



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.

Vår ref.
2024/1342-9

Saksbehandler
Daniel Eidsvåg-Knudsen

Dato
25.10.2024

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 23. august 2024 på offentlig anskaffelse av programvare for sporing av morsmelk. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) gjennomførte en markedsundersøkelse 11. februar 2022, for å få utviklet en programvare for sporing av morsmelk, som helseforetak i Helse Sør-Øst-regionen kunne ta i bruk. I forbindelse med markedsundersøkelsen ble det kjent at Sykehuset Østfold HF hadde utviklet en programvare til sporing av morsmelk, kalt «LacSys». Programvaren var i daglig drift hos Sykehuset Østfold HF. Sykehuspartner HF og Sykehuset Østfold HF utarbeidet en samarbeidsavtale for å videreutvikle LacSys til en applikasjon som var anvendelig for andre helseforetak underlagt Helse Sør-Øst RHF.
- (2) Det fulgte av samarbeidsavtalens punkt 1 at avtalens parter var Sykehuset Østfold HF – som leverandør – og Sykehuspartner HF som kunde. Videre var det beskrevet at «*Sykehuspartner HF er leverandør av IKT tjenesten innenfor Helse Sør-Øst*». Dette innebar at samtlige helseforetak innen Helse Sør-Øst, som hadde eller kom til å få morsmelkbank, hadde «*opsjon på å kunne tiltre avtalen*». På tidspunktet for utarbeidelsen av samarbeidsavtalen, var det «*kun morsmelkbanken til Ahus [Akershus Universitetssykehus HF]*» som var bestiller av tjenesten fra Sykehuspartner HF.
- (3) Formålet med samarbeidsavtalen var ifølge punkt 2 å «*regulere samarbeidsforholdet og ansvarsfordelingen*» mellom Sykehuspartner HF og Sykehuset Østfold HF.
- (4) I samarbeidsavtalens punkt 8.1 fremgikk det at Sykehuset Østfold HF blant annet skulle «*sikre nødvendig vedlikehold og utvikling av applikasjonen*» og «*installere og gjennomføre teknisk test av nye versjoner av programvaren*».

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) Sykehuspartner HF skulle levere og drifte infrastrukturen til applikasjonen, herunder blant annet ha en rolle knyttet til «*oppfølging av tjenesten*», og ha «*første- og andrelinje support*» samt drive «*testing av ny funksjonalitet før godkjenning av endringer*», jf. samarbeidsavtalens punkt 9.1.
- (6) De nærmere kravene knyttet til ovennevnte bidrag ble spesifisert i kravspesifikasjonen. Samarbeidsavtalens varighet skulle være 12 måneder, med årlig automatisk fornyelse, jf. punkt 4 i samarbeidsavtalen.
- (7) Det fulgte av dokumentet «*Samlet pris og prisbestemmelser*» at samarbeidsavtalen ikke skulle «*innebære noen form for profit for noen av partene*». Sykehuspartner HF skulle likevel «*gjøre en kostnadsdekning av tiden som [Sykehuset Østfold HF] bruker til utvikling, feilretting, 3. linjesupport av applikasjonen for kunden*». Videre fremgikk det at Sykehuspartner HF skulle «*på samme måte som [Sykehuset Østfold HF] alene fakturere helseforetak, som blir part i avtalen jf. samarbeidsavtalens punkt 1 «Avtales parter,» etter faktiske kostnader uten påslag*».
- (8) 13. august 2024 ble det intensjonskunngjort at Sykehuspartner HF sammen med Sykehuset Østfold HF «*skal anskaffe programvare for sporing av morsmelk som Sykehuspartner, som IKT tjenesteleverandører, skal kunne tilby til de foretakene i Helse Sør-Øst (HSØ) som i dag har melkebank. Det er utviklet et internt system som foretakene i HSØ skal benytte. Det gjennomføres derfor ikke konkurranse (...)*». Innklagede har opplyst at intensjonskunngjøringen gikk ut på at Sykehuspartner HF sammen med Sykehuset Østfold HF vil inngå samarbeidsavtalen som de hadde utarbeidet.
- (9) Det fremgikk av intensjonskunngjøringen del seks at avtalens verdi var 4 000 000 kroner. Estimater baserte seg på beregninger inntatt i dokumentet «*samlet pris og prisbestemmelser*», og estimert antall timer brukt til å vedlikeholde applikasjonen.
- (10) Genitus Software AS (heretter *klager*) påklagde intensjonskunngjøringen overfor Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. august 2024.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (12) Klager har anført at avtalen mellom Sykehuspartner HF og Sykehuset Østfold HF utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede anfører at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse på bakgrunn av vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 § 3-3, subsidiært forskriften § 3-1.
- (13) Det følger av forskriften § 3-3 at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder kontrakter som inngås mellom to eller flere oppdragsgivere som etablerer eller gjennomfører et «*samarbeid*». Samarbeidet må ha til formål å «*sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål*», som blir utført utelukkende av hensyn til «*offentlige interesser*», og der «*mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne*».

- (14) Som det følger av intensjonskunngjøringen, ønsker Sykehuspartner HF og Sykehuset Østfold HF å inngå samarbeidsavtalen de hadde utarbeidet om å videreutvikle programvare for sporing av morsmelk.
- (15) Formålet med samarbeidet var å sørge for at helseforetakene skulle ha et forsvarlig system for sporing av morsmelkdonasjoner, slik at syke nyfødte og for tidlig fødte barn får dekket sitt melkebehov. Sekretariatet viser til at sykehusene har en plikt til å gi nødvendig helsehjelp, jf. lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (*spesialisthelsetjenesteloven*) § 2-1. Sporing av morsmelk bidrar til oppfyllelsen av denneplikten. Sekretariatet har dermed kommet til at samarbeidet om å utvikle programvaren utgjør en «*offentlig oppgave*» for å oppnå et «*felles mål*», som utelukkende er av hensyn til «*offentlige interesser*».
- (16) Spørsmålet blir så om vilkåret «*samarbeid*» er oppfylt. Ordlyden tilsier en avgrensning mot rene kjøpstilfeller. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 12 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU. I fortalens avsnitt 33 gis det opplysninger om hva som nærmere kreves av partene: «*Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktsmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse*».
- (17) Oppdragsgiverne trenger dermed ikke å bidra i like stort omfang, eller med bidrag av samme art for å oppfylle samarbeidsvilkåret, se også klagenemndas avgjørelser i sakene 2019/382 avsnitt 42, og 2017/107 avsnitt 42-48. Hvorvidt samarbeidsvilkåret er oppfylt beror dermed på en konkret vurdering av ansvarsfordelingen mellom partene.
- (18) I samarbeidsavtalens punkt 8.1 fremgår det at Sykehuset Østfold HF skal være ansvarlig for blant annet å «*sikre nødvendig vedlikehold og utvikling av applikasjonen*» og «*installere og gjennomføre teknisk test av nye versjoner av programvaren*».
- (19) Sykehuspartner HF skal levere og drifte infrastrukturen til applikasjonen, herunder blant annet ha en rolle knyttet til «*oppfølging av tjenesten*», og ha «*første- og andrelinje support*» samt drive «*testing av ny funksjonalitet før godkjenning av endringer*», jf. samarbeidsavtalens punkt 9.1.
- (20) I samarbeidsavtalens prisvedlegg fremgår det at avtalen ikke skal innebære «*noen form for profitt for noen av partene*». Sykehuspartner HF skal riktignok gjøre en kostnadsdekning av tiden som Sykehuset Østfold HF vil bruke til utvikling, feilretting, og support av applikasjonen for Sykehuspartner HF. Slik sekretariatet forstår avtalen, innebærer imidlertid kostnadsdekningen ingen økonomisk fordel for noen av partene.
- (21) På bakgrunn av ansvarsfordelingen gjengitt ovenfor finner sekretariatet at både Sykehuspartner HF og Sykehuset Østfold HF vil samarbeide om å få utviklet programvaren for sporing av morsmelk. Samarbeidsvilkåret er dermed oppfylt.
- (22) Samtlige vilkår for offentlig samarbeid er dermed oppfylt, og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse for samarbeidsavtalen mellom Sykehuset Østfold HF og Sykehuspartner HF, jf. forskriften § 3-3 første ledd. Partene er dermed ikke pliktige til å konkurranseutsette utviklingen av programvare for sporing av morsmelk.

