

K E N D E L S E

Fresenius Medical Care Danmark A/S
(advokat Mette Ravn Steenstrup, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Indklagede, Region Hovedstaden, bestilte den 17. maj 2011 et dialysevand-anlæg hos Gambro Danmark, filial af Gambro Lundia AB, Sverige, (herefter Gambro). Bestillingen blev afgivet på baggrund af et tilbud fra Gambro, uden at der forinden var gennemført udbud eller tilbudsindhentning i medfør af tilbudslovens afsnit II. Prisen for anlægget var 895.000 kr. Anskaffelsen omfattede alene vandanlægget og ingen accessoriske løbende leverancer af nogen art.

Den 14. februar 2012 indgav klageren, Fresenius Medical Care Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 21. juni 2012, hvor også klagesagen 2012-0026785 mellem samme parter blev behandlet.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 c ved i foråret 2011 at have indkøbt et vandanlæg til Frederiksberg Hospital uden forudgående annoncering.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. maj 2011 om indkøb af et vandanlæg hos Gambro til Frederiksberg Hospital i 2011, jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion på skønsmæssigt mellem 25.000 kr. og 10.000.000 kr., jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 1, nr. 4, jf. § 19.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede konstaterede i foråret 2011 en utæthed på dialysevandanlægget på Frederiksberg Hospital. Vandanlægget er en integreret del af dialyseanlægget, som omfatter vand- og koncentratanlæg og dialysemaskiner. Vandanlægget var leveret af Gambro. Efter henvendelse fra indklagede afgav Gambro den 16. marts 2011 tilbud. I tilbuddet står:

»...

Omfang: CWP 100 ROHH 132 dialysevandanlæg

- Dobbelt RO vandanlæg med automatisk varmedesinfektion
- Automatisk drift og ingen daglig betjening af vandanlægget
- Automatisk varmedesinfektion af hele systemet uden brug af kemikalier og arbejdstimer
- Indbygget varmtvandstank, der også anvendes til integreret varmedesinfektion med dialysemaskinerne, hvorved der opnås et helt rent dialysevandsystem
- Aktivt kulfiltersystem
- Automatisk enkel ionbytter blødgøringsanlæg
- Validering i form af komplet kemisk- og bakteriologisk vandanalyse
- Projektering/montering/installation

Pris: Samlet pris pr. anlæg kr. 895.000

Specielt: CWP ROHH 132 vandanlægget og ovennævnte komponenter kan installeres som udskiftning af bestående vandanlæg,

og tilsluttes bestående rørsløjfe på en af Rigshospitalets 4 dialyseafdelinger. Installationen/udskiftningen forventes at tage 4 dage, ... og i denne periode skal dialysebehandlingerne foretages på forbehandlet vand gennem et 0,2 micron sterilfilter. Alternativt kan lånevandanlæg sættes op. CWP ROHH 132 vandanlægget afleveres klar til dialyse med en endotoksin bestemmelse som den bakteriologiske kvalitet, og en ledningsevne måling for den kemiske kvalitet. Derefter følger svarene på den komplette analyse.

...«

Indklagede bestilte som anført dialysevandanlægget den 17. maj 2011.

Vandanlægget blev installeret i perioden 8. – 12. august 2011.

Forud for klagesagen har indklagede haft en længere korrespondance med klageren. Ved brev af 16. november 2011 oplyste indklagede bl.a. følgende:

»Mht. vandanlægget til hæmodialysen på Frederiksberg Hospital blev det ved et rutinemæssigt eftersyn klarlagt, at dele af anlægget mod forventning var så ringe, at en reparation ikke var rentabel og at fare for nedbrud var overhængende. Det ville være ude af proportioner at skifte hele anlæg med tilhørende maskiner, da det var teknisk muligt alene at skifte selve den nedbrudte del af vandanlægget. Dette medførte desuden den mindst mulige afbrydelse af dialysebehandlingen. Jeg kan på det foreliggende grundlag ikke udelukke, at det burde have været annonceret med henvisning til undtagelserne i EU direktivets artikel 31. Da anskaffelsen i sig selv var under tærskelværdien for EU udbud, valgte regionen at undlade dette.«

