



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-04-16
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
988-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Cygate AB, 556549-8952
Dalvägen 28
169 56 Solna

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Sveriges Lantbruksuniversitet
Infrastrukturavdelning, IT-enheten
Box 7070
750 07 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Ny nätverksinfrastruktur för SLU, referensnummer 232-1620/09

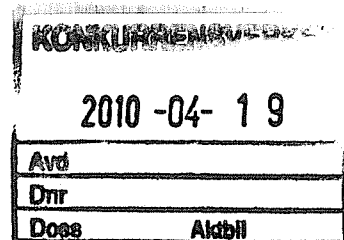
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Sveriges Lantbruksuniversitets upphandling avseende ny nätverksinfrastruktur för SLU, referensnummer 232-1620/09, ska göras om.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet meddelat den 18 december 2009.



Dok.Id 78

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-16 73 00	018-16 73 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

YRKANDEN

Cygate AB (bolaget) begär överprövning av Sveriges Lantbruksuniversitet (SLU) upphandling avseende ny nätverksinfrastruktur för SLU. Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits på så sätt att anbudet från IPNett, som inte uppfyller samtliga av de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven, ska tas bort från upphandlingen och att bolaget därmed vinner upphandlingen och tilldelas avtalet. Bolaget yrkar i andra hand att utvärderingen ska göras om på så sätt att IPNetts anbud utvärderas på det faktiska totalpriset, dvs. innefattande samtliga kostnader för lösningen. Den skada som bolaget skulle lida om rättelse av SLU:s felaktiga prövning och utvärdering inte skulle ske, är omfattande och uppgår till hela kontraktssumman.

SLU yrkar att bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

GRUNDER

Bolaget

Minsta tillåtna överföringshastighet

Det finns inte något utrymme i LOU att frånga ett i förfrågningsunderlaget uppställt skall-krav. Den enda möjlighet som står till buds om beställaren anser att man fått ändrade förutsättningar är att avbryta en pågående upphandling och gå ut i en ny upphandling med modifierade krav. Det finns i grunden två typer av krav som kan uppställas i en offentlig upphandling, nämligen skall-krav och bör-krav. Skall-krav ska vara uppfyllda för att anbudsgivarens anbud ska tas med till utvärdering, medan bör-kraven utvärderas vilket innebär att bör-krav inte nödvändigtvis måste vara uppfyllda eller att de kan uppfyllas till grader. Det är också irrelevant huruvida beställaren har utformas kryssrutor eller liknande för kraven.

I upphandlingen ska leverantören designa och offerera en teknisk lösning baserad på de beskrivningar som lämnas och de krav som uppställs i för-

frågningsunderlaget. För att undvika missförstånd finns det möjligheter för leverantörerna att genom ett formellt förfarande ställa frågor till beställaren under anbudstiden. Dessa frågor och svar kan sägas bli del av förfrågningsunderlaget. Att i en upphandling ställa krav på att leverantörerna designar tekniska lösningar redan i anbuden ställer stora krav på beställarens förmåga att tydligt uttrycka sig i förfrågningsunderlaget. Att i efterhand påstå att formuleringar med uttryckliga skall-krav inte ska tolkas så, utan på något annat endast övergripande sätt, är närmast skymfande mot seriösa leverantörer som lägger ner mycket tid, kraft och pengar på att ta fram gedigna och ändamålsenliga anbud.

I verkligheten förhåller det sig på det sättet att SLU i förfrågningsunderlaget har uppställt ett skallkrav på överföringshastighet, vilket har förtydligats i frågor och svar. SLU:s svar anger att ”på varje nätverksport ska det vara möjligt att uppnå en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s”. Svaret lämnar inget tolkningsutrymme vad gäller att den offererade lösningen måste designas på ett sådan sätt att kravet på en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s per användare (nätverksport) tillgodoses. Kraven som uppställs i förfrågningsunderlaget och som förtydligas genom frågor och svar har legat till grund för hur leverantörerna har designat sina lösningar. Kraven har alltså medfört ett visst antal core- och accesswitchar, accesspunkter och optisk utrustning. Kravet på en minimal överföringshastighet har lett till att bolaget har designat lösningen med 69 stycken huvudnodswitchar. IPNetts lösning med endast 29 stycken huvudnodswitchar kan inte tillnärmelsevis klara kravet på 45 Mbit/s överföringshastighet per användare. Bolaget och övriga leverantörer har dimensionerat sina lösningar för att uppfylla det uppställda skall-kravet på överföringshastighet medan IPNett har offererat en kraftigt underdimensionerad lösning vilket lett till ett lägre pris. Bolaget har dessutom Power över Ethernet (PoE) på alla portar, vilket ger en mer flexibel lösning jämfört med IPNett som istället har en lösning baserad på switchar både med och utan PoE-möjlighet. SLU:s

