



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2015-05-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4151-15

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Pomona Ledarskap AB, 556733-4650
Kåsatorpsvägen 4
541 34 Skövde

Ombud: Tenders Sverige AB
c/o Karl Sunnermalm
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

1. Danderyds kommun
Djurholms slott
182 05 Djursholm

2. Järfälla kommun
177 80 Järfälla

3. Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

4. Solna stad
171 86 Solna

5. Täby kommun
183 80 Täby

6. Upplands Väsby kommun
194 80 Upplands Väsby

7. Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

8. Vaxholms kommun
185 83 Vaxholm

9. Österåkers kommun
184 86 Åkersberga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2015-05-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 602292

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Pomona Ledarskap AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Danderyds kommun, Järfälla kommun, Sollentuna kommun, Solna stad, Täby kommun, Upplands Väsby kommun, Vallentuna kommun, Vaxholms stad och Österåkers kommun (Kommunerna) genomför genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling benämnd Vuxenutbildning "Vux 9", 14/34. Kommunerna genomför en samordnad upphandling, där Täby kommun handlägger själva upphandlingen och för kommunernas talan. Upphandlingen avser ramavtal avseende vuxenutbildning, där anbud kan lämnas på ett eller flera av totalt 13 anbudsområden som behovet delats in i. Annonsering skedde 2014-11-06 och anbudstiden löpte ursprungligen till och med 2014-12-01. I samband med ändring (2014-11-18) i förfrågningsunderlaget förlängdes anbudstiden (2014-11-25). Anbudstiden förlängdes med 11 dagar och löpte således till och med 2014-12-12. Den ursprungliga anbudstiden var 25 dagar. Tilldelningsbeslut fattades 2015-02-20. Pomona lämnade inte anbud i upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget punkt 3.6 som rörde utökad betygsrätt hade ursprungligen följande lydelse: Anbudsgivare ska av skolinspektionen ha erhållit beslut om utökad betygsrätt enligt förordning (SFS 2010:253) och föreskrift (SKOLFS 2011:155) om betygsrätt för vuxenutbildning. Kopia på sådant beslut ska bifogas anbudet.

Det nya kravet hade följande lydelse: Anbudsgivare ska inneha betygsrätt (enligt angiven förordning och föreskrift), eller ska ha ansökt om betygsrätt, i samtliga Vux9-kommuner, vilket ska styrkas genom att kopia på beslut om betygsrätt, eller kopia på ansökan om betygsrätt, ska bifogas anbudet.

YRKANDEN

Pomona Ledarskap AB (Pomona) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna yrkar i första hand att Pomonas ansökan avvisas alternativt läggs samman med mål 4149-15. I andra hand bestrider Kommunerna bifall till Pomonas ansökan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Till stöd för sin talan anför Pomona bl.a. följande. Vux 9 har under upphandlingens gång, genom Frågor och Svar, gjort en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. I enlighet med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen har det då ålegat Vux 9 att göra om upphandlingen så att även anbudsgivare, som initialt gjort bedömningen att de inte uppfyller alla krav och således ej har kunnat lämna anbud, får chans att lämna in anbud i upphandlingen. Pomona har lidit skada av att så inte har skett varför det föreligger grund för förvaltningsrätten att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Vidare anför Pomona bl.a. följande. De saknade beslut om utökad betygsrätt enligt förordning (SFS 2010:253) och föreskrift (SKOLFS 2011:155) om betygsrätt för vuxenutbildning. Då de tog del av det ursprungliga för-

frågningsunderlaget kunde de konstatera att de inte kunde uppfylla det obligatoriska kravet om utökad betygsrätt. Hade det av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framgått att det är tillräckligt om anbudsgivaren till sitt anbud bifogar kopia på ansökan om utökad betygsrätt hade Pomona kunnat lämna anbud. Detta genom att påbörja en ansökan om betygsrätt som sedan hade bifogats anbudet. Då Pomona inte kunde uppfylla alla krav i det ursprungliga förfrågningsunderlaget föreföll det poänglöst att fortsätta bevaka upphandlingen och ta del av nytillkommen information. Om Vux 9 rätteligen, p.g.a. väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget, hade avbrutit upphandlingen och annonserat den på nytt med det reviderade kravet hade Pomona kunnat lämna anbud med chans att tilldelas kontrakt. Pomona har inte själv kunnat uppfylla kvalificeringskraven i upphandlingen men genom åberopande av Miroi ABs kapacitet och erfarenhet hade Pomona kunnat uppfylla upphandlingens alla krav. Pomona har anfört att de lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada, till följd av att såväl lika-behandlingsprincipen som transparensprincipen trätts för när i upphandlingen.

Kommunerna anför bl.a. följande som bakgrund. Kravet i punkt 3.6 Utökad betygsrätt tillkom för att Kommunerna under avtalstiden avsett att lämna över visst ansvar till leverantör enligt beskrivning i bilaga 5, Kravspecifikation, punkt 6.1 Överföring av myndighetsansvar under avtalstiden. De företag som är verksamma inom vuxenutbildningsbranschen känner väl till denna företeelse och många hade därför redan tidigare sökt sådan utökad betygsrätt hos Skolinspektionen. När Kommunerna gick ut i sin upphandling visade det sig dock att väldigt många företag hade avvaktat med att ansöka om utökad betygsrätt. Skolinspektionen fick in stora mängder ansökningar och deras handläggningstider förlängdes drastiskt och Skolinspektionen kunde inte längre ange inom vilken tid ansökningarna skulle vara behandlade. Kommunerna bedömde då att kravet på att bifoga kopia på beviljat beslut om utökad betygsrätt, trots att det i sig självt är ett rimligt

krav, riskerade att få konkurrensbegränsande effekter. Kommunerna bedömde att det fanns risk för att ett vidmakthållande av kravet skulle kunna komma att ifrågasättas som oproportionerligt. Kommunerna insåg att förändringen - om än positiv i sig - för vissa presumtiva anbudsgivare skulle medföra ett visst merarbete och förlängde därför anbudstiden med elva dagar. Detta bedömdes tillräckligt med tanke på att Kommunerna medvetet valt att renodla upplägget i upphandlingen så att anbudsgivarnas jobb främst bestod i att beskriva sin verksamhet. Då upphandlingen genomfördes som en s.k. "fast-pris-upphandling" behövde anbudsgivarna inte lägga tid på olika ekonomiska kalkyler och beräkningar för att sätta ett eget anbudspris.

Frågan om avvisning

Kommunerna anser att Pomonas ansökan av två skäl bör avvisas. Kommunerna har dels ansett att det föreligger vad som inom processrätten benämns *litis pendens* vilket i korthet innebär att en fråga som redan är föremål för domstols prövning inte får prövas varken av annan domstol eller av myndighet. Till stöd för att det föreligger *litis pendens* har Kommunerna i huvudsak anfört att en och samma koncern (Pomona ingår i en koncern som är ägd av moderbolaget Miroi AB som har lämnat anbud i upphandlingen) försöker driva två processer med samma yrkande kring exakt samma rättsfråga och mot samma parter. Dels anser Kommunerna att Pomona saknar talerätt då Pomona enligt Kommunerna inte kan anses tillhandahålla tjänster i den bemärkelsen som krävs för att kunna anses vara en leverantör av den typ av tjänster som är aktuella i upphandlingen. Kommunerna har till stöd härför hänvisat till Pomonas hemsida där olika personlighetsutvecklande tjänster och insatser tas upp. Kommunerna har vidare anfört att ingen av dessa kan anses var i närheten av att bedriva undervisning inom grundläggande- eller gymnasial vuxenutbildning. Enligt vad Kommunerna känner till har Pomona inte tidigare utfört någon vuxenutbildning av det slag som nu upphandlas och skulle därmed inte kunna

uppfylla några av de kvalificeringskrav som ställs upp eller krav på utbildningsansvariga etc.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 2 kap. 11 § LOU framgår att med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Det framgår av 16 kap. 4 § LOU att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling, och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

När det gäller *litis pendens* har inga allmänna grundsatser rörande definition av saken utvecklats i förvaltningsrätten utan vägledning får hämtas från de allmänna grundsatserna som finns i rättegångsbalken. I 13 kap. 6 § rättegångsbalken anges att en ny talan inte får upptas till prövning om samma talan redan är föremål för rättegång mellan samma parter. För att identitet ska föreligga ska yrkandet i den senare rättegången helt täckas av yrkandet i den förra. Enligt förvaltningsrättens bedömning föreligger inte *litis pendens* i den mening som avses då dels det kan anses strida mot grundläggande processrättsliga principer rörande vad ett rättssubjekt är och vad ett rättssubjekt svarar för att se Pomona och Miroi AB som samma part, dels kan det inte anses som samma sak, då Miroi AB lämnat anbud och varit delaktig i upphandlingen vilket inte Pomona varit.

Det krävs inte att en leverantör på marknaden levererar exakt sådan tjänst som upphandlingen avser för att leverantören ska anses taleberättigad. Pomona levererar, vad som synes framgå av Pomonas och Kommunernas

yttrande, i vart fall utbildning för vuxna. En leverantör behöver inte i egen regi kunna erbjuda allt som upphandlas utan har möjlighet att, som i Pomona's fall, inhämta kompetens och erfarenhet från annat håll. Vad gäller frågan om talerätt gör förvaltningsrätten bedömningen att Pomona har talerätt genom att bolaget får anses vara sådan leverantör i den mening som avses i LOU och bolaget har ansett att de lidit skada, eller i vart fall riske- rat att lida skada.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Även om förvaltningsrätten här ovan har bedömt att Pomona ska anses som leverantör och har talerätt i målet så prövar förvaltningsrätten först om den sökande leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.


Det är således upp till Pomona att visa att de är skadelidande redan till följd av förändringen i förfrågningsunderlagets (jfr RÅ 2009 ref. 69). En leverantör kan i och för sig anses vara skadelidande redan när risk för skada föreligger (jfr Hentze, Sylvén Offentlig upphandling s. 348 och prop. 1992/93:88 s. 101). Det kan dock vara svårt för en leverantör som inte lämnat anbud att kunna visa att skada uppkommit eller risk att skadas på grund av tilldelningen (jfr EU-domstolens dom C-230/02, Grossman Air Service, punkt 27). Den leverantör som då valt att inte lämna anbud står också risken för att inte lyckas fullgöra detta beviskrav.

Pomona har inte lämnat anbud i upphandlingen. Bolaget har angett att de kunnat lämna anbud om förfrågningsunderlaget redan från början haft den utformningen att endast ansökan om betygsrätt krävdes. Pomona har dock

behövt nyttja Miroi ABs kapacitet och erfarenhet för att kunna uppfylla de åtagandena som upphandlingen syftat till. För att tilldelas kontrakt var det även givet att anbudsgivaren beviljats betygsrätt. Pomona har inte i målet uppgett att de utfört någon vuxenutbildning av det slag som upphandlats och sådan utbildning som kräver betygsrätt. Enligt förvaltningsrättens mening behöver en leverantör som inte lämnat anbud i en upphandling närmare och mer precist redogöra för att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada tidigare än vad Pomona gjort i målet. Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att Pomona inte visat att de lidit skada eller kunnat komma att lida skada. Pomonas yrkande om ingripande enligt LOU ska således avslås redan på den grunden.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Magnus Åhammar

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Johan Beije har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.
Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.