



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande: A-M Danielsson

DOM
2009-12-23
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
1967-09 E
Rotel 3

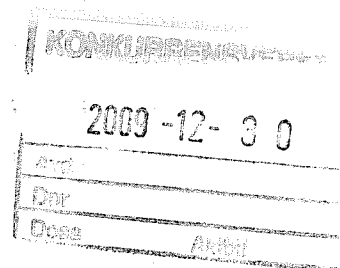
KKV

SÖKANDE

Nicator IT, 556470-0309
Sätträängsvägen 2A
Danderyd

MOTPART

Västerviks kommun
593 80 Västervik



SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Nicator IT:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 25 november 2009.

Dok.Id 39814

Postadress
Box 614
391 26 Kalmar

Besöksadress
Smålandsgatan 28

Telefon
0480-47 78 00

E-post: lansrattenikalmar@dom.se

Telefax
0480-851 05

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerviks kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av data-tillbehör – toner och i en underrättelse den 19 november meddelat att kommunen valt Lyreco AB (originaltoner) och Atea Sverige AB (miljötoner) som leverantörer.

Nicator IT (Nicator) ansöker om överprövning och uppger följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren lämna pris på originaltoner och miljötoner. Anbudsgivaren kan välja om denne vill svara på den ena eller på båda. Prissammanställning har sedan gjorts inom båda segmenten, där två olika leverantörer enligt kommunens beslut tilldelats uppdragen inom respektive område. I en tidigare dom har länsrätten fastslagit att kommunen måste behandla originaltoner och miljötoner likvärdigt. Därför är det märkligt att man nu väljer att dela upp upphandlingen i två delar men det tydliggör också kommunens syfte.

Summan av det vinnande anbudet på originaltoner är 343 976 kr.

Summan av det vinnande anbudet på miljötoner är 274 741 kr.

Summorna är beräknade enligt exakt samma grunder och antal artiklar.

I upphandlingsunderlaget samt beslutet står att kriteriet pris står för 70 %.

Samtliga leverantörer har fått full poäng för resterande 30 %. Dessutom

skriver Västerviks kommun i en tidigare inlaga att man inte har för avsikt att handla miljötoner i någon större omfattning. Enligt egen utsago har

kommunen tidigare handlat 5 % miljötoner. Västerviks kommun har i sitt

anbudsunderlag angett att arkivbeständighet är ett skallkrav. Man har angett

Riksarkivets föreskrifter för arkivbeständighet. Detta krav kan uppfyllas

genom att man uppfyller kraven enligt ESO 11798. Nicator vill att läns-

rätten prövar huruvida man kan kringgå LOU:s regler om likabehandling

genom att dela upp en upphandling i två delar, där det utan tvivel är så att

miljötonerdelen är billigare och dessutom klargjort likvärdig. Kommunen

anger pris som det avgörande kriteriet för tilldelning, sålunda det ekono-

miskt mest fördelaktiga anbudet för kommunen. Ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbudet är enligt kommunens beslut, Atea och detta bör då givetvis gälla kommunens totala inköp av toner. Varken Atea eller Lyreco har i sina anbud visat upp intyg att hela produktsortimentet är arkivbeständigt enligt Riksarkivets föreskrifter eller ISO 11798. Detta är ett skalkrav enligt anbudsunderlaget. Nicator yrkar att upphandlingen ogillas och att hela upphandlingen görs om. Nicator anser att kommunen agerat i strid med LOU och likabehandlingsprincipen genom att tilldela Lyreco avtalet på originaltoner, då det är fastställt genom kommunens egna beräkningar att Ateas anbud på miljötoner är billigare och dessa två inte får behandlas olika (se tidigare länsrättsdom). Nicator anser också att Atea inte har uppfyllt skalkravet gällande arkivbeständighet och vill att länsrätten prövar detta juridiskt. Nicator yrkar vidare att länsrätten fattar ett interimistiskt beslut att stoppa upphandlingen till dess saken är prövad.

Länsrätten har den 25 november 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten prövat målet slutligt eller förordnat något annat.

