



**KLAGANDE**

Alcon Nordic A/S

Ombud:

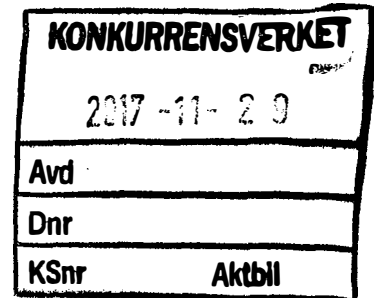
Advokat Mikael Engström och jurist Peter Riiga  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget Sörmland
3. Region Uppsala
4. Region Västmanland
5. Region Örebro län

*Samtliga genom:*

Varuförsörjningen  
Regionjurist Kristine Nilsson  
Box 602  
751 25 Uppsala



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 13 juli 2017  
i mål nr 818-17, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning i enlighet med vad som framgår av skälen för avgörandet.

Kammarrättens intermistiska beslut upphör därmed att gälla.

---

**YRKANDEN M.M.**

**Alcon Nordic A/S** (Alcon) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att upphandlingen avseende produktgrupp 90 ska rättas på så sätt att en ny anbudsprövning respektive utvärdering görs, varvid anbuden från Carl Zeiss AB (Carl Zeiss) och Medilens Nordics AB (Medilens) ska förkastas och anbudet från Abbott Medical Optics Norden AB (Abbott) inte ska tilldelas prisavdrag för utvärderingskriterierna gällande efterstarrfrekvens och användning i europeiska länder. Alcon anför huvudsakligen följande.

Det är inte förenligt med förfrågningsunderlaget att tolkningsvis komma fram till vilka produkter som Abbotts inlämnade dokumentation omfattar. Varuförsörjningen har identifierat produktgrupperna 89 och 90 som så pass olika i såväl tekniskt som kliniskt hänseende att det bestämts att de ska utgöra just separata produktgrupper, för vilka separata anbud ska införas. Abbott har offererat linsen TECNIS 1-piece (1-piece), ZCB00, i produktgrupp 89 och linsen TECNIS Optiblu (Optiblu), ZCB00V, i produktgrupp 90. Dokumentation som endast avser 1-piece kan inte ligga till grund för att utvärdera Optiblu. Angående utvärderingskriteriet om användning i flera europeiska länder uppfyller Abbott inte kriteriet oavsett om dokumentationen skulle anses omfatta Optiblu eftersom det inte går att dra slutsatsen att produkten har genomgått minst fem års klinisk användning i ett flertal europeiska länder på minst 100 000 patienter. Produkten kan lika gärna endast ha genomgått klinisk användning i ett flertal länder utanför Europa. Varuförsörjningen har vidare inhämtat en komplettering från Abbott i strid med 9 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt likabehandlingsprincipen.

**Varuförsörjningen** medger att anbuden från Carl Zeiss och Medilens ska förkastas men anser att Alcons överklagande ska avslås i övrigt. Varuförsörjningen anför huvudsakligen följande.

Alcon har lämnat det näst dyraste anbudet i upphandlingen och har därmed inte lidit skada. Den dokumentation som Abbott lämnade tillsammans med anbudet har helt och hållet varit tillräcklig för att kunna göra en bedömning av om efterfrågade mervärden uppfylls gällande Optiblu. Förtydligandet konkretiserade endast redan lämnade uppgifter. Det har därför inte skett en otillåten komplettering. Beteckningen TECNIS 1-piece inrymmer även beteckningen TECNIS Optiblu 1-piece. Linserna 1-piece och Optiblu är identiska vad gäller material, design, dioptriomfång och användningsområde, dvs. avseende såväl klinisk som teknisk användning. Av den dokumentation som Abbott bifogade anbudet framgår att TECNIS 1-piece har använts kliniskt under tre år för att påvisa efterstarrfrekvens. Eftersom Optiblu är en lins av modellen TECNIS 1-piece bekräftar dokumentationen att Optiblu uppfyller förutsättningarna för att erhålla ett mervärde gällande efterstarrfrekvens. En bekräftelse att förutsättningarna är uppfyllda för att erhålla ett mervärde gällande användning i europeiska länder är tillsammans med den dokumentation som bifogades anbudet tillräcklig för att kunna sluta sig till bedömningen att Optiblu ska tilldelas mervärdet.

## SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

### Inledning

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att den aktuella upphandlingen omfattar ca 75 produktgrupper. Vilken utvärderingsmetod som kommer att användas och hur produktgruppen kommer att utvärderas framgår av förfrågningsunderlaget för respektive produktgrupp. Leverantörer antas för varje produktgrupp separat. Detta medför att för att en leverantör ska kunna antas måste de i förfrågningsunderlagen uppställda kraven vara uppfyllda för varje specifik produktgrupp. Något formellt hinder mot att samma dokumentation ges in för att styrka kraven i flera olika produktgrupper finns inte och kammarrätten bedömer att så länge det av anbudet framgår vilka produktgrupper dokumentationen avser att styrka kan det inte anses strida

mot kraven i förfrågningsunderlaget om dokumentationen bara lämnas in en gång. Målet rör produktgrupp 90 som avser *intraokulär lins/bakre/single piece/asfärisk/gul*.

### **Utvärderingskriteriet angående efterstarrfrekvens**

Av förfrågningsunderlaget framgår att om anbudsgivaren bifogar dokumentation som utvisar efterstarrfrekvens på klinisk användning på minst tre år avseende den efterfrågade linsen tilldelas ett mervärde i utvärderingen.

Den dokumentation som Varuförsörjningen hade tillgänglig i samband med utvärderingen av Abbotts anbud var för det aktuella utvärderingskriteriet en artikel som Abbott hade bifogat sitt anbud. Skäl att ifrågasätta att artikeln lämnats in för att stryka kriteriet i just produktgrupp 90 finns inte. Att det av anbudet framgår att artikeln lämnats in för produktgrupp 90 innebär emellertid inte i sig att utvärderingskriteriet är uppfyllt.

Artikeln redogör för resultatet av en treårsstudie på ”2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lenses models”. Två linsmodeller har studerats, varav den ena är 1-piece med artikelnumret ZCB00 och den andra är en lins av annan modell. Optiblue har således inte studerats. Rubriken ”2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lenses models” syftar enligt kammarrättens bedömning på de två linser som studien omfattade och det går inte av den att utläsa att andra linser skulle ge samma resultat. Något som stödjer att Optiblue omfattas av den inlämnade dokumentationen har inte lämnats in med anbudet och har därmed inte varit tillgängligt för Varuförsörjningen vid utvärderingen. Utvärderingskriteriet var därmed inte uppfyllt vid tidpunkten då tilldelningsbeslutet meddelades.

När ett utvärderingskriterium vid tilldelningsbeslutet inte är uppfyllt, utifrån de uppgifter som har lämnats i anbudet, är det inte möjligt att genom

kompletteringar och förtydliganden därefter visa att utvärderingskriteriet är uppfyllt. De uppgifter som Abbott lämnade efter tilldelningsbeslutet, på uppmaning av Varuförsörjningen, kan därför inte läggas till grund för en bedömning av om utvärderingskriteriet är uppfyllt. Kammarrätten anser därför att Varuförsörjningen handlade i strid med likabehandlingsprincipen när Abbott tilldelades ett mervärde för det aktuella utvärderingskriteriet.

### **Utvärderingskriteriet angående användning i europeiska länder**

Enligt förfrågningsunderlaget tilldelas ytterligare ett mervärde i utvärderingen om anbudsgivaren bifogar handling som utvisar minst fem års dokumentation på klinisk användning, från ett flertal europeiska länder, på minimum 100 000 patienter.

Av intyget från Abbott som Varuförsörjningen hade tillgängligt vid sin utvärdering, framgår att mer än 3,5 miljoner linser av modellen 1-piece, artikelnummer ZCB00, har sålts i Europa, Mellanöstern och Afrika. Av intyget framgår även att 6 miljoner intraokulära linser har sålts inom samma område. Skäl att ifrågasätta att intyget lämnats in för att styrka utvärderingskriteriet i produktgrupp 90 finns inte heller här.

Kammarrätten konstaterar att det inte går att utläsa av intyget hur många linser av modellen Optiblue som har sålts eftersom intyget avser just artikelnummer ZCB00 (1-piece) och intraokulära linser utan specificering. Vidare går det av intyget endast att utläsa att de angivna linserna har använts i Europa, Mellanöstern och Afrika. Det går inte att utifrån intyget sluta sig till att någon linsmodell har använts i flera europeiska länder. Kammarrätten anser därmed att de uppgifter som Abbott lämnade i sitt anbud inte visar att utvärderingskriteriet var uppfyllt när utvärderingen gjordes och inte heller vid tidpunkten då tilldelningsbeslutet meddelades. De uppgifter som Abbott lämnade efter denna tidpunkt kan inte läggas till grund för att bedöma om utvärderingskriteriet är uppfyllt. Kammarrätten

anser därför att Varuförsörjningen handlade i strid med likabehandlingsprincipen även när Abbott tilldelades ett mervärde för det här aktuella utvärderingskriteriet.

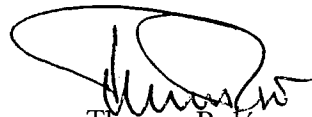
### Skada

För ett ingripande mot upphandlingen krävs att den upphandlande myndighetens överträdelse av någon av de grundläggande principerna har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Abbott ska inte tilldelas mervärden för utvärderingskriterierna angående efterstartfrekvens och användning i europeiska länder. Alcon har gjort gällande att Carl Zeiss och Medilens borde ha förkastas i upphandlingen och Varuförsörjningen har medgett Alcons talan i denna del. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att Alcon kan ha lidit skada av Varuförsörjningens agerande. Det ankommer dock inte på kammarrätten att som första instans pröva om anbudet från Carl Zeiss och Medilens ska förkastas. Målet ska därför visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Thomas Rolén  
kammarrättspresident  
ordförande



Pernilla Flank  
kammarrättsråd



Anna Malmström  
tf. kammarrättsassessor  
referent

Mikaela Johansson  
Mikaela Johansson  
kammarrättsfiskal  
föredragande



A

**SÖKANDE**

Alcon Nordic A/S

Ombud: Advokat Mikael Engström och jurist Peter Riiga  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

**MOTPART**

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget Sörmland
3. Region Uppsala
4. Region Västmanland
5. Region Örebro län

*Samtliga genom:*

Varuförsörjningen Region Uppsala  
Jurist Kristine Nilsson  
Box 602  
751 25 Uppsala

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND

Gemensamma nämnden för landstingen i Dalarna och Sörmland, Region Uppsala, Västmanland och Örebro län (Varuförsörjningen) har genomfört en upphandling av ögonoperationsmaterial och implantat (VF2015-0072). Tilldelningsbeslut fattades den 10 februari 2017 varvid anbud från annan än Alcon Nordic A/S (Alcon) antogs för produktgrupp 90.

## YRKANDEN OCH GRUNDER

**Alcon** ansöker om överprövning av upphandlingen avseende produktgrupp 90 och yrkar att upphandlingen i denna del ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning respektive utvärdering genomförs vid vilken anbuderna från Carl Zeiss AB (Carl Zeiss) och Medilens Nordic AB (Medilens) inte ska anses uppfylla samtliga obligatoriska krav och därmed förkastas. Vid den nya utvärderingen ska inte Abbott Medical Optics Norden AB (Abbott) anses uppfylla utvärderingskriterium ett och två, varvid anbudet inte ska tilldelas prisavdrag för dessa kriterier. Till stöd för sin inställning anför Alcon bl.a. följande.

Carl Zeiss har för produktgrupp 90 offererat en s.k. förladdad lins trots att detta inte är den typ av lins som efterfrågas. Efter att Alcon påtalat detta har Varuförsörjningen medgett att denna brist antecknats internt men att noteringen av förbiseende har saknats i tilldelningsdokumentationen. Samma brist föreligger även för Medilens anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen består av två utvärderingskriterier och en ja/nej fråga. Om dokumentation av efterstarrfrekvens på minst tre år och dokumentation på klinisk användning från ett flertal europeiska länder på minst 100 000 patienter bifogas anbudet innebär det att anbudet erhåller ett prisavdrag om 420 000 kr plus 840 000 kr. Om anbuds-



givaren svarat ja på fråga om viss design av linsen erhålls ytterligare prisavdrag om 840 000 kr. Abbott har i produktgrupp 90 offererat produkten *TECNIS OptiBlue* (Optiblue) med produktnummer ZCB00V. Abbotts anbud har dock inte innefattat någon dokumentation till styrkande av att denna produkt uppfyller utvärderingskriterium ett och två. Abbotts anbud skulle därför inte ha tilldelats prisavdrag för kriterium ett och två. Vid en korrekt utvärdering hade Abbotts jämförelsepris därmed varit 2 625 000 kr och inte 1 365 000 kr. Alcon har för egen del bifogat den efterfrågade dokumentationen samt besvarat kriterium tre med ”ja”. Alcons anbud skulle således ha tilldelats prisavdrag för samtliga tre kriterier dvs. 2 100 000 kr varmed Alcons jämförelsesumma skulle ha varit 1 953 000 kr, vilket är lägre än Abbotts rätta jämförelsesumma. Alcon skulle därför ha tilldelats ramavtal vid en korrekt utvärdering.

Alcon har påtalat bristen i Abbotts anbud för Varuförsörjningen som svarat att Abbott bifogat dokumentation för den produkt som offererats i produktgrupp 89 men att denna dokumentation även kan beaktas för den produkt som offererats i produktgrupp 90. Endast dokumentation som avser den produkt som har offererats i produktgrupp 90 kan dock beaktas vid utvärderingen av produktgrupp 90. Produktgrupperna 89 och 90 avser olika produkter och Abbott har offererat olika produkter i respektive produktgrupp. Det finns inget stöd i förfrågningsunderlaget för att utvärdera en produkt utifrån dokumentationen för en annan produkt, tvärtom framgår av förfrågningsunderlaget punkt 1.1.1.1.3 att kontroll av såväl skallkrav som utvärdering av kriterier sker på produktgruppsnivå. Detta innebär att kraven och kriterierna för en produktgrupp enbart kan avse den produkt som har offererats i produktgruppen. Därmed är det Optiblue som ska utvärderas såvitt avser Abbotts anbud i produktgrupp 90 och Abbott har inte bifogat någon dokumentation för denna produkt.

Varuförsörjningen har i dialog med Alcon anmärkt på att Alcon, på motsvarande sätt som Abbott, bifogat samma dokumentation för offererad produkt i produktgrupp 89 och 90 avseende kriterium ett. Alcons brister gäller dock anbudet avseende produktgrupp 89 och inte produktgrupp 90. Alcon har bifogat dokumentationen avseende produktgrupp 90 och felaktigt bifogat samma dokumentation för produktgrupp 89. Detta har dock ingen betydelse för utvärderingen av produktgrupp 90.

Alcon skulle rangordnats på första plats i utvärderingen och tilldelas ramavtal för produktgrupp 90 om anbudet från Carl Zeiss och Medilens inte hade tagits upp till utvärdering och anbudet från Abbott inte tilldelats prisavdrag för utvärderingskriterium ett och två. Alcon har därför lidit skada till följd av redovisade överträdelser.

**Varuförsörjningen** bestrider Alcons yrkande om rättelse i den del det avser anbudsutvärderingen av Abbotts anbud gällande produktgrupp 90.

Varuförsörjningen bestrider att Alcon lidit någon skada i upphandlingen. Varuförsörjningen medger emellertid talan i den delen som avser anbudsprövningen av Carl Zeiss och Medilens anbud och att dessa anbud avseende aktuell produktgrupp ska uteslutas ur upphandlingen. Varuförsörjningen medger även talan såtillvida att Alcon tillerkänns prisavdrag gällande mervärdeskriterium ett avseende produktgrupp 89. Till stöd för sin inställning anför Varuförsörjningen i huvudsak följande.

Det är riktigt att både Carl Zeiss och Medilens i strid med kravspecifikationen offererat en s.k. förladdad lins för produktgrupp 90. Carl Zeiss och Medilens anbud ska därför rätteligen uteslutas ur upphandlingen för produktgrupp 90. Abbotts anbudspris är det lägsta och Abbott har uppfyllt samtliga mervärdeskriterier och därmed erhållit högsta möjliga prisavdrag. Alcon har således, slutligen, erhållit en andra plats i anbudsutvärderingen och har därför inte lidit någon skada i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget anges att produktgrupp 90 utvärderas enligt den s.k. mervärdesmodellen med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund. Abbott uppfyller mervärdeskriterierna och har för produktgrupp 90 inkommit med dokumentation i PDF-format till styrkande av klinisk användning avseende efterstartfrekvens under minst tre år (mervärdeskriterium ett) och dokumentation till styrkande av klinisk användning avseende ett flertal europeiska länder under minst fem år (mervärdeskriterium två). Den dokumentation som bifogats anbudet avseende produktgrupp 89 gällande artikelnummer ZCB00 avser även produktgrupp 90 och artikelnummer ZCB00V, vilket kan utläsas ur PDF-filernas rubriker. Av PDF-filernas rubriker framgår att dokumentationen för mervärdeskriterium ett och två avser både produktgrupp 89 och 90. Produktgrupp 89 och 90 avser samma lins men med den enda skillnaden att den lins som offererats för produktgrupp 90 är gul till färgen. I enlighet med kravspecifikationen är produktgrupp 89 benämnd intraokulär lins/bakre kammare/single piece/asfärisk/klar och produktgrupp 90 benämnd intraokulär lins/bakre kammare/single piece/asfärisk/gul.

**Alcon** tillägger i genmäle bl.a. följande. Det ankommer på Varuförsörjningen att strängt följa förutsättningarna för utvärderingen i upphandlingen och det är Abbott som i sitt anbud ska bifoga dokumentation som visar att produkten Optibluue uppfyller mervärdeskriterierna. I motsats till detta gör Varuförsörjningen gällande att Abbotts anbud som utgångspunkt ska anses uppfylla kriterierna, såvida annat inte uttryckligen framgår av dokumentationen. Detta är orimligt och ändrar förutsättningarna för utvärderingen såsom de anges i förfrågningsunderlaget. Abbotts anbud ska som utgångspunkt inte anses uppfylla kriterierna, såvida annat inte uttryckligen framgår av dokumentationen.

De aktuella utvärderingskriterierna är tydliga. Varuförsörjningen har inväntat att den dokumentation Abbott lämnat in för en annan produkt i en annan

produktgrupp kan tillgodoräknas produkten Optiblue i produktgrupp 90 då produkterna enbart skiljer sig till färgen. Detta är inte korrekt.

Förfrågningsunderlaget ger inte utrymme för Varuförsörjningen att på eget initiativ lägga produktdokumentation för en produkt till grund för utvärderingen av en annan produkt. Produktgrupperna ska utvärderas separat och på grundval av den produkt som anbudsgivaren har offererat i respektive produktgrupp. Produkten Abbott har offererat i produktgrupp 89 heter TECNIS 1-piece (1-piece) och har artikelnummer ZCB00. Utvärderingen av produktgrupp 89 ska ske på grundval av dokumentation för produkten 1-piece och utvärderingen av produktgrupp 90 på grundval av dokumentation för produkten Optiblue. Ingen dokumentation för Optiblue har bifogats anbudet och utvärderingen kan inte leda till annat än noll kr i prisavdrag. Denna slutsats förändras inte av hur Abbott valt att rubricera sina PDF-filer. Det kan inte heller utläsas av namnen på PDF-filerna att de även avser produktgrupp 90 och produkten Optiblue. Oavsett vilken rubrik PDF-filerna har innehåller de inte den dokumentation som krävs enligt utvärderingskriterierna. Det anges till och med motsatsen, att Optiblue enligt Abbotts mening inte kräver test på patienter. Det förefaller ostridigt att PDF-filerna inte innehåller någon dokumentation på tre- eller fem års klinisk användning av Optiblue.

Det finns inte några produkttekniska eller andra skäl som kan motivera ett avsteg från slutsatsen att de olika produkterna endast kan utvärderas var för sig. Det är helt klart fråga om olika produkter med olika tekniska och kliniska egenskaper. Det finns ett flertal skillnader, t.ex. avseende material, form och tjocklek. Produkterna betraktas även som olika av Abbott vilket framgår av årsredovisningen i vilken det framgår att Optiblue utvecklats specifikt för att möta efterfrågan i Japan. Optiblue har ett s.k. blue light-filter och 1-piece har istället ett ultraviolett-filter. Patienter upplever märkbar skillnad gällande bländning, kontrast och återhämtning mellan blue light-filter och ultraviolett-filter.

Oavsett tekniska och kliniska skillnader mellan produkterna har Varuförsörjningen i förfrågningsunderlaget tydligt gjort en skillnad på de olika produkttyperna genom att dela in dem i olika produktgrupper vilka ska bedömas och utvärderas separat. En sådan skillnad hade Varuförsörjningen inte gjort om skillnaderna varit försumbara. Att i efterhand då göra avsteg från denna uppdelning och frånga förutsättningarna i förfrågningsunderlaget är en klar överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Den av Varuförsörjningen särskilt framhållna handlingen har inte getts in i samband med anbudsgivningen utan av e-postmeddelande framgår att den kom Varuförsörjningen tillhanda först den 19 februari 2017 dvs. nio dagar efter tilldelningsbeslutet. Handlingen har därför inte legat till grund för Varuförsörjningens ursprungliga utvärdering av Optiblue och produktgrupp 90. Handlingen tillägger nya uppgifter i sak och är inte ett förtydligande av i anbudet redan lämnade uppgifter. Handlingen utgör därför en otillåten komplettering och kan som sådan inte beaktas vid en ny utvärdering. Handlingen utgör inte ett konkretiserande av redan lämnade uppgifter då sådana uppgifter som kan konkretiseras saknas. Oavsett om Abbots anbud uppfyller utvärderingskriterierna eller inte är det först efter den otillåtna kompletteringen som Varuförsörjningen har kunnat fastställa att Abbott uppfyller kriterierna. Anbudet har således omvandlats från oförenligt, till förenligt, med utvärderingskriterierna. Kompletteringen har otillbörligt gynnat Abbott.

Om Abbots anbud även utan kompletteringar uppfyller mervärdeskriterierna är det svårt att förstå varför Varuförsörjningen inhämtat kompletteringarna. Dessa kompletteringar ändrar dock inte faktumet att Abbott inte uppfyller mervärdeskriterierna. Innebörden av den benämning Varuförsörjningen talar om framgår inte av Abbots anbud, däremot framgår att den treårsstudie som bifogats enbart har genomförts för produkten 1-piece samt att femårsintyget avser produkten 1-piece. Femårsintyget avser inte heller, såsom krävs, Europa specifikt utan hela Europa, Mellanöstern och Afrika regionen. Oav-

sett om Optiblué omfattas av femårsintyget eller inte uppfyller således inte intyget kraven som ställs då det inte framgår vilken andel som avser länder i Europa och om antalet patienter uppgår till 100 000.

**Varuförsörjningen** tillägger i yttrande bl.a. följande. Linsen som Abbott offererat i sitt anbud uppfyller angivna mervärdeskriterier. Abbott har vid anbudslämnandet inkommit med tillräcklig produktinformation till styrande av uppfyllelse av angivna mervärden. Enbart genom att i rubriken till dokumentationen ange att den avser produktgrupp 90 har Abbott bekräftat uppfyllelse av mervärdeskriterierna. Dokumentationen som lämnats in avser både linsen Optiblué och 1-piece. I produktdokumentationen som lämnats in framgår att den avser linser med benämningen *2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lens (IOL) models*. Benämningen omfattar både 1-piece och Optiblué linsen. Det intygas även i e-postmeddelande från Abbott att benämningen inrymmer linsen Optiblué.

Det faktum att femårsintyget avser hela Europa, Mellanöstern och Afrika regionen betyder inte att det aktuella kravet på användning i ett flertal europeiska länder inte uppfylls. Tvärtom framgår det tydligt att en benämning som innefattar såväl Optiblué som 1-piece har använts kliniskt i hela regionen, däri inbegripet Europa.

Det framgår av den förtydligande dokumentation som Abbott inkommit med, som ett konkretiserande av tidigare lämnade uppgifter, att linsen Optiblué har genomgått efterfrågad klinisk användning och att linsen är identisk med linsen 1-piece. Även utan dessa förtydliganden framgår det med önskvärd tydlighet av inlämnad dokumentation att Optiblué uppfyller mervärdeskriterierna. Alcons påstående om att Optiblué och 1-piece är olika hör inte till frågan i målet.

Eftersom att den dokumentation som initialt lämnats var tillräcklig för att uppfylla mervärdeskriterierna har ingen otillåten komplettering av anbudet skett. Förtydligandet som begärts har enbart konkretiserat redan lämnade uppgifter. Varuförsörjningen har haft möjlighet att bedöma om Optiblue uppfyller mervärdena utan förtydligandet, vilket också är det som skett. Förtydligandet innebar en konkretisering och bekräftelse av tidigare lämnad information om att Optiblue omfattas av ingiven produktdokumentation, vilket även framgick av rubrikerna till PDF-filerna. Den dokumentation som senare skickats in har således inte på något sätt varit nödvändig för bedömningen av om aktuella mervärden uppfyllts eller inte. Däremot har den förtydligat och konkretiserat lämnade uppgifter.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår att den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av förfrågningsunderlaget framgår inte när upphandlingen har påbörjats, däremot framgår att sista dag att inkomma med anbud var den 25 augusti 2016 (jfr förfrågningsunderlaget punkt 1.2.1.2.2). Förvaltningsrätten konstaterar således att upphandlingen har påbörjats någon gång innan den 25 augusti 2016, varmed LOU i dess äldre lydelse är tillämplig på upphandlingen.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU bl.a. begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I mål om offentlig upphandling bär parterna själva ansvaret för utredningen och domstolen är vid prövningen begränsad till vad parterna har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69).

**Utgör den senare inlämnade dokumentationen en otillåten komplettering?**

Alcon anför i huvudsak att den senare inlämnade dokumentationen tillägger nya uppgifter i sak och inte är ett förtydligande av redan lämnade uppgifter då sådana uppgifter som kan förtydligas saknas. Varuförsörjningen har inte kunnat bedöma om Abbotts anbud uppfyller mervärdeskriterierna innan den otillåtna kompletteringen genomförts och anbudet har omvandlats från oförenligt till förenligt med utvärderingskriterierna.

Varuförsörjningen anför att de dokument som har lämnats in förtydligar redan lämnade uppgifter och den dokumentation som ursprungligen lämnades är tillräcklig för att bedöma om Abbott uppfyller mervärdeskriterierna. Det har därför inte skett någon otillåten komplettering.

Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling och skyldigheten att förfara på ett öppet sätt utgör hinder för att det sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgi-



vare i ett förfarande för offentlig upphandling. Detta innebär att anbudet i princip inte kan ändras efter det att det har getts in, vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudsgivaren. Principen om likabehandling utgör dock inte ett hinder för att ett anbud kan ändras eller kompletteras på vissa punkter, när det är uppenbart att anbudet behöver klargöras eller när det rör sig om att avhjälpa uppenbara materiella fel, såvida vissa villkor iakttas. Begäran om förtydligande av ett anbud får göras först sedan den upphandlande myndigheten har tagit del av samtliga anbud, ska i princip skickas på ett likvärdigt sätt till samtliga anbudsgivare i samma situation och får inte leda till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud eller otillbörligt gynnas (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-599/10 p. 36, C-336/12 p. 31 och C-131/16 p. 29–32).

I vägledande avgöranden från kammarrätterna har möjligheten att begära kompletterande, förtydligande och konkretiserande tolkats som att uppgifter i anbudet inte får bytas ut, dock kan redan lämnade uppgifter konkretiseras (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 25 september 2012 i mål nr 1227-12 och Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 28 juni 2011 i mål nr 3236-11). Möjligheten till komplettering och förtydligande får inte användas för att uppfylla ett tidigare icke uppfyllt ska-krav (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 6 februari 2013 i mål nr 6530-12).

Den senare inlämnade dokumentationen som nu är i fråga är dels e-postmeddelande från [REDACTED] i vilket intygas att benämningen *2-single piece hydrophobic acrylic intraocular lenses (IOL)* inrymmer linsen Optiblue samt e-postmeddelande i vilket intygas att IOL modellerna ZCB00 och ZCB00V är identiska och dels en handling benämnd *Rationale for Clinical Research Release of the TECNIS Optiblue 1-Piece Monofocal IOL, Model ZCB00V*. Dokumentationen har lämnats in i syfte att visa att Optiblue inkluderas i benämningen *2-single piece hydrophobic acrylic intraocular lenses* och att Optiblue är en s.k. intraokulär (IOL) lins. Doku-

