



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden: Elin Andersen

DOM
2010-05-24
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1762-10

2010 -05- 2 6	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Alcon Sverige AB, 556171-0970
Box 12233
102 26 Stockholm

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Landstinget Kronobergs upphandling avseende asfärisk IOL i kapselsäck inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om och att Landstinget därvid bortser från Carl Zeiss AB:s anbud.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 mars 2010 upphör att gälla.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kronoberg län (Landstinget) har genomfört en upphandling avseende intraokulära linser, dnr. B49-09-054. I tilldelningsbeslut den 15 mars 2010 har Carl Zeiss AB tilldelats upphandlingen avseende asfäriska IOL.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 25 mars 2010 förordnat att den påbörjade upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att något annat beslutas. Den 5 maj 2010 upphävde förvaltningsrätten beslutet den 25 mars 2010 i den del som avsåg övrig IOL i kapselsäck.

Alcon Sverige AB (Alcon) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts, innebärande att Carl Zeiss anbud ska förkastas och en ny utvärdering av anbuderna ska genomföras varvid Alcon ska tilldelas kontraktet avseende asfäriska IOL. Alcon har uppgett att Carl Zeiss inte uppfyllt två av de i frågeformuläret uppställda skall-kraven på att linsen skall vara hydrofob samt att efterstarrfrekvensen på offererade linser skall styrkas med vetenskapliga studier.

Landstinget bestrider yrkandena.

Alcon uppger i huvudsak följande. Landstinget har i de produktspecifika kraven i kravspecifikationen angivit under krav nr 10 att linsen skall vara hydrofob. Det anbud från Carl Zeiss som Landstinget antagit som det ekonomiskt mest fördelaktiga avser en hydrofil lins med en hydrofob yta. Det framgår bland annat i Carl Zeiss egen linsöversikt att linsen förvaras i vätska, vilket är en förutsättning för att en hydrofil lins ska behålla sina kvaliteter, och att den är "hydrophilic acrylic (25%) with hydrophobic surface". Hydrofoba linser förvaras inte i vätska. Landstinget har inte efterfrågat en lins med egenskaper liknande en hydrofob lins utan kravet anger

tydligt att linsen skall vara hydrofob. Att den av Carl Zeiss offererade linsen, enligt uppgift från Landstinget, uppvisar liknande egenskaper som en hydrofob lins bestrids och innebär inte heller att Carl Zeiss har uppfyllt nu aktuellt skall-krav i upphandlingen. Carl Zeiss har uppgett att linsen enligt kataraktregistret ska anges som hydrofob när den implanteras i kataraktregistret (register till för att statistiskt klassificera kataraktkirurgin i Sverige). Det kataraktregister som Landstinget refererar till klassificerar inte intraokulära linser utifrån kvalitet och karaktäristika. En yta kan dock aldrig ersätta en helt hydrofob lins. Det finns skillnader i linsens kvalitet, då linsens kanter hos en hydrofil lins aldrig kan göras lika skarpa som hos en hydrofob lins, vilket är en avgörande effekt för efterstarrfrekvensen. Man delar in en lins i body och yta. Det är bodyn som avgör hur linsen klassificeras. I detta fall är bodyn hydrofil och alltså är den av Carl Zeiss offererade linsen hydrofil. Carl Zeiss har offererat en lins som inte är hydrofob och har därmed inte uppfyllt det produktspecifika skall-kravet nr 10 i förfrågningsunderlaget. Carl Zeiss anbud har därmed inte uppfyllt kvalificeringskravet och Landstinget har därmed haft att förkasta Carl Zeiss anbud.

Vidare uppger Alcon att Carl Zeiss inte uppfyller det produktspecifika kravet nr 17 om att efterstarrfrekvensen på offererade linser skall styrkas med vetenskapliga studier och bifogas anbudet. Studierna får inte vara utförda av leverantören eller av leverantören ägda bolag. Låg efterstarrfrekvens är något som hydrofoba linser är kända för (om de har skarp bakre kant, vilket är ett annat av Landstingets skall-krav). Av utvärderingsrapporten framgår att Carl Zeiss i sitt anbud angett en efterstarrfrekvens på 3 %. I två av de senaste linsupphandlingarna som avslutades i Sverige har Carl Zeiss angett en efterstarrfrekvens på 8 %. I den ena av dessa upphandlingar offererade Carl Zeiss exakt samma lins som i förevarande upphandling och i det andra fallet en liknande lins. I båda fallen var linserna hydrofila med en hydrofob yta. Det dokument som Carl Zeiss lämnat visar brist på relevant information. Allmänt vedertaget är att studier avseende efterstarrfrekvens

kräver uppföljning på minst två år för att inte ha någon som helst relevans. En studie som endast undersöker förekomsten av efterstarr under de första sex månaderna kan därför under inga omständigheter anses vara vetenskaplig. Det faktum att sex månaders uppföljning av efterstarr är en alldeles för kort tid är allmänt vedertaget och bekräftas av ledande kataraktkirurger i Sverige. Av Landstingets anbudsinbjudan framgår att Landstinget avser att utvärdera kostnaden för efterstarrbehandlingar på årsbasis. Eftersom Landstinget har utvärderat antalet efterstarrbehandlingar per år är det bolagets uppfattning att den angivna efterstarrfrekvensen, för att uppfylla aktuellt skall-krav åtminstone måste styrkas med en studie på ett år. Mot denna bakgrund ska förvaltningsrätten i enlighet med bolagets yrkande förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits med innebörden att Carl Zeiss anbud ska förkastas varvid en ny utvärdering av anbuden ska genomföras där bolaget ska tilldelas kontraktet.

Landstinget uppger i huvudsak följande. Den av Carl Zeiss offererade linsen är unik på det sättet att den är såväl hydrofob som hydrofil. Linsen består av hydrofil akryl med hydrofob yta. Den hydrofoba ytan gör att linsen har hydrofoba egenskaper likvärdigt med en lins som gjorts enbart hydrofob. Med hydrofoba egenskaper menas att linsen är vattenavstötande. Det som avgör huruvida en lins klassas som hydrofob eller hydrofil är dess beteende i förhållande till vatten, mer exakt vilken grad kontaktvinkeln på vattendroppar som droppas på linsens yta får. Gränsen dras vid 90 grader, är det under 90 grader är linsen hydrofil, är det över 90 grader är linsen hydrofob. Den lins Carl Zeiss har offererat har enligt uppgift en genomsnittlig hydrofobisitet på 102,76 grader, dvs tydligt över 90 grader och därmed hydrofob. Kataraktregistret samlar in statistik om utförda operationer och vid registrering av en operation ska anges vilken lins som har använts. Kataraktregistret anger i sina instruktioner att en lins som består av olika skikt ska klassas enligt linsens yta. För linsen Carl Zeiss har offererat betyder det att det ska anges att linsen är hydrofob. Viss begreppsförvirring

synes dock föreligga då linsen i vissa sammanhang benämns som hydrofob och i vissa sammanhang som hydrofil. Linsen klassas dessutom som hydrofob av uppfinnaren av linsen och grundaren till företaget Acri. Tec som tillverkar linsen. Att linsen offererad av Carl Zeiss förvaras i vatten saknar betydelse för den operativa verksamheten. Carl Zeiss har i anbudet med ja bekräftat att linsen är hydrofob och tillagt att den har en hydrofob yta samt att den klassas som hydrofob i kataraktregistret. Linsen har av Landstinget och dess sakkunniga i utvärderingen bedömts uppfylla kravet på en hydrofob lins. Den kontroll som Landstinget därefter genomfört i anledning av ansökan om överprövning har givit vid handen att det saknas möjlighet att förkasta Carl Zeiss anbud med hänvisning till att kravet på hydrofob lins inte uppfyllts. Sammantaget har Alcon inte förmått visa att Carl Zeiss offererade lins inte uppfyllt kravet på hydrofob lins.

Vad beträffar Alcons invändning om att Carl Zeiss inte uppfyllt produktkrav nr 17 uppger Landstinget följande. Efterstarr innebär att det utvecklas en grumlighet i den tunna linskapseln som sparas vid en gråstarroperation efter uppkomst med laserkirurgi (YAG-laser). Faktorer som påverkar risken för efterstarr är bl.a. den intraokulära linsens kvalité och design. Efterstarrsfrekvensen anges i procent och anger i vilken omfattning laserkirurgi krävs som efterbehandling. I sitt anbud till Landstinget har Carl Zeiss angett att offererad lins har en efterstarrfrekvens på 3 %. Att Carl Zeiss eventuellt i andra upphandlingar lämnat ett högre värde saknar betydelse.

Landstinget ställer som krav att Efterstarrfrekvensen på den offererade linsen skall styrkas med vetenskapliga studier som skall bifogas anbudet. Landstinget anser att bevismaterialet som Carl Zeiss lämnade in redogör för en vetenskaplig studie och därmed ska godtas. Landstinget har ingen skyldighet att undersöka äkthet på beviset. Att förkasta den av Carl Zeiss åberopade studien på grund av bristande omfång skulle innebära att Landstinget bryter mot principen om transparens. Enligt Karolinska institutet är vetenskaplig publicering den dokumentation som sker kontinuerligt under

forskningens gång i form av papers, konferensrapporter, artiklar eller böcker. Landstinget har inte ställt krav i vilken form de åberopade vetenskapliga studier ska redovisas. Studien som Carl Zeiss lämnat in har vetenskaplig relevans. Landstinget bestrider att det skulle finnas samband mellan tidsperioden på en efterstarrstudie och beräkning av kostnader i utvärderingsmodellen. Att använda årskostnaden är ett sedvanligt beräkningssätt i företagsekonomi och i utvärderingar gällande inköp. Att årskostnaden skulle ha samband med en tidsperiod för efterstarrstudien saknar all grund.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 användas.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av Landstingens anbudsinbjudan framgår bl.a. att upphandlingen avser successiva leveranser av okulära linser till Landstinget. Upphandlingen består av två produktgrupper; asfärisk IOL i kapselsäck och övrig IOL i kapselsäck. Överprovningen avser asfäriska IOL.

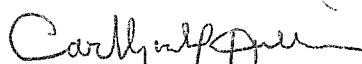

I de produktspecifika kraven i kravspecifikationen punkt 17 anges att efterstarrfrekvensen på den offererade linsen **skall** styrkas med vetenskapliga studier som skall bifogas anbudet. Studierna får ej vara utförda av leverantören eller av leverantören ägda bolag. I sitt anbud till Landstinget har Carl Zeiss angett att offererad lins har en efterstarrfrekvens på 3 % samt lämnat in redogörelse och styrkt detta med vetenskapliga studier. Den av Carl Zeiss offererade linsen har enligt Landstinget uppfyllt skall-kravet i frågeformulärets mening. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta det material som Carl Zeiss bifogat anbudet. Alcon har inte heller i övrigt visat att Carl Zeiss inte uppfyller det efterfrågade skall-kravet punkt 17 i kravspecifikationen.

I de produktspecifika kraven i kravspecifikationen punkt 10 anges att linsen **skall** vara hydrofob. Alcon har invänt att Carl Zeiss i sitt anbud offererat en lins som är hydrofil och inte uppfyller detta skall-krav. Landstinget har vidgått att det råder viss oklarhet huruvida linsen är att klassa som hydrofob eller hydrofil. I målet är ostridigt att den av Carl Zeiss offererade linsen består av hydrofil akryl med en hydrofob yta. Landstinget gör gällande att den hydrofoba ytan gör att linsen har egenskaper likvärdiga med en lins som gjorts enbart hydrofob och att Carl Zeiss därmed uppfyllt aktuellt skall-krav. Förvaltningsrätten finner att skall-kravet i fråga är tydligt utformat. Mot bakgrund av vad sökanden visat i målet om skillnaderna i en lins egenskaper anser förvaltningsrätten att enbart den omständigheten att en lins har likvärdiga egenskaper med en hydrofob lins inte medför att den är hydrofob. Den av Carl Zeiss offererade linsen uppfyller således inte det uppställda skall-kravet om att linsen ska vara hydrofob.

Vid bedömningen av huruvida upphandlingen ska göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse konstaterar förvaltningsrätten att mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt inte bör vidtas. Den minstingripande åtgärden är att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen

görs om och att Landstinget vid utvärderingen bortser från Carl Zeiss anbud.

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


Carl-Gustaf Juhlin




SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.