

KLAGANDE

SYSteam Nät AB, 556534-4610

Ombud:

1. Advokat Anders Stening
2. Jur.kand. Maria Wallin
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Uppsala län beslut den 14 november 2008 i mål nr 1966-08,
se bilaga

SAKEN

Avvisande av talan i mål om överprövning enligt lagen (1992:1528) om
offentlig upphandling - LOU

SYSTeam Nät AB (System) yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd samt att kammarrätten undanröjer länsrättens beslut och i första hand företar en sakprövning av målet eller i andra hand återförvisar målet till länsrätten för prövning i sak. Till stöd för sin talan anför System bl.a. följande. Länsrättens dom från den 25 mars 2008 i mål nr 2675-07 kan inte tillmätas rättskraft i förevarande mål, vilket avser det tilldelningsbeslut som fattats mot bakgrund av nämnda dom. Sådan verkan skulle stå i strid med grundläggande EG-rättsliga principer och skulle innebära att bestämmelserna i LOU sätts ur spel. Partsställningen är i förevarande mål en annan än i länsrättens mål nr 2675-07. System hade inte talerätt under den prövningen och har således inte tidigare kunnat disponera över saken. De yrkanden och invändningar som System nu gör gällande är heller inte identiska med dem som framförts av Uppsala

kommun i den tidigare processen. Den rapport som System nu åberopar har inte prövats av domstol. Regeringsrättens praxis som anger att en vinnande anbudsgivare inte tillerkänns talerätt i en process om överprövning av det tilldelningsbeslut varigenom den vinnande anbudsgivaren tilldelas kontraktet har sin grund i att den vinnande anbudsgivaren istället ska kunna få sin talan prövad i en senare process.

DOMSKÄL

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och företar målet till omedelbart avgörande.

I länsrättens mål nr 2675-07 var Borderlight AB sökande och Uppsala kommun motpart. Borderlight AB begärde överprövning av Uppsala kommuns nu aktuella upphandling efter att ett tilldelningsbeslut fattats den 6 december 2007 och yrkade att länsrätten skulle besluta att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att en ny utvärdering av anbuderna och val av leverantör skulle genomföras varvid Borderlight skulle tilldelas kontraktet. I andra hand yrkade bolaget att upphandlingen skulle avbrytas och göras om.

I länsrättens mål nr 1966-08, vilket nu är föremål för kammarrättens prövning, har System begärt överprövning av samma upphandling efter att ett nytt tilldelningsbeslut fattats den 18 augusti 2008 och yrkat att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att System, till följd av ny och korrekt utvärdering av anbuderna, tilldelas kontraktet. Alternativt har bolaget yrkat att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kammarrätten konstaterar att det i de nu aktuella målen i länsrätten varit fråga om olika sökande som framställt olika yrkanden vid olika tidpunkter under upphandlingsförfarandet. Till detta kommer att ett nytt tilldelningsbeslut meddelats i tiden mellan det att målen anhängiggjorts i läns-

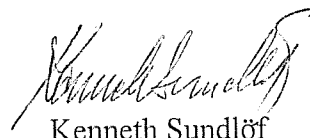
rätten. Redan vid dessa förhållanden finner kammarrätten att fråga inte kan vara om samma sak i de båda målen. Länsrätten har således saknat fog för att avvisa Systemas talan på den grunden att fråga skulle vara om samma sak som avgjorts av länsrätten i det tidigare målet. Överklagandet ska därför bifallas på så sätt att länsrättens beslut att avvisa Systemas talan upphävs och målet visas åter till länsrätten för fortsatt handläggning.

DOMSLUT

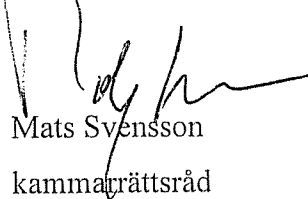
Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver länsrättens beslut att avvisa SYSteam Nät AB:s talan och visar målet åter till länsrätten för fortsatt handläggning.

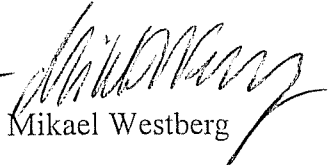
Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas. HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt (formulär 1) se bilaga.



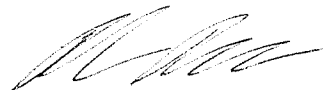
Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd



Mats Svensson
kammarrättsråd



Mikael Westberg
tf assessor
referent



Rikard Bergman
föredragande



KLAGANDE

SYSteam Nät AB, 556534-4610
Storgatan 19
751 04 Uppsala

Ombud: Malin Wallin
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

MOTPART

Kommunledningskontoret, Inköp
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling av Komnät 2009 steg 2, diariernr 07-
080/044.945

SAKEN

Offentlig upphandling

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avvisar SYSteam Nät AB:s talan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uppsala kommun beslutade den 6 december 2007 att tilldela SYSteam Nät AB kontraktet i samma upphandling som är föremål för prövning i nu aktuellt mål. I dom den 25 mars 2008 i mål nr 2675-07 biföll Länsrätten Borderlight AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen och förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att utvärderingen gjordes om i enlighet med vad som angavs i domen under länsrättens bedömning. Under Länsrättens bedömning angavs följande.

Bolaget har som grund för sin ansökan om överprövning åberopat att kommunen gjort en felaktig utvärdering av lämnade anbud avseende kriteriet överföringskapacitet. Det finns en formel i förfrågningsunderlaget för hur överföringskapacitet mellan två stjärnoder skall utvärderas. Enligt bolaget skulle det vid en korrekt utvärdering ensamt ha tilldelats högsta poäng som var 304. Under skriftväxlingen i målet har bolaget beskrivit ytterligare hur utvärderingen skulle gått till. Kommunen har hävdats att det skett en korrekt utvärdering med ledning av i anbuden lämnade uppgifter samt med de förtydliganden som skett av vissa av anbuden.

Utvärderingen av överföringskapaciteten skall enligt förfrågningsunderlaget avse minsta garanterade överföringskapacitet mellan två godtyckligt valda stjärnkopplade noder. Med ledning av det som parterna anför i målet och med stöd av de två vittnen som hörts vid den muntliga förhandlingen, framförallt genom förhöret med Sven Storgårds, drar länsrätten slutsatsen att vid en korrekt utvärdering av överföringskapacitet skulle bolaget ensamt tilldelats högsta poäng 304 och SYSteam tilldelats 158 poäng enligt utvärderingsformeln. Den kompletterande information som tillkommit efter kommunens begäran om förtydliganden från de andra anbudsgivarna än bolaget har inte gett anledning att frångå de i anbuden angivna minsta överföringskapaciteterna. Som Sven Storgårds angett är det inte möjligt att göra någon uppjustering av SYSteams minimivärde med anledning av det svar som angavs efter begäran om förtydligande. Sven Storgårds uppgav vidare att det med SYSteams tekniska lösning för nätverket inte går att överföra mer än 1000 Mbps, en uppgift som länsrätten finner anledning att sätta tilltro till. Utvärderingen av överföringskapaciteten skulle rätteligen ha utgått från de i anbuden angivna talen. Bolaget med angivna 1919 Mbps skulle ha tilldelats 304 poäng och SYSteam med 1000 Mbps ha tilldelats 158 poäng osv. Med denna förändring skulle bolaget ha fått högsta totalpoäng och tilldelats kontraktet.

Kommunen har för detta fall anført att bolaget inte har lidit eller inte kan komma att lida skada, då bolagets anbud vid en ny utvärdering skulle ha förkastats på grund av att bolaget har reserverat sig angående pris och reglering

av vite samt inte angett fabrikat på samtliga ingående komponenter och därmed inte har uppfyllt samtliga skall-krav.

Kommunen har i tilldelningsbeslutet påpekat att bolaget under två punkter har gjort avsteg från de kommersiella villkoren samt inte uppfyllt kravet på information gällande fabrikat och modell på ingående materiel. Vid utvärderingen har kommunen dock inte ansett att bolaget skall uteslutas från utvärderingen på dessa grunder. Bolagets anbud har utvärderats och poängsatts i den slutliga utvärderingen vilket också visar att kommunen fram till i slutet av februari 2008 ansett att bolagets anbud uppfyllt samtliga skall-krav.

När det först gäller det påstådda prisvillkoret har kommunen i förfrågningsunderlaget angett ett antal befrielsegrunder och bolagets prisvillkor hänför sig i allt väsentligt till dessa. Bolagets villkor i detta avseende får anses godtagbart och inte diskvalificera bolaget från utvärderingen. Avseende reglering av vite har bolaget anfört att dess skrivning om reglering av vite i anbudet inte är ett villkor då det är upp till kommunen att bestämma hur fordran skall regleras. Det som anges i anbudet om vite från bolagets sida är endast att se som ett förslag hur detta skall lösas praktiskt. Länsrätten kan här inte se annat än att bolagets förklaring är godtagbar. I anbudet har bolaget på annat ställe accepterat uppställda viten. När slutligen gäller fabrikat på komponenter har bolaget anfört att man i anbudet angett de fabrikat som används i den tekniska lösningen samt några egna komponenter. Länsrätten anser att det som bolaget sålunda angett får anses tillräckligt för att uppfylla det ifrågavarande skall-kravet. Kommunen har inte haft rätt att utesluta bolaget från utvärderingen på den grunden.

Sammanfattningsvis konstaterar länsrätten att kommunen genom den felaktiga utvärderingen av överföringskapaciteten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU. Länsrätten konstaterar vidare att kommunen inte har haft rätt att utesluta bolaget från den slutliga utvärderingen av upphandlingen på grund av att bolaget, som kommunen anfört i slutet av denna process och t.o.m. först vid den muntliga förhandlingen, inte uppfyllt samtliga skall-krav. Den felaktiga utvärderingen har därför medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen skall således rättas på så sätt att en ny utvärdering görs varvid bolaget, som angett den högsta garanterade miniminivån för överföringskapaciteten, tilldelas 304 poäng och resterande anbud tilldelas poäng i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna formeln. Bolaget kommer därmed att erhålla den högsta totalpoängen 874 och System totalpoängen 791 samt övriga anbudsgivare lägre poäng i en fallande skala. Vid en korrekt utvärdering skall bolaget tilldelas kontraktet.

Upphandlingen skall rättas på så sätt att en ny utvärdering görs varvid Borderlight AB, som angett den högsta garanterade miniminivån för överföringskapaciteten, tilldelas 304 poäng och resterande anbud tilldelas poäng i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna formeln. Bolaget kommer

därmed att erhålla den högsta totalpoängen 874 och SYSteam Nät AB totalpoängen 791 samt övriga anbudsgivare lägre poäng i en fallande skala. Vid en korrekt utvärdering skall bolaget tilldelas kontraktet.

Domen överklagades av Uppsala kommun till Kammarrätten i Stockholm, som inte meddelade prövningstillstånd. Kammarrättens beslut överklagades av Uppsala kommun till Regeringsrätten, som inte heller meddelade prövningstillstånd. Till stöd för sin talan i Kammarrätten och Regeringsrätten åberopade kommunen beträffande frågan om SYSteam Nät AB:s överföringskapacitet en utredning utförd av det oberoende företaget Network Services. Utredningen mynnar ut i slutsatsen att SYSteam Nät AB har en överföringskapacitet som motsvarar Borderlights. Slutsatsen i domen från Länsrätten att det med SYSteam Nät AB:s tekniska lösning inte går att överföra mer än 1 000 Mbps bedömer Network Services således som helt felaktig. Beträffande frågan om Borderlight AB uppfyller samtliga skall-krav åberopade kommunen följande. Kommunen har gjort invändning om att Borderlights anbud inte uppfyllt tre olika skall-krav i förfrågningsunderlaget och att Borderlight därför inte kan anses lida skada vilket är en förutsättning för att länsrätten skall kunna besluta om åtgärder. Länsrätten har i sin dom godtagit de förklaringar som Borderlight lämnat i efterhand om hur man i anbudet har bemött skall-kraven. Kommunen önskar här framhålla att den bedömning av skall-kraven som Kommunen gör måste göras på det underlag som finns tillgängligt vid själva prövningstillfället. Detta underlag utgörs av anbudsgivarens anbud. Sådan information som inte framgår av anbudet kan naturligtvis inte tas i beaktande och Kommunen är således lämnad att dra slutsatser om lämnade anbud utifrån det material som gjorts tillgängligt av anbudsgivarna. Att som länsrätten låta information som inte framgår av Borderlights anbud ligga till grund för bedömningen låter sig inte göras.

I tilldelningsbeslut den 18 augusti 2008 beslutade Uppsala kommun att i enlighet med Länsrättens dom och den poängsammanställning som Länsrätten redovisat teckna avtal med Borderlight AB.

SYSteam Nät AB har begärt överprövning av kommunens beslut och yrkat att Länsrätten skall besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att SYSteam AB, till följd av ny och korrekt utvärdering av anbudet, tilldelas kontraktet i upphandlingen alternativt att Länsrätten skall förordna att upphandlingen skall göras om. Såsom grund framförde SYSteam Nät AB följande. Kommunens tilldelningsbeslut är felaktigt eftersom Borderlight i sitt anbud infört sådana reservationer att samtliga skallkrav som framgår av förfrågningsunderlaget inte kan anses ha uppfyllts. Kommunen har inte haft rätt att godta avvikelser från skallkraven varför Borderlight rätteligen borde ha uteslutits ur upphandlingen utan att bli föremål för anbudsutvärdering. Hade så skett skulle anbudsutvärderingen ha utvisat att SYSteam ensam skulle tilldelas kontraktet för upphandlingen. Även om länsrätten skulle finna att Borderlight ska anses ha uppfyllt samtliga skallkrav, gör SYSteam gällande att SYSteam och Borderlight borde ha tilldelats samma högsta poäng avseende utvärderingskriteriet garanterade minimivärden för överföringskapacitet. De tekniska system som SYSteam och Borderlight erbjudit Kommunen är likvärdiga avseende överföringskapaciteten mellan två godtyckliga stjärnkopplade noder. Om anbudsutvärderingen genomförts på ett riktigt sätt skulle denna ha utvisat att SYSteam ensam skulle tilldelas kontraktet för Upphandlingen. Att SYSteam inte tilldelats kontraktet i Upphandlingen innebär att SYSteam lider och kommer att lida skada. SYSteam Nät AB åberopar ovannämnda rapport av Network Services.

Kommunen medger SYSteam Nät AB:s förstahandsyrkande.

Länsrätten, som uppfattade Uppsala kommuns yttrande så att kommunen till följd av ny och korrekt utvärdering av anbudet skulle tilldela SYSteam AB kontraktet, skrev i beslut den 5 september 2008 av målet. SYSteam AB överklagade beslutet till Kammarrätten i Stockholm, som i beslut den 17

Den 17 oktober 2008 visade målet åter till Länsrätten för prövning av om förutsättningar för att pröva målet i sak föreligger.

SKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 7 kap 1 § Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap 2 § LOU skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada

Handlingarna i målet

Den av sökanden åberopade rapporten av Network Services innehåller förutom en analys av de två skilda lösningsförslagen hos Borderlight AB respektive SYSteam Nät AB, följande slutsats. Båda de två tekniker som respektive företag har valt att nyttja som teknisk lösning ger garanterade minimivärden om 2 Gbps avseende överföringskapacitet vid en paketstorlek på 1 000 bytes mellan två stjärnkopplade noder. Det finns dock för och nackdelar med båda lösningarna. Men då denna analys ej skall beröra detta så har så ej gjorts. Slutsatsen i domen från Länsrätten att det med SYSteams tekniska lösning inte går att överföra mer än 1 000 Mbps, anser vi i detta fall vara helt felaktig.

