

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Helle Bøjen Larsen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2008 -0015595

29. maj 2008

K E N D E L S E

Hermedico A/S

(selv)

mod

Høje-Taastrup Kommune, Abertslund Kommune, Brøndby Kommune, Glostrup Kommune, Hvidovre Kommune, Ishøj Kommune, Køge Kommune, Rødovre Kommune, Tårnby Kommune og Vallensbæk Kommune

(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 4. oktober 2007 udbød Høje-Taastrup Kommune, Abertslund Kommune, Brøndby Kommune, Glostrup Kommune, Hvidovre Kommune, Ishøj Kommune, Køge Kommune, Rødovre Kommune, Tårnby Kommune og Vallensbæk Kommune (de indklagede) som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) kontrakt om levering af diabeteshjælpemidler i form af strimler, kanyler, lancetter, sprøjter, blodsukkerapparater, fingerprikker, insulinenne og inhalatorer.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. november 2007 havde Hermedico A/S, Kirudan A/S og Reamed A/S afgivet tilbud.

Den 19. december 2007 besluttede de indklagede at indgå kontrakt med Kirudan A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 25. februar 2008.

Den 15. februar 2008 indgav klageren, Hermedico A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. marts 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 8. maj 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at annullere udbudet, uagtet de indklagede under udbudet ønskede at foretage følgende væsentlige ændringer i udbudsbetingelserne:

- a. Kravet i udbudsbetingelserne om, at »leverandøren (skal) indgå et samarbejde med apotekerne, således at de enkelte diabetikere i kommunerne kan vælge mellem forskellige måder at bestille varer på« skulle udgå, og
- b. tilbudsgiverne skulle i stedet i deres tilbud oplyse, »hvordan aftalen med apotekerne kan påvirke deres tilbud (prismæssigt) og et bud på, hvor hurtigt de evt. kan få en aftale i stand med apotekerne, så borgerne kan få diabetesartiklerne udleveret fra apotekerne som i dag«, således at denne oplysning skulle indgå som et delkriterium til underkriteriet »service«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved først den 15. november 2007 at sende sine svar på de spørgsmål, som tilbudsgiverne havde stillet, til klageren, uagtet at de indklagede den 26. oktober 2007 havde sendt svarene til de to øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 19. december 2007 om at indgå kontrakt med Kirudan A/S.

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

» Kommunerne ønsker, at der bliver etableret en aftale med een leverandør som en bindende rammeaftale.

...

Det kræves at leverandøren kan levere et meget bredt sortiment af de diabeteshjælpemidler, der er almindeligt brugt i Danmark, f.eks. sprøjter, kanyler, insulinpenne, fingerprikker (lancetter), teststrimler, blodsukkerapparat og inhalator til administration af insulin samt tilbehør hertil.

Samtlige tilbudte produkter skal opfylde gældende regler, f.eks. kravene i det medicinske direktiv og have de krævede CE-mærkninger og alle være med komplet dansk brugsvejledning.

...

Bestilling sker ved brugerens henvendelse til leverandøren på grundlag af de af Kommunerne udstedte bevillinger. Brugere skal kunne foretage bestilling via e-mail, telefon, fax eller ved personlig henvendelse.

Da mange af vores borgere foretrækker at bestille via apotekerne skal leverandøren indgå et samarbejde med apotekerne, således at de enkelte diabetikere i kommunerne kan vælge mellem forskellige måder at bestille varer på.

Findes der andre bestillings-/leveringsmåder må leverandøren give tilbud herpå. Eksempel på bestillingslister bedes vedlagt tilbudet.

Det er alene Kommunerne, der i samråd med brugeren, afgør tidspunktet for anskaffelse af diabeteshjælpemidler.

Leverandøren skal kunne tilbyde følgende:

1. Service, information og uddannelse/vejledning.
2. Bredt produktsortiment.
3. Levering, herunder håndtering af bestillinger.

...

Bestillinger skal kunne foregå ved:

Postordre

Ved Postordrelevering fremsendes diabetesprodukter direkte til den enkelte diabetiker med f.eks. PostDanmark på vedkommendes privat-adresse. I mindre omfang på vedkommendes arbejdsadresse, midlertidige adresse eller ferieadresse. ...

Telefonbestilling

Internetbestilling

Endvidere skal det være muligt, at der handles ind på leverandørens Internet hjemmeside. Der skal kunne foretages bestillinger hele døgnet på leverandørens hjemmeside. Her skal det være muligt at se og bestille varerne direkte. Enten til levering via postordre eller valgt apotek. Det bør også være muligt at hente sin sidste internetbestilling frem og genbestille forrige ordre eller supplere sidste bestilling. ...

I de tilfælde, hvor produkterne ikke udleveres fra leverandørens forretningsadresse, skal produkterne leveres omkostnings- og risikofrit (DDP) til de af rekvirenterne opgivne adresser.

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Som underkriterier til tildelingskriteriet var i udbudsbetingelserne anført følgende:

»...

1.	Pris og prisregulering	65%
2.	Service, information og uddannelse - der skal foreligge en beskrivelse af service i forhold til borgerne og kommunens personale, herunder hvilken information og hvordan det gives til borgerne samt uddannelses tilbud til kommunernes personale jævnfør blandt andet punkt 14 Service og bilag 3 kravspecifikationen. Alle steder hvor der er anført krav, som »skal« opfyldes, beskrives, hvordan og hvor dette opfyldes. Hvor der er anført »bør« beskrives, hvorledes dette kan opfyldes. Hvis det påvirker priserne anføres dette.	35%

«

Indklagede meddelte ved en e-mail af 26. oktober 2007 til Kirudan A/S og Reamed A/S, at udbudsbetingelserne ændredes således, at det ikke længere skulle være et krav, at leverandøren skulle indgå aftale med apotekerne. Ved e-mail af 15. november 2007 sendtes samme meddelelse til klageren.

Der er om beslutningen om ændringen i udbudsbetingelserne i e-mailen til klageren anført følgende:

» Til Tilbudsgiverne

Følgende spm. har været stillet:

I angiver flere steder i jeres udbudsmateriale på diabetesartikler, at der skal være udlevering via Apoteket. Vi mener, at kun én tilbudsgiver på markedet kan opfylde dette. Fastholdes dette krav eller kan der tages forbehold for denne passus?

Svar:

Efter at have konsulteret Konkurrencestyrelsen er det besluttet at spørge Apotekerforeningen om dette er korrekt.

Apotekerforeningen har svaret

I kommunens udbud af diabetesartikler ønsker I at stille krav om, at borgerne også kan få udleveret via apotekerne. I har en ide om, at alle leverandører på samme måde som nuværende leverandør kan indgå aftaler med apotekerne. En tilbudsgiver har anført det ikke er tilfældet, og at det er begrænsende for levering gennem apoteket, at nuværende leverandør er ejet af apoteksgrossisten Nomeco.

Apotekerforeningen er ikke enig i denne vurdering. Det er korrekt, at kommunens nuværende leverandør er et datterselskab i Nomeco-koncernen, som er lægemiddelgrossist. Men for det første er Nomeco ikke den eneste fuldsortimentsgrossist på det danske lægemiddelmarked. Både Max Jenne og K.V. Tjellesen er ligeledes fuldsortimentsgrossister. For det andet benytter apotekerne også andre leverandører end de tre fuldsortimentsgrossister til levering af lægemidler og andre varer. Det er bestemt ikke noget krav for levering til apotek, at en fuldsortimentsgrossist skal benyttes til distributionen.

Danmarks Apotekerforening kan som brancheorganisation for apotekerne naturligvis gå ind for, at kunderne får mulighed for at få udleveret deres diabetesartikler på apoteket (inkl. direkte rådgivning/vejledning), hvor de i forvejen køber deres lægemidler.

Beslutning i forhold til udbudsmaterialet

Derfor er det besluttet, at tilbudsgiver skal oplyse i sit tilbud, hvordan aftalen med Apotekerne kan påvirke deres tilbud (prismæssigt) og et bud på hvor hurtigt de evt. kan få en aftale i stand med Apotekerne, så borgerne kan få diabetesartiklerne udleveret fra apotekerne som i dag. Således bliver det ikke et krav, men som en del af tildelingskriteriet service.

...«

Indklagede har supplerende i en skrivelse af 4. januar 2008 til klageren redegjort for ændringerne i udbudsbetingelserne. Det hedder i skrivelsen bl.a. følgende:

- » Redegørelse for hvordan vores krav om udlevering via apotekerne ændrede sig fra et krav til at være en del af tildelingskriterierne.

Som vi mailede til jer, fik vi spørgsmålet, om vi ville fastholde kravet om udlevering via apotekerne, da en tilbudsgiver, Kirudan, mente at der kun var én tilbudsgiver på markedet, som kunne opfylde dette.

Som det også fremgik af mailen til jer konsulterede vi telefonisk Konkurrencestyrelsen, som blot foreslog os at kontakte apotekerne. Det vurderede vi ville tage for lang tid pga antallet af apoteker og kontaktede i stedet Apotekerforeningen, ...

Som det fremgik af mailen besluttede vi for at være sikker på at få konkurrence og dermed mere end et tilbud, at tilbudsgiver skulle oplyse i sit tilbud, hvordan aftalen med Apotekerne kunne påvirke deres tilbud (prismæssigt) og et bud på hvor hurtigt de evt, kunne få en aftale i stand med Apotekerne, så borgerne kunne få diabetesartiklerne udleveret fra apotekerne som i dag. Således blev det ikke et krav, men en del af tildelingskriteriet service.

Mailede ovenstående ud til tilbudsgiverne fredag den 26. oktober. På den made var vi helt sikre på at få mere end ét tilbud og tilbudene ville oplyse, hvad den service kostede, og vi kunne tage stilling til, om vi ønskede den service. Beklageligvis havde jeg ikke fået jeres mailadresse på, så I fik først mailen fredag den 16. november. Tilbudsfristen var mandag den 26. november, inden kl. 12, hvorfor vi ikke mener, at det kan have nogen afgørende betydning. Ingen af tilbudsgiverne har bedt om mere tid til at skrive tilbud pga. denne mail og ændring fra krav til at være en del af tildelingskriteriet, heller ikke jer.

Det var derfor de samme betingelser I bød på. Det væsentlige i udbudsreglerne er, at der kan bydes på samme betingelser, og at der ikke gøres forskel. Den eneste forskel er, at I fik oplysningerne noget senere end de øvrige. Vi forestiller os at give priserne uden udlevering via apotekerne må have været relativt nemt for jer, da I har kontrakten nu og derved kan vide, hvad I betaler apotekerne for deres udlevering til vores borgere. Hvorimod de øvrige

tilbudsgivere skulle ud i forhandling med apotekerne om denne service og prisen her på. I jeres tilbud gør I opmærksom på, at prisen for udlevering via apotekerne udgør næsten 10% af det samlede køb. Således har jeres tilbud være en væsentlig årsag til, at det er blevet gennemsigtigt, hvor meget vi betaler for denne service. Alle kommunerne har været forelagt dette og har valgt at tage denne service bort.

For at give jer behørig tid vil vi afvente med at underskrive kontrakten til torsdag den 17. januar.«

De indklagede har under sagens behandling oplyst, at 5 virksomheder rekvirerede udbudsbetingelserne, og at alle 5 fik meddelelse om ændringerne heri.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har ændret på grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne i strid med Udbudsdirektivet. Indklagede skulle i stedet have annulleret udbuddet og iværksat et nyt udbud.

De indklagede har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen ikke har været til hinder for ændringen i udbudsbetingelserne, da spørgsmålet om en aftale med apotekerne ikke er omtalt heri.

De indklagede har dernæst gjort gældende, at ændringen i udbudsbetingelserne ikke var væsentlig, men derimod velbegrundet, således at tilbudsgiverne ikke blev tvunget til at afgive tilbud på et usikkert grundlag..

Hvis indklagede havde annulleret udbuddet og udbudt kontrakten på ny, ville resultatet have været det samme, som det blev ved det aktuelle udbud, idet det nye udbud ikke ville have gjort udlevering gennem apotekerne til et krav.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med Udbudsdirektivets ligebehandlingprincip, at klageren ikke blev orienteret om de indklagedes

svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne samtidig med besvarelsen til de øvrige tilbudsgivere.

De indklagede har erkendt at have handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 på den anførte måde.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tilsidesættelsen af Udbudsdirektivet skal indebære, at beslutningen om at tildele kontrakten til Kirudan A/S annulleres.

De indklagede har gjort gældende, at annulation kun bør finde sted, såfremt der er tale om graverende overtrædelser af de udbudsretlige regler. Den overtrædelse af Udbudsdirektivet, som de indklagede har erkendt ad påstand 2, er beskeden og har ikke haft betydning for resultatet af udbudsforretningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Kravet i udbudsbetingelserne om, at leverandøren skal indgå et samarbejde med apotekerne, fremgår ikke af udbudsbekendtgørelsen, og Klagenævnet lægger til grund, at de indklagedes beslutning om at ændre udbudsbetingelserne på dette punkt er meddelt alle de virksomheder, der havde rekvireret udbudsbetingelserne.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at diabetespatienter skal kunne bestille diabeteshjælpemidler på en række forskellige måder, f.eks. via e-mail, telefon eller telefax, og at der skal være udlevering fra såvel leverandørens forretningsadresse som udlevering til en af rekvirenten opgiven adresse. Udlevering af hjælpemidlerne på et apotek var således en af flere måder, hvorpå hjælpemidlerne kunne udleveres til brugerne, og ændringen af udbudsbetingelserne vedrørende dette forhold har derfor kun angået en mindre væsentlig del af udbuddet.

De indklagede har derfor været berettigede til at ændre udbudsbetingelserne på den i påstand 1 beskrevne måde.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet konstaterer, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 som beskrevet i påstanden.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Under hensyn til karakteren af den ad påstand 2 konstaterede overtrædelse af udbudsdirektivret tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 2

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved først den 15. november 2007 at sende sine svar på de spørgsmål, som tilbudsgiverne havde stillet, til klageren, uagtet at indklagede den 26. oktober 2007 havde sendte svarene til de to øvrige tilbudsgivere.

Påstand 1 og 3 tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagetales.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig