



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning, taushetsplikt

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisiner til kreftbehandling. Klagers enhetspriser var delt i forkant av konkurransen. Etter klagenemndas oppfatning hadde innklagede ikke godtgjort at det var gjennomført tilstrekkelige avbøtende tiltak for de sammenligningsgruppene der klagers legemiddel deltok. Slik saken fremsto, mente klagenemnda at det ikke var noe fullgodt alternativ til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 22. september 2022 i sak 2022/902

Klager: MSD (Norge) AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. april 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for farmasøytiske spesialpreparater innen kreftbehandling. Legemidlene skal brukes i spesialisthelsetjenesten, og finansieres av de regionale helseforetakene. Anskaffelsen har en estimert verdi på 3,2 milliarder kroner. Tilbudsfrist var 30. mai 2022.
- (2) Anskaffelsen skal sikre legemidler for til sammen over 30 ulike kreftindikasjoner. Det vil i utgangspunktet bli tildelt rammeavtale til alle kvalifiserte leverandører. For å være kvalifisert, må legemiddelet leverandøren tilbyr være gitt markedsføringstillatelse utstedt av Statens legemiddelverk.
- (3) For hver kreftindikasjon er det i konkurransegrunnlaget satt opp en sammenligningsgruppe. Hver sammenligningsgruppe består av legemidler som etter en spesialistgruppes vurdering oppfyller samme behov og anses medisinsk likeverdige ved behandlingen av den aktuelle kreftindikasjonen. I hver sammenligningsgruppe konkurrerer legemidlene mot hverandre på bakgrunn av tildelingskriteriet «Behandlingskostnad». Den best rangerte leverandøren vil ha høyest prioritet ved oppstart av behandling i avtaleperioden.
- (4) Behandlingskostnaden skal beregnes etter legemiddelkostnad, administrasjonskostnad, byttekostnad og reisekostnad dersom det er relevant.
- (5) MSD (Norge) AS (heretter *klager*) har rammeavtaler med helseforetakene for legemiddelet Keytruda (virkestoff pembrolizumab). De eksisterende rammeavtalene gjelder frem til 30. september 2022, med opsjon for forlengelse i opptil 12 måneder.

Postadresse

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Legemiddelet brukes til behandling av flere ulike typer kreftindikasjoner, og inngår i ti av sammenligningsgruppene i konkurransegrunnlaget.

- (6) Før konkurransen ble kunngjort, ble taushetsbelagte opplysninger offentliggjort.
- (7) Alliance Healthcare Norge AS er avtalegrossisten for produkter finansiert av spesialisthelsetjenesten. Klagenemnda er gjort kjent med at de regionale helseforetakene har inngått en grossistavtale med Alliance Healthcare Norge AS om forsyning av legemidler, apotekvarer, grossist- og logistikktjenester til sykehusapotekenes publikums- og produksjonsavdelinger. Denne avtalen forvaltes av «Grossistadministrasjonen», som er en nasjonal funksjon for de fire sykehusapotekforetakene, organisatorisk underlagt Sykehusapotekene HF.
- (8) I oktober 2021 sendte Alliance Healthcare Norge AS kreditnota for produkter som var solgt til andre kunder enn de som tilhører spesialisthelsetjenesten. I utgangspunktet skal hver leverandør kun motta informasjon som inkluderer priser for egne produkter, men ved en feil ble det utlevert prisinformasjon også for andre leverandørers produkter. Dermed fikk flere leverandører tilgang til andre leverandørers enhetspriser under eksisterende rammeavtaler. Offentliggjøringen inkluderte klagers legemiddel Keytruda. Opplysningene ble delt med omtrent 90 personer fra 32 leverandører. Alliance Healthcare Norge AS har i etterkant opplyst at alle mottakerne har bekreftet at dataene ble slettet etter mottak.
- (9) I brev til berørte leverandører av 16. november 2021, redegjorde innklagede for hendelsen, og for de strukturelle forholdene mellom Sykehusinnkjøp HF, de regionale helseforetakene, Sykehusapotekene og Alliance Healthcare Norge AS. Det fremgikk at grossistavtalen forvaltes av «Grossistadministrasjonen» som er en nasjonal funksjon for sykehusapotekforetakene, organisatorisk underlagt Sykehusapotekene HF. Tilbudspriser mottatt i forbindelse med anbud eller forhandlinger, og som blir gjenstand for leverandøravtaler som distribueres innenfor grossistavtalens virkeområde, må nødvendigvis deles med Alliance Healthcare Norge AS. Det er sistnevnte som foretar bestillinger på de regionale helseforetakenes leverandøravtaler etter at de har mottatt bestillinger fra sykehusapotekene, og som igjen betaler leverandørene for produktene som bestilles.
- (10) Det følger av grossistavtalen at:

«Informasjon som Partene blir kjent med i forbindelse med Grossistavtalen og gjennomføringen av avtalen skal behandles konfidensielt, og informasjonen skal ikke gjøres tilgjengelig for utenforstående uten samtykke fra Kundene.

Tilsvarende taushetsplikt skal pålegges Partenes ansatte, underleverandører og tredjeparter som handler på Partenes vegne i forbindelse med gjennomføringen av avtalen. Partene kan bare overføre taushetsbelagt informasjon til slike underleverandører og tredjeparter i den utstrekning dette er nødvendig for gjennomføringen av avtalen.»

- (11) 1. februar 2022 publiserte innklagede i Merzell en veiledende kunngjøring med utkast til konkurransegrunnlag for den foreliggende konkurransen. I denne anledning skjedde det også en offentliggjøring av enhetspriser, men denne hendelsen er ikke omfattet av denne klagen.

- (12) I februar 2022 publiserte Apotekforeningen en liste over de ti mest omsatte virkestoffene i Norge i 2021. Oversikten ga i utgangspunktet kun informasjon om omsetningstall. For klagers legemiddel Keytruda, var det imidlertid mulig å regne seg frem til gjeldende enhetspriser, dersom man kjente til hvordan man solgte legemiddelet. Nyhetsmediet Dagens Medisin og nettavisen healthtalk.no publiserte også artikler med utgangspunkt i Apotekforeningens oversikt. Klager tok kontakt med Apotekforeningen og Sykehusinnkjøp HF om delingen av opplysningene, og Apotekforeningen og de to nyhetssidene fjernet informasjonen fra sine sider.
- (13) Klagenemnda forstår det slik at Apotekforeningen har fått tilgang til salgspriser og enhetspriser gjennom informasjon fra apotek om alt salg via Farmalogg AS, som er heleid av Apotekforeningen og drifter vareregisteret, samt via Oppgjørsavtalen for helseforetaksfinansierte reseptlegemidler til bruk utenfor sykehus, som er en avtale mellom Apotekforeningen og de regionale helseforetakene. I Oppgjørsavtalen står det følgende om konfidensialitet:
- «Apotekforeningen mottar informasjon fra apotek om alt salg via Farmalogg AS. Apotekforeningen og Farmalogg AS skal håndtere enhetspriser for legemidler som omfattes av Oppgjørsordningen konfidensielt med mindre opplysningene er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. Dette er ikke til hinder for at prisinformasjon utleveres myndighetsrepresentanter eller andre med tjenestlig behov som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13.»*
- (14) Den 28. februar 2022 sendte innklagede et brev til berørte leverandører, der man redegjorde for hendelsene. Redegjørelsen gjaldt offentliggjøringen fra Alliance Healthcare Norge AS i oktober 2021 og offentliggjøringen i forbindelse med den veiledende kunngjøringen i februar 2022.
- (15) Vedlagt brevet var et notat, der en spesialistgruppe hadde gjennomgått hver av sammenligningsgruppene der det deltok en leverandør som hadde fått delt sine enhetspriser. Sammenligningsgruppene var her nummerert i tråd med rekkefølgen i konkurransegrunnlaget. Legemiddelet Keytruda deltok i gruppene 2.4, 3.8, 4.3, 4.4, 5.7, 5.8, 6.1, 6.5, 8.2 og 8.3.
- (16) For alle sammenligningsgruppene hvor klagers legemiddel Keytruda var med, skrev innklagede at konkurransen kunne gjennomføres som planlagt. Innklagede begrunnet dette med at noen av leverandørene hadde søkt om indikasjonsutvidelser i hver av sammenligningsgruppene, og at det var påregnelig at det påvirket konkurransesituasjonen for samtlige leverandører.
- (17) Innklagede konkluderte i alt med at 34 av 41 sammenligningsgrupper kunne konkurranseutsettes som forutsatt. De øvrige syv sammenligningsgruppene ville bli forlenget i inntil 12 måneder i tråd med opsjoner i gjeldende avtale.
- (18) Klager hadde ved flere anledninger tilskrevet innklagede for å uttrykke sterk bekymring over delingen av prisinformasjonen og for konsekvensene for konkurransen i markedet. I brev til klager datert 25. mars 2022, redegjorde innklagede for hvorfor man mente det ikke ville innebære en konkurransefordel å kjenne til klagers enhetspriser. Denne redegjørelsen hensyntok også Apotekforeningens offentliggjøring av opplysninger i februar 2022.

- (19) For gruppe 5.7, skrev innklagede at en konkurrent ved innføring av et legemiddel hadde fått rutinemessig veiledning om hvilket prisnivå som trolig ville være nødvendig for å kunne oppfylle prioriteringskriteriene. Derfor var innklagede uenig i at konkurrenten hadde oppnådd en konkurransefordel ved i tillegg å få kjennskap til klagers enhetspris.
- (20) For gruppe 4.3, 4.4 og 5.8 viste innklagede til at det var klager som på tilsvarende måte ville få tilbud om prisveiledning.
- (21) For gruppe 2.4, 3.8, 5.8, 6.1, 6.5, 8.2, 8.3, opplyste innklagede at konkurrenten som klager hadde trukket fram, ikke var blant leverandørene som mottok klagers enhetspriser fra Alliance Healthcare Norge AS i oktober 2021. Innklagede viste videre til at også konkurrentens omsetningstall ble publisert av Apotekforeningen, og at konkurrenten derfor ikke hadde fått en større konkurransefordel enn klager.
- (22) Klager deltok i konkurransen, men brakte saken inn for klagenemnda 24. juni 2022, før konkurransen var avsluttet.
- (23) Innklagede har opplyst at kontraktssigneringen er utsatt til klagenemnda har behandlet klagen. Saken er derfor prioritert av nemnda.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. september 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Klager anfører at innklagede må avlyse konkurransen, da en gjennomføring av konkurransen vil være i strid med prinsippene om likebehandling og konkurranse, jf. loven § 4.
- (26) Klager hevder innklagede er ansvarlig for delingen av opplysninger fra Alliance Healthcare Norge AS og Apotekforeningen, fordi det er innklagede som har delt de taushetsbelagte enhetsprisene med disse. Innklagedes plikt etter forvaltningsloven § 13 nr. 2 er å sørge for at ikke «andre får adgang eller kjennskap til» enhetsprisene – bortsett fra dersom ett av de lovbestemte unntakene får anvendelse. Innklagede har ikke overholdt dette når informasjon som opprinnelig stammer fra innklagede ble ulovlig delt av Alliance Healthcare Norge AS og Apotekforeningen. Innklagede har derfor brutt sin plikt til å bevare konfidensialitet av enhetspriser. Klager anfører ikke at selve delingen fra AHN og Apotekforeningen innebar et brudd på loven § 4.
- (27) Klager anfører at delingen av enhetsprisene har kunnet innvirke på utfallet av konkurransen. Klager er ikke enig i at søknader om indikasjonsutvidelser medfører at gjeldende priser er mindre relevante. Etter klagers syn har innklagede ikke gjort noe forsøk på å underbygge at indikasjonsutvidelser generelt fører til prisendringer som gjør at gjeldende enhetspriser ikke er relevante. Klager anfører at innklagede heller ikke har gjort noen konkret vurdering av betydningen av indikasjonsutvidelser for prisene for produkter i de sammenligningsgrupper hvor Keytruda inngår. Innklagedes avhjelpende tiltak har ikke omfattet sammenligningsgruppene der Keytruda inngår. Apotekforeningens deling av opplysninger blir ikke nøytralisert av at andre leverandørers priser også kan ha blitt avslørt.

