



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2019-12-12
Meddelad i Göteborg

Mål nr
8101-19

Sida 1 (11)

SÖKANDE

NTI-skolan AB, 556709-8057

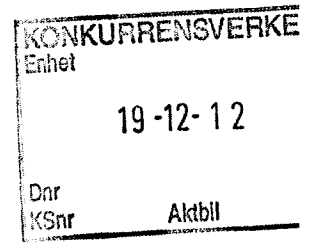
Ombud: advokaten Pontus Scherp

MOTPART

Kunskapsförbundet Väst, 222000-2998

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 653796

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

Kunskapsförbundet Väst genomför upphandlingen ”Vuxenutbildning på distans – grundläggande och gymnasial nivå”, dnr 2019/30.

Av tilldelningsbeslut den 24 juni 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”) anført.

YRKANDEN M.M.

NTI-skolan ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse genom att en ny anbudsutvärdering genomförs där Exlearns anbud inte ska beaktas. NTI-skolan anför bl.a. följande.

Exlearn har inte någon lärplattform. Den lärplattform som Exlearn påstår sig inneha har utvecklats av koncernbolaget Miroi AB, som försattes i konkurs i oktober 2018. Lärplattformen tillhör i själva verket Miroi AB:s konkursbo. Vid Miroi AB:s konkurs uppgav bolagets ställföreträdare för konkursförvaltaren att källkoden till lärplattformen med tillhörande teknisk utrustning och samtliga rättigheter överlåtits till koncernbolaget Exlearn den 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 utbildningsplattform – verksamhetens mest värdefulla tillgång – är mycket osannolikt, och går inte att motivera affärsmässigt. En närmare granskning visar också att påståendet knappast 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 dessutom under 2016 att det var Miroi AB som innehade samtliga rättigheter till plattformen. Så hade det inte stått om samtliga rättigheter till plattformen överlätits 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 givits 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. Kunskapsförbundet Väst borde därför inte ha tilldelat Exlearn kontrakt utan förkastat anbudet.

Kunskapsförbundets hänvisning till att vinnande leverantör har angett att de aktuella obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten är uppfyllda, liksom att man inte haft anledning att ifrågasätta påståendet från Exlearn, saknar betydelse. Det relevanta är om kraven var uppfyllda vid anbudstillfället. Att Kunskapsförbundet tilldelat Exlearn kontrakt när anbudet inte uppfyllt de obligatoriska kraven innebär ett brott mot principen om likabehandling. Detta gäller även om bristerna visat sig först efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Det finns i vart fall nu anledning att ifrågasätta Exlearns uppgift. Kunskapsförbundets påstående att icke uppfyllda krav som visar sig senare innebär avtalsbrott som kan få civilrättsliga följder är inte heller relevant av samma skäl. Om Exlearn saknar tillgång till en lärplattform kan dessutom undervisningen inte ske, vilket medför att kommunen inte kan leva upp till sina skyldigheter att tillhandahålla utbildningen och deltagarna kommer att drabbas. Det är dessutom osannolikt att Exlearn kommer att kunna kompensera Kunskapsförbundet för avtalsbrottet.

Det framgår inte av inlämnade handlingar att Exlearn förvärvat utbildningsavtalen från Miroi AB:s konkursbo. Utbildningsavtalen flyttades över från ett koncernbolag, Miroi AB som försatts i konkurs, till ett annat, Exlearn. Det står emellertid inte att lärplattformen förvärvades. Vad Exlearns företrädare i stället hävdar är att bolaget har ägt lärplattformen för att de dotterbolag som bolaget har ska kunna ha egna lärplattformar via ett licensavtal mellan bolagen, och att Miroi har haft sin egen plattform liksom de andra bolagen inom koncernen. Kunskapsförbundet hänvisar också till en bekräftelse från Miroi AB:s konkursförvaltare där det anges att konkursboet inte 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 gällande på den i förhållande till Exlearn. Det framgår inte varför konkursboet inte gör anspråk gällande. Exempelvis kan rättigheterna ha överlåtits till någon annan av konkursboet.

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.

Det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att anbudsgivarna har en sådan ekonomisk ställning att han kan upprätthålla ett långsiktigt ramavtal med den upphandlande myndigheten. Som en utgångspunkt för bedömningen av ekonomisk stabilitet anges bl.a. att anbudsgivarens riskklassificering inte ska understiga nivå 3 hos kreditvärderingsinstitutet UC. Exlearn uppfyller inte detta krav. Vid en kontroll hos UC den 19 augusti 2019 hade Exlearn den sämsta riskklassen 1. Exlearns svaga ekonomi är inte heller en tillfällighet. I utdraget från UC finns uppgifter om historiska riskklasser. Av dessa kan utläsas att Exlearn tycks ha rört sig mellan riskklass 1, dvs mycket hög risk, och riskklass 2, dvs. hög risk, sedan december 2018. Av samma sida framgår dessutom att Exlearn i vart fall vid tidpunkten för UC-kontrollen hade en obetald skatteskuld på över 600 000 kronor.

Sammantaget är det uppenbart att Exlearn inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Tvärtom är det tydligt att Exlearn under lång tid haft ekonomiska problem och att Exlearn med oroväckande stor sannolikhet inte kommer att kunna upprätthålla ett långsiktigt ramavtal, vilket är vad som krävs enligt upphandlingsdokumentets punkt 2.3. Eftersom Exlearns anbud inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning borde Kunskapsförbundet ha uteslutit Exlearn, och detta gäller alltså även om Exlearns brister visat sig först efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Överträdelsen har medfört att NTI-skolan lidit skada då NTI-skolan i annat fall hade tilldelats kontrakt.

Exlearn hade så sent som den 19 augusti 2019 en registrerad skatteskuld på över 600 000 kronor. I punkt 2.2 i upphandlingsdokumentet anges att anbudsgivaren och eventuella underleverantörer ska ha fullgjort sina skyldigheter avseende inbetalning av skatter och socialförsäkringsavgifter i Sverige eller de i hemlandet lagenligt ställda krav på skatte- och avgiftsskyldigheter. Det är alltså ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna inte har skatteskulder. Det kravet är inte uppfyllt av Exlearn. I enlighet med Förfrågningsunderlaget är Kunskapsförbundet skyldigt att utesluta Exlearn från upphandlingen även av detta skäl.

Kunskapsförbundet Väst anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Exlearn uppnådde ställda krav av finansiell styrka vid anbudstillfället. En kontroll av Exlearns ekonomiska stabilitet den 30 september 2019 visar rating på 70, vilket innebär god kreditvärdighet. Kravet som avser lärplattformen innebär att plattformen ska tillhandahållas av leverantören. Detta innebär inte att leverantören ska äga plattformen, endast tillhandahålla en digital plattform med de kravställda funktionerna enligt underlag. Äganderätten av plattformen är inte relevant och har ingen betydelse i målet. Exlearn har klargjort att bolaget förvärvade den aktuella plattformen den 27 januari 2015 i samband med att medel tillfördes Miroi-koncernen. Därefter har Exlearn träffat licensavtal med samtliga dotterbolag. 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 därutöver inkommit med ett avtal om överlåtelse och ett licensavtal av plattformen mellan Exlearn och Miroi AB. Exlearn har därmed visat att bolaget kan tillhandahålla en sådan plattform som uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget. Skulle det

vid ett senare tillfälle visa sig att Exlearn inte uppfyller ställda krav blir det fråga om ett avtalsbrott som kan få civilrättsliga följder för bolaget.

Vid kontroll vid anbudsinlämnande den 15 juni 2019 framkom att Exlearn inte hade några restförda skatteskulder. Den skatteskuld som NTI-skolan hänvisar till fanns inte vid anbudsinlämnandet och är numera reglerad.

Eftersom Exlearn således fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatt finns med denna bakgrund inte någon skyldighet grundad på någon regel i förfrågningsunderlaget att utesluta Exlearn.

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 3.3 i upphandlingsdokumentet, under rubriken ”Pedagogiskt upplägg”, anges bl.a. att leverantören ska tillhandahålla en lärplattform, där distanskurser presenteras i sin helhet och elevens progression i kurser uppdateras kontinuerligt samt varifrån handledning av läraren sker.

Exlearn har i sitt lämnade anbud accepterat alla de krav som ställs på pedagogiskt upplägg i punkt 3.3 i upphandlingsdokumentet. NTI-skolan har dock anfört att Exlearn vid tidpunkten för anbudslämnandet inte hade äganderätten till sin lärplattform vid namn ”Exlearn”. 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 vuxenutbildning på distans för Kunskapsförbundet Västs 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 Kunskapsförbundet Väst att kontrollera att Exlearn uppfyllde kravet på lärplattform. Följaktligen kan Kunskapsförbundets 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 2.3 i upphandlingsdokumentet, med rubriken ”Krav på finansiell styrka” anges bl.a. följande. En anbudsgivare ska ha sådan ekonomisk stabilitet att denna kan upprätthålla ett långsiktigt ramavtal med den upphandlande myndigheten. Som utgångspunkt för bedömningen av ekonomisk

stabilitet gäller att anbudsgivarens riskklassificering/rating inte får understiga 40 enligt Credit Safe alternativt understiga nivå 3 enligt UC (beroende på vilket kreditinstitut myndigheten använder), eller motsvarande krav från annat kreditvärderingsinstitut. Detta kontrolleras av den upphandlande myndigheten.

Kunskapsförbundet Väst har anfört att Exlearn uppfyller kravet på finansiell styrka och har lämnat in ett utdrag från kreditvärderingsinstitutet Credit Safe. Utdraget visar att Exlearn dels hade en kreditrating om 70 den 30 september 2019, dels översteg gränsen rating om 40 i de mätningar som genomförts såväl före som efter sista datum för anbudslämnande. Överhuvudtaget visar de mätningar som genomförts sedan den 27 juli 2015 på en kreditrating om över 40, med undantag för ett tillfälle den 26 april 2019 då rating inte kunde beräknas. Exlearn får därmed anses ha uppfyllt kravet på finansiell styrka så som det kommer till uttryck i punkt 2.3 i upphandlingsdokumentet.

NTI-skolan har även gjort gällande att Exlearn har en registrerad skatteskuld som innebär att Exlearn inte uppfyller kraven i punkt 2.2 i upphandlingsdokumentet. I denna punkt anges nämligen att en anbudsgivare och eventuella underleverantörer ska ha fullgjort sina skyldigheter avseende inbetalning av skatter och socialförsäkringsavgifter i Sverige eller de i hemlandet lagenligt ställda krav på skatte- och avgiftsskyldigheter. I yttrande till förvaltningsrätten har Kunskapsförbundet Väst dock uppgett att Exlearn inte hade några restförda skatteskulder vid kontroll som genomfördes i samband med anbudsinlämnandet och att den skatteskuld som NTI-skolan hänvisar till numera är reglerad. Förvaltningsrätten ser inte anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Detta innebär att Exlearn får anses ha fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatt i den mening som avses i punkt 2.2 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 Kunskapsförbundet Väst 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.