Baggrunden for udskiftningen af vandanlægget var nærmere, at der ved et årseftersyn af anlægget den 15. marts 2011 blev konstateret en begyndende lækage i en svejsning i anlæggets varmtvandstank, hvorfra der sivede vand. Indklagede har under klagesagen oplyst, at en sådan lækage kan medføre, at varmtvandstanken pludselig revner i svejsningen og dermed bliver utæt. Når der ikke er varmt vand tilgængeligt, kan systemets rørsløjfe ikke desinficere forebyggende med stigende bakterie- og endotoksintal til følge. Dette kan medføre, at vandet ikke længere overholder gældende standarder for at kunne anvendes i forbindelse med dialyse.

Forklaringer

Seniorservicetekniker Hardy Hansen, Fresenius Medical Care Danmark A/S, har forklaret, at klageren kan levere samme produkter som Gambro. Klageren kunne således også have leveret et dialysevandanlæg til indklagede. Han vil tro, at vandanlægget kunne have været leveret inden for 4 uger. Vandanlægget er et lukket system, så den lækage, der var i en svejsning, var ikke akut. Der skulle dog gøres noget med tiden. Klageren ville have udskiftet rørsøjlen, hvilket ville have medført et større arbejde. Klageren har på Holbæk Sygehus udskiftet et tilsvarende anlæg på 14 dage. Der blev etableret en foreløbig rørsøjle uden at det var nødvendigt at lukke afdelingen. Klageren kunne have stillet anlægget op på samme tid som Gambro.

Administrerende direktør Bo Johansen, Fresenius Medical Care Danmark A/S, har forklaret, at klageren kunne have leveret vandanlægget. Prisen ville have været 795.000 kr. alt inklusive.

Projektchef Ole Bergsten, Rigshospitalet, har forklaret, at Rigshospitalet, herunder Frederiksberg Hospital, har fem dialysevandanlæg. Det blev konstateret, at et af anlæggene havde en lækage. Anlægget var 10 år gammelt, så det var ikke overraskende, at der opstod en lækage. Der var ikke anført noget om utæthed i servicerapporten fra året før. Det er sædvanligvis muligt at svejse og derved standse utætheden, men han fik oplyst, at lækagen sad et sted, hvor det ikke var muligt at svejse. Gambro var i stand til at foretage udskiftningen af vandanlægget på fire dage. Han ved ikke, om klageren ville have været i stand til det. Et udbud eller en tilbudsindhentning ville tage for lang tid. Hvis et vandanlæg er »nede«, er det nødvendigt at transportere patienterne til dialyse på andre hospitaler.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede indgik kontrakt med Gambro uden forudgående tilbudsindhentning, selv om dette er et krav efter tilbudslovens afsnit II. Indkøbet af vandanlægget skulle således have været annonceret i medfør af tilbudslovens § 15 c. Betingelserne for at anvende udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, er ikke opfyldt. Indklagede har således ikke dokumenteret, at et skift af leverandør i forbindelse med en suppleren-

de vareleverance ville have gjort det nødvendigt at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Der er ikke tale om teknisk umulighed eller tekniske vanskeligheder, som taler imod at skifte leverandør. Den omstændighed, at det måtte være besværligt at skifte leverandør, medfører ikke, at betingelserne i artikel 31, stk. 2, litra b, er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, var opfyldt, og at annoncering derfor ikke var nødvendig, jf. tilbudslovens § 15 c, stk. 2. Der kan ikke stilles de samme restriktive krav til anvendelsen af artikel 31, stk. 2, litra b, i relation til anskaffelser efter tilbudsloven som ved anskaffelser efter udbudsdirektivet. Utætheden i varmtvandstanken var et alvorligt problem, som skulle løses. Da det ikke var muligt at svejse tanken, måtte dele af anlægget udskiftes. Gambros anlæg kunne tilsluttes den øvrige del af det fulde anlæg, og det kunne ske på kort tid. En anden leverandørs anlæg ville ikke umiddelbart kunne tilsluttes den tilbageværende del af anlægget, og det ville have medført, at ikke kun de nedslidte dele af anlægget skulle udskiftes, men at hele anlægget inklusive rørsystemet (rørsløjfen) skulle udskiftes. Udover disse store tekniske uhensigtsmæssigheder ville en så omfattende udskiftning have medført øget risiko for afbrud i behandlingen af dialysepatienterne. Et skifte af leverandør ville derfor have medført teknisk uforenelighed og uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse sammen med eksisterende udstyr og vandanlæg på afdelingen i en grad, som er tilstrækkelig til, at annoncering kunne undlades.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at betingelserne for at annullere indklagedes beslutning om at købe vandanlægget hos Gambro er opfyldt, idet indklagede har undladt at iværksætte tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, selv om indklagede var forpligtet til det.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at købe vandanlægget hos Gambro.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at købet af vandanlægget er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 c. Klagenævnet skal derfor pålægge indklagede en økonomisk sanktion, jf. håndhævelseslovens 13, nr. 4, jf. § 19. Sanktionen skal fastsættes skønsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke kan pålægges en økonomisk sanktion, idet håndhævelseslovens § 19 kun finder anvendelse på kontrakter omfattet af udbudsdirektiverne.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Værdien af vandanlægget oversteg 500.000 kr. Indklagede skulle derfor som udgangspunkt have iværksat en tilbudsindhentning med annoncering efter tilbudslovens afsnit II. Efter tilbudslovens § 15 c, stk. 2, gælder annonceringspligten ikke i de tilfælde, der fremgår af udbudsdirektivets artikel 31.

Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, har følgende indhold:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

...

2) For så vidt angår offentlige vareindkøbskontrakter:

a) ...

b) ved supplerende levering fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. ...

...«

Undtagelsesbestemmelsen i artikel 31, stk. 2, litra b, giver ikke mulighed for at undlade tilbudsindhentning, hvor en ordregiver tidligere har valgt en bestemt type varer, og hvor der vil være et vist besvær med at skifte leverandør. Bestemmelsen forudsætter, at der er tale om teknisk umulighed eller store tekniske vanskeligheder.

Det påhviler indklagede at godtgøre, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, var opfyldt. Indklagede skal således bevise, at årsagen til købet af vand anlægget uden forudgående annoncering var, at det ville medføre uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder at foretage et leverandørskifte. Selv om Gambro havde leveret det oprindelige vand anlæg, og det nye anlæg skulle tilsluttes det fulde dialyseanlæg, som også bestod af koncentratanlæg og dialysemaskiner, har indklagede ikke godtgjort, at et vand anlæg fra en anden leverandør end Gambro ville indebære sådanne tekniske vanskeligheder, at betingelserne i artikel 31, stk. 2, litra b, var opfyldt.

I forhold til indklagedes anbringender bemærker klagenævnet, at utætheden, uanset det, som indklagede har oplyst om, at der var risiko for, at varmtvandstanken pludselig revnede, ikke har haft en akut karakter. Gambro afgav således tilbud den 16. marts 2011, mens indklagede først bestilte vand anlægget den 17. maj 2011, og det blev installeret i perioden 8. – 12. august 2011. Hensynet til patienterne findes heller ikke at indebære, at betingelserne i artikel 31, stk. 2, litra b, er opfyldt.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter karakteren af den begåede overtrædelse ad påstand 1 annullerer klagenævnet indklagedes beslutning af 17. maj 2011 om indkøb af et vand anlæg hos Gambro til Frederiksberg Hospital, jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 3

Muligheden for at pålægge en ordregiver en økonomisk sanktion efter håndhævelseslovens § 19 forudsætter, at kontrakten er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagenævnet tager derfor

ikke påstand 3 til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og tilbudslovens § 15 c ved i foråret 2011 at have indkøbt et vandanlæg til Frederiksberg Hospital uden forudgående annoncering.

Indklagedes beslutning af 17. maj 2011 om indkøb af et vandanlæg hos Gambro til Frederiksberg Hospital annulleres.

Klagenævnet tager ikke påstand 3 til følge.

Indklagede, Region Hovedstaden, skal i sagsomkostninger til klageren, Fresenius Medical Care Danmark A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig