

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Michael Jacobsen)

J.nr.: 03-237.997

6. maj 2004

K E N D E L S E

Sereno Nordic AB

(advokat Christian Schow Madsen, København)

mod

Vejle Amt

(advokat Tom Holsøe, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 26. maj 2003 udbød Vejle Amt som begrænset udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet), en rammeaftale vedrørende indkøb til Horsens Sygehusapotek i 2004 af lægemidlet follikelstimulerende hormon.

Der prækvalificeredes to virksomheder, nemlig Organon A/S (Organon) og klageren, Sereno Nordic AB, hvilket indklagede gav de to virksomheder meddelelse om ved enslydende breve af 10. juli 2003.

Begge virksomheder afgav tilbud, hvorefter indklagede besluttede at tildele Organon leverancen.

Den 19. november 2003 indgav klageren, Sereno Nordic AB, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejle Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 19. marts 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Organon i betragtning, uanset at prisangivelserne i dette tilbud angik priser ved salg til grossist, og uanset at udbudsbetingelserne

måtte forstås således, at prisangivelserne i tilbudene skulle angå priser ved salg fra grossist.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved ikke at anføre udtrykkeligt i udbudsbetingelserne, at prisangivelserne i tilbudene kunne angå priser ved salg til grossist.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved under sin evaluering af tilbudene ikke at have taget hensyn til klagerens tilsagn om fortsat økonomisk støtte til Brædstrup Sygehus' fertilitetsklinik.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har under den mundtlige forhandling rejst spørgsmål, om udbudsbetingelsernes udformning og indklagedes varetagelse af udbudet på nogle nærmere angivne punkter var i strid med EU's udbudsregler. Indklagede har i den anledning under den mundtlige forhandling redegjort for de pågældende spørgsmål.

Sagens omstændigheder i hovedtræk:

Lægemidlet follikelstimulerende hormon er et gensplejset præparat, der stimulerer kvinders ægproduktion. Der forhandles i Danmark to præparater follikelstimulerende hormon, nemlig præparatet Puregon, der leveres af Organon, og præparatet Gonal-f, der leveres af klageren. De to præparater er analoge, dvs. at de ikke har ens sammensætning, men virker ens. Horsens Sygehusapotek har gennem årene skiftevis haft de to virksomheder som leverandører af deres respektive præparater. I de seneste år før det udbud, som sagen angår, var klageren leverandør.

Follikelstimulerende hormon indkøbt af Horsens Sygehusapotek anvendes i en særlig klinik, dvs. fertilitetsklinikken i Brædstrup Sygehus. Det er oplyst, at klageren i 2003 ydede støtte til klinikken med 253.000 kr. til ansættelse af en såkaldt study nurse. Denne støtte blev ydet efter en forudgående ansøgning fra fertilitetsklinikken.

Prisfastsættelsen for lægemidler er undergivet regulering i lovgivningen om lægemidler og om apoteksvirksomhed. I forbindelse med denne regulering optræder begreberne AIP, GIP og AUP.

AIP er apotekernes indkøbspris. Producenterne af lægemidler skal anmelde AIP til Lægemiddelstyrelsen.

GIP er grossistindkøbsprisen, dvs. den pris, som en grossist betaler producenten for det pågældende lægemiddel. Grossisternes videresalg til apoteker sker efter det foreliggende til AIP.

AUP er apotekernes udsalgspris for lægemidler. AUP fastsættes efter forhandling mellem sundhedsministeren og apotekernes organisation.

Der blev ikke udformet særskilte udbudsbetingelser vedrørende det udbud, som sagen angår, og udbudsbetingelserne udgjordes alene af udbudsbekendtgørelsen og nogle angivelser i de enslydende breve af 10. juli 2003 fra indklagede til Organon og klageren.

Fristen for indlevering af tilbud var 1. september 2003.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af forskellige uprioriterede underkriterier (pris m.m.).

I udbudsbekendtgørelsen var endvidere bl.a. angivet:

»I tilfælde af den officielle pris falder under aftaleperioden genforhandles kontrakten.«

I et brev til overlæge Finn Hald på fertilitetsklinikken på Brædstrup Sygehus dateret 13. august 2003, dvs. efter prækvalifikationen, men før tilbude- nes indgivelse, udtalte klagerens danske repræsentant, Jørgen Bosse:

»I forbindelse med ovennævnte licitation har jeg gjort mig nogle tanker om hvordan vi kan styrke vort fremtidige samarbejde.

Jeg forestiller mig, at vi kan lave en samarbejdsaftale, der løber over længere tid, evt. 3 år. Dette ville være godt for at kunne facilitere længerevarende projekter på din klinik.

Såfremt du synes, at dette er interessant, kan jeg fremsætte tilbuddet i forbindelsen med licitationen for år 2004, der så vil løbe frem til og med den 31. december 2006.

Jeg vil således kunne tilbyde dig en rabat på Gonal-f på 15% af AIP (apotekets indkøbspris). I tillæg til dette, vil vi tilbyde din klinik 1.500.000 DKK fordelt på 3 år med en årlig udbetaling af 500.000,- DKK per år til klinikkens videnskabelige arbejde. Ved specielle projekter kan beløbet evt. forøges.

Såfremt at du ikke finder det hensigtsmæssigt, med en aftale som løber over 3 år, indgiver vi blot den almindelige EU-licitation. Vores øvrige videnskabelige projekter fortsætter naturligvis uændret.

Jeg hører gerne dine kommentarer til ovennævnte.«

Klagerens tilbud, der var dateret 29. august 2003, angik levering af klagerens præparat Gonal-f i forskellige enhedsstørrelser til AIP med en nærmere angivet rabat fratrullet.

I et brev af 1. september 2003 til Horsens Sygehusapotek udtalte klageren:

»Som en del af Sereno's tilbud vedr. EU-licitation for år 2004 vil vi i tillæg til den direkte rabat støtte Brædstrup Fertilitetskliniks forskning med 350.000 kr. i 2004.«

Det fremgår ikke af sagens oplysninger, om indklagede modtog brevet før tilbudsfristens udløb den 1. september 2003. Klagenævnet har ikke fundet anledning til at få dette spørgsmål afklaret, da det er uden betydning for sagens afgørelse.

Tilbudet fra Organon, der var dateret den 29. august 2003, angik levering af Organons præparat Puregon i forskellige enhedsstørrelser til GIP med en nærmere angivet rabat fratrullet.

Ved sin gennemgang af tilbudene konstaterede indklagede, at tilbudspriserne i Organons tilbud var lavere end i klagerens tilbud, således at Organons

tilbud var økonomisk mest fordelagtigt med hensyn til underkriteriet pris. Da indklagede anså de to tilbud for ligeværdige med hensyn til de øvrige underkriterier til tildelingskriteriet, valgte indklagede Organon som leverandør.

De afgivne forklaringer:

Jørgen Bosse har bl.a. forklaret: Klageren er en schweizisk virksomhed, og Jørgen Bosse er repræsentant for klageren i Danmark. Indtil 2004 havde klageren leverancen til indklagede af follikelstimulerende hormon i form af præparatet Gonal-f. Det var på grundlag af et udbud svarende til det udbud, som sagen angår, og på grundlag af et tilbud fra klageren med angivelse af rabatpriser i forhold til AIP ligesom i klagerens tilbud ved det aktuelle udbud. Det er AIP, som alle kender, der er den officielle pris, og det er AIP, der lægges til grund ved udbudsforretninger. Efter at klageren havde vundet det forrige udbud, fik man en forespørgsel fra Brædstrup Sygehus' fertilitetsklinik, om man ville yde støtte til klinikken, hvilket klageren gik med til. Støtten gik i virkeligheden ud på at dække en lønudgift. Klagerens brev af 1. september 2003 med tilsagn om fortsat støtte blev skrevet efter drøftelse med fertilitetsklinikens overlæge Hald, der var interesseret i at fortsætte med at modtage støtte, og Jørgen Bosse gik helt klart ud fra, det tilsagte støttebeløb på 350.000 ville blive medregnet ved vurderingen af tilbudene. Overlæge Hald sagde ikke på noget tidspunkt, at det tilsagte støttebeløb ikke ville blive medregnet. Han talte kun om klagerens tidligere forslag om en 3-årig periode.

