



SÖKANDE

NTI-skolan AB, 556709-8057

Ombud: Advokat Pontus Scherp
Norburg & Scherp Advokatbyrå AB

MOTPARTER

1. Exlearn Education AB, 556960-0215

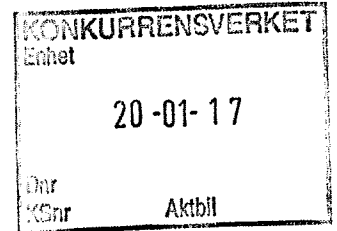
Ombud: Thomas Sjölund

2. Forsman och Nydahl AB, 556561-1406

3. Söderköpings kommun, 212000-0464

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Söderköpings kommun (Kommunen) genomför upphandlingen *Distansutbildning vuxenutbildning*, dnr UH-2019-31, som öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Tre leverantörer lämnade anbud i upphandlingen: NTI-skolan AB (Bolaget), Exlearn Education AB (Exlearn) och Forsman och Nydahl AB (Forsman). Kommunen meddelade den 19 juni 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Exlearn tilldelades kontraktet.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid Exlearns och Forsmans anbud inte ska beaktas.

Kommunen, Exlearn och Forsman bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Exlearns och Forsmans anbud har inte uppfyllt vissa i upphandlingen obligatoriska krav och borde därför ha förkastats av Kommunen. Genom att bortse från de obligatoriska kraven i upphandlingen har Kommunen överträtt principen om likabehandling och 4 kap. 1 § LOU.

Exlearns anbud

Krav om lärplattform

Det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att leverantören har teknisk kapacitet att utföra uppdraget, vilket uttryckligen inkluderar en digital lärplattform som uppdraget ska genomföras med. Det är också en grundläggande förutsättning vid vuxenutbildning på distans att leverantören har en digital lärplattform, vilken utgör basen för undervisningen.

Det är Bolagets uppfattning att Exlearn inte hade någon lärplattform vid anbudets inlämnande. Den lärplattform som Exlearn påstår sig inneha har utvecklats av koncernbolaget Miroi AB (Miroi), som försattes i konkurs i oktober 2018. Vid Mirois konkurs uppgav Exlearn (dåvarande Aspvik och Sjölund Invest AB) till konkursförvaltaren att källkoden till lärplattformen med tillhörande teknisk utrustning och samtliga rättigheter överlätits till

Exlearn den 27 januari 2015 utan något vederlag. Påståendet om en vederlagsfri överlåtelse av Mirois mest värdefulla tillgång är mycket osannolikt och skulle inte ha gått att motivera affärsmässigt. En närmare granskning visar också att påståendet sannolikt inte stämmer. I målet avseende Mirois konkurs har konkursförvaltaren avgett en förvaltarberättelse i vilken det utifrån en lång rad bevis slås fast att det inte har skett någon överlåtelse av lärplattformen till Exlearn.

Avseende att Exlearn inte hade någon lärplattform argumenterar Kommunen att det inte ställs krav på att anbudsgivarna ska äga rättigheterna till en utbildningsplattform och att det som Bolaget anfört om rättigheterna till den lärplattform som Exlearn påstått sig äga därför inte är relevant. Kommunens argumentation är svårförståelig. Det är ostridigt att det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att leverantören har tillgång till en lärplattform för undervisningen. Att det krävs att anbudsgivaren har tillgång till en lärplattform och att denne har möjlighet att hålla lärplattformen i kontinuerlig drift innebär att anbudsgivarna måste ha tillgång till en sådan lärplattform, antingen genom egen äganderätt eller genom licensavtal m.m. I annat fall uppfylls inte kraven på teknisk kapacitet eller övriga obligatoriska krav avseende lärplattformen.

I Exlearns anbudsformulär som lämnades in den 5 juni 2019 påstod Exlearn under punkten 1.7 att bolaget "äger" sin lärplattform. Detta påstående har Exlearn också intygat på heder och samvete, se punkt 1.2 i samma dokument. Som Bolaget visat ägde emellertid Exlearn vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte någon lärplattform. Uppenbarligen hade inte heller Exlearn rätt att använda lärplattformen genom ett licensavtal.