Kommunen yrkar att Nicators begäran om överprövning avvisas och anför följande. Kommunens upphandling tidigare i år av toner blev även den föremål för överprövning. Detta gav kommunen anledning att tillsammans med sin IT-enhet och representanter för berörda verksamheter se över kommunens innehav av skrivare vad avser fabrikat, ålder, kondition och att analysera de anmälningar om störningar som avser skrivare. Kommunen vill framhålla att det inte finns något motstånd mot att köpa miljötoner men att IT-enhetens personal har en bestämd uppfattning om och erfarenheter av att de gamla skrivare som fortfarande är i bruk på många arbetsplatser i kommunen och dess bolag inte fungerar bra med annat än originaltoner. Detta är det enda och i förfrågningsunderlaget tydligt redovisade skälet till att kommunen vill köpa både originaltoner och miljötoner. Kommunen valde därför att dela upphandlingen i två delar för att leverantörer av enbart miljötoner också skulle kunna komma ifråga. Kommunen anser att de upp-

fyllt de krav på tydlighet och transparens i förfrågningsunderlaget som länsrätten tidigare påpekat. Samtidigt vill kommunen framhålla att de genom den process som blev följden av den förra överprövningen har lyckats påverka både IT-enheten och övriga verksamheter att se betydligt mer positivt på miljötoner och kommunens inköp av miljötoner kommer med säkerhet att öka i framtiden. I förfrågningsunderlaget har krav ställts på arkivbeständighet med hänvisning till Riksarkivets föreskrifter RA-FS 2006:4. Kommunen har innan upphandlingen genomfördes kunnat konstatera genom att läsa på SP:s hemsida att många originaltoner är certifierade medan inte några miljötoner är det. Alla leverantörer hänvisar till Svane-märkningen som kräver att miljötoner för att få bli Svanenmärkta måste ha motsvarande egenskaper som originaltoner. Nicator har med intyg visat "Conformance to ISO 11798 (1999)" medan andra leverantörer hänvisat till leverantörsförsäkran som intygar att deras toner uppfyller kraven för ISO 11798. Med utgångspunkt från länsrättens tidigare dom kan kommunen inte se att de enbart skulle vara hänvisade till miljötoner eftersom de är ekonomiskt mer fördelaktiga. Varje upphandlande myndighet måste kunna få köpa varor och tjänster efter behov. Kommunen anser att de väl uppfyllt kraven på tydlighet och transparens i sitt förfrågningsunderlag.

Nicator uppger följande. Länsrätten har i tidigare dom fastställt att miljötoner är att likställa med originaltoner så länge en garanti kan lämnas att funktionalitet och kvalitet är likvärdig. En upphandlande enhet har rätt att välja flera leverantörer av en och samma produkt för att säkerställa tillgänglighet. Att däremot dela upp en upphandling i två delar inom exakt samma område med hänvisning till att personalen upplever att miljötoner inte håller samma kvalitet är ett hot mot rättsäkerheten inom offentlig upphandling. Nicator anser att den här typen av godtycklighet strider mot lika-behandlingsprincipen. Det innebär också en stor osäkerhet hos anbudsgivare som inte alls kan bedöma volym. Dessutom har kommunen klart och tydligt deklarerat att pris är den avgörande faktorn. Nicator anser även fort-

sättningsvis att Västerviks kommun i en anbudsbedömning skulle ha valt det billigare alternativet. Genom att välja två leverantörer av likvärdiga produkter med hänvisning till skiftande kvalitet bryter man mot likbehandlingsprincipen samt frångår sitt urvalskriterium som är lägsta pris. När det gäller arkivbeständighet finns två sätt att styrka denna på. Antingen genom ISO 11798 eller genom godkänd certifiering av Riksarkivet. Gemensamt är att tester har gjorts (av en oberoende part) på det innehåll som tillverkas, pulver eller bläck, och att man därefter erhållit certifiering eller godkännande. Nicator anser att en leverantörsförsäkran inte är tillräckligt för att styrka arkivbeständighet. Arkivbeständighet är mycket viktig för vissa myndigheter och kan man inte vara säker på att levererade produkter verkligen är arkivbeständiga får vi ett mycket osäkert rättsläge. Detsamma gäller Svanen, där effekterna av att inte vara säker på att innehållet motsvarar rigorösa miljökrav, dessutom kan vara skadliga både för miljön och för användare som ska hantera produkterna. Det är av största vikt att länsrätten avgör frågan huruvida en leverantörsförsäkran är tillräcklig för att bevisa dessa oerhört viktiga kvalitets- och miljökrav. Nicator anser vidare att kommunen inte kan dela upp en upphandling med tillhörande tilldelning när det gäller samma produkter där dessutom priset ska vara den avgörande faktorn.

Kommunen uppger följande. Kommunen har ett stort antal gamla skrivare som fortfarande är i drift. Att dessa skrivare fungerar bäst med originaltoner är IT-enhetens bestämda uppfattning – inte något som de upplever utan något som de hävdar genom den fackkunskap de besitter. De garantier som lämnas av leverantörerna av miljötoner innebär inte att de skulle ersätta fullt fungerande gamla skrivare med nya likvärdiga skrivare utan kostnad för kommunen om det visar sig att dessa skrivare t.ex. inte fungerar med miljötoner. Våra gamla skrivare saknar ekonomiskt värde vilket innebär att det inte kostar något att erbjuda en garanti. Kommunen anser det vara bättre, framförallt ur miljösynpunkt, att använda de skrivare de har, även med

en något högre driftskostnad, tills de är helt slut. Kommunen vill framhålla att de inte har för avsikt att använda sig av andra toner än de som finns nämnda på uppgivna sidor när det gäller handlingar där arkivbeständighet är ett krav. Det finns emellertid skrivare i t.ex. skolbibliotek som används oerhört mycket för att skriva ut material från nätet för elevbruk och där en billigare men lika bra toner i fortsättningen kommer att användas. Kommunen kan inte se att de leverantörsförsäkringar som de fått såväl i anbud som vid ytterligare begäran inte skulle vara likvärdigt med den "Conformance to ISO 11798 (1999)" som Nicator bifogat.

Nicator uppger följande. Kommunen har inte visat upp någon dokumentation gällande arkivbeständighet från vare sig Atea eller Lyreco. Kommunen har även fortsättningsvis på ett subjektivt sätt valt att hantera kompatibla tonerkassetter och patroner som två skilda ting, vilket enligt tidigare dom är felaktigt. Om en offentlig myndighet kan upphandla på dessa kriterier lämnar detta ett mycket osäkert rättsläge då förutsebarheten är obefintlig vilket i sin tur gör det omöjligt att lämna ett korrekt anbud likväl som ett konkurrenskraftigt dito då priset varierar kraftigt mellan original, miljö-kassetter samt arkivbeständiga miljö-kassetter. Nicator yrkar även fortsättningsvis att kommunens beslut ogillas och att länsrätten klargör rättsläget gällande uppdelning av anbud i två delar av likvärdiga produkter med olika pris samt frågan om vad som krävs för att bevisa att en miljö-kassett och patron är arkivbeständig. Nicators ståndpunkt är även fortsättningsvis att ett bevis för arkivbeständighet ska vara godkända tester eller certifieringar.

Kommunen uppger följande. De måste få sin verksamhet att fungera i praktiken. De har krav på att kunna köpa de toner som de vet fungerar till sina gamla helt funktionsdugliga skrivare. Kommunen har krav på sig att handla så billigt de kan med tanke på dels de formella kraven och dels de för sin verksamhet nödvändiga kraven som ställs på de varor och tjänster de behöver i kommunen. De har svårt att se vad Nicator menar. De inser att

garanti för att våra gamla skrivare ska fungera lika bra med miljötoner är en sak och att garanti för att miljötoner fungerar lika bra dvs. är arkivbeständiga på samma sätt som originaltoner är en annan sak. Kommunen har sänt in de leverantörsintyg som finns och som de anser avser både garanti för funktion och arkivbeständighet. Att de ifrågasätter vad garantin är värd vad avser funktionen för deras gamla skrivare har de tidigare skrivit om. De anser att de intyg de fått är likvärdiga med den "Conformance" som Nicator har. Kommunen anser vidare att de helt transparent i förfrågningsunderlaget talat om sitt behov och sin volym samt att de kommer att köpa både original- och miljötoner. De har också talat om att deras behov inte är statistiskt. Kommunen yrkar att Nicators begäran om överprövning avvisas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 2 § 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Vid all upphandling finns en skyldighet att iaktta de grundläggande EG-rättsliga principerna. I förevarande mål aktualiseras bl.a. principen om likabehandling. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika, d.v.s. ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. Det

är därför förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer. Att utforma förfrågningsunderlaget så att en viss leverantör diskrimineras är således varken förenligt med gemenskapsrättens grundläggande principer eller LOU.

I den föregående domen rörande upphandlingen av toner angav länsrätten följande (mål nr 1360-09).

Kommunen menar att anbud måste lämnas på originaltoner och att man därutöver har möjlighet att offerera likvärdiga produkter, dvs. miljötoner. Nicator har uteslutits från utvärderingen, eftersom anbud inte lämnats på originaltoner. Detta kommunens skallkrav kan enligt länsrättens uppfattning inte klart utläsas av förfrågningsunderlaget. Dessutom är ett sådant krav konkurrensbegränsande och inte tillåtet enligt LOU och de principer som bär upp lagen. De problem som kommunen hänvisar till rörande miljötoner får lösas genom kvalitetskrav och garantier.

Det var skälen för länsrättens slutsats att upphandlingen skulle göras om. Skäl för en dom vinner inte rättskraft.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget under punkt 1.4 uppgivit
"Flera leverantörer kan komma att antas för att uppfylla våra krav på funktion för den stora del äldre skrivare som fortfarande finns i bruk. Dessa skrivare fungerar erfarenhetsmässigt bättre med sina originaltoner. Vi kan alltså behöva flera leverantörer om inte en och samma leverantör kan leverera såväl miljötoner som originaltoner." Av förfrågningsunderlaget framgår att det ska lämnas en anbudsspecifikation för originaltoner och en anbudsspecifikation för miljötoner. För att anbudsgivares anbud ska kvalificeras för utvärdering ska en eller båda anbudsspecifikationerna lämnas ifyllda. Det framgår således tydligt av förfrågningsunderlaget att upphandlingen avser både originaltoner och miljötoner och att upphandlingen kan komma att omfatta flera leverantörer. Kommunen har också antagit två leverantörer, den som lämnat lägsta anbud på originaltoner och den som lämnat lägsta anbud på miljötoner. Kommunen har i förfrågningsunderla-

get tydligt preciserat vad som efterfrågas och därefter antagit de leverantörer som lämnat de lägsta anbudena.

Kommunen har angett att dess IT-avdelning angett att de äldre skrivarna fungerar bättre med originaltoner och att garantier är betydelselösa för dessa skrivare, eftersom de saknar ekonomiskt värde. Enligt länsrättens uppfattning har kommunen redovisat godtagbara skäl för att man vill ha möjlighet att köpa både originaltoner och miljötoner. Om det inte medges att originaltoner och miljötoner utvärderas var för sig torde en upphandlande myndighet inte ha möjlighet att upphandla originaltoner, eftersom miljötoner regelmässigt är billigare än originaltoner. Enligt länsrättens bedömning strider kommunens förfarande inte mot likabehandlingsprincipen.

Som Nicator påpekat torde kommunens förfarande innebära en osäkerhet för anbudsgivarna när det gäller att bedöma volym. Av förfrågningsunderlaget borde ha framgått ungefär hur stor andel av den totala volymen som beräknades avse originaltoner respektive miljötoner. Detta är emellertid ingenting som gör att Nicator lidit eller kan komma att lida skada av då Nicator inte lämnat något anbud på originaltoner och inte lämnat lägsta anbud på miljötoner. Nicator har inte hävdats att avsaknaden av denna uppgift i förfrågningsunderlaget påverkat den prissättning de lämnat i anbudspecifikationen.

Enligt förfrågningsunderlaget punkt 3.2.2 ska samtliga toner vara certifierade enligt Riksarkivets föreskrifter för arkivbeständighet. När det gäller Lyreco AB (antagen leverantör av originaltoner) finns endast en garanti utfärdad av bolagets VD, vilken dock inte direkt berör arkivbeständigheten. Kommunen har även hänvisat till att man kontrollerat certifiering i detta hänseende på Statens Provningsanstalts hemsida på Internet. Länsrätten har inte lyckats finna certifiering för alla produkter. Det är således tveksamt om Lyreco AB uppfyller skalkravet beträffande certifiering. Ett

ingripande enligt LOU förutsätter dock att den leverantör som begär överprövning lidit eller kan komma att lida skada. Denna förutsättning är inte uppfylld av Nicator, eftersom detta bolag inte lämnat anbud på originaltoner. Således föranleder Nicators invändning ingen åtgärd.

Atea (antagen leverantör av miljötoner) har lämnat en utförligare försäkran gällande arkivbeständighet m.m. Försäkran är utfärdad av Tepro Print Products AB. Atea har dessutom till sitt anbud bifogat utredning från såväl Tepro Print Products AB som Greenman som är de två bolag vilkas miljötoner Atea erbjuder. Den utredning Atea lämnat tyder enligt länsrättens bedömning på att bolaget uppfyller kravet på arkivbeständighet. Även om så skulle bedömas inte vara fallet är skaderekvisitet inte uppfyllt, eftersom Nicator kom på tredje plats vid utvärderingen av miljötoner.

Länsrättens bedömningar medför att Nicators ansökan om överprövning ska avslås.

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



Raimo Gustavsson

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 skall 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 var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.