krav är att 100% av switcharna och 50% av portarna i en switch ska ha PoE-möjlighet. Om inte alla switchar har möjlighet till PoE, vilket är fallet i IPNetts lösning, innebär det att SLU inte har flexibiliteten att ansluta en IP-telefon eller en trådlös accesspunkt på valfritt ställe i nätet. Det är därmed ett viktigt och ändamålsenligt skall-krav.

Det förefaller som om SLU efter utvärderingen av anbuden har ändrat sin uppfattning och inte längre vill ställa lika omfattande krav på den tekniska lösningen. Det finns dock inget utrymme att frångå uppställda skall-krav. Om förändrade förutsättningar föreligger bör beställaren avbryta upphandlingen och modifiera sina krav. I och med att IPnett bortsett från skallkravet och inte designat enligt givna krav har de offererat SLU en budgetlösning med avsevärt färre ingående produkter som naturligtvis medfört ett alldeles för lågt pris i utvärderingen. IPNetts lösning uppfyller inte uppställda skall-krav.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det är fråga om en tekniskt komplicerad lösning som efterfrågas. Det framgår tydligt att SLU uppställer ett antal skall-krav utifrån vilka leverantörerna ska designa sina lösningar. Det finns inte något utrymme i LOU för att göra någon bedömning av hur väl skallkraven uppfylls. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet, likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet fordrar att det av förfrågningsunderlaget ska vara möjligt för leverantörerna att tydligt utläsa vad beställaren efterfrågar. Att i förfrågningsunderlaget uppställa skall-krav, vilka dessutom förtydligas med explicit användande av ordet skall i frågor och svarsprocessen, för att sedan i utvärderingen frångå dessa strider mot de grundläggande principerna.

SLU

Minsta tillåtna överföringshastighet

I kravmallen markeras skall-krav genom att ordet skall är märkt i fet stil samt att varje krav har försetts med kryssrutor där anbudsgivaren markerar om kravet är uppfyllt eller inte. Vidare följer alltid en textruta med titeln beskrivning på varje skall-krav. Beträffande kravet på garanterad kapacitet på 45 Mbit/s ska framhållas att samtliga skall-krav avseende efterfrågade tekniska lösningar finns i förfrågningsunderlagets bilaga 3. Det framgår tydligt att kravmallen i bilaga 3 ska fyllas i och kommenteras av anbudsgivarna. I denna bilaga ställs inget skall-krav på en garanterad kapacitet på 45 Mbit/s. Den text som bolaget refererar till är utklippt ur beskrivningen av den allmänna målsättningen med upphandlingen. I den allmänna delen står endast att ”totalt beräknas varukontraktet omfatta cirka 20 000 trådbaserade nätverksportar samt ett stort antal trådlösa s.k. accesspunkter, plus ovanstående tillhörande tjänster”. I bilaga 3 punkt 1.2. angående klientdatorhantering nämns begreppet ”i normalfall”. Då en fråga ställts angående den övergripande målsättningen för klientdatorerna har detta begrepp förtydligats. I förtydligandet anges endast att den övergripande målsättningen är att det ska vara möjligt anslutna klientdatorer att uppnå en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s. Den övergripande målsättningen som specifikt gäller för anslutna klientdatorer förefaller ha tolkats som att garanterade kapaciteten ska gälla per nätverksport.

Beträffande frågan som ställdes gällande minsta kapacitet ska följande tillägg göras avseende den övergripande målsättningen enligt bilaga 3. Det förtydligande som lämnades avseende den övergripande målsättningen avsåg endast punkt 1 i avsnitt 1.2 som totalt omfattar åtta punkter. Vilka prestandamässiga krav de enskilda komponenterna i nätet medför i detalj har således endast berört klientdatorhanteringen. Bandbredds krav för IP-telefoni är enligt förfrågningsunderlaget jämförelsevis mycket låga satt i relation till anslutna klientdatorer. Förutsättningar för IP-telefoni framgår i

avsnitt 1.2 under rubrik IP-telefoni och där beskrivs en prestanda på 128 Kbit/s vilket motsvarar ungefär en trehundrafemtiondel av den prestanda bolaget anser att SLU ska beställa. Det totala antalet portar i upphandlingen är som framgår i förfrågningsunderlaget 20 000 st. enligt avsnitt 5.1.1.1. Det framgår dock inte i underlaget hur många av dessa portar som ska kopplas till klientdatorer. Bolagets antagande att behov föreligger att samtliga anslutna portar ska kunna försörjas med prestandan 45 Mbit/s faller således på sin orimlighet.

Bolaget

Otydligheter i förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget var otydligt till stora delar. Detta framgår bland annat av det stora antalet frågor som kom in under frågedelen av upphandlingen. Vad SLU anfört i yttrandet förstärker ytterligare att hela upphandlingsförfarandet har varit otydligt och att SLU tycks sakna tillräcklig kompetens avseende upphandlingsföremålet. Det är i detta sammanhang viktigt att framhålla att förfrågningsunderlaget utgör grunden för upphandlingen. Genom förfrågningsunderlaget ska leverantörerna förstå vad det är som efterfrågas samt hur anbuden kommer att prövas och utvärderas. EG-domstolen har i mål C-19/00 angett att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt. Domstolen anger i målet bland annat att detta förutsätter att de kriterier som anges har formulerats på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt samt att den upphandlande myndigheten håller sig till denna tolkning under hela förfarandet och att myndigheten tillämpar kriterierna objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. I den aktuella upphandlingen är förfrågningsunderlaget otydligt och det har efter utvärderingen visat sig vara omöjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att tolka förfrågningsunderlaget såsom SLU i nuläget påstår att det ska tolkas. I själva verket förhåller det sig på det sättet att SLU inte tillämpar förfråg-

ningsunderlaget på det sätt som det är skrivet. Detta agerande strider mot 1 kap. 9 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SLU argumenterar för att det skulle vara skillnad på någon form av övergripande målsättning och upphandlingsföremålet. EG-domstolen har uttalat att det ska vara möjligt för normalt omsorgsfulla anbudsgivare att tolka förfrågningsunderlaget på samma sätt och den upphandlande myndigheten måste hålla fast vid den grundläggande tolkningen genom hela upphandlingsprocessen. Påståendet från SLU:s sida att skall-krav inte är skall-krav utan istället ett krav på en övergripande målsättning med upphandlingen är ett flagrant brott mot reglerna i LOU.

SLU

Något skall-krav på en minsta icke överbokad kapacitet på 45 Mbit/s är inte ställd i förfrågningsunderlaget eller i det förtydligande som citerats. Om förvaltningsrätten anser att det citerade svaret föranleder att ett skall-krav avseende 45 Mbit/s tillkommit för varje ansluten nätverksport utan överbokning måste denna tolkning anses gälla alla delpunkter som tas upp i förtydligandet under fråga 6.1.c. För det fall förfrågningsunderlaget skulle bedömas som bristfälligt anser SLU att upphandlingen bör avbrytas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller nå-

gon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlagets bilaga 3 anges bland annat följande under punkt 1. Målsättningen med den nya nätverkslösningen är att implementera och erhålla en teknisk plattform som möjliggör ett antal huvudsakliga funktioner:

- Klientdatorhantering
Skrivbordsdatorer skall ha möjlighet till snabb och effektiv kommunikation till central fillagring, till centrala stödfunktioner som e-post, virtuella arbetsplatser m.m. På ett tekniskt plan behöver därför klientdatorerna ha åtkomst till en nätprestanda av 100 Mbit/s till individuella maskiner i normalfall.
- IP-telefoni
Vi måste reservera bandbredd med ca. 128 Kbit/s per samtal och därmed motsvarande bandbredd för telefoni i ryggradsnätet mellan byggnader.

I frågor och svar anges bland annat följande. Fråga 6.1.c: Bilaga 3, sidan 3 punkt 1.2, tredje stycket anger att ” På ett tekniskt plan behöver därför klientdatorerna ha åtkomst till en nätprestanda av 100 Mbit/s till individuella maskiner i normalfall”. Vilken reserverad ”icke överbokad” kapacitet ska nätdesignen för stamnätet på respektive ort dimensioneras för? Förfrågningsunderlaget kan tolkas som att det är ett skall-krav att 100 procent av alla 20 000 portar ska vara garanterade minst 100 Mbit/s icke överbokad kapacitet till valfri annan port i nätet i varje angiven tidpunkt med 0 procent överbokning. Men om detta krav är lägre så blir det ännu viktigare att SLU anger exakt vad som är accepterad överbokningsgrad eller garanterad minsta kapacitet inom samma ortsnät, antingen mellan två valfria portar i nätet och/eller mellan accessport och centrala serverfarmar inom ortsnätet.

Det blir också viktigt att få svar på hur SLU avser att i anbudet kontrollera, utvärdera och likställa i "icke överbokad" eller "överbokad" kapacitet i stamnätet från anbudsgivarna så att vi kan ge klara besked i vårt anbud som SLU kan utvärdera.

Svar: På varje nätverksport skall det finnas möjlighet att kommunicera med 1000 Mbit/s. Enheter som är anslutna till samma nätverksnod (switch/stack/chassi) skall ha möjlighet att kommunicera med varandra med 1000 Mbit/s med en minimal överföringskapacitet på 120 Mbit/s. Aggregerad trafik mellan noder skall kunna ske med 1000 Mbit/s. På varje nätverksport skall det vara möjligt att uppnå en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s.

Fråga 6.1.d: Förfrågningsunderlaget anger att SUNET transmission mellan orter inte ingår och att upphandlingen bara avser ortsnät som ligger "bakom" SUNET anslutning. Kan vi då utgå ifrån att krav på garanterad kapacitet enligt fråga 1C enligt ovan bara gäller inom ett ortsnät och aldrig mellan portar i två orter över SUNET?

Svar: Kravet på garanterad kapacitet enligt fråga 1.c ovan gäller inom ett ortsnät och aldrig mellan portar i två orter över SUNET.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida SLU, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Bolaget anför, utifrån förfrågningsunderlaget samt avdelningen med frågor och svar som avsett att förtydliga detta, att IPNetts anbud inte uppfyller de

skall-krav som ställts i upphandlingen. SLU å andra sidan anför att bolaget övertolkat kraven i förfrågningsunderlaget.

Som bolaget angett i sin ansökan om överprövning föreligger det enligt förvaltningsrättens mening svårigheter med att förstå vilka krav SLU ställer på nätverkets tekniska utformning. Detta gäller särskilt huruvida det ställts ett krav på en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s mellan nätverksportar och om detta krav i så fall ska utläsas enligt sista meningen eller i förhållande till hela svaret till fråga 6.1.c. Av handlingarna i målet framgår att tolkningen av detta krav ger stora skillnader när det gäller pris och utformning av de anbud som lämnats i upphandlingen.

I EG-domstolens dom i mål C-19/00 anges att tilldelningskriterierna (förfrågningsunderlaget) ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Det anges vidare att tolkningen ska ske på samma sätt under hela anbudsförfarandet. Av uttalandet i domen framgår således att en viss otydlighet kan accepteras men att alla anbudsgivare i allmänhet ska begripa vad som avses.

I förfrågningsunderlaget anges de övergripande målen med upphandlingen. Dessa har sedan förtydligats med hjälp av att anbudsgivarna fått ställa frågor som SLU sedan svarat på. Svaren blir i sin tur en del av förfrågningsunderlaget. SLU har bland annat svarat följande på en fråga gällande garanterad minsta kapacitet, ”på varje nätverksport ska det vara möjligt att uppnå en minimal överföringskapacitet på 45 Mbit/s”. Detta svar har legat till grund för hur bolaget utformat sitt anbud. Bolaget anför att IPNetts anbud inte uppnår denna kapacitet. Då anbudsgivare lämnat helt skilda anbud utifrån förfrågningsunderlagets utformning i denna del anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget brister i nödvändig tydlighet vad gäller krav på minimal kapacitet. Förvaltningsrätten har vid sin bedömning förut-

satt att bolaget är att anse som en informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Bristerna har lett till att bolaget i förhållande till IPNett inte kunnat lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten anser därmed att SLU vid utformningen av förfrågningsunderlaget brutit mot 1 kap. 9 § LOU samt principerna om transparens och förutsägbarhet. Bristen är sådan att bolaget kan komma att lida skada av SLU:s brott mot LOU.

Förvaltningsrätten har att välja om upphandlingen ska rättas eller göras om enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU, se RÅ 2005 ref. 47. Förvaltningsrätten anser att då bristerna inte är att hänföra till utvärderingsfasen utan till förfrågningsunderlaget är det inte tillräckligt att upphandlingens utvärderingsfas ska rättas utan upphandlingen måste därför göras om.

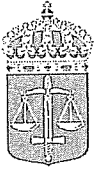
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a)



Anna Önell

assessor

Målet har föredragits av Andreas Lund



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.