- (23) Selv om sekretariatet allerede har konstatert at regelverket ikke kommer til anvendelse, vises det likevel til innklagedes subsidiære anførsel om at samarbeidet uansett må anses som utvidet egenregi.
- (24) Det følger av forskriften § 3-1 første ledd at anskaffelsesloven og forskriften heller ikke kommer til anvendelse ved «*utvidet egenregi*». Bestemmelsens første ledd oppstiller tre vilkår som må være oppfylt. Oppdragsgiveren må for det første ha en kontroll over det andre rettssubjektet som «*svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet*» (kontrollvilkåret), jf. første ledd bokstav a. Videre må rettssubjektet utføre mer enn «*80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren*» (aktivitetsvilkåret), jf. første ledd bokstav b. Til slutt kan det heller ikke være direkte «*private eierandeler i det andre rettssubjektet*», jf. første ledd bokstav c.
- (25) Slik saken er opplyst utøver hverken Sykehuspartner HF eller Sykehuset Østfold HF noen kontroll over hverandre. Det følger imidlertid av forskriften § 3-1 tredje ledd bokstav b, at såfremt vilkårene i første ledd er oppfylt, så gjelder heller ikke anskaffelsesregelverket når et kontrollert rettssubjekt inngår kontrakter med «*andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer*». Bestemmelsen åpner for at søsterselskap som er underlagt samme morselskap også kan være omfattet av regelen om utvidet egenregi, se Anders Thue og Anne Buan, *Norsk Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, note 38, Rettsdata.no (lest 22. oktober 2024).
- (26) For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må dermed morselskapet ha kontroll over de underliggende søsterselskapene på en måte som oppfyller kontrollvilkåret i første ledd. Søsterselskapene må oppfylle aktivitetsvilkåret, og det kan ikke foreligge private eierandeler i noen av selskapene.
- (27) Sekretariatet viser til at både Sykehuset Østfold HF og Sykehuspartner HF er underlagt Helse Sør-Øst RHF som morselskap. Sekretariatet tar dermed først stilling til om Helse Sør-Øst RHF oppfyller kontrollvilkåret.
- (28) For å oppfylle kontrollvilkåret er det presisert i forskriften § 3-1 annet ledd første punktum at selskapet må være underlagt slik kontroll at det er mulig for oppdragsgiveren å ha «*bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet*». Det vises til at Helse Sør-Øst RHF, som regionalt helseforetak, skal sørge for at de underliggende helseforetakene blant annet gir pasientene en god og forsvarlig behandling. I dette ligger det et overordnet kontrollansvar for samtlige underliggende helseforetak, herunder blant annet Sykehuset Østfold HF og Sykehuspartner HF. Kontrollvilkåret er dermed oppfylt.
- (29) Spørsmålet blir så om Sykehuset Østfold HF og Sykehuspartner HF utfører mer enn 80 prosent av sin virksomhet for Helse Sør-Øst RHF. Aktivitetsvilkåret er begrunnet i hensynet til konkurranse i det åpne markedet, og formålet med vilkåret er å sørge for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på tilfeller hvor et selskap som kontrolleres av det offentlige, og samtidig opptre som aktør i et konkurranseutsatt marked, ikke får en konkurransefordel, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1924 avsnitt 29.
- (30) Det er klart at helseforetakene utøver helsetjenester som sørger for at Helse Sør-Øst RHF oppfyller sine mål om å sørge for forsvarlige helsetjenester innenfor regionen. Innklagede har opplyst at programvaren – som utvikles som ledd for å oppfylle sine plikter til forsvarlige

helsetjenester – ikke skal benyttes på det åpne markedet. Systemet vil kun brukes av de helseforetakene som slutter seg til avtalen. Aktivitetsvilkåret er klart oppfylt.

- (31) Videre har innklagede opplyst at det heller ikke foreligger noen private eierandeler i helseforetakene. Sekretariatet finner dermed at samtlige vilkår for utvidet egenregi er oppfylt, jf. forskriften § 3-1 tredje ledd bokstav b, jf. første ledd.
- (32) Anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse for utviklingen av programvaren for sporing av morsmelk.
- (33) På bakgrunn av konklusjonen finner sekretariatet det klart at klagen ikke kan føre frem. Klagen avvises dermed som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Daniel Eidsvåg-Knudsen
Juridisk rådgiver

Johan Aasheim Hjartnes
Avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
SYKEHUSINNKJØP HF
GENITUS SOFTWARE AS