Kommunen argumenterar vidare att Exlearn numera förfogar över en lärplattform och därför uppfyller kraven i upphandlingen. Som stöd bifogar Kommunen ett intyg från konkursförvaltaren i Miroi AB daterat den 15 juli

2019. Av intyget framgår att Miroi AB:s konkursbo träffat en uppgörelse med Exlearn, och att konkursboet därför inte längre gör gällande några anspråk på rättigheterna till lärplattformen.

Till att börja med är innebörden av detta meddelande oklar. 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. Den av Exlearn påstådda överlåtelsen av lärplattformen under 2015 har inte ägt rum. Eftersom Exlearn således inte ägde eller på annat sätt med rätt förfogade över lärplattformen vid tidpunkten för anbudets inlämnande uppfyllde Exlearn inte kraven i upphandlingen. Det saknar alltså betydelse om Exlearn i juli 2019, dvs. efter anbudets inlämnande, träffat en uppgörelse med Mirois konkursbo avseende lärplattformen.

Eftersom Exlearn i anbudet har intygat att Exlearn äger en lärplattform har således Exlearn lämnat falska uppgifter, vilket i sig är grund för uteslutning enligt 13 kap. 3 § 8 a LOU.

Krav på teknisk- och yrkesmässig kapacitet och på referenser

Det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att anbudsgivarna lämnar tre separata referenser från andra uppdrag av samma natur och innehåll som uppdraget i upphandlingen. Referensuppdragen ska ha varat under minst ett

år och får inte ligga mer än fem år bakåt i tiden. Exlearn uppfyller inte det aktuella kravet. Efter det att Miroi gått i konkurs tog Exlearn i december 2018 över delar av Mirois verksamhet. Innan dess hade Exlearn inte bedrivit någon utbildningsverksamhet över huvud taget. Fram till den 25 februari 2019 hade bolaget en registrerad verksamhet att bedriva utveckling av bolag, fastigheter och värdehandlingar samt bedriva konsultationer inom företagsutveckling och därmed förenlig verksamhet. Eftersom Exlearn inte bedrivit utbildningsverksamhet före december 2018 kan Exlearn omöjligt uppfylla kravet på tre tidigare genomförda referensuppdrag som minst sträckt sig sammanhängande över ett år.

Kommunen argumenterar att Exlearn uppfyller kraven på teknisk- och yrkesmässig kapacitet genom att åberopa företrädares kapacitet och erfarenhet i enlighet med en undantagsregel som finns under rubriken *Teknisk- och yrkesmässig kapacitet* i upphandlingsdokumentet om att nystartade företag kan tillgodoräkna sig företrädares erfarenhet. En liknande undantagsregel avseende nystartade företag gäller dock inte kravet på referenser. Kravet måste därför innebära att det är anbudsgivaren som ska ha utfört uppdragen.

Även i det fall den undantagsregeln i och för sig skulle vara tillämplig även avseende referenser är Exlearn inte ett nystartat företag. Exlearn bildades i januari 2014. Exlearn faller därför över huvud taget inte under undantagsregeln som ger möjlighet att åberopa en företrädares erfarenhet. Dessutom förefaller Exlearn inte hänvisa till en bolagsföreträdares, dvs. styrelseledamots erfarenhet, utan i stället till en person som möjligen är anställd i bolaget.

Exlearn hänvisar i sitt yttrande endast till att Mirois konkursbo har överlåtit uppdragsavtal till Exlearn enligt Miroiavtalet. Det saknar dock betydelse. Överlåtelsen skedde först i december 2018. Exlearn har därför inte

genomfört något uppdrag före den tiden och det är Exlearn som ska ha referenser avseende det bolagets erfarenhet. Att Exlearn har köpt ett avtal och i samband med det ingått ett avtal med en uppdragsgivare innebär inte att Exlearn har genomfört uppdraget i tiden före överlåtelsen. Om något uppdrag genomförts så var det Miroi som genomförde uppdraget i fråga. Exlearn har inte åberopat Mirois tekniska- och yrkesmässiga kapacitet i sitt anbud och kan därför inte tillgodoräkna sig Mirois referensuppdrag.