(28) Klager anfører at feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning. Den gjeldende konkurransen kan ikke gjennomføres på nåværende tidspunkt uten at det medfører brudd på prinsippene om konkurranse og likebehandling, jf. loven § 4. Det innebærer at Sykehusinnkjøp er forpliktet til å avlyse gjeldende konkurranse, i det minste for de sammenligningsgrupper der Keytruda inngår, og samtidig forlenge eksisterende rammeavtaler for de påvirkede produktene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(29) Innklagede anfører at klagen må avvises. Det som kan påklages er hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres – ikke en beslutning om at det skal gjennomføres en anskaffelse, eller hva som skal anskaffes, og hvert fall ikke en beslutning om å forlenge en eksisterende avtale. Offentliggjøringen av priser og beslutningen om å gjennomføre anskaffelsen, og evt. å forlenge eksisterende avtaler, omfattes ikke av anskaffelsesregelverket, og må avvises jf. klagenemndsforordningen § 9.

(30) Videre anfører innklagede at det ikke foreligger avlysningsplikt.

(31) Offentliggjøringen av prisinformasjonen til klagers legemiddel hadde ikke tilknytning til anskaffelsen, og forholdene utgjør ikke en feil som kan medføre avlysningsplikt.

(32) Innklagede anfører at de ikke har brutt kravet til konkurranse. Det må foreligge en hensikt om å begrense konkurransen usaklig før oppdragsgiver kan ha brutt konkurranseprinsippet, jf. direktivet artikkel 18 nr. 1. Videre vil gjennomføring av konkurransene skape reell konkurranse, særlig for de sammenligningsgrupper der alternativet er å fortsette med en rammeavtale med kun ett tilgjengelig legemiddel. Dersom det likevel skal foretas en vurdering av brudd på kravet til konkurranse, må dette ses i sammenheng med den konkrete situasjonen. Konkurransen vil sikre at pasienter får tilgang til et så bredt spekter som mulig av nye legemidler og bruksområder. Dette er særlig relevant innenfor onkologi.

(33) Innklagede hevder å ha tatt nødvendige grep for å sikre at offentliggjøringen ikke påvirker konkurransen. På grunn av indikasjonsutvidelser anses ikke de offentliggjorte prisene lenger som like relevante.

(34) Innklagede anfører at det foreligger kun en teoretisk mulighet for at enkelte konkurrenter har hatt kjennskap til prisinformasjon om klagers produkter, og det er videre kun en teoretisk mulighet for at konkurrentene i strid med god forretningsskikk har valgt å nyttiggjøre seg av den eventuelle prisinformasjonen. Innklagede anser det på denne bakgrunn ikke sannsynliggjort en nærliggende faktisk mulighet for at feilen har virket inn. Innklagede har sett alvorlig på hendelsene, og agert raskt etter at man ble kjent med dem. Det ble iverksatt skadebegrensende tiltak og det har vært åpen dialog med leverandører og andre interessenter hele veien.

(35) Ved Apotekforeningens deling av informasjon, har også andre leverandørers enhetspriser blitt delt på samme måte. Dette utligner en eventuell konkurransefordel.

(36) En forlengelse av avtalen er videre ikke et realistisk alternativ. Hensynet til å ikke gjennomføre konkurranse må veies opp mot de positive effektene ved konkurranse. For innklagede er hensynet til pasientene helt overordnet. For å sikre best mulig tilgang til legemidler for flest mulig, er det nettopp vesentlig å konkurrere.

