

**SÖKANDE**

Ion Beam Applications S.A., 860422-229  
Chemin du Cyclotron 3 (1348)  
Ottignies-Louvain-la-Neuve  
Belgien

*Ombud*

Jur kand. Johan Kennemyr,  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 14240  
104 40 Stockholm

**MOTPART**

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling, 222000-2092  
Box 6374  
751 36 Uppsala

*Ombud*

Advokat Jan Andersson  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandlings upphandling avseende  
Supply and Installation of Complete Proton Therapy Facility under  
Turnkey Contract

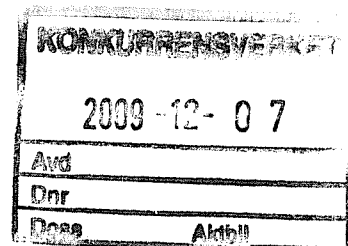
**SAKEN**

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

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten bifaller Ion Beam Applications S.A. ansökan om ingripande  
med stöd av LOU och förordnar att Kommunalförbundet Avancerad Strål-  
behandlings upphandling avseende "Supply and Installation of  
Complete Proton Therapy Facility under Turnkey Contract" ska göras om.

Det interimistiska beslutet av den 28 augusti 2009 upphör därmed att gälla.



## 1. BAKGRUND

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling (Kommunalförbundet) har inlett upphandling av en anläggning för strålbehandling med protoner, Supply and Installation of Complete Proton Therapy Facility under Turnkey Contract, till Skandionkliniken i Uppsala. Upphandlingen har genomförts som en förhandlad upphandling enligt LOU och bestämmelserna om totalentreprenader för byggnads, anläggnings- och installationsarbeten. Tilldelningsgrunden har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbud inkom från Varian Medical Systems Scandinavia i Danmark (Varian Danmark) och Ion Beam Applications S.A. i Belgien (IBA). Den 19 augusti 2009 meddelade Kommunalförbundet att upphandlingskontraktet tilldelats Varian Medical Systems Particle Therapy i Tyskland (Varian Tyskland).

## 2. YRKANDEN

### 2.1 Ion Beam Applications S.A. ansökan och yrkanden

IBA ansöker hos Länsrätten i Uppsala län om överprövning av Kommunalförbundets upphandling. IBA yrkar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Vidare yrkar IBA att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sitt yrkande har IBA i huvudsak fem invändningar mot handläggningen av den aktuella upphandlingen.

1. Kontraktet har tilldelats en leverantör som inte har lämnat anbud i upphandlingen;
2. IBA uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skallkrav;
3. Varian Danmark uppfyller inte samtliga i upphandlingen uppställda skallkrav;
4. Upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen enligt LOU;
5. Upphandlingen strider mot transparensprincipen enligt LOU.

### **2.2 Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandlings yrkanden**

Kommunalförbundet yrkar att länsrätten ska besluta att ansökan om överprövning avslås. I andra hand yrkas att Kommunalförbundet ska få vidta rättelse genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut. I tredje hand yrkas att upphandlingen förklaras pågående varvid Kommunalförbundet efter ny utvärdering av anbuden fattar nytt tilldelningsbeslut i enlighet med LOU. Som grund för yrkandet anför Kommunalförbundet i huvudsak följande. IBA har trots upprepade utfästelser inte visat att IBA kan leverera en sådan anläggning som Kommunalförbundet efterfrågar, vilket är ett absolut krav för att en anbudsgivare ska kunna tilldelas kontrakt i upphandlingen. Varian har visat att man klarat de krav som ställs. Kommunalförbundet har således rätteligen tilldelat kontraktet till Varian. IBA har därför inte lidit eller riskerar att lida någon skada. Mot den bakgrunden finns det anledning att anta att ansökan om överprövning ska avslås.

### **2.3 Länsrättens interimistiska beslut**

Länsrätten i Uppsala län har den 28 augusti 2009 förordnat om att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten har beslutat något annat. Kommunalförbundet har därefter yrkat att länsrätten ska upphäva det interimistiska beslutet omedelbart. Som grund för yrkandet har Kommunalförbundet uppgett att det lider större skada och olägenhet av det interimistiska yrkandet än vad IBA gör.

### **2.4 IBAs editionsyrkande**

IBA uppger i ansökan om överprövning att bolaget har begärt att få ut en kopia av det vinnande anbudet hos Kommunalförbundet, men att IBA endast har fått utvärderingsprotokollen. IBA begär därför att länsrätten förordnar att Kommunalförbundet ska lämna ut en kopia av det vinnande anbudet till IBA. Kommunalförbundet har i samband med ett yttrande den 14 oktober 2009 bilagt delar av Varians anbud (bilagorna F2:8–17). IBAs ombud Johan Kennemyr har i meddelande till länsrätten den 6 november 2009 uppgett att IBA därmed frånfaller sitt editionsyrkande.

### 3. DOMSKÄL

#### 3.1 Tillämpliga bestämmelser

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.

Enligt 4 kap. 3 § LOU ska vid förhandlat förfarande med föregående annonsering en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §.

I 8 kap. 10 § LOU anges bland annat följande. Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud eller att förhandla. Inbjudan skall innehålla förfrågningsunderlaget. Om förfrågningsunderlaget är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt. En inbjudan skall dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningssätt, om det skall betalas en avgift för handlingarna,
2. sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet skall skickas och på vilket eller vilka språk det skall skrivas,
3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,
4. vilka handlingar som skall bifogas,
5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling eller av förfrågningsunderlaget och
6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 11 kap. 1 § LOU anges följande. Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlade 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. En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 12 kap. 2 § LOU anges följande. 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, skall dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning skall anges i

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

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### 3.2 Länsrättens bedömning

Länsrätten har att ta ställning till huruvida Kommunalförbundets upphandling har skett i enlighet med LOU eller om det föreligger grund för ingripande från länsrättens sida.

*3.2.1 Kontraktet har tilldelats en leverantör som inte har lämnat anbud*  
IBA anför att det av tilldelningsbeslutet framgår att det är Varian Medical System Particle Therapy GmbH (Varian Tyskland) som har tilldelats upphandlingskontraktet trots att bolaget aldrig har lämnat något anbud i upphandlingen vare sig för egen del eller i egenskap av deltagare i ett konsortium. Det bolag som har lämnat anbud i upphandlingen och vars anbud har blivit utvärderat är Varian Medical System Scandinavia A/S (Varian Danmark). Kommunalförbundet har i strid med LOU sammanblandat kvalificeringsfasen med utvärderingsfasen. IBA anför att det inte är möjligt inom ramen för LOU att byta ut en anbudsgivare mot en annan leverantör som varken lämnat anbud eller blivit utvärderad. Vad Kommunalförbundet har anfört om Varian skulle ha lämnat ett koncernanbud finner inte stöd i vare sig lagtext, EG-direktiv, praxis eller doktrin. Därutöver strider det mot förfrågningsunderlagets bestämmelser om konsortium i AFB.51 B och C. Utifrån detta står klart att Varian Danmark genom sitt anbud inte har uppfyllt vare sig de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven eller de krav som uppställs i 11 kap. 12 § LOU.

