



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-11-24
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4795-10

Enhet 1	
2010-11-26	
Ans	
Dir	
Post	Arkiv

SÖKANDE

Varian Medical Systems International AG

Ombud: Advokaterna Johan Carle och Tomas Kjellgren samt jur. kand.
Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling, 222000-2097

Ombud: Advokaterna Anders Norlander och Sandra Brånstad
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 juni 2010 upphör härmed
att gälla.

Dok.Id 15450

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-16 73 00	018-16 73 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

BAKGRUND OCH YRKANDEN	4
BOLAGETS TALAN	4
Viktning av utvärderingskriterierna.....	4
Utvärderingsmodellens förmåga att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	7
Utvärderingsmodellens oförutsebarhet.....	9
IBA:s uppfyllande av skall-krav.....	13
Felaktig utvärdering av anbuden	14
Utvärderingskriterium 2.....	16
Utvärderingskriterium 3.....	16
Utvärderingskriterium 4.....	17
Utvärderingskriterium 5.....	18
Utvärderingskriterium 7.....	19
Utvärderingskriterium 8.....	19
Utvärderingskriterium 9.....	19
Utvärderingskriterium 13.....	21
Utvärderingskriterium 18.....	21
Utvärderingskriterium 19.....	21
Utvärderingskriterium 21.....	22
Utvärderingskriterium 22.....	22
Utvärderingskriterium 38.....	22
Kommunalförbundets kontakter med IBA	24
Annonseringen av upphandlingen	25
Skaderekvisitet.....	28
KOMMUNALFÖRBUNDETS TALAN	29
Viktning av utvärderingskriterierna.....	30
Utvärderingsmodellens förmåga att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	32
Utvärderingsmodellens oförutsebarhet.....	35
IBA:s uppfyllande av skall-krav.....	38
Utvärdering av anbuden.....	40
Utvärderingskriterium 2, 3, 4, 18 m.fl.	41
Utvärderingskriterium 3.....	42
Utvärderingskriterium 4.....	42
Utvärderingskriterium 5, 13 och 22.....	42
Utvärderingskriterium 7.....	44
Utvärderingskriterium 8.....	44
Utvärderingskriterium 9.....	44
Utvärderingskriterium 18.....	45
Utvärderingskriterium 19.....	45
Utvärderingskriterium 21.....	45
Utvärderingskriterium 38.....	46
Kontakterna med IBA.....	46
Annonseringen av upphandlingen	47

DOMSKÄL	48
Tillämpliga bestämmelser m.m.	48
Utredningen i målet	50
Förvaltningsrättens bedömning	54
Annonseringen.....	54
Viktning av utvärderingskriterierna.....	55
Fråga om utvärderingsmodellens förutsebarhet samt om modellen är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	57
Uppfyllande av skall-krav.....	60
Utvärderingen	61
Begreppet 'clinical setting'	62
Utvärderingskriterium 3.....	63
Utvärderingskriterium 4.....	64
Utvärderingskriterium 5.....	65
Utvärderingskriterium 7.....	65
Utvärderingskriterium 8.....	66
Utvärderingskriterium 9.....	66
Utvärderingskriterium 13.....	67
Utvärderingskriterium 18.....	67
Utvärderingskriterium 19.....	68
Utvärderingskriterium 21.....	69
Utvärderingskriterium 22.....	69
Utvärderingskriterium 38.....	69
IBA:s offererade tillgänglighet.....	70
Kommunalförbundets kontakter med IBA	71
Skaderekvisitet.....	71

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling (Kommunalförbundet) genomför en upphandling avseende protonterapiutrustning (Particle Therapy Facility), KAS 2010-002.

Varian Medical Systems International AG (bolaget) begär överprövning av Kommunalförbundets upphandling och yrkar att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunalförbundet har brutit mot den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen och principen om transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att Kommunalförbundet brutit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Kommunalförbundet bestrider bifall till bolagets yrkanden.

BOLAGETS TALAN

Viktning av utvärderingskriterierna

I artikel 53.2 i direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet) anges att om tilldelning av kontrakt sker på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange hur de olika utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Angiven artikel implementerades i svensk lagstiftning 2008. Denna förändring innebar, till skillnad mot tidigare ordning, att ett krav på att ange utvärderingskriteriernas relativa inbördes betydelse infördes i LOU. Av EU-domstolens praxis följer att samtliga anbudsgivare innan anbudsgivning ska underrättas om de utvärderingskriterier som ska användas i upphandlingen samt kriteriernas inbördes vikt. Bakgrunden till detta är naturligtvis att viktningen är av central betydelse för leverantörer som överväger att lämna anbud och styrande för utformningen av sådant anbud. Kravet på inbördes viktning av utvärderingskriterierna innebär ett krav på att ange procentuell viktning eller, alterna-

tivt, som andelar av ett annat utvärderingskriterium. Detta framgår av såväl förarbetena till LOU som förarbetena till upphandlingsdirektivet. Inte i någon av dessa källor anges att inbördes viktning av utvärderingskriterier kan ske på något annat sätt än genom procentuell viktning eller som andelar av ett annat utvärderingskriterium.

Kommunalförbundet har varken procentuellt viktat utvärderingskriterierna inbördes eller angivit dessa som andelar av ett annat utvärderingskriterium. Den av Kommunalförbundet valda utvärderingsmodellen innebär att utvärderingskriteriernas betydelse i anbudsutvärderingen anges i monetära termer, vilket innebär att utvärderingskriteriernas inbördes vikt varierar beroende på de anbud som inkommer i upphandlingen. Ju högre anbudspris desto högre vikt får pris jämfört med kvalitet i utvärderingen. En sådan utformning av utvärderingsmodellen innebär att utvärderingskriterierna inte viktas inbördes och medför att anbudsgivarna av utvärderingsmodellen inte kan utläsa hur utvärderingskriterierna förhåller sig till varandra.

Utvärderingsmodellen bryter mot upphandlingsdirektivets och LOU:s definition, att utvärderingskriterierna endast kan viktas i termer av procenttal eller som andelar av ett annat utvärderingskriterium. Utvärderingsmodellen är därför inte godtagbar. Frånvaron av procentuell viktning eller angivande av utvärderingskriterier som andelar av ett annat utvärderingskriterium har medfört att bolaget inte vid utformandet av sitt anbud har kunnat veta vad som kommer att tillmätas betydelse i upphandlingen och hur bolaget bäst skulle utforma sitt anbud. Detta eftersom bolaget inte förrän tilldelningsbeslutet fattades har fått veta vilket av utvärderingskriterierna som de facto kommit att väga tyngst och hur utvärderingskriterierna i upphandlingen viktas i förhållande till varandra.

Kammarrättens i Stockholm dom i mål 3014-09 avser 1992 års LOU och en modell med procentuellt viktade kriterier. Kammarrättens uttalanden om att den i mål nr 3014-09 aktuella utvärderingsmodellen var godtagbar ska ses mot bakgrund dels av att kriterierna i den i det målet aktuella ut-

värderingsmodellen var inbördes viktade genom angivande av procenttal, dels av att det inte fanns något krav på inbördes viktning i 1992 års LOU. För det andra framgår av bilaga A till kammarrättens dom, dvs. länsrättens dom, att kriterierna avseende kvalitet hade givits en viktfaktor i procent. I den då aktuella utvärderingsmodellen var delkriterierna inbördes viktade genom angivande av procenttal, dessutom hade den upphandlande myndigheten där preciserat vad som krävdes av ett anbud för att nå upp till betygen Bra och Mycket Bra. Den utvärderingsmodell som Kommunalförbundet tillämpat i upphandlingen är således en annan än den som tillämpades i kammarrättens mål, eftersom det i upphandlingen inte har angivits någon viktfaktor i procent för vare sig utvärderingskriterierna A, B och C eller utvärderingskriterium C:s underkriterier. För det tredje kan konstateras att Konkurrensverkets yttrande i kammarrättens mål saknar relevans eftersom det, som angivits ovan, avsåg en annan utvärderingsmodell än den som är aktuell i upphandlingen, vilken helt saknar inbördes viktning med angivande av procenttal eller andelstal.

I upphandlingen har utvärderingskriterierna inte åsatts någon inbördes vikt, varken procentuellt eller som andelar av andra kriterier. Såvitt avser pris-kriteriet anges i förfrågningsunderlaget endast vad som ska medräknas i detta. Det är först efter det att anbudsutvärderingen är genomförd som det går att se hur utvärderingskriterierna kom att viktas inbördes. Det är emellertid inte förenligt med LOU och EU-rätten, som kräver att viktningen anges i upphandlingsannonsen eller i förfrågningsunderlaget och således innan anbudsutvärderingen. Kommunalförbundets påstående att leverantörerna själva skulle ha kunnat uträkna utvärderingskriteriernas inbördes viktning saknar därför relevans. Härtill kommer att den inbördes viktningen aldrig kommer att vara densamma för samtliga anbudsgivare med den av Kommunalförbundet tillämpade modellen. Kommunalförbundets utvärderingsmodell utgör ett otillåtet alternativ till inbördes viktning och angivande av kriterierna i fallande prioritetsordning. Alldeles oavsett om Kommunalförbundet anser att modellen är förutsebar medger varken LOU

eller EU-rätten att kravet på inbördes viktning av utvärderingskriterierna frångås på det sätt som skett.

I förfrågningsunderlaget anges endast att anbudsgivarnas offererade priser kommer att räknas upp med vissa kvalitetsprispåslag. Detta innebär att den vikt som utvärderingskriterierna får i utvärderingen är beroende av vilket pris de respektive anbudsgivarna offererat. Exakt samma kvalitetsuppfyllnad leder således till olika viktning av kvalitetskriterierna och pris beroende på vilket pris anbudsgivarna har offererat. Att som Kommunalförbundet gjort ge utvärderingskriterierna B och C monetära värden och låta utvärderingskriteriernas viktning i förhållande till pris variera beroende på de anbud som inkommer är något helt annat än att på förhand ange utvärderingskriteriernas inbördes viktning. Det som följer av upphandlingsdirektivet är att utvärderingskriterierna, t.ex. pris och kvalitet, ska viktas och att det viktningförhållandet ska vara konstant och samma för samtliga anbudsgivare genom hela upphandlingen. Så är emellertid inte fallet i upphandlingen.

Alla resonemang av innebörd att utvärderingsmodellen i upphandlingen uppfyller kraven i LOU och upphandlingsdirektivet förutsätter dels att det uttryckliga lagkravet på inbördes viktning inte innebär just ett krav på inbördes viktning, dels att utvärderingsmodellen i upphandlingen är transparent trots att det inte ens av modellen framgår vilken inbördes vikt olika utvärderingskriterier har i förhållande till varandra. Enligt bolagets mening är det inte en rimlig tolkning.

Utvärderingsmodellens förmåga att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Kommunalförbundet har i förfrågningsunderlaget beskrivit hur anbudet kommer att utvärderas för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska identifieras. Tre utvärderingskriterier anges, nämligen A. Offererat pris, B. Tid till förfogande för klinisk verksamhet och C. Tekniska lösningar, integration och programvara. Det sistnämnda utvärderingskriteriet har

38 underkriterier. Såvitt gäller utvärderingskriterium B innebär Kommunalförbundets valda utvärderingsmodell att varje procentenhet, dvs. oavsett om det rör sig om en skillnad mellan 100 procent och 99 procent eller en skillnad mellan 81 procent och 80 procent, motsvarar 1 600 000 euro i kvalitetsbristpåslag på offererat pris. Även när det gäller utvärderingskriterium C innebär den av Kommunalförbundet valda utvärderingsmodellen att varje poäng under max poäng medför samma kvalitetsbristpåslag, dvs. oavsett om den bristande poängen är hänförlig till ett underkriterium rörande t.ex. servicebehov, reservdelar eller prestanda.

Det saknas således samband mellan det monetära kvalitetsbristpåslaget och den verkliga merkostnad som eventuella kvalitetsbrister innebär för myndigheten. Eftersom sådant samband saknas förmår inte den aktuella utvärderingsmodellen att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. För att ett samband ska finnas mellan det monetära kvalitetsbristpåslaget och den verkliga merkostnad som eventuella kvalitetsbrister innebär krävs att kvalitetsbristpåslaget motsvarar den verkliga merkostnaden. Det är orimligt att ge samma monetära påslag mekaniskt oavsett vilken kvalitetsbrist det är fråga om. Ett exempel på detta är att det maximala kvalitetsbristpåslaget avseende utvärderingskriterierna 21 och 22, rörande strålningsdos och bestrålningstid, vars betydelse är avgörande för om offererad utrustning kan uppnå så kallad clinical setting och därmed behandla patienter är detsamma som det maximala kvalitetsbristpåslaget avseende utvärderingskriterierna 33 och 34. Kriterium 33 uppställer i allt väsentligt krav på fungerande programvara som utgör standard i branschen och kriterium 34 uppställer krav på programvarans funktionalitet som är given. Det är en stor skillnad, ur ett merkostnadshänseende, mellan å ena sidan utvärderingskriterierna 21 och 22 samt å andra sidan utvärderingskriterierna 33 och 34 eftersom förstnämnda par kriterier är betydligt svårare att uppfylla än de sistnämnda kriterierna. Det är således inte logiskt och visar att samband mellan kvalitetsbristpåslag och verklig merkostnad saknas. Mot denna bakgrund måste en bristande poäng avseende kriterierna 21 och 22 medföra ett större kvalitetsbristpåslag än samma bristande poäng

avseende kriterierna 33 och 34 om utvärderingsmodellen ska kunna identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen.

Av EU-praxis följer att en myndighet, vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får välja ut de utvärderingskriterier myndigheten vill lägga till grund för tilldelningen. Det gäller dock under förutsättning att de valda utvärderingskriterierna är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av EU-praxis följer vidare att utvärderingskriterier ska ha ett samband med föremålet för upphandlingen. Att ett samband finns mellan de monetära värden som Kommunalförbundet tilldelar utvärderingskriterierna och den verkliga merkostnad som eventuella kvalitetsbrister innebär för myndigheten måste vara ett minimikrav för att utvärderingskriteriernas betydelse ska kunna beskrivas i monetära termer istället för att viktas på sedvanligt sätt.

Utvärderingsmodellens oförutsebarhet

Regeringsrättens uttalande i RÅ 2002 ref. 50 om förfrågningsunderlagets utformning innebär att om det inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget vad den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen har de gemenskapsrättsliga principerna inte iakttagits. EU-domstolen har vidare framhållit att det följer av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

I förfrågningsunderlaget har bland annat följande angetts rörande bedömningen av utvärderingskriterierna:

När en kvalitetsskala tillämpas, kommer en panel med interna experter att utvärdera posten på en sexgradig skala från vitsorden Dålig, via Svag, Godtagbar, Bra, Mycket bra och Utmärkt.

Kommunalförbundet har använt sig av den nämnda kvalitets-skalan vid bedömningen av 26 av de 38 utvärderingskriterierna. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget vad Kommunalförbundet avser med de olika begreppen, dvs. vad som krävs för att erhålla en viss poäng. Det framgår således inte vad skillnaden mellan t.ex. Dålig och Svag är, eller mellan Godtagbar och Bra, eller mellan Mycket bra och Utmärkt. Det är, utifrån dessa uppgifter i förfrågningsunderlaget, omöjligt för en anbudsgivare att på förhand bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av kvalitet kommer att ske. Bolaget får framhålla att oklara förutsättningar för utvärderingen av kvalitet inte bara leder till osäkerhet om hur anbudsgivarna ska utforma sina anbud med avseende på kvalitet, utan även innebär en osäkerhet vid anbudsgivarnas kalkylering av anbudspriset. Det beror på att anbudsgivarna, som inte på förhand kan bilda sig en uppfattning om hur Kommunalförbundet kommer att utvärdera offererad kvalitet och hur denna förhåller sig till konkurrenternas kvalitet såsom den är allmänt känd, inte kan bedöma vilket pris de bör offerera för att ha förutsättningar för att vinna upphandlingen. Förfrågningsunderlagets otydliga formulering har inneburit att anbudsgivarna inte på förhand kunnat bedöma vad Kommunalförbundet tillmäter betydelse vid anbudsutvärderingen. Utvärderingskriterierna har således inte varit utformade på ett klart och tydligt sätt som möjliggjort att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kriterierna på samma sätt. Kvalitetsskalan ger inte någon som helst ledning för hur en anbudsgivare ska utforma sitt anbud för att erhålla maximal poäng. Bolaget har, med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget, lämnat ett anbud som såvitt bolaget på förhand kunnat bedöma skulle komma att tilldelas maximal poäng. Denna bedömning av förfrågningsunderlaget har även legat till grund för bolagets prissättning. Om bolaget hade kunnat utläsa att bolaget skulle riskera att tilldelas lägre poäng på vissa kriterier så hade bolaget självfallet beaktat detta vid sin prissättning.

Av rättspraxis följer att alltför allmänt hållna riktlinjer för poängsättning strider mot principerna om transparens och likabehandling eftersom de ger

den upphandlande myndigheten ett alltför stort utrymme för fri prövning. Enligt bolagets mening är Kommunalförbundets utvärderingsmodell oförsägbar i sådan utsträckning att den står i strid med LOU och EU-rätten.

