

Klagenævnet for Udbud
(Grønning-Nielsen, Helsteen, Thomsen)

1:714-2
den 18. januar 1994

K E N D E L S E

Paranova A/S
(adv. Erik B. Pfeiffer)

mod

Amgros I/S
(adv. Spang-Hanssen v/adv.
Michael Svanholm)

Den 4. november 1992 offentliggjorde indklagede, Amgros I/S, i EF-Tidende et begrænset udbud (ref. nr. NOV-93-03-03-F1) bl.a. af følgende indhold:

»... Forbruget af følgende lægemidler på hospitaler tilsluttet
AMGROS I/S:

ADRIAMYCIN INJSUBST 10 MG

ADRIAMYCIN INJSUBST 50 MG

ADRIAMYCIN INJ 2 MG/ML

ADRIAMYCIN INJ 2 MG/ML

ADRIAMYCIN INJ 2 MG/ML

Generisk navn: Doxorubicin...«

Forbruget forventes at blive pr.
år:

eller dermed ligestillet ca.
1HTGL X 1000

eller dermed ligestillet ca.
1HTGL X 1000

eller dermed ligestillet ca.
(1HTGL X 5 ML) X 751

eller dermed ligestillet ca.
(1HTGL X 10ML) X 535

eller dermed ligestillet ca.
(HTGL X 25 ML) X 127

Tildelingskriterne var anført således:

»... Økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på basis af:

kvalitet

pris

leveringssikkerhed

betalings- og leveringsbetingelser

service

De anførte udvælgelseskriterier er ikke anført i prioritetsorden... «

Den 25. november 1992 spurgte Paranova

»... om Amgros betragter levering af præparater benævnt ved lægemidlernes
generiske navne som ligeværdige med de udbudte produkter... «

Amgros svarede den 3. december 1992:

»... må vi henvise til vore udbudsbekendtgørelser. De generiske navne fremgår af disse, sammen med de handelsnavne der har været anvendt i 1992. Ud for hvert udbudt produkt er endvidere anført teksten »eller dermed ligestillet«.

Det følger heraf, at enhver der mener at have et »dermed ligestillet« produkt (generisk navn, synonymprodukter etc.) har mulighed for at afgive tilbud. De besluttende parter i AMGROS vil så til sin tid afgøre, hvorvidt man er enig i tilbudsgiverens opfattelse af produkternes ligeværdighed ...«

Amgros opfordrede den 15. december 1992 Paranova og andre til at afgive tilbud.

Den 18. december 1992 klagede Paranova over udbudsforretningen og nedlagde påstand om, at Amgros pålagdes at lovgiggøre denne, samt at Klagenævnet afbrød den iværksatte udbudsprocedure, indtil lovgivelse var sket.

Paranova anførte i den forbindelse følgende:

»... Amgros I/S har forbeholdt sig senere hen at tage stilling til, hvorvidt det er af betydning ved tildelingen, at man kan bruge det varemærke, som ejes af den ene af leverandørerne.

I relation til produktet Adriamycin er forholdet det, at den pågældende leverandør - Farmitalia Carlo Erba - indenfor EF-medlemsstaterne kun benytter dette varemærke i Danmark, og at Farmitalia Carlo Erba i en netop afsluttet fogedsag har fået medhold i, at min klient Paranova A/S ikke må ommærke de i andre lande indkøbte identiske produkter til det i Danmark anvendte varemærke »Adriamycin«.

I de andre EF-medlemslande anvender Farmitalia Carlo Erba for det selvsamme produkt en række andre varemærker eller det generiske navn (det kemiske fællesnavn).

Hvis således Amgros I/S fastholder, at det ved tildelingen har betydning, om produktet markedsføres under det anførte varemærke, vil det indebære, at ikke alene min klient Paranova A/S reelt udelukkes fra mulighederne fra at vinde udbudsforretningen med det identiske produkt, men også at en række synonymprodukter reelt udelukkes allerede på grund af varemærket.

I denne situation er der reelt tale om, at der består et hemmeligt udbudskriterie, nemlig varemærket, og at dette hemmelige udbudskriterie indebærer, at kun en leverandør kan vinde udbudet, nemlig indehaveren af det pågældende varemærke...»

Paranova anførte videre, at der ved udbuddet ikke er sket nogen præcisering af udvælgelseskriteriet »service«, og at det vil påvirke prisfastsættelsen, hvis tilbudsgiverne i deres tilbudsfrister skal indregne serviceydelser af forskellig karakter. I det omfang servicebegrebet derimod objektiviseres, vil omfanget og karakteren af serviceydelserne være fastlagt på forhånd, således at indregning kan

ske på et ensartet grundlag. Der vil dermed blive større gennemsigthed ved sammenligningen af de tilbudte priser.

Klagenævnet indhentede en udtalelse fra Amgros og meddelte ved skrivelse af 25. februar 1993, at der ikke var fundet anledning til at tillægge klagen opsættende virkning.

Efter yderligere skriftveksling har der været afholdt mundtlig forhandling den 12. oktober 1993.

For klageren, Paranova A/S, mødte advokat Erik B. Pfeiffer med direktør Hans Jørgen Krebs.

For indklagede, Amgros I/S, mødte advokat Spang-Hanssen ved advokat Michael Svanholm med direktør Axel Sørensen og vicedirektør Leif Antonsen.

Paranova nedlagde påstand om, at udbudsforretningen lovliggøres, herunder at Amgros tilpligtes at anerkende, at der ved udvælgelsen blandt indkomne tilbud ikke kan lægges vægt på, om præparaterne leveres under et givet varemærke, samt tilpligtes at præcisere, hvilke serviceydelser der tillægges vægt ved valget af leverandør.

Amgros har påstået frifindelse.

Direktør Hans Jørgen Krebs har forklaret, at indklagede tidligere har accepteret tilbud, hvor det generiske navn var anvendt. Paranova har ikke i denne sag kunnet få tilkendegivelse om, at navnet var uden betydning. Det er således, at lægerne er vant til at bruge produkter, benævnt med varemærkenavnet, og det er derfor vanskeligt for hospitalsapoteket at komme igennem med at tilbyde andre varer, selv om man skal tilbyde det billigste produkt af samme art. Paranova forsøgte forgæves at få præciseret servicebegrebet, som han hovedsagelig opfatter som produktinformation, herunder om kendte bivirkninger. Det enkelte hospitals lægemiddelkomité reviderer hospitalets lægemiddelfortegnelse under medinddragelse af lægerne.

Direktør Axel Sørensen har forklaret, at Amgros I/S er oprettet af de »store« amter med henblik på at drive grossistindkøbsvirksomhed. Der er nu tilsluttet 8 amter, og indkøbet omfatter omkring halvdelen af sygehusmedicinindkøbet.

Inden for de sidste 4-5 år ordineres i høj grad generisk, og der er aldrig afvist et produkt alene på grund af det generiske navn. Lægemiddelkomitéerne er sammensat af medicinere, kirurger, sygeplejersker og praktiserende læger, normalt med en overlæge som formand. De inddrages i under 5 pct. af udbudsforretningernes afgørelse, f.eks. hvis der er tvivl om identiteten af de tilbudte præparater. Ellers træffes beslutningerne på et fællesmøde mellem Amgros og hospitalsapotekerne.

Service er et bevidst bredt begreb, der står åbent for tilbudsgiverne, og der efterspørges ikke specielle serviceydelser. Han er ikke bekendt med tilbud om særlige ydelser, såsom rejser o.lign., og der foreligger i øvrigt en selvjustitsaftale mellem medicinalindustrien og lægerne.

Inden for servicebegrebet kan der tænkes lagt vægt på information, herunder ved konsulentbesøg eller produktanalyser, sortimentsbredde, varereturnering, håndtering af reklamationer, akut hjælp i krisesituationer, ligesom der kan være tale om seminarer ved lancering af nye produkter. Tilbud om klinisk forskning, der skal godkendes af Etisk Råd og Sundhedsstyrelsen, er ikke særligt almindeligt. De kan bestå i levering af gratis medicin eller betaling for patienter. Et sådant tilbud vil

typisk blive genstand for behandling i lægemiddelkomitéen; men de udgør langt mindre end de ovennævnte 5 pct.

I den foreliggende sag har man efter aftale med Indenrigsministeriet udbudt efter den metode, der tidligere har været anvendt af Rigshospitalet. Grunden til, at der ikke umiddelbart er udbudt under det generiske navn, er formentlig, at de fleste produkter er bedst kendt under deres varemærkenavn. Paranova's forespørgsel blev besvaret som sket, fordi man ikke turde afgive garanti for, at varemærket ikke kunne have sikkerhedsmæssig betydning. De indkomne tilbud var økonomiske stort set ligeværdige, og servicespørgsmålet har ikke haft betydning for afgørelsen.

Afdelingsleder Leif Viuff Christiansen, Rigshospitalets Apotek, har bekræftet, at man tidligere har udbudt på samme måde som Amgro. Varemærkenavnet er en enkel kvalitetsspecifikation, og det kan være sværere at opstille specifikationer, hvis man generelt anvender det generiske navn for produkter.

Til støtte for sine påstande har Paranova anført, at i og med at Amgro forbeholder sig at lægge vægt på varemærket f.eks. med hensyn til sortimentsbredden af sikkerhedsmæssige årsager, indgår varemærket som en teknisk specifikation, der afskærer andre tilbudsgivere fra at byde, uden at dette på forhånd er kendeligt. Dette gælder særligt i den foreliggende situation, hvor Paranova på grund af fagedforbud er afskåret fra at anvende varemærket, og producenten ved at sørge for selv alene at være i stand til at levere det fulde sortiment kan styre markedet i strid med traktatens artikel 30.

Der anfægtes ikke, at det er lovligt at lægge vægt på service; men kriteriet burde have været objektiviseret, således at der bl.a. ikke sker ydelser direkte til lægerne.

Amgro har navnlig anført, at der ikke foreligger nogen konkret overtrædelse af fælleskabsreglerne og derfor ikke er grundlag for klagerens påstand om lovliggørelse af udbuddet. Man har valgt at angive produkter med handelsnavnet (varemærket) for at få den mest nøjagtige beskrivelse; men ingen er udelukket ved den fulgte fremgangsmåde. Tildelingskriterierne er i nøje overensstemmelse med indkøbsdirektivets artikel 25, og der er intet fællesskabsretligt krav om yderligere objektivisering. Det afgørende er, at kriterierne i sig selv er lovlige og saglige og bliver objektivt bedømt.

Klagenævnet skal udtale:

De tildelingskriterier, der er anført i indklagedes udbud af 4. november 1992, findes i overensstemmelse med Rådsdirektiv 77/62/EØF, som ændret ved Rådsdirektiv 88/295/EØF, artikel 25, stk. 1, litra b) og stk. 2. Der findes ikke grundlag for at stille krav om yderligere objektivisering af tildelingskriterierne. Der findes heller ikke grundlag for at fastslå, at kriterierne er anvendt på usaglig eller diskriminerende måde.

Produktet er i udbudsbekendtgørelsen anført som »Adriamycin eller dermed ligestillet« og som generisk navn er anført »Doxorubicin«. Selv om Klagenævnet på det foreliggende grundlag havde fundet det rettest, at udbuddet var sket under produktets generiske betegnelse, jf. nævnte direktivs artikel 7, stk. 6, findes dette under hensyn til den samlede udbudsforretning ikke at føre til, at udbuddet kendes ulovligt.

Herefter bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.