**Kommunalförbundet** anför att det i Varians anbud anges bland annat följande. "Varian Medical System will be offering the equipment under the umbrella of the parent company Varian Medical System Inc. Palo Alto, California, USA. Should Skandionkliniken so desire, the parent company will issue financial guarantees accordingly. However, for the tender response a bank guarantee has been created as instructed." I anbudet anges även att "Varian Medical System will as main contractor take full responsibility". Mot bakgrund av det som redogjorts för kunde Kommunalförbundet inte göra annan bedömning än att anbudet i denna del inte var helt

klargörande alternativt något tvetydigt. Kommunalförbundet har efter klargörande konstaterat att anbudsgivare i upphandlingen är Varian Tyskland då det är detta bolag som ansvarar för och ska leverera den viktigaste och största delen av anläggningen. Kommunalförbundet anser därför att det inte är i strid med LOU att tilldela Varian Tyskland upphandlingskontraktet. Varian Medical Systems utgör en koncern där Varian Medical Systems Inc, Paolo Alto i Kalifornien, USA, är moderbolag och Varian Danmark och Varian Tyskland är dotterbolag. Både anbudet och genomförandet av beställningen omfattar hela koncernen Varian Medical Systems. Det anbud som har utvärderats är därför det anbud som har lämnats in av koncernen gemensamt. För det fall att länsrätten skulle finna att kontraktet tilldelats fel part gör Kommunalförbundet gällande att anbudet har lämnats av koncernen. För det fall att länsrätten ändå skulle anse att Kommunalförbundet tilldelat kontrakt till fel part rättas detta lämpligen på så sätt att länsrätten förordnar att rättelse ska ske genom att Kommunalförbundet fattar ett nytt tilldelningsbeslut varvid kontrakt tilldelas Varian Danmark, alternativt det bolag som länsrätten finner ska tilldelas kontrakt.

Kommunalförbundet anför vidare att när upphandlingen sker med förhandlat förfarande så innebär det att anbuden kan kompletteras ända fram tills det föreligger ett upphandlingskontrakt. Det är således inte givet att de anbud som utvärderas har lämnats vid ett formellt anbudsförfarande, utan anbuden växer fram under förhandlingens gång. Upphandlingen i denna del kan påbörjas på så sätt att den upphandlade myndigheten inbjuder anbudsgivarna till förhandling. Detta förfarande kan till och med påbörjas utan att anbudsgivarna lämnat anbud.

Länsrätten konstaterar följande. I förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) under punkt AFB.51 "Evaluation of tenderers", anges att anbud kan lämnas in av en juridisk person eller av en grupp leverantörer under vissa villkor. Anbudsgivare som vill ge in ett anbud som grupp kan således göra det. Ifall gruppen skulle tilldelas ett kontrakt måste de i så fall

bilda ett konsortium som kan underteckna kontraktet. Anbudsgivarna ska därför i anbudet presentera ett avtal där deltagarna förbinder sig att bilda konsortiet och delta i uppfyllandet av det åtagande som upphandlingen innebär.

I utvärderingen av de tekniska kraven (Evaluation of Technical Requirements) daterad den 11 augusti 2009 anges att de anbudsgivares anbud som utvärderas är IBA, Ion Beam Applications, Belgien och Varian Medical Systems Scandinavia, Danmark.

Av utvärderingen (Tender Evaluation Report) daterad den 11 augusti 2009 framgår under punkt 5 "Tendering" att en annons om upphandlingen publicerades i Supplement to the Official Journal of the European Community den 18 september 2008. Information om upphandlingen skickades den 19 september 2008 till tolv olika leverantörer som hade lämnat in en intresseanmälan om att delta i upphandlingen.

Under punkt 6 (Tender opening) anges att när anbuderna öppnades den 13 november 2008 hade två anbud inkommit. Anbuderna lämnades av Varian Medical Systems Scandinavia A/S Danmark och IBA Particle Therapy, Belgien.

I punkt 8 anges följande under utvärderingsresultatet (Evaluation result).  
"Both tenderers passed the commercial as well as the technical evaluation in line with the evaluation criteria stated in the tender dossier".

I punkt 7.2 anges att "The commercial evaluation is focused on:

- General requirements
- Legal requirements
- Economic requirements
- Financial requirements
- Technical ability requirements
- Staffing requirements



as specified and expressed in terms of "shall"-demands in the Administrative Regulations of the tender dossier."

I punkt 7.3 anges att "The technical evaluation comprised:

- I. Requirements for a proton therapy facility for the Skandion clinic
  - Facility specification
  - Special items
- II. Treatment planning, verification and oncology information systems
  - Treatment Planning System (TPS)
  - Verification and Oncology Information System (OIS)
  - Networking and IT-solutions
- III. Preparation rooms and equipment for immobilisation and verification of Position.
- IV Acceptance testing of system."

Detta tolkar länsrätten som att båda anbuderna klarade såväl den ekonomiska som den tekniska utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. I punkt 8 anges att det ändå på grund av omfattningen och komplexiteten i upphandlingen fanns tekniska och ekonomiska frågor som behövde lösas via förhandlingar för båda anbudsgivarna. En serie förhandlingar inleddes i december 2008 och i mitten av juli 2009 hade de flesta av dessa frågor blivit lösta.

Vid upphandlingar över tröskelvärdena får en leverantör som inte själv uppfyller kvalificeringskraven åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Leverantören får således ta hjälp av andra företag för att uppfylla kvalificeringskraven. För att detta ska vara möjligt måste anbudsgivaren kunna uppvisa ett åtagande från de åberopade företagen eller på annat sätt visa att han kommer att kunna förfoga över de åberopade resurserna när kontraktet ska fullgöras. Detta återges även i den aktuella upphandlingens förfrågningsunderlag (Administrative Regulations).

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att syftet med leverantörskvalificeringen är att bedöma anbudsgivarnas förmåga att som företag klara av att genomföra det aktuella kontraktet innan själva kontraktet tilldelas. Det ska således inte göras någon utvärdering av anbudet som sådant. Den förhandlande upphandlingen utgår vidare från att all förhandling sker med de parter som är anbudssökande, det vill säga de som har lämnat anbud.

Länsrätten gör följande bedömning. Den första frågan länsrätten har att ta ställning till är om kontraktet har tilldelats en leverantör som lämnat anbud. Av Kommunalförbundets ”Tender Evaluation Report” framgår att tolv företag inbjöds att lämna anbud men att endast Varian Danmark och IBA lämnade anbud. Varian Danmark har uppgett att erbjudandet avseende anläggningen sker ”under the umbrella of the parent company”. Av utredningen i målet framgår alltså inte att Varian Danmark, när företaget lämnade sitt anbud, har åberopat något annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet i eller utanför koncernen på det sätt som följer av 11 kap. 12 § LOU. Det framgår inte heller med vilka företag Varian Danmark har haft för avsikt att samarbeta med. Av bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU framgår att det är anbudsgivarens sak att bedöma om det finns behov av att åberopa andra leverantörers förmåga. Om så sker inträder enligt andra meningen en skyldighet för anbudsgivaren att visa att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

En delfråga som länsrätten därmed har att ta ställning till är om en upphandling med förhandlat förfarande innebär att en upphandlande myndighet kan förhandla om vem som är anbudsgivare. I 4 kap. 3 § LOU anges att förhandlingarna, vid förhandlat förfarande som föregåtts av annonsering, ska syfta till att anpassa anbuden till de krav som framgår av annonsen och förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet. Förhandlingarna ska således främst avse de lämnade anbuden och att anpassa dessa till de krav som framgår av annonsen och förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten måste dessutom under hela förfarandet iaktta de

grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Det förhandlande förfarandet i upphandlingen ska således endast avse de anbud som har lämnats från Varian Danmark och IBA. Det finns enligt länsrättens mening ingen möjlighet att inom ramen för det förhandlande förfarandet inkludera andra leverantörer som inte tidigare åberopats enligt 11 kap. 12 § LOU. Det framgår inte av utredningen i målet att Varian Danmark skulle ha åberopat något annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Varian Tyskland har inte lämnat något anbud i upphandlingen. Att som Kommunalförbundet har anfört tilldela Varian Tyskland upphandlingskontraktet på den grunden att bolaget ska leverera den viktigaste och största delen i anläggningen eller att Varian Danmarks anbud skulle vara att betrakta som ett koncernanbud innebär dessutom att Kommunalförbundet har gjort en leverantörskvalificering efter utvärderingen av anbudet i strid med 11 kap. 1 § LOU.

Förfarandet i nu aktuellt mål strider även mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU då en upphandlande myndighet inte får gynna vissa leverantörer utan alla leverantörer ska behandlas lika utan ovidkommande hänsyn och ges så lika förutsättningar som möjligt. Komplettering eller förtydligande av anbud får endast göras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och det inte strider mot likabehandlingsprincipen. Förtydligande och komplettering innebär vidare att en anbudsgivare inte kan ersätta tidigare lämnade uppgifter genom att lämna nya, utan får således endast avse uppgifter som anbudsgivaren redan har lämnat. Kommunalförbundet har enligt länsrättens mening på detta sätt gynnat både Varian Tyskland och Varian Danmark på ett sätt som varken rymms inom ramen för bestämmelserna i LOU eller inom det förhandlade förfarandet.

*3.2.2 IBA uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skallkrav*

IBA anför att Kommunalförbundet har gjort en felaktig utvärdering av IBAs anbud. IBA uppger att de kan leverera och har offererat en sådan anläggning som Kommunalförbundet efterfrågar, men att de i upphandlingen har underkänts i två skallkrav dels avseende efterfrågade energinivåer för aktuell terapi, dels vad gäller inkluderandet av ”application training” och ”technical training” i anbudet.

IBA understryker att Kommunalförbundet inte på något ställe i förfrågningsunderlaget har uttryckt att det finns ett skallkrav med innebörden att en leverantör måste offerera en renodlad anläggning i vilken all behandling sker med Pencil Beam Scanning (PBS) såsom Kommunalförbundet anför. Skallkravets lydelse avseende de efterfrågade energinivåerna är enligt IBA klar: ”The proton energy shall be variable from 70 MeV to maximum energy”. Eftersom Kommunalförbundet har valt att formulera detta skallkrav på sådant sätt att det inte uttryckligen utesluter en användning av en Range Shifter, har Kommunalförbundet inte heller rätt att indirekt eller i efterhand tolka in att en Range Shifter medför att skallkravet inte är uppfyllt. IBA anför även att det av utvärderingen framgår att Varian Danmarks anbud också innehållit en lösning med Range Shifters, vilket inte har haft någon negativ påverkan vid Kommunalförbundets utvärdering.

IBA uppger vidare att även om bolaget inte har inkluderat en prissättning avseende tränings skallkravet i anbudet, innebär inte det att skallkravet för den sakens skull inte är uppfyllt. Av skallkravets lydelse följer att ett krav på prissättning som kan utläsas är ett börkrav och inte ett skallkrav och rör inte ”application training” och ”technical training”. Även om börkravet inte skulle anses uppfyllt är skallkravet ändå uppfyllt eftersom IBA har inkluderat ”application training” och ”technical training” i sitt anbud. IBA anser att det av detta framgår att Kommunalförbundet felaktigt har utvärderat ett börkrav som om det vore ett skallkrav.

**Kommunalförbundet** anför bland annat följande avseende de efterfrågade energinivåerna. Teknologin IBA använder bygger till övervägande del på den äldre tekniken; Passive Scattering, där man för att bromsa protonstrålen vid behandling placerar ett eller två spridande metallfolier i strålen före patienten. PBS gör det möjligt att skraddarsy en dosfördelning vid cancerbehandlingar som ingen annan känd behandlingsteknik idag kan överträffa. Dessutom behöver inget material introduceras i strålen framför patienten vilket gör föroreningen av neutroner minimal.

Varian har en PBS med bättre prestanda än IBA, exempelvis smalare stråle, lägre energier och bolaget kan visa upp ett fungerande system som sedan mars 2009 används för behandling av patienter. Det IBA har visat upp för Kommunalförbundet är ambitioner och planer för framtiden. De preliminära testresultat som IBA har visat från den första riktiga PBS-anläggning som IBA tog i drift i augusti 2009 i Essen, Tyskland, kan inte konkurrera med de prestanda som Varian har i drift vid Rinecker Proton Therapy Center i München, Tyskland. Det är därför inte fråga om att vissa skallkrav har uppfyllts eller inte. Frågan är om det för upphandlingen avgörande och övergripande syftet är uppfyllt; att uppföra en renodlad anläggning i vilken all behandling sker med PBS. Vinnande anbudsgivare i upphandlingen har visat att de kan leverera en renodlad anläggning i vilken all behandling sker med PBS. Kommunalförbundet tillbakavisar därför IBAs påstående om att utvärderingen skulle vara felaktig.

I frågan om "application training" och "technical training" kan anses ingå i anbudet eller inte anför Kommunalförbundet följande. Ordalydelsen i IBAs anbud kan omöjligen förstås på annat sätt än att detta inte ingår i anbudet. Om ett krav inte ingår i anbudet kan kravet inte heller vara uppfyllt. I och med att kravet inte ingår i anbudssumman blir anbudssumman lägre än om kravet ingått i anbudet. Det skulle innebära att en anbudsgivare skulle kunna uppge att samtliga krav är uppfyllda men att detta inte ingår i anbudssumman. Kravet som anges i förfrågningsunderlaget, det vill säga

”shall include” avser ”application training” och ”technical training package”. Det avser ”all categories” och är fråga om ”best clinical use”. Meningen efter anger att anbudet även ”should include” innehålla ”suggestion and pricing for additional training packages for in-house training”. Kommunalförbundet anför att detta dock inte är något som har varit avgörande vid utvärderingen av IBAs anbud. Den avgörande frågan vid utvärderingen av IBAs anbud har varit huruvida IBA klarar av att leverera en renodlad anläggning i vilken all behandling sker med PBS. Kommunalförbundet vidhåller att dess utvärdering av IBAs anbud i denna del är korrekt.

Länsrätten konstaterar följande avseende de efterfrågade energinivåerna. I förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) den 18 september 2008 under punkt AFB.52 anges bland annat följande. Utvärderingen kommer att baseras på ”legal, economical, technical and staff competence evaluations. Maintenance and operational aspects will also be taken into account”. Vid utvärderingen kommer följande parametrar att beaktas: “price, terms of payment, technical solutions/ treatment planning, verification and network systems, IT solutions, quality, capacity to perform, reference projects, organisational arrangements, quality- and environmental systems, time and terms of delivery”. Vidare anges att de anbud som uppfyller alla krav i förfrågningsunderlaget kommer att utvärderas noggrant för att komma fram till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vid utvärderingen av IBAs och Varian Danmarks anbud (Evaluation of Technical Requirements) anges bland annat följande i punkt 6. ”...and the proton proton energy shall be variable from 70 MeV to maximum energy.”

Av utvärderingen i punkt 6 framgår att IBA inte anses klara kravet då strålen vid låga energier inte är kliniskt användbar och för att det behövs en Range Shifter vid låga energinivåer. Detta gör att antalet behandlingar som kommer att behöva en Range Shifter blir många, vilket reducerar anlägg-

ningens kapacitet på grund av den tid som behövs för att montera på och av en Range Shifter mellan behandlingarna men även mellan olika stråldoser för en och samma patient. Av utvärderingen framgår även att Varian anses klara en kliniskt användbar protonstråle vid låga energinivåer som kan levereras genom stråltransport fram till munstycket och ända fram till patienten. IBA har fått ett "No" i utvärderingen under punkt 6 och Varian har fått ett "Yes".

I sammanfattningen av utvärderingen av de tekniska kraven (Summing-up of Evaluation of Technical Requirements) anges följande. I förfrågningsunderlaget anges vilket intervall energinivåerna som ska användas i behandlingen ska ha. Även om IBAs Energy Selection System (EES) kan leverera de efterfrågade energinivåerna har IBA uppgett att det behövs en Range Shifter för låga energinivåer. Hur stor andel patienter som kommer att behöva en Range Shifter är inte helt klart vid utvärderingen, men utvärderingskommittén beräknar att en övervägande del av patienterna kommer att behöva det vid vissa delar av behandlingen. Detta kommer att påverka anläggningens kapacitet eftersom personal kommer att behöva gå in i behandlingsrummet mellan olika energinivåer. Kommunalförbundet uppger i sammanfattningen att IBA har varit villig att förbinda sig att leverera en lägsta energinivå på 80 MeV, men att IBA har uttryckt att den låga energinivån inte kommer att vara kliniskt användbar. Utvärderingskommittén rekommenderar i sammanfattningen att Kommunalförbundets styrelse ska tilldela upphandlingen till Varian Medical Systems Particle Therapy i Tyskland.

Länsrätten gör följande bedömning. En grundläggande gemenskapsrättslig princip i upphandlingar är att en leverantör genom förfrågningsunderlaget ska kunna utläsa vilka varor och tjänster som efterfrågas och hur olika kriterier kommer att värderas vid utvärderingen. Även om det avser en förhandlad upphandling har Kommunalförbundet vid utvärderingen att följa vad den har angett i förfrågningsunderlaget. Länsrätten anser att det inte

går att utläsa av förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) att upphandlingen avser en renodlad anläggning där all behandling sker med PBS. Det går inte heller att utläsa av skallkraven i förfrågningsunderlaget att dessa utesluter en Range Shifter vid strålbehandlingar med lägre energinivåer. Kommunalförbundet har anfört att detta har varit deras enda syfte med upphandlingen och att IBA inte kan ha varit omedvetna om det eftersom IBA har deltagit i de två tidigare upphandlingarna som Kommunalförbundet fått avbryta då ingen leverantör kunnat leverera en sådan anläggning som efterfrågats.

Länsrätten anser att Kommunalförbundets syfte med upphandlingen inte kan förta kravet på tydlighet i skallkraven eller i förfrågningsunderlaget. Enligt länsrättens mening har Kommunalförbundet brutit mot principen om transparens när Kommunalförbundet i utvärderingen inte följt de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Kommunalförbundet har således agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU när den bedömde att IBA inte klarade skallkravet i punkt 6 i "Evaluation of Technical Requirements" på grund av hur bolagets anbud var utformat.

Nästa fråga som länsrätten har att ta ställning till är om upphandlingens krav avseende "application- and technical training" är uppfyllt för IBAs del. I förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) anges bland annat följande under punkt 20. "The offer shall include application training for all categories of staff to facilitate best clinical use of the facility. It shall also include a technical training package for the in-house technical staff. The offer should include suggestions and pricing for additional training packages for in-house training."

Av Kommunalförbundets utvärdering av punkt 20 framgår följande: "IBA claims to be able to tailor an appropriate education program but does not include this in the offer" IBA har därför fått ett "No" under punkt 20 och Varian har fått ett "Yes".



I sammanfattningen av utvärderingen av de tekniska kraven (Summing-up of Evaluation of Technical Requirements) anges under punkt 8.1 bland annat följande. ”There is no application or technical training included in the offer from IBA, although stated as a shall demand in the tender dossier. The cost for such training packages are hence, not given”.

Länsrätten konstaterar att det av IBAs anbud på sida 80, punkt 20, framgår att bolaget erbjuder Kommunalförbundet att ta del av ett omfattande utbildningsprogram. Utbildningsprogrammet omfattar alla personer som kommer att vara inblandade i driften av protonterapianläggningen. Det är IBAs policy att lägga upp det exakta utbildningsprogrammet för personalen och övningar tillsammans med beställaren. I en fotnot till meningen anges att prissättningen för dessa inte är inkluderade i anbudet. Därefter anger IBA riktlinjerna för olika utbildningsprogram som bolaget har skapat för tre tidigare kunder och tillägger att när det är dags för Skandionklinikens utbildning kommer Kommunalförbundet att kunna tillgodogöra sig erfarenheterna ytterligare från två institutioner som har utbildats för IBAs protonterapisystem. Utbildningsprogrammen som IBA redogör för i anbudet är bland annat ett kliniskt övningsprogram, praktisk utbildning för specialister, sjukhusfysiker och läkare, särskilda utbildningar för läkare, sjukhusfysiker och ingenjörer, utbildning för radiologipersonal samt kliniska övningar med simulerade behandlingar.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skallkrav att anbudet ska innehålla utbildning. Förslag och prissättning av ytterligare utbildningspaket är däremot ett börkrav. Frågan länsrätten därmed har att ta ställning till är om IBA kan anses ha uppfyllt skallkravet och om bolaget har inkluderat ”application training” och ”technical training” i sitt anbud och om skallkravet också innebär att IBA ska lämna pris för utbildningen.

Av Kommunalförbundets formulering av skallkravet i punkt 20 framgår inte på vilket sätt anbudsgivarna ska redovisa utbildningsprogrammen. Av IBAs anbud framgår att den exakta utbildningsplanen och programmet för personal ska läggas upp tillsammans med beställaren. I en fotnot till den meningen anges att IBA inte har inkluderat prissättning för dessa i anbudet. På engelska lyder meningen: "It is IBA's policy to define together with their new customers the exact plan and training of the staff". Fotnotens lydelse på engelska är: "Pricing for these is not included in this offer".

I förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) punkt AFB.5 anges att: "Tender evaluations will be done in accordance with the economically most advantageous procedure as per LOU chapter 12 § 1.1."

Mot bakgrund av att upphandlingens tilldelningsgrund var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, borde det enligt länsrättens mening ha stått klart för IBA att anbudet skulle bli inkomplett om bolaget inte samtidigt lämnade något pris för den utbildning som omfattades av skallkravet. Om priset för utbildningen inte ingick i det anbud som IBA lämnade har följaktligen inte heller utbildningen kunnat anses ha ingått i anbudet. Länsrätten anser mot denna bakgrund att IBA inte uppfyller skallkravet avseende "application training" och "technical training" såsom kravet står angivet i förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) under punkt 20.

Länsrätten anser dock samtidigt att skallkravet i punkt 20 avseende "application training" och "technical training" ger utrymme för flera olika tolkningar och därmed inte är transparent. Det står exempelvis inte angivet i punkt 20 hur Kommunalförbundet vill att anbudsgivarna ska redovisa utbildningarna. Det står inte heller angivet att anbudsgivarna ska inkludera pris för "application training" och "technical training" utan detta är endast något som kan förstås utifrån tilldelningsgrunden för upphandlingen samt det faktum att anbudsgivarna i börkravet under punkt 20 skulle ange pris-

sättning för den utbildning som inte ingick i anbudet. För att kunna offere-  
ra specifika utbildningar måste det vidare stå klart för anbudsgivaren vil-  
ken slags anläggning som den upphandlande myndigheten vill upphandla.  
Länsrätten anser mot denna bakgrund att skallkravet under punkt 20 avse-  
ende ”application training” och ”technical training” inte uppfyller kravet på  
transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Bristen på transparens i nämnda krav  
övertägar därför bristerna i IBAs uppfyllande av skallkravet i punkt 20 i  
förfrågningsunderlaget avseende ”application training” och ”technical trai-  
ning”.

IBA har anfört att Kommunalförbundet hade kunnat begära ett klagande  
avseende ”application training” och ”technical training”. Länsrätten kon-  
staterar härvidlag följande. Komplettering eller förtydligande av anbud får  
endast göras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrens-  
begränsning och det inte strider mot likabehandlingsprincipen. Förtyd-  
ligande och komplettering innebär vidare att en anbudsgivare inte kan er-  
sätta tidigare lämnade uppgifter genom att lämna nya, utan får således en-  
dast avse uppgifter som anbudsgivaren redan har lämnat. Det är vidare den  
upphandlande myndigheten som bestämmer om anbudsgivaren ska få  
komplettera eller förtydliga sitt anbud. En anbudsgivare kan således inte  
kräva att få förtydliga eller komplettera sitt anbud i efterhand. Det har inte  
heller framkommit något som tyder på att detta skulle röra sig om en up-  
penbar felskrivning från IBAs sida.

### *3.2.3 Varian Danmark uppfyller inte samtliga uppställda skallkrav*

IBA anför att Kommunalförbundet har i strid med likabehandlingsprinci-  
pen låtit modifiera och har fränfallit uppställda skallkrav på ett för Varian  
Danmark fördelaktigt och för upphandlingens utgång helt avgörande sätt.  
Kommunalförbundet har bedömt att IBAs anbud inte uppfyller två skall-  
krav med följden att IBAs anbud underkänts. Samtidigt har Kommunalför-  
bundet bedömt att Varian Danmarks anbud inte uppfyller skallkrav 4, 5, 9,  
24, 33 och 46 i ”Evaluation of Technical Requirements” och inte heller

skallkrav K i AFB.51 i förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) utan att det har fått till följd att Varian Danmarks anbud underkänts. Kommunalförbundet har således, i strid med likabehandlingsprincipen, underlåtit att garantera en objektiv jämförelse mellan anbuderna och tillåtit Varian Danmarks anbud att avvika från de tvingande skallkraven med innebörden att Varian Danmark i praktiken har gynnats på IBAs bekostnad när de tilldelades kontraktet. Eftersom endast IBAs anbud, men inte Varian Danmarks, underkändes, trots att ingen av anbudsgivarna ansågs uppfylla alla skallkrav, lider IBA skada av att kontraktet tilldelas Varian Danmark istället för att upphandlingen rätteligen avbryts och görs om.

