot det som kommunen anför om att ansökan kan göras kontinuerligt, men att vissa angivna dagar gäller för att ansökan ska kunna beaktas inför en viss kursstart. Således får kommunens uppgifter, vad gäller dessa delar, anses vara riktiga.

Sigma gör gällande att bolaget skulle ha haft möjlighet att inge en mer genomarbetad ansökan om bolaget inför den 15 augusti 2017 hade meddelats om möjligheterna att få mer tid att arbeta med ansökan. Vidare anför Sigma att andra leverantörer har fått mer tid än Sigma att arbeta med sina ansökningar.

Förvaltningsrätten konstaterar att Sigma inte påstått, än mindre visat, att möjligheterna att konkurrera om potentiella elever till vuxenutbildningen och få ersättning för anordnad utbildning påverkas av ansökans utformning, förutsatt att ansökan i sig antas av kommunen. Inte heller har framkommit att Sigma varit förhindrad att komplettera den redan ingivna ansökan med utökat eller förändrat kursutbud under den förlängda ansökningstiden. Eftersom Sigmas ansökan antogs i tilldelningsbeslutet kan bolaget inte anses ha visat att det lidit eller riskerar att lida skada vad gäller möjligheterna att få mer tid att arbeta med ansökan.

Sigma gör också gällande att de aktörer som tilldelas koncession konkurrerar om ett begränsat antal elever och ju fler aktörer som har ansökt efter den 15 augusti 2017, desto större skada eller risk för skada lider de leverantörer som inkom med ansökan i rätt tid.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ligger i sakens natur att konkurrensen om eleverna hårdnar ju fler leverantörer som eleverna kan välja mellan. Samtidigt kännetecknas en fri marknad av att nya leverantörer kan tillkomma och att konkurrensen i vissa sektorer kan förändras, jfr prop. 2008/09:29 s. 105 och prop. 2015/16:195 s. 569. Vidare har det inte framkommit annat i målet än ansökan och tilldelning av koncession kan göras kontinuerligt, men att vissa datum gäller för att en ansökan ska kunna beaktas inför en viss kursstart. Antalet möjliga anordnare har inte heller begränsats, utan kommunen sluter avtal med de leverantörer som ansökt och uppfyller de krav och villkor som gäller. Mot denna bakgrund kan Sigma inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada i LUK:s mening av att

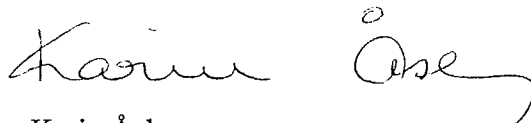
kommunen har godkänt leverantörer som lämnat in sin ansökan efter den 15 augusti 2017.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Sigma inte har visat att det har lidit eller kan komma att lida skada av de brister som påtalas. Således saknas enligt 16 kap. 6 § LUK grund för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

En förvaltningsdomstol kan vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifter från en upphandlande myndighet om uppgifterna behövs för en effektiv överprövning (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2015 ref. 55 och EU-domstolens dom i mål C-450/06, Varec). Med hänsyn till hur Sigmas talan är utformad och de omständigheter som åberopas finner förvaltningsrätten att uppgifterna om kommunens tidsplan och vid vilken tidpunkt som respektive ansökan inkom inte kan påverka målets utgång. Således saknas anledning att inhämta uppgifter från kommunen.

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) och 38 kap. 2, 4 samt 8 §§ rättegångsbalken framgår att om någon innehar en skriftlig handling eller allmän handling som kan antas ha betydelse som bevis får förvaltningsrätten besluta att handlingen ska tillhandahållas. Enligt förvaltningsrättens mening kan varken kommunen dagbok eller diarium anses ha någon betydelse som bevis i målet. Således är förutsättningarna för att besluta om edition inte uppfyllda. Sigmas yrkande om editionsföreläggande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Anderz Eriksson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