Ole Andersen, der er sygehusapoteker på Horsens Sygehusapotek, har bl.a. forklaret: Han forestår lægemiddelforsyningen til Horsens og Brædstrup Sygehuse. Hans opgave er at skaffe lægemidler billigst og bedst. Det har været tilladt at handle direkte med leverandørerne siden 1991, med eller uden om grossist. Med hensyn til follikelstimulerende hormon har man haft klageren og Organon som leverandører skiftevis i mange år. Man får sjældent pristilbud i form af en procentrabat i forhold til AIP. Fx er prisen fast for de fleste af indkøbsorganisationen Amgros' varer. Nogle store firmaer sælger til sygehusapotekerne gennem grossist, medens andre sælger direkte. Organon har altid afgivet tilbud på en GIP-pris med en procentdel fratrullet, medens klageren altid har afgivet tilbud på AIP med en procentdel fratrullet. Klagerens forslag om en 3-årig periode blev sendt til udtalelse hos

Ole Andersen, der svarede, at man ikke kan ændre på en udbudsperiode. Ole Andersens svarede desuden, at tilsagn om støtte ikke skal medtages ved vurderingen af tilbud, idet dette var blevet sygehusledelsens politik. Overlæge Hald fik til opdrag at videregive dette til klageren. Efter tilbudenes modtagelse vurderede Ole Andersen de to tilbud sammen med overlæge Hald. Tilbudene var ligeværdige på alle punkter bortset fra prisen, så prisen blev udslaggivende. Ole Andersen spurgte sygehusledelsen, om han måtte tage klagerens tilsagn om støtte på 350.000 kr. med i vurderingen, men sygehusledelsen svarede, at det måtte han ikke, idet det som nævnt var blevet sygehusledelsens politik, at noget sådant ikke må gøres. Den officielle pris er AUP.

Parternes anbringender

Ad indklagedes påstand om afvisning

Parterne har i skriftvekslingen beskæftiget sig med forskellige spørgsmål vedrørende prisfastsættelsen for lægemidler.

Indklagede har under skriftvekslingen begrundet afvisningspåstanden med, at sagen reelt angår forståelsen af lovgivningen om prisfastsættelsen for lægemidler, hvilket Klagenævnet ikke har kompetence til at beskæftige sig med. Under den mundtlige forhandling har indklagede ikke kommenteret afvisningspåstanden nærmere, men har blot tilkendegivet, at den fastholdes for en sikkerheds skyld.

Klageren har gjort gældende, at sagen angår, om indklagede har overtrådt EU's udbudsregler, og at Klagenævnet derfor er kompetent til at behandle sagen.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende: Klageren var berettiget til at gå ud fra, at grundlaget for prisfastsættelsen var AIP. Markedet er fuldstændig reguleret, og AIP er det naturlige pejlemærke. Dette bestyrkes af udbudsbetingelsernes bemærkning om »den officielle pris«, der kun kan forstås som

en henvisning til AIP. Organons tilbud er imidlertid ikke relateret til AIP, hvorfor indklagede skulle have afvist Organons tilbud.

Indklagede har gjort gældende: Der er intet grundlag for klagerens synspunkt om, at tilbudsprisen skulle være relateret til AIP. Der er ikke pligt til at sælge gennem grossist. Udbudsbetingelsernes henvisning til den officielle pris gør ingen forskel heri. Denne henvisning er blot et sædvanligt kontraktsforbehold, der skal sikre, at indklagede får fordel af et prisfald i kontraktperioden. Henvisningen sigter til AUP, men selvom den skulle forstås som sigtende til AIP, ville den stadig blot være et sædvanligt kontraktsforbehold til sikring mod prisfald.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende: Som følge af, at klageren var berettiget til at gå ud fra, at grundlaget for prisfastsættelsen skulle være AIP, har indklagede overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at tilkendegive, at AIP ikke behøvede at være grundlaget for prisfastsættelsen.

Indklagede har bestridt at have haft en sådan pligt.

Ad klagerens påstand 3

Klageren har gjort gældende: Klagerens tilsagn om fortsat støtte til fertilitetsklinikken i klagerens brev af 1. september 2003 var et led i klagerens tilbudspris, og indklagede havde derfor pligt til at medregne tilsagnet ved sin vurdering af tilbudene. Det bestrides, at overlæge Hald skulle have meddelt klageren, at der ikke ville blive taget hensyn til tilsagnet.

Indklagede har gjort gældende: Det ville have været i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis indklagede havde lagt vægt på klagerens tilsagn om støtte ved sin vurdering af tilbudene, da udbudsbetingelserne ikke omfattede en mulighed for at give et sådant tilsagn.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes påstand om afvisning

Således som sagen har været forelagt for Klagenævnet under den mundtlige forhandling, angår sagen, om indklagede har overtrådt EU's udbudsregler. Klagenævnet er herefter kompetent til at behandle sagen, jf. § 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorfor afvisningspåstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 1 og påstand 2

Klagenævnet har ikke i det fremkomne grundlag for at fastslå, at udbudsbetingelserne skulle forstås sådan, at tilbudspriserne skulle angives i forhold til AIP, eller for at fastslå, at udbudsbetingelserne naturligt måtte forstås således. Klagerens synspunkt herom er ikke bestyrket af sagens oplysninger. Udbudsbekendtgørelsens henvisning til »den officielle pris« er uden betydning, da der ikke er oplyst grundlag for at forstå denne henvisning som udtryk for, at tilbudspriserne skulle angives på en bestemt måde. Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, hvilken pris henvisningen skulle forstås som sigtende til.

Disse påstande tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Udbudsbetingelserne indeholdt ikke angivelse af, at tilbud kunne indeholde tilsagn om støtte til fertilitetsklinikken. Klagerens tilsagn om støtte til klinikken kunne endvidere ikke anses for en del af klagerens tilbudspris, dvs. som en rabat i forhold til denne, idet tilsagnet forudsatte, at støtten blev anvendt til et bestemt formål.

Som følge heraf ville det have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis indklagede ved sin vurdering af tilbudene havde taget hensyn til klagerens tilsagn om støtte til fertilitetsklinikken. Det er uden betydning, at klageren tidligere havde ydet støtte til klinikken. Det er ligeledes uden betydning, om det var blevet tilkendegivet over for klageren, at der ikke ville blive taget hensyn til tilsagnet.

Allerede som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

Klagenævnet finder anledning til at tilføje de følgende bemærkninger. Klagenævnet har ikke fundet anledning til at få de faktiske omstændigheder, der omtales i disse bemærkninger, fuldt oplyst.

Klagerens tilsagn om støtte til fertilitetsklinikken i brev af 1. september 2003 blev efter det foreliggende afgivet på baggrund af nogle drøftelser mellem klageren og overlægen på fertilitetsklinikken. Disse drøftelser, der synes at være sket på klagerens initiativ, fandt tilsyneladende sted både før og efter afgivelsen af klagerens tilbud, og tilsagnet fremkom endda muligvis efter tilbudsfristens udløb.

I det omfang de omtalte drøftelser fandt sted før tilbuden af afgivelse, ville det have været en særlig overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis indklagede havde lagt vægt på tilsagnet, da dette i så fald var fremkommet efter drøftelser med en af de prækvalificerede før tilbudsafgivelsen uden inddragelse af den anden prækvalificerede. I det omfang drøftelserne fandt sted efter afgivelsen af klagerens tilbud, ville indklagede have overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved at lægge vægt på tilsagnet, da dette i så fald var fremkommet efter forhandling med en tilbudsgiver. Hvis tilsagnet fremkom efter tilbudsfristens udløb, ville en hensyntagen til tilsagnet have været en særlig overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig