



**LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD**

Elin Dafgård Ohron

DOM

2009-02-20

Meddelad i

Mariestad

Mål nr

1903-08 E

Rotel 3

SÖKANDE

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

2. mBiljett AB, 556581-8258
Otterhällegatan 1
411 18 Göteborg

Ombud för 1 och 2:
Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. AB Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 Linköping

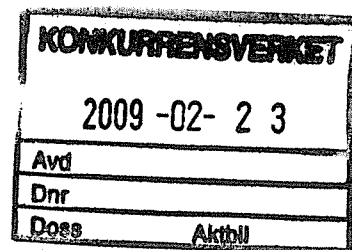
2. Länstrafiken Mälardalen AB
Box 8013
700 08 Örebro

3. Upplands lokaltrafik Aktiebolag, 556159-2352
Box 1400
751 44 Uppsala

4. Västtrafik AB, 556558-5873
Box 123
541 23 Skövde

5. X-Trafik AB, 556206-9665
Box 125
826 23 Söderhamn

Ombud för 1-5:
Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



Dok.Id 39446

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800 542 18 Mariestad	Stockholmsvägen 6	0501-676 00 E-post: lansrattenimariestad@dom.se	0501-676 46	måndag – fredag 08:30-12:00 13:30-15:00

SAKEN

Begäran om överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFS)

DOMSLUT

Länsrätten avslår Berazy Mobile Entertainment AB:s och mBiljett AB:s framställningar och förordnar att det interimistiska förbudet att AB Östgötatrafikens, Länstrafiken Mälardalen AB:s, Upplands lokaltrafik Aktiebolags, Västtrafik AB:s och X-Trafik AB:s upphandling av "SMS-biljett" inte får avslutas inte längre ska gälla.

BAKGRUND

Västtrafik AB, Upplands Lokaltrafik AB, X-Trafik AB, Länstrafiken Mälardalen AB samt AB Östgötatrafiken genomförde 2008 en öppen upphandling avseende leverans av SMS-biljetter. Upphandlingen administrerades av Västtrafik AB. Berazy Mobile Entertainment AB (Berazy) och mBiljett AB (mBiljett) var två av anbudsgivarna. Vid anbudsprövningen bedömdes Berazy och mBiljett inte uppfylla de formella kraven eftersom de inte hade fullständiga referenser enligt Kravspecifikationen 4.1.1.1.

Länsrätterna i Östergötlands län, Örebro län, Uppsala län och Gävleborgs län har med stöd av 14 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar överlämnat Berazys och mBiljetts var för sig likalydande framställningar avseende AB Östgötatrafikens, Länstrafiken Mälardalen AB:s, Upplands lokaltrafik Aktiebolags och X-Trafik AB:s upphandlingar till Länsrätten i Mariestad för gemensam handläggning med där anhängiggjort mål avseende Västtrafik AB.

Länsrätten i Mariestad beslutade den 24 oktober 2008 att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas.

YRKANDEN M.M.

Berazy och mBiljett har, var för sig, i framställningar begärt överprövning enligt LUFS och yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett, i första hand genom att sökandenas anbud tas med vid utvärderingen och i andra hand genom att förfrågningsunderlaget justeras så att det tydligt framgår vilka kriterier som ska vara uppfyllda för att kravet på referenser ska vara uppfyllt.

Västtrafik AB, AB Östgötatrafiken, Länstrafiken Mälardalen AB, Upplands lokaltrafik Aktiebolag och X-Trafik AB (Trafikbolagen) har bestritt yrkandena.

Berazy och mBiljett har till stöd för framställningarna åberopat bl.a. följande. Deras anbud uppfyller kvalifikationskravet då de lämnat referenser som styrker att de levererat en liknande teknisk lösning som i anbudet och att denna lösning är baserad på Premium SMS eller på WAP-debitering som är en likvärdig teknisk lösning. Berazy och mBiljett har vidare anfört att upphandlingen strider mot 1 kap. 24 § LUFS eftersom det finns en överhängande risk att anbudsgivare kommer att behandlas olika och att det i vart fall kommer att vara mycket svårt att i efterhand kontrollera att brott mot kravet på likabehandling inte har skett eftersom det inte närmare preciserats i förfrågningsunderlaget vad som avses med "liknande" tekniska lösningar. Trafikbolagens beslut att utesluta deras anbud innebär att såväl Berazy som mBiljett kommer att lida skada. Bolagens tjänster baseras antingen på Premium SMS eller på så kallad Wap-debitering. Båda lösningarna belastar slutkunden/användarens telefonräkning eller kontantkort. Premium SMS och Wap-debitering är tekniskt sett likvärdiga lösningar.

Skillnaden ligger i att vid debitering via Premium SMS skickar användaren ett SMS till ett angivet nummer och detta resulterar i köp av en vara eller en tjänst, t.ex. en biljett. Vid debitering med Wap-debitering, som är en tekniskt sett mer avancerad lösning, klickar användaren på en länk på en Wap-sida som genererar köp av en vara eller en tjänst. Den bakomliggande tekniska lösningen är densamma för båda alternativen. Att ange en referens till en levererad lösning som är baserad på Wap-debitering är likvärdigt med en referens som avser Premium SMS. Genom att ställa krav på referenser till tidigare leveranser enbart baserade på Premium SMS utesluts anbudsgivare som vill återropa referenser till leveranser av fullt utbytbara tekniska lösningar. Bolagen ifrågasätter om det är befogat att ställa upp krav på att referenserna enbart ska avse Premium SMS. Genom att enbart tillåta referenser till leveranser baserade på Premium SMS missgynnas bolagen och andra anbudsgivare som tidigare levererat likvärdiga tekniska lösningar baserade på Wap-debitering. – Anbudsgivaren ska påvisa att man tidigare utfört liknande åtaganden. Referenser anges endast vara bevis för detta. Därav borde erfarenheten kunna visas på annat sätt än genom referenser som bekräftar användandet av just Premium SMS. I de tjänster som levererats till de angivna referenserna är Premium SMS en väsentlig komponent då Premium SMS använts för att debitera transaktionsavgift. Att den slutliga biljetten i vissa fall betalas med hjälp av Wap-debitering, kontokort eller likartade lösningar saknar betydelse. Vad gäller Berazys referens nr 2 är det korrekt att betalning kunnat göras antingen via SMS, WAP eller Internet. Gemensamt för alla betalningssätt är dock att Premium SMS använts för debitering av transaktionsavgift. Den levererade tjänsten var uppbyggd så att besökare vid köp av biljett skickade ett SMS till ett särskilt angivet nummer. Detta SMS har i sin tur genererat ett Premium SMS med en länk. Noteras bör dock att det SMS som besökaren fick i retur likaväl kunnat innehålla den faktiska biljetten som den länk som nu skickades. mBiljetts leverans har också utnyttjat Premium SMS. På motsvarande sätt som ovan angetts har Premium SMS använts för debitering av transak-

tionsavgift. Besökare som velat köpa Göteborgs Passet har skickat ett SMS till ett särskilt angivet nummer vilket genererat ett SMS med en länk i retur. Detta SMS har debiterats som ett Premium SMS. mBiljett vidhåller att referens nr 2 uppfyller de aktuella kraven på samma sätt som referens 2 för Berazy.

Trafikbolagen har vidhållit att kravet när det gäller referenser inte är uppfyllt samt anfört bl.a. följande. En absolut utgångspunkt för Trafikbolagen i den aktuella upphandlingen har varit att det ska vara enkelt och säkert att genomföra ett köp av en SMS-biljett via mobiltelefon. Detta innebär bland annat att kunden inte ska behöva göra några förberedelser, såsom t.ex. registrering eller nedladdning av mjukvara innan biljettbeställning sker. Det är bland annat mot denna bakgrund som trafikbolagen valt att kräva att den upphandlade tjänsten ska baseras på Premium SMS. Argument för trafikbolagen att välja Premium SMS, istället för en lösning med t.ex. WAP-debitering, är bl.a. att handhavandet med Premium SMS-lösning är känt och väl spritt, enklare och smidigare samt att i princip alla moderna mobiltelefoner klarar lösningen och att det är en beprövad och säker metod. Det är mycket angeläget att leverantören av tjänsten har god och relevant erfarenhet av att arbeta med Premium SMS. – Utgångspunkten vid bedömningen har varit den beskrivning av referenserna som lämnats. Bedömningen har bekräftats av referenspersonerna. Sökandenas egna uppgifter styrker att de lösningar som refereras till inte baserar sig på Premium SMS, utan på WAP-debitering, vilket inte är en liknande teknisk lösning.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 24 § LUFSS ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas vid upphandlingar.

Av 16 kap. 1 § LUFSS framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder. Enligt 2 § samma kapitel ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Av anbudsinbjudan, bilaga 2, under rubriken referenser anges följande.

4.1 Allmänt

I detta kapitel efterfrågas anbudsgivarens tidigare erfarenheter av att leverera den lösning som anges i anbudet.

4.1.1.1 Anbudsgivaren skall ange minst två referenser, innehållande företagsnamn, kontaktperson, telefonnummer samt e-postadress, där anbudsgivaren levererat en liknande teknisk lösning som i detta anbud baserat på Premium SMS.

4.1.1.2 Anbudsgivaren skall ange leveransomfattning (syfte med tjänst, tidpunkt för leverans, driftstatistik för tillgänglighet och prestanda), för respektive referens.

Berazy lämnade två referenser, dels ett projekt med leveransstart 2004 i vilket Berazy var delansvarig för innehållstjänster på Tele2:s WAP-portal, hade driftsansvar för operatören 3:s WAP-site samt levererade innehållstjänster och bilder på Telia Surfport, dels ett projekt med leverans den 1 september 2006 som avsåg streckkkods SMS-biljetter för mässbesökare. Trafikbolagen bedömde efter kontakt med referenspersonerna att referens 1 uppfyllde kraven men att referens 2 inte uppfyllde kraven då referensper-

sonen uppgett att den lösning som Berazy levererat inte byggde på Premium SMS utan att beställning och betalning av biljetterna skett via Internet mot kundens kredit- eller bankkort.

Även mBiljett lämnade två referenser i sitt anbud, dels ett projekt med leveransstart maj 2007 vilket avsåg Göteborgs Passet genom mobiltelefoner, dels ett projekt med leverans den 1 september 2007 som avsåg streckkkods SMS-biljetter för mässbesökare. Trafikbolagen bedömde efter kontakt med referenspersonen avseende referens 1 att referensen inte uppfyllde kraven då referenspersonen uppgett att den referens som mBiljett refererat till inte bygger på en lösning med Premium SMS. Trafikbolagen kontrollerade därför inte referens 2 närmare.

Länsrätten finner att Berazy Mobile Entertainment AB och mBiljett AB inte har visat att respektive bolags anbud uppfyller skall-kravet att anbudsgivaren skall ange minst två referenser där anbudsgivaren levererat en liknande teknisk lösning som i detta anbud baserat på Premium SMS. Mot bakgrund av syftet med upphandlingen får det vidare anses vara ändamålsenligt att ställa krav på att anbudsgivaren har erfarenhet av att leverera lösningar baserade på Premium SMS. Det uppställda kravet får också anses ha ett naturligt samband med upphandlingen samt vara både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med upphandlingen. Något mindre ingripande alternativ har inte framkommit och den negativa effekten av kravet kan inte anses oproportionerlig. Vad bolagen har anfört utgör således inte stöd för att det nu aktuella skall-kravet skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Vad som framkommit utgör inte heller skäl att anse att det uppställda kravet skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Skäl att besluta att trafikbolagen ska vidta rättelse eller annan åtgärd enligt 16 kap. 2 § LUFSS föreligger därmed inte. Framställningarna kan därför inte bifallas.

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

Av bestämmelserna i 16 kap. 1 § LUFSS följer att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Detta gäller även för prövning i kammarrätten. Ansökan får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att rätten upphävt ett tidigare interimistiskt beslut.



Hans-Olof Hallbäck