Det kan inte heller vitsordas att de överlåtna uppdragsavtalen uppfyller kraven som uppställts på referensuppdragen avseende att referensuppdragen varit av samma natur och innehåll som uppdraget i upphandlingen. Det framgår inte av det ingivna Miroi-avtalet vad det är för uppdragsavtal som har överlåtit till Exlearn och Kommunen har inte heller lämnat ut anbudshandlingen där referensuppdragen anges.

Krav om ekonomisk stabilitet

Det är ett krav i upphandlingen att anbudsgivarna har en stabil ekonomisk bas, vilket innebär minst riskklass 3 hos kreditvärderingsinstitutet UC. Anbudsgivare med lägre klassning är inte kvalificerade.

Exlearn har i sitt anbud under punkt 1.7 bekräftat att detta krav uppfylls. Exlearn uppfyller dock inte kravet. Senast den 19 augusti 2019 hade Exlearn den sämsta riskklassen 1, vilket innebär ”mycket hög risk” för att bolaget kommer på obestånd inom 12 månader, se UC-utdrag i Bilaga 24. Mer precist bedömde UC risken till drygt 27 procent, vilket är långt över de 8,05 procent som är gränsen för den sämsta riskklassen.

Exlearns svaga ekonomi är inte en tillfällighet. I utdraget från UC finns uppgifter om historiska riskklasser. Av dessa kan utläsas att Exlearn tycks ha rört sig mellan riskklass 1 (”mycket hög risk”) och riskklass 2 (”hög

risk”) sedan december 2018. Exlearn hade vid tidpunkten för kontrollen en obetald skatteskuld på över 600 000 kr.

Sammantaget är det tydligt att Exlearn inte har en stabil ekonomisk bas. Tvärtom föreligger det allvarliga farhågor för att Exlearn inte kommer att kunna fullgöra det kontrakt som upphandlas i det fall Kommunen skulle ingå avtal med Exlearn.

Eftersom Exlearns anbud inte uppfyller kravet på stabil ekonomisk bas skulle Kommunen ha uteslutit Exlearn. Att Kommunen i stället tilldelat Exlearn kontrakt innebär ett brott mot principen om likabehandling och 4 kap. 1 § LOU. Detta gäller även om Exlearns brister visat sig först efter det att tilldelningsbeslutet meddelats.

Forsmans anbud

Upphandlingen avser grundläggande och gymnasial vuxenutbildning samt SFI på distans. Av punkterna 5.12 och 5.13 i bilagan Skakrav framgår att en stor del av uppdraget rör SFI och kurser på grundläggande nivå. Av Forsmans ingivna referenser framgår att dessa avser uppdrag för Linköpings, Ängelholms och Lunds kommuner. Forsman har dock inte haft något uppdrag för dessa kommuner under de senaste fem åren som innehåller kurser på grundläggande nivå eller SFI. Forsmans uppdrag har bestått av (i) gymnasiegemensamma kurser samt kurser inom Handel- och Administrationsprogrammet, Vård- och omsorg samt Barn- och Fritidsprogrammet (Linköpings kommun), (ii) yrkesutbildning på gymnasial nivå inom vård och omsorg respektive yrkesutbildning på gymnasial nivå inom barn och fritid (Lunds kommun) samt (iii) gymnasiala teoretiska kurser och yrkeskurser på gymnasial nivå (Ängelholms kommun).

Kommunens påstående att Forsmans uppdrag omfattat kurser på grundläggande nivå och SFI bestrids. Kommunen har inte heller något bevis för detta utöver vaga uttalanden i ett e-postmeddelande från Forsman. Eftersom Forsman inte redovisat några referenser som avser uppdrag om distansutbildning på grundläggande nivå eller SFI uppfyller Forsman inte kravet på att referensuppdragen ska ha samma innehåll som uppdraget i upphandlingen.

Enligt upphandlingsdokumentet skulle referenterna ”i helhet besvara samtliga frågor” i referensformuläret, annars skulle anbudet inte utvärderas. Av referensformuläret från Linköpings kommun framgår att kommunen inte fullständigt kunnat besvara frågorna 3, 4 och 5. Avseende fråga 5, som handlar ifall Forsman har genomfört nationella prov i god tid och använt dessa som underlag vid betygsättning, har Linköpings kommun särskilt noterat att Forsman inte haft i uppdrag att genomföra nationella prov. Enligt punkt 5.1 och 5.20 i bilagan Skakrav ingår nationella prov i det uppdrag som upphandlingen avser. Referensen från Linköpings kommun uppfyller därför inte kravet på att i helhet besvara referensdokument eftersom frågan inte kunde besvaras.

Kommunen skulle mot redovisad bakgrund ha förkastat Forsmans anbud.

Skada

Om Kommunen hade förkastat Exlearns och Forsmans anbud enligt ovan skulle Bolaget ha tilldelats kontraktet. Kommunens överträdelser har därför orsakat Bolaget skada eller i vart fall riskerat att orsaka Bolaget skada.

Kommunen

Kommunen har inte åsidosatt bestämmelserna i LOU.

Exlearns anbud

Exlearn har rätteligen tilldelats kontraktet eftersom Exlearn uppfyller samtliga de krav och villkor som ställts i upphandlingen och har offererat lägst pris.

Kommunen anser att Exlearn uppfyller upphandlingens krav på lärplattform. I upphandlingen ställer Kommunen ett krav på att anbudsgivare/leverantör genomför uppdraget med en användarvänlig lärplattform. Inga krav har ställts på att anbudsgivaren ska äga rättigheterna till lärplattformen. Bolagets synpunkter om ägandeförhållandena kring lärplattformen är därför inte relevanta. Det tycks orimligt och konkurrenshämmande att kräva att alla leverantörer av distansutbildning ska äga och driftsätta egna system. Hur lärplattformen tillhandahålls är för kommunen irrelevant så länge den tillhandahålls och uppfyller de krav som ställts i upphandlingen, vilket bevisligen så är i detta fall.

Bolaget har inte kunnat visa att Exlearn inte uppfyller de krav som ställts på lärplattform i upphandlingen. Bolaget har inte heller kunnat visa säkert att lärplattformen vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet förfogats av Mirois konkursbo då uppgifter lämnade av parterna är motstridiga. Konkursförvaltaren i Miroi intygar att inga anspråk görs gällande rättigheterna till lärplattformen Exlearn. Även behörig företrädare för Exlearn har genom sanningsförsäkran intygat att Exlearn tillhandahåller lärplattformen. Kommunen anser att Exlearn uppnår full kravuppfyllnad i upphandlingen då Exlearn de facto förfogar över och nyttjar en lärplattform helt i enighet med ställda krav och villkor och så även gjorde vid tidpunkten för inlämnandet av anbud i upphandlingen, vilket kontrollerats med Valdemarsviks kommun. Även tre referenter har intygat att Exlearn till dem levererat tjänster av samma natur och innehåll som uppdraget i denna

upphandling.

I upphandlingen ställer Kommunen krav på att anbudsgivare/leverantör ska ha förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag samt tidigare erfarenhet från liknande uppdrag. För nystartade företag gäller kraven företagets företrädare.

Då Exlearn är nytt i utbildningsbranschen sedan den 6 december 2018 kan Exlearns yrkesmässiga kapacitet inom området utbildning likställas det av ett nystartat företag. Kompetens, kapacitet och förmåga finns i företaget genom företagets företrädare och personal, se 14 kap. 5 § LOU. Kommunen anser att Exlearn uppfyller samtliga krav på förmåga och kapacitet genom att åberopa företrädares erfarenhet och på så vis uppnår full kravuppfyllnad vid upphandlingen.

