



SÖKANDE

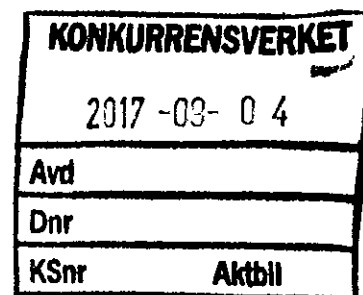
Hägg & Kristiansson i Karlstad AB, 556682-7308
Blockgatan 8
653 41 Karlstad

MÖTPARTER

1. Karlstads kommun
651 84 Karlstad

2. Kontorslösningar i Karlstad AB, 556491-8612
Kanikenäsbanken 6
652 26 Karlstad

Ombud för 2:
Maria Krantz
TED Law AB, Box 5216
102 45 Stockholm



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Hägg & Kristiansson i Karlstad AB:s ansökan om överprövning och beslutar att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering görs utan beaktande av Kontorslösningar i Karlstad AB:s anbud.

BAKGRUND

Karlstads kommun har genomfört en upphandling av skrivare och kopiatorer, dnr 0137-16. Anbud ingavs av bland annat Hägg & Kristiansson i Karlstad AB (Hägg & Kristiansson). Karlstads kommun antog anbud från Kontorslösningar i Karlstad AB (Kontorslösningar).

PARTERNAS TALAN

Hägg & Kristiansson ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att Hägg & Kristiansson tilldelas upphandlingen samt anför följande.

Tilldelningen är felaktig. Maskinerna K2 samt K3 som Kontorslösningar erbjuder i sitt anbud är inte nya, utan är reoverade (Refurbished). Kommunen kräver i sin upphandling att samtliga maskiner ska vara fabriksnya (se frågor och svar 2017-01-26). Modellserien som Kontorslösningar erbjuder är inom en Serie som heter E080 och är allmänt känd inom branschen att de är reoverade maskiner och ej fabriksnya (se bifogade produktblad).

Maskinerna K2 samt K3 stödjer ej heller miljökraven som kommunen ställer som krav under punkten 3.9:

Produkter och tillbehör ska uppfylla RoHS-direktivet 2011/65/EU, dvs, homogent material i produkten är fri från bly (Pb), Kvicksilver (Hg), kadmium (Cd), Sexvärt krom (Cr6+), polybromerade bifenyler (PBB) och polybromerade difenyletrar (PBDE), dvs, innehåller mindre än 0,1 vikts% av Pb, Hg, Cr6+, PBB och PBDE och innehåller mindre än 0,01 vikts% kadmium. Dokumentation, som styrker att kravet uppfylls, ska finnas tillgänglig hos leverantören. Sådan dokumentation kan vara CE-märkning eller leverantörsförsäkrar.

Maskinerna K2 samt K3 uppfyller ej heller möjligheten/kravet att tillsätta ett externt pappersmagasin om 2 000 ark. Kravet framstår även under punkten 9.5.

Karlstads kommun medger bifall till ansökan och yrkar för egen del att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på sätt att en ny utvärdering ska genom-

föras varvid anbudet från Kontorslösningar inte ska beaktas. Kommunen anför följande. Kommunen har i upphandlingen krävt att de upphandlade produkterna ska vara fabriksnya. Detta har även tydliggjorts i frågor och svar under anbudstiden. I samband med ansökan har framkommit att de offererade produkterna i det vinnande anbudet inte uppfyller detta krav. Det anbudsvinnande bolaget, Kontorslösningar, har i förtydligande till kommunen uppgett att de offererade produkterna är fabriksnya återtillverkade av MFP. Av den beskrivna tillverkningsprocessen framgår att de offererade produkterna är tillverkade av MFP som plockats isär. De offererade produkterna består dels av återvunna delar, dels av nytillverkade delar. Enligt tillverkaren uppdateras maskinerna med den senaste programvaran och räkneverket nollställs. Uppdatering av programvara samt nollställning av räkneverk kan omöjligt genomföras på en produkt som är fabriksny. I vart fall inte om begreppet ska förstås med ledning av vanligt språkbruk. Sammantaget är det kommunens uppfattning att produkterna i dess helhet inte kan anses vara fabriksnya på sätt som efterfrågats. Vidare har framkommit att de offererade produkterna inte heller uppfyller samtliga miljökrav. Kontorslösningar har inte visat att kraven enligt Europaparlamentet och rådets direktiv 2011/65/EU om begränsning av användning av vissa farliga ämnen i elektrisk och elektronisk utrustning är uppfyllda. Anbudet uppfyller därmed inte alla kvalificeringskrav som uppställts och borde därför ha förkastats.

Kontorslösningar motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har annonserat upphandlingen den 18 januari 2017, dvs, efter den nya lagens ikraftträdande. Då det inte framkommer att någon förhandsannonsering skett torde den nya lagen bli tillämplig. Detta innebär bland annat att upphandlande myndighet i enlighet med 4 kap. 3 § LOU bör beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Den av Kontorslösningar offererade serie, EQ80, är inte en begagnad produkt. Serien tillverkas i fabrik i Tyskland genom en s.k. återtillverkningsprocess. Seriens beteckning kommer av att tillverkningsprocessen resulterar

i 80 procent lägre koldioxidutsläpp. Bolaget följer gällande standard för denna typ av tillverkning, BS 8887-220. Begagnade, så kallade refurbished skrivare, är de maskiner som tillverkaren serverar och byter ut förslitningsdelarna på samt säljer igen. Dessa maskiner har samma modellbeteckning som tidigare, samma maskinnummer och räkneverket är inte nollställt. Servicen av dessa maskiner följer inte gällande standard för återtillverkning och ingår inte heller i Infosource statistik över nya sålda MFP. Dessa är två olika typer av produkter. All rapporterad data och information till Infosource baseras på fakta och information som erhållits genom ett omfattande "på-platsen-arbete". Det innebär att Infosource inte godkänner en produkt innan besök på plats har skett och granskning av tillverkningsprocessen är gjord. För godkännande av produkter som tillverkas genom en s.k. återtillverkningsprocess har Infosource uppställt krav på att tillverkningsprocessen ska följa standard BS 8887-220. Som ovan redovisats samlar Infosource endast in försäljningsstatistik över nya produkter. De två offererade produkterna räknas in i denna statistik. Återtillverkningsprocessen är en vedertagen process som har använts av ledande tillverkare i över fem år. Kontorslösningars offererade produkter i EQ80-serien uppfyller även kravet på att kunna ansluta externt pappersmagasin med minst 2 000 ark. Enligt bifogade leverantörsförsäkring från Canon Svenska AB framgår att dessa produkter kan ansluta externa pappersmagasin med en kapacitet om 2 700 ark A4 80gr/m². Produkterna uppfyller även RoHS-direktivet och innehar CE-märkning. Vid besök från kommunen förevisade Kontorslösningar produkterna där det tydligt framgick att de var CE-märkta. Det framgår vidare av "Leverantörsförsäkringen" från Canon att RoHS-direktivet 2011/65/EU uppfylls. Huvudsyftet med återtillverkningsprocessen är att minska miljöpåverkan. Med hänsyn till att den nya LOU-lagen stadgar att miljöhänsyn bör beaktas i offentliga upphandlingar måste det anses stå i strid med lagens syfte att underkänna en tillverkningsprocess som innebär en betydlig minskning av miljöpåverkan.

Hägg & Kristiansson tillägger följande. Maskinerna K2 samt K3 som erbjuds är inte fabriksnya, utan består till större delen av begagnade delar. Kontorslösningar beskriver själva hur en renovering av befintliga maskiner går till och enligt produktbladet återanvänder man upp till 80 procent av redan befintliga delar i maskinen, därav namnet E080. Uppdatering av mjukvara samt nollställning av räkneverk kan omöjligt genomföras på en fabriksny produkt. Kravet på papperskapacitet uppfylls inte, då det framgår av anbudet som Kontorslösningar har inlämnat att maskinen klarar maximalt upp till 2 300 ark. Leverantörsförsäkran på papperskassetten inkom efter anbudstidens utgång och bör således inte beaktas.

Karlstads kommun tillägger följande. Kommunen har i upphandlingen krävt att de upphandlade produkterna ska uppfylla RoHS-direktivet (punkt 3.9). Enligt skall-kravet ska dokumentation som styrker att kravet är uppfyllt finnas tillgänglig hos leverantören. Kravet på dokumentation är tydligt och samtliga normalt omsorgsfulla anbudsgivare måste ha insett vad kravet innebär. Av upphandlingsföreskrifterna följer att kraven för upphandlingen ska vara uppfyllda vid tiden för anbudets inlämning (punkten 2.1.1). Vinnande anbudsgivare har, tillsammans med sitt yttrande till förvaltningsrätten, lämnat in nödvändig dokumentation i form av leverantörsförsäkran daterad april 2017. Då leverantörsförsäkran är daterad i april 2017, dvs. efter anbudstidens utgång som var den 22 februari 2017, borde anbudet ha förkastats i kvalifikationsfasen eftersom anbudsgivaren vid tillfället inte uppfyllde det aktuella skall-kravet. För det fall förvaltningsrätten finner att det aktuella skall-kravet ändå är uppfyllt uppfyller inte anbudet kravet på fabriksnya produkter. Enligt inlämnat underlag i form av gällande standard för återtillverkning framgår att The remanufacturing process bl.a. innefattar insamling, inspektion, nedmontering, ersättning av delar, montering och tester. Processen syftar till att säkerställa att produkten får samma funktion som en ny produkt. Det följer direkt redan av denna beskrivning att produkten inte är ny. Även med ledning av normalt språkbruk följer att en produkt

som är återtillverkad omöjlig kan anses vara fabriksny. Att produkten får en ny modellbeteckning eller att räkneverket nollställs förändrar inte denna bedömning. Inte heller den omständigheten att återtillverkning är en vedertagen process med en lägre miljöpåverkan leder till att de offererade produkterna kan anses vara fabriksnya. Att Infosource gör bedömningen att produkterna anses fabriksnya är irrelevant då kommunen gör en självständig bedömning av aktuella krav. Sammanfattningsvis uppfyller det vinnande anbudet inte alla kvalificeringskrav som uppställs och anbudet borde därför ha förkastats. Bestämmelsen i 4 kap. 3 § LOU om miljöhänsyn är en målsättningsparagraf och ett eventuellt åsidosättande av denna kan inte bli föremål för överprövning i domstol. Kommunen vill dock ändå anföra följande. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som ska upphandlas, vilket också medför en stor frihet att ställa de krav som anses nödvändiga. Det står därmed kommunen fritt att kräva att offererade varor ska vara fabriksnya. Detta krav kan inte anses vara oproportionerligt. Utöver detta ställer kommunen en rad miljökrav på leverantören. Påståendena om att kommunen inte efterlever likabehandlingsprincipen och principerna om öppenhet och transparens saknar grund. Alla anbudsgivare har behandlats lika, exempelvis har samma information lämnats till samtliga anbudsgivare vid samma tillfälle. Förfrågningsunderlaget har varit tydligt och kraven som uppställs är icke-diskriminerande, nödvändiga och lämpliga med hänsyn till upphandlingens syfte och de upphandlade varornas art.

Kontorslösningar tillägger följande. Produkterna som offererats uppfyllde kravet vid tidpunkten för anbudets inlämnande. Produkterna är och var CE-märkta och dessutom var kommunen på besök och inspekterade de offererade maskinerna. Då kravet i punkten 3.9 inte reglerar något krav på att dokumentation ska lämnas in i samband med anbudet, har därför inte heller Kontorslösningar begärt in en leverantörsförsäkran i samband med att anbudet lämnades. Då produkterna var och är CE-märkta fanns dessutom bevis för att kravet var uppfyllt redan i samband med att anbudet lämnades in.

Kontorslösningar har prissatt externa pappersmagasin i utvärderingsmodellen. Det har inte ställts något krav på att anbudsgivaren ska bifoga dokumentation avseende tillhandahållandet av extra pappersmagasin. Påståendet att det i förfrågningsunderlaget har ställts krav på fabriksnya produkter är felaktigt. Först i samband med "frågor och svar" har kommunen besvarat två frågor rörande huruvida begagnade eller fabriksnya maskiner ska offereras eller inte. Det har således från början varit oklart vad som faktiskt gällt. Det kan konstateras att det inte finns någon legaldefinition av begreppet "fabriksny" i upphandlingslagstiftningen. Upphandlingsmyndigheten, som har fått en direkt fråga gällande detta begrepp, har svarat att, för det fall upphandlande myndighet inte har definierat begreppet närmare i upphandlingsdokumenten så torde man kunna hämta viss vägledning från fackspråk som används i den aktuella branschen. Begreppet "fabriksny" har inte definierats i upphandlingen. Man ska därför i första hand titta på vad som gäller i den aktuella branschen. Infosource är det ledande mätorganet av nyförsålda skrivare inom aktuell bransch och har bedömt att de ifrågasatta produkterna är att anses som nya. Det bör därför läggas stor tyngd vid det förhållandet vid bedömningen av huruvida de offererade produkterna är att anses som fabriksnya. Kontorslösningar har utgått från vad som framgått av upphandlingsdokumenten vid val av offererade produkter. Genom att dessa produkter tillverkas enligt en standardiserad process i fabrik och finns med på Infosource statistik över nyförsålda maskiner samt omfattas av samma garanti som alla nya produkter hade bolaget inte kunnat förutse att kommunen, utifrån vad som framkommit i upphandlingsdokumenten, skulle komma fram till ett snävare begrepp än branschen vad gäller begreppet fabriksny. Kontorslösningars offererade produkter uppfyller även kravet på att kunna ansluta externt pappersmagasin samt kravet på att uppfylla RoHS-direktivet. Canon har inkommit med leverantörsförsäkran avseende detta och produkterna var vid tillfället för inlämnandet av anbudet, och är fortfarande idag, CE-märkta och godkända enligt RoHS 2011/65/EU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Såvitt framgår av handlingarna inleddes den aktuella upphandlingen efter det att den nya lagen trädde i kraft.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad som ska upphandlas och därmed har förhållandevis stor frihet att ställa de krav den anser nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska tillgodoses, så länge dess krav inte strider mot LOU och dess principer. Upphandlingen gäller skrivare och kopiatorer. I upphandlingen uppställs vissa skall-krav. Genom ”frågor och svar” har förtydligats att upphandlingen gäller fabriksnya produkter.

Kontorslösningars offererade produkter utgörs av återtillverkade produkter bestående av såväl nya som återvunna delar. Även med beaktande av vad Kontorslösningar anfört i målet i fråga om tillverkningsprocessen gällande dessa produkter kan dessa enligt förvaltningsrättens mening inte likställas med fabriksnya produkter. Att miljöhänsyn bör tas enligt LOU är en målsättning men innebär inte att myndigheten därmed är tvungen att välja återtillverkade produkter. Kravet på fabriksnya produkter kan inte anses oproportionerligt. Kontorslösningar har därmed inte uppfyllt ställt skall-krav varför dess anbud redan på denna grund borde ha diskvalificerats. Förvaltningsrätten finner det däremot inte visat i målet att Kontorslösningar inte uppfyllt kravet på dokumentation av att offererade produkter uppfyller det s.k. RoHS-direktivet. Då kravet på fabriksnya produkter inte kan anses uppfyllt föreligger ändå grund för ingripande enligt LOU. Hägg & Kristianssons ansökan ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.