**Kommunalförbundet** anför sammanfattningsvis följande. Ingen av anbudsgivarna har bedömts klara samtliga krav utan några förbehåll. Det är fråga om en ytterst komplex upphandling som dessutom genomförts som en förhandlad upphandling. Det avgörande ska istället vara att Kommunalförbundet har upprätthållit likabehandlingsprincipen, vilket de anser att de har gjort. Kommunalförbundet bestrider det som IBA har anfört. IBA hävdar att Varian Danmark inte besitter den kompetens som erfordras för att kunna leverera efterfrågad utrustning. Av Varian Danmarks anbud framgår under avsnittet "Tender Response" att hela anbudet avges under paraplyorganisationen Varian Medical Systems Inc i USA och att huvudleverantörerna för detta anbud är Varian Tyskland för protonutrustningen och Varian Danmark för samtliga IT-lösningar och relaterad service. Det framgår att det av Varian inlämnade anbudet visar att man har erfarenhet och kunnande för att klara åtagandet enligt förfrågningsunderlaget.

**Länsrätten** konstaterar följande. I utvärderingen av de tekniska kraven (Evaluation of Technical Requirements) anges i punkt 4 att anläggningen ska vara CE-märkt. Av utvärderingen framgår att Varians anläggning blev CE-märkt den 12 februari 2009. IBA har anfört att det betyder att skallkravet inte var uppfyllt när anbudet lämnades och det strider mot LOU att acceptera att ett uppställt skallkrav får uppfyllas i efterhand. Kommunalför-

bundet har anfört att det avgörande är om utrustningen är CE-märkt vid leverans och ibruktagande och att det utgör en typisk omständighet som ska klargöras under det förhandlande förfarandet.

I utvärderingen anges vidare att Varian inte har svarat på skallkrav 5 där anbudsgivaren ska bekräfta att anläggningen ska klara ett visst antal patienter och att det även ska vara möjligt att öka den behandlingskapaciteten. I utvärderingen anges att Varian inte specificerar hur många patienter deras anläggning kan behandla då detta ligger utanför deras prövning.

Av utvärderingen framgår vidare att Varian delvis uppfyller skallkrav 9 som i korthet avser att anläggningen ska kunna utföra återkommande skanning för varje stråle för att undvika feldoseringar vid mål som rör sig, exempelvis på grund av andningsrörelser. I utvärderingen anges att det av Varian offererade systemet är alltför långsamt för att på ett effektivt sätt kunna möta de behov som uppstår vid andningsrörelser.

I punkt 24 i utvärderingen anges att anbudsgivaren ska specificera den tid som det tar att leverera en viss strålningsdos till en kub motsvarande 1 kubikcentimeter på ett djup av mellan 10–20 cm och med eller utan återkommande skanning. Av utvärderingen framgår att Varian delvis har angett ett svar. Kommunalförbundet bedömer i utvärderingen att svaret är kortfattat och inte behandlar frågan fullständigt. Av utvärderingen framgår vidare att Kommunalförbundet har begärt ett förtydligande och då har förrevisats data från Rinecker Proton Treatment Center.

I punkt 33 anges att anbudsgivarna ska redogöra för vilket strålskydd som finns för ”accelerator, beam-line and treatment room”. Av utvärderingen framgår att Varian inte har beskrivit detta. Varian uppger enligt utvärderingen att bolaget kommer att lämna all relevant information och stöd avseende beräkningar för strålskydd, men betonar att det är kundens ansvar.

I punkt 46 anges att anbudet ska innehålla förslag om lämpliga lösningar för patienttransporter (equipment for imaging, patient positioning/verification, gating, patient support and transport system in and between the preparation and treatment rooms). I utvärderingen anges att Varian delvis uppfyller skullkravet men att den föreslagna lösningen avseende patienttransportsystemet inte motsvarar det behov som Skandionkliniken har och behöver bearbetas. Varian förbinder sig att samarbeta med Skandion för att hitta en lämplig lösning.

I utvärderingen (Evaluation of Commercial Requirements) under punkt K i AFB.51 anges att anbudsgivaren ska beskriva omfattningen och innehållet i referenskontraktet. Referensen måste innehålla en beskrivning av de uppgifter som företaget utförde. Rapporten ska vara så tydlig att det framgår att de uppställda kraven följdes. Upphandlaren av det kontrakt som anbudsgivaren refererar till måste bekräfta genom en signatur att redogörelsen är riktigt återgiven. I utvärderingen anges att Varian uppfyller kravet med ett "Yes/No".

Länsrätten gör följande bedömning. Vid en upphandling bedöms anbuden i tre steg. Först görs en leverantörskvalificering för att bedöma om anbudsgivaren klarar av att som företag leverera de varor eller utföra de tjänster som upphandlingen avser. Därefter görs en prövning av anbuden för att se om de uppfyller de formella kraven (skallkraven), om anbudsgivarna har angett att de accepterar de kommersiella villkoren och så görs en kontroll av om det som offereras i anbuden uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav får inte utvärderas utan ska normalt förkastas. Till sist görs en anbudsutvärdering där den upphandlande myndigheten bedömer vilken av anbudsgivarna som på bästa sätt kan tillgodose dess behov och som därför ska tilldelas kontraktet.

Enligt länsrättens mening innebär en förhandlad upphandling inte att upphandlaren kan göra avsteg från ordningen för hur anbudena ska kvalificera sig i en upphandling. Det förhandlande förfarandet ställer istället extra höga krav på att upphandlaren ska ha klara och tydligt utformade förfrågningsunderlag och där förhandlingen endast avser de lämnade anbudena och hur de kan anpassas till förfrågningsunderlaget. Länsrätten anser, som tidigare angivet, att det förhandlande förfarandet inte innebär att upphandlaren kan blanda samman de olika kvalificeringsstegen med anbudsutvärderingen. Av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU följer vidare att den upphandlande myndigheten inte får ändra eller bortse från de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven eller på annat sätt ändra förutsättningarna för anbudsgivare.

Kommunalförbundet har utvärderat Varian Danmarks anbud trots att anbudet inte uppfyller vissa skallkrav. Skallkraven ska vara uppfyllda när anbudet lämnas och kan inte uppfyllas delvis eller i efterhand. Det förhandlande upphandlingsförfarandet eller möjligheten att förtydliga eller komplettera en redan lämnad uppgift i anbudet kan, enligt länsrättens mening, inte läka sådana brister som är aktuella i detta mål. Varian Danmarks anbud borde därför ha förkastats vid prövningen av anbudet och inte ha kvalificerat sig vidare till en utvärdering.

Länsrätten har i behandlingen av målets första fråga redan kommit fram till att utredningen i målet inte visar att Varian Danmark skulle ha åberopat något annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet i eller utanför koncernen. Det framgår inte heller att Varian Danmark haft för avsikt att samarbeta med andra bolag eller att deras anbud skulle vara att betrakta som ett koncernanbud. Det saknas därför anledning för länsrätten att ta ställning till om Varian Danmark skulle kunna anses uppfylla skallkravet på något annat sätt än såsom utvärderingen av anbudet anger enligt nyss sagda.

*3.2.4 Frågan om upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen*

IBA uppger att Kommunalförbundet i sin upphandling har behandlat de två anbudsgivarna mycket olika och att Kommunalförbundet genom sitt agerande har gynnat Varian Danmark i jämförelse med hur IBA har behandlats. IBA anför att Kommunalförbundet redan före utvärderingen av anbudet har haft uppfattningen att Varian Danmark skulle vinna upphandlingen genom att ett antal skallkrav har modifierats eller frånfallits till Varian Danmarks fördel. Kommunalförbundet har enligt IBA visat i sin skriftväxling i målet att Varian Danmark var den enda av de två anbudsgivarna som ansågs vara intressant och att Kommunalförbundet långt innan utvärderingen av anbudet hade bestämt sig för att kontraktet skulle tilldelas Varian Danmark. IBA anser att de inte har haft samma möjlighet som Varian Danmark att klargöra och förtydliga sitt anbud något som i sin tur kan ha lett till att Kommunalförbundet har bedömt att IBA inte uppfyller vissa skallkrav. IBA är även kritisk till att Kommunalförbundet har varit koncernen Varian behjälplig inför anbudet genom att tillsammans med företrädare från Varian Danmark träffa en av IBAs underleverantörer.

**Kommunalförbundet** anför å sin sida att deras kontakter med IBAs underleverantör avbröts när det framgick att avtalet med IBA förhindrade vidare kontakter med Kommunalförbundet. Kommunalförbundet har avseende de båda anbudsgivarna kunnat konstatera att kraven inte uppfyllts helt och hållet. I den mån Kommunalförbundet inte har begärt klargörande avseende ”application training” och ”technical training” av IBA har detta sin grund i att när det stod klart för Kommunalförbundet att IBA inte kunde leverera en renodlad anläggning i vilken all behandling sker med PBS, fanns det inte heller någon anledning att fördjupa förhandlingarna med IBA inför tilldelandet av kontrakt. Kommunalförbundet anser att LOU inte kräver att förhandlingen med anbudsgivare sker på ett exakt sätt och i samma omfattning med samtliga anbudsgivare. Det centrala är att den upphandlande myndigheten upprätthåller likabehandlingsprincipen, vilket Kommunalförbundet anser sig ha gjort.



Länsrätten konstaterar följande. Den upphandlande enheten får inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget eftersom de då finns risk att förutsättningarna ändras för upphandlingen. Inte heller får den upphandlande myndigheten frånfalla krav. Någon möjlighet att ändra eller göra tillägg till angivna bedömningskriterier föreligger normalt inte utan att upphandlingen måste göras om. Att föra förhandlingar grundade på anbud som avviker från kravspecifikationen och om dessa förhandlingar leder till kontrakt och ändrade villkor jämfört med kravspecifikationen, strider mot likabehandlingsprincipen. För att detta ska vara möjligt måste förfrågningsunderlaget innehålla en möjlighet för anbudsgivarna att avvika från kraven.

Av utredningen i målet har framkommit att IBA och Varian Danmark inte har behandlats lika i leverantörskvalificeringen. Trots att Varian Danmark inte har åberopat något annat företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet i eller utanför koncernen har Varian Danmarks anbud bedömts omfatta leverantörer som inte har lämnat anbud i upphandlingen. Kommunalförbundet har vidare uppgett att ingen av anbudsgivarna uppfyllde de formella kraven, det vill säga skallkraven och kraven i förfrågningsunderlaget, men har trots detta ansett att Varian som koncern uppfyller syftet med upphandlingen. Kommunalförbundet har även anfört att även om ingen av anbudsgivarna uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget helt och hållet saknades anledning att fördjupa några förhandlingar med IBA därför att bolagets anbud inte uppfyllde syftet med upphandlingen. Länsrätten anser mot bakgrund av ovanstående att utredningen i målet visar att Kommunalförbundet har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU i både leverantörskvalificeringen och anbudsprövningen under upphandlingen.

### *3.2.5 Frågan om upphandlingen strider mot transparensprincipen*

IBA anför bland annat följande. Kommunalförbundet har inte på ett tillräckligt tydligt sätt angett hur de uppställda kraven kommer att viktas in-

bördes eller rangordnas vid bedömningen av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I det aktuella förfrågningsunderlaget (Administrative Regulations) anges under rubrik AFB.52 Tender evaluation criteria: "The tender Evaluation will be based on legal, economical, technical and staff competence evaluations. Maintenance and operational aspects will also be taken into account. As criteria at the evaluation, consideration will be paid at all parameters like: Price, terms of payment, technical solutions/treatment planning, verification and network systems, IT solutions, quality, capacity to perform, reference projects, organisational arrangements, quality and environmental systems, time and terms of delivery. Tenders passing all requirements stated in this tender dossier will be thoroughly evaluated to arrive at the economically most advantageous tender." Det anges inte hur dessa olika krav ska komma att viktas sinsemellan i förhållande till den vikt som Kommunalförbundet tillmäter vart och ett av kraven.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet är skyldig att ange hur uppställda kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det sägs endast att anbudsgivare som uppfyller kraven kommer att bli "thoroughly evaluated", utan att det närmare beskrivs exakt hur eller enligt vilka förutsättningar detta ska gå till. En sådan kriterieviktning ska, enligt paragrafens tredje stycke, anges redan i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar. Vidare klargör 8 kap. 10 § punkt 5 LOU att det vid ett förhandlat förfarande redan i inbjudan att inkomma med anbud, ska anges den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling eller av förfrågningsunderlaget. Något undantag som medger att kriterieviktning sker först senare under upphandlingsförfarandet (eller inte alls) kan därför inte utläsas ur vare sig lagtext eller rättspraxis. Det är således inte förenligt med bestämmelserna i LOU och principerna om transparens och likabehandling att, såsom Kommunalförbundet

gjort gällande "utförligt behandla" kriterieviktningen vid förhandlingarna med de respektive anbudsgivarna.