mentationen har således inte lämnats in i syfte att styrka uppfyllande av vare sig ska-krav eller utvärderingskriterier. Dokumentationen tillför inte några nya omständigheter i sak utan förtydligar den redan inlämnade dokumentationen och det är den dokumentation som Abbott lämnat in i samband med att anbudet lämnades som alltjämt använts för att bedöma om mervärdeskriterierna uppfyllts eller inte. Enligt förvaltningsrättens mening har Varuförsörjningen därför inte agerat i strid med LOU eller dess grundläggande principer när Varuförsörjningen begärt in dokumentationen och dokumentationen utgör inte någon form av otillåten komplettering av anbudet. Dokumentationen är snarare att betrakta som ett bevismaterial i processen i förvaltningsrätten för att påvisa att Optiblue linsen inbegrips i den till anbudet tillhörande dokumentationen (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 14 januari 2014 i mål nr 2488-13). Förvaltningsrätten finner således att den senare inlämnade dokumentationen inte utgör skäl att ingripa mot upphandlingen.

**Omfattar dokumentationen för produktgrupp 89 även produktgrupp 90?**

Alcon anför i huvudsak följande. Abbott har inte lämnat in någon dokumentation för produkten Optiblue i produktgrupp 90. Den dokumentation som lämnats in för produktgrupp 89 kan inte beaktas för produktgrupp 90. Produktgrupperna avser olika produkter och Abbott har offererat olika produkter i respektive grupp. Det framgår inte av den dokumentation som lämnats in för produktgrupp 89 att den även avser produktgrupp 90, eller ens att mervärdeskriterierna uppfylls. Det finns inga produkttekniska eller andra skäl som kan motivera ett avsteg från att produkterna ska utvärderas var för sig och det finns ett flertal skillnader mellan produkterna.

Varuförsörjningen anför huvudsakligen följande. Den dokumentation som lämnats in för produktgrupp 89 avser även produktgrupp 90 vilket framgår

av PDF-filernas rubriker. Enda skillnaden mellan den lins Abbott offererat i produktgrupp 89 och 90 är färgen på linsen. Av dokumentationen som lämnats in framgår att den avser linser med benämningen *2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lens (IOL) models*. Denna benämning innefattar både 1-piece och Optiblue linsen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingsmetod anges för varje separat produktgrupp. För det fall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas kommer en mervärdesmodell tillämpas (jfr förfrågningsunderlaget punkt 1.2.4.1.1 och punkt 1.2.4.1.2). För produktgrupp 90 innebär mervärdesmodellen, i nu relevanta delar, att anbudsgivaren tilldelas ett prisavdrag om dokumentation på efterstarrfrekvens på minst tre år och dokumentation på minst fem års användning från ett flertal europeiska länder på minst 100 000 patienter bifogas anbudet.

Förvaltningsrätten har först att avgöra om det i upphandlingen är möjligt att åberopa samma dokumentation till uppfyllande av flera produktgrupper eller om dokumentationen i ett sådant fall behövs bifogas för varje enskild produktgrupp. Om det bedöms möjligt att åberopa samma dokumentation utan att lämna in den för varje separat produktgrupp har förvaltningsrätten att därefter ta ställning till om dokumentationen som lämnats in för produktgrupp 89 även omfattar produktgrupp 90.

Av USB-minne samt skärmdump som Varuförsörjningen inkommit med till förvaltningsrätten framgår att PDF-filerna som Abbott lämnat in i samband med sitt anbud bl.a. har döpts till *Produktgrupp 8689909194*. Enligt förvaltningsrättens mening är det således klarlagt att i vart fall Abbott varit av uppfattningen att de filer som lämnats in till styrkande av uppfyllande av mervärdeskriterierna för produktgrupp 89 även kan åberopas till uppfyllande av mervärdeskriterierna för produktgrupp 90 och således lämnas in en gång till uppfyllande av mervärdeskriterierna i flera produktgrupper. En sådan tolk-

ning av mervärdeskriterierna kan inte anses vara i strid med förfrågningsunderlaget av vilket enbart framgår att kontroll av skullkrav och utvärdering av kriterier sker på produktgruppsnivå (jfr förfrågningsunderlaget punkt 1.1.1.1.3 [3]). Som rubriken till avsnittet i förfrågningsunderlaget stadgar anger förfrågningsunderlaget enbart hur arbetsgången kommer att vara, inte att detta på något sätt innebär att dokumentation som åberopats till styrkande av uppfyllande av ett utvärderingskriterium för en produktgrupp även behöver lämnas in igen för uppfyllande av en annan produktgrupp. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att det har varit möjligt för Abbott att åberopa samma dokumentation till uppfyllande av utvärderingskriterierna för både produktgrupp 89 och 90 och att Abbott därmed inte behövt bifoga samma dokumentation till uppfyllande av mervärdeskriterierna i varje enskild produktgrupp.

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till blir således om dokumentationen som åberopats i produktgrupp 89 för linsen 1-piece även omfattar produktgrupp 90 och linsen Optiblue.

Av det dokument som Abbott lämnat in framgår att dokumentet avser *2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lenses*. Av utvärderingsrapporten framgår att produktgrupp 89 benämns *intraokulär lins/bakre kammare/single piece/asfärisk/klar* och att produktgrupp 90 benämns *intraokulär lins/bakre kammare/single piece/asfärisk/gul*. Mot bakgrund av denna likhet mellan namnen på produktgrupp 89 och 90 samt omfattningen av inlämnad dokumentation ligger det enligt förvaltningsrättens mening nära till hands att tolka dokumentationen som att den innefattar produktgrupp 89 likväl som produktgrupp 90. Denna tolkning vinner även stöd av intyg från Abbotts Manager Equipment Nordic & Territory Cataract, Surgical [REDACTED] samt av inlämnad förtydligande dokumentation benämnd *Rationale for Clinical Research Release of the TECNIS Optiblue 1-Piece Monofocal IOL, Model ZCB00V* och även av ytterligare ett intyg av [REDACTED]

Som förvaltningsrätten utvecklats ovan utgör dessa dokument inte någon otillåten komplettering. Enligt förvaltningsrättens mening är det därmed klarlagt att både linsen 1-piece och Optiblue omfattas av dokumentationen gällande *2 single-piece hydrophobic acrylic intraocular lenses*, dvs. den dokumentation Abbott lämnat in till uppfyllande av mervärdeskriterium ett. Av både namnet på produktgrupp 90 i utvärderingsrapporten och inlämnade intyg och dokumentation framgår även att linsen Optiblue är en s.k. intraokulär lins. Av Abbotts femårsintyg framgår att det avser intraokulära linser. Enligt förvaltningsrättens mening omfattas således linsen Optiblue även av det femårsintyg som Abbott bilagt sitt anbud till uppfyllande av mervärdeskriterium två.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten därför att den dokumentation Abbott lämnat in i samband med sitt anbud för produktgrupp 89 även kan beaktas för produktgrupp 90, utan att behöva lämnas in igen samt att dokumentationen omfattar linsen Optiblue. Mot denna bakgrund saknas det skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen i denna del.

**Framgår det av dokumentationen att Abbott uppfyller mervärdeskriterierna?**

Alcon invänder att det femårsintyg Abbott lämnat in inte avser Europa specifikt utan hela Europa, Mellanöstern och Afrika regionen. Varuförsörjningen anför att det faktum att intyget avser hela Europa, Mellanöstern och Afrika regionen medför inte att intyget ej styrker användning i ett flertal europeiska länder.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Alcon inte har visat att innehållet i dokumentationen till styrkande av att Abbott uppfyller mervärdeskriterium ett som sådant är felaktigt, utan Alcon har framförallt ifrågasatt vilka linser dokumentet anses omfatta. Som förvaltningsrätten funnit ovan omfat-

tas både linsen 1-piece och Optiblue av dokumentet och det har inte framkommit skäl för förvaltningsrätten att göra annan bedömning än den Varuförsörjningen gjort gällande dokumentets innehåll, nämligen att dokumentet styrker uppfyllande av mervärdeskriterium ett.

Gällande utvärderingskriterium två framgår – i nu relevant hänseende – att dokumentationen ska gälla ett flertal europeiska länder och minimum 100 000 patienter. Det framgår inte, såsom Alcon tycks göra gällande, att dokumentet enbart ska avse europeiska länder utan mervärdeskriteriet ställer inga andra krav på dokumentet än att det ska avse flera europeiska länder, således får även dokument som avser andra än enbart europeiska länder anses godtagbart. Av det dokument Abbott lämnat in framgår att mer än 3,5 miljoner, respektive 6 miljoner linser sålts i Europa, Mellanöstern och Afrika regionen och uppskattningsvis 9,5 miljoner, respektive 19 miljoner linser världen över. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta riktigheten av dessa uppgifter. Enligt förvaltningsrättens mening visar således dokumentet med tillräcklig tydlighet att kravet på minst 100 000 patienter i ett flertal europeiska länder uppfylls. Alcon har därför, inte heller i denna del, visat på vilket sätt Varuförsörjningen förfarit i strid med LOU eller dess grundläggande principer.

#### **Carl Zeiss och Medilens anbud**

Alcon anför att anbuden från Carl Zeiss och Medilens rätteligen ska förkastas då båda har offererat en s.k. förladdad lins vilket inte är den typ av lins som efterfrågats. Varuförsörjningen medger att Carl Zeiss och Medilens ska uteslutas avseende den aktuella produktgruppen. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till utgången i målet inte skäl att ta ställning till vad Alcon anför om dessa bolags anbud.

### Sammanfattning

Enligt förvaltningsrättens mening har Varuförsörjningen agerat i enlighet med LOU och dess grundläggande principer samt de bakomliggande unionsrättsliga principerna. Alcon har således inte, till följd av hur upphandlingen har genomförts, lidit eller riskerat att lida någon sådan skada som krävs för ingripande enligt LOU. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska mot denna bakgrund avslås.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Wille Steinert.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *mén ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.