



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
Anna Grahn

DOM
2008-08-28
Meddelad i
Falun

Mål nr
1808-08 E
Rotel 3

KONKURRENSVECKE

2008-09-01

Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

EURAILSCOUT Inspection & Analysis b. v. HRB
90344 B Niederlassung Berlin
Markgrafendamm 24 Haus 16
D-10245 Berlin
Tyskland

Ombud: Advokat Fredrik Forssman och jur. kand. Fredrik Elmér
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Jennie Pettersson
Banverket
781 85 Borlänge

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFSS)

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Eurailscouts ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 7 juli 2008.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Banverket genomför en öppen upphandling avseende periodisk tillståndsmätning av järnvägsspår (dnr F08-1502/11460). Enligt dokument daterat den 27 juni 2008 avser Banverket teckna avtal med Banverket Produktion. Eurailscout Inspection & Analysis b. v. HRB (Eurailscout) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har gjorts. I andra hand yrkar Eura-

Dok.Id 51445

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

ilscout att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Eurailscout bl.a. följande. Eurailscout lämnade ett anbud att utföra de periodiska mätningarna för 31 825 811 kr per år. För det fall Banverket, i sin egenskap av beställare, skulle välja att utnyttja sin option till förlängning i fyra år uppgår värdet av anbudet till 270 519 394 kr, utan hänsyn tagen till indexuppräknings. Banverket Produktion lämnade ett anbud att utföra de periodiska mätningarna för 24 795 262 kr per år. För det fall Banverket skulle välja att utnyttja sin option till förlängning i fyra år uppgår värdet av anbudet till 210 759 727 kr, utan hänsyn tagen till indexuppräknings. Vid Banverkets utvärdering av anbuden framkom att Eurailscouts anbud var av högre kvalitet än Banverket Produktions anbud. Banverket värderade därför det mervärde som Eurailscouts och Banverket Produktions anbud gav upphov till enligt vissa parametrar. Vid denna mervärdesbedömning framkom att Eurailscouts anbud gav ett mervärde om 153 000 000 kr och Banverket Produktions ett mervärde om 115 000 000 kr. För att kunna göra en prisjämförelse av de två anbuden, var även kvalitén av lämnade anbud beaktades, drog Banverket av de framräknade mervärdesbeloppen. Följaktligen uppgick Eurailscouts jämförelsepris till 117 519 394 kr och Banverket Produktions till 95 759 727 kr. Med stöd av denna beräkning tilldelade Banverket uppdraget till Banverket Produktion, d.v.s. till sig själva. Av framräknade jämförelsepriser framgår att Eurailscouts anbud över hela kontraktperioden, d.v.s. åtta och halvt år, är 21 759 667 kr dyrare än Banverket Produktions anbud. Eurailscouts anbud utgår bl.a. från utnyttjande av ett tåg och tretton anställda. Kalkylen är seriöst beräknad och ifrågasattes inte av Banverket. Banverket Produktions anbud utgår från en genomförandebeskrivning. Av genomförandebeskrivningen framgår bl.a. att Banverket Produktion har en vagnhall i anslutning till sitt kontor i Borlänge med resurser för kalibrering, reparationer och test. Vidare framgår att Banverket Produktion avser använda tre mätdressiner och en höghastighetsmätvagn, d.v.s. sammanlagt fyra tåg. Tjugo anställda ska vara sysselsatta i arbetet. Efter genomgång av Banverket Produktions genomförandebeskriv-

ning ifrågasätter Eurailscout det i Banverket Produktions anbud angivna priset. Enligt Eurailscouts försiktiga beräkning, som baseras på Banverket Produktions genomförandebeskrivning, uppgår den riktiga kostnaden för Banverket Produktions anbud till i vart fall 39 908 000 kr per år och till 339 218 000 kr för hela uppdragsperioden, för det fall Banverket väljer att utnyttja sin rätt till tidsförlängning. Kostnaderna för Banverket Produktions anbud är därmed 128 458 273 kr eller 15 112 738 kr per år, dyrare än vad som angavs i anbudet. Följaktligen är Banverkets Produktions anbud 68 698 606 kr dyrare än Eurailscouts anbud utan hänsyn tagen till kvalitet. Då Banverket Produktion är en del av Banverket kommer denna extra kostnad att få bäras av Banverket och ska därför beaktas vid beräkningen av anbudet. Vid beaktande av de kvalitativa skillnaderna mellan buden uppgår Eurailscouts jämförelsepris alltså till 117 519 394 kr medan Banverkets Produktions jämförelsepris vid tillämpning av den riktiga kalkylen uppgår till 224 218 000 kr. Följaktligen är Eurailscouts jämförelsepris 106 698 606 kr lägre än Banverkets Produktions riktiga jämförelsepris (12 552 777 kr lägre per år). Eurailscouts anbud är således i verkligheten det ekonomiskt mest fördelaktiga. Uppdraget skulle ha tilldelats Eurailscout för det fall Banverket Produktion hade lämnat ett anbud baserat på en korrekt kalkyl. Redan de omständigheterna att Banverket Produktion avser använda fler anställda och fler tåg än Eurailscout visar att Banverket Produktions kostnad överstiger Eurailscouts. Av Banverket Produktions årsrapport för år 2007 framgår att Banverket Produktion har en dominerande ställning på den svenska marknaden. År 2006 och 2007 vann Banverket Produktion 66 respektive 62 procent av samtliga anbudsförfaranden som man deltog i. Banverket står för 84 procent av Banverket Produktions omsättning. Banverkets generaldirektör är styrelseordförande i Banverket Produktion. Banverket Produktions anbud är onormalt lågt. Det låga anbudet kan bara förklaras av att Banverket Produktion antingen inte har internaliserat samtliga kostnader för uppdraget i sin kalkyl eller att Banverket Produktion har underprissatt sina tjänster i syfte att konkurrera ut Eurailscout. I

båda dessa fall drabbas Banverket av kostnader som inte framgår av Banverket Produktions lämnade anbud. I det förstnämnda fallet beror dessa ytterligare kostnader på att Banverket Produktion avser använda resurser – t.ex. drivmedel, anställda och lokaler – som bokförs i andra budgetar inom Banverket. I det senare fallet medför Banverket Produktions underprissättning även att Banverket i slutändan får svara för kostnaden av denna underprissättning. I samtliga fall lider Eurailscouts skada. Banverket Produktions onormalt låga anbud kan endast förklaras av att man utgått från att vissa resurser från andra enheter inom Banverket kan komma att användas inom ramen för utförandet av uppdraget. Av detta följer att Banverket Produktion har räknat med att fördela vissa kostnader utanför ramen för uppdraget men inom Banverkets organisation, d.v.s. det finns externa kostnader i uppdraget som inte har internaliserats i det kalkylerade anbudet. Detta förfarande är i strid med uppdragsbeskrivningen i vilken framgår att samtliga kostnader för uppdraget ska omfattas av anbudet. Genom att inte internalisera vissa kostnader för projektet, utan fördela dessa utanför Banverket Produktions verksamhet men inom Banverket, sker en värdeöverföring från Banverket till Banverket Produktion. Värdeöverföringen uppgår till 128 458 273 kr för den maximala kontraktperioden, d.v.s. 15 112 738 kr per år. Denna värdeöverföring är konkurrenshämmande, då Banverket Produktions konkurrenter inte har samma möjlighet att utan kostnad nyttja andra enheter och resurser inom Banverket, och därmed otillåten. Till detta kommer att en sådan värdeöverföring är att anse som ett otillåtet statsbidrag. Då Eurailscout är ett holländskt bolags tyska filial strider förfarandet inte bara mot svensk lag utan även mot artikel 87 i Fördraget den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska Gemenskapen ("EG-fördraget"). För det fall länsrätten inte anser att det är fråga om en värdeöverföring från Banverket till Banverket Produktion ovan gör Eurailscout gällande att Banverket Produktion har missbrukat sin dominerande ställning i strid med konkurrenslagen genom att underprissätta sina tjänster. Genom detta förfarande sker en värdeöverföring motsvarande nämnda belopp från Banverket Produktion till Banverket.

Eftersom Banverket Produktion är en del av Banverket kan Banverket inte anses ha varit omedveten om hur det förhöll sig med Banverket Produktions onormalt låga anbud. Vid sådana förhållanden kan inte en upphandlande enhet som tilldelar en anbudsgivare inom samma sfär ett upphandlande avtal kringgå LUFS genom att inte utnyttja sin rätt enligt 12 kap. 3 och 4 §§ LUFS.

Länsrätten har i beslut den 7 juli 2008 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Banverket har i yttrande den 14 juli 2008 angivit sin inställning enligt följande. Banverket bestrider bifall till begäran om överprövning och yrkar att det interimistiska beslutet omedelbart ska upphävas. Till stöd för sin talan anför Banverket bl.a. följande. Banverket har inte uppfattat Banverket Produktions anbud som onormalt lågt. Det har därför inte funnits anledning för Banverket att i enlighet med 12 kap. 3 § LUFS begära en förklaring till anbudet. Banverket bestrider att Eurailscouts anbud i var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Banverket Produktion uppfyller kravet i uppdragsbeskrivningen, d.v.s. att samtliga kostnader för uppdraget ska omfattas av anbudet. Banverket Produktion har ingen möjlighet att använda "vissa resurser, tjänster eller material" såsom drivmedel, anställda eller lokaler från andra enheter inom Banverket utan kostnad. Banverket Produktion saknar vidare möjlighet att bokföra kostnader "på andra budgetar" inom Banverket. Eurailscouts påstående att det sker en värdeöverföring från Banverket till Banverket Produktion är ogrundat. Reglerna om otillåtet statsbidrag äger redan på grund av detta inte tillämplighet. Av det ovanstående följer vidare att Banverket bestrider att det förekommit en konkurrenshämmande värdeöverföring och att alla anbudsgivare inte skulle ha behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Upphandlingen har helt och hållet genomförts med iakttagande av de grundläggande EG-rättsliga principerna.

Länsrätten har i beslut den 15 juli 2008 beslutat att det inte finns skäl att upphäva länsrättens interimistiska beslut.

Eurailscout har i yttrande den 18 juli 2008 anfört bl.a. följande. Banverket Produktion är inte en självständig juridisk person, utan en del av Banverket. Verksamheten är helt beroende av att Banverket tilldelar den uppdrag. Det kan ifrågasättas huruvida Banverket Produktion verkligen verkar på en konkurrensutsatt marknad. Banverket Produktions ekonomiska resultat påverkar Banverkets ekonomiska resultat. Följaktligen kommer en eventuell vinst i Banverket Produktions verksamhet Banverket till del. En eventuell förlust kommer även den att påverka Banverkets resultat negativt. Banverket har inte på något sätt försökt förklara riktigheten avseende kostnaderna för Banverket Produktions lämnade anbud. Eurailscout har svårt att förstå svårigheten för Banverket att, förutsatt att Banverket Produktions anbud baseras på korrekta premisser, förklara riktigheten av det lämnade anbudet. Eurailscout vidhåller att Banverket Produktions anbud är i strid med gällande rätt med det förtydligandet att för det fall det inte är fråga om otillåtet statsbidrag är det i vart fall fråga om en värdeöverföring i strid LUFS. Eurailscout har svårt att förstå hur Banverket inte kunnat uppfatta Banverket Produktions anbud som onormalt lågt. Skillnaden mellan inlämnade anbud uppgick till 59 759 667 kr. Därtill kommer att Banverket Produktions genomförandebeskrivning är mer kostnadskrävande än Eurailscouts beskrivning.

Banverket har i yttrande den 13 augusti 2008 anfört bl.a. följande. Mätverksamheten har tidigare utförts av Banverket Produktion utan föregående upphandling i konkurrens. Eftersom Banverket gjort bedömningen att det fanns en marknad för mättjänster beslutades att upphandla mätverksamheten i konkurrens. Tre anbud inkom som alla skilde sig åt prismässigt. Skillnader och till och med stora skillnader i anbudssummor inte är ovanligt. Särskilt vanligt förekommande är stora differenser inom verksamheter där

en marknad ännu inte hunnit mogna eller där anbudsgivarna har olika möjligheter att finna samordningsfördelar eller andra effektivitetsfördelar. I förevarande upphandling har Banverket Produktions anbud legat 22 procent under Eurailscouts bästa pris (d.v.s. det pris som erbjudits efter förhandlingar inom ramen för upphandlingen) och den tredje anbudsgivare Wibes anbud 51 procent över detsamma. Erfarenhetsmässigt är 22 procent inte någon anmärkningsvärd differens. Banverket kan därför inte kritiseras för att inte ha ifrågasatt Banverket Produktions anbud. Det kan vidare noteras att även Eurailscouts och Wibes anbudssummor åtskiljer sig. Av intresse är även att Banverket Produktions anbudssumma befinner sig i paritet med den kontraktssumma som idag utgår för utförda mättjänster. Banverket har upphandlat mättjänsterna genom ställande av funktionskrav. Grunden för detta är att ge anbudsgivarna frihet att själva hitta kostnadseffektiva lösningar. Beroende på val av lösning vid genomförande kan kostnaderna för utförandet givetvis variera vilket ger utslag på anbudssummorna. Eurailscout har anfört att bolagets logistiklösning är mer effektiva än Banverket Produktions. Det finns dock enligt Banverkets uppfattning flera andra områden där det är möjligt att finna kostnadseffektiva lösningar, varför Eurailscouts beräkning av Banverket Produktions kostnader har låg relevans och inrymmer stor osäkerhet. Banverket ser också brister i Eurailscouts bedömning av Banverket Produktions investeringskostnader. Eurailscout har inte heller vid sin bedömning av Banverket Produktions påstådda "verkliga kostnader" tagit hänsyn till för Banverket Produktion förefintliga samordningsmöjligheter för fordon, mätsystem och personal.

Eurailscout har i yttrande den 25 augusti 2008 anfört bl.a. följande. Eurailscout kan inte vitsorda att Banverket Produktion för närvarande utför sådana mättjänster, till motsvarande pris, som ska utföras under den nu aktuella upphandlingen. Till detta kommer att det uppdrag att mäta järnvägsräls som Banverket Produktion för närvarande innehar inte är lika omfattande som det uppdrag som nyligen upphandlats. Följaktligen går det inte att jämföra

priserna för uppdragen sinsemellan. Huruvida Banverket tidigare har upphandlat mättjänsterna i strid med nuvarande lagstiftning saknar förövrigt betydelse för frågan om Banverket haft anledning att finna Banverket Produktions anbud onormalt lågt.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 24 § LUFSS ska upphandlande enheter 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.1 § LUFSS framgår att om en leverantör anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § LUFSS ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjort.

Av 12 kap. 3 § första stycket LUFSS framgår att en upphandlande enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

Enligt 12 kap. 4 § första stycket LUFSS får den upphandlande enheten begära en förklaring av anbudsgivaren om enheten finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd. Kan anbudsgivaren inte efter en sådan begäran och inom en skälig tidsfrist som angetts av den upphandlande enheten visa att det är fråga om ett med EG-fördraget förenligt stöd, får anbudet förkastas.

Länsrätten gör följande bedömning.

Eurailscout har gjort gällande att Banverket Produktions anbud är orimligt lågt och att Banverket Produktion genom underprissättning missbrukat sin dominerande ställning. Eurailscout har vidare gjort gällande att Banverket Produktions anbud är i strid med gällande rätt eftersom Banverket Produktion inte internaliserat vissa kostnader för projektet och att det därför sker en värdeöverföring/otillåtet statsbidrag från Banverket till Banverket Produktion. Eurailscout har anfört att denna värdeöverföring är konkurrens-hämmande då Banverket Produktions konkurrenter inte haft möjlighet att nyttja andra enheter eller resurser inom Banverket och att Eurailscouts anbud därför är det mest ekonomiskt fördelaktiga.

Enligt länsrättens mening har Eurailscout inte visat att prissättningen skulle vara så låg att det skulle föranleda någon åtgärd enligt LUFSS. Banverket har sedan många år utfört periodisk mätning och nuvarande leverantör är Banverket Produktion. Det pris Banverket för närvarande betalar för periodisk mätning ligger på ungefär samma nivå som priset i det av Banverket Produktion nu lämnade anbudet. Mot bakgrund härav ger utredningen i målet inte stöd för att ifrågasätta prissättningen av Banverket Produktion. Inte heller har Eurailscout visat att det är fråga om missbruk av dominerande ställning. Länsrätten finner sammantaget att Banverket inte brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUFSS som medfört att Eurailscout lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärder från länsrätten sida föreligger därmed inte med anledning av den begärda överprövningen. Vad Eurailscout i övrigt anfört om bl.a. värdeöverföring och otillåtet statsbidrag föranleder inte annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv.3109c).


Eva Karlsson Helghe