Kommunen anser att samtliga referensformulär som bilagts Exlearns anbud är utformade i enighet med ställda krav och villkor. De är riktigt ifyllda och verifierar efterfrågad erfarenheten hos anbudsgivarens företrädare, helt i enighet med ställda krav och villkor i upphandlingen.

Forsmans anbud

Beträffande att referensuppdragen ska vara av samma natur och innehåll som uppdraget i denna upphandling menas att dessa ska avse distansutbildning (natur) och kommunal vuxenutbildning (innehåll).

Kommunen anser att de referenser som bilagts Forsmans anbud är riktiga och i enlighet med ställda krav och villkor i upphandlingen. Dessa innefattar nämligen kommunal vuxenutbildning på distans, vilket var det krav som ställts i upphandlingen. Utöver de uppdrag som Bolaget tagit upp har Forsman genomfört distansutbildningar inom ramen för ställda krav, vilket

intygas i ett e-postmeddelande den 8 juli 2019 av Forsmans VD Jens Porsgaard. Av meddelandet framgår att Forsman har genomfört en stor del undervisning på grundläggande svenska/svenska som andraspråk inom ramen för uppdraget för Linköpings kommun, grundläggande kurser på svenska/svenska som andraspråk, engelska, matematik, SFI som tillägg till upphandlingen av gymnasiala kurser för Ängelholms kommun samt undervisning i svenska/svenska som andraspråk i kombination med vård och omsorg/barn och fritid för Lunds kommun.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser Kommunen att den utvärderat inkomna anbud jämlikt och i laga ordning samt att Exlearn har tilldelats kontrakt på riktiga grunder. Bolaget har inte och kommer inte lida skada till följd av tilldelningsbeslutet i upphandlingen.

Exlearn

Exlearn förvärvade samtliga utbildningsavtal med rättigheter och skyldigheter som Miroi hade enligt ett köpeavtal den 27 november 2018. Tillträdet enligt avtalet skedde den 6 december 2018. Konkursförvaltaren skulle inte kunna sälja uppdragsavtalen för konkursboets räkning om inte Exlearn hade tillgång till en lärplattform enligt punkterna 2, 8 och 9 i köpeavtalet för att säkra den fortsatta driften av avtalen. Köpeavtalet från konkursförvaltaren förtydligar att Exlearn förfogar över en lärplattform genom överlåtelsen av alla rättigheter och skyldigheter som Miroi innehaft. Exlearn och konkursförvaltaren träffade den 15 juli 2019 en uppgörelse innebärande att konkursboet inte kommer att göra gällande återgång av rättigheterna till lärplattformen Exlearn. Konkursförvaltaren har aldrig hävdat att lärplattformen har tillhört konkursboet.

En överlåtelse av källkoden till lärplattformen skedde den 27 januari 2015. I avtalet var Exlearn tvingat att garantera punkt 5:1 i det avtal som tecknades med Viamix och Via Venture Partner Fond I K/S som resulterade i att bolaget nedamorterade 41 miljoner kr av Mirois bankkrediter. Vid överlåtelsefallet var aktiverade kostnader för lärplattformen uppbokade personalkostnader som Miroi hade haft för personal i samband med kursutveckling av kurser som de olika kommunerna efterfrågade i avtalen som bolaget hade tecknat.

Exlearn har tecknat ett licensavtal med Miroi den 4 februari 2015 kring hur nyttjandet av plattformen ska gå till. Bolaget hävdar att ingen betalning skett från Miroi till Exlearn för licenskostnader för nyttjandet av lärplattformen Exlearn. Det har överförts 180 000–230 000 kr varje månad för betalning av licenskostnader. Dessa överföringar är bokade som återbetalning av lån därav den låga omsättningen på bolaget. Sammanfattningsvis bevisar dessa handlingar att Exlearn har tillgång till lärplattformen Exlearn.

Beträffande referensuppdrag hänvisar Exlearn till tidigare skolchef som varit anställd på Miroi sedan 2005. Exlearn förvärvade utbildningsavtal av konkursboet och har hänvisat till referensuppdrag som varit med i överlåtelsen. Skolchefen i Miroi blev i samband med förvärvet av utbildningsavtalen den 6 december 2018 anställd på samma befattning av Exlearn och uppfyller därigenom den erfarenhet som Kommunen kräver på referenserna.

Forsman

Samtliga referensuppdrag som Forsman har lämnat i upphandlingen har innehållit distansutbildning inom vuxenutbildningen, vilket enligt Forsman uppfyller de i upphandlingen ställda kraven på referensuppdragen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontraktet (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det, utifrån de grunder som sökanden framfört i målet, finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet gjort gällande att Exlearns och Forsmans anbud inte har uppfyllt vissa i upphandlingen obligatoriska krav och att de därför borde ha förkastats.

Exlearns kravuppfyllelse

Krav om lärplattform

Kommunen har i upphandlingen ställt ett krav på att leverantören ska genomföra uppdraget med en användarvänlig lärplattform som med kontinuitet är tillgänglig för elever, lärare och studie- och yrkesvägledare. Anbudsgivaren ska i anbudformuläret bekräfta att denne uppfyller ovanstående (se s. 1 och 6 i upphandlingsdokumentet).

Exlearn har i sitt anbud under punkten 1.7 bekräftat att bolaget uppfyller det ställda kravet och angett att bolaget äger en egen lärplattform vars

utveckling sker löpande och som bolaget gör så användarvänlig som möjligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det aktuella kravet inte innebär att leverantören måste äga den erforderliga lärplattformen eller att leverantören i anbudet ska styrka att denne äger eller har rätt att tillhandahålla plattformen, mer än genom att intyga att kravet att uppdraget ska utföras med en sådan plattform är uppfyllt. Mot denna bakgrund kan konstateras att Kommunen inte har haft skäl att ifrågasätta Exlearns uppgift i anbudet att bolaget uppfyller kravet att genomföra uppdraget med en användarvänlig plattform.

Enligt förvaltningsrätten visar inte heller den bevisning Bolaget företett i målet annat än att frågan huruvida överlåtelsen av källkoden till lärplattformen med tillhörande teknisk utrustning och samtliga rättigheter som Exlearn hävdar skett den 27 januari 2015 varit föremål för diskussion i Mirois konkurs, vilket är irrelevant för frågan huruvida Exlearn uppfyller kravet att kunna genomföra uppdraget med en användarvänlig plattform. Det Bolaget anfört och företett i relevant avseende påvisar således inte enligt förvaltningsrätten att Exlearn inte har uppfyllt det ställda kravet.

Vad beträffar det Bolaget anfört om att det föreligger en grund för uteslutning av bolaget enligt 13 kap. 3 § 8 a LOU, kan konstateras att denna bestämmelse dels avser en frivillig uteslutningsgrund, dels inte är tillämplig för upphandling av ej direktivstyrda tjänster som undervisningstjänster räknas till (19 kap. 1 § 2 LOU och bilaga 2 a med däri angivna CPV-koder).

Krav på teknisk- och yrkesmässig kapacitet och på referenser

Kommunen har i upphandlingen ställt krav att anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag samt ha tidigare

erfarenhet från liknande uppdrag. För nystartade företag gäller kraven företagets företrädare. Anbudsgivaren ska i anbudformuläret bekräfta att denne uppfyller ovanstående och även beskriva sin förmåga och kapacitet i avsnitt 1.7 i anbudformuläret. Anbudsgivaren ska inkomma med tre separata referenser från tidigare eller nuvarande uppdragsgivare. Referensuppdragen ska minst sträcka sig sammanhängande över ett år och inte ligga mer än fem år tillbaka i tiden. Genomfört uppdrag ska vara av samma natur och innehåll som uppdraget i denna upphandling. Referensen ska i helhet besvara samtliga frågor i bifogat formulär ”Referensformulär”, vilka ligger till grund för vidare utvärdering (se s. 4–6 i upphandlingsdokumentet).

Exlearn har under punkten 1.7 i sitt anbud lämnat en beskrivning av bolagets förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och därvid bl.a. redogjort för att bolaget är nytt inom branschen utbildning och att det tog över Mirois pågående verksamhet efter att Miroi gick i konkurs hösten 2018. För tidigare erfarenhet från liknande uppdrag hänvisar Exlearn till en person som är nationell utbildningsansvarig på bolaget som har mer än tio års erfarenhet av att leda vuxenutbildningar. För denna person lämnar Exlearn tre referensuppdrag för att styrka erfarenhet och kompetens.

Kommunen har gjort gällande att Exlearns yrkesmässiga kapacitet inom området utbildning kan likställas den av ett nystartat företag eftersom Exlearn är nytt i utbildningsbranschen och har bedömt att Exlearn uppfyller samtliga krav på förmåga och kapacitet genom angiven utbildningsansvarigs erfarenhet. Bolaget har i sin tur hävdats att Exlearn inte uppfyller kraven eftersom Exlearn inte har någon tidigare egen erfarenhet från liknande uppdrag samt då Exlearn inte är ett nystartat företag och ingivna referenser inte avser en bolagsföreträdare, dvs. styrelseledamots erfarenhet, utan i stället en person som möjligen är anställd i bolaget.

Vad först gäller kravens innebörd konstaterar förvaltningsrätten att kravet att inkomma med referenser är kopplat till kravet på att anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag samt tidigare erfarenhet från liknande uppdrag, dvs. att det är genom sin beskrivning av förmåga och kapacitet i avsnitt 1.7 i anbudsformuläret samt genom referenserna anbudsgivaren ska visa att denne har förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag samt tidigare erfarenhet från liknande uppdrag. Vad Bolaget anfört om att undantagsregeln som finns under rubriken *Teknisk- och yrkesmässig kapacitet* i upphandlingsdokumentet om att nystartade företag kan tillgodoräkna sig företrädares erfarenhet endast gäller kravet på att ha förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag samt ha tidigare erfarenhet från liknande uppdrag men inte kravet på referenser saknar således stöd i upphandlingsdokumentet.

Att Exlearn för uppfyllelsen av de ställda kraven hänvisat till uppdrag som utförts av ett annat företag innebär således i sig inte att kraven inte är uppfyllda under förutsättning att övriga premisser för att tillämpa undantagsregeln som finns under rubriken *Teknisk- och yrkesmässig kapacitet* i upphandlingsdokumentet är uppfyllda, dvs. att Exlearn är ett nystartat företag vars företrädare genom ingivna referenser visar att denne har tidigare erfarenhet från liknande uppdrag och därmed även förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag.

Vad gäller begreppen ”nystartade företag” och ”företagets företrädare” konstaterar förvaltningsrätten att någon närmare förklaring av berörda begrepp inte finns i upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten anser att den upphandlande myndigheten måste anses ha ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna upphandlingsunderlaget. Ett sådant tolkningsföreträde måste givetvis tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen. Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att det inte framkommit något vägande skäl att tolka de

aktuella begreppen på annat sätt än vad Kommunen gjort gällande i målet, dvs. att ett företag som är nytt i utbildningsbranschen är att anse som ett nystartat företag samt att en person som har utbildningsansvar i företaget är en sådan företrädare för företaget, vars erfarenheter företaget kan tillgodoräkna sig för uppfyllelsen av de aktuella kraven.

Utifrån det ovan anförda samt då det inte heller framkommit skäl att ifrågasätta att de referenser som Exlearn åberopat påvisar att bolagets företrädare har en sådan erfarenhet som erfordrats har skäl inte framkommit att ifrågasätta Kommunens bedömning att Exlearn uppfyller här relevanta krav.

Krav om ekonomisk stabilitet

Kommunen har i upphandlingen ställt ett krav att anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk bas, vilket kommunen kontrollerar via företaget UC. Anbudsgivaren ska då som minimum uppnå riskklass 3 för att vara kvalificerad. Om det vid kontrollen visar sig att anbudsgivarens riskklass är lägre än 3, bereds anbudsgivaren inkomma med en för Kommunen godtagbar förklaring till ratingen samt inge underlag som visar att anbudsgivaren har en ekonomisk stabilitet som motsvarar efterfrågad riskklass 3 enligt UC eller motsvarande riskklass hos annat kreditvärderingsföretag (se s. 6 i upphandlingsdokumentet).

Exlearn har i sitt anbud under punkt 1.7 bekräftat att detta krav uppfylls och angett sammanfattningsvis följande. Exlearn har 98 i Creditsafe men kommer inte att klara UC klass 3. I händelse av att kommunen ställer krav på UC klass 3 kommer Exlearn att skicka in en ekonomisk garanti av företaget X (namnet bedöms omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]).

Exlearn har på uppmaning av Kommunen skickat in garantin i fråga. Av handlingen framkommer bl.a. att företaget X garanterar och säkerställer att de ekonomiska förpliktelser som Exlearn iklätt sig gentemot Kommunen till följd av den upphandlade tjänsten till fullo kommer att fullgöras endera genom att företaget X tillskjuter ekonomiska medel till Exlearn eller övertar uppdraget. Kommunen har därefter bedömt att Exlearn uppfyller det aktuella kravet.

Utifrån det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att på grund av det Bolaget gjort gällande ifrågasätta Kommunens bedömning att Exlearn uppfyller det aktuella kravet.

Forsmans kravuppfyllelse

Bolaget har gjort gällande att Forsmans anbud inte uppfyller kravet på referenser av samma natur och innehåll som uppdraget i upphandlingen eftersom de referenser Forsman gett in avser uppdrag som inte innehåller distansutbildning på grundläggande nivå eller SFI som är en del av det upphandlade uppdraget. Vidare hävdar Bolaget att referensen avseende Linköpings kommun inte uppfyller kravet på att referensformuläret ska besvaras i helhet eftersom en av frågorna i referensformuläret, fråga 5 avseende ifall Forsman har genomfört nationella prov i god tid och använt dessa som underlag vid betygsättning, inte kunde besvaras då Forsman inte hade haft i uppdrag att genomföra nationella prov.

Kommunen har i sin tur anført att kravet att referensuppdragen ska vara av samma natur och innehåll som uppdraget i upphandlingen innebär att dessa ska avse distansutbildning (natur) och kommunal vuxenutbildning (innehåll) samt att de referenser som bilagts Forsmans anbud är riktiga och i enlighet med ställda krav och villkor i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet ”referenser av samma natur och innehåll” saknar någon närmare förklaring i upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrätten finner, med beaktande av den upphandlande myndighetens tolkningsföreträdare beträffande skrivningar i det egna upphandlingsunderlaget, att det inte har framkommit något vägande skäl att tolka det aktuella begreppet på annat sätt än vad Kommunen gjort gällande i målet, dvs. att det är tillräckligt att referensuppdragen avser kommunal vuxenutbildning på distans för att det aktuella kravet ska anses uppfyllt.

Eftersom det i målet är ostridigt att de referensuppdrag Forsman åberopat avser kommunal vuxenutbildning på distans har Forsman således uppfyllt det aktuella kravet.

Vad slutligen beträffar det Bolaget anfört beträffande fråga 5 i referensformuläret från Linköpings kommun konstaterar förvaltningsrätten att referensen har besvarat den aktuella frågan genom att sätta kryss i rutan Utan brister och samtidigt lämna kommentaren att Exlearn inte har haft i uppdrag att genomföra nationella prov. Den aktuella kommentaren kan enligt förvaltningsrätten inte likställas med att frågan inte är besvarad. Med anledning av detta har Bolaget inte förmått visa att Forsmans anbud brister i uppfyllelse av här aktuellt krav.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till det som ovan anförts att något skäl att besluta om ingripande i upphandlingen inte har påvisats. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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.