

**LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN 2008 -11- 1 0**
DOM
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3512-08 E
Rotel 2

Christina Fränngård

SÖKANDE

Berazy Mobile Entertainment AB, 556665-9701
Otterhällegatan 1
411 18 Göteborg

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Luftfartsverket
601 79 NORRKÖPING

Ombud: Marcus Miettinen
c/o Luftfartsverket
Koncernjuridik
601 79 Norrköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

Luftfartsverket (nedan LFV) genomför en upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Upphandlingen "LFV 2008-004902: SMS & Mobilitet" genomförs med förenklat förfarande med tillämpning av reglerna för försörjningssektorerna.

LFV meddelade den 15 oktober 2008 tilldelningsbeslut varvid Cypoint Systems Innovation AB tilldelades upphandlingen avseende LFV 2008-004902:SMS & Mobilitet. Berazy Mobile Entertainment AB (nedan Berazy) var anbudsgivare men deras anbud förkastades av LFV då Berazy inte uppfyllde kvalifikationskravet på en årsomsättning med 12 miljoner kr.

Berazy ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet för LFV 2008-004902:SMS & Mobilitet. Berazy yrkar att upphandlingen inte får avslutas

KONKURRENSVERKET	
2008 -11- 1 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 68525

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

innan rättelse har skett på så sätt att Berazy ska tas med i anbudsutvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen inte får avslutas förrän förfrågningsunderlaget har justerats i så måtto att omsättningskravet ändrats till en nivå som är rimlig med hänsyn till värdet av de upphandlade tjänsterna.

Länsrätten har den 28 oktober 2008 genom interimistiskt beslut bestämt att upphandlingen inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentering

Berazy anför i huvudsak följande. Det av LFV uppställda kvalifikationskravet på att anbudsgivare ska kunna uppvisa en omsättning på minst 12 miljoner kr missgynnar mindre leverantörer och nystartade företag. Omsättningskravet är oproportionerligt högt med hänsyn till värdet på de upphandlade tjänsterna. LFV:s beslut att utesluta Berazys anbud innebär att bolaget kommer att lida skada. Berazy anser att man uppfyller samtliga krav och att dess anbud därför skulle ha ingått i anbudsutvärderingen. Berazy har i enlighet med förfrågningsunderlaget lämnat information som styrker att bolaget har en stabil ekonomisk bas. Bolaget har en stark och långsiktig huvudägare samt har mycket god likviditet. Detta är tillräckligt för att säkerställa LFV:s krav på att Berazy ska kunna fullgöra åtagandena enligt kontraktet. Bolaget uppfyller det ställda kravet på uppvisande av ekonomisk stabilitet. Berazy har visat att bolaget uppfyller kraven på ett, jämfört med krav på viss omsättning, likvärdigt sätt. Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen framgår att en upphandlande enhet inte får ställa större krav på leverantörer än som erfordras för den enskilda upphandlingen. LFV beräknar att driftsvolymen per månad kommer att uppgå till 300 000 SMS. Detta ger, med av Berazy offererat pris, ett årligt värde på tjänsterna på un-

geför 750 000 kr. Inte ens beräknat på den högsta volymen LFV anger i förfrågningsunderlager, 2 miljoner biljetter per månad vilket skulle ge ett årligt värde om ca 5 miljoner kr, motiverar kravet på omsättning på 12 miljoner kr. Mot denna bakgrund framstår omsättningskravet som obefogat. Omsättningskravet är så högt satt att det orättvist utesluter anbudsgivare som i övrigt motsvarar de krav som ställs i upphandlingen. Omsättningskravet riskerar att gynna vissa leverantörer på ett otillbörligt sätt. Genom att ställa upp ett omsättningskrav på 12 miljoner kr brister LFV i kraven på affärsmässighet, objektivitet och transparens.

LFV anför i svaromål bl.a. följande. En leverantör kan diskvalificeras om den inte uppfyller ställda kvalifikationskriterier. Dessa kriterier visar att en leverantör är lämplig anbudsgivare. Kriterierna ska hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning. En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller en viss produkt. LFV har uppskattat kontraktsvärdet till omkring 3 miljoner kr det första avtalsåret och till omkring 800 000 kr det andra avtalsåret. – En fråga i målet är om LFV har haft objektiva skäl för att bestämma ett omsättningskrav på 12 miljoner kr och om ett sådant krav är nödvändigt för att tillförsäkra att leverantören ska kunna fullgöra ett åtagande under hela kontraktstiden. Innan kontrakt tilldelas enligt bestämmelserna i 15 kap. LUF, ska den upphandlande enheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1-3 §§ LUF. Vidare får enheten undersöka hur väl en leverantör uppfyller ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som uttryckligen krävts i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. – Enheten får ställa krav på en lägsta nivå för leverantörs ekonomiska samt yrkesmässiga kapacitet. Omfattningen av dessa kapaciteter och förmågor samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt, ska ha ett direkt samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till

detta. Leverantören får åberopa andra företags kapacitet om detta är nödvändigt. Kraven, i punkten 10.2 Ekonomiska krav på anbudsgivaren i förfrågningsunderlaget, har uppställts för att LFV vill tillförsäkra sig att leverantören utan avbrott kan utveckla och leverera den efterfrågade SMS-tjänsten. Om den utsedde leverantören inte skulle kunna fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet riskerar LFV mycket kostsam skada och allvarlig bad-will. LFV måste värna sitt stora goodwillvärde samt varumärket LFV och Stockholm-Arlanda gentemot slutkund (resenär, flygföretagen och andra företag). Det är av stor betydelse att alla system i flygbranschen håller en mycket hög tillförlitlighet så att passagerarnas förtroende inte rubbas. Fungerar inte SMS-tjänsten på ett tillförlitligt sätt eller, till och med slutar att fungera, på grund av att den utsedde leverantören saknar tillräcklig ekonomisk styrka för att fullgöra kontraktet, så är den skada som drabbar LFV mycket större än det kontraktsvärde som är aktuellt i denna upphandling. – LFV har till skydd för den egna verksamheten i en intern föreskrift bestämt att, uppdrag, vare sig det gäller varor eller tjänster, aldrig ska tilldelas leverantörer om kontraktsvärdet beräknat på årlig basis överstiger 25 procentenheter av leverantörens årsomsättning. LFVs interna föreskrift från 2005 lyder i denna del: ” Finansiella och ekonomiska krav: för att undvika starkt beroende skall den aktuella upphandlingens andel normalt understiga 25 procent av leverantörens omsättning, beräknat på årsbasis. Kraven på leverantörens finansiella och ekonomiska styrka ska vara proportionerliga mot LFVs affärsrisk i upphandlingen.” Berazys anbud värderas enligt den kommersiella delen av utvärderingsmodellen rätteligen till 1 385 000 kr, inte 750 000 kr som bolaget gör gällande i sin ansökan till länsrätten, beräknat för 300 000 SMS/månad. Berazys beräkning av kontraktsvärdet är inte korrekt. Om bolagets resonemang skulle få råda kan kontraktsvärdet beräknas på följande sätt: $1\,350\,000 \times 4 = 5\,400\,000$ kr, dvs. ett kontraktsvärde som till och med överstiger bolagets omsättning för år 2007. Om Berazy kvalificerades skulle upphandlingen nu komma att utgöra drygt hälften av företagets omsättning. Det strider mot LFVs ställda krav och interna

föreskrift att LFVs upphandling ska utgöra en så dominerande del av företagets samlade omsättning. LFV har i samband med upprättande av förfrågningsunderlaget bedömt att kontraktsvärdet det första året omfattar omkring 3 miljoner kr. Av de ekonomiska redovisningar som LFV föreskrev att leverantörerna skulle redogöra för i sina anbud enligt punkten 10.2 Ekonomiska krav på anbudsgivaren, och som Berazy dels bifogat i sitt anbud, dels vitsordat i sin ansökan om överprövning, framgår att bolagets omsättning endast uppgår till mindre än hälften av den omsättning som LFV krävt. Nettoomsättningen var för åren 2004-2005, 1,5 miljoner kr och för 2006-2007, 3,1 miljoner kr respektive 5,3 miljoner kr. Mot denna bakgrund fann LFV att Berazy inte uppfyllde det absoluta omsättningsvillkoret. Omsättningen skulle för kvalifikation ha överstigit drygt 12 miljoner kr. – Med tanke på proportionalitetsprincipen har LFV därför valt att endast ställa krav som är relaterade till leverantörernas kapacitet att genomföra kontraktet. Mot bakgrund av höga krav på tillförlitlighet i den nya SMS-tjänsten för flygföretagen och passagerarna samt även för LFV, följer att LFV måste få ställa stora krav avseende leverantörernas ekonomiska och personalresursmässiga kapacitet. Uppgifterna som kommer att överföras som SMS-meddelande måste lämnas i rätt tid och i rätt format. LFV framhåller därför att omsättningskravet om minst 12 miljoner kr är grundat på objektiva skäl som står i överenskommelse med den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen. - Berazy har inte åberopat andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande för att kunna uppfylla LFV:s krav. Bolaget har endast i allmänna ordalag förklarat att det har en stark och långsiktig huvuddelägare och att bolaget har mycket god likviditet. – LFV kan konstatera att Berazy i ansökan tillstår att det absoluta villkoret om 12 miljoner kr i omsättning inte är uppfyllt. Vidare måste LFV betona att det förhållandet att bolaget har en stark och långsiktig huvudägare inte innebär att Berazy har någon som helst tillgång till moderbolagets resurser och påståendet från Berazy om ägarförhållandena räcker under inga förhållanden till för att styrka LFVs uppställda omsättningskrav. Berazys påstående om ekonomisk stabilitet och högre UC-rating än det

uppställda kravet i förfrågningsunderlaget kan inte reparera bristen på tillräckligt stor omsättning. Av Berazys i anbudet bifogade årsredovisningar framgår även att Berazy uppvisat negativa resultat för år 2006 och 2007.

- LFV vill betona möjligheten att myndigheten har ett visst tolkningsföreträde när det gäller att avgöra huruvida en leverantör uppfyller ställda krav eller inte. LFV har uppställt omsättningskravet som ett absolut villkor, "skall-krav". LFV skulle därför bryta mot de grundläggande villkoren i LUF och i EG-rätten om Berazys ombud skulle antas. Om Berazy skulle repliera på moderbolagets resurser skulle det ha krävts en klar, tydlig och faktisk tillgång till dessa externa resurser. Detta är inte visat och Berazy kan därför heller inte godkännas i kvalificeringsfasen, dvs. anbudet kommer inte att prövas mot ställda utvärderingsvillkor. LFVs beslut att förkasta anbudet från Berazy vilar på korrekta grunder som samtliga står i överensstämmelse med bestämmelserna i LUF. Berazy kan inte drabbas av någon form av ekonomisk skada. – För varje SMS-tjänst genereras en intäkt till LFV. Verket beräknar att om SMS-tjänsterna inte nu kan börja användas av alla brukare på planerat sätt så kommer LFV att förlora mer än 1 miljon kr enbart under december månad 2008.

Berazy anför i genmäle bl.a. följande. Syftet med skall-kraven i punkten 10.2 i förfrågningsunderlaget är att säkerställa att anbudsgivaren har tillräcklig ekonomisk styrka och finansiell ställning att denne kan upprätthålla ett långsiktigt avtal för efterfrågad tjänst, samt att risken för konkurs eller liknande förfarande under kontraktstiden för anbudsgivaren skall vara låg. Den rimliga tolkningen av vad som åsyftas med skall-kravet är att det är kravet på ekonomisk styrka och finansiell ställning som är det primära. Omsättningskravet är egentligen endast ett sätt att mäta detta. Detta ter sig tydligare genom att LFV i förfrågningsunderlaget öppnat en möjlighet för anbudsgivare som inte kan prestera två årsredovisningar att på annat sätt visa att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas, t.ex. genom balans- och resultaträkning. – LFV har inte redovisat något objektivt godtagbart skäl för

att ställa upp ett skall-krav att anbudsgivare skall ha en årsomsättning om minst 12 miljoner kr. Berazy menar dessutom att ett sådant krav inte är nödvändigt för att tillförsäkra att leverantören skall kunna fullgöra sitt åtagande under hela kontraktstiden, utan att utgångspunkten för att leverantören skall kunna fullgöra sitt åtagande är att leverantören har en stabil ekonomisk bas. – Enligt förarbetena till LUF (se prop. 2006/07:128 s. 242) skall miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Det anges vidare i förarbetena (se s. 151 f.) att leverantörerna enligt EG-rätten skall behandlas likvärdigt och på ett icke-diskriminerande sätt och att kraven på upphandlingsförfarandet skall stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas (s. 155). Den upphandlande enheten har viss möjlighet att ställa upp krav på att en leverantör har en viss ekonomisk stabilitet, dock förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen, särskilt med hänsyn till dess värde och att tillämpningen av skall-kravet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. LFV motive- rar skall-kravet att en leverantör skall ha haft en årsomsättning som uppgår till minst 12 miljoner kr, med att LFV önskar tillförsäkra sig att leverantören utan avbrott skall kunna utveckla och leverera den efterfrågade SMS-tjänsten och upprätthålla ett långsiktigt avtal utan risk för konkurs. Berazy bestrider att minimikravet på omsättning kan motiveras på detta sätt. LFV har inte i övrigt anfört något sakligt, relevant skäl till att man uppställt omsättningskravet eller motiverat till hur nivån bestämts, annat än att hänvisa till interna regler om önskad storlek på leverantören och att det är viktigt att man kan förlita sig till att leverantören uppfyller sina åtaganden gentemot LFV. Mot bakgrund därav framstår det som att kravet är uppställt i strävan att erhålla anbud endast från stora aktörer. – Att LFV vid utvärdering av anbudena tillämpar interna föreskrifter som anger vilka krav på relationen mellan upphandlingens kontraktsvärde och anbudsgivarens årsomsättning, och som inte redovisats i förfrågningsunderlaget, strider i sig mot kravet på transparens. I den stund LFV tillämpar ytterligare bedömningskriterier än

vad som går att utläsa av förfrågningsunderlaget så måste de redovisas tydligt för potentiella anbudsgivare. Att LFV inte i förfrågningsunderlaget öppet redovisar vilka ytterligare bedömningskriterier som tillämpas är i sig en grund för att upphandlingen skall göras om och förfrågningsunderlaget kompletteras. Här kan en jämförelse göras med Länsrätten i Stockholms resonemang i mål nr 27245-04, som senare fastställdes av Kammarrätten i Stockholm i mål nr 1419-05. I avgörandet ansågs skall-kravet avseende stabil ekonomisk ställning alltför vagt formulerat för att uppfylla kravet på öppenhet och transparens. Länsrätten uttalade att oklarheter ifråga om ett skall-krav, där den upphandlande enheten inte redovisat några närmare kriterier, kan leda till att en anbudsgivare i onödan lägger ned tid och pengar på att utforma ett anbud som redan från början kan vara dödfött, eftersom denne ändå inte skulle ha varit kvalificerad. LFV anger att de ekonomiska krav som ställs på en leverantör syftar till att tillförsäkra LFV att ”leverantören utan avbrott kan utveckla och leverera den efterfrågade SMS-tjänsten. Om den utsedde leverantören inte skulle kunna fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet riskerar LFV mycket kostsam skada och allvarlig bad-will”. Mot denna bakgrund kan inte kravet på en minsta omsättning på 12 miljoner kr ensamt anses vara relevant. Att ställa upp ett krav på en viss historisk minsta omsättning säger inget om ett företags framtida ekonomiska förmåga. För att bedöma denna förmåga måste en sammantagen bedömning av flera olika faktorer göras. Ett företags likviditet är en väsentlig faktor vid bedömning av risken för obestånd. LFVs interna föreskrifter om kravet på att anbudsgivarens årsomsättning måste uppgå till minst 25 % av upphandlingens värde är inte objektivt ställt och skall därför inte anses vara ett urvalskriterium. Det kan noteras att kravet på minsta omsättning inte är absolut eftersom LFV accepterar att anbudsgivare som inte har två årsredovisningar kan styrka att de har en stabil ekonomisk bas genom att uppvisa senaste upprättade resultaträkning och balansräkning. LFVs krav strider mot likabehandlingsprincipen. Det krav som LFV ställer upp är konkurrensbegränsande och strider såväl mot LUF som grundläggande EG-rättsliga prin-

ciper.– Berazy etablerades 2004 och fick under 2008 en ny finansiellt stark och långsiktig ägare i form av 6:e AP-fonden. Bolaget tillsköts i samband härmed genom nyemission avsevärda likvida medel. Av den balansrapport per den 31 juli 2008 som Berazy gett in tillsammans med sitt anbud framgår att bolaget har en mycket god likviditet. Bland bolagets finansiella anläggningstillgångar finns obligationer till ett värde av 20,8 miljoner kr. Berazys likviditet var vid tidpunkten 1 999 % vilket i sig borde vara tillräckligt för att visa att kravet på ekonomisk stabilitet var uppfyllt. Det torde därmed inte råda något tvivel om att Berazy med råge uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet som krävs för att fullgöra avtalet med LFV. Jämför med Kammarrätten i Göteborgs resonemang i mål nr 1227-08, där den upphandlande enheten ansågs ha infört ett konkurrensbegränsande urvalskriterium i strid mot LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna, genom att uppställa ett skall-krav att anbudsgivaren skulle ha bedrivit verksamhet under minst två avslutade räkenskapsår inom det aktuella området (upphandlingen rörde konsulttjänster). Domstolen resonerade i målet att ett sådant krav inte kunde vara motiverat, eftersom även ett nyetablerat företag kunde ha knutit till sig kompetent personal med flera års relevant erfarenhet på området. Vidare ansåg Kammarrätten att ett sådant krav kan motverka konkurrensen eftersom nyetablerade bolag utesluts från upphandlingsförfarandet på ett otillbörligt sätt. Det resonemang som Kammarrätten för är applicerbart även i detta mål. I likhet med det ovan nämnda rättsfall är det även i detta mål fråga om ett skall-krav som inte är motiverat. En anbudsgivare kan utan att tidigare år ha haft en omsättning så stor som 12 miljoner kr ha tillräcklig ekonomisk styrka för att kunna fullgöra nu aktuellt kontrakt. – Eftersom omsättningskravet inte är rimligt i förhållande till kontraktsvärdet och omständigheterna i övrigt, är det felaktigt att utesluta Berazy från anbudsvärderingen på grundval av det uppställda kravet på omsättning. Därigenom riskerar Berazy att förorsakas en skada för det fall upphandlingen avslutas utan att Berazys anbud utvärderas. Skäl för att upphäva det tidigare meddelade interimistiska beslutet föreligger därmed inte.

Lagtext m.m.

Av 1 kap. 24 § LUF 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.

I 11 kap. 5 § LUF anges att när de kriterier och regler för kvalificering som avses i 3 § innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet får en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt. Av 11 kap. 8 § LUF framgår att vid öppet förfarande skall en upphandlande enhet se till att urvalskriterierna är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna. Om urvalskriterierna innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet får andra företags kapacitet åberopas enligt 5 §.

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under

förutsättning att de principer som bär upp lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören än som erfordras för den enskilda upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet får ställas. Detta anses bl.a. innebära att en upphandlande enhet har rätt att ställa upp ett omsättningskrav (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 29 september 2006 i mål nr 4320-06 och den 18 mars 2008 i mål nr 6010-07). I sistnämnda dom uttalade Kammarrätten att det inte strider mot de gemenskapsrättsliga principerna att välja att ett omsättningskrav ska gälla föregående kalenderår.

Av EG-domstolens praxis framgår att en anbudsgivare som inte själv uppfyller de av den upphandlande enheten angivna villkoren ändå kan delta i en offentlig upphandling, om han kan åberopa andra enheters kapacitet och styrka att han förfogar över dessa enheters resurser (se bl.a. C-5/97 och C-176/98).

Länsrätten gör följande bedömning

Det kan inledningsvis konstateras att det är tillåtet för en upphandlande enhet att ställa krav på att leverantören har viss ekonomisk stabilitet, förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det är vid sådana villkor viktigt att beakta kravet på utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och att kretsen av dem som får delta i upphandlingen inte begränsas utan objektiva skäl.

LFV har ställt följande krav, punkten *10.2 Ekonomiska krav på anbudsgivaren*, i förfrågningsunderlaget.

”Krav: Anbudsgivaren **skall** ha sådan ekonomisk styrka och finansiell ställning att denne kan upprätthålla ett långsiktigt avtal för efterfrågad tjänst. Risken för att anbudsgivaren skall hamna i konkurs, tvångsförvaltning, ackord eller liknande under avtalsperioden skall vara låg. Krav: Anbudsgivaren **skall** ha en årsomsättning som uppgår till inte mindre än 12 miljoner kr. Bevis: Kopia av anbudsgivarens två senaste årsredovisningar skall medfölja anbud. Anbudsgivare som inte har två årsredovisningar skall på annat sätt t.ex. intyg eller bevis, visa att företaget har en stabil ekonomisk bas genom att redovisa senaste upprättad resultaträkning/balansräkning. LFV kan även komma att inhämta uppgifter från kreditupplysningsinstitut. Om anbudsgivaren har ett kreditvärderingsbetyg lägre än 2 enligt UC eller motsvarande betyg hos annat kreditvärderingsinstitut, eller negativa finansiella nyckeltal kan anbudet komma att förkastas.”

LFV har bl.a. anfört att med beaktande av betydelsen av förtroende för system i flygbranschen, får det anses vara av stor vikt att den information som ska överföras via SMS-tjänsten levereras i rätt tid och i rätt format, till såväl resenärer som flygföretag och andra företag. LFV måste kunna tillförsäkra sig att leverantören utan avbrott kan utveckla och leverera SMS-tjänsten. Mot denna bakgrund, och vad LFV i övrigt har åberopat, finner länsrätten det skäligt att i den aktuella upphandlingen uppställa ett krav på ekonomisk stabilitet och ett omsättningskrav på 12 miljoner kr hos leverantören av dessa tjänster. Det omsättningskrav som LFV ställt i sitt förfrågningsunderlag får därför anses vara grundat på objektiva skäl och relevant för den aktuella upphandlingen.

Omfattningen av ett omsättningskrav bör stå i proportion till värdet av den upphandlade tjänsten. LFV har uppskattat kontraktsvärdet för SMS-tjänsterna till omkring 3 miljoner kr det första avtalsåret och till omkring 800 000 kr det andra avtalsåret. Berazy har anfört, att med av bolaget offererat pris, uppgår det årliga värdet av tjänsterna till minst 750 000 kr och

högst 5 miljoner kr. Länsrätten finner att det omsättningskrav som LFV ställt inte kan anses oskäligt högt i förhållande till det av parterna uppskattade kontraktsvärdet.

LFVs interna föreskrifter kan inte anses utgöra tillämpade ytterligare bedömningskriterier och det faktum att de inte sedan tidigare varit kända för anbudsgivarna kan därför inte anses strida mot kraven på förutsebarhet och öppenhet i upphandlingen. Anbudsgivare har i upphandlingen getts möjlighet att bevisa, inte bara genom årsredovisningar men också genom resultat- och balansräkningar att minimikravet på årsomsättning är uppfyllt. Kravet kan därför inte anses motverka konkurrensen och utesluta nyetablerade bolag från upphandlingsförfarandet på ett otillbörligt sätt. Mot denna bakgrund, och vad LFV i övrigt har anfört, kan det uppställda kvalifikationskravet på minsta årsomsättning inte anses strida mot någon av de gemenskapsrättsliga grundprinciperna.

Enligt länsrättens bedömning får förfrågningsunderlaget under punkt 10.2 anses innehålla två olika ekonomiska skall-krav, vilket innebär att utöver en stabil ekonomisk bas krävs det alltså att en leverantör har en årsomsättning som uppgår till inte mindre än 12 miljoner kr. Båda kraven måste vara uppfyllda för att en leverantör ska kvalificera sig som anbudsgivare. Berazy uppfyller inte kravet på en årsomsättning som uppgår till minst 12 miljoner kr, vilket därför utgör tillräcklig grund för att förkasta deras anbud. För att kunna åberopa andra enheters kapacitet och därmed uppfylla kvalifikationskraven, krävs enligt rättspraxis att anbudsgivare kan styrka att det förfogar över dessa enheters resurser. Det är i målet inte styrkt att Berazy faktiskt förfogar över, och har tillgång till, resurser från moderbolaget.

Länsrätten finner att LFV:s kvalifikationskrav på en årsomsättning om minst 12 miljoner kr inte strider mot LUF eller gemenskapsrätten. Berazy

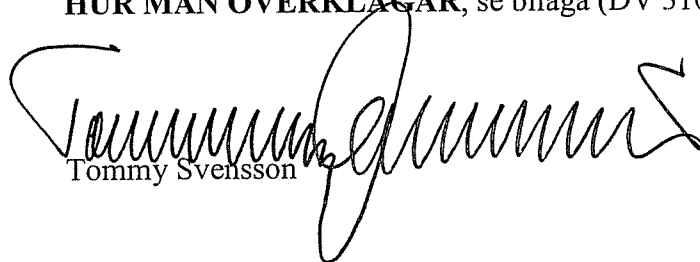
har inte uppfyllt detta kvalifikationskrav och därför har LFV haft rätt att
förfasta deras anbud.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan från Berazy Mobile Entertainment AB.

Länsrättens interimistiska beslut den 28 oktober 2008 upphör därmed att
gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D).


Tommy Svensson



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 offentligpart 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 vartill 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.