Kommunalförbundet har enligt IBA därmed brutit mot transparensprincipen och bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU, eftersom förfrågningsunderlaget varit så bristfälligt och otydligt att det för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte har varit möjligt att på förhand förutse hur utvärderingen skulle ske. Kommunalförbundet har därmed lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och subjektiva bedömningar, och har i praktiken förbehållit sig en fri prövningsrätt av anbuden. Det är uppenbart att IBA lidit eller riskerar att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU i en situation där Kommunalförbundet rent faktiskt har förbehållit sig rätten att skönsmässigt och godtyckligt avgöra utfallet i upphandlingen. Upphandlingen är därmed behäftad med så allvarliga och genomgripande felaktigheter att länsrätten måste förordna att den ska göras om.

**Kommunalförbundet** anför bland annat följande. Kommunalförbundet kunde efter noggranna överväganden inför påbörjandet av upphandlingen inte göra annan bedömning än att det inte var möjligt att ange en noggrann specificering hur olika aspekter skulle bedömas i förhållande till varandra. Anledningen till detta är att det dels är fråga om teknik som är ny som Kommunalförbundet inte känner till, dels fann Kommunalförbundet att följden av att styra leverantörerna i sin utredning och projektering av anläggningen genom en specificering, helt enkelt inte kunde vare sig förutses eller bedömas. Om Kommunalförbundet skulle ha angett tekniska specifikationer utifrån antaganden och osäkra tekniska data skulle detta ha kunna innebära att Kommunalförbundet styrde utförandet till vissa tekniska lösningar. Kommunalförbundet skulle därmed riskera att få ett anbud med en sämre produkt istället för ett anbud med den absolut bästa anläggningen som kan erhållas på marknaden. Det var utifrån dessa ställningstaganden och utgångspunkter som Kommunalförbundet utarbetade de krav som anges i handlingen "Evaluation of Technical Requirements" och som inne-

håller inte mindre än 46 krav. Samtliga krav har bedömts och utvärderats av Kommunalförbundet. Härvid användes uttrycken ”should” och ”shall”. Samtliga krav har noggrant behandlats vid förhandlingarna med anbudsgivarna liksom övriga frågeställningar av betydelse för leverantörerna.

Mot bakgrund av nämnda omständigheter, inte minst det faktum att upphandlingen genomförts som en förhandlad upphandling varvid anbudsgivarna i princip fått all information som överhuvudtaget kunde ges om förutsättningarna, gör Kommunalförbundet gällande att upphandlingen, oaktat att upphandlingen i nu aktuell del kan anses bristfällig, har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förhandlingarna har varit omfattande och ingen anbudsgivare har svävat i okunnighet om vad Kommunalförbundet tillmätt betydelse vid utvärderingen av anbudet. Vid sådant förhållande kan inte annan bedömning göras än att anbudsgivarna känt till vad Kommunalförbundet tillmätt betydelse vid utvärderingen och att IBA erhållit all nödvändig information för att IBA skulle kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunalförbundet gör gällande att förfarandet i denna del måste anses godtagbart även om länsrätten skulle finna att det föreligger brister i denna del. IBA har i vart fall inte lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av denna brist. Vid sådant förhållande får upphandlingen i denna del anses godtagbar. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte enligt Kommunalförbundet.

**Länsrätten** konstaterar följande. Transparensprincipen innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Detta innebär exempelvis att den upphandlande myndigheten måste hålla sig till det förfrågningsunderlag som den har tagit fram och upphandlingsmyndigheten får inte heller under upphandlingens gång ändra förutsättningarna för upphandlingen. Vid en förhandlad upphandling ska förhandlingarna röra de lämnade anbudet och syfta till att anpassa dem till kraven i annonsen och förfrågningsunderlaget. Vid upphandlingar över tröskelvärdena är den

upphandlande myndigheten skyldig att vikta utvärderingskriterierna och ange deras inbördes förhållande. När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används måste den upphandlande myndigheten tala om enligt vilken modell som utvärdering kommer att ske och detta måste även framgå tydligt av förfrågningsunderlaget. Kriterierna får undantagsvis anges i fallande prioritetsordning om den upphandlande myndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange någon viktning.

Det som har framkommit i målet och under länsrättens bedömning ger stöd för att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget. Kommunalförbundet har vidare medgett att det inte varit möjligt att ange en noggrann specificering hur olika aspekter skulle bedömas i förhållande till varandra på grund av att upphandlingen avser ny teknik och att Kommunalförbundet inte har velat styra kraven för mycket för att kunna få den bästa anläggningen på marknaden.

Länsrätten anser att det därmed inte varit möjligt för anbudsgivarna att utifrån förfrågningsunderlaget förutse hur Kommunalförbundet skulle bedöma eller utvärdera deras anbud. Det är enligt länsrättens mening inte heller möjligt att komma fram till detta först under det förhandlande förfarandet. Länsrätten anser att Kommunalförbundets intentioner har fått till följd att förfrågningsunderlaget, anbudsprövningen och utvärderingsmodellen är så pass otydliga att de brister i kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

### *3.2.6 Grund för ingripande enligt LOU*

Eftersom Kommunalförbundet har genomfört upphandlingen i strid med LOU har länsrätten att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om dessa brister medfört att IBA har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunalförbundet har i länsrätten argumenterat för att den skada förbundet lider på grund av länsrättens överprövning är större än den skada som IBA lidit av eventuella fel under upphandlingsförfarandet då det handlar om ett projekt som rör folkhälsan och att vårdköerna på grund av den aktuella överprövningen växer och att landstinget har kostnader på grund av detta. Kommunalförbundet har även anfört att giltighetstiden för IBAs anbud har gått ut och IBAs förlängning av anbudet utgör en oren accept.

Den omständigheten att giltighetstiden för anbud i en upphandling enligt LOU har löpt ut innebär inte att upphandlingen ovillkorligen måste avbrytas. I detta mål har giltighetstiden för anbuden löpt ut först efter att tilldelningsbeslutet har meddelats. Frågan om IBAs förlängning av giltighetstiden för sitt anbud utgör en accept eller en oren accept innebär ett sådant civilrättsligt förhållande som faller utanför länsrättens prövning av en ansökan om överprövning enligt LOU.

För att en leverantör ska anses kunna komma att lida skada av en felaktighet vid upphandlingen, krävs inte att leverantören visar att denne hade tilldelats kontraktet för det fall att felaktigheten inte hade funnits. Enligt länsrättens mening har IBA i vart fall gjort sannolikt att risk för skada föreligger genom de brister som förekommit i kvalificeringen. Grund för åtgärd enligt LOU finns således. Eftersom bristerna i upphandlingen hänför sig både till det konkurrensuppsökande skedet och till utvärderingen finner länsrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Anna Önell

Assessor

UD