

Helse Nord RHF

8038 BODØ

Vår ref: 304598-001\MAL\STU1\204649v1

E-post: marco.lilli@kluge.no

Ansvarlig advokat: Marco Lilli

Oslo, 5. juni 2003

ANSKAFFELSE AV EPJ/PAS

1. Innledning

Kort oppsummert oppfatter jeg det slik at den problemstilling Helse Nord ønsker vurdert, er følgende:

Helse Nord RHF er organisert med 5 underliggende helseforetak, som er egne rettssubjekter. Av disse 5 helseforetakene benytter 4 det samme EPJ/PAS-system, det såkalte DIPS-systemet. Det femte helseforetaket, Universitetssykehuset i Nord-Norge (UNN), benytter et annet system.

Helse Nord ønsker av flere årsaker at samtlige helseforetak skal benytte de samme EPJ/PAS-systemene. Helse Nord ønsker derfor at UNN skal gå over til å benytte DIPS-systemet. Jeg oppfatter det slik at en viktig årsak til dette ønsket er at Helse Nord skal begynne med sentral drifting av de aktuelle systemene, og at dette gjør det teknisk umulig for UNN å forsette med en annen programleverandør enn de 4 øvrige helseforetakene.

Helse Nord ønsker derfor en vurdering av hvordan man mest hensiktsmessig kan oppnå en løsning der også UNN benytter DIPS, hensett til de begrensninger som følger av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift.

Jeg oppfatter det videre slik at Helse Nord ønsker en vurdering av hva som er den juridiske og økonomiske risikoen dersom foretaket foretar anskaffelsen på en måte hvor det kan reises tvil om regelverket om offentlige anskaffelser er fulgt.

Styringsgruppen for EPJ/PAS-systemet har i sitt første møte skissert enkelte tenkelige alternativer for å nå frem til den løsning som er beskrevet ovenfor. Jeg oppfatter det

Stavanger:
Gamle Forusv. 17, Forus
Postboks 277
4066 Stavanger
Telefon: 51 95 83 00
Telefax: 51 95 83 01
E-post: stavanger@kluge.no

Oslo:
Fr. Nansens plass 7
Postboks 1548 Vika
0117 Oslo
Telefon: 23 13 92 00
Telefax: 23 13 92 01
E-post: oslo@kluge.no

Bergen:
Chr. Michelsensgate 2 A
Postboks 394 Sentrum
5805 Bergen
Telefon: 55 55 94 40
Telefax: 55 55 94 41
E-post: bergen@kluge.no

Org.nr.: 959832676
Bank:
9685.27.21690 (driftskonto)
9685.27.21755 (klientmidler)
SWIFT: HANDNOKK

imidlertid slik at Helse Nords primære målsetting er å sikre seg at samtlige helseforetak benytter DIPS og at fremgangsmåten for å oppnå dette for så vidt er likegyldig.

Jeg oppfatter det videre slik at Helse Nord primært ønsker å velge DIPS uten å gjennomføre en konkurranse om oppdraget. Så vidt jeg forstår er det tre grunner til dette:

For det første er tidsaspektet viktig. Gjennomføring av en konkurranse iht regelverket tar tid.

For det andre fremstår utlysning som unødig anstaltmakeri så lenge Helse Nord i utgangspunktet har bestemt seg for at man ønsker å anskaffe DIPS til UNN.

For det tredje frykter man at en konkurranse kan medføre at man ”tvinges” til å velge et annet system enn DIPS, på tross av at man egentlig ønsker DIPS.

2. Rettslige utgangspunkter

2.1 Innledning

Det rettslige utgangspunktet er relativt klart. Anskaffelse av denne type datasystemer skal utlyses i henhold til lov om offentlige anskaffelser, forutsatt at anskaffelsen overskridet terskelverdien i forskriften. Jeg oppfatter det slik at det ikke er tvil om at terskelverdien er overskredet i dette konkrete tilfellet.

2.2 Anbudskonkurranse eller kjøp etter forhandling ?

Lov om offentlige anskaffelser opererer med 'tre ulike former for anskaffelser; åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og kjøp etter forhandling. Kjøp av EPJ/PAS-systemer er en såkalt ”prioritert tjeneste”. Utgangspunktet er at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse ved slike anskaffelser. Utgangspunktet er mao at det ikke kan benyttes sk ”kjøp etter forhandling” ihht forskriftens del III.

Jeg registrerer at styringsgruppen i sitt møte har lagt til grunn at ”*UNN går ut med anbud om kjøp etter forhandlinger av nytt integrert PAS/EPJ med mer*”. Det kan mao synes om styringsgruppen legger til grunn at anskaffelsen kan foretas som et kjøp etter forhandlinger. Som nevnt er det i utgangspunktet ikke anledning til det ved anskaffelse av en prioritert tjeneste.

Forskriften åpner imidlertid for at anskaffelse av prioriterte tjenester i enkelte tilfeller kan foretas ved kjøp etter forhandling. En slik fremgangsmåte kan for det første følges dersom ”tjenesten som skal leveres er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet ikke kan skje etter reglene om åpen eller begrenset anbudskonkurranse” jfr anskaffelsesforskriften pkt 4-2 c .

Likeledes kan anskaffelsen skje som kjøp etter forhandling ”i særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd”, jfr anskaffelsesforskriften pkt 4-2 b.

Jeg har for liten kjennskap til den anskaffelsen som skal foretas til at jeg med sikkerhet kan si om noen av de to nevnte unntakene kan gi grunnlag for å foreta anskaffelsen som et kjøp etter forhandling. Styringsgruppen bør imidlertid, før den eventuelt utlyser dette som et kjøp etter forhandling, vurdere om vilkårene i de to nevnte unntaksbestemmelsene er oppfylt.

Jeg peker videre på at det i utgangspunktet ikke spiller noen rolle for utlysningensplikten om anskaffelsen foretas i form av en separat anskaffelse fra UNN, eller i form av at Helse Nord fremforhandler en rammeavtale som UNN deretter filtrer. Dersom det benyttes rammeavtale, er utgangspunktet at inngåelse av rammeavtalen må skje i henhold til regelverket.

3. Mulighetene for å velge DIPS etter en gjennomført konkurranse

En mulig ”vei til målet” – at UNN benytter DIPS – er selvsagt å utlyse en vanlig anbudskonkurranse om oppdraget. Ved valg av leverandør vil det åpenbart være et relevant kriterium å legge vekt på at UNNs systemer skal passe sammen med de øvrige helseforetakenes systemer.

Min vurdering er at Helse Nord etter en gjennomført anbudskonkurranse med stor grad av sannsynlighet vil kunne velge DIPS. For å oppnå dette bør man imidlertid være relativt påpasselige med utarbeidelsen av konkurransegrennlaget. Grunnlaget må bl.a understreke at hensynet til felles drifting vil være et viktig valgkriterium mht hvilken tilbyder som skal få oppdraget. Det kan imidlertid selvsagt ikke helt utelukkes at andre systemer er så mye billigere el.l. at det kan bli problematisk å begrunne valget av DIPS. Jeg anser imidlertid dette som en relativt hypotetisk problemstilling.

På bakgrunn av ovenstående er min vurdering at ønsket om å velge DIPS, med stor grad av sannsynlighet vil kunne oppnås ved å gjennomføre en konkurranse i henhold til forskriften. Den vesentlige ulempen ved å gjennomføre en konkurranse er derfor tidsaspektet, samt at en konkurranse innebærer unødvendig ressursbruk. Fordelen med en slik fremgangsmåte er selvsagt at den ikke innebærer noen risiko mht anklager om brudd på regelverket.

4. Kan anskaffelsen foretas som et direkte kjøp?

Jeg oppfatter det slik at Helse Nords primære ønske er å foreta anskaffelse av DIPS til UNN gjennom en såkalt direkte anskaffelse, dvs. uten å gjennomføre en forutgående konkurranse i henhold til lov om offentlige anskaffelser.

Utgangspunktet er som nevnt at slike anskaffelser må følge regelverket. Anskaffelsesforskriftens § 4-3, litra c, åpner imidlertid for at anskaffelser kan foretas som direkte kjøp ”dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av én bestemt leverandør”.

Problemstillingen er derfor om det kan hevdes at den ytelse som skal anskaffes, av ”tekniske grunner” bare kan anskaffes fra DIPS. Begrunnelsen må i så fall være felles drifting ikke er mulig uten at UNN bruker DIPS.

§ 4-3 litra c er ment som en snever unntaksregel. I utgangspunktet tar den neppe sikte på å dekke slike situasjoner som vi står overfor i vårt tilfelle. I vårt tilfelle er det strengt tatt ikke tekniske grunner som tilsier at bare DIPS kan benyttes. Rent teknisk er det ikke noe til hinder for at man i stedet for å bytte system ved UNN, bytter system på de andre sykehusene og på den måten gjennomfører sentral drifting. Sely om en slik løsning er teknisk gjennomførbar, vil den imidlertid være svært uhensiktsmessig.

Dersom man bruker § 4-3 litra c som grunnlag for å foreta et direkte kjøp, bruker man bestemmelsen på en situasjon som bestemmelsen i utgangspunktet ikke tok sikte på å dekke. Jeg vil likevel ikke utelukke at det er adgang til å benytte bestemmelsen i et slikt tilfelle. Dersom spørsmålet skulle komme på spissen i en eventuell rettslig tvist er imidlertid utfallet usikkert.

Ettersom Helse Nord ikke ønsker å foreta anskaffelsen i henhold til anskaffelsesforskriften, kan foretaket eventuelt vurdere å benytte § 4-3 litra c som grunnlag for å foreta et direkte kjøp fra DIPS. Fordelene ved en slik fremgangsmåte bør i så tilfelle vurderes opp mot den økonomiske/juridiske risiko som en slik fremgangsmåte kan medføre, jf. nedenfor under pkt. 5.

5. Konsekvensen av å bryte regelverket

Som det fremgår av ovenstående, er min vurdering at en tenkelig argumentasjonslinje fra Helse Nords side – dersom man ikke ønsker å utlyse en konkurranse – er å hevde at den aktuelle ytelsen av tekniske grunner bare kan foretas fra DIPS, og at Helse Nord derfor gjennomfører kjøpet som et direkte kjøp.

Det må imidlertid erkjennes at det er gode argumenter for at en slik fremgangsmåte er i strid med regelverket, selv om spørsmålet ikke er opplagt. Helse Nord må derfor vurdere fordelene med å følge en slik fremgangsmåte mot de ulempene som eventuelt kan bli konsekvensen dersom man foretar et direkte kjøp.

Dersom anskaffelsen foretas som et direkte kjøp, er det tre potensielle ulepper knyttet til dette:

For det første kan en alternativ tilbyder prøve å forpurre kjøpet av DIPS. Den mest aktuelle fremgangsmåten vil da være å kreve såkalt ”midlertidig forføyning” mot Helse Nord, med krav om at anskaffelsesprosessen stanses og at regelverket følges. Midlertidig forføyning kan imidlertid bare kreves *efter* kontrakt er inngått. Fra og med det tidspunkt kontrakt er inngått, kan en alternativ tilbyder ikke lenger benytte seg av en slik fremgangsmåte for å stanse anskaffelsesprosessen. I praksis medfører dette at dersom anskaffelsen skjer raskt, uten en lang forutgående forhandlingsfase, vil risikoen for at det kreves midlertidig forføyning være relativt liten.

For det andre kan en alternativ tilbyder tenkes å reise erstatningssøksmål mot Helse Nord, med krav om erstatning for den potensielle fortjenesten vedkommende har gått glipp av ved å ikke bli tildelt den aktuelle kontrakten. Dersom en alternativ tilbyder skal få medhold i et slikt søksmål, forutsetter det imidlertid at selskapet klarer å gjøre det mer enn 50 % sannsynlig at

selskapet ville blitt tildelt kontrakten dersom det hadde vært gjennomført en forskriftsmessig anskaffelsesprosess. Jeg anser sjansene for at en alternativ tilbyder skal få medhold i et slike søksmål som svært små. Hele utgangspunktet for Helse Nords anskaffelse er jo nettopp at man vil samordne systemene og derfor ønsker DIPS. Det fremstår derfor som svært usannsynlig at utfallet av en konkurranse ville ha blitt noe annet enn at DIPS hadde blitt foretrukket, jf. ovenfor under pkt. 3. I praksis anser jeg derfor risikoen for at et eventuelt søksmål med krav om erstatning vil føre frem som meget beskjeden.

For det tredje kan en potensiell alternativ tilbyder klage til det såkalte Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA vil deretter vurdere om Helse Nord har brutt anskaffelsesreglene. Dersom KOFA konkluderer med at anskaffelsesreglene er brutt, får dette imidlertid ingen direkte konsekvenser for Helse Nord. En slik konstatering av brudd utløser verken erstatningsplikt eller andre former for sanksjoner fra KOFA-s side.

Den eneste potensielle negative konsekvensen av å bli ”dømt” i KOFA er den negative publisiteten dette kan gi for Helse Nord. I dette tilfellet burde imidlertid Helse Nord relativt overbevisende kunne argumentere med at gjennomføring av en konkurranse ikke ville hatt noen hensikt, ettersom DIPS klart var det foretrukne systemet. I en slik situasjon burde det være mulig å få gehør for at foretaket valgte å basere seg på at § 4-3 litra c ga hjemmel for direkte kjøp, selv om dette eventuelt i ettertid skulle vise seg å være i strid med regelverket.

For ordens skyld presiserer jeg også at samtlige av de potensielle ulempene som er skissert ovenfor, forutsetter at en alternativ tilbyder *får medhold i* at anskaffelsen ikke kunne gjennomføres som et direkte kjøp. Dersom en slik fremgangsmåte anses som lovlig, er det selvsagt ikke grunnlag for verken midlertidig forføyning, erstatning eller ”dom” i KOFA.

6. Oppsummering

Ovenstående kan oppsummeres slik:

- Den aktuelle anskaffelsen skal som utgangspunkt foretas som en åpen eller begrenset anbudskonkurranse iht anskaffelsesforskriftens del II. Dette gjelder uavhengig av om UNN anskaffer tjenesten på egen hånd, eller ved at Helse Nord inngår en rammeavtale med DIPS, som UNN så tiltrener. Dersom man velger alternativet med en rammeavtale, skal inngåelsen av denne som utgangspunkt følge anskaffelsesforskriften.
- Forskriften gir en viss åpning for å gjennomføre konkurransen som et kjøp etter forhandling iht forskriftens del III. Det er imidlertid ikke åpenbart at det er anledning til dette i det konkrete tilfellet.
- Forskriften gir også en viss mulighet til å foreta anskaffelsen som et sk ”direkte kjøp”, dvs uten å følge forskriften i det hele tatt. Det er imidlertid mye som taler for at en slik fremgangsmåte trolig er i strid med regelverket.
- Dersom Helse Nord gjennomfører anskaffelsen som et direkte kjøp, eksponerer dette foretaket for en begrenset risiko. Det mest problematiske er trolig at en alternativ tilbyder kan forpurre anskaffelsesprosessen ved å kreve midlertidig forføyning. Dette forutsetter imidlertid at et slike krav fremsettes før kontrakten er inngått. En potensiell alternativ tilbyder kan også i prinsippet kreve erstatning for den fortjeneste han har

gått glipp av ved å ikke få kontrakten. I praksis er det imidlertid begrenset risiko for at et slikt krav vil føre frem.

Dersom det er spørsmål i tilknytning til ovenstående, står jeg selvsagt til disposisjon.

Med vennlig hilsen
KLUGE Advokatfirma DA

Marco Lilli
Advokat