Även om föremålet för upphandlingen är högteknologiskt har Kommunalförbundet haft att uppställa tydliga funktionskrav och förutsebara riktlinjer för anbudsutvärderingen. Kraven på förfrågningsunderlaget blir inte lägre på grund av att föremålet för en upphandling är högteknologiskt. En upphandlande myndighet har en skyldighet att vara tydlig och transparent även om detta skulle medföra en ansträngning för den upphandlande myndigheten. Kommunalförbundets påstående att en matematisk översättning av en frågeställning kan bli komplicerad medför inte heller att kravet på tydlighet kan frångås. Enligt bolagets mening krävs inte någon stor ansträngning från Kommunalförbundets sida att på förhand, på ett transparent sätt, beskriva hur man avsåg att utvärdera anbuden såvitt gäller utvärderingskriterium C.

Kommunalförbundet anger att skillnaden i poängsättning för underkriterium 7, mellan IBA och bolaget, ligger i längden på anbudsgivarnas redogörelser och antalet grafer och tabeller som anbudsgivarna ingivit med sina anbud. Dessa principer för poängsättning har emellertid inte framgått av förfrågningsunderlaget. Den oklarhet som präglat de principer för poängsättning som Kommunalförbundet tillämpat har inneburit både att det varit svårt för anbudsgivarna att utforma konkurrenskraftiga anbud och öppnat upp för godtycklighet och subjektivitet vid anbudsutvärderingen.

Utvärderingskriterium 19 har varit oklart för anbudsgivarna och den tilldelade poängen har inte kunnat förutsägas. Det kan inte heller utifrån utvärderingsprotokollet förstås varför anbudsgivarna erhållit sina poäng. Så har t.ex. IBA och Sumitomo erhållit samma poäng trots att varken Sumitomos utrustning är CE-märkt eller Sumitomo kan visa funktionalitet i clinical setting. Detta visar att anbudsutvärderingen präglats av fri prövningsrätt och godtycke, vilket möjliggjorts genom Kommunalförbundets bristfälliga

förfrågningsunderlag. Härtill kommer att det inte förklarats varför IBA tilldelats betyget Bra när bolagets anläggning inte är i clinical use och tiden att byta mellan energilager är betydligt längre än vad IBA angivit i sitt anbud.

Anbudsgivarna har visserligen känt till den maximala poäng som kan erhållas för de olika utvärderingskriterierna men eftersom förfrågningsunderlaget inte anger vad som krävs för att erhålla viss poäng har bolaget och övriga anbudsgivare inte haft kunskap om vilken kvalitetsnivå bolagen har haft att lägga sig på för att få maximal poäng. Detta har omöjliggjort för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Om ribban för maxpoäng legat lägre än en anbudsgivares eget bud har denne drabbats negativt i utvärderingen eftersom han inte får betalt för den kvalitetsnivå som valts och därmed medföljande prishöjande kostnad. Om ribban är satt högre än anbudsgivaren kunnat förvänta sig är risken i stället att denne lagt sig för lågt vilket också medför en negativ effekt i utvärderingen.

Det förhållandet att Kommunalförbundet använt sig av en expertpanel förändrar inte det förhållandet att förfrågningsunderlagets otydlighet utgör en allvarlig överträdelse av likabehandlings- och transparensprinciperna. Även om en expertpanel skulle anse sig kunna bedöma vilket anbud som är det bästa så har anbudsgivarna när de utformade sina anbud inte informerats om vad som kommer att tillmätas betydelse. Att en anbudsgivare ska behöva gissa vad panelen kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen är oacceptabelt. För att utvärderingen ska vara transparent och likabehandlande har Kommunalförbundet haft att uppställa kriterier för poängsättning för expertpanelen att följa. En expertpanel, oberoende av hur erfarna, professionella och kunniga personer som ingår i denna, behöver kriterier att utgå ifrån i sin bedömning för att denna ska hålla det mått av objektivitet som kan krävas vid en utvärdering i en upphandling, med hänsyn till likabehandlings- och transparensprincipen.

IBA:s uppfyllande av skall-krav

Av praxis följer att ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav inte får antas utan ska förkastas. IBA har, enligt bolaget, inte en produkt som kan möta samtliga de funktionskrav som uppställs i upphandlingen.

Av Kommunalförbundets sammanfattningar av dess besök vid IBA:s anläggningar framgår att IBA inte uppfyller skall-krav nr åtta i förfrågningsunderlaget. IBA kan inte routinely behandla patienter i enlighet med uppställt skall-krav, eftersom IBA inte kan prestera en bestrålnings-tid för en kubisk volym på en liter som är kortare än 4,5 minuter. Detta är i målet ostridigt. Det torde även vara ostridigt att det inte går att behandla patienter med en bestrålnings-tid på 4,5 minuter. Eftersom skall-kravet innebär att det ska vara möjligt att behandla patienter medför IBA:s långa bestrålnings-tid att IBA:s anbud inte uppfyller aktuellt skallkrav.

Kommunalförbundet har utvärderat IBA:s anbud trots att myndigheten känt till att den faktiska bestrålnings-tid som IBA:s teknologi kan prestera inte medger patientbehandling.

EU-domstolen har angivit att upphandlingskriterier som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i EU-rätten om offentlig upphandling. Eftersom Kommunalförbundet inte uppställt något krav som innebär att anbudsgivares påståenden om att deras offererade teknologi faktiskt kan behandla patienter ska styrkas är skall-kravet i punkt åtta oförenligt med de EU-rättsliga principerna om offentlig upphandling. Ett skall-krav som kan uppfyllas genom ett blott påstående om en viss bestrålnings-tid fyller inte heller någon funktion. Eftersom aktuellt skall-krav är rättsstridigt har Kommunalförbundet en EU-rättslig skyldighet att avbryta upphandlingen.

Felaktig utvärdering av anbuden

I utvärderingsunderlaget framgår ett flertal direkta felaktigheter, vilka har resulterat i att bolaget fått en lägre poäng.

Enligt förfrågningsunderlaget har Kommunalförbundet fäst stor vikt vid att den prestanda som anbudsgivarna offererar ska kunna verifieras för att anbuden ska erhålla höga poäng i anbudsutvärderingen. En sådan reglering är både logisk och affärsmässig eftersom risken för att en oseriös anbudsgivare, som endast erbjuder tomma löften, undviks om regleringen upprätthålls. Av utvärderingsrapporten framgår emellertid inte att Kommunalförbundet skulle ha följt den angivna regleringen vid anbudsutvärderingen.

Kommunalförbundet har genomfört besök vid IBA:s anläggningar i Essen och Jacksonville för att verifiera den prestanda som IBA har offererat. Det bör i detta sammanhang särskilt noteras att IBA:s anläggning i Essen är kraftigt försenad och inte tar emot några patienter över huvudtaget. De demonstrationer som IBA gjort i denna anläggning kan av denna anledning inte anses kunna likställas med tester i clinical setting. Anläggningen är inte heller i så kallad clinical use, eftersom den inte tar emot några patienter. Det förhållandet att IBA:s anläggning i Essen inte kan demonstrera funktionalitet i clinical setting stöds även av att anläggningen uppenbarligen inte kan prestera en bestrålnings tid för en kubisk volym på en liter som är kortare än 4,5 minuter. Det är en grundläggande förutsättning för att kunna behandla patienter, att bestrålnings tiden är så kort som möjligt och i vart fall inte längre än 1-2 minuter. Såvitt gäller IBA:s anläggning i Jacksonville måste noteras att inte heller denna anläggning är i clinical use såvitt avser i upphandlingen offererad teknik. Aktuell anläggning i Jacksonville använder sig av en äldre teknik som inte alls är jämförbar med den teknik som IBA påstår sig kunna leverera i upphandlingen. Av Kommunalförbundets sammanfattningar av besöken vid IBA:s anläggningar kan utläsas att det inte gått att verifiera ett flertal av IBA:s påståenden avseende prestanda. Trots detta har IBA inte erhållit noll poäng, vilket Kommunal-

förbundet uttryckligen angivit i förfrågningsunderlaget skulle komma att ske om offererad prestanda inte kunde verifieras. Enligt sammanfattningarna har verifieringen gått dåligt och detta måste rätteligen påverka utvärderingen av IBA:s anbud negativt, vilket inte skett.

Kommunalförbundet har frångått sin egen angivna utvärderingsförutsättning att anbudsgivare skulle ges dubbelt så hög poäng vid anbudsutvärderingen om dennes offererade tekniska förmåga kunde verifieras i clinical setting jämfört med om så endast kan ske i fabrik och att noll poäng erhålles avseende utvärderingskriterier där offererad teknisk förmåga inte alls kan verifieras. Enligt bolagets mening har Kommunalförbundet genom att uppställa nyssnämnda utvärderingsförutsättning åtagit sig att följa denna vid genomförandet av anbudsutvärderingen, varför Kommunalförbundets frångående av utvärderingsförutsättningen utgör en överträdelse av LOU och de EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling. Aktuell teknik är inte så ny att kriterierna inte kan verifieras. Bolagets anbud kan i sin helhet verifieras i clinical setting. I en situation som denna är det enligt bolagets mening i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen att inte kräva att samtliga utvärderingskriterier måste vara verifierbara, eftersom det annars får till följd att bolagets konkreta och verifierbara anbud och IBA:s imaginära anbud behandlas på samma sätt.

Kommunalförbundet tycks vidare inte ha beaktat att IBA:s offererade tillgänglighet är felaktig. Att så är fallet framgår av Kommunalförbundets anteckningar från besöket vid IBA:s anläggning i Jacksonville, i vilka även anges att ”detta strider mot det IBA skrivit tidigare både i offert och i sitt förtydligande” och att detta troligen kommer att påverka bedömningen av IBA:s anbud negativt. Trots detta har Kommunalförbundet utvärderat IBA:s anbud utifrån 99,5 procents tillgänglighet, vilket Kommunalförbundet alltså självt funnit vara ett felaktigt påstående. I detta sammanhang bör även noteras att eftersom vitesklausulen kopplad till avvikelser från offererad tillgänglighet endast motsvarar halva prispåslaget kopplat till avvikelse

från maximal tillgänglighet, har IBA tjänat på att offerera en orealistisk procentuell tillgänglighet.

Utvärderingskriterium 2

Av utvärderingsrapporten framgår att IBA avseende detta utvärderingskriterium har erhållit 7,5 poäng. Denna poäng är felaktig, eftersom IBA inte kunnat visa påstådd prestanda i så kallad 'clinical setting'. Detta betyder att IBA, enligt tillämpad utvärderingsmodell, inte ska kunna erhålla mer än hälften av maximal poäng avseende detta utvärderingskriterium. IBA ska således rätteligen tilldelas som mest 3,75 poäng.

Utvärderingskriterium 3

Av utvärderingsunderlaget framgår att IBA erbjudit en symmetri på 15 procent. IBA ska därför rätteligen tilldelas 2 poäng, eftersom offererad symmetri inte är lägre än 15 procent, men lägre än 25 procent. Någon möjlighet att tilldela IBA något annat än 2 poäng under givna förutsättningar finns inte. Trots detta har Kommunalförbundet, i strid med förfrågningsunderlaget, tilldelat IBA 3,75 poäng. Detta ska rättas, så att IBA avseende aktuellt utvärderingskriterium erhåller 2 poäng.

Kommunalförbundet anger att myndigheten under anbudsutvärderingen begärt ett förtydligande av IBA:s anbud varvid IBA svarat att strålens symmetri var below 15 procent. Ett sådant förfarande är i strid med likabehandlingsprincipen eftersom det medfört att det anbud som läggs till grund för anbudsutvärderingen skiljer sig i sak från det som lämnades inom anbudstiden. I det förevarande målet har IBA tillåtits att förändra sitt anbud på ett sätt som lett till att bolaget tilldelats en högre poäng avseende detta utvärderingskriterium. Kommunalförbundet har inte givit bolaget möjlighet att göra ändringar i sitt anbud. Bolaget har endast tillfrågats om offererad tillgänglighet. Om bolaget hade ombetts att förtydliga uppgifter i sitt anbud, t.ex. avseende utvärderingskriterium 5, hade bolaget kunnat förtydliga sitt svar vilket hade resulterat i ett bättre värde. Det är endast IBA som

erbjudits ovan nämnd möjlighet att förändra sitt anbud och därmed höja sin totalpoäng i anbudsutvärderingen till bolagets nackdel.

Utvärderingskriterium 4

Aktuellt utvärderingskriterium innebär bl.a. att strålens precision bör vara så god som möjligt oavsett vinkel och att anbudsgivaren ska ange strålens precision vid en energinivå på 70 MeV och vid maximal energinivå. Av utvärderingsrapporten framgår att IBA erhållit tolv poäng, dvs. bedömningen Mycket Bra. Detta är en direkt felaktig bedömning som är i strid med likabehandlingsprincipen och förfrågningsunderlaget. För det första har strålens precision endast mätts i tre olika vinklar, varvid strålens precision varierade. För det andra verifierades inte strålens precision vid en energinivå på 70 MeV eller, såvitt bolaget känner till, vid maximal energinivå utan test utfördes med en energi av 170 MeV som ur ett tekniskt perspektiv är enklare att uppnå. IBA saknar mätningar avseende gantry angle dependency vilket framgår av Kommunalförbundets utvärderingsrapport och vad som anges i Kommunalförbundets sammanfattning av dess besök vid IBA:s anläggning i Essen, nämligen att krävd mättningsdata avseende precision vid energinivån 70 MeV och vid maximal energinivå saknas. IBA har således endast presenterat en metod för mätning, vilket endast svarar på sista meningen i aktuellt bör-krav. Mättningsdata som hade kunnat styrka att IBA uppnår krävd precision ges inte. Precisionen är av yttersta vikt för kvaliteten på behandlingen.

IBA påstår sig ha clinical performance redan vid energinivån 60 MeV. Det går emellertid inte att utläsa ur Kommunalförbundets sammanfattningar från dess besök vid IBA:s anläggningar att mätningar gjorts vid energinivån 60 MeV, trots att detta uppges ha varit skälet till Kommunalförbundets besök. Mot bakgrund av detta står det klart att IBA tilldelats en alltför hög poäng avseende detta utvärderingskriterium. Eftersom IBA:s påståenden i anbudet inte kunnat verifieras ska IBA rätteligen i enlighet med förfrågningsunderlaget tilldelas 0 poäng. För det fall IBA i någon utsträckning skulle anses ha visat att bolagets påstående är möjligt att uppnå så har i vart

fall inte visats i så kallad clinical setting. Detta betyder att IBA, enligt tillämplad utvärderingsmodell, inte ska kunna erhålla mer än hälften av maximal poäng avseende detta utvärderingskriterium.

Utvärderingskriterium 5

Av utvärderingsunderlaget framgår att IBA har erhållit maximala 10 poäng på grund av att protonstrålens energi anges vara 60 MeV, medan bolaget erhållit 3 poäng på grund av att bolaget angivit att protonstrålens energi är 67 MeV. IBA:s angivna värde, dvs. 60 MeV, förutsätter användandet av en s.k. beam modifying device vilket inte bolagets angivna värde gör. Poängsättningen är därför felaktig. Om en beam modifying device skulle användas med bolagets utrustning skulle bolagets värde understiga IBA:s angivna värde om 60 MeV, varför bolaget rätteligen ska tilldelas minst samma poäng som IBA rörande detta utvärderingskriterium.

Vidare är IBA:s poäng felaktig eftersom IBA inte kunnat visa påstådd prestanda i clinical setting. Detta betyder att IBA, enligt tillämplad utvärderingsmodell, inte ska kunna erhålla mer än hälften av maximal poäng. Att Kommunalförbundet överhuvudtaget tilldelat IBA poäng är svårförståeligt då IBA:s anbud i denna del är blott ett påstående om att i framtiden kunna leverera någonting som aktuellt bolag i dagsläget inte är i närheten av att kunna realisera. Det är vidare inte osannolikt att IBA skulle kunna uppnå en tillräcklig bestrålningsdos för att kunna behandla patienter med en energi på 60 MeV utan att använda sig av en s.k. beam modifying device.

Kommunalförbundet har visserligen visat att mätningar gjorts, hur de utförts och vad resultatet av dessa blev. Det som anförs visar emellertid inte att IBA:s offererade lägsta energinivå vid behandling har verifierats. I Kommunalförbundets tabell anges strålens form och energispridning, men inte den viktigaste faktorn, som skulle bevisa att IBA kan utföra behandling vid 60 MeV, nämligen strålningsdosen. Denna behöver vara 2Gy/l/min, vilket kräver en bestrålningstid som är ca 1 minut. Med beaktande av att bestrålningstiden för IBA vid en högre energinivå, vid vilken

strålningsdosen är enklare att uppnå, är 4,5 minuter kan det uteslutas att bestrålningstiden vid 60 MeV är sådan att patientbehandling skulle kunna ske.

Utvärderingskriterium 7

Såvitt avser Kommunalförbundets påstående att bolagets anbud avseende detta utvärderingskriterium varit för kortfattat för att läggas till grund för en bedömning får bolaget konstatera att kortfattade svar är tillfyllest när kraven som uppställs är otydliga. Bolaget har angivit att bolagets offererade utrustning works at all dose rates men endast erhållit fyra av fem möjliga poäng. Eftersom bolagets utrustning uppfyller aktuellt krav till fullo ska bolaget rätteligen tilldelas maximala 5 poäng.

Utvärderingskriterium 8

Aktuellt utvärderingskriterium innebär att tiden för energibytestid ska ligga på en sekund för att en anbudsgivare ska tilldelas 10 poäng. Som ovan framhållits ska dessutom offererad prestanda kunna verifieras om poäng överhuvudtaget ska kunna erhållas. Av utvärderingsrapporten framgår att IBA erbjudit en tid på 1 sekund och erhållit 10 poäng. I Kommunalförbundets sammanfattning av besöket vid IBA:s anläggning anges emellertid att den faktiska tiden som uppmätts låg på mellan 5 och 10 sekunder. Eftersom Kommunalförbundet inte kunnat verifiera IBA:s påstående om en tid för energibytestid på 1 sekund har myndigheten rätteligen i enlighet med förfrågningsunderlaget haft att tilldela IBA 0 poäng. För det fall att IBA i någon utsträckning skulle anses ha visat att bolagets påstående är möjligt att uppnå, har detta i vart fall inte visats i clinical setting. IBA ska således tilldelas som mest 5 poäng.

Utvärderingskriterium 9

Av EU-domstolens praxis följer att principen om likabehandling och kravet på transparens innebär att utvärderingskriterier ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare

kan tolka kriterierna på samma sätt. Kommunalförbundets utformning av utvärderingskriterierna lämnar alltför stort utrymme för tolkning vilket resulterat i att bolaget inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

I utvärderingskriteriet anges att anbudsgivarna ska precisera ”the time to go back to a previous range (energy) layer (typically an increase in range)”. Detta kriterium har bolaget uppfattat syfta på klinisk användning, varvid utrustningen behöver klara av att svepa genom en mängd (flera lager). Av IBA:s anbud framgår att IBA emellertid uppfattat att kriteriet avser tiden att gå tillbaka endast ett energilager. Följaktligen har bolaget angivit en tid på 15 sekunder och samtidigt beskrivit de fysikaliska problemen med att svepa genom en mängd energilager, medan IBA har angivit en tid på 2 sekunder. Det bör ha varit tydligt för Kommunalförbundet vid utvärderingen av anbuderna att anbudsgivarnas angivna tider syftar på olika prestationer. I denna situation har Kommunalförbundet handlat i strid med principerna om transparens och likabehandling både genom att utforma det aktuella utvärderingskriteriet på ett otydligt sätt, och genom att vid anbudsutvärderingen jämföra två anbud med varandra utan att beakta att de angivna tiderna avser olika saker. Som en följd av detta drabbades bolagets anbud av ett kvalitetsbristpåslag på 1,333 miljoner euro jämfört med IBA:s anbud.

Kommunalförbundet har vidare angett att kriteriet syftar på klinisk användning. Enligt bolaget rör det sig dock inte om klinisk användning om den tid som utvärderas är tiden det tar att förflytta sig från ett energilager till ett direkt efterföljande eller föregående energilager, eftersom en sådan förflyttning aldrig förekommer vid klinisk användning, utan det då rör sig om att svepa genom en mängd lager. Kommunalförbundet har vidare angett att de inte haft anledning att reagera på bolagets anbud. Bolaget har dock i sitt anbud angivit att bolaget tolkat kravet i ljuset av klinisk användning i form av volumetric repainting som innebär att förflyttning sker genom flera energilager. Kommunalförbundet synes dock ha bortsett från detta och utvärderat bolagets uppgift som om den avsett förflyttning i ett enda lager. Detta strider mot likabehandlingsprincipen och visar behovet

av besök vid samtliga anbudsgivares anläggningar. Om besök gjorts vid Varians anläggningar hade det varit uppenbart för Kommunalförbundet vad bolagets offererade tid avsåg och bolaget hade inte missgynnats till fördel för IBA i anbudsutvärderingen.

Utvärderingskriterium 13

Av utvärderingsunderlaget framgår att både IBA och bolaget har erhållit maximala 15 poäng. Detta trots att IBA, men inte bolaget, använder sig av en s.k. beam modifying device. Detta ska rättas så att IBA istället för maximal poäng erhåller högst 12 poäng.

Det efterfrågas inte att beam modifying devices ska kunna opereras automatiskt/motoriserat. Det har inte angivits i förfrågningsunderlaget att denna omständighet skulle komma att beaktas vid utvärderingen, varför det förhållandet att Kommunalförbundet nu gjort detta innebär en överträdelse av transparensprincipen.

Utvärderingskriterium 18

Av utvärderingsrapporten framgår att IBA avseende detta utvärderingskriterium erhållit 12 poäng, vilket är samma poäng som bolaget tilldelats. IBA har emellertid omöjligen kunnat bevisa sina påståenden i clinical setting. Detta betyder att IBA, enligt tillämpad utvärderingsmodell, inte ska kunna erhålla mer än hälften av maximal poäng.

Utvärderingskriterium 19

Av utvärderingsrapporten framgår att IBA avseende detta utvärderingskriterium har erhållit 6 poäng. Denna poäng är felaktig, eftersom IBA omöjligen kunnat bevisa sina påståenden i clinical setting. Detta framgår dessutom direkt av Kommunalförbundets motivering av IBA:s betyg i utvärderingsrapporten där det anges not in clinical use. Detta betyder att IBA, enligt tillämpad utvärderingsmodell, inte ska kunna erhålla mer än hälften av maximal poäng, dvs. som mest 3 poäng. Det förhållandet att IBA saknar

IMPT-teknik borde egentligen medföra att bolaget tilldelas 0 poäng. IBA:s anbud är blott ett påstående om att i framtiden kunna leverera någonting.

Utvärderingskriterium 21

Aktuellt utvärderingskriterium innebär att tiden för skanning av en viss volym ska ligga på 70 sekunder för att en anbudsgivare ska tilldelas 13 poäng. Offererad prestanda ska dessutom kunna verifieras om poäng överhuvudtaget ska kunna erhållas. I utvärderingsrapporten anges att IBA skulle ha erbjudit en tid på 70 sekunder och erhållit 13 poäng. I Kommunalförbundets sammanfattning av besöket vid IBA:s anläggning anges emellertid att den faktiska tiden som uppmätts, dvs. kunnat verifieras, var 4,5 minuter. Eftersom Kommunalförbundet inte kunnat verifiera IBA:s påstående om en tid på 70 sekunder har myndigheten emellertid rätteligen i enlighet med förfrågningsunderlaget haft att tilldela IBA 0 poäng.

Utvärderingskriterium 22

Av utvärderingsunderlaget framgår att både IBA och bolaget har erhållit maximala 15 poäng. Även i detta fall har så skett trots att IBA men inte bolaget använder sig av en s.k. beam modifying device. Detta ska rättas så att IBA i stället för maximal poäng erhåller högst tolv poäng.

Det efterfrågas inte att beam modifying devices ska kunna opereras automatiskt/motoriserat. Det har inte angivits i förfrågningsunderlaget att denna omständighet skulle komma att beaktas vid utvärderingen, varför det förhållandet att Kommunalförbundet nu gjort detta innebär en överträdelse av transparensprincipen.

Utvärderingskriterium 38

Både bolaget och IBA har i denna del tilldelats 12 poäng vilket är i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget ska rätteligen tilldelas en högre poäng, eftersom bolaget i sitt anbud lämnat en detaljerad specifikation över offererat system och över hur mätningar ska göras i detta, medan IBA en-

dast lämnat en samling allmänna uttalanden och formulär som inte innehåller några tekniska data överhuvudtaget.

De felaktigheter som skett vid utvärderingen har fått till följd att bolaget erhållit ett alltför lågt betyg i utvärderingen avseende kvalitet och IBA erhållit ett alltför högt betyg. Varje poäng motsvarar ett pålägg på offererat pris om 266 667 euro. Felaktigheterna har således sammantaget väsentligt påverkat det slutliga resultatet i anbudsutvärderingen.

Skriftväxlingen i målet rörande innebörden av begreppet clinical setting visar, enligt bolagets mening, att förfrågningsunderlaget inte är ändamålsenligt. Avsaknaden av en definition av clinical setting i förfrågningsunderlaget utgör en allvarlig brist i detsamma eftersom det är avgörande för utgången av anbudsutvärderingen om offererad funktionalitet kan visas i clinical setting eller inte. Enligt bolagets mening ska begreppet clinical setting förstås som ett krav på att teknisk förmåga att behandla patienter finns men inte nödvändigtvis att patienter behandlas i den aktuella anläggningen. Med andra ord innebär kravet på clinical setting att en anläggning ska ha en teknisk förmåga som medger att patienter behandlas, dvs. att anläggningen skulle kunna vara i clinical use. Kommunalförbundet synes anse att clinical setting snarast innebär ett krav på att tester utförs på en plats där patientbehandling i framtiden planeras äga rum. Ett sådant resonemang skulle förenklat innebära att vilken anläggning som helst, förutsatt att den har fyra väggar och det där någon gång i framtiden planeras ske patientbehandlingar, uppfyller kravet på clinical setting. Enligt bolagets mening måste begreppet clinical setting förstås som ett krav på existerande teknisk förmåga att behandla patienter, vilken förmåga bevisligen inte finns i IBA:s anläggning i Essen. Inte heller IBA:s anläggning i Jacksonville är i clinical setting vad gäller pencil beam scanning-teknologi.

Kommunalförbundet har angett att kravet på att offererad funktionalitet ska kunna verifieras endast avser utvärderingskriterierna 1, 2, 19 och 27. Bolaget har inte förstått aktuellt krav på verifiering som begränsat till endast

vissa utvalda utvärderingskriterier utan uppfattat kravet som gällande samtliga kriterier. Dvs. att anbudsgivaren ska ges dubbelt så hög poäng vid anbudsvärderingen om dennes offererade tekniska förmåga kan verifieras i clinical setting jämfört med om så endast kan ske i fabrik och att noll poäng erhålles avseende utvärderingskriterier där offererad teknisk förmåga inte alls kan verifieras. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att kravet på verifiering ska förstås på det sätt som Kommunalförbundet gör gällande är samtliga övriga utvärderingskriterier konstruerade på ett rättsstridigt sätt. Om Kommunalförbundet anser att man aldrig avsett att verifiering skulle ske och inte heller anser att verifiering ska ske av anbudsgivarnas påståenden avseende teknisk förmåga innan poäng tilldelas inom anbudsvärderingen utgör detta i sig självt tillräcklig grund för att upphandlingen ska göras om.

Kommunalförbundets kontakter med IBA

Kommunalförbundet har genomfört besök vid IBA:s anläggningar. Kommunalförbundet har inte besökt någon av bolagets anläggningar inom ramen för upphandlingen. Att på detta sätt besöka en kvalificerad anbudsgivare och ge denne möjlighet att presentera och vid behov tydliggöra sitt anbud kan inte anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen. Förfarandet är också enligt bolagets mening i strid med transparensprincipen eftersom samtliga anbudsgivare haft fog att förvänta sig att de skulle ges möjlighet att i en befintlig anläggning demonstrera sin senaste teknik för Kommunalförbundet. Särskilt för det fall en anbudsgivare skulle ges sådan möjlighet. Av Kommunalförbundets sammanfattningar av myndighetens besök vid IBA:s anläggningar framgår att Kommunalförbundet låtit IBA demonstrera ett stort antal påståenden som IBA gjort i sitt anbud. Det kan inte uteslutas att Kommunalförbundet vid sin utvärdering beaktat den information som myndigheten erhöll vid aktuella besök vid IBA:s anläggningar till IBA:s fördel. Detta särskilt med hänsyn till att Kommunalförbundet gör påståenden om IBA:s teknologiska förmåga som bolaget inte kunnat bekräfta i anbudshandlingarna.

Bolaget konstaterar att om Kommunalförbundet hade besökt bolagets anläggning så hade säkerligen flertalet av Kommunalförbundets missuppfattningar av bolagets anbud kunnat undvikas.

Enligt bolagets mening måste vidare varje enskild upphandling bedömas för sig. Ett möte hos Kommunalförbundet kan inte likställas med möjligheten att få presentera och förklara sitt anbud i en befintlig anläggning. Dessutom går det inte, enligt bolagets mening, att på så sätt Kommunalförbundet synes påstå ”pussla ihop” delar från två tidigare misslyckade upphandlingar med den i målet förevarande upphandlingen. Dels eftersom de tre upphandlingarna är utspridda över en längre tidsperiod under vilken förutsättningar förändrats dels eftersom det inte rör sig om samma upphandling.

Annonseringen av upphandlingen

I det obligatoriska standardformuläret i bilaga II till förordning 1564/2005 finns ett särskilt avsnitt där den upphandlande myndigheten ska ange aktuellt/aktuella CPV-referensnummer för de varor och tjänster som myndigheten avser att upphandla. Detta måste alltså göras för att det avsedda inköpet ska anses vara annonserat, dvs. för att upphandlingen ska kunna anses vara erforderligt annonserad. Med CPV-referensnummer avses den gemensamma terminologi vid offentlig upphandling som antagits genom förordning 2195/2002, CPV-förordningen. CPV-förordningen är till alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater. En upphandling är således erforderligt annonserad endast om samtliga de varor och tjänster som den upphandlande myndigheten avser inhandla genom upphandlingen, i enlighet med de obligatoriska standardformulären, anges med aktuella CPV-referensnummer i annonsen om upphandlingen. Kraven enligt EU-rätten är att en upphandlande myndighet skall ange de CPV-koder som är relevanta för den aktuella upphandlingen för att denna ska anses annonserad i enlighet med de EU-rättsliga upphandlingsdirektiven. Det existerar inga undantag från denna EU-rättsliga skyldighet att i annonsen om upphandlingen korrekt ange samtliga relevanta CPV-koder. En upphandlande myndighet

kan inte t.ex. med en beskrivning ersätta CPV-koderna. Skyldigheten att använda sig av CPV-koderna är således absolut.

Av annonsen framgår att upphandlingen avser varor. Det av Kommunalförbundet angivna CPV-referensnumret anger att myndigheten avser att teckna kontrakt avseende Apparatur för radioterapi, mekanoterapi, elektroterapi och sjukgymnastik. Kommunalförbundet har emellertid i förfrågningsunderlaget begärt in anbud även avseende andra typer av varor än ovan angivna och dessutom tjänster till värden som överstiger 150 miljoner kr. Dessa typer av varor och tjänster omfattas inte av Kommunalförbundets annons om upphandlingen. Detta betyder att det kan vara så lite som 20 procent av kontraktsvärdet som faktiskt har annonserats. Exempel på varor och tjänster som Kommunalförbundet avser att teckna kontrakt om i upphandlingen men som inte omfattas av annonsen är många. För det första anges att anbudsgivares anbud ska omfatta en protonterapianläggning med accelerator. Inköp av en accelerator är emellertid inte annonserat, eftersom vare sig CPV-referensnummer 31643000, partikelaccelerator, eller 31643100, linjär accelerator, angivits i annonsen. Detta är även en skillnad mot de två tidigare misslyckade upphandlingarna, i vilka Kommunalförbundet annonserade inköp av minst en partikelaccelerator. För det andra anges att anbudsgivares anbud ska omfatta en protonterapianläggning med Oncology Information System (OIS). Inköp av programvara och informationssystem är emellertid inte annonserat, eftersom CPV-referensnumret 48000000 (programvara och informationssystem) inte angivits i annonsen. För det tredje anges att anbudsgivares anbud ska omfatta ett femårigt fullserviceavtal. Inköp av någon form av tjänster har emellertid överhuvudtaget inte annonserats. Kommunalförbundet har underlåtit att ange CPV-koder för så mycket som 80 procent av kontraktsvärdet i upphandlingen, vilket synes ostridigt i målet. Det är således fråga om en ytterst felaktig annonsering som är i uppenbar strid med ovannämnda absoluta krav.

Kommunalförbundets annonseringsfel utgör ett grundfel i upphandlingen och kan inte läkas på annat sätt än genom ny korrekt annonsering. Bolaget

kan inte se att det skulle finnas något intresse för Kommunalförbundet att avsluta upphandlingen enbart för de varor som har annonserats, varför den enda lämpliga påföljden är att upphandlingen görs om. För det fall att Kommunalförbundet skulle teckna kontrakt avseende den icke-annonserade delen av upphandlingen utgör detta en otillåten direktupphandling, eftersom det kontrakt som Kommunalförbundet i sådant fall ingår är ett annat kontrakt än det som annonserats.

Kommunalförbundets påstående att den utrustning som avses med upphandlingen inte finns upptagen på EU:s CPV-kodlista är felaktigt. Det finns inte en enda produkt eller tjänst som inte faller inom en kod och för de fall då det inte omedelbart kan identifieras en kod finns övrigt-koder som ska användas. Den kan således uteslutas att relevanta koder för upphandlingen inte skulle finnas i EU:s CPV-kodlista.

De tjänster enligt det 5-åriga fullserviceavtalet i upphandlingen som Kommunalförbundet begärt in anbud på kan inte betraktas som en utökad garanti från leverantören. Detta framgår särskilt tydligt genom att serviceåtagandet prissätts separat och lämnas enligt ett separat support- och underhållskontrakt. En garanti ingår typiskt sett i en leverans genom att omfattas av priset för leveransen och ingå rent köprättsligt i leveransen, i fall när garantibrott framstår som mindre sannolikt. Support- och underhållsåtaganden, å andra sidan, tecknas typiskt sett genom ingående av separata avtal med separat prissättning i fall där såväl leverantör som kund ser det som relativt sannolikt att behov av underhåll kommer att uppstå och det därför också är motiverat att ta extra betalt respektive betala extra för sådana tjänster. Härtill gäller att alldeles oavsett om Kommunalförbundet vill se det 5-åriga fullserviceavtalet i upphandlingen som en garanti är det enligt upphandlingsrätten att anse som ett sedvanligt tjänstekontrakt eftersom det avser tjänster för vilka särskild ersättning utgår till leverantören.

Skaderekvisitet

Grundfelet i annonseringen har inneburit risk för skada för bolaget eftersom det kontrakt som Kommunalförbundet genom sitt tilldelningsbeslut valt att upphandla är ett annat kontrakt än det som annonserats. Ett avslutande av denna upphandling kommer därför, till skada för bolaget, innebära att dess konkurrent IBA tilldelas ett kontrakt vilket upphandlats i strid med LOU:s krav på annonsering, dvs. ett kontrakt som utgör en otillåten direktupphandling. Som EU-domstolen fastslagit, utgör detta den allvarligaste överträdelsen av EU-rätten på upphandlingsområdet. Det är självklart att skada är för handen i förhållande till både faktiska och potentiella leverantörer då 80 procent av kontraktsvärdet inte annonserats.

Det förhållandet att Kommunalförbundet inte har viktat utvärderingskriterierna inbördes innebär att det absoluta kravet på angivande av utvärderingskriteriernas inbördes viktning, som på EU-nivå uppställts till skydd för leverantörers insyn i upphandlingsprocessen, överträtts. Detta har lett till en omedelbar skada för såväl bolaget som övriga faktiska och potentiella leverantörer i upphandlingen, eftersom bolaget genom Kommunalförbundets agerande fråntagits möjligheten att utforma sitt anbud med kunskap om hur relevanta utvärderingskriterier viktas inbördes.

Kommunalförbundets oförutsägbara utvärderingsmodell har gjort det omöjligt för bolaget att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. På vilket sätt Kommunalförbundets expertpanel skulle komma att skönsmässigt utvärdera kvalitetskriterierna med kvalitetsskalan har inte framgått för anbudsgivarna när de utformade sina anbud. Det står dock klart att utformningen av kvalitetsskalan haft en avgörande betydelse för vilken anbudsgivare som skulle tilldelas kontraktet eftersom denna tillämpats på 26 av de 38 kvalitetskriterierna.

Det förhållandet att Kommunalförbundet utvärderat IBA:s anbud och dessutom tilldelat IBA kontraktet, trots att IBA:s anbud inte uppfyllt uppställda

skall-krav har inneburit en uppenbar risk för skada för bolaget eftersom bolaget hade tilldelats kontraktet om IBA:s anbud förkastats i enlighet med vad LOU kräver. Kommunalförbundets felaktiga utvärdering av bolagets och IBA:s anbud har inneburit en uppenbar risk för skada för bolaget. Av de fel som bolaget redogjort för i målet framgår att bolaget rätteligen ska tilldelas en högre poäng och IBA rätteligen en lägre poäng. Vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering är bolagets anbud att anse som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av fast EU- och kammarrättspraxis framgår att om en myndighet tillämpat en utvärderingsmodell som inte uppfyller LOU:s krav på öppenhet i upphandlingsförfarandet, kan inte krävas att sökanden i en överprövningsprocess gör sannolikt att denne, för det fall att utvärderingsmodellen varit annorlunda utformad, hade vunnit kontraktet. Det beror på det enkla förhållandet att det är omöjligt att förutsäga hur anbud skulle ha utformats om anbudsgivarna känt till den utvärderingsmodell myndigheten tillämpat.

KOMMUNALFÖRBUNDETS TALAN

Kommunalförbundet har vid upphandlingen uppfyllt gällande regler. Det anbud som antagits har uppfyllt samtliga skall-krav och erhållit den högsta utvärderingspoängen. På grund härav och enligt regler för upphandlingen har det anbud antagits som bedömts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur och på vilka kriterier inkomna anbud kommer att utvärderas. Den valda utvärderingsmodellen är en absolut värderingsmodell, där värderingen av ett anbud inte är avhängig andra anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med beaktande av pris, funktionalitet och tillgänglighet, kommer att antas. Kriteriet funktionalitet uppställer 38 underkriterier. För ettvarrt av underkriterierna anges hur poängberäkningen sker. Kriterierna för funktionalitet kan ge maximalt 475 poäng. För varje poäng som understiger detta görs ett pristillägg med 266 667 euro. På samma sätt anges för tillgänglighet det totala antalet timmar som anläggningen kan vara i bruk per år. För varje procentenhet med vilken respektive anbudsgivares utrustning understiger den teoretiska maxtiden på grund av service och

underhåll görs ett pristillägg med 1 600 000 euro. Utvärderingsmodellen finns tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Den är förutsebar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika. Den uppfyller också högt ställda krav på transparens, då anbudsgivare vid utformningen av sitt respektive anbud med enkelhet kunnat utföra känslighetsberäkningar enligt de utvärderingsprinciper som anges. Av Kommunalförbundet uppställda kriterier är utformade så att en sammanvägning säkerställer att det på afärsrättsliga grunder mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet antas.

Vid tilldelningsbeslutet har den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen följts, varvid IBA:s anbud konstaterats vara det mest ekonomiskt fördelaktiga. Det måste för bolaget – inte minst mot bakgrund av förfrågningsunderlaget – ha stått helt klart att det för att komma i fråga för tilldelning av kontrakt var väsentligt att erbjuda hög funktionalitet och tillgänglighet och hur detta skulle komma att utvärderas. Det följer av EU-rättslig praxis, som också har kommit till uttryck i svensk praxis, att Kommunalförbundet inte har brutit mot reglerna i LOU genom de tillämpade utvärderingskriterierna.

Viktning av utvärderingskriterierna

Kravet på inbördes viktning av utvärderingskriterierna innebär inte ett krav på att ange en procentuell viktning eller som andelar av ett annat utvärderingskriterium. I förarbetena anges att viktningen exempelvis kan ske på detta sätt. Det väsentliga i sammanhanget är att den valda utvärderingsmodellen inte leder till uppenbart felaktiga resultat och att modellen, dess funktion och hur den kommer att tillämpas klart och tydligt beskrivits i förfrågningsunderlaget och inte lämnar utrymme för godtyckliga bedömningar.

Bolaget gör gällande att Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3014-09 (SL-domen) skulle sakna relevans då det målet avgjordes enligt 1992 års LOU samt att domen avsåg en modell med delvis procentuellt viktade underkriterier. Kommunalförbundet vidhåller dock att SL-domen i allra högs-

ta grad ger ledning för svensk rättspraxis. Det är tydligt av SL-domen att kammarrätten funnit att den i målet behandlade upphandlingen inte frångick vad som anges beträffande kriterieviktning i artikel 55 (2) i direktiv 2004/17/EG (Försörjningsdirektivet). Denna artikel har samma innebörd som artikel 53 (2) i upphandlingsdirektivet och som numera också har sin motsvarighet i LOU. Vid införande av 2007 års LOU gavs i förarbetena inga uttalanden om att bestämmelsen om viktning och kriterier som inflöt i lagen skulle ha någon annan innebörd eller ges annan tolkning än vad som redan gällde enligt motsvarande bestämmelser. Den absoluta utvärderingsmodell som tillämpades och bedömdes i SL-domen är således i alla avseenden likartad med den som ska bedömas i detta mål. Att den av kammarrätten bedömda utvärderingsmodellen delvis anger en procentuell viktning var inte en förutsättning för att förfrågningsunderlaget ansågs vara i enlighet med artikel 55 i försörjningsdirektivet.

Kommunalförbundet har i den aktuella upphandlingen tillämpat maximala poäng för respektive kriterium som varierar mellan 5 poäng och 25 poäng. Det totala antalet poäng uppgår till 475 innebärande att varje poäng motsvarar ca 0,2 procent. Varje poäng har givits ett värde om 266 667 euro. Ett kriterium med maximalt 5 poäng har således en viktfaktor om ca 1 procent medan ett kriterium med maximalt 15 poäng har en viktfaktor om ca 3 procent och ett kriterium med maximalt 25 poäng har en viktfaktor om ca 5,3 procent. Kriterierna är därmed inbördes viktade, vilket också måste ha varit tydligt för anbudsgivarna.

Genom de på förhand bestämda prispåslagen för kvalitetsbrister och tillgänglighetsbrister kan en anbudsgivare med utgångspunkt i erbjudet pris lätt se den faktiska viktningen av kriterierna och att viktningen blir olika beroende på skillnader i erbjudet pris mellan olika anbudsgivare. Modellen är förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika. Den medger också en nödvändig grad av insyn. Att kriterierna kommer att variera är naturligt och inte unikt för just denna utvärderingsmodell. En anbudsgivare måste rimligen vid avgivande av anbud antas vara kompetent

nog att göra erforderliga överväganden utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget om utvärderingsmodellens konstruktion.

Utvärderingsmodellens förmåga att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Kommunalförbundet har genomfört en korrekt upphandling helt i enlighet med LOU. Såväl förarbetena till LOU som EU-rättslig och svensk rättspraxis visar att förfrågningsunderlagets utformning inte på något sätt är felaktigt. Tvärtom är den valda utvärderingsmodellen vanligt förekommande vid kvalificerade upphandlingar. Modellen är affärsmässig och ger svar på vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har varken lidit eller riskerar att lida skada av orsaker som är hänförliga till Kommunalförbundets upphandling.

Grundtanken med LOU är att de unionsrättsliga principerna, såsom transparens, likabehandling och förutsebarhet inte överträds. Vid aktuell upphandling har de principer och regler som gäller på området följts. Förfarandet har varit transparent och förutsebart och alla anbud har behandlats lika utifrån vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Även om förvaltningsrätten skulle göra bedömningen att utvärderingsmodellen uppvisar brister saknar detta betydelse då Regeringsrätten uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

En upphandlande enhet har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas i en upphandling, vilket också är nödvändigt för att syftet med upphandlingen ska kunna infrå och de målsättningar enheten har med upphandlingen ska kunna uppnås. Det är den upphandlande enhetens rätt att ange vilka kriterier den anser vara betydelsefulla för den upphandlande utrustningen och att bestämma vilken betydelse respektive kriterium ska ha. Kommunalförbundet har således, med hänsyn till aktuell upphandlings karaktär, valt en modell enligt vilken skall-krav kombinerats med

anbudsutvärdering av huvudkriterierna A, B och C. Brister i huvudkriterierna B och C leder till fiktiva prispåslag enligt vad som beskrivs i anbudsunderlaget. De kriterier som uppställts har direkta och relevanta samband med föremålet för upphandlingen och är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kommunalförbundet har inte hävdad att anlitaandet av en expertpanel har inneburit en rätt att friskriva sig från skyldigheten att offentliggöra vad anbudet ska innehålla. Så har heller inte skett, utan förfrågningsunderlaget har varit tydligt och bedömningen har gjorts i enlighet med vad som angivits.

Bolaget påstår felaktigt att Kommunalförbundet mekaniskt belastat olika kvalitetsbrister med samma monetära straff utan att ta hänsyn till typen av kvalitetsbrist och att det saknas samband mellan de monetära påslagen och den verkliga merkostnad som kvalitetsbristen innebär. Bedömningen av en kvalitetsbrists betydelse avspeglas i det varierande antal poäng som kan uppnås för respektive kriterium. Bolagets påstående att kriterium 33 och 34 borde ha haft en annan viktmässig relation till kriterium 21 och 22 är svår-förståelig. Det har stått Kommunalförbundet fritt att ange vilken vikt det fäster vid respektive kriterium.

Beträffande huvudkriterium B, Tid till förfogande för klinisk verksamhet, har omräkningen baserats på den totala driftskostnaden för Skandionkliniken, som beräknas till ca 13 miljoner euro per år. I förfrågningsunderlaget har angivits en maximal användningstid. Varje procentenhet med vilken praktiskt möjlig användningstid understiger den maximala innebär således en kostnad om 0,13 miljoner euro per år. En rimlig avvägning mellan sådan användningstid som kan förutses för anläggningen, förväntade servicebehov, teknisk utveckling och klinikens förväntade levnadstid resulterade i att det bedömdes som skäligt att i detta sammanhang kalkylera med en användningstid om tolv år. Detta leder till att kostnaden för varje procentenhet understigande den maximala under utrustningens livslängd uppgår

till 1,6 miljoner euro, vilket använts som påslag vid utvärderingen. Utvärderingen har skett på, i förfrågningsunderlaget, angivet sätt. Vilket för IBA:s del inneburit $4\,588 \times 0,995 = 4\,565$ timmar. Härifrån har två lördagar och två vardagar per år dragits av, vilket ger två servicestopp om vardera lördag – måndag, dvs. tre dagar, vilket är vad IBA offererar. Härvid ska noteras att söndagar inte efterfrågas för kliniska aktiviteter. I detta sammanhang kan tilläggas att eftersom samtliga anbud upplevdes som otydliga avseende planlagd servicetid efterfrågade Kommunalförbundet förtydligande från samtliga anbudsgivare. I sitt förtydligande angav IBA ett behov av tre dagar, två gånger per år.

Det är korrekt att varje poängavdrag under huvudkriterium C, Tekniska lösningar, integration och programvara, har medfört ett påslag om 266 667 euro. Varje kriterium har dock tilldelats olika antal maxpoäng, vilket gör bolagets påstående om att kvalitetsbristpåslagen tillämpats mekaniskt svårbegripligt. Bolaget anför att det saknas samband mellan kvalitetsbristpåslag och verklig kostnad, och att för att sådant samband ska föreligga måste kvalitetsbristpåslaget motsvara den verkliga kostnaden. Den exakta verkliga merkostnaden för en viss kvalitetsbrist är i princip omöjlig att exakt förutse men en skälig och noggrann uppskattning har genomförts för vart och ett av underkriterierna. Påståendet att ett samband mellan verklig merkostnad och kvalitetsbrist skulle saknas är grundlöst. Kriterier 21 och 22 avser olika aspekter av behandling med låga energier och har kunnat ge maximala kvalitetsbristpåslag om 15 poäng vardera. Underkriterium 33 och 34 avser den mjukvara som bl.a. hanterar patientinformation (OIS) och har också kunnat ge maximala kvalitetsbristpåslag om 15 poäng vardera. Åsatta poäng (och därmed belopp) utgör en rimlig uppskattning av den verkliga merkostnaden som en brist medför. Huruvida ett kriterium är enklare för leverantören att uppfylla än ett annat undandrar sig Kommunalförbundets bedömning och är irrelevant för fastställandet av den merkostnad som en brist medför.

Utvärderingsmodellens oförutsebarhet

LOU ger inte närmare besked om hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. EG-domstolen har angett att kriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska tolka kriterierna på samma sätt. Domstolen framhöll även att kriterierna skulle tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövningen av anbud. För detta krävs att kriterierna är tydligt och fattbart utformade. Konkurrensverket har givit ut rapporten ”Att utvärdera anbud” som bl.a. behandlar hur valet av utvärderingsmodell bör göras. I rapporten dras slutsatsen att ren priskonkurrens är lämplig när det är viktigt att uppnå en viss minsta kvalitetsnivå och när de viktiga kvalitetsdimensionerna kan verifieras och att ren kvalitetskonkurrens är lämplig när den upphandlande myndigheten inte är så känslig för små kvalitetsvariationer samtidigt som det finns en risk för att måttliga kvalitetsökningar leder till kraftiga kostnadsökningar. Ren kvalitetskonkurrens kan också vara lämplig när det är svårt att verifiera kvalitet. När, som i det aktuella fallet, stor osäkerhet råder om vilka kombinationer av pris och kvalitet som är möjliga att tillhandahålla samtidigt som problemen med icke verifierbar kvalitet inte är alltför svårbemästrade är en sammanvägning av pris och kvalitet lämpligast. I rapporten dras också slutsatsen att kvalitetsegenskaper, när pris och kvalitet ska vägas samman, bör uttryckas och värderas i monetära termer, dvs. i kronor och ören, istället för att priset räknas om till kvalitetspoäng. Vidare framhålls att pris och kvalitet inte bör – och egentligen inte kan – viktas när man använder en s.k. kvalitetsvärderingsmodell. Viktningen av kvalitet sker i stället genom att den värderas. Totalvärderingen bör vara linjär i anbudspriset, vilket uppnås genom att kvalitetsvärde subtraheras från anbudspriset, eller genom att tillägg görs på priset för negativa avvikelser från ett kvalitetsmål. Pris och kvalitet bör enligt rapporten inte viktas.

Kommunalförbundet har, helt och hållet i linje med vad som anges i rapporten, använt sig av en modell där en sammanvägning av pris och kvalitet

görs, en s.k. kvalitetsutvärderingsmodell. Vid framtagandet av förfrågningsunderlaget lades betydande resurser på att säkerställa att det klart och tydligt skulle framgå hur viktningen skulle komma att ske. De bedömningar som gjorts och utformningen av det slutliga underlaget är baserade på hög expertis och stora erfarenheter inom onkologisk strålbehandling. Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt hur viktningen är gjord mellan de olika uppställda kriterierna, varvid också har angivits vilken penningmässig påverkan kriterierna har. Under punkt 2 i förfrågningsunderlaget anges hur uppfyllandet av de uppställda kriterierna påverkar bedömningen.

I förfrågningsunderlaget och vid bedömningen av inkomna anbud har en matematiskt stringent skala använts där så har varit möjligt, dvs. i 12 av 38 punkter. För resterande 26 punkter har en kvalitetsskala använts, vilket beror på att komplexiteten i den efterfrågade funktionaliteten är sådan att översättningen från funktionalitet till poäng kräver en utredning, i vissa fall en omfattande sådan, och att en enkel matematisk algoritm skulle leda till ett orimligt stort antal värderingspunkter utan att därigenom säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Formuleringen av utvärderingskriterierna har gjorts av den expertpanel som också genomfört utvärderingen av anbuderna. Ytterligare ett skäl till att en kvalitetsskala använts för vissa kriterier är att den utrustning som upphandlas är helt ny på marknaden, varför det inte i alla avseenden har varit klart för Kommunalförbundet hur långt utvecklingen nått och vilka exakta kvalitetsnivåer som således varit möjliga att uppnå för respektive punkt. Kommunalförbundet har därför angivit vissa lägsta nivåer som skall-krav och därutöver begärt att anbudsgivare specificerar vilka nivåer deras respektive utrustning uppnår. Bolagets påstående att förfrågningsunderlaget i sin tekniska del var vagt utformat och att det därför inte varit möjligt att utforma anbudet med avseende på kvalitet är felaktigt och saknar grund. Förfrågningsunderlaget och utvärderingen av de olika anbuderna har inte lämnat utrymme för godtycklighet eller subjektivitet. Vissa utvärderingskriterier är ytterst komplexa och kan inte inom rimlighetens gräns matematiskt översättas med en

enkel siffra, utan en lång rad faktorer måste vägas in – faktorer som kräver en erfaren och kunnig expertpanel för att bedöma. Redan för en till synes relativt enkel frågeställning kan en matematisk översättning bli ytterst komplicerad, detta gäller i än högre grad de verkligt komplicerade fall som de flesta av de 26 kvalitetsbedömda punkterna omfattar. En expertpanel med erfarna, professionella och kunniga personer kan däremot väga samman helheten och även ta i beaktande oväntade lösningar från anbudsgivarna, allt i syfte att ge den mest rättvisa bedömningen av anbudet och finna den ur klinisk synpunkt bästa lösningen.

De kriterier där en kvalitetsskala har använts har bedömts av expertpanelen. Bedömningen har baserats på en sexgradig skala. Respektive omdöme under varje punkt har översatts till poäng enligt en för anbudsgivarna känd och i förväg redovisad metod. De omdömen som de olika offererade produkterna erhållit av panelen har också förelagts och godkänts av ett medicinskt råd bestående av experter från samtliga deltagande landsting i Kommunalförbundet. Vidare har, för varje punkt där avvikelser i bedömningen av de olika anbudsgivarna förekommit, en motivering givits.

Under punkt 7 i förfrågningsunderlaget har Kommunalförbundet efterfrågat bl.a. information om monitorsystemet och dess precision i olika avseenden. Det är i förfrågningsunderlaget helt otvetydigt att en god accuracy är bättre och därför bör resultera i ett högre betyg eller bedömning än en sämre accuracy. Anledningen till att punkten inte kunde värderas utifrån en matematisk översättning av prestanda till poäng beror på den komplexitet som ligger i funktionaliteten. En matematisk modell skulle leda till ett orimligt stort antal värderingspunkter som skulle minska möjligheten för Kommunalförbundet att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förfrågningsunderlagen i de kammarrättsfall som bolaget åberopat har formulerats på ett icke förutsägbart sätt som givit utrymme för godtyckliga bedömningar. Detta kan inte jämföras med formuleringarna i Kommunal-

förbundets förfrågningsunderlag, där det för samtliga kriterier där en kvalitetskala använts tydligt har angivits vad som efterfrågats och vad som bedömts. Däri anges tydligt vad som ska beskrivas samt vad som värdesätts av Kommunalförbundet. Det har därmed stått klart för varje anbudsgivare, givet dess förutsättningar, på vilket sätt dess anbud bör utformas och hur det kommer att utvärderas av Kommunalförbundet. Kommunalförbundet har vidare vid utvärderingen tydligt redogjort för hur bedömningen gjorts för respektive kriterium. I utvärderingsrapporten har lämnats en motivering för varje avvikelse från högsta poäng.

Bolaget har varit väl medvetet om vilken prisnivå bolaget självt offererat och det har av förfrågningsunderlaget tydligt framgått vilken påverkan brister i olika avseenden skulle komma att ha till följd av de kvalitetsbristpåslag som tillämpats i upphandlingen. Även om bolaget erhåller ett något högre antal poäng (430 poäng) för teknisk prestanda än IBA (411,25 poäng) medför den prissänkning IBA lyckats åstadkomma i kombination med erbjuden tid för klinisk aktivitet (endast 1,55 procent från maximum) att IBA:s anbud utan tvekan är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bolaget för ett teoretiskt resonemang om möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud beroende på hur en anbudsgivares erbjudna nivå förhåller sig till ribban som sätts av den upphandlande myndigheten. Resonemanget saknar praktisk relevans i det aktuella fallet, eftersom bolagets höga prisnivå var sådan att bolaget trots lägre påslag för Technical solutions ändå inte kunde konkurrera med IBA.

IBA:s uppfyllande av skall-krav

Såsom framgår av tilldelningsbeslutet anser Kommunalförbundet att det är ställt utom allt rimligt tvivel att samtliga tre anbud uppfyller skall-kraven.

Bolaget påstår att IBA har en bestrålningstid för en kubisk volym på en liter som uppgår till 4,5 minuter och därmed inte uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlagets punkt 2.1.1.8. Avgörande vid utvärderingen har dock varit vad som offererats och som kommer att tillämpas när anlägg-

ningen tas i drift. IBA har i sitt anbud offererat en bestrålningstid om 70 sekunder, inte 4,5 minuter. Det är för Kommunalförbundet oklart hur bolaget kan uttala sig om huruvida IBA:s teknologi kan prestera kortare bestrålningstider än 4,5 minuter. Den i Essen uppmätta bestrålningstiden om 4,5 minuter avsåg en volym på djupet 4-14 cm, vilket motsvarar de allra lägsta energierna (ca 70 MeV). Kriterium 21 avser ett djup på 5-15 cm, således motsvarande en betydligt högre energi (ca 80 MeV). Uppmätt tid om 4,5 minuter kan därför inte jämföras med av IBA offererad bestrålningstid på 70 sekunder. Det ska också påpekas att med 2 Gy på 4,5 minuter kan patienter i och för sig behandlas, också rutinmässigt.

Bolaget har påstått att de i upphandlingen angivna kriterierna skulle strida mot principerna i EU-rätten om offentlig upphandling, då upphandlingskriterier som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av den information som lämnats är otillåtna. Kommunalförbundet ställer sig mycket frågande till bolagets tolkning av EU-praxis. Vad EU-domstolen uttalade var att ett kriterium var otillåtet då den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget angivit att den varken ämnade eller var i stånd att tekniskt kontrollera att den information som lämnats av anbudsgivarna var korrekt eller kunde innehållas. I ett sådant läge slog domstolen fast att en upphandlande myndighet har att förena kriteriet med krav som möjliggör en kontroll av att av anbudsgivaren lämnad information är korrekt. Kriteriet rörde hur stor andel av levererad el som skulle produceras från förnybara energikällor. Det är i praktiken omöjligt att tekniskt säkerställa varifrån viss el härrör. De i det målet prövade kriterierna kan inte jämföras med i nu aktuell upphandling uppställda kriterier, som givetvis både kan och kommer att kontrolleras. Att det inte i förfrågningsunderlaget har angivits att vart och ett av kriterierna ska kunna uppvisas i klinisk miljö vid tidpunkten för avgivande av anbud är en helt annan sak. De tekniska data som offererats av vinnande anbudsgivare kommer givetvis att bli avtalsinnehåll och samtliga kriterier kommer att kunna kontrolleras och kommer i praktiken med nödvändighet att kontrolleras.

Bolagets tolkning av domen skulle innebära att en offentlig upphandling aldrig skulle kunna avse annat än sådant som bygger på beprövad teknik, vilket bl.a. sannolikt skulle medföra att andra än sådana anbudsgivare som redan är aktörer inom det område en viss upphandling avser skulle uteslutas. I den aktuella upphandlingen är uppfyllandet av offererad teknik en kontraktsfråga, vilket framgår av förfrågningsunderlaget.

Utvärdering av anbud

Bolagets resonemang utgår från att Kommunalförbundet fäst stor vikt vid att anbudsgivarna ska kunna verifiera den prestanda som offereras. Upphandlingen avser en ny teknik och Kommunalförbundet har därför inte ansett sig kunna på alla utvärderingskriterier uppställa krav på att anbudsgivare ska kunna verifiera offererad prestanda. I anbudsunderlaget har därför tydligt angivits att verifikation krävs ”for items where clearly stated”. Kravet på att ange om offererad prestanda kan uppvisas i clinical setting gäller alltså kriterier 1, 2, 19 och 27. Angiven reglering har följts. Noteras kan även att bolaget fått högst poäng av samtliga anbudsgivare på samtliga dessa kriterier samt att IBA fått noll poäng för kriterium 27 på grund av att demonstration inte kunnat ske.

Bolaget gör gällande att Kommunalförbundet gjort felaktiga utvärderingar av bl.a. kriterierna 4, 5, 8, 18 och 21 på grund av att uppgifterna i IBA:s anbud enligt bolagets påstående inte har verifierats i clinical setting vid besöken hos IBA. Kommunalförbundet har dock inte uppställt krav på att dessa offererade nivåer verifieras i clinical setting. I anbuderna angivna nivåer, vilka varit rimliga, har således godtagits och lagts till grund för utvärderingen. Utvärderingen har därmed skett på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget och anbudsgivarna har erhållit korrekt antal poäng.

Att sådana utvärderingskriterier som vid anbudens avgivande inte kan verifieras i clinical setting skulle vara rättsstridiga bestrids och framstår som fullkomligt orimligt. Upphandlingen avser utrustning som kommer att tas i bruk om ca fyra år. Branschen präglas av en snabb teknikutveckling och

det vore därför orimligt om man inte kunde efterfråga prestanda och funktionalitet som idag, fyra år före driftstart, inte är färdigutvecklad. Syftet med att uppföra den aktuella anläggningen skulle minst sagt vara förfelat om tekniken som där användes per definition skulle behöva vara fyra år gammal.

Utvärderingskriterium 2, 3, 4, 18 m.fl.

Bolaget gör i ett flertal fall gällande att poängsättningen är felaktig på grund av att IBA inte kunnat verifiera vissa nivåer etc. i clinical setting. Krav på sådan verifiering har inte uppställts. Vidare noterar Kommunalförbundet att bolaget väljer att definiera begreppet clinical setting på ett sätt som varken överensstämmer med vad som anges i förfrågningsunderlaget eller vad som kan anses följa av normalt språkbruk. Bolagets definition av clinical setting, innebärande krav på patientbehandlingar, tillbakavisas. Bolagets definition av begreppet clinical setting, ”teknisk förmåga att behandla patienter finns men inte nödvändigtvis att patienter behandlas i den aktuella anläggningen”, är dock enligt Kommunalförbundets uppfattning korrekt, och det kan således inte har varit så otydligt som bolaget gör gällande.

Av anbudsunderlaget framgår att ”an experimental set up at the factory” inte anses vara clinical setting. Det ställs dock inte och är inte rimligt att ställa krav på att patienter ska ha behandlats med produkten. En clinical setting är en miljö avsedd för patientbehandling som enligt Kommunalförbundets bedömning också kan användas för detta. IBA:s klinik i Essen är tveklöst en clinical setting, även om man ännu inte börjat behandla patienter. Poängsättningen för kriterium 2 är därmed korrekt.

IBA:s anläggning i Jacksonville är en klinik som behandlar patienter och utgör i allra högsta grad clinical setting. Det är korrekt att patienter inte behandlas med skannad stråle, men besöket i Jacksonville syftade inte till att verifiera utvärderingskriterium 1, 2, 19 eller 27, utan avsåg service och

uptime. Huruvida behandling sker med spot skanning eller inte har därmed varit av underordnad betydelse.

Utvärderingskriterium 3

Kommunalförbundet blev under utvärderingen av upphandlingen medvetet om att denna fråga var otydligt formulerad och tillskrev därför alla anbudsgivare varvid frågan förtydligades. IBA angav i sitt svar att strålens symmetri var below 15 procent. Detta medför att IBA ska erhålla 5 poäng.

Bolaget anför att Kommunalförbundet inte givit bolaget möjlighet att göra ändringar i sitt anbud, utan att bolaget endast har tillfrågats om offererad tillgänglighet. Inga anbudsgivare har givits möjlighet att ändra sina anbud. Däremot har Kommunalförbundet tillställt samtliga anbudsgivare brev med begärande om förtydliganden. Lämnade svar kunde inte tolkas entydigt, vilket omöjliggjorde en utvärdering. En begäran om förtydligande lämnades därför, givetvis till alla anbudsgivare, med en otvetydig angivelse av hur symmetrin skulle anges. Samtliga anbudsgivare behandlades lika. Det har varit fråga om förtydliganden och inte förbättringar i sak av anbud. IBA har således inte förbättrat sitt anbud.

Utvärderingskriterium 4

Trots att krav inte uppställdes på verifiering och oavsett vad som framgår av Kommunalförbundets minnesanteckningar från besöket hos IBA kan Kommunalförbundet bekräfta att Kommunalförbundet vid detta besök gavs möjlighet att självt utföra mätningar vid 60 MeV. I detta sammanhang kan även nämnas att bolagets uppgifter på denna punkt inte har ifrågasatts utan bolaget har erhållit maximal poäng baserat på i anbudet lämnade uppgifter.

Utvärderingskriterium 5, 13 och 22

Dessa kriterier rör användningsmöjligheter vid de allra lägsta energinivåerna. Det är naturligt att en produkt som kan användas vid låga energinivåer med bibehållande av god strålkvalitet och god effektivitet får högt betyg. Kommunalförbundet har tydligt efterfrågat en redogörelse för huruvida

beam modifiers kan opereras automatiskt/motoriserat. Bolaget har, till skillnad från IBA, inte offererat något sådant system varför det inte framstår som realistiskt att förvänta sig ett högre betyg än det tilldelade under denna punkt. Bolaget har dessutom, även här till skillnad från IBA, angivit att av bolaget offererad produkt behöver använda beam modifiers redan vid 70 MeV, vilket ytterligare förstärker att bolaget inte kan erhålla högsta betyg under denna punkt. I förfrågningsunderlaget anges särskilt att frågor som inte besvaras och därför omöjliggör bedömningen kommer att erhålla noll poäng. Mot denna bakgrund kan Kommunalförbundets bedömning av bolagets angivna funktionalitet under denna punkt inte ha missgymnat bolaget.

Av formuleringen av kriterium 13 framgår att Kommunalförbundet önskar undvika onödig in- och utpassering i behandlingsrummet. Ett sätt att minimera detta är att operera mekaniska rörelser utifrån, remotely. Kommunalförbundet är givetvis öppet för andra lösningar, men bolaget har inte presenterat några sådana. Frågan om remotely controlled har ingen bäring på kriterium 22, men efterfrågas explicit i kriterium 23. Bolagets påstående att IBA i högre grad skulle behöva beam modifiers är felaktigt.

Bolaget påstår i ansökan om överprövning att IBA:s angivna värde förutsätter användandet av en s.k. beam modifying device vilket inte bolagets angivna värde gör. Påståendet är felaktigt. IBA uppnår 60 MeV utan beam modifying devices. Kommunalförbundet har försäkrat sig om detta genom studiebesök hos IBA, varvid mätningar av de låga energierna utfördes. Bolaget påstår, med hänvisning till den interna rapporten från besöket i Essen, att Kommunalförbundets påstående att 60 MeV verifierats vid mätningar skulle sakna grund. Bolaget påstår att det av rapporten inte framgår att mätningarna gjorts, hur de utförts eller vad resultatet blev. Av rapporten framgår dock klart och tydligt, att mätningarna gjordes, hur mätningarna gjordes och resultaten.

Beträffande kriterium 5 framstår det som nödvändigt att upprepa att IBA kan åstadkomma angivna låga energier utan beam modifying devices. Detta har demonstrerats för Kommunalförbundet. Bolaget gör gällande att bolaget hade kunnat förtydliga sitt svar avseende kriterium 5 om bolaget beretts möjlighet till det. Bolagets svar var dock tydligt och något behov av förtydligande fanns inte.

Utvärderingskriterium 7

Bolaget har lämnat en mycket kortfattad redogörelse, som inte kan anses utgöra svar på frågan. På samma fråga har IBA svarat med en 13 sidor lång detaljerad redogörelse, fem grafer, fyra tabeller och två relativt detaljerade principskisser. Tillsammans ger IBA en heltäckande bild av precision, konstruktion och beroende av dosrat under olika omständigheter. Vid en bedömning har bolaget erhållit fyra poäng, vilket måste anses som en mycket välvillig bedömning av den bristfälliga redogörelse som lämnats. Vid motsvarande bedömning har IBA erhållit högsta betyg och därmed full poäng. Utfallet är logiskt och korrekt. IBA:s alternativ är mer ekonomiskt fördelaktigt för Kommunalförbundet.

Utvärderingskriterium 8

IBA har offererat 1 sekund. Krav har inte ställts på att detta ska kunna verifieras i dagsläget.

Utvärderingskriterium 9

Det är korrekt uppfattat att den efterfrågade funktionaliteten syftar till klinisk användning. Att kunna byta energisteg i båda riktningar, alltså såväl mot högre som lägre energier, är enligt Kommunalförbundet kliniskt relevant. Utformningen av kriteriet är otvetydig. Bolaget är dessutom ett väl etablerat företag i branschen och borde med sin kunskap ha förstått vad som efterfrågades. För det fall tveksamhet förelåg fanns ingenting som hindrade bolaget från att begära ett förtydligande från Kommunalförbundet. Bolagets eventuella missuppfattning kan inte belasta Kommunalförbundet. Bolaget har vid kontakter med Kommunalförbundet tydligt för-

medlat att företaget har svårigheter med den funktion som kriteriet avser. Kommunalförbundet har därför inte haft anledning att reagera på de av bolaget offererade 15 sekunderna.

Utvärderingskriterium 18

Det finns inga betydande skillnader mellan anbuden i aktuellt kriterium, varför samtliga anbud tilldelats samma poäng. Krav har inte ställts på att detta ska kunna verifieras.

Utvärderingskriterium 19

Detta kriterium avser nuvarande status för den skannade tekniken. Som en del i demonstrationen av de låga energierna har denna status demonstrerats av IBA vid besöket i Essen men detta var inte syftet med besöket.

Det ska i detta sammanhang noteras att clinical setting inte är att likställa med clinical use. Kommunalförbundet har medvetet inte uppställt krav på clinical use eftersom det väsentliga vid bedömningen varit att aktuell teknik kan åstadkommas i klinisk miljö, inte att aktuell teknik faktiskt används på patienter. IBA:s behandlingstid är idag något lång p.g.a. för långsamma energibyten. Bedömningen Bra har bl.a. baserats på denna aktuella behandlingstid.

Påståendet att IBA saknar IMPT-teknik är uppenbart oriktigt, vilket också framgår av Kommunalförbundets rapport från besöket i Essen. Bedömningen av detta kriterium är korrekt.

Utvärderingskriterium 21

Krav på verifikation i clinical setting har inte ställts för detta kriterium. Vad IBA offererat framgår tydligt av deras offert, 70 sekunder för den låga energin och 60 sekunder för den högre.

Utvärderingskriterium 38

IBA:s acceptansprotokoll är väl så detaljerat som bolagets. Det är oklart vad bolaget baserar sina påståenden på. Både bolaget och IBA har i denna del framfört önskemål om att sekretessbelägga delar av sina anbud, varför bolaget torde ha begränsad möjlighet att uttala sig om detaljrikladomen i IBA:s anbud i denna del. Vad bolaget anför måste istället hänföras till spekulationer.

Kontakterna med IBA

Besöket i Essen avsåg inte i första hand något av kriterierna 1, 2, 19 eller 27. Huvudsyftet med besöket i Essen var att utröna om och hur man klarar offererat värde på 60 MeV. Precis som bolaget gör gällande krävs flera parametrar än strålens form för att kunna bedöma detta. Sådana mätningar gjordes i Essen. Samtliga mätningar hade relevans för frågan om de låga energierna.

Kommunalförbundet önskar återigen framhålla att de besök som företagits hos IBA föranletts av att Kommunalförbundet önskat få verifierat att IBA lever upp till vad som angivits i IBA:s anbud, dvs. att IBA kan behandla patienter med energier ner till 60 MeV och att man verifierat energinivåer på 70 MeV, 65 MeV och 60 MeV. Inget av besöken har lett till att IBA erhållit högre antal poäng än vad de hade erhållit enbart baserat på anbudsunderlaget, utan resulterade i poängavdrag jämfört med om Kommunalförbundets utvärdering hade gjorts enbart baserad på IBA:s anbud. Bolagets uppgifter i anbudet har tagits för goda och besöken hos IBA har därför inte påverkat bolaget negativt. Bolaget har inte heller på någon punkt visat att Kommunalförbundet tolkat bolagets anbud felaktigt. Det är i detta sammanhang relevant att nämna att bolaget tilldelades kontrakt i den upphandling som genomfördes under 2009. I samband med de diskussioner som då fördes och vid kontraktförhandlingen besökte företrädare för Kommunalförbundet bolagets anläggning vid ett flertal tillfällen. Samtliga medlemmar i expertgruppen har således besökt bolagets anläggning och är väl för-

trogna med den. Bolagets uppgifter i anbudet har således, till skillnad från IBA:s, inte behövt ifrågasättas.

Kommunalförbundet övervägde att besöka samtliga anbudsgivares anläggningar, men eftersom inget sådant krav finns och eftersom det inte fanns några särskilda omständigheter Kommunalförbundet önskade utreda valde Kommunalförbundet att avstå från detta. Istället bjöd Kommunalförbundet in bolaget till ett möte i syfte att undanröja eventuella oklarheter.

Annonseringen av upphandlingen

Syftet med annonseringen är att upplysa potentiella anbudsgivare om upphandlingen och att ge tillräckliga uppgifter om vad som avses upphandlas. Upphandlingen avsåg en ny generation av protonstrålningsanläggning för behandling av tumörer. Den utrustning som således avsågs med upphandlingen finns inte upptagen i EU:s kodlista. Kommunalförbundet valde därför att som kod ange den kod som avser apparatur för radioterapi, mekanoterapi, elektroterapi och sjukgymnastik. Denna kod speglar bäst och utan begränsningar vad som avsågs med upphandlingen. Själva annonsen har tydligt beskrivit vad som avsågs med upphandlingen och har uppfyllt de krav som är syftet med annonsering. Att en accelerator inte särskilt annonserats har sin grund i att en sådan är en integrerad del av en protonstråleanläggning, vilket är väl känt av aktörerna inom detta område. Vad bolaget angivit om efterfrågad service för anläggningen saknar relevans då denna begärda service inte kan tillhandahållas av annan än leverantören av anläggningen. Service är således ingen självständigt upphandlad tjänst, utan är att jämställa med en utökad garanti från leverantören. Annonseringen har inte de formella krav och kan inte begränsa en upphandlings omfattning på det sätt som bolaget gör gällande. I det aktuella fallet har Kommunalförbundet dessutom, utöver själva annonseringen, informerat samtliga av Kommunalförbundet kända potentiella arbetsgivare i särskild ordning genom att tillskriva dem för att informera om upphandlingen.

Tre av de aktuella anbudsgivarna lämnade anbud. Samtliga inkomna anbud har varit i enlighet med förfrågningsunderlaget och varit kompletta i så måtto att anbudsgivarna har svarat på hela förfrågningsunderlaget och inte enbart delar av det. Bolaget har till fullo förstått vad som avsågs att upphandlas.

Även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att det förelegat någon brist i annonseringen är det tydligt att bolaget inte har lidit någon skada. En sådan eventuell brist kan omöjligen leda till att upphandlingen ska göras om. Bolaget har förstått vad som ska upphandlas och har lämnat in ett fullständigt anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter 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 7 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5 – 8 §§.

I 12 kap. 1 § LOU första och andra styckena anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 12 kap. 2 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I 9§ första stycket förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster anges bl.a. följande. En annons eller ett meddelande som en upphandlande myndighet respektive upphandlande enhet ska sända till Europeiska gemenskapernas kommission ska ha det format som framgår av kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.

I artikel 35 (2) direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet) anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller ingå ett ramavtal genom ett öppet, selektivt eller, enligt villkoren i artikel 30, förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling eller, enligt villkoren i artikel 29, en konkurrenspräglad dialog, ska informera om detta genom ett meddelande om upphandling.

I artikel 36 (1) upphandlingsdirektivet anges att meddelanden ska innehålla de upplysningar som anges i bilaga VII A och i förekommande fall varje annan upplysning som den upphandlande myndigheten anser vara till nytta, i samma format som de standardformulär som antas av kommissionen i enlighet med förfarandet i artikel 77.2.

I artikel 53 (2) upphandlingsdirektivet anges att utan att bestämmelserna i tredje stycket åsidosätts ska, om tilldelningen sker enligt punkt 1 a, den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, när det gäller den konkurrenspräglade dialogen, i det beskrivande dokumentet ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I bilaga VII A till upphandlingsdirektivet anges att ett meddelande om offentlig upphandling ska innehålla bl.a. referensnummer enligt CPV-nomenklaturen.

I proposition 2006/07:128 anges bl.a. följande. Lagrådet har ansett att det är svårt att enbart med ledning av författningstexten komma fram till vilket handlingsutrymme kravet på kriterieviktning ger den upphandlande myndigheten. Viktningen kan exempelvis, om kriterierna är kvalitet och pris bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. Om viktningen av kriterierna anges med intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 30-40 procent.

Utredningen i målet

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med beaktande av pris, funktionalitet och tillgänglighet, kommer att antas. Den av Kommunalförbundet valda utvärderingsmodellen är en absolut utvärderingsmodell där värderingen av ett anbud inte är avhängig andra anbud.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande i punkt **1.3.3 Utvärdering av anbud**. På villkor att de mottagna anbuden uppfyller de kvalificerade och obligatoriska kraven enligt punkterna 1.3.1 och 1.3.2 här ovan kommer det anbud att väljas som för de samverkande landstingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga mot bakgrund av de viktade utvärderingskriterierna.

Anbuden kommer att utvärderas på grundval av följande kriterier.

A. Offererat pris

Vid utvärderingen av anbudspriset kommer man att beakta själva protonanläggningen, ett femårsavtal om fullständig service, inklusive reservdelar och all icke-klinisk drift, plus 30 procent av värdet av optionen på ytterligare ett rum med strålningskälla (dvs. genomsnittsvärdet för avrop vid olika tidpunkter).

B. Tid till förfogande för klinisk verksamhet

Den tid som står till förfogande för klinisk verksamhet kommer att utvärderas som det sammanlagda teoretiska antalet timmar per år, som är avsedda för klinisk användning. (4 588 timmar = 100 %), gånger den garanterade drifttiden, minus den tid som behövs för planerad service- och underhållsverksamhet under de timmar som är avsedda för klinisk användning. De obligatoriska kraven står för minst 80 procent, dvs. 3 670 timmar per år. För varje procentenhet under 100 procent kommer ett belopp av 1 600 000 euro att läggas till det för utvärderingen använda referenspriset.

C. Tekniska lösningar, integration och programvara

Posterna i anläggningsspecifikationen kommer att tilldelas poäng, som återspeglar hur pass bra anbudet uppfyller stipulerade kriterier. Ett anbud med högsta möjliga antal poäng kommer att tilldelas betyget 480 enheter. Obligatoriska krav är minst 50 procent, dvs. 240 poäng. För varje poäng under teoretiskt maximum (480 poäng) kommer ett belopp av 266 667 euro att läggas till det för utvärderingen använda referenspriset.

Referenspriset kommer att beräknas som summan av A, B och C. Anbudet med det lägsta referenspriset vinner utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget anges vidare bl.a. följande i punkt **2.1.1 Obligatoriska krav**.

1. Anläggningen ska omfatta en protonanläggning konstruerad för behandlingar med aktiv volymiskanning, som kan leverera intensitetsmodulerad protonterapi (IMPT). Beskriv hur detta krav tillgodoses.
2. Samtliga strålar ska levereras med aktiv volymiskanning som kan leverera (IMPT).
7. Protonintervallet vid maximal energi ska vara minst 30 g cm² i vatten.
8. Det ska vara möjligt att behandla patienter med en protonstråleenergi, som kan varieras från maximal energi ner till en energi av högst 70 MeV, utan att man behöver föra in några strålmodifieringsanordningar i strålen nedströms från skanningmagneterna eller på patientens yta.

I punkt **2.1.2 Utvärderingskriterier** anges följande. Metoden för poängsättning beskrivs med kursiv stil under varje numrerat stycke. När en kvalitetskala tillämpas kommer en panel men interna experter att utvärdera posten på en sexgradig skala från vitsorden "Dålig", via "Svag", "Godtagbar", "Bra", "Mycket bra" och "Utmärkt".

Med avseende på de poster där så har tydligt angivits ska anbudsgivaren i rimligaste mån kunna uppvisa kvantifierade data och på begäran i en existerande protonanläggning demonstrera den offererade funktionaliteten.

Förefintlig kapacitet och funktionalitet, som kan demonstreras i en klinisk miljö, kommer att ges dubbelt så stor tyngd i utvärderingsprocessen än sådan som ännu ej har framtagits eller kontrollerats.

Obesvarade frågor får 0 poäng, liksom svar som är omöjliga att utvärdera. Svaren på nedanstående poster ska sammanfattas på ett enda dokument, med hänvisning till nedanstående numrering.

I punkt 2.1.3 **Specificerade poster** anges bl.a. följande.

3. Strålknippets symmetri ska vara så bra som möjligt. Specificera symmetrin (maximal differens i strålsigma uppmätt i luften, vid isocentrum) i vilka två riktningar som helst som är vinkelräta mot strålens riktning. Redovisa uppmätta data.

<15 % = 5 poäng, <25 % = 2 poäng (högst 5 poäng)

4. Exaktheten och reproducerbarheten av ett strålknipps position med avseende på vilken punkt som helst inom den behandlade volymen ska vara så hög som möjligt, oberoende av strålningskällans vinkel, energi osv. Specificera exaktheten på en 1 sekunds dötidsnivå för 70 MeV och för maximal energi. Redovisa uppmätta data för att kontrollera exaktheten för acceptansprovningen, om dessa skiljer sig från de försök som ligger till grund för redovisade data. *Dålig = 0 p, Svag = 3 p, Godtagbar = 6 p, Bra = 9 p, Mycket bra = 12 p, Utmärkt = 15 p.*

7. Beskriv strålpositionsdetekteringssystemet i avsökningsnippeln för övervakning av strålens position över hela fältstorleken. Ange dess precision i termer av dos och strålposition samt dess prestanda vid höga doser. *Dålig = 0 p, Svag = 1 p, Godtagbar = 2 p, Bra = 3 p, Mycket bra = 4 p, Utmärkt = 5 p.*

9. Tiden för tillbakagång till ett tidigare svepområdes (energi)nivå (normalt en ökning av svepområdet) bör vara så kort som möjligt (definierad som

dödtiden från strålens avstängning på en nivå till dess påslagning på nästa).
Precisera den tiden.

3 sekunder = 3 poäng, +/- 1 poäng per 0,5 sek. (högst 5 poäng)

12. Protonanläggningen ska vara utrustad med en anordning för strålens anpassning till patientens andningscykel. Beskriv det eller de anpassnings-system som kan växelverka. *Dålig = 0 p, Svag = 2 p, Godtagbar = 4 p, Bra = 6 p, Mycket bra = 8 p, Utmärkt = 10 p.*

19. Beskriv nuvarande läge för den tekniska utvecklingen av systemet för aktiv volymiskanning för intensitetsmodulerad protonterapi. Redovisa uppmätta data för aktivt skannade dosfördelningar avseende ett antal typiska målvolymmer. Helst bör de offererade systemen kunna demonstreras och användas i klinisk drift på en referensinstitution. Precisera om detta kan demonstreras i en klinisk miljö. *Dålig = 0 p, Svag = 2 p, Godtagbar = 4 p, Bra = 6 p, Mycket bra = 8 p, Utmärkt = 10 p.*

22. Precisera om någon stråljusteringsanordning förs in i strålen mellan avsökningssystemet och patientens yta med avseende på punkt 21 här ovan. Ange strålbredder, antal punkter och antalet energilager. Antalet strålmodulatorer bör helst hållas på ett minimum.

28. Beskriv utbildningspaketet i detalj, inklusive tillämpligheten för samtliga personalkategorier, och teknisk inskolning för intern teknisk personal. *Dålig = 0 p, Svag = 5 p, Godtagbar = 10 p, Bra = 15 p, Mycket bra = 20 p, Utmärkt = 25 p.*

I punkt 2.2.2 **Utvärderingskriterier** anges bl.a. följande.

31. Inplanerat service- och underhållsarbete bör så mycket som möjligt utföras på kvällstid och under veckoslut, utanför ovan angiven schemalagd arbetstid, vilken ska användas för patientbehandling, kvalitetssäkring (QA) och annat arbete enligt användarens gottfinnande. Ange omfattningen av

erforderligt service- och underhållsarbete. *Dålig = 0 p, Svag = 4 p, Godtagbar = 8 p, Bra = 12 p, Mycket bra = 16 p, Utmärkt = 20 p.*

32. Precisera tillgången till programvarusupport på distans för den offere-rade programvarans komponenter. Sådan support bör helst vara tillgänglig dygnet runt och ha kort reaktionstid. *Dålig = 0 p, Svag = 4 p, Godtagbar = 8 p, Bra = 12 p, Mycket bra = 16 p, Utmärkt = 20 p.*

Av utvärderingsrapporten framgår bl.a. följande. Avseende utvärderingskriterium 2 har IBA offererat en strålbredd på 6,5 mm och tilldelats 7,5 poäng. Avseende utvärderingskriterium 3 har IBA tilldelats 5 poäng för en offererad symmetri på 15 procent. Avseende utvärderingskriterium 19 har IBA tilldelats 6 poäng, i kommentaren anges bl.a. ej i kliniskt bruk.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns grund för att ingripa mot Kommunalförbundets upphandling. Grund för ingripande kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Det krävs dessutom att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Annonseringen

Bolaget har gjort gällande att upphandlingen inte har annonserats på ett korrekt sätt eftersom Kommunalförbundet i annonsen endast angivit CPV-referensnumret för Apparatur för radioterapi, mekanoterapi, elektroterapi och sjukgymnastik men i förfrågningsunderlaget begärt in anbud avseende även andra typer av varor, bl.a. accelerator och programvara (OIS), och dessutom tjänster.

Kommunalförbundet har anfört att den utrustning som är föremål för upphandlingen inte finns upptagen i EU:s kodlista och att de därför valt den kod som bäst speglar vad som avses. Att en accelerator inte annonserats

särskilt beror på att det är en integrerad part i protonstråleanläggningen. Service är vidare ingen självständigt upphandlad tjänst då den endast kan utföras av leverantören av anläggningen. Samtliga inkomna anbud har dessutom varit kompletta.

Av punkten 36 i skälen till upphandlingsdirektivet framgår att syftet med annonsering av upphandlingar på gemenskapsnivå är att främja en effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Informationen i meddelandena måste göra det möjligt för de ekonomiska aktörerna att avgöra om upphandlingen intresserar dem. De behöver således tillräcklig information om föremålet för upphandlingen.

Det är i målet ostridigt att Kommunalförbundet endast angett CPV-referensnumret för Apparatur för radioterapi, mekanoterapi, elektroterapi och sjukgymnastik fastän upphandlingen även avser delar som omfattas av andra CPV-referensnummer.

Förvaltningsrätten finner att annat inte framkommit än att såväl bolaget som övriga anbudsgivare på grundval av Kommunalförbundets annonsering har förmått lämna fullständiga anbud i upphandlingen. Bolaget har därför inte visat att det lider eller riskerar att lida skada genom Kommunalförbundets nu påstådda brott mot unionsrätten och LOU.

Viktning av utvärderingskriterierna

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Kommunalförbundets utvärderingsmodell med viktning i form av monetära termer, dvs. prispåslag vid kvalitetsbrister, är förenlig med kravet på inbördes viktning i 12 kap. 2 § LOU och artikel 53 (2) upphandlingsdirektivet.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 3 juli 2009 i mål 3014-09 funnit att en utvärderingsmodell där viktning skett i form av prispåslag som satts i relation till kvalitetsbrister är förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika och samtidigt får möjlighet till nödvändig grad

av insyn. De anbudsgivare som förekom i upphandlingen fick antas vara kompetenta att göra erforderliga överväganden utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget och det måste ha legat i deras intresse att erbjuda en i alla avseenden hög kvalitet för att komma i fråga för tilldelning av kontraktet. Domen avsåg visserligen en upphandling som genomförts enligt 1992 års LOU, där kravet på inbördes viktning inte fanns med i lagtexten. Kammarrätten fann emellertid att direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) hade direkt effekt i detta avseende varför utvärderingsmodellen prövades även i förhållande till det krav på inbördes viktning som framgår av artikel 55.2 i nämnda direktiv.

Förvaltningsrätten konstaterar att artikel 53.2 i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG, som är tillämpligt i målet, har samma innebörd som artikel 55.2 i försörjningsdirektivet. Kammarrätten har enligt vad som framgår ovan godtagit en utvärderingsmodell som i detta hänseende i allt väsentligt överensstämmer med den modell som Kommunalförbundet har använt. Bolaget menar att kriterierna i Kommunalförbundets modell saknar procentuell viktning till skillnad från den modell som kammarrätten prövade. Mot detta har Kommunalförbundet anfört att i den nu aktuella upphandlingen har respektive kriterium åsatts ett maximalt antal poäng mellan 5 och 25. Det totala antalet poäng uppgår till 475 vilket innebär att varje poäng motsvarar cirka 0,2 procent. Varje poäng har getts en värde om 266 667 euro vilket innebär att viktfaktorn kan räknas ut.

Mot bakgrund av vad kammarrätten uttalat enligt ovan samt då det varken i förarbetena eller lagtexten närmare anges hur den inbördes viktningen ska göras finner förvaltningsrätten att den av Kommunalförbundet valda modellen med viktning angiven i monetära termer är förenlig med kraven på inbördes viktning i LOU och unionsrätten. Som Kommunalförbundet har anfört i målet är det dessutom möjligt att räkna fram den procentuella viktfaktorn för respektive kriterium.

Fråga om utvärderingsmodellens förutsebarhet samt om modellen är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Bolaget har gjort gällande att den av Kommunalförbundet valda utvärderingsmodellen är oförutsebar samt att den inte förmår identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Såvitt gäller utvärderingskriterium B innebär modellen att varje procentenhet, oavsett om det rör sig om en skillnad mellan 100 procent och 99 procent eller en skillnad mellan 81 procent och 80 procent. När det gäller utvärderingskriterium C innebär modellen att varje poäng under maxpoäng medför samma kvalitetsbristpåslag. Det saknas samband mellan det monetära kvalitetsbristpåslaget och den verkliga merkostnad som en kvalitetsbrist innebär för Kommunalförbundet. Vidare har Kommunalförbundet vid bedömningen av 26 av de 38 underkriterierna till utvärderingskriterium C använt sig av en sexgradig kvalitetsskala utan att i förfrågningsunderlaget ange vad som krävs för att erhålla ett visst betyg.

Kommunalförbundet har anfört att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och unionsrätten. Utvärderingsmodellen ger svar på vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, förfarandet har varit transparent och förutsebart och alla anbud har behandlats lika utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget. Beträffande huvudkriterium B har omräkningen baserats på den totala driftkostnaden för Skandionkliniken om cirka 13 miljoner kronor per år och i förfrågningsunderlaget har angivits en maximal användningstid. Varje procentenhet med vilken praktiskt möjlig användningstid understiger den maximala innebär således en kostnad om 0,13 miljoner euro per år. Vad gäller huvudkriterium C stämmer det att varje poängavdrag medfört ett lika stort kvalitetsbristpåslag, men varje kriterium har tilldelats olika maxpoäng. Det är i princip omöjligt att förutse den exakta verkliga merkostnaden av en viss kvalitetsbrist. En skälig och noggrann uppskattning har dock gjorts för vart och ett av underkriterierna. Kvalitetsskalan har använts vid utvärderingen dels för att det inte varit möjligt att använda en matematiskt stringent skala i dessa fall och dels för

att den utrustning som upphandlas är ny och det varit oklart vilka kvalitetsnivåer som gått att uppnå för de olika kriterierna. Utvärderingen har dock inte lämnat något utrymme för godtycklighet eller subjektivitet. I förfrågningsunderlaget har tydligt angetts vad som efterfrågats och vad som bedömts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En upphandlande enhet har stor frihet att själv välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas samt hur dessa ska viktas, under förutsättning att principerna i LOU och unionsrätten inte överträds. En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling är transparensprincipen. Denna princip innebär att en upphandling ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud antas som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Regeringsrätten uttalade vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i sig är fullt godtagbart att använda en modell där kvalitetsbrister omsätts i ett fiktivt prispåslag. I upphandlingen, såvitt gäller kriterium C, avspeglas bedömningen av en kvalitetsbrists betydelse i det varierande antal poäng som kan uppnås för respektive kriterium. Det maximala prispåslaget är olika stort för olika kriterier beroende på vad Kommunalförbundet fäster vikt vid. De kriterier som har uppställts har ett tydligt och relevant samband med föremålet för upphandlingen. Kommunalförbundet har anfört att det är i princip omöjligt att förutse den exakta verkliga merkostnaden som kan uppkomma till följd av en viss kvalitetsbrist men att en skälig och noggrann uppskattning har gjorts för vart och ett av underkriterierna. Det får därför anses föreligga ett tillräckligt

tydligt samband mellan kvalitetsbristernas betydelse i förhållande till prispåslaget. När det gäller kriterium B har Kommunalförbundet utgått från den uppskattade driftkostnaden för kliniken och utrustningens förväntade livslängd när prispåslaget, kostnaden för den tid som understiger maximal användningstid, har bestämts. Detta förfarande får anses fullt godtagbart eftersom det föreligger ett tydligt samband mellan bristen och prispåslaget. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till det anförda att vad bolaget anført inte visar annat än att den av Kommunalförbundet valda modellen är ägnad att kunna identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till användandet av den sexgradiga kvalitetsskalan. Av förfrågningsunderlaget, p. 1.3.3, framgår att anbuden utvärderas utifrån tre kriterier, nämligen offererat pris, tid till förfogande för klinisk verksamhet samt tekniska lösningar, integration och programvara. Vidare framgår att utvärderingen av det sistnämnda kriteriet görs så att ett antal underkriterier tilldelas poäng, som återspeglar hur pass bra anbuden uppfyller stipulerade kriterier. Av förfrågningsunderlaget, p. 2.1.2, framgår att metoden för poängsättning beskrivs under varje numrerat stycke. När en kvalitetsskala tillämpas kommer en intern expertpanel att utvärdera posten på en sexgradig skala som sträcker sig från betygen dålig till utmärkt. Av förfrågningsunderlaget framgår dessutom att skillnaden mellan de olika betygsstegen i kvalitetsskalan varierar från ett till fem poäng.

De underkriterier där kvalitetsskalan använts är av varierande art och omfattar bl.a. exakthet och reproducerbarhet av ett strålknippes position (kriterium 4), strålens anpassning till patientens andningscykel (kriterium 12), utbildningspaketet (kriterium 28) samt tillgången till programvarusupport (kriterium 32). Kommunalförbundet har för de flesta underkriterierna begärt beskrivning av den efterfrågade funktionen.

Kommunalförbundet har i upphandlingen inte för något av kriterierna angett vad som krävs för att nå upp till ett visst betyg eller vart gränsen går mellan de olika betygsstegen i kvalitetsskalan. Upphandlingen gäller emellertid komplicerad och tekniskt avancerad utrustning för strålbehandling. Kommunalförbundet har anfört att det är fråga om ny teknik och att det är oklart hur långt den tekniska utvecklingen har kommit och vilka exakta kvalitetsnivåer som varit möjliga att uppnå. Kommunalförbundet har därför angivit vissa lägsta nivåer som skall-krav och begärt att anbudsgivarna därutöver specificerar vilka nivåer deras respektive utrustning uppnår. Det har alltså inte varit möjligt att uppställa något på förhand bestämt facit på vad som ska ges ett visst betyg. Förvaltningsrätten konstaterar att det, när en upphandlande enhet tillämpar andra utvärderingskriterier än enbart pris, är ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det är dock av vikt att utrymmet för dessa subjektiva bedömningar inte blir så stort att det inkräktar på kraven på öppenhet, förutsebarhet och likabehandling eller någon annan grundläggande rättsprincip. Det finns inte heller något uttryckligt krav i LOU eller i unionsrätten på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget. Den kvalitets-skala som använts i upphandlingen får anses tillräckligt tydlig för att en initierad anbudsgivare ska kunna lämna anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att göras.

Uppfyllande av skall-krav

Bolaget har gjort gällande att IBA inte uppfyller skall-krav åtta under punkten 2.1.1 eftersom IBA inte kan prestera en tillräckligt kort bestrålnings-tid för att kunna behandla patienter. Bolaget har vidare gjort gällande att skall-kravet i punkt åtta inte är förenligt med EU-rätten då Kommunalförbundet inte uppställt något krav som innebär att anbudsgivarens påståenden ska styrkas.

Kommunalförbundet har anfört att IBA uppfyller skall-krav åtta dels för att IBA offererat en kortare bestrålnings-tid än vad som uppmättes vid besöket i Essen och dels för att det även med den uppmätta tiden är möjligt att be-

handla patienter. Kommunalförbundet har vidare anfört att de tekniska data som offererats av vinnande anbudsgivare kommer att kunna kontrolleras och i praktiken kommer att kontrolleras då de blir avtalsinnehåll. Det faktum att man inte krävt att samtliga kriterier ska kunna uppvisas i klinisk miljö vid tidpunkten för avgivande av anbudet innebär inte att skall-kravet inte är förenligt med EU-rätten.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet om möjligheterna att behandla patienter även med den uppmätta bestrålningstiden finner förvaltningsrätten redan med hänsyn härtill att bolaget inte visat att IBA:s anbud inte skulle uppfylla skall-krav åtta. För övrigt har IBA offererat en kortare bestrålningstid än vad som uppmättes. Det av Kommunalförbundet uppställda skall-kravet kan heller inte, enligt förvaltningsrättens mening, anses strida mot unionsrätten på det sätt bolaget gjort gällande eftersom det tydligt framkommit att Kommunalförbundet har såväl avsikt som möjlighet att kontrollera att kravet uppfylls. Att kravet ska vara uppfyllt redan vid tidpunkten för avgivandet av anbudet har inte föreskrivits.

Utvärderingen

Bolaget har gjort gällande att det i utvärderingsunderlaget framgår ett flertal felaktigheter som lett till att bolaget fått en lägre poäng. Bolaget vänder sig bland annat mot att Kommunalförbundet frångått utvärderingsföresättningen att dubbelt så hög poäng skulle erhållas om den offererade tekniska förmågan kunde verifieras i 'clinical setting' jämfört med om verifiering endast kan ske i fabrik och att noll poäng erhålles avseende utvärderingskriterier där offererad teknisk förmåga inte kan verifieras. Bolaget har gjort gällande att IBA borde ha tilldelats en lägre poäng avseende utvärderingskriterium 2, 4, 5, 8, 18 och 19 därför att IBA inte kan styrka den offererade tekniska förmågan avseende dessa kriterier i 'clinical setting'.

Kommunalförbundet har anfört att det på grund av att upphandlingen avser ny teknik inte ansett sig kunna ställa krav på att anbudsgivarna kan verifiera offererad prestanda avseende samtliga utvärderingskriterier. I anbudsun-

derlaget har därför tydligt angivits att verifiering krävs avseende de poster där så tydligt har angivits. Kravet på verifiering gäller alltså kriterierna 1, 2, 19 och 27 men inte de övriga av bolaget anförda kriterierna. Avseende dessa kriterier, bl.a. 4, 5, 8, 18 och 21, har de i anbuden angivna nivåerna godtagits och lagts till grund för utvärderingen. Utvärderingen har därmed skett på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget och anbudsgivarna har erhållit korrekt antal poäng.

Förvaltningsrätten finner att den i förfrågningsunderlaget, punkt 2.1.2, uppställda förutsättningen för utvärderingen, att förefintlig kapacitet och funktionalitet som kan demonstreras i en klinisk miljö kommer att ges dubbelt så stor tyngd i utvärderingsprocessen än sådan som ännu ej har framtagits eller kontrollerats, endast avser de poster där så tydligt har angivits. Förvaltningsrätten finner vidare att det endast för kriterium 1, 2, 19 och 27 har angivits att det ska preciseras om demonstration i 'clinical setting' är möjlig. Som förvaltningsrätten ovan konstaterat kan detta förfarande inte anses strida mot unionsrätten då det tydligt framkommit att Kommunalförbundet har såväl avsikt som möjlighet att kontrollera att kriterierna uppfylls.

Begreppet 'clinical setting'

Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget inte är ändamålsenligt mot bakgrund av att det inte finns någon definition av begreppet 'clinical setting'. Avsaknaden av en sådan definition är en allvarlig brist i förfrågningsunderlaget eftersom det är avgörande för utgången i utvärderingen om offererad funktionalitet kan visas i 'clinical setting' eller inte. Bolaget har vidare anført att 'clinical setting', enligt bolagets mening, innebär ett krav på att teknisk förmåga att behandla patienter finns, men inte nödvändigtvis att patienter behandlas i den aktuella anläggningen. Detta innebär med andra ord att en anläggning ska ha en teknisk förmåga som medger att patienter behandlas, dvs. att anläggningen skulle kunna vara i 'clinical use'.

Kommunalförbundet instämmer i bolagets ovan refererade definition av 'clinical setting' och anför att det inte har ställts och inte är rimligt att ställa krav på att patienter ska ha behandlats med produkten. En 'clinical setting' är en miljö avsedd för patientbehandling som enligt Kommunalförbundets bedömning också kan användas för detta. Eftersom parterna nu är överens om definitionen för 'clinical setting' kan bristerna i förfrågningsunderlaget inte anses så stora som bolaget gör gällande. Kommunalförbundet anför vidare att IBA:s klinik i Essen tveklöst är en 'clinical setting', även om man vid anläggningen ännu inte börjat behandla patienter.

Förvaltningsrätten finner inte att bolaget, mot vad Kommunalförbundet har anfört, visat att IBA:s anläggning i Essen inte är en 'clinical setting'.

Utvärderingskriterium 3

Bolaget har gjort gällande att IBA endast ska tilldelas 2 poäng för utvärderingskriterium 3 eftersom IBA har offererat en symmetri på 15 procent, vilket är lägre än 25 procent men inte lägre än 15 procent. Bolaget har vidare anfört att Kommunalförbundet, genom att låta IBA komma in med ett förtydligande, har handlat i strid med likabehandlingsprincipen eftersom det medfört att det anbud som läggs till grund för utvärderingen skiljer sig i sak från det anbud som lämnades inom anbudstiden. Detta har lett till att IBA fått en högre poäng avseende detta utvärderingskriterium.

Kommunalförbundet har anfört att det under utvärderingen blev medvetet om att detta utvärderingskriterium var otydligt formulerat och därför tillskrev samtliga anbudsgivare och förtydligade frågan. IBA har då i svar angett att strålens symmetri var lägre än 15 procent.

I målet har framkommit att en symmetri som är lägre än 15 procent tilldelas fem poäng och en symmetri som är lägre än 25 procent tilldelas två poäng. Förvaltningsrätten finner att en symmetri på 15 procent rätteligen ska tilldelas två poäng då den inte är lägre än 15 procent.

I målet har vidare framkommit att IBA angett en symmetri på 15 procent och sedan, efter att förtydligande begärts från Kommunalförbundet, angett att symmetrin är lägre än 15 procent. Mot bakgrund av att dessa uppgifter är direkt avgörande för poängsättningen och därmed utvärderingen av anbudet finner förvaltningsrätten att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att lägga IBA:s nya uppgifter till grund för utvärderingen. Det rör sig alltså om en otillåten komplettering på det sätt bolaget gör gällande. IBA:s anbud skulle rätteligen inte ha tilldelats mer än 2 poäng avseende detta kriterium.

Utvärderingskriterium 4

Bolaget har anfört att IBA tilldelats en för hög poäng eftersom IBA:s uppgifter inte kunnat verifieras alls, och i vart fall inte i 'clinical setting'. IBA ska således rätteligen tilldelas 0 poäng eller i vart fall inte mer än hälften av maximal poäng. Strålens precision har endast mätts i tre vinklar. Den har dessutom inte verifierats på 70 MeV eller vid maximal energinivå vid Kommunalförbundets besök hos IBA, utan med en energi på 270 MeV som är enklare att uppnå. IBA saknar även mätningar avseende 'gantry angle dependency'.

Kommunalförbundet har anfört att inget krav på verifiering uppställts avseende detta kriterium samt att bolaget har tilldelats maximal poäng baserat på uppgifterna i anbudet.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att något krav på verifiering inte uppställts avseende detta utvärderingskriterium. Vad som framkommit vid Kommunalförbundets mätningar på annan energinivå föranleder inte att poängsättningen, som baserats på IBA:s anbud, ska anses vara felaktig. Förvaltningsrätten finner även att det faktum att IBA saknar mätningar avseende 'gantry angle dependency' har beaktats av Kommunalförbundet vid poängsättningen.

Utvärderingskriterium 5

Bolaget har anfört att IBA:s poäng är felaktig dels eftersom IBA:s angivna värde på 60 MeV förutsätter användandet av en strålmodifierande anordning dels därför att IBA inte kunnat visa påstådd prestanda i 'clinical setting'.

Kommunalförbundet har anfört att IBA kan åstadkomma angivna låga energier utan strålmodifierande anordningar, vilket har demonstrerats för Kommunalförbundet.

Förvaltningsrätten konstaterar att något krav på verifiering avseende detta kriterium inte har uppställts i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner vidare att bolaget inte förmått visa att IBA:s angivna värde förutsätter användandet av strålmodifierande anordningar.

Utvärderingskriterium 7

Bolaget har anfört att det ska tilldelas full poäng avseende detta kriterium då bolagets utrustning uppfyller aktuellt krav till fullo. Bolagets korta svar, att utrustningen fungerar på alla doser, är tillräckligt eftersom det uppställda kravet är otydligt.

Kommunalförbundet har anfört att bolagets redogörelse inte kan anses utgöra svar på frågan. Jämförelsevis har IBA lämnat en mycket detaljerad redogörelse på 13 sidor.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att längden på ett svar inte kan vara avgörande för poängsättningen. Avgörande måste i stället vara att svaret tydliggör hur utrustningen uppfyller de uppställda kraven. Förvaltningsrätten finner att kraven i utvärderingskriterium 7 får anses vara tydliga, samt att Kommunalförbundet där bl.a. efterfrågat en beskrivning av strålpositionsdetekteringssystemet i avsökningssnypeln för övervakning av strålens position över hela fältstorleken. Bolagets svar kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses utgöra en sådan beskrivning. Annat har

således inte visats än att Kommunalförbundet har haft fog för sin poängsättning av bolagets anbud avseende detta utvärderingskriterium.

Utvärderingskriterium 8

Bolaget har anfört att IBA borde ha fått 0 poäng avseende detta kriterium eftersom deras offererade tid på 1 sekund inte kunnat verifieras. Av Kommunalförbundets sammanfattning från besöket vid IBA:s anläggning framgår att uppmätta tider låg på mellan 5 och 10 sekunder.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att något krav på verifiering inte uppställts avseende detta kriterium. Vad som uppmätts vid Kommunalförbundets besök vid IBA, i dagsläget, spelar således ingen roll. Det är det offererade värdet på 1 sekund som kommer att bli avtalsvillkor och är vad IBA åtagit sig att prestera då den nu upphandlade anläggningen tas i bruk, vilket inte kommer att ske förrän om några år.

Utvärderingskriterium 9

Bolaget har anfört att Kommunalförbundet handlat i strid med principerna om transparens och likabehandling både genom att utforma utvärderingskriteriet på ett otydligt sätt och genom att vid utvärderingen jämföra anbud utan att beakta att de avser olika saker. Detta eftersom bolaget uppfattat att kriteriet avser klinisk användning och därför angett tiden för att svepa genom en mängd energilager, medan de andra bolagen uppfattat att kriteriet avser tiden att gå tillbaka endast ett energilager och angett tiden för detta.

Kommunalförbundet har anfört att kriteriet är tydligt utformat samt att bolaget haft möjlighet att begära ett förtydligande om tveksamhet förelåg.

Såsom kriteriet har formulerats framgår att tiden för tillbakagång till ett tidigare svopområdes energinivå bör vara så kort som möjligt (definierad som dödtiden från strålens avstängning på en nivå till dess påslagning på nästa). Förvaltningsrätten finner, framför allt p.g.a. att tiden för tillbakagång definierats som dödtiden från strålens avstängning på en nivå till dess

påslagning på nästa, att kriteriet rimligen inte kan uppfattas på annat sätt än att det avser tiden att gå tillbaka endast ett energilager. Kriteriet uppfyller således erforderliga krav på tydlighet.

Utvärderingskriterium 13

Bolaget har anfört att IBA ska erhålla högst 12 poäng avseende detta kriterium eftersom IBA, till skillnad från bolaget, använder sig av en stråljusteringsanordning. Bolaget har vidare anfört att det inte efterfrågats att stråljusteringsanordningar kan opereras automatiskt/motoriserat och att det faktum att Kommunalförbundet nu beaktat denna omständighet vid utvärderingen utgör en överträdelse av transparensprincipen.

Kommunalförbundet har anfört att det av kriteriet framgår att man önskar undvika onödig in- och utpassering i behandlingsrummet och att ett sätt att minimera detta är att operera mekaniska rörelser utifrån.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i utvärderingskriteriet anges att protonanläggningen ska vara utformad så att behovet av stråljusteringsanordningar minimeras. Detta krav innebär dock inget förbud mot stråljusteringsanordningar. Mot bakgrund av detta samt då det av kriteriet tydligt framgår att behandling ska kunna ske utan att man beträder utrymmet mellan fälten finner förvaltningsrätten att Kommunalförbundet inte handlat i strid mot transparensprincipen då man beaktat att stråljusteringsanordningarna kan opereras automatiskt.

Utvärderingskriterium 18

Bolaget har anfört att IBA inte borde ha erhållit mer än hälften av maximal poäng avseende detta kriterium eftersom de inte kunnat visa sina påståenden i 'clinical setting'.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att något verifieringskrav inte uppställts avseende detta kriterium. Det har därför inte visats annat än att poängsättningen av IBA:s anbud är korrekt.

Utvärderingskriterium 19

Bolaget har anfört att IBA felaktigt tilldelats 6 poäng eftersom IBA inte kan visa sina påståenden i 'clinical setting'. IBA borde med anledning av detta ha tilldelats som mest 3 poäng.

Kommunalförbundet har angett att kriteriet avser nuvarande status för tekniken. Denna status har demonstrerats av IBA vid besöket i Essen. Det ska noteras att 'clinical setting' inte är att likställa med 'clinical use'. Kommunalförbundet har medvetet inte uppställt krav på 'clinical use' eftersom det väsentliga vid bedömningen varit att aktuell teknik kan åstadkommas i klinisk miljö, inte att aktuell teknik faktiskt används på patienter. IBA:s behandlingstid är idag något lång. Bedömningen av IBA:s anbud har bl.a. baserats på denna aktuella behandlingstid och är korrekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderingskriterium 19 är ett sådant kriterium där krav på verifiering i 'clinical setting' har uppställts. För att ett anbud ska kunna erhålla full poäng krävs således att uppgiften i anbudet kan verifieras i 'clinical setting'. Om uppgiften inte kan verifieras alls ska inga poäng utdelas och om uppgiften endast kan styrkas i laboratoriemiljö kan det endast tilldelas hälften så många poäng som om den kunnat verifieras i 'clinical setting'.

Förvaltningsrätten finner att utvärderingskriteriets krav på att uppgiften ska verifieras i 'clinical setting' inte är detsamma som att den ska verifieras i 'clinical use'. Vad som angetts i utvärderingsrapporten om att IBA:s teknik inte är i 'clinical use' är således inte detsamma som att IBA:s anbud inte kunnat verifieras i 'clinical setting'. Som förvaltningsrätten tidigare konstaterat har bolaget inte förmått visa att IBA:s anläggning i Essen inte skulle utgöra en 'clinical setting'. Poängsättningen avseende detta kriterium får därmed anses vara i sin ordning.

Utvärderingskriterium 21

Bolaget har anfört att IBA offererat en tid på 70 sekunder och tilldelats poäng utifrån detta trots att denna tid inte kunnat verifieras. Den tid som faktiskt verifierats har varit betydligt högre. Bolaget anser att IBA inte ska tilldelas några poäng avseende detta kriterium eftersom uppgiften inte har kunnat verifieras.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att något krav på verifiering inte uppställts avseende detta kriterium. Vad som, i dagsläget, uppmätts vid Kommunalförbundets besök vid IBA spelar således ingen roll. Det är det offererade värdet på 70 sekunder som kommer att bli avtalsvillkor och är vad IBA åtagit sig att prestera då den nu upphandlade anläggningen tas i bruk, vilket inte kommer att ske förrän om några år.

Utvärderingskriterium 22

Bolaget har anfört att IBA felaktigt tilldelats maxpoäng avseende detta kriterium eftersom IBA, till skillnad från bolaget, använder sig av en stråljusteringsanordning.

Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderingskriteriet avser att fastställa om någon stråljusteringsanordning används samt att strålbredder, antal punkter och antalet energilager ska anges. Av utvärderingskriteriet framgår vidare att antalet strålmodulatorer helst bör hållas på ett minimum. Mot bakgrund av utvärderingskriteriets utformning är det, enligt förvaltningsrättens mening, inte uteslutet att ett anbud tilldelas högsta poäng även om en stråljusteringsanordning nyttjas. Det är inte visat att poängsättningen skulle ha blivit felaktig i denna del.

Utvärderingskriterium 38

Bolaget har anfört att det rätteligen ska tilldelas en högre poäng än IBA eftersom bolaget lämnat en detaljerad specifikation över offererat system och över hur mätningar ska göras i detta, medan IBA endast lämnat allmänna uttalanden och formulär som saknar tekniska data.

Kommunalförbundet har anfört att IBA:s acceptansprotokoll är lika detaljerat som bolagets. Såväl bolaget som IBA har i denna del framfört önskemål om att sekretessbelägga delar av sina anbud varför bolaget torde ha begränsad möjlighet att uttala sig om detaljrikiedom i IBA:s anbud i denna del.

Förvaltningsrätten finner att bolaget inte förmått visa att poängsättningen av IBA:s anbud avseende detta utvärderingskriterium är felaktig.

IBA:s offererade tillgänglighet

Bolaget har anfört att Kommunalförbundet inte tycks ha beaktat att IBA:s offererade tillgänglighet är felaktig. Detta framgår av Kommunalförbundets anteckningar från besöket vid IBA:s anläggning i Jacksonville, i vilka det även anges att ”detta strider mot det IBA skrivit tidigare både i offert och förtydligande”. Trots detta har Kommunalförbundet utvärderat IBA:s anbud utifrån den offererade tillgängligheten.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte av förfrågningsunderlaget framgår att det uppställs något krav på att den offererade tiden för klinisk verksamhet ska verifieras. Det är, enligt förvaltningsrättens mening, dessutom svårt att lägga uppgifter om tillgängligheten för en viss anläggning till grund för en bedömning av hur tillgängligheten kommer att bli för en annan anläggning. Det är även den offererade tillgängligheten som kommer att bli avtalsvillkor och är vad IBA åtagit sig att kunna prestera då den nu upphandlade anläggningen tas i bruk. Det bör även poängteras att det finns en vitesklausul kopplad till denna avtalspunkt som inträder vid avvikelser från offererad tillgänglighet. Det faktum att vitesklausulen endast motsvarar halva prispåslaget i förhållande till avvikelse från maximal tillgänglighet medför ingen annan bedömning.

Kommunalförbundets kontakter med IBA

Bolaget har anfört att det faktum att Kommunalförbundet besökt IBA och gett IBA möjlighet att presentera och vid behov tydliggöra sitt anbud, men inte givit de andra anbudsgivarna samma möjlighet inte kan anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen.

Kommunalförbundet har anfört att huvudsyftet med att besöka IBA var att utröna om och hur man klarar offererat värde på 60 MeV. Inget av besöken har lett till att IBA erhållit högre antal poäng än vad de hade erhållit enbart baserat på anbudet. Bolagets uppgifter i anbudet har å andra sidan tagits för goda och besöken hos IBA har därför inte påverkat bolaget negativt.

Förvaltningsrätten konstaterar att likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska således ges så lika förutsättningar som möjligt. Det faktum att Kommunalförbundet besökt endast en av anbudslämnarna i upphandlingen framstår som tveksamt med hänsyn till likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund av att Kommunalförbundet obestritt angett att besöken hos IBA inte lett till att IBA erhållit högre poäng än vad de hade erhållit enbart utifrån uppgifterna i anbudet utan lägre antal poäng finner förvaltningsrätten emellertid att det inte är visat att bolaget lidit skada.

Skaderekvisitet

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att Kommunalförbundet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU vid poängsättningen av IBA:s anbud avseende utvärderingskriterium 3. Detta utgör i sig en grund för ingripande mot upphandlingen. För att ingripande mot upphandlingen ska bli aktuellt krävs dock, som ovan nämnts, även att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.


Förvaltningsrätten har avseende utvärderingskriterium 3 funnit att IBA tilldelats för hög poäng. Varje tappad poäng är vid utvärdering värd 266 667 euro, som läggs till det offererade priset. Förvaltningsrätten kan

emellertid inte finna annat än att IBA även med pristillägg för de poäng som felaktigt tilldelats IBA skulle få ett lägre referenspris än vad bolaget har. Vid detta förhållande är det inte visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Sammanfattning

Bolaget har inte visat i målet att det finns grund för ingripande. Ansökan ska därför avslås.

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



Peter Lif
rådman

Målet har föredragits av Anna Lönnberg.