Länsrättens bedömning

Länsrätten har att pröva om förutsättningar för prövning i sak föreligger. Om en domstol prövat och avgjort en viss sak, kan samma sak sedan inte tas upp på nytt. Först kan konstateras att Länsrätten i sin dom i mål 2675-07

prövade samma upphandling som nu är föremål för prövning i detta mål. Detta förhållande ensamt medför emellertid inte att fråga är om samma sak. En upphandling kan innehålla flera ställningstaganden i skiftande frågor och varje led eller beslut i en upphandling kan bli föremål för överprövning. Den talan som en leverantör för i Länsrätten är dock inte ett överklagande av ett visst beslut av den upphandlande enheten utan en ansökan om åtgärder. Det förhållandet att fråga är om två skilda tilldelningsbeslut, den 6 december 2007 och den 18 augusti 2008, medför inte att fråga inte kan vara om samma sak. Vad saken är bestäms främst genom yrkandet och de omständigheter som åberopas till stöd för detta. Vad sökanden i målet 2675-07, Borderlight AB, yrkade var i första hand att rättelse skulle vidtagas genom ny utvärdering av anbudet. Grunden var att kommunen gjort en felaktig utvärdering av lämnade anbud avseende kriteriet överföringskapacitet. Kommunen bestred samt hävdade att sökanden inte uppfyllt samtliga skallkrav. Sökanden i detta mål, SYSteam Nät AB, yrkar också i första hand att rättelse skall vidtagas genom ny utvärdering av anbudet. Grunden är att utvärderingen gjorts felaktigt avseende kriteriet överföringskapacitet och att Borderlight AB inte uppfyllt samtliga skallkrav. Kommunen har inte framfört någon annan uppfattning än tidigare. Länsrätten förordnade genom sin dom i mål nr 2675-07 att upphandlingen skulle rättas genom att en ny utvärdering skulle göras och angav hur utvärderingen av överföringskapaciteten skulle ske. Länsrätten konstaterade även att sökanden uppfyllde skallkraven och att kommunen inte hade rätt att utesluta sökanden från utvärdering på den grunden. Länsrättens dom har vunnit laga kraft genom Regeringsrättens beslut och kommunen har i enlighet med Länsrättens dom företagit rättelse av upphandlingen. Den ansökan om åtgärder som nu är föremål för prövning i detta mål avser samma frågor, utvärdering av överföringskapacitet och uppfyllande av skallkrav, som Länsrätten redan avgjort i sin tidigare dom. Några skäl eller förhållanden som inte prövats av Länsrätten i tidigare dom har inte anförts av parterna i nu aktuellt mål.

Fråga är då om det förhållandet att SYSteam Nät AB i detta mål åberopar en rapport av Network Services medför att fråga inte skulle vara om samma sak som i Länsrättens tidigare mål. Rapporten innehåller en åsiktsyttring av Network Services rörande överföringskapaciteten hos de olika lösningarna. Uppfattningen att de lösningar som presenterades av Borderlight AB och SYSteam Nät AB är likvärdiga avseende efterfrågad kapacitet har i Länsrättens mål nr 2675-07 framförts av kommunen och även av vittnet Göran Lundström. Rapporten har av kommunen åberopats såväl i Kammarrätten som i Regeringsrätten. Mot bakgrund av nu nämnda förhållanden finner Länsrätten att åberopandet av nämnda rapport i detta mål inte medför att fråga är om annan sak än som avgjorts av Länsrätten i tidigare mål. Då fråga således är om samma sak som tidigare avgjorts av Länsrätten kan rätten inte i detta mål på nytt pröva denna sak. SYSteam Nät AB:s begäran om överprövning skall således avvisas.

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


EvaMargareta Nyhlén
rädman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.