



SÖKANDE

Borderlight AB, 556595-6363

Ombud: Advokaterna Per-Owe Arfwedson och Carl Bokwall
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

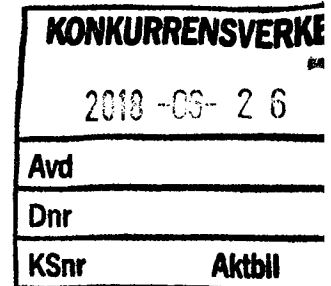
MOTPART

Uppsala kommun

Ombud: Advokaterna Arvid Bard Bringéus och Gabriel Lidman
Bird & Bird Advokat KB
103 95 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Borderlight AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Borderlight inte förkastas och att en ny utvärdering görs.

BAKGRUND

Uppsala kommun genomför en upphandling av datakommunikation som tjänst med dnr KSN-2017-1626. I tilldelningsbeslut den 7 december 2017 har anbud från Ip-Only Networks AB antagits.

YRKANDEN M.M.

Borderlight AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att Uppsala kommun ska företa en ny utvärdering där bolagets anbud ska tas med för anbudsprövning. Som grunder för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. De skäl kommunen anger för att förkasta bolagets anbud med hänvisning till det obligatoriska kravet i avsnitt 4.1.2 Tekniska krav på tjänsten, saknar stöd i såväl upphandlingsdokumenten som bolagets anbuds handlingar. Förkastandet saknar därmed grund och strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Bolaget har med bred marginal lämnat det bästa priset och ett i övrigt konkurrenskraftigt anbud. Bolaget lider därmed, eller riskerar att lida, skada av upphandlingsfelet eftersom bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Uppsala kommun bestrider bolagets yrkande på den huvudsakliga grunden att något fel innebärande ett åsidosättande av upphandlingsrätten inte har förekommit. Det saknas därför skäl att förordna att upphandlingen ska rättas.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolagets anbud uppfyller de obligatoriska kraven i avsnitt 4.1.2 och kommunens beslut att förkasta bolagets anbud vilar därmed på felaktiga grunder.

Det är tydligt från kravställningen att kommunen har använt det generiska begreppet switch i kravet på den utrustning som avlämning av nivå 3-tjänsten sker till. Kravet anger inte att alla kundplacerade switchar ska vara layer 3. Kraven på avlämning med nivå 3 och att fel/störning i ett LAN/anslutningspunkt inte ska påverka andra LAN/anslutningspunkter, förutsätter inte heller det för samtliga anslutningar. Det är den tekniska lösningens design och anslutningens beskaffenhet som avgör om layer 2-, layer 3- eller multilayer-switch behövs för att uppfylla kravet om att ”avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen”. Det finns följaktligen inget krav i upphandlingen på att placera layer 3-switchar i kommunens lokaler. Funktionskravet i avsnitt 4.1.2 på avlämning med nivå 3 och separation mellan LAN/anslutningspunkter kan uppnås på en mängd andra sätt. Typ av utrustning och placering beror bl.a. på hur transmissionstjänsten utformas och anslutningarnas beskaffenhet. I avsaknad av ett uttryckligt krav på att det ska stå layer 3-switchar på alla kommunens verksamhetsplatser (oavsett om det behövs eller inte) är det inte möjligt att förkasta bolagets anbud på den angivna grunden.

Kommunen kan inte i efterhand ändra kravet genom en utfyllande tolkning från switch till layer 3-switch eller införa ett obligatoriskt krav på placering av sådana switchar i varje kommunal verksamhet trots att det inte behövs. Detta skulle väsentligen ändra kravställningen i efterhand. EU-domstolen anger på ett kristallklart sätt att transparens- och likabehandlingsprincipen utgör hinder för en utfyllande tolkning av obligatoriska krav, dvs. att kravet ges en innebörd som inte har uttryckligt stöd i kravets lydelse (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-27/15 Pizzo).

Det finns vidare inga sakliga skäl till att ställa ett absolut krav på en mängd kundplacerade layer 3-switchar om sådana inte behövs för att leverera den

efterfrågade funktionen. Kravet skulle således, med den innebörd kommunen nu försöker ge kravet, stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Den tekniska lösningen som är beskriven i anbudet uppfyller kraven på att avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till kundplacerade switchar samt att fel/störningar på LAN/anslutning inte påverkar andra LAN/anslutningar. I bolagets förtydligande anges klart och tydligt att alla funktioner enligt förfrågningsunderlagets kravspecifikation ingår i anbudets pris. Bolaget har dessutom särskilt bekräftat och intygat att föreslagen teknisk lösning uppfyller samtliga krav, dvs. inklusive de två krav som nu är ifråga.

Av översiktsschemat framgår inte att kundplacerad utrustning ”endast hanterar layer 2” och det är inte heller innebörden av anbudet. Översiktsschemat visar tvärtom tydligt att kravet är uppfyllt. Förkortningen L3 har använts i översiktsschemat för att visa att nivå 3-funktionen säkerställs centralt och att den generiska termen switch använts för den utrustning som avlämning sker till eftersom val av switch (layer 3, multilayer eller layer 2) och utrustningens placering beror på anslutningens beskaffenhet (se förutsättningarna i kravspecifikationens avsnitt 4.1.2). Om kommunen anser att bolagets lösning inte innebär nivå 3-funktionalitet, ankommer det på kommunen att visa varför det skulle förhålla sig på det viset.

Om kommunen haft frågor om på vilken nivå i OSI-modellen som kundplacerade switchar arbetar, skulle kommunen ha ställt sådana frågor i sin begäran om ett förtydligande. Det har kommunen inte gjort. Utöver att kommunen saknar saklig grund för förkastandet, har det därför inte varit möjligt för kommunen att basera ett förkastande på den påstådda grunden. Detta följer av EU-domstolens praxis (se mål C-336/12, Manova och mål C-599/10, SAG ELV Slovenska).

Bolaget ger in ett sakkunnigutlåtande från [REDACTED], universitetslektor och docent vid Kungliga tekniska högskolan.

Kommunen

Av aktuellt ska-krav framgår att avlämning ska ske med nivå 3 till switch. Detta innebär att en layer 3-switch ska användas vid avlämningspunkten till den kundplacerade utrustningen. Även om ordet switch sett helt isolerat från vad som i övrigt anges i kravet skulle kunna betraktas som en generisk term innefattande olika typer av switchar, så specificeras vilken typ av switch som avses genom att det i kravet anges att "avlämning ska ske med nivå 3 till switch". I kravet används alltså inte switch generiskt eftersom en switch med nödvändighet måste vara layer 3 för att avlämning ska kunna ske med nivå 3 till switchen.

Kravet att *avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till router eller switch som tillhandahålls av leverantören, förutsatt att det är tekniskt möjligt med avseende på anslutningens beskaffenhet*, anger hur lösningen ska vara beskaffad för att *fel eller störningar i ett LAN eller anslutningspunkt ska inte kunna påverka funktionen hos andra LAN eller anslutningspunkter*. Eftersom en lösning som bygger på kundplacerade layer 3-switchar – till skillnad från en lösning med enbart centralt placerad layer 3-switch – säkerställer att sådan påverkan inte kan ske, står det klart hur ska-kravet om avlämning måste läsas. Till stöd för denna inställning åberopas ett sakkunnigutlåtande från [REDACTED], produkt- och teknikansvarig på S:t Erik Kommunikation AB. Att ska-kraven innebär att den kundplacerade utrustningen måste vara layer 3-switch framgår också av att samtliga övriga, marknadsledande anbudsgivare, tydligt anger i sina respektive översiktskisser att layer 3-switch används vid den kundplacerade utrustningen.

Bolaget har i enlighet med avsnitt 4.1.9 till sitt anbud bifogat en beskrivning av offererad tjänst. Kommunen uppfattar att det i målet är ostridigt att bola-

get i sin beskrivning angett L3-switch enbart på de ställen där sådan används och att L3/layer 3 således inte används i den offererade tjänsten på de ställen där det enbart står switch i beskrivningen. L3-switch anges i bolagets beskrivning enbart vid den centrala utrustningen, däremot inte vid avlämningspunkten till den kundplacerade utrustningen. Därmed uppfyller bolagets anbud inte ska-kravet att avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till router eller switch.

Kommunen bestrider bolagets påstående att det när det i sitt översiktsschema använder termen switch skulle använda switch som en generisk term som alltså inte skulle specificera vilken typ av switch som används av bolaget. Till att börja med har bolaget i sitt översiktsschema, vid switcharna som är placerade vid den kundplacerade utrustningen, använt en symbol som betyder layer 2-switch. Därutöver använder bolaget vid den centrala utrustningen, och enbart där, termen layer 3-switch, vilket alltså specificerar vilken typ av switch det är fråga om. Kommunen har därmed inte haft fog för att uppfatta bolagets översiktsschema på annat sätt än att layer 3-switch inte skulle användas vid den kundplacerade utrustningen. Därmed är ska-kravet inte uppfyllt. Vad bolaget anför om att anbudet skulle vara uttryckligen kravuppfyllande genom att bolaget skulle ha intygat att samtliga krav är uppfyllda saknar betydelse bl.a. eftersom bolaget bifogat en kravställd beskrivning av tjänsten av vilken tydligt framgår att ska-kraven inte är uppfyllda.

Det ska klargöras att kommunen inte har förkastat anbudet på grund av något som anförts i bolagets svar på kommunens fråga. Kommunen har inte gjort gällande att det skulle ha varit något förtydligande från bolagets sida rörande de aktuella ska-kraven som skulle ha föranlett att anbudet förkastades. Vad som anförts är att bolaget i sitt svar bekräftat vad som framgick av bolagets anbudshandlingar. Den praxis från EU-domstolen som bolaget refererat till saknar således relevans i detta mål. Oavsett vad bolaget svarat på

de frågor som kommunen ställt hade ett svar inte kunnat läka ifrågavarande brist i anbudet eftersom det stod klart i och med anbudshandlingarna att skräven inte var uppfyllda.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder bolaget anför.

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Mål enligt LOU är en typ av mål där förvaltningsrättens utredningsskyldighet är begränsad. Det åligger därför parterna att i stor utsträckning ansvara för utredningen i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). Detta får i synnerhet gälla i mål där det aktualiseras frågor av teknisk natur såsom i nu aktuellt mål. När det vidare är fråga om påståenden som till sin natur är sådana att det inte går

att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det leverantörens ansvar att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 4 april 2014 i mål nr 6092-13).

Av allmänna principer följer vidare att den som påstår något även har bevisbördan för detta. I vissa fall kan dock bevisbördan gå över på motparten om den påstående parten har fullföljt sin bevisbörda.

Bolaget har gjort gällandet att dess anbud uppfyllt samtliga krav i avsnitt 4.1.2 i upphandlingsdokumentet och därför inte borde ha förkastats från vidare anbudsutvärdering.

I upphandlingsdokumentet avsnitt 4.1.2 *Tekniska krav på tjänsten* anges, såvitt nu är av intresse, följande.

Tjänsten ska vara utformad så att:

- Fel eller störningar i ett LAN eller en anslutningspunkt ska inte kunna påverka funktionen hos andra LAN eller anslutningspunkter.
- Avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till router eller switch som tillhandahålls av leverantören, förutsatt att det är tekniskt möjligt med avseende på anslutningen beskaffenhet.

Inledningsvis kan konstateras att parterna har redovisat olika uppfattningar gällande innebörden av kravet ”Avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till router eller switch som tillhandahålls av leverantören, förutsatt att det är tekniskt möjligt med avseende på anslutningens beskaffenhet”.

Kommunen har gjort gällande att kravet innebär att layer 3-switchar ska användas vid avlämningspunkten till den kundplacerade utrustningen, vilket bolaget invänder mot.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning är kravet inte rent språkligt utformat på så sätt att det klart och tydligt framgår att den funktion kommunen efterfrågar ska uppnås genom att samtliga kundplacerade switchar ska vara layer 3-switchar. Även i av kommunen åberopat sakkunnigutlåtande anges att avlämningskravet inte är helt entydigt. Kravet kan därför enligt förvaltningsrättens mening inte ges den innebörden att de kundplacerade switcharna måste vara layer 3-switchar, så länge den funktion som efterfrågas i kravet kan uppnås genom en annan teknisk lösning.

Den fråga förvaltningsrätten då har att ta ställning till är om bolagets anbud uppfyller ifrågavarande krav i avsnitt 4.1.2.

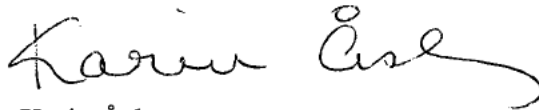
Bolaget har till stöd för sin inställning åberopat ett sakkunnigutlåtande. I utlåtandet gör [REDACTED] bedömningen att bolagets anbud uppfyller kraven att fel eller störningar i ett LAN eller en anslutningspunkt inte ska kunna påverka funktionen hos andra LAN eller anslutningspunkter samt att avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen till router eller switch som tillhandahålls av leverantören, förutsatt att det är tekniskt möjligt med avseende på anslutningen beskaftenhet. Till stöd för sin bedömning anför [REDACTED] bl.a. följande. Kravet att avlämning ska ske med nivå 3 enligt OSI-modellen anger att tjänsten som tillhandahålls (eller avlämnas) ska vara nivå 3, alltså en lager 3-tjänst. Att tjänsten är en lager 3-tjänst innebär i detta fall att det är en tjänst som förbinder kundens anslutna utrustning till en eller flera L3-växlar. Kravet anger inga särskilda villkor för vilken typ av dataväxlar som ska användas vid anslutningspunkten. Tvärtom tillåts uttryckligen olika typer av utrustning, ”router eller switch”, vilket innefattar såväl L2- som L3-växlar. Det finns heller inte några tekniska skäl till varför utrustningen vid anslutningspunkten vid leverans av en lager 3-tjänst behöver vara en L3-växel. Det går utmärkt att tillhandahålla en L3-tjänst genom L2-växlar vid anslutningspunkten, vilket är en vanlig lösning. Bolagets lösning enligt översiktsschemat baseras på centralt placerade L3-växlar, till vilka

kundens utrustning ansluts genom i huvudsak optisk transmission. Kravet på att avlämning ska ske med nivå 3 är uppfyllt och det finns inget i översikts-schemat som ger anledning till att anta annorlunda. Kravet om fel eller störningar i ett LAN eller anslutningspunkt handlar om separation och begränsning av fel. Det anger att ett fel på en plats i nätet inte ska påverka funktionen i andra delar av nätet. Att vissa anslutningspunkter har L2-växlar mellan kundutrustningen och den centralt placerade L3-växeln har ingen betydelse i sammanhanget – den centrala L3-växelns förmåga att separera nätverk från varandra påverkas inte av att anslutningar till växeln görs med L2-växlar. Bolagets centralt placerade L3-växlar skyddar mot överbelastning och störande trafik då de separerar anslutna LAN från varandra och stoppar oönskad trafik från att spridas till andra LAN. Vidare baseras bolagets anbud till stor del på optisk utrustning, som har stora fördelar jämfört med elektrisk utrustning vad gäller skydd mot störningar och fel. Kravet är därför uppfyllt.

Kommunen har inte närmare bemött den argumentation och de bedömningar som framkommer i [REDACTED] sakkunnigutlåtande. Kommunen vidhåller dock sin inställning att bolaget inte uppfyller kraven i avsnitt 4.1.2 och har i sin tur åberopat ett sakkunnigutlåtande från [REDACTED]. I utlåtandet anges bl.a. att kravet att störningar i ett LAN inte ska påverka andra LAN enligt [REDACTED] uppfattning inte garanteras om ”avroutning” (nivå 3-avskiljning) sker i en central punkt, en central L3-växel. Till stöd för sin bedömning anför [REDACTED] bl.a. följande. Trafiken i olika LAN är visserligen separerad på nivå 3 och påverkar inte varandra men om L3-växeln, som separationen görs i, är gemensam för flera LAN kan de indirekt påverka varandra. Resurser i den centrala utrustningen kan ta slut på grund av störningar från ett LAN och följderna kan bli att andra LAN tappar kommunikation och funktionalitet. Sammantaget ger de båda kraven vid handen att avlämning och avskiljning måste ske på nivå 3 ute hos kund i leverantörens utrustning, en router eller switch/växel och då en switch/växel som kan hantera nivå 3, dvs. en L3-växel (L3-switch).

Enligt förvaltningsrättens mening innehåller det av kommunen åberopade sakkunnigutlåtandet uttalanden och bedömningar av mer generell karaktär. Utlåtandet bemöter inte [REDACTED] tekniska beskrivningar eller hans bedömning att bolaget uppfyllt kraven i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget visat att dess offererade lösning uppfyller de aktuella kraven i avsnitt 4.1.2. Vad kommunen anfört i övrigt medför inte att förvaltningsrätten gör någon annan bedömning. Kommunen har genom att förkasta bolagets anbud agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Agerandet har inneburit att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU på dessa grunder föreligger således. Då överträdelsen enligt förvaltningsrättens uppfattning inte hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att anbudsutvärderingen görs om varvid bolagets anbud inte ska förkastas på den grunden att bolaget inte uppfyllt kraven i avsnitt 4.1.2 i upphandlingsdokumentet. Ansökan ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)



Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Petra Hedin.



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.