- (37) Ved en forlengelse av gjeldende avtaler, vil de offentliggjorte prisene være relevante også om ett år, og en forlengelse av avtalen vil dermed ikke rette den påståtte feilen.
- (38) Klagenemnda kan ikke pålegge oppdragsgiver å forlenge eksisterende avtaler, slik at en beslutning om avlysning av den grunn heller ikke vil være en rettelse av den påståtte feilen.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har rammeavtaler med innklagede, og deltar i den nye konkurransen. Klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av legemidler til kreftbehandling, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 3,2 milliarder kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Spørsmål om avvisning

- (40) Innklagede har anført at klagen må avvises, da offentliggjøringen av prisene skjedde utenfor en anskaffelse, og beslutningen om å gjennomføre anskaffelsen, og eventuelt forlenge eksisterende avtaler, ikke omfattes av regelverket.
- (41) Klagenemnda forstår klagers anførsel slik at konkurransen skal avlyses fordi gjennomføringen av konkurransen – uten avbøtende tiltak – innebærer et brudd på prinsippene i loven § 4. Ifølge klager har klagers konkurrenter hatt en konkurransefordel under gjennomføringen av konkurransen ved å kjenne taushetsbelagt prisinformasjon. Dette er en anførsel som omfattes av klagenemndsforordningen § 6, og som klagenemnda må ta stilling til.

Spørsmål om avlysningsplikt

- (42) Klager anfører at konkurransen må avlyses, da gjennomføringen innebærer et brudd på prinsippet om konkurranse og likebehandling i loven § 4.
- (43) Avlysningsplikt foreligger der det er begått en feil, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. I tillegg må feilen ha kunnet påvirke hvem som har deltatt eller utfallet av konkurransen.
- (44) Klagenemnda legger til grunn at Alliance Healthcare Norge AS og Apotekforeningen har delt opplysninger som gjorde det mulig å se eller regne seg frem til klagers enhetspriser for legemiddelet Keytruda. Partene synes også å være enige om dette.
- (45) Hvem som har formidlet taushetsbelagte opplysninger, kan ha betydning for hvilke tiltak som skal iverksettes for å gjennomføre en konkurranse. Hvis taushetsbelagte opplysninger deles av innklagede eller noen denne hefter for, er det større grunn til å kreve at det iverksettes avbøtende tiltak enn der hvor det er andre som deler informasjonen.
- (46) Alliance Healthcare Norge AS hadde tilgang til de taushetsbelagte opplysningene gjennom grossistavtalen som selskapet hadde inngått med de regionale helseforetakene om forsyning av legemidler, apotekvarer, grossist- og logistiktjenester til sykehusapotekenes publikums- og produksjonsavdelinger. Delingen av taushetsbelagt

informasjon med Alliance Healthcare Norge AS er en konsekvens av måten helseforetakene, som eier Sykehusinnkjøp, har valgt å organisere formidling og salg av legemidlene under rammeavtalene.

