



Thommessen Krefting Greve Lund AS
v/ Eivind Sæveraas
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref.: 468925/1

Vår ref.: 2002/1078

MA2-M5 HELA 452.2

Saksbeh.: Henrik Larsen

Dato: 2. april 2004

■ Apokjeden AS – konkurranseloven § 3-9 – dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 for avtale om samarbeid ved anbud

Vedtak V2004-18

Konkurransetilsynet viser til brev fra Thommessen Krefting Greve Lund AS Advokatfirma (Thommessen) datert 30. desember 2003, der det på vegne av Apokjeden AS (Apokjeden) søkes om dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 for samarbeid mellom Apokjeden og dens kjedeapotek i forbindelse med anbud på salg av legemidler til kommuner og fylkeskommuner. Konkurransetilsynet mottok 2. mars d.å. e-post med supplerende informasjon fra Apokjeden v/innkjøpsdirektør Jostein Lønberg.

Om Apokjeden

Apokjeden er Norges største apotekkjede – kjedekonseptet er profilert under navnet Apotek 1. Kjeden har 204 apotek, hvilket utgjør en markedsandel på ca. 40 prosent av det norske apotekmarkedet målt i antall apotek.¹ Av disse er 152 heleide datterselskaper av Apokjeden. I kjedens øvrige apotek har Apokjeden til dels eierinteresser som majoritets- eller minoritetseier, mens enkelte apotek er tilknyttede medlemsapotek uten eierskap fra Apokjeden.² Apokjeden er integrert med sin egen grossistvirksomhet, Apokjeden Distribusjon AS (Apokjeden Distribusjon). Apokjeden Distribusjon har en markedsandel på ca. 36 prosent av grossistmarkedet målt i omsetning.³ Apokjedens hovedaksjonær er Nordens største legemiddelgrossist, Tamro, med en eierandel på 80 prosent.

Om samarbeidet

Dagens samarbeid

Apokjeden sentralt inngir anbud på utlysninger fra kommuner og fylkeskommuner for levering av legemidler til aldershjem, sykehjem, legevakt, helsestasjoner og lignende. Apokjeden Distribusjon forhandler særskilt med legemiddeleverandører om kjøp av legemidler omfattet av

¹ Tall og fakta 2004, Legemiddelindustriforeningen.

² www.apotek1.no

³ Tall og fakta 2004, Legemiddelindustriforeningen.

de aktuelle anbud. Hvilke rabatter som oppnås fra leverandørene i det enkelte tilfelle, varierer. Ved antatt anbud forplikter Apokjeden seg, ved kontrakt, til å levere legemidler til anbudsinnyder til fastsatte priser og rabatter. Ifølge Apokjeden ligger prisene i anbudene ca. []⁴ prosent under kjedeapotekenes ordinære utsalgspris. Anbudskontraktene går ut på en løpende levering av legemidler for perioder fra ett til tre år, med eventuelle opsjoner. Den faktiske leveringen forestås av de enkelte apotekene i kjeden. Apokjedens regionsapparat bestemmer på forhånd hvilke(t) kjedeapotek som eventuelt skal levere i henhold til de enkelte anbud. Rabattene i anbudet – differansen mellom kjedeapotekenes ordinære utsalgspris og prisene i anbudene – dekkes av Apokjeden og de(t) aktuelle kjedeapotek i fellesskap, gjerne slik at Apokjeden og kjedeapoteket dekker halvparten hver. Kjedeapotekenes margin på denne type produkter er i snitt []⁵ prosent. Hvordan rabattene i det enkelte tilfellet skal dekkes i forholdet mellom Apokjeden og de(t) aktuelle kjedeapotek, avtales mellom disse i forbindelse med Apokjedens kontrahering med anbudsinnyder.

Det er ingen formelle hindringer mot at kjedeapotekene inngir anbud på egenhånd. Dette forekommer også i noen grad. Apotek vil imidlertid normalt ikke kunne kjøpe legemidler direkte fra leverandør, men må foreta sine innkjøp fra grossist.⁶ For å oppnå konkurransedyktige innkjøpsbetingelser må kjedeapotekene derfor, ifølge Apokjeden, inngå avtaler direkte med leverandør om rabatter for denne type leveranser. Kjedeapotekene vil da foreta innkjøp fra grossist til ordinære priser, og få det avtalte rabattbeløp refundert fra leverandør. Apokjeden sentralt vil derimot kunne beregne anbudspriser på bakgrunn av Apokjedens Distribusjons innkjøpspris fra leverandør. Ifølge Thommessen, medfører ovennevnte at kjedeapotekene i alminnelighet vil være avskåret fra selv å kunne inngi konkurransedyktige anbud.

Thommessen er av den oppfatning at dagens samarbeid, for det tilfelle at Konkurransetilsynet skulle anse dette for å utgjøre anbudssamarbeid etter konkurranseloven § 3-2, vil falle inn under unntaket for prosjektsamarbeid i § 3-5. Til støtte for dette anføres at det ikke foreligger noen formelle rammer for samarbeidet, og at hvert enkelte anbud derfor utgjør et enkeltprosjekt. Det opplyses også i de enkelte anbud om hvilke kjedeapotek som skal levere, i samsvar med vilkårene i § 3-5 annet ledd.

Avtalen

Apokjeden søker om dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 i forbindelse med at man nå ønsker en formell ramme for fremtidig samarbeid. Dette vil skje ved at Apokjeden inngår avtaler med kjedeapotekene om en fastsatt rabattdeling mellom disse under fremtidige anbudskontrakter.

Forholdet til konkurranseloven § 3-2

Konkurranseloven § 3-2 forbyr to eller flere ervervsdrivende for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, å fastsette eller søke å påvirke priser, mengdeberegninger eller andre vilkår ved anbud, fordeling av anbud eller at noen ervervsdrivende skal avstå fra å inngi anbud. Forbudet omfatter både bindende og veiledende avtaler eller ordninger.

Forbudet mot anbudssamarbeid overlapper til dels forbudet mot prissamarbeid i konkurranseloven § 3-1. Samarbeid i forbindelse med anbudskonkurranser som eventuelt faller inn under begge forbudene, vil utelukkende bli vurdert i forhold til § 3-2 (lex specialis-prinsippet).⁷

⁴ Opplysninger unntatt offentlighet etter offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd annet alternativ. Opplysningene er inntatt i vedlegg 1, som bokstav a.

⁵ Opplysninger unntatt offentlighet etter offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd første alternativ. Opplysningene er inntatt i vedlegg 1, som bokstav b.

⁶ Lov 2. juni 2000 nr. 39 om apotek § 5-4.

⁷ Se også Harald Evensen (red.) Konkurranseloven med kommentarer (1999) side 188.

Konkurranseloven § 3-2 rammer ethvert samarbeid i forbindelse med inngivelse av anbud, og enhver koordinering av slik anbudsinngivelse. Hvorvidt virkningene av samarbeidet i det enkelte tilfellet kan sies å være positive eller negative er ikke avgjørende for anvendelsen av forbudet, men vil være en del av dispensasjonsvurderingen. Det bemerkes at unntaket for eier- og konsernsamarbeid i konkurranseloven § 3-6 ikke gjør unntak fra forbudet mot anbudssamarbeid i § 3-2. Følgelig vil § 3-2 også kunne ramme samarbeid mellom Apokjeden og kjedeapotek som er heleide datterselskap av disse, samt kjedeapotek hvor Apokjeden er majoritetseier.

Ethvert kjedeapotek med en geografisk plassering i forhold til anbudsinnbyder som gjør det praktisk mulig å forestå leveranser av legemidler til denne, vil være en potensiell konkurrent til Apokjeden i anbudskonkurransen. Det er tilstrekkelig for å karakterisere et kjedeapotek som en potensiell konkurrent at kjedeapoteket kan inngi anbud som det er i stand til å oppfylle. Som nevnt, forekommer dette også i noen grad. Det forhold at kjedeapotekene i alminnelighet vil være ute av stand til å inngi anbud som er konkurransedyktige i forhold til Apokjedens anbudspriser, vil ikke være avgjørende for denne vurderingen.

En avtale om en fastsatt rabattdeling mellom Apokjeden og kjedeapotekene under fremtidige anbudskontrakter vil for det første medføre at potensielle konkurrenter – Apokjeden og kjedeapotekene med tilstrekkelig geografisk nærhet til anbudsinnbyder – legger grunnlaget for en koordinering ved fremtidige anbudskonkurranser. Isolert sett vil dette svekke konkurransen om anbudskontrakten, ved at det eller de kjedeapotek som velges ut til å forestå leveransene ikke vil inngi anbud på egenhånd. Videre vil avtalene mellom Apokjeden og kjedeapotekene være egnet til å fjerne forutsetningene for konkurransen kjedeapotekene imellom. All den tid de utvalgte kjedeapotek vil kunne levere legemidler i henhold til betingelser som ikke kan matches av kjedeapotekene som i en gitt anbudskonkurranse er potensielle konkurrenter til Apokjeden, vil dette kunne medføre at potensielle konkurrenter i det enkelte tilfellet avstår fra å inngi anbud. I tillegg til ovennevnte, vil avtalene om hvorledes rabattene under fremtidige anbudskontrakter skal dekkes i forholdet mellom Apokjeden og kjedeapotekene, være egnet til å påvirke vilkårene i Apokjedens anbud. Avtalene om rabattdelingen vil påvirke avansene til henholdsvis Apokjeden og kjedeapotekene som velges ut til å forestå leveransene under anbudskontrakten, og Apokjeden fastsetter ensidig vilkårene i anbudet i henhold til dette.

Etter Konkurransetilsynets vurdering, vil samarbeidet være omfattet av forbudet i konkurranseloven § 3-2. Unntaket i konkurranseloven § 3-5 vil ikke komme til anvendelse, idet avtalen legger til rette for et permanent samarbeid. For at samarbeidet skal være lovlig, kreves derfor dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9.

Dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 ved enkeltvedtak dispensere fra forbudet i § 3-2, dersom minst ett av følgende vilkår er oppfylt:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransereguleringen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning,
- d) det foreligger særlige hensyn.

Hvorvidt ett eller flere av dispensasjonsvilkårene er oppfylt, vil avhenge av hvordan, og i hvilken grad, konkurransereguleringen påvirker konkurranseforholdene i de berørte markeder. Følgelig må det foretas en avgrensning av det relevante marked.

Markedsavgrensning

Det relevante marked har både en produktmessig og en geografisk dimensjon. Det *relevante produktmarked* omfatter de varer etterspørerne anser som substituerbare med hensyn til dekning av et bestemt behov. Med substituerbarhet menes i hvilken utstrekning etterspørerne kan velge mellom ulike produktvarianter for å tilfredsstille det samme underliggende behov. Dette vil særlig avhenge av produktenes egenskaper, bruksområde og pris. Det *relevante geografiske marked* avgrenses med utgangspunkt i hvor etterspørerne av varer i det relevante produktmarkedet foretar sine innkjøp.

Det aktuelle samarbeid vil knytte seg til inngivelse av anbud til kommuner og fylkeskommuner for levering av legemidler til aldershjem, sykehjem, legevakt, helsestasjoner og lignende. Ifølge informasjonen gitt Konkurransetilsynet i saken, vil samarbeidet omfatte de legemidler som i alminnelighet etterspørres av de angitte helseinstitusjonene. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at de berørte markeder er salg av legemidler til kommunale og fylkeskommunale helseinstitusjoner, med unntak av sykehus.⁸ Det legges til grunn at etterspørerne kan innhente tilbud nasjonalt – det relevante geografiske marked avgrenses derfor til Norge. Konkurransetilsynet ser likevel at praktiske hensyn kan gjøre det naturlig med en geografisk nærhet mellom etterspørere og leverandør. Etter omstendighetene kan det derfor være riktig å legge til grunn geografisk avgrensede delmarkeder.

Konkurransetilsynets vurdering og vedtak

Etter konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav b, kan det dispenseres fra forbudet i § 3-2 dersom det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen.

Som nevnt, vil samarbeidet medføre at kjedeapotekene som velges ut til å forestå leveransene under anbudskontrakten ikke selv inngir anbud. Avtalenettverket vil videre være egnet til å begrense konkurransen mellom kjedeapotek som i en gitt anbudskonkurranse utgjør potensielle konkurrenter. Endelig vil avtalene om hvordan rabattene skal dekkes under fremtidige anbudskontrakter, være egnet til å påvirke vilkårene i Apokjedens anbud. Apokjedens markedsandel utgjør ca. 40 prosent av det norske apotekmarkedet, målt i antall apotek. Følgelig vil samarbeidet i en gitt situasjon kunne føre til en ikke ubetydelig begrensning av konkurransen om anbudskontrakten. Til dette kommer imidlertid det faktum at ca. 75 prosent av kjedeapotekene enten er heleide datterselskaper av Apokjeden, eller er apotek der Apokjeden er majoritetsseier. Dermed kan man anta at de nevnte apotek ikke har noe incitament til å konkurrere, verken i forhold til Apokjeden eller seg imellom. Som redegjort for, kommer ikke konkurranseloven § 3-6 om unntak for eier- og konsernsamarbeid til anvendelse på forhold som omfattes av forbudet mot anbudssamarbeid i § 3-2. Eierforhold vil likevel være av relevans i forhold til vurderingen av hvordan, og i hvilken grad, konkurransereguleringen påvirker konkurranseforholdene i de berørte markeder. Konkurransetilsynet antar derfor at de beskrevne virkningene av konkurransereguleringen primært vil knytte seg til kjedeapotek uten eierskap fra Apokjeden, eller apotek der Apokjeden kun er minoritetsseier.

Samarbeidet vil også medføre effektivitetsgevinster. Apokjeden vil gjennomgående kunne inngi mer konkurransedyktige anbud enn de enkelte kjedeapotek ville vært i stand til på egenhånd. Dette er en følge av at Apokjeden Distribusjons kostnader knyttet til innkjøp av legemidler i alminnelighet vil være lavere enn for kjedeapotekene. Konkurransetilsynet legger likevel til grunn at adgangen for de enkelte kjedeapotek til å inngi selvstendige anbud ikke avskjæres under det aktuelle samarbeidet. Videre vil det, av logistikkmessige og praktiske hensyn for øvrig, være effektivt at leveranser og service forestås av kjedeapotek med en nær geografisk tilknytning til de

⁸ Kontrakter for leveranser av legemidler til sykehus vil være gjenstand for offentlig anbud via LIS (LegemiddelInnkjøpsSamarbeid).



aktuelle kommunale og fylkeskommunale helseinstitusjoner. Ifølge e-post fra Apokjeden av 2. mars 2003, vil synergiene som her oppnås i all hovedsak overføres til kunden i form av lavere priser. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samarbeidet innebærer effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningene.

På bakgrunn av ovennevnte, og med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav b, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak :

Apokjeden AS gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 første og annet ledd til å inngå avtaler med sine kjedeapotek om en fastsatt rabattdeling i forholdet mellom disse for fremtidige anbud til kommuner og fylkeskommuner for levering av legemidler til kommunale og fylkeskommunale helseinstitusjoner.

Dispensasjonen omfatter også det forhold at Apokjeden AS ensidig fastsetter prisene i de aktuelle anbud, samt i forkant av anbudskonkurransen velger ut hvilke(t) kjedeapotek som skal forestå leveransene under eventuell anbudskontrakt.

Vedtaket trer i kraft straks, og gjelder frem til 31. desember 2004.

Vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet. For øvrig vises det til vedlagte skjema; "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom forutsetningene for denne ikke lenger er tilstede, jf. konkurranseloven § 3-9 tredje ledd.

Det gjøres videre oppmerksom på at Stortinget nylig har vedtatt en ny konkurranselov (*lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretassammenslutninger*), som trer i kraft 1. mai 2004. Etter denne loven har Konkurransetilsynet ikke adgang til å gi dispensasjoner for samarbeid slik som etter gjeldende konkurranselov § 3-9. Den nye konkurranseloven innfører isteden et system med lovbaserte unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10. Dersom det aktuelle anbudssamarbeid besluttet videreført etter dispensasjonens utløp 31. desember 2004, vil Apokjeden selv måtte vurdere hvorvidt dette faller inn under forbudet i § 10, eventuelt om vilkårene for unntak fra bestemmelsen er oppfylt. Konkurransetilsynet vil imidlertid kunne gi veiledning om innholdet i den nye konkurranseloven.

Med hilsen

Asbjørn Englund (e.f.)
seksjonssjef

Henrik Larsen
førstekonsulent

Vedlegg 1: Opplysninger unntatt offentlighet
Vedlegg 2: "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak"