



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

DOM
2009-03-02
Meddelad i
Falun

Mål nr
3186-08 E
Rotel 5

SÖKANDE

Nexans IKO Sweden AB, 556021-8603
514 81 Grimsås

Ombud: jur kand Johan Kennemyr
Rydin Carlsten Advokatbyrå AB
Box 1766, 111 87 Stockholm

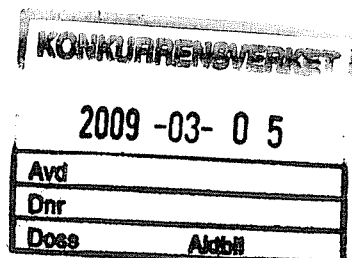
MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: advokaten Louise Widén
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 4291, 203 14 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling



LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Nexans IKO Sweden AB:s ansökan om överprövning av Banverkets upphandling av metallkabel (dnr F08-8583/IN50).

Länsrättens interimistiska beslut den 5 december 2008 upphör nu att gälla. Det innebär - om inte annat förordnas - att någon prövning av Nexans ansökan om överprövning inte får ske efter den 12 mars 2009 om ett upphandlingskontrakt föreligger.

Dok.Id 59974

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00
				13:00-16:00

YRKANDEN M M

Banverket har i en offentlig upphandling av metallkabel (dnr F08-8583/IN50) beslutat att tilldela Ericsson Network Technologies uppdraget som leverantör.

Nexans IKO Sweden AB yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. I första hand begärs att rättelsen ska ha den innebörden att anbudet från Ericsson och Draka Kabel Sverige AB förkastas och istället Nexans anbud antas. I andra hand yrkas den rättelsen att Ericssons och Drakas anbud vid en ny utvärdering åsätts lägre poäng.

Banverket bestrider Nexans yrkanden.

Länsrätten har i ett interimistiskt beslut bestämt att Banverket tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Av 1 kap 24 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (Försörjningslagen) framgår att upphandlande enheter 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot dessa grundläggande principer eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (16 kap 2 §).

Den i målet aktuella upphandlingen sker som förhandlad upphandling. Detta innebär enligt Banverkets upphandlingsföreskrifter (UFB.11) att anbud kan komma att antas utan förhandling men också att köparen, om denne så önskar, kan kalla till

förhandling med en eller flera anbudsgivare. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas (UFB.52). Banverkets krav på säljaren framgår av ett avropsavtal med tillhörande handlingar, vilka anbudsgivaren genom rent anbud till fullo accepterar (UFB.521). Av anbudet ska offererade ledtider och priser framgå (UFB.21).

Ledtid

I förfrågningsunderlaget (UFB.522) finns en närmare beskrivning av utvärderingskriterierna. Beträffande kriteriet leveranstid anges att den definieras som genomsnittlig ledtid för produktgruppen enligt en bilagd artikellista. Det poängteras att anbudsgivaren själv bedömer vilka av köparens kablar som anbudsgivaren ska lagerföra för att klara de ledtider som anbudsgivaren offererar. Till grund för denna bedömning bör anbudsgivaren bl a beakta en bilagd volymprognos. Inga minsta avropskvantiteter accepteras av köparen. Anbudet med den lägsta genomsnittliga ledtiden ges fem poäng.

Enligt avropsavtalet (punkt 4.5) ska Banverket lämna volymprognoser för kommande år ca ett halvår i förväg och hålla prognosen löpande uppdaterad.

I sitt anbud hänvisar Ericsson till en bilagd artikel- och prislista, med bl a kolumnerna "Ledtid Lager" och "Ledtid Tillverkning", och tillägger. "Leverans nytillverkning gäller vid stora uttag som inte är prognostiserade. Vid ett väl fungerande prognosförfarande kan dessa tider kortas avsevärt och ske från lager. Överenskommelse om lagervolymer kan också göras. [...] Vi offererar ledtid 1-2 dagar (2 dagar i bilaga 2) beroende på vart i Sverige leveranser sker."

Med anledning av denna uppgift i anbudet skickade Banverket ett e-post-meddelande till Ericsson med följande innehåll. Ericsson har lämnat två ledtider för var och en av de offererade kablarna i anbudets bilaga 2. I dagsläget sker de flesta

metallkabelleveranserna från Ericssons lager, vilket tillsammans med skrivningen i punkt 3.1 i ert anbuds brev gör att Banverket tolkar de offererade tiderna i kolumn ”Ledtid Tillverkning” som kompletterande information för extrema och icke prognostiserade leveranssituationer. Var vänlig förtydliga vilka av de offererade ledtiderna som ska användas av Banverket vid anbudsutvärderingen.

Ericssons svarade att Banverkets hade tolkat rätt och tillade att de ledtider som gäller för normala prognostiserade volymer är ledtiden från lager, alltså två dagar.

Nexans har anfört till stöd för sin talan i den delen anfört sammanfattningsvis följande. Genom att gardera sig med kolumnen ledtid/tillverkning har Ericsson lämnat sådana reservationer att man friskrivit sig från att behöva hålla de ledtider som offererades i kolumnen ledtid/lager. Därigenom har bolaget även kunnat lämna ett lägre bud eftersom man endast angett kostnaden för ledtid/lager trots att man i sitt anbud gör förbehåll om denna ledtid. För det fall anbudet inte redan av den anledningen borde ha förkastats såsom orent skulle Banverket rätteligen i utvärderingen ha använt den genomsnittliga ledtid som de båda offererade ledtiderna representerade. När Banverket istället rådgjorde med Ericsson, ändrade bolaget anbudet och beslöt självmant vilken offererad ledtid Banverket skulle utvärdera; föga förvånande den som skulle komma att ge bäst poäng i utvärderingen.

Banverket har anfört sammanfattningsvis följande. Det faktum att Ericsson, utöver den efterfrågade ledtiden, angav vad som gäller vid oprognostiserade eller extrema volymer saknar relevans. Den informationen kan i och för sig vara av intresse för Banverket den dag man står inför t ex en katastrofsituation och måste köpa volymer som inte omfattas av det avtal den aktuella upphandlingen rör. Uppgifterna har dock inte beaktats vid utvärderingen. För att ingen tvekan skulle råda om vad Ericsson avsåg begärde Banverket ett förtydligande på denna punkt. Ericssons svar bekräftade att erbjuden ledtid var två dagar.

Garantitid

För den i målet aktuella upphandlingen är allmänna bestämmelser för köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet (ABM 07) tillämpliga. Enligt punkt 20 i bestämmelserna gäller, om inget annat avtalats, följande beträffande säljarens ansvar för fel. Ansvarstiden är tio år räknat från varans avlämnande och den inleds med en garantitid om fem år. Om varan är avsedd för en entreprenad som ska slutbesiktigas eller avlämnas på annat sätt räknas ansvarstiden och garantitiden från den dag då entreprenaden är godkänd. Ansvarstiden respektive garantitiden för en vara som levererats till en entreprenad löper dock ut senast elva respektive sex år efter varans avlämnande.

I avropsavtalet görs följande avsteg från nämnda bestämmelser i ABM 07. Garantitiden är två år från leverans av produkterna. Har produkterna levererats till ett projekt för vilket slutbesiktning ska ske, räknas angiven garantitid från den dag projektet har blivit godkänt (2.2 Garantitid).

I sitt anbud gör Ericsson följande ”förtydliganden” avseende ABM 07. ”Under punkt 20, föreslås för leverans till projekt: 2 år från slutbesiktning dock senast 6 månader från leveransdatum.”

Med anledning av denna uppgift i anbudet skickade Banverket ett e-postmeddelande till Ericsson med följande fråga. De 2 åren överensstämmer med Banverkets förfrågan men 6 månader från leveransdatum är då orimligt och detta tycks därför vara en uppenbar felskrivning. I ABM 07 specificeras att garantitiden för en vara som levererats till en entreprenad löper ut senast sex år efter varans avlämnande. Var vänlig bekräfta vilken garantitid som gäller för en metallkabel som har levererats till en entreprenad.

Ericsson svarade att ”6 mån” var en felskrivning från bolagets sida och att garantivillkor enligt anbudsunderlaget ”Garantitid” punkt 2.2 gäller.

Nexans har till stöd för sin talan i denna del anfört sammanfattningsvis följande. Ericsson har reserverat sig otillåtet i förhållande till ABM 07. I förfrågningsunderlaget UFB.521 anges följande. ”Köparens krav på säljaren, dvs vinnande anbudsgivare, framgår av avropsavtalet med tillhörande handlingar, vilka anbudsgivaren genom rent anbud accepterar.” Inte ens ett ”förslag” om ändring av ABM 07 torde alltså accepteras utan att anbudet är att anse som orent. Istället för att avkräva Ericsson ett förtydligande av vad som avses har Banverket i sin begäran om förtydligande presenterat sin befintliga leverantör med ett givet svar. Något som självfallet strider mot principen om likabehandling.

Banverket har anfört sammanfattningsvis följande. För det första är det inte fråga om en reservation utan ett förslag. En anbudsgivare är fri att i sitt anbud föreslå förändringar. Det är sedan upp till den upphandlande enheten om man vill acceptera ett sådant förslag eller inte under förutsättning att det faller inom ramen för förfrågningsunderlaget. Om fullständig acceptans av avtalet i förfrågningsunderlaget hade krävts skulle detta ha angetts som ett ska-krav. Sådana krav ska vara klara och tydligt angivna och ingen tvekan ska råda om vad det är fråga om. Uppfylls inte detta får ett ställt krav vid utvärderingen inte behandlas som ett ska-krav. Upphandlingen är en förhandlad upphandling. Hade Banverket valt att förhandla skulle betydligt större ändringar av avtalet ha varit acceptabla än de som Nexans nu påstår är otillåtna. Det fanns inget skäl för Banverket att förhandla i just denna upphandling, men när en bedömning görs av ramarna för upphandlingen ska detta relateras till en upphandlande enhets rätt att agera inom ramen för upphandlingen. För det andra var det uppenbart för Banverket att den text som angetts av Ericsson var en uppenbar felskrivning. Vad Ericssons angett skulle innebära en garantitid som gäller två år från slutbesiktning dock längst sex månader från leverans, vilket är en teknisk omöjlighet. Vid sin förfrågan till Ericsson fick Banverket bekräftat att det var fråga om en felskrivning. Tidsangivelsen skulle rätteligen vara sex år och inte sex månader.

Länsrätten gör följande bedömning.

Ericssons anbud bör uppfattas på så sätt att offererad ledtid i den regelrätta upphandlingen är två dagar och att de i målet omtvistade övriga uppgifterna om ledtid avser sådana oprognostiserade volymer som inte har efterfrågats och inte heller beaktats av Banverket. Även beträffande påstådda felaktigheter kring efterfrågad garantitid ansluter sig länsrätten till Banverkets bedömning. Vid sådant förhållande kan Nexans invändningar rörande Banverkets förfarande gentemot Ericsson inte leda till något ingripande från länsrättens sida. Eftersom det är Ericsson som har tilldelats kontraktet saknas anledning att vid angiven bedömning dessutom pröva Nexans invändningar rörande Draka. På grund av det anförda ska Nexans ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c). Länsrätten erinrar om den s k tiodagarsfristen i 16 kap 1 § tredje stycket 2 Försörjningslagen.


Lennart Andersson