- (47) Apotekforeningen publiserte i februar 2022 omsetningstall som kunne avsløre klagers enhetspriser. Apotekforeningen har tilgang til salgspriser og enhetspriser via Farmalogg AS, og via Oppgjørsavtalen for helseforetaksfinansierte reseptlegemidler til bruk utenfor sykehus. Klager har opplyst at deres enhetspriser kun deles med Sykehusinnkjøp gjennom eksisterende rammeavtale, og at Sykehusinnkjøp kun har en begrenset rett til å dele opplysningene, for eksempel i den grad det er nødvendig for levering av produktene fordi apotekene som selger produktene må kjenne til prisen. I dialog med Apotekforeningen har imidlertid klager opplyst at klager ikke motsetter seg ordningen med deling av informasjon til Apotekforeningen av statistikkhensyn.
- (48) Etter klagenemndas syn bærer innklagede risikoen og ansvaret for delingen av taushetsbelagte opplysninger fra Alliance Healthcare Norge AS og Apotekforeningen. Som det fremgår ovenfor står Alliance Healthcare Norge AS og Apotekforeningen i et avtaleforhold til innklagede og dens eiere om gjennomføringen av eksisterende rammeavtale. Feil som disse begår i den forbindelse, må derfor innklagede hefte for.
- (49) Klagenemnda går deretter over til å vurdere om delingen av taushetsbelagte opplysninger kan ha hatt betydning for gjennomføringen av konkurransen.
- (50) Innledningsvis bemerker klagenemnda at taushetsplikten for forretningshemmeligheter gjelder for opplysninger «*som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*», se forvaltningsloven § 13. I denne saken er det enighet om at taushetsbelagte opplysninger er delt. Slik forretningshemmeligheter er definert i forvaltningsloven § 13, fremstår det som naturlig at eksponering av opplysningene har hatt betydning for konkurransen. Forholdet til forvaltningsloven § 13 har imidlertid ikke vært et sentralt tema i partenes anførsler. Klagenemnda har derfor forstått innklagede slik at opplysningene var forretningshemmeligheter på tidspunktet de ble delt, men at de ikke lenger var det da konkurransen ble gjennomført. Det vises i denne sammenheng blant annet til at Alliance Healthcare Norge AS deling av opplysninger skjedde mer enn seks måneder før tilbudsfristen.
- (51) I denne konkurransen var «*behandlingskostnad*» eneste tildelingskriterium for medisinsk likestilte legemidler. Kjennskap til konkurrentenes prisnivå gir leverandørene mulighet til å tilpasse sine tilbud. Det gjelder også i en situasjon hvor mottakerne har bekreftet sletting av opplysningene. Ettersom tilbudsprisen ble avgjørende, er utgangspunktet at det skal lite til før deling av enhetspriser kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (52) Før konkurransen ble kunngjort var innklagede gjort kjent med innvendinger mot gjennomføringen av konkurransen fordi taushetsbelagte opplysninger var gjort kjent. Som det fremgår av redegjørelsen for sakens bakgrunn, har innklagede gitt berørte leverandører (inkludert klager) sin vurdering av hvorfor det ikke var ansett nødvendig å iverksette tiltak. Dette har innklagede utdypet overfor klagenemnda.

- (53) Nedenfor vurderer klagenemnda innklagedes begrunnelse for at delingen av taushetsbelagte opplysninger ikke har kunnet påvirke konkurransesituasjonen i de sammenligningsgruppene som denne saken gjelder.
- (54) Innklagede har for det første vist til at konkurransesituasjonen vil påvirkes av endringer i markedet, med særlig henvisning til tre aktuelle scenarier der legemidler enten får utvidet sitt bruksområde eller der et nytt legemiddel introduseres til et bruksområde (tilfeller der et legemiddel får utvidet sitt bruksområde omtales som en indikasjonsutvidelse). For alle sammenligningsgruppene hvor klagers legemiddel Keytruda var inkludert, var innklagedes vurdering at konkurransen kunne gjennomføres som planlagt. Dette skyldes at en eller flere leverandører i hver sammenligningsgruppe hadde søkt om indikasjonsutvidelser, og at det var påregnelig at dette førte til prisendringer som gjorde de publiserte prisene mindre relevante.
- (55) Etter klagenemndas oppfatning, er den generelle henvisningen til indikasjonsutvidelser ikke tilstrekkelig til å konkludere med at delingen av enhetspriser ikke har kunnet påvirke utfallet av konkurransen. Klager har redegjort for hvordan indikasjonsutvidelser for egne og andres legemidler ikke nødvendigvis innebærer en prisendring for eget legemiddel. Samlet sett kan ikke nemnda se at innklagede har vist at indikasjonsutvidelsene innebar at kjennskap til en konkurrents enhetspriser i den forrige konkurransen, ikke innebar en potensiell konkurransefordel. Slik saken er opplyst, kan nemnda heller ikke utelukke at også kjennskap til konkurrenters prisstrategier kan være en konkurransefordel.
- (56) Innklagede har for det andre vist til at konkurrenter ved indikasjonsutvidelsen har fått rutinemessig veiledning om hvilket prisnivå som trolig vil være nødvendig for å kunne oppfylle prioriteringskriteriene. Selv om en slik veiledning vil redusere betydningen av kjennskap til enhetspriser og dermed redusere konkurransefordelen noe, er informasjon gjennom generell veiledning noe annet enn tilgang til konkurrentenes konkrete enhetspriser. Klagenemnda finner det heller ikke sannsynliggjort at veiledningen fører til at kjennskap til enhetspriser ikke kan ha påvirket utfallet av konkurransen.
- (57) Innklagede har for det tredje vist til at konkurrentenes priser også ble gjort kjent for klager i enkelte av sammenligningsgruppene hvor klagers priser ble eksponert. En konkurrents kjennskap til en leverandørs enhetspriser kan imidlertid ikke nøytraliseres ved at leverandøren også har tilgang til konkurrentens enhetspriser, se til sammenligning klagenemndas sak 2021/2153.
- (58) Klagenemnda mener på denne bakgrunn at delingen av de taushetsbelagte opplysningene kan ha påvirket konkurransen.
- (59) Etter klagenemndas oppfatning har innklagede ikke godtgjort at man har gjennomført tilstrekkelige avbøtende tiltak for de sammenligningsgruppene der klagers legemiddel deltar. Avlysning av andre sammenligningsgrupper innvirker ikke på klagers situasjon. Det er ikke vist til andre tiltak utover dialog med markedet og oppfordring om å slette mottatte opplysninger.
- (60) Slik saken fremstår, er det ikke noe fullgodt alternativ til å avlyse konkurransen for sammenligningsgruppene 2.4, 3.8, 4.3, 4.4 5.7, 5.8, 6.1, 6.5, 8.2 og 8.3. Det foreligger en feil som kan påvirke konkurransen, og den kan kun rettes ved avlysning.

- (61) Klagenemnda skal ikke ta stilling til hvordan innklagede skal gjennomføre konkurranser om sammenligningsgruppene etter at de taushetsbelagte opplysningene er gjort kjent. Klagenemnda har imidlertid funnet grunn til å kommentere noen av partenes anførsler.
- (62) Innklagede har anført at ved en forlengelse av gjeldende avtaler, vil de offentliggjorte prisene være relevante også om ett år, og en forlengelse av avtalen vil dermed ikke rette den påståtte feilen. Det ligger som nevnt utenfor rammene for behandlingen av denne saken å ta stilling til dette. Klagenemnda bemerker imidlertid at verdien av å kjenne til enhetsprisene ofte reduseres med tiden. Dette skyldes blant annet at andre faktorer i markedet kan være av betydning for enhetsprisene som tilbys.
- (63) Innklagede har også vist til at klagenemnda ikke kan pålegge oppdragsgiver å forlenge eksisterende avtaler, slik at en beslutning om avlysning av den grunn heller ikke vil være en retting av feilen. Klagenemnda er et rådgivende organ som behandler klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne. I avgjørelsene skal klagenemnda uttale seg om det er begått brudd på disse reglene. Klagenemnda kan ikke på andre måter bidra til å rette feil som begås under gjennomføringen av offentlige anskaffelser.
- (64) Innklagede har anført at en forlengelse av avtalen ikke er et realistisk alternativ. Hensynet til å ikke gjennomføre konkurranse må veies opp mot de positive effektene ved konkurranse og raskere tilgang til legemidler for pasientene. Innklagede viser til at hensynet til pasientene er helt overordnet, og for å sikre best mulig tilgang til legemidler for flest mulig, er det avgjørende å fullføre denne konkurransen. Til dette bemerker nemnda at slike hensyn ikke kan tillegges avgjørende vekt i vurderingen av avlysningsplikt etter anskaffelsesregelverket.
- (65) Det påviste bruddet kunne påvirket utfallet av konkurransen, og gir grunnlaget for tilbakebetaling av klagegebyret.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gjennomføre en konkurranse i strid med prinsippet om likebehandling og konkurranse i loven § 4. Bruddet medfører avlysningsplikt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad