



Saksnr.	Møtedato	Utvalg
76/22	26.08.22	Helseplattformen AS - Styret

Ekstern juridisk gjennomgang av benyttede konsulenttenester i forhold til Lov om offentlig anskaffelser

Type sak: **Beslutning**

Saksbehandler: **Torbjørn Vanvik**

Ansvarlig direktør: **Torbjørn Vanvik**

Forslag til vedtak:

Administrerende direktør legger i denne saken ikke frem forslag til vedtak, men avventer styrets behandling av saken.

Saksutredning:

Bakgrunn

Viser til rapport til Helseplattformen fra Advokatfirmaet Wiersholm AS.

Saksbeskrivelse

Rapporten «Helseplattformen AS' bruk av konsulenttenester, Vurdering etter anskaffelsesrettslige regler» datert 24. august 2022 ligger ved som vedlegg til saken.

Anbefaling/konklusjon

Vedlegg og andre saksdokumenter

1. 2022-08-24 Rapport til Helseplattformen AS
Utsatt offentlighet – offentlighetsloven § 5 fjerde ledd

Utsatt offentlighet – offentlighetsloven § 5 fjerde ledd

Rapport til Helseplattformen AS

Helseplattformen AS' bruk av konsulenttenester

Vurdering etter anskaffelsesrettslige
regler

24. august 2022

Innhold

DEL I: OPPDRAGET	5
1. INNLEDNING	5
2. SAMMENFATNING OG KONKLUSJONER.....	5
3. OM OPPDRAGET	6
3.1 Bakgrunnen for Oppdraget.....	6
3.2 Beslutning om ekstern juridisk gjennomgang av Helseplattformens kjøp av konsulenter opp mot anskaffelsesregelverket	6
3.3 Oppdragets omfang – avgrensninger.....	7
4. ORGANISERING AV UNDERSØKELSEN	7
4.1 Team	7
4.2 Prinsipper og arbeidsmetoder	7
4.2.1 Forsvarlighet, uavhengighet og rettssikkerhet	7
4.2.2 Generell metodikk og bevisvurderinger	8
4.3 Gjennomføring.....	8
4.4 Rapporten og rapportens struktur	8
DEL II: OM HELSEPLATTFORMENS BAKGRUNN OG OPPDRAG.....	9
5. ÉN INNBYGGER – ÉN JOURNAL	9
5.1 Stortingsmelding: Én innbygger – én journal, november 2012 – mars 2013.....	9
5.2 Oppstart av Helse Midt-Norges prosjekt om ny felles elektronisk journal og pasientportal, 2012-2014.....	9
5.3 Nasjonale vurderinger av hvordan målene i Én innbygger – én journal skulle nås, 2013-2015	10
5.4 Helse Midt-Norge får i oppdrag å være et regionalt utprøvningsprosjekt, 2016	10
5.5 Akson– et felles prosjekt for kommunal journal for alle kommunene utenfor Midt-Norge, 2017-2020	10
5.6 Organiseringen av Journalprosjektets innføringsfase.....	11
DEL III: FAKTISKE FORHOLD.....	11
6. SENTRALE FAKTISKE FORHOLD	11
6.1 Innledning.....	11
6.2 Anskaffelsen av program- og prosjektkonsulenter til Journalprosjektet.....	11
6.2.1 Innledning.....	11
6.2.2 Helse Midt-Norge kunngjør konkurranse om rammeavtale for program- og prosjektkonsulenter til Journalprosjektet.....	12
6.2.3 Anskaffelsens formål: å skaffe nødvendig prosjektkonsulentkompetanse og kapasitet	12
6.2.4 Opplysninger om anskaffelsens verdi og varighet	12
6.2.5 Helse Midt-Norge tildeler kontrakt til EY	13

6.3	Nærmere om rammeavtalen mellom Helse Midt-Norge og EY	13
6.4	Helse Midt-Norges kjøp av konsulenttenester under EY-avtalen	14
6.5	1. mars 2019: Helseplattformen AS stiftes og overtar prosjektet.....	14
6.6	Sykehusinnkjøp vurderer om Helseplattformen lovlig kan benytte Helse Midt-Norges avtaler ...	15
6.7	Nærmere om styrets informasjon om EY-avtalen	15
6.8	Ekstern rettslig vurdering av om Helseplattformen lovlig kan benytte Helse Midt-Norges kontrakter	16
6.8.1	Sykehusinnkjøp bestiller en rettslig vurdering av om Helseplattformen kan foreta avrop på Helse Midt-Norges rammeavtaler etter at Trondheim kommune går inn som eier	16
6.8.2	Wikborg Reins vurdering.....	16
6.9	Om avropene Helseplattformen har foretatt på EY-avtalen	17
6.10	Helseplattformen benytter den nasjonale rammeavtalen for IKT-konsulenttenester etter utløpet av EY-avtalen	17
6.10.1	Helseplattformen har fortsatt behov for konsulentkompetanse	17
6.10.2	Nærmere om den nasjonale rammeavtalen for IKT-konsulenttenester	18
6.11	Omfanget av Helseplattformens kostnader har vært innenfor budsjett	18
6.12	Status i Journalprosjektet.....	20
DEL IV: RETTSLIG VURDERING		20
7.	SAKENS SPØRSMÅL	20
8.	ANSKAFFELSESREGELVERKETS OPPHAV, RETTSKILDEBILDE OG SYSTEMATIKK	21
9.	HVILKET REGELVERK ER RELEVANT FOR VURDERINGEN AV SAKENS SPØRSMÅL?	22
10.	SAKENS FØRSTE HOVEDSPØRSMÅL: KUNNE HELSEPLATTFORMEN LOVLIG BENYTT SEG AV HELSE MIDT-NORGES RAMMEAVTALE MED EY?	23
10.1	Rettslig utgangspunkt.....	23
10.2	Den konkrete vurdering	25
10.3	Konklusjon.....	26
11.	SAKENS ANDRE HOVEDSPØRSMÅL: HAR HELSEPLATTFORMEN BRUTT ANSKAFFELSESREGELVERKET VED Å BRUKE RAMMEAVTALEN UTOVER DE ESTIMERTE VERDIENE?.....	27
11.1	Rettslig utgangspunkt: Å overstige estimert verdi kan utgjøre en ulovlig endring av avtalen	27
11.2	Anskaffelsesregelverkets bestemmelser om endring	27
11.3	Tillatte endringer.....	28
11.4	Rettslig utgangspunkt: FOA § 28-2 bokstav a – forbud mot nye betingelser som kan ha påvirket konkurransesituasjonen.....	28
11.5	Rettslig utgangspunkt: FOA § 28-2 bokstav c – forbud mot endringer som utvider kontraktens omfang betydelig	29
11.5.1	Overordnet om FOA § 28-2 bokstav c og kravet til verdi-/mengdeangivelse	29
11.5.2	Betydningen av EU-domstolens avgjørelser i C-216/17 og C-23/20 – det sentrale spørsmålet er fortsatt om overstigelsen av opprinnelig estimert verdi utvider kontraktens omfang betydelig	30
11.5.3	Nærmere om vurderingstemaet etter FOA § 28-2 bokstav c.....	31

11.6	Den konkrete vurdering	31
11.7	Konklusjon	34
12.	POTENSIELLE KONSEKVENSER AV REGELBRUDET	34
12.1	Rettslig utgangspunkt.....	34
12.2	Den konkrete vurdering og konklusjon.....	35
13.	OPPSUMMERING OG LÆRINGSPUNKTER.....	36
13.1	Oppsummering.....	36
13.2	Læringspunkter	36

DEL I: OPPDRAGET

1. Innledning

Advokatfirmaet Wiersholm AS ("Wiersholm") ble 8. juli 2022 tildelt i oppdrag å gjennomføre en ekstern undersøkelse ("Oppdraget" eller "Undersøkelsen") av Helseplattformen AS ("Helseplattformen"). Undersøkelsen omfatter en anskaffelsesrettslig vurdering av Helseplattformens bruk av konsulenttjenester fra opprettelsen av selskapet i 2019. Denne rapporten inneholder en gjennomgang av Helseplattformens bakgrunn og oppgave, sentrale faktiske forhold, samt rettslige utgangspunkter og vurderinger.

2. Sammenfatning og konklusjoner

Helseplattformen har i perioden 2019-2022 kjøpt konsulenttjenester i medhold av en rammeavtale som ble inngått mellom Helse Midt-Norge RHF ("Helse Midt-Norge") og Ernst & Young AS ("EY") 7. mai 2015 ("EY-avtalen"). Helseplattformen har i denne forbindelse foretatt avrop med en betydelig verdi.

Disse forholdene reiser enkelte anskaffelsesrettslige problemstillinger. Anskaffelsesregelverket inneholder bestemmelser om hvilke aktører som lovlig kan benytte en rammeavtale, blant annet om aktører som ikke er angitt som part i rammeavtalen kan foreta avrop på rammeavtalen.

Anskaffelsesregelverket inneholder et forbud mot å gjøre vesentlige endringer i en kontrakt som er inngått etter anskaffelsesregelverket. Bakgrunnen for forbudet er at vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt innebærer at oppdragsgiver i realiteten inngår en ny kontrakt, som skulle vært kunngjort og konkurransenutsatt. En vesentlig endring vil dermed representere en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom den utgjør et brudd på oppdragsgivers kunngjøringsplikt etter regelverket. En endring vil være vesentlig dersom den utvider kontraktens omfang betydelig. Dersom det foretas avrop på en rammeavtale som overstiger rammeavtalens opprinnelig estimerte verdi, kan dette etter omstendighetene innebære at rammeavtalens omfang utvides betydelig, og at det foreligger en vesentlig endring.

Den totale verdien av avropene som er foretatt i medhold av EY-avtalen, overstiger den estimerte verdien av rammeavtalen som fremgikk av anbudsdokumentene som ble benyttet da anskaffelsen av EY-avtalen ble gjennomført i 2014/2015.

Det er særlig to anskaffelsesrettslige problemstillinger som gjør seg gjeldende i denne sak. Det er for det første om Helseplattformen lovlig kunne benytte seg av Helse Midt-Norges rammeavtale med EY (EY-avtalen).

For det andre oppstår det et spørsmål om Helseplattformen har brutt anskaffelsesregelverket ved å bruke EY-avtalen utover dens opprinnelige estimerte verdi.

Wiersholms konklusjoner er som følger:

- (i) Helseplattformen kunne lovlig benytte EY-avtalen
- (ii) Helseplattformen har brutt anskaffelsesregelverket ved å bruke EY-avtalen utover dens opprinnelige estimerte verdi

Hovedårsaken til at anskaffelsesregelverket er brutt er at det ikke har blitt foretatt en vurdering i perioden fra 2019 og frem til i dag av om omfanget av avropene under EY-avtalen har ligget innenfor de grenser anskaffelsesregelverket setter. Anskaffelsesregelverket er i seg selv ikke til hinder for at det foretas kjøp av konsulenttjenester i det omfang Helseplattformen har gjort. Avropene Helseplattformen har foretatt på EY-avtalen fremstår som saklig og forretningsmessig begrunnet. For at Helseplattformen skal unngå tilsvarende brudd på anskaffelsesregelverket ved gjennomføring av fremtidige rammeavtaler, er det særlig to forhold som er sentrale.

For det første må Helseplattformen foreta grundige vurderinger av estimert innkjøpsbehov, slik at opplysningene om rammeavtalens verdi som oppgis i anskaffelsesdokumentene er treffende for faktisk innkjøpsbehov. Dette vil bidra til at faktisk avropt volum ikke overstiger opplysningene om rammeavtalens verdi som fremgår av anskaffelsesdokumentene. Det var ikke Helseplattformen som estimerte EY-avtalens volum på tidspunktet for konkurranseutsettingen av avtalen i 2014, men dette er likevel et moment som er helt sentralt for å unngå tilsvarende brudd på anskaffelsesregelverket i fremtiden.

For det andre bør Helseplattformen løpende monitorere avropt volum på rammeavtaler opp mot rammeavtalens estimerte verdi. Dette vil gi Helseplattformen oversikt over når faktisk avropt volum tilsvarer volumet som er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Dersom ovennevnte tiltak gjennomføres i fremtidige anskaffelser, vil dette i praksis minimere risikoen for tilsvarende brudd på anskaffelsesregelverket i fremtiden.

3. Om Oppdraget

3.1 Bakgrunnen for Oppdraget

Helseplattformen ble opprettet 1. mars 2019, og har ansvaret for anskaffelsen, utviklingen og innføringen av ny felles journalløsning og pasientportal i Midt-Norge ("Journalprosjektet").¹ Journalprosjektet har bestått av flere faser, eksempelvis planleggingsfase, anskaffelsesfase, innføringsfase og implementeringsfase. Det er også besluttet at Helseplattformen skal drifte løsningen.

Journalprosjektet startet allerede i 2012. Frem til Helseplattformen ble skilt ut som et eget selskap var Journalprosjektet organisert i Helse Midt-Norge RHF ("Helse Midt-Norge"). Helse Midt-Norge hadde behov for konsulentbistand i alle faser av Journalprosjektet. Den 7. mai 2015 inngikk Helse Midt-Norge rammeavtale med EY. EY-avtalen hadde opprinnelig varighet på tre år, med mulighet for forlengelse i to år. Den samlede kontraktsverdien ble estimert til 6 000 000 til 70 000 000 kroner ekskl. mva. i kunngjøringen, og opp til 150 000 000 kroner ekskl. mva. i kvalifikasjons- og konkurransegrunnlaget.

Adresseavisen publiserte våren 2022 flere artikler om Helseplattformens bruk av konsulenter. I artiklene fremgikk blant annet at Helse Midt-Norge og Helseplattformen hadde kjøpt konsulenttjenester for over 500 000 000 kroner av EY. I etterkant besluttet styret i Helseplattformen at det skulle gjennomføres en anskaffelsesrettslig vurdering av konsulentbruken.

3.2 Beslutning om ekstern juridisk gjennomgang av Helseplattformens kjøp av konsulenter opp mot anskaffelsesregelverket

I styremøte 27. juni 2022 ble det besluttet at det skulle gjennomføres en gjennomgang av Helseplattformens konsulentbruk.² Vedtaket var tredelt og inntas nedenfor:

- "1. Styret ber om at revisor frem til neste styremøte fremlegger en fullstendig gjennomgang av omfanget av konsulentbruken, herunder typen konsulenttjenester, i Helseplattformen AS.
2. Styret ber om administrerende direktør i neste styremøte gir en begrunnelse for bruk og omfang av konsulenttjenestene.
3. Styret ber om at det foretas en ekstern juridisk gjennomgang av benyttede konsulenttjenester i forhold til Lov om offentlige anskaffelser."

Som det fremgår av styrevedtakets punkt 3 skulle den juridiske gjennomgangen foretas av eksterne. Wiersholm og enkelte andre advokatfirma ble invitert til å inngi tilbud. Oppdraget er nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det fremgår der at oppdraget omfatter en "full juridisk uavhengig gjennomgang av

¹ Anskaffelsen av Journalprosjektet var i slutfasen da Helseplattformen ble opprettet, og kontrakt ble signert med valgt leverandør i april 2019, jf. punkt 5.6 nedenfor

² Sak 65/2022

Helseplattformen AS sine kjøp av konsulenttjenester fra opprettelsen av selskapet i 2019 til og med dagens dato." Det følger videre at samtlige tjenestekjøp skal vurderes og gjennomgås, samt at tjenestekjøpene skal vurderes "i relasjon til de krav som følger av regelverket for offentlige anskaffelser og eventuelt annet relevant støtterettslig eller innkjøpsrettslig regelverk." Wiersholm ble tildelt oppdraget.

3.3 Oppdragets omfang – avgrensninger

Ved gjennomføring av nye prosjekter brukes eksterne konsulenter både i offentlig og privat sektor. Bruk av konsulenter i offentlig sektor reiser en rekke rettslige og rettspolitiske spørsmål. Det faller utenfor Oppdraget å gjennomgå eller analysere behovet for slik bruk, både generelt og i Helseplattformen spesielt. Wiersholm vil derfor ikke gå nærmere inn på dette, eller foreta noen vurdering av Helseplattformens organisering.

Det følger av både styrevedtaket og av konkurransegrunnlaget at Helseplattformens kjøp av konsulenttjenester skal vurderes opp mot reglene om offentlige anskaffelser og eventuelt annet relevant støtterettslig eller innkjøpsrettslig regelverk. Kjøp av konsulenttjenester kan reise spørsmål i medhold av annet regelverk, for eksempel arbeidsrettslige regler om innleie. Oppdraget åpner ikke for vurderinger utover om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket og eventuelt annet relevant støtterettslig eller innkjøpsrettslig regelverk. Lovligheten av konsulentbruken i lys av andre regler vil derfor ikke bli vurdert.

Det fremgår som nevnt av konkurransegrunnlaget at det skal foretas en anskaffelsesrettslig vurdering av Helseplattformens kjøp av konsulenttjenester i perioden fra opprettelsen av Helseplattformen i 2019. Dette innebærer for det første at Wiersholm ikke skal ta stilling til skyld eller ansvarsforhold internt i Helseplattformen.

For det andre innebærer det at Wiersholm ikke skal ta stilling til om anskaffelsesregelverket ble brutt i Journalprosjektet før 2019, herunder om Helse Midt-Norges anskaffelse av EY i 2015 var lovlig. Faktiske forhold som inntraff i perioden 2012-2019, dvs. perioden før Journalprosjektet ble overført fra Helse Midt-Norge til Helseplattformen, kaster imidlertid lys over det faktum som er sentralt for å vurdere om Helseplattformen har brutt anskaffelsesregelverket, og er også delvis relevant for vurderingene Wiersholm skal foreta. Det vil derfor redegjøres for faktiske forhold tilbake til 2012.

4. Organisering av undersøkelsen

4.1 Team

Oppdraget er utført av Wiersholm under ledelse av advokat (H) og professor II (PhD) Jan Fougner. Morten Goller, Oda Hellenes Ekre, Ellen Røyneberg, Odin Horne og Oda Indset har sammen med Fougner utgjort Wiersholms team.

4.2 Prinsipper og arbeidsmetoder

4.2.1 Forsvarlighet, uavhengighet og rettssikkerhet

Undersøkelsen er advokatarbeid underlagt Advokatforeningens retningslinjer for private granskninger, som er fulgt så langt de passer. Følgende prinsipper er særskilt viktige ved gjennomføringen av Oppdraget:

- Objektivitet og faglig uavhengighet
- Grundighet og forsvarlighet
- Rettssikkerhet, herunder kontradiksjon og personvern

Objektivitet og faglig uavhengighet innebærer særlig at arbeidet skal utføres etter faglig anerkjente metoder og uten innblanding eller påvirkningen fra Helseplattformen eller andre.

Prinsippet om forsvarlighet og grundighet innebærer at Wiersholm, innenfor det som er rimelig og naturlig, skal søke å innhente et så fullstendig faktisk grunnlag som mulig for å sikre riktige og etterprøvbare vurderinger.

Prinsippet om rettssikkerhet har vært ivaretatt ved at Wiersholm løpende har vurdert om, og eventuelt hvem, som kan anses "berørt" av undersøkelsen. Med "berørt" menes en person som kan få sin rettsstilling påvirket av Undersøkelsen eller på annen måte bli utsatt for negativ omtale. Personer som utelukkende avgir forklaring som vitner regnes ikke som "berørte". Slik Oppdraget er formulert, skal Wiersholm ikke plassere skyld eller ta stilling til ansvarsforhold internt i Helseplattformen. Spørsmålet om enkeltpersoner er berørt har likevel vært uttrykkelig tatt opp med Helseplattformen og de involverte aktører. Det er ikke identifisert noen berørte. Det er derfor ikke gjennomført kontradiksjon eller utarbeidet egne interne retningslinjer for Undersøkelsen.

4.2.2 Generell metodikk og bevisvurderinger

Wiersholm har lang erfaring med denne type arbeid, og har utført Undersøkelsen i henhold til anerkjente metoder. Ved arbeidets oppstart identifiserte Wiersholm enkelte rettslige og faktiske problemstillinger ut fra Oppdraget, og gjennomførte undersøkelser med utgangspunkt i disse. Problemstillinger og hypoteser har vært gjenstand for kontinuerlig vurdering underveis i prosessen.

Det faktiske materialet rapporten bygger på, er først og fremst dokumenter Wiersholm har fått tilgang til av Helseplattformen, samt annen offentlig tilgjengelig informasjon. Overlevert materiale omfatter aktuelle avtaler, avrop, konkurransegrunnlag, oversikter og øvrig dokumentasjon. Revisors gjennomgang ble først mottatt 23. august 2022. Wiersholm har av tidshensyn derfor ikke kunne benytte opplysningene som fremkommer av revisors gjennomgang i rapporten.

Det har i tillegg vært gjennomført enkelte samtaler med involverte aktører. Formålet med samtalene har vært å sikre at Wiersholm har et tilstrekkelig og riktig faktum. Wiersholm har opplevd at ressurser og dokumentasjon har blitt stilt til disposisjon på en slik måte at Undersøkelsen har latt seg gjennomføre etter gjeldende prinsipper. Wiersholm har vurdert det slik at det ikke har vært nødvendig å gjennomføre e-postinnsyn eller andre tiltak for å sikre et tilstrekkelig faktagrunnlag.

Ved vurderingen av hvilket faktum som skal anses bevist, bygger norsk sivilrett på prinsippet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette innebærer at det mest sannsynlige faktum legges til grunn. Regelen anses å gi flest riktige resultater og gjelder også for Wiersholms bevisvurderinger.

Ved rettsanvendelsen er alminnelig juridisk metode, utviklet gjennom Høyesteretts praksis, lagt til grunn.

4.3 Gjennomføring

Wiersholm ble tildelt oppdraget 8. juli 2022. I konkurransegrunnlaget var det forutsatt at oppdraget skulle påbegynnes 8. august 2022. Det ble avholdt et oppstartsmøte mellom Helseplattformen og Wiersholm 9. august 2022. I forkant av dette hadde Wiersholm gjennomgått sentral dokumentasjon, slik som EY-avtalen. Øvrig dokumentasjon ble etterspurt og oversendt løpende.

Rapporten ble slutført og levert til Helseplattformen 24. august 2022.

Det er avtalt at Wiersholm vil presentere relevante funn for styret i Helseplattformen i styremøte 26. august 2022.

4.4 Rapporten og rapportens struktur

Denne rapporten er omfattet av Wiersholms taushetsplikt og er å anse som advokat-klientkorrespondanse. Underlagsmaterialet og interne arbeidsdokumenter beror hos Wiersholm.

Rapporten er skrevet på en slik måte at den etter Wiersholms syn er egnet til offentliggjøring. Det er likevel Helseplattformen som beslutter om rapporten skal offentliggjøres, samt hvordan de funn som fremgår av rapporten skal følges opp.

Før de konkrete anskaffelsesrettslige problemstillingene vurderes nærmere i del IV, vil det redegjøres for Helseplattformens bakgrunn og oppdrag (del II), samt sentrale faktiske forhold som er relevante for den juridiske vurderingen (del III).

DEL II: OM HELSEPLATTFORMENS BAKGRUNN OG OPPDRAG

5. Én innbygger – én journal

5.1 Stortingsmelding: Én innbygger – én journal, november 2012 – mars 2013

Det norske journalsystemet i helsesektoren har tidligere vært preget av lite samhandling. En pasient har hatt en rekke ulike journaler hos ulike helseinstitusjoner, og det har vært vanskelig å dele informasjon mellom helseinstitusjonene. I tillegg har det vært vanskelig for den enkelte innbygger å gjøre seg kjent med hvilke opplysninger som er nedtegnet i den enkeltes journal.

I 2012 kom stortingsmeldingen "Meld.St.9 (2012-2013) En innbygger – en journal". Dette var også startpunktet for Journalprosjektet. Stortingsmeldingen inneholdt målsetningen om et integrert og helhetlig journalsystem, som skal gi pasienter og brukere enklere tilgang til informasjon, samt bidra til samhandling og ressursbesparelser. Målsetningen om En innbygger – en journal var basert på regjeringens overordnede mål for IKT-utviklingen:

- "Helsepersonell skal ha enkel og sikker tilgang til pasient- og brukeropplysninger
- Innbyggerne skal ha tilgang på enkle og sikre digitale tjenester
- Data skal være tilgjengelig for kvalitetsforbedring, helseovervåkning, styring og forskning³"

Stortingsmeldingen fikk tilråding fra Helse- og omsorgsdepartementet 30. november 2012, og ble godkjent i statsråd samme dag.

Den 19. mars 2013 ble stortingsmeldingen behandlet i Stortinget etter innstilling fra helse- og omsorgskomiteen (Innst. 224 S (2012-2013)). Det ble da klart at prinsippene fra stortingsmeldingen skulle være førende for regjeringens politikk på området.

5.2 Oppstart av Helse Midt-Norges prosjekt om ny felles elektronisk journal og pasientportal, 2012-2014

Helse Midt-Norges beslutning om å gjennomføre Journalprosjektet ble tatt parallelt med stortingsmeldingen i 2012. Journalprosjektet ble organisert som en egen avdeling i Helse Midt-Norge. Journalprosjektet hadde flere ulike faser. For det første skulle det planlegges og anskaffes en helt ny journalløsning. Deretter fulgte innføringsfase. I innføringsfasen skulle valgte leverandør utvikle den nye løsningen som skulle benyttes av involverte deler av helsetjenesten i Midt-Norge.

I 2014 ble det gjennomført et forprosjekt, hvor det ble utført en analyse av hvilket bemannings- og kompetansebehov som var nødvendig for å sikre tilstrekkelig kapasitet og kompetanse underveis i Journalprosjektet.

I utgangspunktet skulle behovet for ressurser til Journalprosjektet i størst mulig grad dekkes av aktørene i helsetjenesten. Helse Midt-Norge kom imidlertid raskt til at det ikke var tilstrekkelige ressurser internt til å gjennomføre Journalprosjektet, og at det heller ikke var mulig å ansette ressurser med tilstrekkelig kompetanse. Konklusjonen var derfor at Helse Midt-Norge måtte anskaffe ekstern spesialistkompetanse på en rekke områder, som kunne fylle de behov som løpende måtte oppstå ved gjennomføringen av

³ Meld. St. 9 (2012-2013) s. punkt 1.1.

Journalprosjektet. Konkurransen om leveranse av ekstern kompetanse ble utlyst etter forprosjektet var ferdig i 2014, og avtale med EY ble inngått i mai 2015.⁴

5.3 Nasjonale vurderinger av hvordan målene i Én innbygger – én journal skulle nås, 2013-2015

Parallelt med Helse Midt-Norges oppstart av Journalprosjektet pågikk det en nasjonal prosess hvor det ble sett på ulike alternativ for å realisere målet om et integrert og helhetlig journalsystem. Helsedirektoratet fikk i august 2013 i oppdrag å gjennomføre en utredning av ulike alternativ for å nå målsetningen. I perioden 2013 til 2015 samarbeidet Helsedirektoratet med en rekke sentrale aktører, inkludert spesialisthelsetjenesten, kommunesektoren, utøvende helsepersonell, nasjonale helsemyndigheter og pasient- og brukerforeninger. Utredningen fra 2015 anbefalte at det skulle gjennomføres en anskaffelse av en stor standardløsning som kunne benyttes i hele Norge.⁵

5.4 Helse Midt-Norge får i oppdrag å være et regionalt utprøvningsprosjekt, 2016

Ettersom Helse Midt-Norge allerede hadde startet arbeidet med Journalprosjektet, ba Helse- og omsorgsdepartementet Direktoratet for E-helse⁶ om å vurdere om Journalprosjektet kunne være startpunktet for å oppnå målet om En innbygger – en journal.

I en rapport fra 2016 anbefalte Direktoratet for e-helse at Helse Midt-Norge gjennom Journalprosjektet skulle få i oppdrag å være et regionalt utprøvningsprogram for Én innbygger – en journal, samt være et mulig startpunkt for et felles nasjonalt journalsystem for kommunehelsetjenesten. Det ble også gitt nærmere anbefalinger om arbeidet og organiseringen av Journalprosjektet for å oppnå målsetningen. Anbefalingen endte med at Helse- og omsorgsdepartementet ga Helse Midt-Norge i oppdrag å være et regionalt utprøvningsprogram for det nasjonale målbildet.

Rollen som regionalt utprøvningsprogram medførte at nasjonale aktører fikk en observatørstatus i anskaffelsesfasen av Journalprosjektet, og at de også kunne delta i andre deler av Journalprosjektet (for eksempel innføringsfasen). Anskaffelsesfasen av Journalprosjektet ble som følge av dette forlenget med et år. Verken Helseplattformen eller Helse Midt-Norge har foretatt eksakte beregninger av de økonomiske kostnader knyttet til rollen som regionalt utprøvningsprogram, men Helseplattformen legger til grunn at rollen medførte et økt behov for kompetanse og koordinering. Dette behovet ble hovedsakelig dekt gjennom økt bruk av eksterne konsulenter.

Senere ble Helse Midt-Norge også tildelt et nytt nasjonalt oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet; å være ansvarlig for innføring av et felles språk i helsetjenesten. Dette arbeidet ble en integrert del av Journalprosjektet, og medførte et behov for særlig fagkompetanse. Behovet ble dels dekt gjennom konsulentbruk.

Opgavene nevnt ovenfor ble gitt til Helse Midt-Norge etter EY-avtalen ble inngått. Det var av den grunn ikke mulig å forutse fullt ut det økte arbeidsomfaget som disse oppgavene da EY-avtalen ble inngått.

5.5 Akson– et felles prosjekt for kommunal journal for alle kommunene utenfor Midt-Norge, 2017-2020

Mellom 2017 og 2020 ble det gjennomført en ytterligere utredning av mulighetene for en felles kommunal journal, samt samhandling med øvrige deler av helsetjenesten. Denne utredningen ble gjennomført av Direktoratet for e-helse. Prosjektet er kjent som "Akson".

⁴ Dette beskrives nærmere i punkt 6.2 under.

⁵ Utredning av "Én innbygger – én journal", desember 2015

⁶ Direktoratet for e-helse er et fag- og myndighetsorgan underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Direktoratet for e-helse skal sørge for nasjonal styring og koordinering i samarbeid med helseforetak, kommuner, fagmiljø og interesseorganisasjoner.

Store deler av arbeidet har vært gjennomført av konsulenter. Akson er fremdeles på utviklingsstadiet, og det er mange år før prosjektet kan tas i bruk.⁷ Akson og Journalprosjektet er dermed to ulike prosjekter som er gjennomført uavhengig av hverandre, og Journalprosjektet er ikke en del av Akson.

5.6 Organiseringen av Journalprosjektets innføringsfase

Etter en flere års lang anskaffelsesfase av Journalprosjektet, inngikk Helseplattformen den 1. april 2019 kontrakt med Epic Systems ("Epic") om innføring av nytt journalsystem. Helseplattformen var på dette tidspunkt skilt ut som et eget rettssubjekt, og Helseplattformen var derfor kontraktspart. Det ble samtidig innført en løsning for bruker- og tilgangsstyring. Sistnevnte løsning leveres av IBM.

I kontrakter om utvikling og leveranse av avanserte IT-løsninger stilles det normalt relativt omfattende krav til kundens medvirkning. Kontrakten mellom Epic og Helseplattformen gjør også det.⁸ Som følge av de krav som stilles, særlig innenfor prosjektledelse, faglig ekspertise, migrering av data mv., ble fagekspertter fra kommune- og spesialisthelsetjenesten leid inn og ansatte rekruttert til Journalprosjektet. Helseplattformen benyttet også konsulenter fra blant annet EY til å oppfylle medvirkningsplikten.

Journalprosjektets beslutningsstruktur ble utviklet i april til august 2019. Det ble etablert en faglig beslutningsstruktur som har tatt felles beslutninger om hvordan pasientjournalsystemet skulle settes opp og deretter brukes. I den faglige beslutningsstrukturen har over 400 fagekspertter deltatt. Dette er primært fagekspertter med medisinsk bakgrunn fra kommune- og spesialisthelsetjenesten. Alle faglige beslutninger knyttet til helse, data og teknologi i Journalprosjektet har blitt tatt i den faglige beslutningsstrukturen. Beslutningene har hatt direkte betydning for omfanget av Journalprosjektet. Beslutningene som har blitt tatt underveis i prosjektet har ledet til at det har oppstått nye og ulike behov for kompetanse og ressurser ved gjennomføringen av Journalprosjektet. Dette behovet har blitt dekket gjennom konsulenter, innleide fra kommunene og spesialisthelsetjenesten og ansatte i Helseplattformen.

DEL III: FAKTISKE FORHOLD

6. Sentrale faktiske forhold

6.1 Innledning

Wiersholms skal som nevnt foreta en anskaffelsesrettslig vurdering av Helseplattformens konsulentkjøp fra og med selskapet ble opprettet i 2019 og frem til i dag.

Faktiske forhold som inntraff i perioden 2012-2019 – perioden før Journalprosjektet ble overført fra Helse Midt-Norge til Helseplattformen – kaster som nevnt lys over det faktum som er sentralt for å vurdere om Helseplattformen har brutt anskaffelsesregelverket, og er også delvis relevant for de rettslige vurderingene som skal foretas. Nedenfor vil det derfor redegjøres for sentrale faktiske forhold både i perioden før og etter Helseplattformen ble opprettet som eget selskap.

6.2 Anskaffelsen av program- og prosjektkonsulenter til Journalprosjektet

6.2.1 Innledning

Siden Helseplattformen ble stiftet i 2019 har selskapet kjøpt konsulenttenester fra EY gjennom to ulike rammeavtaler. Den ene avtalen er rammeavtalen mellom Helse Midt-Norge og EY inngått i 2015. De sentrale faktiske forholdene knyttet til anskaffelsen av EY-avtalen gjennomgås nedenfor i punkt 6.2.2 til 6.2.5.

⁷ Direktoratet for E-helse har fått kritikk for å ha brukt store summer på konsulenter. Styringen av Akson og konsulentbruken har også fått kritikk av Riksrevisjonen.

⁸ Wiersholm har ikke lest kontrakten mellom Helseplattformen og Epic, og denne setningen er basert på informasjon mottatt fra Helseplattformen.

Helseplattformen har også kjøpt konsulenttjenester gjennom en nasjonal rammeavtale. Nedenfor i punkt 6.10 redegjøres det kort for den nasjonale rammeavtalen, samt konsulentkjøpene som er gjennomført i henhold til denne avtalen.

6.2.2 Helse Midt-Norge kunngjør konkurranse om rammeavtale for program- og prosjektkonsulenter til Journalprosjektet

Den 17. november 2014 kunngjorde Helse Midt-Norge en konkurranse om rammeavtale av program- og prosjektkonsulenter til Journalprosjektet. Konkurransen utlyst i medhold av anskaffelsesregelverket, og ble gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse. Alle interesserte leverandører kunne levere forespørsel om å delta i konkurransen, men kun prekvalifiserte leverandører ble invitert til å inngi tilbud. Kvalifiserte leverandører fikk tilsendt konkurransegrunnlaget 30. januar 2015.

Da konkurransen ble utlyst i 2014 var det uklart hvilke aktører som ville benytte løsningen som ble utviklet i Journalprosjektet. Det var kun helseforetakene i Midt-Norge som ble regnet som sikre aktører. Det skulle imidlertid legges til rette for at samtlige aktører i Midt-Norge kunne ta i bruk løsningen. Det ble forsøkt tatt høyde for dette ved utformingen av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og rammeavtalen som senere ble inngått med EY.

6.2.3 Anskaffelsens formål: å skaffe nødvendig prosjektkonsulentkompetanse og kapasitet

Formålet med Helse Midt-Norges anskaffelse var å "skaffe til veie nødvendig prosjektkonsulentkompetanse og kapasitet til å bistå HMN i anskaffelsesprogrammet, samt i implementeringsfasen."⁹ Både i kunngjøringen og konkurransegrunnlagets punkt 5.3 fremgikk det at Helse Midt-Norge ønsket å knytte til seg et eksternt konsulentmiljø som kunne fylle de løpende behov som måtte oppstå under gjennomføringen av Journalprosjektet, herunder sikre nødvendige støttefunksjoner.

Helse Midt-Norge ønsket videre at konsulentene skulle komme fra samme konsultentselskap, for å sikre kontinuitet og leveransekraft, samt en grundig og metodisk opplæring av nye konsulenter ved eventuelle utskiftninger. Konkurransegrunnlaget inneholdt en omfattende kompetansematrise som viste hvilken type kompetanse konsulentene i de ulike kategoriene måtte inneha. For alle konsulentkategoriene ble det stilt krav til ulik grad av bransjekunnskap, juridisk ekspertise, anskaffelsesfaglige ferdigheter, økonomi- og prosjektkompetanse, forhandlinger og generell kompetanse. Kontinuitet og mulighet for kompetanseoverføring fra de ulike fasene av Journalprosjektet ble særlig vektlagt.

6.2.4 Opplysninger om anskaffelsens verdi og varighet

I kunngjøringen ble det opplyst om at anslått samlet verdi av avropene i løpet av hele rammeavtalens varighet var mellom 6 000 000 kroner og 70 000 000 kroner ekskl. mva. Wiersholm har fått opplyst at det var usikkerhet knyttet til forventet uttak på rammeavtalen. Det ble derfor understreket at uttak på rammeavtalen var "svært vanskelig å anslå," samt at behovet for konsulenter kunne variere "svært mye i prosjektperioden."¹⁰ Det fremgår av kunngjøringen at estimatet på rammeavtalens totalverdi var basert på "antatt behov for konsulentbistand i prosjektet," men at det faktiske behovet kunne bli "både høyere og lavere enn estimert".

At det var svært stor usikkerhet rundt anskaffelsens verdi ble gjentatt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget ble det igjen understreket at uttak på rammeavtalen var "svært vanskelig å anslå." Når det gjaldt det konkrete behovet i prosjektperioden, ble det presisert at dette ville "avhenge (...) av bevilgninger og hvilken ressursallokering som gjennomføres internt i prosjektet." I konkurransegrunnlaget og kontrakten ble det årlige omfanget på kjøp av konsulenttjenester anslått å ligge mellom 6 000 000 til 30 000 000. Det er ikke presisert om det årlige estimatet er ekskl. eller inkl. mva., I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 ble det opplyst om at estimatet var "gjort på bakgrunn av antatt behov for konsulentbistand i

⁹ Kunngjøring på Doffin, 17. november 2014

¹⁰ Kunngjøring på Doffin, 17. november 2014

prosjektet, men det faktiske behovet vil kunne bli både høyere og lavere enn estimert." Det fremgikk også at Helse Midt-Norge ikke hadde noen kjøpsplikt, og at avtalen ikke var eksklusiv.

Det fremgår av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og EY-avtalen at avtalen hadde en varighet på 3+1+1 år. Utgangspunktet etter dagjeldende anskaffelsesforskrift § 15-1 var at rammeavtaler ikke kunne ha en varighet på mer enn fire år, med unntak av tilfeller som var "særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand". Ettersom rammeavtalen oversteg fire år, ble det understreket i kunngjøringen at "[r]ammeavtalen gjelder et underliggende IT-prosjekt av lang varighet. Det er behov for å ha tilgang på de samme konsulentene i hele programperioden for dette IT-prosjektet. Rammeavtalen vil ha en varighet på 3 år med mulighet (opsjon) for forlengelse i 1 + 1 år for å sikre slutføring av prosjektet ved betydelige forsinkelser og dersom det skulle være behov for bistand under implementeringsfasen." Årsaken til at det var behov for en rammeavtale utover fire år var dermed å sikre at Helse Midt-Norge hadde tilgang på de nødvendige konsulenttjenestene i en situasjon hvor Journalprosjektet ble forsinket eller andre uforutsette forhold oppstod. Etter vår vurdering legitimerer denne begrunnelsen en lengre varighet på EY-avtalen enn fire år, og dette vil ikke vurderes nærmere i denne rapporten.

Leverandørene ble også gjort oppmerksom på at anskaffelsesfasen av Journalprosjektet var i planleggingsfasen. I konkurransegrunnlaget punkt 5.2 fremgår det blant annet at det var planlagt at anskaffelsesprogrammet og implementeringen ville gjennomføres i tidsrommet Q1 2015 til Q4 2017. Samtidig ble leverandørene gjort oppmerksom på at det kunne bli "betydelige endringer i denne planen."

Det fremgikk dermed av konkurransegrunnlaget at Journalprosjektet på det tidspunktet var i planleggingsfasen, og at det kunne bli betydelige endringer i tidsplanen for gjennomføringen av prosjektet.

I konkurransegrunnlaget ble det i tillegg vist til at avrop kunne ha varighet utover rammeavtalens maksimale varighet på fem år for å sikre slutføring av leveranser. Det ble vist til at dette kunne være aktuelt ved forsinkelser eller uforutsette hendelser i programgjennomføringen.¹¹

6.2.5 Helse Midt-Norge tildeler kontrakt til EY

Helse Midt-Norge mottok to tilbud; ett fra Metier og ett fra EY.¹² Ved vurderingen av tilbudene ble pris vektet 30 %, oppdragsforståelse vektet 20 % og kvalitet på konsulenter vektet 50 %.

EY fikk best score etter evalueringen av tildelingskriteriene. Meddelelse om tildeling av rammeavtale ble sendt til EY i april 2015.

6.3 Nærmere om rammeavtalen mellom Helse Midt-Norge og EY

Rammeavtalen mellom Helse Midt-Norge og EY ble inngått 7. mai 2015 ("EY-avtalen"). Rammeavtalen var basert på Statens standardavtaler om konsulenttjenester – SSA-B. Kontrakten ble signert av Willy Eidissen, på vegne av EY, og Torbjørg Vanvik, på vegne av Helse Midt-Norge. Det er kun Helse Midt-Norge som er angitt som part i EY-avtalen. Det står ikke i EY-avtalen at den også kan benyttes av Helse Midt-Norges underliggende enheter. Dette kan være av betydning for om Helseplattformen lovlig kunne foreta avrop på EY-avtalen etter at selskapet ble opprettet.

Det følger av EY-avtalen punkt 1.1 at "[f]ormålet med avtalen er å skaffe nødvendig program- og prosjektkonsulentkompetanse og kapasitet til å bistå HMN med å gjennomføre anskaffelsesprogrammet for nytt PAS/EPJ, samt eventuelt å bistå i implementeringsfasen av prosjektet." Videre fremgår det at "i den utstrekning [Helse Midt-Norge] ønsker det skal [EY] også delta i andre aktiviteter som inngår i prosjektet som avtalt i avropsperioden." Avtalens omfang er dermed formulert vidt.

¹¹ Konkurransegrunnlagets punkt 5.3

¹² Tildelingsbrev fra Simonsen Vogt Wiig til Ernst & Young AS, 23. april 2015

I avtalens bilag 1 Beskrivelse av Bistanden fremgikk det av leverandøren var forpliktet til å levere et team som kunne dekke rollene og kompetanseelementene som ble listet opp i matrisen i bilag 1, samt vedlegg 1, som var kompetansekatalogen som inneholdt detaljerte krav til konsulentenes kompetanse. Det fremgikk også at listene over rollene og kompetanseelementene ikke var uttømmende, og at andre roller også kunne bli aktuelle.

EY-avtalen gjaldt fra 7. mai 2015 til 7. mai 2018.¹³ Helse Midt-Norge hadde videre rett til å forlenge avtalen med ytterligere ett år av gangen inntil to ganger, slik at rammeavtalen maksimalt hadde varighet til 7. mai 2020.

6.4 Helse Midt-Norges kjøp av konsulenttenester under EY-avtalen

Ved anskaffelsen av EY-avtalen i 2015 var det som nevnt ovenfor uklart hvilket omfang Journalprosjektet ville ha og hvilke oppgaver i Journalprosjektet som måtte ivaretas.

Helse Midt-Norge foretok avrop på EY-avtalen i perioden 2015 til 2019. Avropene knyttet seg til bistand til forberedelser og gjennomføring av anskaffelsen av nytt journalsystem. Dette arbeidet startet i 2015. Anskaffelsen var ikke ferdigstilt før utløpet av EY-avtalens opprinnelige lengde. EY-avtalen ble derfor i første omgang forlenget i ett år, fra 7. mai 2018 til 7. mai 2019.

Fra EY-avtalen ble inngått 7. mai 2015 til Journalprosjektet ble videreført til Helseplattformen i mars 2019 foretok Helse Midt-Norge avrop med en samlet verdi på ca. 127 200 000 kroner ekskl. mva.¹⁴ Verdiestimatet i kunngjøringen på 6 000 000 til 70 000 000 kroner ekskl. mva. var dermed overskredet før Helseplattformen ble stiftet 1. mars 2019. Det andre estimatet som fremgikk av konkurransegrunnlaget på om lag 150 000 000 kroner i løpet av perioden på fem år var ikke overskredet på dette tidspunktet.

6.5 1. mars 2019: Helseplattformen AS stiftes og overtar prosjektet

I styremøte 8. februar 2019 besluttet Helse Midt-Norge at Helseplattformen skulle gå fra å være et prosjekt i Helse Midt-Norge til å bli et eget aksjeselskap. Helseplattformen AS ble stiftet 1. mars 2019. Da Helseplattformen ble stiftet som eget selskap våren 2019 var det heleid av Helse Midt-Norge. Trondheim kommune og andre kommuner hadde opsjon på å gå inn som eier i selskapet. Trondheim kommune har utløst sin opsjon. I dag er Helseplattformen eid 60 % av Helse Midt-Norge og 40 % av Trondheim kommune.

Det følger av Helseplattformens vedtekter at selskapet skal være et redskap for offentlig-offentlig samarbeid, og levere løsning for elektronisk pasientjournal med pasientadministrativt system til helseforetak, kommuner og øvrige aktører som tilbyr helsetjenester til befolkningen i Trøndelag og Møre og Romsdal fylker, og som etter lov eller forskrift er pålagt å føre elektronisk pasientjournal.¹⁵ Ved etableringen av selskapet fikk Helseplattformen overført ansvaret for hele Journalprosjektet som tidligere hadde vært Helse Midt-Norges.

Opprettelsen av Helseplattformen som et eget selskap medførte et behov for stabs- og støttefunksjoner, slik som en egen administrerende direktør, en egen økonomiansvarlig mv. Det ble forsøkt å foreta noen rekrutteringer. De fleste stillinger var midlertidige, og det var vanskelig å få kvalifiserte søkere til disse stillingene. Sentrale stabs- og støttefunksjoner ble av den grunn også dekt gjennom innleie av konsulenter under eksisterende avtaler, slik som EY-avtalen. Bakgrunnen for behovet for midlertidige stillinger skyldtes blant annet at det ikke var avklart hvilke ansvarsområder Helseplattformen ville ha fremover da selskapet

¹³ EY-avtalen punkt 1.4

¹⁴ Ettersom Wiersholms oppdrag er å undersøke Helseplattformens bruk av konsulenttenester i henhold til reglene om offentlige anskaffelser, har Wiersholm ikke mottatt eller gjennomgått Helse Midt-Norges avrop som er foretatt under rammeavtalen. Det er Helseplattformen som har opplyst om tallene.

¹⁵ Se for eksempel journalforskriften § 4, som pålegger alle virksomheter som yter helsehjelp å opprette pasientjournaler

ble opprettet. Blant annet ble det først vedtatt 28. juni 2021 at Helseplattformen også skulle forvalte og drifte det nye journalsystemet, og det var først på dette tidspunktet rammene for bemanning ble fastlagt.

6.6 Sykehusinnkjøp vurderer om Helseplattformen lovlig kan benytte Helse Midt-Norges avtaler

I forbindelse med at Helseplattformen ble skilt ut som et eget selskap ble det våren 2019 vurdert om Helseplattformen lovlig kunne benytte Helse Midt-Norges avtaler. Vurderingen ble foretatt av Sykehusinnkjøp HF ("Sykehusinnkjøp"). Sykehusinnkjøp utøver en spesialisert og profesjonell innkjøpstjeneste for spesialisthelsetjenesten, og har spisskompetanse på offentlige anskaffelser.

Ved vurderingen av om Helseplattformen lovlig kunne benytte Helse Midt-Norges eksisterende avtaler la Sykehusinnkjøp følgende forutsetninger til grunn:

- At Helse Midt-Norge har største eierandel i Helseplattformen, dvs. minimum 51%.
- Trondheim kommune vil etter hvert komme inn på eiersiden av Helseplattformen
- Det vil sannsynligvis bli flere kommuner på eiersiden, men Helse Midt-Norges eierandel vil aldri komme under 51%.

Sykehusinnkjøps konklusjon var at Helseplattformen lovlig kunne benytte Helse Midt-Norges eksisterende avtaler. Styret i Helseplattformen ble orientert om konklusjonen. I administrerende direktørs orientering til styret ble det også understreket at Helseplattformen ville bli identifisert som kunde i Helse Midt-Norges fremtidige avtaler, slik at man ville unngå en eventuell usikkerhet rundt om Helseplattformen lovlig kunne benytte Helse Midt-Norges avtaler.¹⁶

Helseplattformen orienterte EY i brev 28. august 2019 om at de lovlig kunne foreta avrop på EY-avtalen.

Det ble på dette tidspunktet ikke vurdert om det forelå øvrige anskaffelsesrettslige hindringer for Helseplattformens bruk av EY-avtalen, herunder om omfanget av avropene som Helse Midt-Norge allerede hadde foretatt kunne ha betydning for Helseplattformens fremtidige bruk av EY-avtalen.

6.7 Nærmere om styrets informasjon om EY-avtalen

Ressursbehov og bemanningen i Journalprosjektet har vært et tema i Helseplattformens styre helt siden Helseplattformen ble opprettet i 2019. Styret har vært kjent med EY-avtalen, og at det har blitt foretatt avrop på konsulentbistand gjennom denne rammeavtalen. EY-avtalen ble også vedlagt en av Helseplattformens første styresaker våren 2019.¹⁷

I styremøte 6. mai 2019, stilte Helseplattformens styre spørsmål om Helseplattformens mulighet til å sikre tilgang til de samme konsulentene gjennom innføringsperioden i Journalprosjektet og helt frem til prosjektets avslutning. Å sikre kontinuitet ble sett på som avgjørende for å unngå ytterligere og unødvendige forsinkelser.

Administrerende direktør redegjorde for hvilke leveranser EY-avtalen omfattet og dens varighet i styremøtet 28. mai 2019. I tillegg til at Helseplattformen mente EY-avtalen kunne benyttes, ble det også nevnt at Helseplattformen kunne benytte en annen nasjonal rammeavtale om konsulenttjenester.¹⁸ På dette tidspunktet var det altså to rammeavtaler Helseplattformen kunne avrope på. Helseplattformen vurderte det derfor slik at det ikke var nødvendig for selskapet å foreta en egen anskaffelse av konsulenttjenester.

¹⁶ Sak 46/19 Juridisk vurdering av nåværende konsulentavtaler

¹⁷ Se vedlegg i sak 26/19.

¹⁸ Se nærmere om denne avtalen nedenfor i punkt 6.10

6.8 Ekstern rettslig vurdering av om Helseplattformen lovlig kan benytte Helse Midt-Norges kontrakter

6.8.1 Sykehusinnkjøp bestiller en rettslig vurdering av om Helseplattformen kan foreta avrop på Helse Midt-Norges rammeavtaler etter at Trondheim kommune går inn som eier

Et enstemmig bystyre i Trondheim kommune besluttet i august 2019 å utløse sin opsjon og gå inn som eier i Helseplattformen.¹⁹ Helseplattformen ba i den forbindelse Sykehusinnkjøp om en fornyet vurdering av om Helseplattformen fortsatt kunne benytte kontraktene hvor Helse Midt-Norge var angitt som kontraktspart.

Sykehusinnkjøp kontaktet Wikborg Rein Advokatfirma AS ("Wikborg Rein"), og ba de vurdere om Helseplattformen kunne foreta avrop på nasjonale og regionale rammeavtaler som Sykehusinnkjøp inngår på vegne av de regionale helseforetakene (slik som Helse Midt-Norge).²⁰

Wikborg Rein ble for det første bedt om å vurdere om Helseplattformen kunne foreta avrop på eksisterende nasjonale og regionale rammeavtaler. For det andre ble de bedt om å vurdere om Helseplattformen kunne inngå som kunde i fremtidige nasjonale og regionale rammeavtaler. Wikborg Rein ble også bedt om å vurdere om anskaffelsesregelverket er til hinder for at Helse Midt-Norge IT fremleier eventuelle konsulenter til Helseplattformen.

Bestillingen fra Sykehusinnkjøp til Wikborg Rein gjaldt en vurdering av de nasjonale og regionale rammeavtalene. EY-avtalen er ikke en slik nasjonal eller regional avtale, men en avtale inngått mellom EY og Helse Midt-Norge. EY-avtalen ble ikke direkte nevnt i bestillingen fra Sykehusinnkjøp, og Wikborg Reins vurdering omfattet heller ikke EY-avtalen direkte. Konklusjonene i notatet er likevel overførbare for Helseplattformens bruk av EY-avtalen.

6.8.2 Wikborg Reins vurdering

I notat datert 16. september 2019 konkluderte Wikborg Rein med at Helseplattformen på nærmere angitte vilkår kunne benytte Helse Midt-Norges eksisterende og fremtidige regionale og nasjonale rammeavtaler. Internt i Helseplattformen ble innholdet i notatet forstått som nok en bekreftelse på at Helseplattformen fortsatt kunne benytte seg av EY-avtalen og andre avtaler hvor Helse Midt-Norge var angitt som kontraktspart.

I vurderingen av om Helseplattformen kunne inngå som kunde i fremtidige rammeavtaler, kommenterte Wikborg Rein et anskaffelsesrettslig krav om at estimert volum på en rammeavtale må angis i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Wikborg Rein nevnte i den forbindelse at ny praksis fra EU-domstolen medførte at:

"Tradisjonelt har angivelsen av volumet/verdien i kunngjøringen blitt oppfattet som et anslag for informasjonsformål og ikke en bindende maksimal begrensning for oppdragsgiveren. Den tradisjonelle oppfatningen må anses for å være endret gjennom EU-domstolens avgjørelse i sak C-216/17 (...). Det andre spørsmålet som ble stilt til EU-domstolen i denne saken relaterte seg til mengdeangivelse, og om det var tilstrekkelig for oppdragsgiver å vise til et «sedvanlig behov», eller om det må oppgis konkrete volum i konkurransegrunnlaget. EU-domstolen tok utgangspunkt i de grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, og fant at oppdragsgiver hadde plikt til å angi volum av ytelsen som skulle anskaffes. Videre slo domstolen fast at det ikke kan gjøres flere avrop på rammeavtalen når man har nådd det maksimale volumet som er angitt i anskaffelsesdokumentene (...)"²¹

¹⁹ Arkivsak.: 19/20255

²⁰ E-post fra sykehusinnkjøp til Wikborg Rein, 2. september 2019

²¹ Notat fra Wikborg Rein Advokatfirma AS til Sykehusinnkjøp HF, datert 16. september 2019

Om den nærmere betydningen av den nyeste EU-praksisen bemerket Wikborg Rein følgende:

"EU-domstolens avgjørelse medfører at oppdragsgiver må ha et bevisst forhold til at man må beskrive forventet omfang på rammeavtalen ut fra at det ikke bare vil være informasjon til markedet under anskaffelsen, men at mengden også vil utgjøre en grense for hvor mange avrop oppdragsgiver kan foreta under rammeavtalen. Videre medfører dommen at avrop utover rammeavtalens maksimale omfang må vurderes opp mot læren om vesentlige endringer, og at avrop som utgjør en vesentlig endring vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse."

Helseplattformen fikk oversendt notatet fra Wikborg Rein. Som nevnt ovenfor ble notatet forstått slik at Helseplattformen fortsatt kunne foreta avrop på avtalene Helse Midt-Norge var en del av.

6.9 Om avropene Helseplattformen har foretatt på EY-avtalen

Styret i Helseplattformen besluttet i styremøte 20. juni 2019 at selskapet skulle ha en stram fullmaktstruktur.²² Det var derfor ingen andre enn administrerende direktør i Helseplattformen som kunne fatte beslutninger med konsekvenser for løpende kontrakter eller andre økonomiske forhold. Alle avrop på EY-avtalen har derfor blitt foretatt av Helseplattformens administrerende direktør. Avropene på EY-avtalen synes å ligge innenfor avtalens saklige virkeområde. Det vil derfor ikke redegjøres nærmere for dette i utredningen.

Helseplattformen besluttet å forlenge EY-avtalen med et siste år som følge av at implementeringen av nytt system ikke var ferdigstilt. EY-avtalen utløp dermed 7. mai 2020 etter fem års varighet.

Samme dag som EY-avtalen utløp ble det foretatt et større avrop på en rekke ressurser for å sikre kontinuitet og kompetanse i en krevende fase av Journalprosjektet. På grunn av covid 19-pandemien var det også usikkert om Helseplattformen ville ha samme tilgang på innleide fagekspertter fra kommune- og spesialisthelsetjenesten som tidligere. Det siste avropet omfattet derfor en rekke uavklarte og ikke-navngitte ressurser. Det ble ikke behov for å benytte disse ressursene.

I det siste avropet hadde de fleste ressursene varighet til 7. mai 2021 – ett år etter rammeavtalens utløpsdato. De mest sentrale ressursene, slik som prosjektlederne og andre innleide konsulenter som hadde en nøkkelrolle i Journalprosjektet, hadde varighet til 1. juli 2022. Varigheten på avropene ble valgt for å sikre en størst mulig grad av kontinuitet og forutsigbarhet.

Siden Helseplattformen ble opprettet som eget selskap i 2019 og frem til 30. juni 2022 er det opplyst at Helseplattformen har foretatt avrop på EY-avtalen på til sammen ca. 311 200 000 kroner ekskl. mva. Dette tallet er lavere enn det Helseplattformen totalt har kjøpt av konsulent tjenester for av EY. Bakgrunnen for det er at Helseplattformen også har kjøpt konsulent tjenester fra EY under en annen, nasjonal rammeavtale. Denne avtalen er nærmere beskrevet nedenfor i punkt 6.10.

Helse Midt-Norge og Helseplattformen har foretatt avrop på til sammen rundt 420 000 000 kroner ekskl. mva. under EY-avtalen.

6.10 Helseplattformen benytter den nasjonale rammeavtalen for IKT-konsulent tjenester etter utløpet av EY-avtalen

6.10.1 Helseplattformen har fortsatt behov for konsulentkompetanse

EY-avtalen utløp som nevnt 7. mai 2020. Dette var midt i utviklingsfasen av Journalprosjektet, hvor det ble gjennomført et omfattende arbeid med standardisering i helsetjenesten i regionen. I Journalprosjektet ble

²² Sak 44/19

det i denne perioden arbeidet med standardisering av det helsefaglige innholdet i systemet. Sentrale arbeidsstrømmer som test- og godkjenningsfasen, samt opplæringsfasen gjensto.²³

Helseplattformen var på dette tidspunkt fortsatt avhengig av konsulentbistand for å sikre tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å gjennomføre de ulike arbeidsstrømmene i Journalprosjektet. Det eksisterte på dette tidspunktet en nasjonal rammeavtale for konsulent tjenester for IKT ("den nasjonale rammeavtalen"). Helseplattformen valgte å anskaffe de nødvendige konsulent tjenestene gjennom denne avtalen.

6.10.2 Nærmere om den nasjonale rammeavtalen for IKT-konsulent tjenester

Anskaffelsen av den nasjonale rammeavtalen ble gjennomført av Sykehusinnkjøp på vegne av Norges fire regionale helseforetak i november/desember 2019.²⁴ Forbruket av konsulent tjenester under den nasjonale rammeavtalen er estimert til ca. 400 til 700 millioner kroner per år.²⁵

Den nasjonale rammeavtalen omfatter ulike delområder, og det er inngått parallelle rammeavtaler med flere leverandører. Dette i motsetning til EY-avtalen som kun ble inngått med en leverandør. Avrop av konsulent tjenester i medhold av den nasjonale rammeavtalen gjennomføres via minikonkurranser.²⁶ Slike minikonkurranser gjennomføres ved at oppdragsgiver utarbeider et minikonkurranses grunnlag som sendes til alle leverandørene det er inngått avtale med innen det aktuelle delområdet. Disse leverandørene konkurrerer deretter om å få gjennomføre avropet.

Helseplattformen er angitt som en av kundene som kan foreta avrop under den nasjonale rammeavtalen.²⁷ Helseplattformen har fra og med høsten 2020 gjennomført flere minikonkurranser for å dekke behovet for konsulenter i Journalprosjektet. 11 av minikonkurransene gjaldt oppdrag som tidligere ble levert under EY-avtalen. Minikonkurranses grunnlagene ble sendt til samtlige leverandører innenfor det aktuelle delområdet. I samtlige minikonkurranser med unntak av én, har EY vært eneste leverandør. EY har blitt tildelt oppdragene i alle minikonkurransene. Helseplattformen har dermed fortsatt å kjøpe konsulent tjenester fra EY, også etter EY-avtalen utløp.

De opplysninger Wiersholm har mottatt om volumene på Helseplattformens avrop tilsier at den nasjonale rammeavtalens estimerte verdi ikke er overskredet. Foretatte avrop ser også ut til å ligge innenfor rammeavtalens saklige virkeområde.

Ovennevnte forhold tilsier at Helseplattformens avrop på den nasjonale rammeavtalen har vært lovlig. Det vil derfor ikke foretas en nærmere vurdering av lovligheten av avropene i medhold av denne avtalen i denne rapporten.

6.11 Omfanget av Helseplattformens kostnader har vært innenfor budsjett

Som nevnt tidligere krever Journalprosjektet store bidrag fra Helseplattformen. På grunn av ressurs- og kompetansesituasjonen internt i Helseplattformen, har Helseplattformen i stor grad vært avhengig av eksterne konsulenter og andre spesialister for å ivareta sine forpliktelser i Journalprosjektet. Blant annet har det vært behov for bistand fra konsulenter til prosjektledelse mv., fagekspert, ressurser til migrering mv.

²³ Se nærmere om innføringsfasen her: <https://helseplattformen.no/tidslinje-innforing>

²⁴ <https://doffin.no/Notice/Details/2019-302996>

²⁵ Se blant annet konkurransegrunnlagets punkt 1.2

²⁶ Prosedyrene for dett e er nærmere beskrevet i Prosedyren for minikonkurranse.

²⁷ Se vedlegg 8.2 til den nasjonale rammeavtalen

Helseplattformen har løpende holdt oversikt over kostnadene som har påløpt for å ivareta Helseplattformens forpliktelser i Journalprosjektet. Oversikten nedenfor viser summen som har blitt brukt på konsulenttjenester, samt en oversikt over hvor mye som har blitt utbetalt til de ti største leverandørene av det Helseplattformen omtaler som konsulenttjenester. Alle tall nedenfor er oppgitt i MNOK.

	2019	2020	2021	01.01.2022 30.06.2022	Totalt	Arbeidsoppgaver
Sum konsulenttjenester	278,5	449,5	526,3	396,1	1 650,4	
Ernst & Young AS	75,1	173,4	156,0	101,8	506,3	Prosjektledelse/administrasjon, spesialister, datamigrering
Epic Trondheim AS	83,8	70,0	33,5	75,0	268,3	Tjenester fra leverandør av pasientjournalssystem
Helse Midt-Norge AS	32,6	81,8	53,6	44,7	212,7	Ressurser fra Hemit, etablering av teknisk plattform, integrasjoner, migrering mv.
St. Olavs Hospital HF	18,2	42,7	42,8	36,9	140,6	Fagekspert til utvikling av løsning, opplæringsressurser og lokal prosjektledelse
Trondheim kommune	21,4	41,1	36,7	40,4	139,6	Fagekspert til utvikling av løsning, opplæringsressurser og lokal prosjektledelse
Helse Møre og Romsdal HF	6,6	15,0	13,5	8,0	43,1	Fagekspert til utvikling av løsning og lokal prosjektledelse
International Business Machines AS (IBM)	4,7	5,0	24,1	5,4	39,2	Tjenester fra leverandør av system for tilgangsstyring
Helse Nord-Trøndelag HF	6,0	13,5	10,6	6,2	36,3	Fagekspert til utvikling av løsning og lokal prosjektledelse
Cerner Norge AS			27,7		27,7	Migrering og midlertidig integrasjon av eksisterende journalssystem Helse Midt-Norge
CSAM HEALT AS		10,1	2,8		12,8	Datamigrering

Når det gjelder tjenestene Helseplattformen har kjøpt av EY (totalt MNOK 506,3 i perioden 1. mars 2019 til 30. juni 2022), knytter det seg til konsulenttjenester som *både* er avropt på EY-avtalen og konsulenttjenester som er avropt på den nasjonale rammeavtalen. Som nevnt ovenfor i punkt 6.9 har Helseplattformen avropt tjenester for til sammen ca. 311 200 000 kroner ekskl. mva. på EY-avtalen.

Basert på tallene som fremkommer av tabellen ovenfor utgjør konsulentkjøpene fra EY 30,68 % av Helseplattformens totale kostnader til ekstern konsulentbistand/innleie i perioden fra Helseplattformen ble opprettet til 30. juni 2022.

Helseplattformens kjøp av konsulenttjenester har vært innenfor budsjett hvert år.

6.12 Status i Journalprosjektet

Trondheim kommune tok som første kommune i bruk det nye journalsystemet 7. mai 2022. Opprinnelig skulle også St. Olavs hospital ta i bruk Helseplattformen 7. mai 2022. St. Olavs hospital valgte imidlertid å utsette sin innføring av ny felles pasientjournal. Styret i Helse Midt-Norge har vedtatt at Helseplattformen skal innføres 12. november 2022 for St. Olavs hospital, 11. februar 2023 for Helse Nord Trøndelag og 29. april 2023 for Helse Møre og Romsdal.

Når brukerne nå skal ta journalløsningen i bruk kreves det særlig bistand til opplæring og oppfølging. I tillegg vil den faktiske bruken av journalløsningen vise hvilke endringer som må gjøres og hvilke funksjonaliteter systemet trenger. Det er altså fortsatt et omfattende arbeid som gjenstår i Journalprosjektet.

DEL IV: RETTSLIG VURDERING

7. Sakens spørsmål

Helseplattformen er et offentligrettslig organ i anskaffelsesrettslig forstand, og derfor underlagt lov om offentlige anskaffelser ("LOA") og forskrift om offentlige anskaffelser ("FOA").²⁸ Helse Midt-Norge er også underlagt anskaffelsesregelverket.

Det var Helse Midt-Norge som gjennomførte anskaffelsen av EY-avtalen. Konkurransen ble gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse, og ble kunngjort i Doffin- og TED-databasen i tråd med anskaffelsesregelverket. EY-avtalen ble opprinnelig inngått mellom Helse Midt-Norge og EY. Helseplattformen foretok deretter avrop på EY-avtalen, hvilket medførte at Helseplattformen foretok avrop på en avtale opprinnelig inngått av en annen oppdragsgiver. Sakens ene hovedspørsmål er derfor om Helseplattformen lovlig kunne benytte EY-avtalen til å dekke sitt behov for konsulenttjenester, fremfor å kunngjøre det samme anskaffelsesbehovet som en separat kontrakt. Det redegjøres nærmere for dette i punkt 10.

Helseplattformen har videre foretatt avrop på EY-avtalen som verdimessig overstiger de opplysninger som ble gitt om den estimerte totalverdien av avtalen. Det å benytte en rammeavtale utover dens estimerte totalverdi, kan etter omstendighetene utgjøre en vesentlig endring av avtalen. Vesentlige endringer av avtaler inngått etter anskaffelsesregelverket er ikke tiltatt. Sakens andre hovedspørsmål er derfor om Helseplattformen har brutt anskaffelsesregelverket ved å bruke rammeavtalen utover dens estimerte verdi. Dette vurderes i punkt 11 nedenfor.

Dersom vurderingen av ett av de to hovedspørsmålene besvares med at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket, vil det potensielt foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. Et tredje spørsmål i saken er dermed hvilke anskaffelsesrettslige sanksjoner dette i så fall kan medføre for Helseplattformen. Dette kommenteres i punkt 12.

²⁸ LOA § 2 og FOA § 1-2.

Før det går nærmere inn på de overnevnte vurderingene vil det gis en kort fremstilling av anskaffelsesregelverkets rettskildebilde. Dette er nødvendig for å forstå den nærmere bakgrunnen for sakens to hovedspørsmål (punkt 8). Det vil også redegjøres for hvilket regelverk som er relevant for de juridiske problemstillingene Wiersholm skal vurdere. Årsaken til at det er nødvendig å ta stilling til det er at anskaffelsen av EY-avtalen som ble gjennomført i 2014/2015 er regulert av den tidligere forskrift om offentlige anskaffelser av 2006 ("FOA 2006").²⁹ Den nåværende anskaffelsesforskrift trådte i kraft etter at selve anskaffelsen av konsulenttjenester ble gjennomført, men før Helseplattformen ble opprettet. Dette reiser enkelte problemstillinger som det vil redegjøres for i punkt 9.

8. Anskaffelsesregelverkets opphav, rettskildebilde og systematikk

Anskaffelsesregelverket inneholder formelle saksbehandlingsregler for hvordan offentlige oppdragsgivere skal inngå kontrakter som overstiger visse terskelverdier. Formålet med regelverket er å gjøre offentlige kontrakter tilgjengelige for alle interesserte leverandører innenfor EØS-området, og sikre at disse får mulighet til å konkurrere om offentlige kontrakter på like vilkår.³⁰ I tillegg skal regelverket fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, bidra til at det offentlige opptrer med integritet, samt sikre allmenhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.³¹

For å ivareta disse formålene, bygger anskaffelsesregelverket på en grunnleggende forutsetning om at offentlige oppdragsgivere skal kunngjøre kontrakter over terskelverdiene i nasjonale og internasjonale databaser, slik at de blir utsatt for konkurranse.³² En offentlig oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt over terskelverdi til en leverandør uten forutgående kunngjøring må påvise et rettslig grunnlag som gir hjemmel til dette. Hvis det ikke foreligger et slikt rettslig grunnlag, vil det foreligge en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse regnes som en av de mest alvorlige overtredelsene av anskaffelsesregelverket, og kan gi opphav til særskilte anskaffelsesrettslige sanksjoner.³³

Anskaffelsesregelverket implementerer bestemmelser i underliggende EU-direktiver om offentlige anskaffelser.³⁴ Norsk anskaffelsesrettslig lovgivning må derfor tolkes og anvendes i lys av direktivtekstene, samt praksis fra EFTA-domstolen, EU-domstolen og andre EØS-rettslige kilder. Det norske anskaffelsesregelverket inneholder også særnorske bestemmelser. Ved tolkningen og anvendelsen av disse reglene vil EU-/EØS-rettslige kilder være mindre relevante.

I Norge er anskaffelsesregelverket delt opp i ulike regelsett. Man har for det første LOA, som inneholder grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper og generelle regler. De grunnleggende prinsippene fremgår av LOA § 4, og går ut på at alle anskaffelser må foretas i tråd med krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

Detaljerte saksbehandlingsregler som regulerer anskaffelsesprosessen er inntatt i FOA, samt tre spesialforskrifter.³⁵ For eksempel finnes reglene om kunngjøring av konkurranser, utforming av konkurransegrunnlag og vesentlige endringer i inngåtte kontrakter i forskriftene.

²⁹ FOA 32-1

³⁰ Jf. blant annet EU-domstolens sak C-454/06, *Presstext*, avsnitt 31, C-599/10, *ELV Slovensko*, avsnitt 25, og C-131/16, *Archus og Gama*, avsnitt 25.

³¹ LOA § 1

³² FOA §§ 8-17 og 21-2

³³ Fortalen til direktiv 2007/66 avsnitt 13, EU-domstolens sak C-26/03, *Stadt Halle*, avsnitt 37 og NOU 2010:2 kapittel 10.1.

³⁴ Direktiv 2014/24/EU ("anskaffelsesdirektivet") og direktiv 2007/66/EF ("håndhevelsesdirektivet").

³⁵ Forsyningsforskriften, konsesjonskontraktforskriften og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Med mindre én av de tre spesialforskriftene kommer til anvendelse, vil FOA være riktig hjemmelsgrunnlag, jf. FOA § 1-1, lest i sammenheng med § 2-1.

For å få en fullstendig oversikt over anskaffelsesregelverkets rammer, må regelsettene ses i sammenheng. Når de detaljerte saksbehandlingsreglene skal anvendes, vil for eksempel de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 være vektige tolkningsmomenter. For å overholde regelverket må oppdragsgiver ikke bare opptre i samsvar med de detaljerte saksbehandlingsreglene, men også ulovfestede regler som er utledet av de grunnleggende prinsippene.³⁶

Rettskildebildet som norske oppdragsgivere må forholde seg til på anskaffelsesrettens område er dermed forholdsvis fragmentert og komplekst.

9. Hvilket regelverk er relevant for vurderingen av sakens spørsmål?

Det må som nevnt tas stilling til om sakens rettslige spørsmål skal vurderes etter gjeldende anskaffelsesforskrift eller FOA 2006.

FOA trådte i kraft 1. januar 2017, og FOA 2006 ble opphevet fra samme tidspunkt. Anskaffelser som ble kunngjort etter 1. januar 2017 reiser ingen særlige spørsmål rundt hvilket regelverk som kommer til anvendelse.

For anskaffelsesprosesser som ble påstartet før, men avsluttet etter 1. januar 2017, er derimot dette en aktuell problemstilling. FOA § 32-2 første ledd fastslår følgende overgangsregel:

"Forskriften gjelder anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse."

Anskaffelser som ble kunngjort før 1. januar 2017 er dermed regulert av FOA 2006, selv om den aktuelle anskaffelsen først ble avsluttet etter 1. januar 2017.

Anskaffelsen av EY-avtalen ble kunngjort i 2014. Som utgangspunkt er den derfor regulert av FOA 2006. Det ble imidlertid foretatt avrop på EY-avtalen frem til 2020. Spørsmålet blir da om FOA 2006 også regulerer lovligheten av Helseplattformens avrop på EY-avtalen fra selskapet ble stiftet i 2019 til avtalen utløp i 2020.

Overgangsregelen i FOA § 32-2 regulerer ikke direkte hvilken forskrift som kommer til anvendelse i et tilfelle hvor anskaffelsen er kunngjort før 1. januar 2017, mens det foretas avrop etter 1. januar 2017. Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA") har lagt til grunn at det for rammeavtaler er de løpende avropene som utgjør iverksettelse i overgangsregelens forstand.³⁷ Helseplattformens avrop på EY-avtalen må dermed vurderes opp mot FOA, selv om anskaffelsen av selve rammeavtalen er regulert av FOA 2006.

Tilsvarende har KOFA lagt til grunn at endringer i eksisterende kontrakter anses iverksatt når oppdragsgiver har sendt forespørsel til leverandøren om endringen.³⁸ Endringer i EY-avtalen foretatt etter 1. januar 2017 må derfor også vurderes opp mot bestemmelsene i FOA, selv om den opprinnelige anskaffelsen er regulert av FOA. Enkelte bestemmelser i FOA 2006 kan imidlertid kaste lys over de vurderingene som er gjort i saken, og vil nevnes der de anses relevante.

³⁶ NOU 2014:4 kapittel 10.1 (side 73) og Prop.51 L (2015-2016) kapittel 10, Til § 4 Grunnleggende prinsipper (side 81). Se også LH-2018-99424.

³⁷ KOFA-2018-7 avsnitt 42 og KOFA-2021-338 avsnitt 35.

³⁸ Se KOFA-2017-56 avsnitt 13-17 og KOFA-2018-479 avsnitt 24.

10. Sakens første hovedspørsmål: Kunne Helseplattformen lovlig benytte seg av Helse Midt-Norges rammeavtale med EY?

10.1 Rettslig utgangspunkt

Anskaffelsesforskriften inneholder regler som gjelder for inngåelse av ulike typer kontrakter. Rammeavtaler skiller seg til dels fra tradisjonelle avtaler som inngås mellom en oppdragsgiver og en leverandør. Anskaffelsesforskriften inneholder derfor særregler for rammeavtaler, og EY-avtalen reguleres av disse.

En rammeavtale er en avtale som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for kontrakter som oppdragsgiver skal inngå i løpet av en bestemt periode.³⁹ Inngåelsen av selve rammeavtalen innebærer ingen utveksling av ytelser. Ytelsene blir først utvekslet som et ledd i oppfyllelsen av de løpende kontraktene oppdragsgiver tildeler under rammeavtalen. Oppdragsgivers løpende kontraktstildelinger/bestillinger under en rammeavtale blir gjerne omtalt som "avrop."⁴⁰ Anskaffelsesregelverkets bestemmelser om rammeavtaler fremgår av FOA §§ 26-1 til 26-3. Bestemmelsene implementerer anskaffelsesdirektivet artikkel 33.

FOA § 26-1 inneholder regler om hvilke oppdragsgivere som kan tildele kontrakter under en rammeavtale. FOA § 26-1 tredje ledd fastslår følgende:

"(3) Bare de oppdragsgiverne som er klart identifisert i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, kan tildele kontrakter under rammeavtalen. Bare de leverandørene som er parter i rammeavtalen, kan tildeles kontrakter under rammeavtalen."

For at en oppdragsgiver lovlig skal kunne benytte seg av en rammeavtale, er det etter ordlyden nødvendig at oppdragsgiveren er klart identifisert i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Dette kravet er klart oppfylt dersom den aktuelle oppdragsgiveren ved navn er angitt som kontraktspart. Hva som skal til for at en oppdragsgiver er tilstrekkelig klart identifisert i kunngjøringen i andre tilfeller enn dette gir imidlertid ikke ordlyden videre veiledning om. Slik bestemmelsen er formulert, må det legges til grunn at klarhetskravet er strengt.

Fortalen til anskaffelsesdirektivet avsnitt 60 gir et eksempel på hvordan oppdragsgivere kan være tilstrekkelig klart identifisert uten at oppdragsgiverens spesifikke navn er angitt. Her fremgår det at oppdragsgivere som skal benytte en rammeavtale også kan være angitt ved en referanse til en gitt kategori av offentlige oppdragsgivere innenfor et klart avgrenset geografisk område. Fortalen presiserer samtidig at det i så fall kun er oppdragsgivere som tilhører den aktuelle kategorien *før* kontrakten blir signert som kan benytte seg av rammeavtalen. Oppdragsgivere som tilkommer den aktuelle kategorien etter kontraktsignering kan ikke benytte seg av rammeavtalen, selv om de i prinsippet er omfattet av identifikasjonsklausulens ordlyd. Dette fremgår for øvrig også av KOFA-2018-24.⁴¹

Formålet med identifikasjonskravet i FOA § 26-1 tredje ledd er ifølge fortalen til anskaffelsesdirektivet avsnitt 60 at de oppdragsgiverne som potensielt kan bli part i rammeavtalen lett og entydig kan identifiseres. Dette formålet må blant annet ses i sammenheng med leverandørenes behov for å kunne forutse hvilket omfang den aktuelle rammeavtalen potensielt kan få. Flere oppdragsgivere vil normalt medføre et større omfang kontraktsforpliktelser for leverandøren. Antallet oppdragsgivere vil dermed ha betydning for leverandørenes vurdering av om de ønsker å delta i konkurransen, samt hvordan de utformer sine tilbud.⁴² Dessuten sikrer kravet til at oppdragsgivere skal identifiseres etterprøvbarehet, og bidrar også til å hindre omgåelse av kunngjøringsplikten.

³⁹ FOA § 4-1 bokstav i.

⁴⁰ Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Juridisk (2017), side 99.

⁴¹ Avsnitt 34. Se også Thue og Buan, Norsk lovkommentar til anskaffelsesforskriften, Gyldendal Rettsdata (2021), note 480.

⁴² Analogisk EU-domstolens sak C-216/17, *Coopservice*, avsnitt 63.

Etter ordlyden i FOA § 26-1 tredje ledd, er det kun oppdragsgivere som er klart identifisert i selve *kunngjøringen* eller *invitasjonen til å bekrefte interesse* som lovlig kan benytte en rammeavtale. Oppdragsgivere som er klart identifisert i andre anskaffelsesdokumenter, som for eksempel i konkurransegrunnlaget og/eller i en utvidelsesklausul i selve rammeavtalen, er etter en naturlig språklig forståelse ikke tilstrekkelig.

Ordlyden i FOA § 26-1 tredje ledd skiller seg på dette punktet fra den tilsvarende bestemmelsen i FOA 2006. FOA 2006 § 15-1 tredje ledd fastslo følgende:

"Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene."

I en dom avsagt 19. desember 2018, sak C-216/17, *Coopservice*, tolket EU-domstolen bestemmelsens underliggende direktivbestemmelse, direktiv 2004/18/EF artikkel 32 stk. 2 annet avsnitt. EU-domstolen tolket bestemmelsen slik at den ikke forbød andre oppdragsgivere enn opprinnelige parter i en rammeavtale å benytte den. EU-domstolen uttalte at formålet med bestemmelsen var å gi oppdragsgiver mulighet til å la andre oppdragsgivere få tilgang til en rammeavtale vedkommende planlegger å inngå, så lenge kontraktene under rammeavtalen kun ble tildelt de leverandørene som opprinnelig var part i avtalen. For at andre oppdragsgivere skulle få benytte en inngått rammeavtale, presiserte EU-domstolen at disse måtte være klart identifisert som en potensiell part i selve rammeavtalen, en utvidelsesklausul i konkurransegrunnlaget eller på en annen måte i de øvrige anskaffelsesdokumentene. Forutsetningen var imidlertid at kravene til offentliggjøring og gjennomsiktighet var ivaretatt.⁴³

Da EY-avtalen ble kunngjort var det deremd ikke et forskriftskrav om at oppdragsgivere som ville benytte en rammeavtale var klart identifisert i selve kunngjøringen. En naturlig språklig fortolkning av ordlyden i FOA § 26-1 tredje ledd tilsier derfor i utgangspunktet at kravet til identifikasjon av oppdragsgivere som kan benytte en rammeavtale har blitt skjerpet sammenlignet med tidligere regelverk. Slik er også bestemmelsen forstått av KOFA i KOFA-2019-389 avsnitt 78.

Sak C-216/17, *Coopservice*, gjaldt som nevnt tolkningen av regelverket etter det tidligere anskaffelsesdirektivet. Når EU-domstolen begrunnet sitt standpunkt, la den imidlertid vekt på hvordan ordlyden i det nye anskaffelsesdirektivet, som var vedtatt på avsigelsestidspunktet, var utformet. EU-domstolen synes derfor å legge til grunn at kravet til identifikasjon av oppdragsgivere som vil benytte en rammeavtale er det samme etter begge direktivene. EU-domstolens konklusjon i sak C-216/17, *Coopservice*, kan derfor tilsi at det også etter det nye anskaffelsesdirektivet er tilstrekkelig at oppdragsgivere som skal benytte en inngått rammeavtale er klart identifisert som en potensiell part i selve rammeavtalen, en utvidelsesklausul i konkurransegrunnlaget eller de øvrige anskaffelsesdokumentene.

En slik tolkning har også en viss støtte i KOFA-2019-262. Stiftelsen Tradebroker hadde kunngjort anskaffelse av en rammeavtale om kontor- og datarekvista mv. på vegne av sine medlemsbedrifter. Det fremgikk ikke av selve kunngjøringen hvilke medlemsbedrifter som potensielt ville benytte rammeavtalen. Konkurransegrunnlaget, som ble gjort tilgjengelig samtidig som kunngjøringen og som kunne åpnes direkte via en lenke i denne, inneholdt imidlertid en liste med samtlige medlemsbedrifter som potensielt kunne benytte rammeavtalen.

KOFA la innledningsvis til grunn at det må fremgå av selve kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som er deltakere i anskaffelsen. KOFA konkluderte likevel med at de aktuelle oppdragsgiverne var tilstrekkelig klart identifisert til at de kunne benytte rammeavtalen. Slik KOFA så det, ga kunngjøringen et varsel om at det var flere oppdragsgivere som ville benytte seg av rammeavtalen. Hvilke oppdragsgivere det var tale om, var videre enkelt tilgjengelig direkte i kunngjøringen, samtidig som anskaffelsen ble kunngjort. Potensielle

⁴³ Avsnitt 56.

leverandører fikk dermed en oppfordring til å åpne konkurransegrunnlaget for å se hvilke oppdragsgivere det var tale om, og på denne bakgrunn vurdere om det ville være interessant å delta i konkurransen. Det kunne derfor ikke være avgjørende at oppdragsgiverne ikke var nevnt ved navn eller på en mer spesifikk måte i selve kunngjøringen. Som påpekt av KOFA, skilte saken seg i denne sammenheng på avgjørende vis fra KOFA-2019-389.

10.2 Den konkrete vurdering

Helseplattformen var ikke opprettet da anskaffelsen av EY-avtalen ble kunngjort i 2014. Helseplattformen er derfor naturligvis ikke identifisert ved navn i verken kunngjøringen, konkurransegrunnlaget eller selve rammeavtalen som en potensiell part. Anskaffelsesdokumentene angir heller ingen referanse til en kategori av andre oppdragsgivere som potensielt kunne benytte seg av rammeavtalen, og som Helseplattformen er en del av, eller en annen form for utvidelsesklausul mht. konkrete oppdragsgivere. Som nevnt over, inneholdt ikke FOA 2006 et uttrykkelig krav om klar identifikasjon av oppdragsgivere i kunngjøringen. FOA 2006 fastsatte imidlertid at rammeavtaler bare kunne inngås med avtalens opprinnelige parter.

EY-avtalen punkt 7.2 fastslår at Helse Midt-Norge kan *"overdra sine rettigheter og plikter etter denne avtalen til annen offentlig virksomhet."* Helse Midt-Norge har ikke formelt overdratt EY-avtalen til Helseplattformen. EY-avtalen inneholder ikke andre bestemmelser som regulerer om øvrige aktører enn Helse Midt-Norge kan foreta avrop på avtalen.

Helseplattformen kunne derfor i utgangspunktet ikke benytte seg av EY-avtalen, uten å komme i strid med anskaffelsesregelverket bestemmelser om rammeavtaler. Dette gjelder etter vårt syn uavhengig av om man tar utgangspunkt i FOA § 26-1 tredje ledd eller FOA 2006 § 15-1 tredje ledd. Spørsmålet er om det i dette tilfellet likevel kan tenkes unntak fra dette utgangspunktet, basert på en formålsoverordnet tolkning av bestemmelsen(e).

Formålet med bestemmelsene er å forhindre at oppdragsgiver *utvider* rammeavtaler til å dekke andre enn den opprinnelige oppdragsgiverens anskaffelsesbehov. Bestemmelsens formål er derimot ikke å forhindre en hensiktsmessig organisering av det underliggende anskaffelsesbehovet som rammeavtalen ble kunngjort for å ivareta, herunder omorganiseringer av hvilket pliktsubjekt som administrerer dette.

Helseplattformens bruk av EY-avtalen er utelukkende en konsekvens av at det ble besluttet at Journalprosjektet skulle skilles ut fra Helse Midt-Norge og organiseres gjennom et eget selskap. Da selskapet ble stiftet, overtok Helseplattformen ansvaret for Journalprosjektet, samt det tilhørende behovet for konsulenttjenester, fra Helse Midt-Norge. Uten denne ansvarsoverføringen ville ikke Helseplattformen hatt behov for de program- og prosjektkonsulenttjenestene som har blitt avropt på EY-avtalen. Helse Midt-Norge har på sin side ikke foretatt avrop på EY-avtalen etter at Helseplattformen overtok dette ansvaret.

Helseplattformens avrop på EY-avtalen representerer med andre ord ikke et selvstendig anskaffelsesbehov som kommer i tillegg til, eller istedenfor, Helse Midt-Norges opprinnelige behov for konsulenttjenester. Avropene dekker tvert imot det samme kvalitative og kvantitative anskaffelsesbehovet som Helse Midt-Norge kunngjorde, og som EY-avtalen skal dekke, selv om det formelt er et annet rettssubjekt som foretar avropene. At Helseplattformen har foretatt avrop på rammeavtalen skyldes dermed utelukkende organisatoriske forhold.

Formålet som begrunner identifikasjonskravet er av den grunn fullt ut ivaretatt, selv om Helseplattformen har foretatt avrop på EY-avtalen uten å være klart identifisert som mulig part i kunngjøringen eller de øvrige anskaffelsesdokumentene. Hensynene bak regelen tilsier derfor med styrke at avropene Helseplattformen har foretatt ikke er i strid med FOA § 26-1 tredje ledd eller FOA 2006 § 15-1 tredje ledd, til tross for den isolerte ordlyden. Det samme gjelder hensynene som begrunner kunngjøringsplikten mer generelt, samt forbudet mot å foreta vesentlige endringer i eksisterende kontrakter.

I en slik situasjon, hvor de konkrete bestemmelsenes bærende hensyn reelt sett er ivarettatt, er det flere eksempler fra EU-domstolens praksis på at en formålsorientert tolkning av anskaffelsesreglene er avgjørende, ikke hva som følger av den isolerte ordlyden. Sak 216/17, *Coopservice*, er ett eksempel. Til tross for at ordlyden fastslo at det kun var de "ordregivende myndigheter og de økonomiske aktører, der oprindelig var parter i rammeaftalen" som kunne inngå kontrakter under en rammeavtale, konkluderte EU-domstolen under henvisning til formålet med bestemmelsen at andre oppdragsgivere kunne benytte rammeavtalen på nærmere bestemte vilkår.

Sak C-410/14, *Falk Pharma*, gir et annet eksempel. Saken gjaldt en avtaleordning der oppdragsgiver inngikk kontrakt med enhver aktør på markedet, til ethvert tidspunkt, som påtok seg å levere de aktuelle varene på fastsatte standardvilkår. Kontraktene svarte isolert sett til den anskaffelsesrettslige kontraktsdefinisjonen, slik at den aktuelle avtaleordningen i utgangspunktet var underlagt kunngjøringsplikt. EU-domstolen konkluderte likevel med at anskaffelse av kontraktene ikke falt under regelverket. EU-domstolen begrunnet dette standpunktet med at det ikke ble foretatt noe valg av leverandør, og at kontraktene derfor falt utenfor det som var kjernen i og formålet med anskaffelsesregelverket.⁴⁴ Disse uttalelsene er senere fulgt opp i sak 9/17, *Tirkonnen*, avsnitt 31, som dermed gir et tredje eksempel på at en formålsorientert tolkning av anskaffelsesreglene er avgjørende.

Alternativet til å benytte EY-avtalen ville dessuten vært at Helseplattformen kunngjorde en ny anskaffelse av en lik rammeavtale om program- og prosjektkonsulenter til det pågående prosjektet. Det ville i så fall medført ekstra kostnader til å gjennomføre anskaffelsesprosessen, samt forsinkelser i prosjektet med tilhørende ekstrakostnader. EY ville dessuten med stor sannsynlighet vært eneste tilbyder, ettersom EY allerede var dypt involvert i det pågående prosjektet. EY ville imidlertid hatt mulighet til å øke sine priser i en ny anskaffelsesprosess. En ny anskaffelsesprosess kunne med andre ord også medført økte konsulentkostnader. LOA § 1 og hensynet til å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier dermed også at Helseplattformen lovlig kunne benytte EY-avtalen, selv om Helse Midt-Norge var formell part.

Det at EY-avtalen punkt 7.2 åpner for at Helse Midt-Norge kan overdra rettighetene sine til Helseplattformen, tilsier også at Helseplattformens avrop på EY-avtalen er lovlig, selv om den rent formelt ikke er overdratt.

Konkrete rimelighetshensyn og hensynet til en praktisk anvendelig regel tilsier dermed også at Helseplattformen lovlig kunne benytte EY-avtalen i en situasjon som den foreliggende. EY-avtalen virker for alle praktiske formål reelt sett å være overført til Helseplattformen, som rammeavtalen åpner for.

Vår vurdering er derfor at Helseplattformens avrop på EY-avtalen ikke utgjør en slik utvidelse som FOA § 26-1 tredje ledd og FOA 2006 § 15-1 tredje ledd skal forhindre. Anskaffelsesbehovet er etter vårt syn det samme, men overført fra Helse Midt-Norge til Helseplattformen som et ledd i en omorganisering av prosjektet. Helseplattformens bruk av EY-avtalen ivaretar både leverandørenes behov for å kunne forutse rammeavtalens omfang, hensynet bak kunngjøringsplikten og de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Når det er tilfellet, er det etter vårt syn vanskelig å se gode grunner til at de to bestemmelsenes ordlyd skal være til hinder for at Helseplattformen lovlig kunne benytte EY-avtalen.

10.3 Konklusjon

Helseplattformens avrop på EY-avtalen utgjør ikke en slik utvidelse som FOA § 26-1 tredje ledd og FOA 2006 § 15-1 tredje ledd skal forhindre. Vår konklusjon er derfor at Helseplattformen lovlig kunne foreta avrop i medhold av EY-avtalen.

⁴⁴ Se særlig avsnitt 37.

11. Sakens andre hovedspørsmål: Har Helseplattformen brutt anskaffelsesregelverket ved å bruke rammeavtalen utover de estimerte verdiene?

11.1 Rettslig utgangspunkt: Å overstige estimert verdi kan utgjøre en ulovlig endring av avtalen

I kunngjøringen til EY-avtalen var det som nevnt opplyst om at avtalens anslåtte totalverdi var 6 000 000 til 70 000 000 kroner ekskl. mva. I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 5.5 og konkurransegrunnlaget punkt 5.3 var det samtidig opplyst om at samlet årlig avrop på rammeavtalen var estimert til mellom 6 000 000 til 30 000 000 kroner ekskl. Dette utgjør en anslått totalverdi på 30 000 000– 150 000 000 kroner ekskl. mva. dersom rammeavtalen ble benyttet i 5 år.

Helseplattformen har siden opprettelsen i 2019 foretatt avrop på til sammen 311 200 000 kroner ekskl. mva. under EY-avtalen. Disse avropene kommer i tillegg til avropene på 127 000 000 kroner ekskl. mva. som Helse Midt-Norge allerede hadde foretatt i perioden 2015-2019. Ettersom EY-avtalen for alle praktiske formål reelt sett ble overført til Helseplattformen som en ren videreføring avtalen, så må også verdien av avropene som Helse Midt-Norge foretok også medberegnes i totalverdien på foretatt avrop i medhold av EY-avtalen. Totalverdien av avropene under EY-avtalen er dermed ca. 438 200 000 kroner. Totalverdien på avropene overstiger altså den opprinnelig anslåtte totalverdien med ca. 288 200 000 kroner.

Det er klart at et så stort avvik må anses som en endring av kontrakten mellom EY og Helse Midt-Norge.

Det sentrale rettslige spørsmålet er derfor om Helseplattformens avrop på EY-avtalen har ledet til at rammeavtalen har blitt vesentlig endret i strid med anskaffelsesregelverket.

11.2 Anskaffelsesregelverkets bestemmelser om endring

Som nevnt ovenfor regulerer anskaffelsesregelverket i utgangspunktet kun prosessen frem til kontrakt er inngått. Etter at kontrakt er inngått, er det den alminnelige kontraktsretten som regulerer partenes rettigheter og plikter. Anskaffelsesregelverket inneholder imidlertid enkelte bestemmelser som partenes adgang til å foreta endringer i kontrakter og anskaffelsesforskriften §§ 28-1 og 28-2 implementerer anskaffelsesdirektivets bestemmelser om dette. Reglene om "vesentlige endringer" springer ut av EU-domstolens praksis.⁴⁵ I anskaffelsesdirektivet fra 2014 ble de domstolskapte reglene om vesentlige endringer kodifisert og dels videreutviklet.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 regulerer endringer som er tillatt i kontrakter inngått etter anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesforskriften § 28-2 angir vilkårene for når en kontrakt skal anses vesentlig endret. Vesentlige endringer er ikke tillatt.

En endring er etter bestemmelsen alltid vesentlig dersom den:

- "a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,
- c) utvider kontraktens omfang betydelig eller
- d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e."

Bestemmelsen må sammenholdes med FOA § 28-1 om tillatte endringer, og ved vurderingen av om en endring er vesentlig og dermed forbudt, må det derfor først vurderes om endringen omfattes av noen av alternativene i bokstav a-f. I denne saken er det alternativene a, c og f som kan være relevante.

⁴⁵ Se EU-domstolens grunnleggende avgjørelse C-454/06, pressetext,

11.3 Tillatte endringer

Det følger av anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav a at en endring alltid vil være lovlig dersom den er foretatt etter en endringsklausul i kontrakten som klart angir hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.⁴⁶ Ordlyden i FOA § 28-1 bokstav a oppstiller et relativt strengt klarhetskrav.⁴⁷ Endringer foretatt i medhold av generelt formulerte endringsklausuler i en kontrakt vil derfor ikke uten videre omfattes av FOA § 28-1 bokstav a.

EY-avtalen punkt 2 inneholder en generell bestemmelse om at partene kan avtale endringer skriftlig, forutsatt at det er i tråd med anskaffelsesregelverket. Denne endringsklausulen er etter Wiersholms syn ikke tilstrekkelig klart formulert fordi den ikke angir hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Helseplattformens avrop på EY-avtalen over den maksimale verdien faller derfor ikke inn under FOA § 28-1 bokstav a.

Bokstav c fastslår deretter at nødvendige tilleggsleveranser som gir en enkeltvis prisøkning på inntil 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien alltid vil være lovlig hvis skifte av leverandør ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner, og hvis skifte av leverandøren vil føre til betydelige vanskeligere eller vesentlig ekstrakostnader for oppdragsgiver. FOA § 28-1 bokstav c har til hensikt å legge til rette for at oppdragsgiver kan foreta saklig og forretningsmessig begrunnede endringer i eksisterende kontrakter som ikke kunne vært unngått, og hvor hensynet til kunngjøringsplikten ikke gjør seg sterkt gjeldende. Vilårene for å benytte bestemmelsen er imidlertid strenge og er etter Wiersholms syn ikke oppfylt. Dette skyldes blant annet at det er vanskelig å se at et skifte av leverandør i EY-avtalen ikke kunne skje av tekniske og økonomiske grunner.

Endelig følger det av FOA § 28-1 bokstav f at "endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige, jf. § 28-2," er lovlige. Skal Helseplattformens avrop som overstiger opprinnelig estimert verdi av EY-avtalen være tillatt er dermed forutsetningen at dette ikke anses som en vesentlig endring. Hva som er en vesentlig er angitt i FOA § 28-2 bokstav a-d. Bestemmelsen lister opp fire typetilfeller som alltid skal anses som vesentlige endringer.

For EY-avtalen, er det alternativene i bokstav a og c som det vil være relevant å vurdere nærmere. Det vil derfor redegjøres nærmere for disse i det følgende.

11.4 Rettslig utgangspunkt: FOA § 28-2 bokstav a – forbud mot nye betingelser som kan ha påvirket konkurransesituasjonen

FOA § 28-2 bokstav a fastslår at en endring alltid vil være vesentlig når den:

"a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige kontrakten, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør."

Bestemmelsen gir anvisning på to alternative vurderingstemaer. For det første er det et spørsmål om innføringen av de nye betingelsene (dvs. endringen) ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne

Dette vurderingstemaet er relevant for vurderingen av om EY-avtalen er vesentlig endret. En betydelig økning en kontrakts omfang kan etter omstendighetene omfattes av denne regelen fordi dette kan påvirke deltakerinteressen. Dersom leverandørmarkedet hadde fått kjennskap til at en kontrakt har et volum på 100 000 000 kroner ekskl. mva. og ikke 10 000 000 ekskl. mva., er det nærliggende at flere leverandører ønsker å konkurrere om kontrakten.

⁴⁶ FOA § 28-1 bokstav a, jf. FOA § 19-1 annet ledd.

⁴⁷ Thue m.fl. (2018) side 1023.

Svaret på vesentlighetsspørsmålet etter denne regelen beror på en vurdering av konkurransesituasjonen som forelå da den forutgående anskaffelsen ble gjennomført. Denne må nødvendigvis bli utpreget skjønnsmessig, basert på kunnskap om det aktuelle markedet og konkurranseforholdene mellom deltakerne i konkurransen.⁴⁸

Når det gjelder det første alternativet i bestemmelsen, er det ikke nødvendig at andre leverandører faktisk var avskåret fra å delta. Det er tilstrekkelig at andre leverandører ikke fant det ønskelig eller hensiktsmessig å delta uten de nye betingelsene.⁴⁹

Endringer i betingelser som etter sin art eller karakter kan være avgjørende for leverandørens vurdering av om vedkommende skal delta i konkurransen, vil dermed som hovedregel være vesentlige.⁵⁰ Dette kan for eksempel være vilkår om leveringstid, garantiforpliktelser, absolutte minstekrav eller andre særlig byrdefulle vilkår.⁵¹

11.5 Rettslig utgangspunkt: FOA § 28-2 bokstav c – forbud mot endringer som utvider kontraktens omfang betydelig

11.5.1 Overordnet om FOA § 28-2 bokstav c og kravet til verdi-/mengdeangivelse

FOA § 28-2 bokstav c fastslår at en endring alltid vil være vesentlig når den:

"c) utvider kontraktens omfang betydelig."

En utvidelse av omfang kan innebære leveranse av andre ytelser enn opprinnelig avtalt, eller leveranse av opprinnelig ytelser i et større omfang enn opprinnelig avtalt. Bestemmelsen kan altså omfatte situasjonen der en rammeavtales anslåtte totalverdi overstiges, dvs. der det skjer en kvantitativ omfangsøkning. Det er dette som er situasjonen i denne saken.

Bestemmelsen oppstiller ingen absolutt grense for hvor store endringer som er tillatt, med benytter det skjønnsmessige begrepet "betydelig". Spørsmålet om en endring utvider kontraktens omfang betydelig, beror dermed på en konkret helhetsvurdering.

Ved vurderingen av om en rammeavtales omfang er betydelig utvidet som følge av kvantitative utvidelser, må det foretas en sammenligning av avtalens opprinnelige estimerte verdi i konkurransegrunnlaget opp mot faktisk avropt volum.

Når oppdragsgiver kunngjør en anskaffelse, skal oppdragsgiver angi den aktuelle anskaffelsens verdi og/eller mengde i kunngjøringen.⁵² Da EY-avtalen ble kunngjort, fulgte dette for rammeavtalers vedkommende implisitt av FOA 2006 § 18-1.⁵³ I dag følger en tilsvarende implisitt regel av FOA § 21-1.

Ved beregningen av rammeavtalers verdi, fastslår FOA § 5-4 femte ledd at oppdragsgiver skal legge til grunn den maksimale verdien av alle kontrakter som vedkommende forventer å inngå i løpet av avtalens varighet, inkludert eventuelle opsjoner på forlengelse. En tilsvarende regel fulgte av FOA 2006 § 2-3 femtende ledd. Bakgrunnen for beregningen av anskaffelsens verdi etter disse bestemmelsene er at

⁴⁸ Dragsten (2020) lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 2.2 og Thue m.fl. (2018) side 1039-1040.

⁴⁹ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser kapittel 40.3.1.

⁵⁰ Se i samme retning Dragsten (2020) lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 2.2. Betydningen av endringens karakter er også trukket frem i Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser kapittel 19.5.1.1, KOFA-2019-29 avsnitt 73 og KOFA-2011-242 avsnitt 44.

⁵¹ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser kapittel 40.3.1.

⁵² Se FOA § 21-1 første ledd og bestemmelsens henvisning til skjemaene som skal benyttes for kunngjøring. Nærings- og fiskeridepartementets standardskjemaer er basert på anskaffelsesdirektivets bilag V. Se for øvrig anskaffelsesdirektivets artikkel 49, sammenholdt med bilag V, del C nr. 7 og 8.

⁵³ Bestemmelsen fastslo at oppdragsgiver skal utarbeide sine kunngjøring i samsvar med skjemaer fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet. Nærings- og fiskeridepartementets skjemaer var igjen basert på dagjeldende anskaffelsesdirektiv bilag VII A, som fastslo at oppdragsgiver skulle angi rammeavtalens anslåtte verdi i skjemaet.

verdiregningen er avgjørende for hvilke deler av anskaffelsesforskriften som kommer til anvendelse, herunder om anskaffelsen skal kunngjøres og i så fall om den skal kunngjøres i Doffin og TED.

Tradisjonelt har verdi-/mengdeangivelsen av rammeavtaler i kunngjøringen vært ansett som et uforpliktende estimat for informasjonsformål. Denne oppfatningen må ses i sammenheng med at rammeavtaler er et særlig godt egnet avtaleformat når oppdragsgiver har et løpende anskaffelsesbehov som vedkommende ikke kjenner det fullstendige innholdet i eller omfanget av på forhånd. Et krav om en rettslig bindende verdi-/mengdeangivelse mht. rammeavtalers omfang, vil derfor i utgangspunktet stride mot formålet med å benytte rammeavtaleformatet og redusere rammeavtalens nytteverdi.

Reglene om vesentlige endringer som nå følger av FOA § 28-2, herunder forbud mot betydelige utvidelser av kontrakten, har imidlertid satt grenser for hvilke utvidelser som kan foretas av en rammeavtale.

11.5.2 Betydningen av EU-domstolens avgjørelser i C-216/17 og C-23/20 – det sentrale spørsmålet er fortsatt om overstigelsen av opprinnelig estimert verdi utvider kontraktens omfang betydelig

I sak C-216/17, *Coopservice*, avsagt i desember 2018, fastslo EU-domstolen at en rammeavtale "*have uttømt sine virkninger*" når den anslåtte verdien/mengden er nådd.⁵⁴ EU-domstolen formulerte her en regel som ikke fremgikk direkte av anskaffelsesdirektivet fra 2004. Dommen ble videre forstått slik at verdi-/mengdeangivelsen i kunngjøringen i utgangspunktet skal forstås som en øvre grense for hvilke avrop oppdragsgiver kan foreta under rammeavtalen. Etter desember 2018, kunne oppdragsgivere derfor ikke lenger anse verdi-/mengdeangivelsen av rammeavtaler i kunngjøringen som et uforpliktende estimat for informasjonsformål.

EU-domstolen tok ikke stilling til virkningen av at oppdragsgiver kjøper inn ytelser under en rammeavtale som overstiger mengden ytelser oppdragsgiver har angitt i konkurransegrunnlaget. Det var derfor uklart hvilke konsekvenser dommen hadde.

Dette tok imidlertid EU-domstolen stilling til i sak C-23/20, *Simonsen og Weel*, avsagt 17. juni 2021. EU-domstolen fulgte opp uttalelsene fra sak C-216/17, *Coopservice*, og stadfestet at oppdragsgiver må angi rammeavtalens maksimale verdi og/eller mengde, at denne er rettslig bindende og at rammeavtalen har uttømt sin virkning når den øvre grensen er nådd.⁵⁵ Videre fastslo EU-domstolen at oppdragsgiver både må angi (i) en anslått verdi/mengde, og (ii) en maksimal verdi/mengde.⁵⁶ EU-domstolen presiserte imidlertid at verken manglende angivelse av den anslåtte verdien/mengden eller den maksimale verdien/mengden i seg selv vil representere en ulovlig direkte anskaffelse, så lenge kontrakten for øvrig er korrekt kunngjort.

EU-domstolen presiserte videre at hensynet til leverandørene ikke er til hinder for at en rammeavtale blir *endret* til å omfatte leveranser utover rammeavtales maksimale verdi/mengde. EU-domstolen uttalte dermed at kravet til angivelse av maksimal verdi/mengde ikke innebærer at anskaffelsesregelverket automatisk er brutt dersom angivelsen overstiges. En overskridelse av rammeavtalens øvre grense innebærer derfor ikke automatisk at rammeavtalen må anses vesentlig endret som følge av at kontraktens omfang er betydelig utvidet og dermed ulovlig. Spørsmålet om overskridelsen representerer en ulovlig direkte anskaffelse, beror på en konkret vurdering av om endringen er vesentlig.⁵⁷ Denne vurderingen skal foretas i medhold av FOA § 28-2, som regulerer vesentlighetsvilkåret.

⁵⁴ Avsnitt 61.

⁵⁵ Avsnitt 64 og 68.

⁵⁶ Avsnitt 74 og 76.

⁵⁷ Avsnitt 70

Det følger av det dette at EU-dommen ikke er avgjørende for spørsmålet om når en omfangsøkning av en avtales opprinnelige verdi leder til at kontrakten er vesentlig endret, og at det må løses etter FOA § 28-2 bokstav c.^{58 59}

11.5.3 Nærmere om vurderingstemaet etter FOA § 28-2 bokstav c

I den konkrete helhetsvurderingen som må foretas etter FOA § 28-2 bokstav c er endringens karakter av betydning. Dersom den aktuelle endringen innebærer at kontrakten blir utvidet til å omfatte kvalitativt andre ytelser enn det som opprinnelig var avtalt, skal det lite til for at kontraktens omfang er blitt betydelig utvidet.⁶⁰ Er det derimot tale om en rent kvantitativ utvidelse av kontraktens opprinnelige ytelser som i saken her, kan selv store beløpsmessige utvidelser være akseptable.⁶¹ Helseplattformens avrop fremstår primært som en kvantitativ utvidelse av kontrakten, hvilket tilsier at selv store beløpsmessige utvidelser av EY-avtalen som et utgangspunkt kan anses akseptable.

Videre vil kontraktens karakter, kompleksitet og opprinnelige anslåtte verdi være relevante momenter. I komplekse IT-anskaffelser kan det for eksempel være vanskelig å forutse det samlede anskaffelsesbehovet på forhånd. I tillegg vil det ofte skje en teknologisk utvikling i løpet av kontraktperioden. Slike forhold kan tilsa at oppdragsgiver har et forholdsvis stort handlingsrom til å utvide kontraktens omfang.⁶² EY-avtalen er ikke en IT-anskaffelse i seg selv, men en avtale som konsulenttjenester som skal leveres i forbindelse med gjennomføringen av en IT-anskaffelse (Journalprosjektet). EY-avtalens karakter tilsier derfor at det foreligger et nokså betydelig handlingsrom for endringer av avtalen.

Det er samtidig slik at det går en grense for hvor store kvantitative utvidelser av en kontrakt som kan gjennomføres lovlig. Veldig store omfangsøkninger kan lede til at avtalens opprinnelige karakter endres på en slik måte at kontraktens omfang må anses betydelig utvidet, og dermed vesentlig endret. Som det vil fremgå nedenfor gir rettspraksis og KOFA-praksis ikke entydige føringer for hvilke kvantitative utvidelser som vil anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang. KOFA-praksis kan imidlertid tilsa at utvidelser som går utover en dobling av kontraktens kvantitative omfang må anses som problematisk.⁶³

I motsetning til regelen i FOA § 28-2 bokstav a om nye betingelser, er det etter bokstav c ikke et vilkår om at endringen kunne virket inn på den opprinnelige konkurransen.⁶⁴ En endring kan derfor være vesentlig etter bokstav c, selv om utvidelsen av kontraktens omfang beviselig ikke kunne påvirket antall deltakere i den opprinnelige konkurransen eller utfallet av den. Bakgrunnen for dette er at regelen i bokstav c først og fremst skal sikre at oppdragsgiver kunngjør og konkurranseutsetter sine etterfølgende anskaffelsesbehov og ikke verne om interessene til de potensielle og faktiske deltakerne i den opprinnelige konkurransen.⁶⁵

11.6 Den konkrete vurdering

Som nevnt var EY-avtalens anslåtte totalverdi mellom 30 000 000 og 150 000 000 kroner ekskl. mva. Totalverdien av avropene under EY-avtalen er på ca. 438 200 000 kroner. Totalverdien på avropene

⁵⁸ Se en tilsvarende tilnærming i KOFA-2020-1 avsnitt 39.

⁵⁹ Det faktum at EU-domstolen avsa de to overnevnte avgjørelsene hhv. kort tid før og etter at Helseplattformen foretok avrop på EY-avtalen er derfor ikke direkte avgjørende for vurderingen av om Helseplattformen har overholdt anskaffelsesregelverket i denne saken. Selv om avgjørelsene fastslår at en rammeavtale har uttømt sin virkning når volumestimatet er overskredet, gir avgjørelsene likevel anvisning på at det må foretas en konkret vurdering av om en overskridelse av volumestimatet representerer en vesentlig endring.

⁶⁰ Dragsten (2020) med videre henvisning til EU-domstolens sak C-454/06, *Presstext*, og C-160/08, *Kommisjonen mot Tyskland*, avsnitt 99.

⁶¹ Se Thue m.fl. (2018) side 1044 med videre henvisninger til eksempler fra KOFA.

⁶² Dragsten (2020) lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 2.4.1.

⁶³ Henvisninger til denne KOFA-praksisen fremgår av punkt 10.3 under.

⁶⁴ EU-domstolens sak C-454/06, *Presstext*, avsnitt 35 og 36, samt KOFA-2016-196. Se også Dragsten (2020) lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 2.4.1.

⁶⁵ KOFA-2016-196 avsnitt 37, KOFA-2019-61 avsnitt 38 og KOFA-2020-1 avsnitt 45.

overstiger dermed den opprinnelig anslåtte totalverdien med 288 200 000 kroner. Overskridelsen av opprinnelig totalverdi fremstår om nevnt primært som en kvantitativ utvidelse av kontrakten.

For å ta stilling til hvor stor den kvantitative utvidelsen av EY-avtalen rent faktisk er, er det i utgangspunktet nødvendig å ta stilling til om den prismessige økningen skal sammenlignes med den anslåtte totalverdien i kunngjøringen eller i kvalifikasjons-/konkurransesgrunnlaget. I denne saken er det imidlertid ikke avgjørende hvilket sammenligningsgrunnlag man benytter. Sammenligner man med den anslåtte verdien i kunngjøringen, EY-avtalen totalt er utvidet med ca. 526 %. Sammenligner man med den estimerte totalverdien angitt i kvalifikasjons- og konkurransegrunnlaget, er EY-avtalen totalt sett utvidet med ca. 192 %. Det er følgelig tale om svært store prisøkninger, uavhengig av hvilket sammenligningsgrunnlag man benytter.

I perioden hvor avropene har blitt foretatt, var EØS-terskelverdiene for tjenestekontrakter som Helseplattformen og andre oppdragsgivere enn statlige myndigheter inngår 2 000 000 kroner ekskl. mva. og 2 050 000 kroner ekskl. mva. Helseplattformens avrop på EY-avtalen er dermed samlet sett mange ganger høyere enn de relevante EØS-terskelverdiene. Formålet med FOA § 28-2 bokstav c – at oppdragsgiver skal kunngjøre sine fremtidige anskaffelsesbehov – tilsier derfor at avropene utvider kontraktens omfang betydelig.

Dette har også en viss støtte i EU-domstolens sak C-160/08, *Kommisjonen mot Tyskland*, slik den er tolket i KOFA-2016-196. Ett av spørsmålene EU-domstolen skulle ta stilling til i den saken, var om det utgjorde en vesentlig endring av en kontrakt om ambulansetjenester å inkludere en ny ambulansestasjon i den opprinnelige kontrakten. Kontraktens verdi for å drifte den nye ambulansestasjonen utgjorde € 673 719,92, hvilket var 4,2 ganger så høyt som den dagjeldende EØS-terskelverdien på € 162 000. EU-domstolen uttalte at dette var vesentlig høyere enn terskelverdiene, og konkluderte med at det forelå en betydelig utvidelse av kontraktens omfang.

Den aktuelle kontraktutvidelsen i saken gjaldt en ambulansestasjon som var innenfor et annet geografisk område, og dermed en kvalitativt annen ytelse, enn den opprinnelige kontrakten.⁶⁶ Helseplattformens avrop på EY-avtalen omfatter derimot de samme typene program- og prosjektkonsulenter som i den opprinnelige kontrakten, og er følgelig som nevnt kun en kvantitativ utvidelse. Avgjørelsen er derfor ikke direkte overførbart på vurderingen av om Helseplattformens avrop innebærer en betydelig utvidelse av EY-avtalen.

Utover sak C-160/08, *Kommisjonen mot Tyskland*, foreligger det lite rettspraksis som illustrerer når avrop utover estimert volum har blitt ansett for å utvide en kontraktens omfang betydelig. Det er derfor relevant å se hen til KOFA-praksis. KOFA-avgjørelser har isolert sett lav rettskildemessig vekt, men ensartet praksis over tid tillegges vekt av domstolene.

KOFA-2021-338 gjelder en anskaffelse av rammeavtale om bygge- og prosjektledelsestjenester. I kunngjøringen var det opplyst om at anskaffelsen hadde en estimert totalverdi på 10 000 000 kroner. Oppdragsgiver foretok avrop på til sammen 24 708 947 kroner, hvorav avrop på 83 225 kroner var foretatt utenfor rammeavtalens tidsmessige virkeområde. Etter en sammenligning av totalverdien som fremgikk av kunngjøringen og verdien av de totale faktiske avropene, konkluderte KOFA med at dette innebar en betydelig utvidelse av kontraktens omfang, og følgelig at samtlige avrop utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Tilsvarende fremgår av KOFA-2020-1. Saken gjelder Sauda kommunes anskaffelse av en rammeavtale for levering av entreprenørtjenester. I kunngjøringen var det opplyst om at rammeavtalen hadde en anslått totalverdi på 500 000 – 10 000 000 kroner, mens det i konkurransegrunnlaget var opplyst om at rammeavtalen hadde en samlet årlig verdi på 500 000 – 5 000 000 kroner. Avtaleperioden var på sin side

⁶⁶ Dragsten (2020) lovkommentar til FOA § 28-2 punkt 2.4.1.

opplyst å være på to år, med opsjon på forlengelse inntil to år (1+1). Konkurransgrunnlaget opplyste uttrykkelig om at beløpet var veiledende, at det kunne variere betydelig og at det ikke medførte noen forpliktelser for oppdragsgiver eller rettigheter for leverandøren.

Oppdragsgiver foretok avrop på til sammen 24 051 911 kroner. Ved sammenligningen med den anslåtte totalverdien, tok KOFA utgangspunkt i det kunngjorte beløpet på 10 000 000 kroner. KOFA uttalte deretter at det var en betydelig differanse mellom det kunngjorte estimerte beløpet og de faktiske avropene, og at dette ga klare holdepunkter for at det forelå en vesentlig endring av rammeavtalen. KOFA tok ikke direkte stilling til om samtlige avrop utgjorde en vesentlig endring, ettersom det kun var ett spesifikt avrop på 2 835 744,80 kroner som var klaget inn. KOFA konkluderte imidlertid med at da dette avropet ble foretatt, var rammeavtalen allerede vesentlig endret fordi omfanget var betydelig utvidet. I tillegg viste KOFA til at det var sannsynlig at andre leverandører kunne ha vært interessert i å delta i konkurransen med det utvidede omfanget.⁶⁷

Det påpekes for ordens skyld at den aktuelle anskaffelsen i KOFA-2020-1 ikke oversteg EØS-terskelverdiene og derfor var regulert av FOA del II. Saken representerer likevel et relevant eksempel på når KOFA har ansett overskridelse av angitt volum som en vesentlig endring etter FOA del III. Oppdragsgiver har etter omstendighetene større adgang til å foreta endringer i kontrakter etter FOA del II enn del III. Når en relativ økning på inntil 140 % ikke ble akseptert i KOFA-2020-1, trekker en fra-det-mer-til-det-mindre-betraktning i retning av at en lignende utvidelse vil være problematisk også etter FOA del III.

I KOFA-2020-119 hadde oppdragsgiver gjennomført en anskaffelse av parallelle rammeavtaler for ulike bygg- og anleggstjenester. Én av disse parallelle rammeavtalene gjaldt rørleggertjenester, og hadde en estimert totalverdi på 2 400 000 kroner. Oppdragsgiver hadde foretatt avrop på til sammen 5 879 462 kroner i rammeavtaleperioden. KOFA anså denne overskridelsen, som var på mer enn det dobbelte av den opprinnelige anslåtte verdien, for å være betydelig. KOFA konkluderte derfor med at det forelå en vesentlig endring av rammeavtalen ved at kontraktens omfang var blitt betydelig utvidet.

KOFA-2010-212 gjelder en anskaffelse av kontrakt om lån av diverse laboratorieinstrumenter. På bakgrunn av låneavtalen, ble åtte eksisterende analysemoduler skiftet ut med nye. I tillegg fikk valgte leverandør levere to nye analysemoduler, samt installere en støttefunksjon til de aktuelle analysemodulene. Prisøkningen som endringen medførte fremgår ikke eksplisitt av avgjørelsen, men virker å ha vært rundt 20 %.⁶⁸ KOFA bemerket at utvidelsen medførte en ikke-ubetydelig økning i leverandørens vederlag. Sett i sammenheng med at anskaffelsens karakter tilsa at det naturlig ville oppstå et behov for endringer og justeringer i løpet av kontraktperioden, og at bakgrunnen for utvidelsen var endringer i rekvirentens behov, konkluderte KOFA med at kontrakten ikke var vesentlig endret.

Utover de overnevnte sakene, foreligger det lite praksis fra KOFA som gjelder saksforhold som er sammenlignbare med nærværende sak. En ensartet praksis over tid foreligger dermed heller ikke, og det er følgelig vanskelig å utlede noen generelle rettssetninger om hvor store utvidelser av kontraktens omfang som er akseptable fra den foreliggende praksisen.

De overnevnte sakene viser likevel at KOFA normalt anser en dobling av kontraktens kvantitative omfang som problematisk. Den KOFA-praksisen som foreligger gir derfor klare holdepunkter for at Helseplattformens avrop på EY-avtalen innebærer en betydelig utvidelse av kontraktens omfang.

Det forhold at kunngjøringen og kvalifikasjons-/konkurransgrunnlaget ga et tydelig signal til leverandørene om at det faktiske omfanget av rammeavtalen kunne bli betydelig større enn den anslåtte totalverdien, er

⁶⁷ KOFA skriver i avsnitt 45 at "[d]ifferansen innebærer at rammeavtalens faktiske verdi er mer enn tre ganger så høy som det øvre nivået på den estimerte verdien." Det er uklart hvordan KOFA har kommet til dette forholdstallet.

⁶⁸ Thue og Buan, Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata, note 506 til FOA (2021).

relevant ved vurderingen, men ikke avgjørende. Når anskaffelsesdokumentene inneholder et slikt tydelig signal, vil Helseplattformen som et utgangspunkt ha større handlingsrom til å foreta endringer i EY-avtalen enn uten et slikt forbehold.

I klagen som ble behandlet i KOFA-2020-1 og KOFA-2021-338 var det tilsvarende forbehold i de respektive anskaffelsesdokumenter, men likevel konkluderte KOFA med at det forelå en betydelig utvidelse av kontraktens omfang. Disse to avgjørelsene tilsier dermed at det signalet som er gitt i kunngjøringen og kvalifikasjons-/konkurransesgrunnlaget til EY-avtalen ikke er tilstrekkelig til å anse utvidelsene for å være lovlige.

I vurderingen er det etter Wiersholms mening viktig at Helseplattformen ikke har hatt omgåelseshensikt ved avrop utover den anslåtte totalverdien. Utvidelsen av EY-avtalens omfang fremstår tvert om som en direkte konsekvens av Journalprosjektets utvikling. Da EY-avtalen ble inngått var omfanget av Journalprosjektet ikke fastlagt. Blant annet var det uklart hvor mange aktører i helsevesenet som ville benytte seg av løsningen som ble utviklet i Journalprosjektet. Helseplattformen fikk også tildelt nye, nasjonale arbeidsoppgaver underveis i Journalprosjektet.

Videre ble avropene foretatt ut fra et ønske om å sikre mest mulig kontinuitet i Journalprosjektet. Helseplattformen anså det som viktig å sikre tilgang til de samme konsulentene gjennom innføringsperioden og helt frem til Journalprosjektets avslutning. Å sikre kontinuitet var også av betydning for å unngå forsinkelser. Rett etter Helseplattformen ble opprettet inntraff også covid 19-pandemien som også påførte Journalprosjektet usikkerhet. Skifte av konsulentleverandør ville derfor antagelig påført Helseplattformen betydelige ulemper med store kostnads- og fremdriftskonsekvenser for Journalprosjektet.

Omfanget av konsulentbruken virker derfor å være saklig og forretningsmessig begrunnet. Hensynene som begrunner at det alltid er tillatt å gjennomføre visse nødvendige tilleggsleveranser og endringer etter FOA § 28-1 bokstav c gjør seg derfor gjeldende i denne saken, selv om bestemmelsen ikke kommer direkte til anvendelse. Dette tilsier isolert sett at Helseplattformens avrop ikke utgjør en vesentlig endring.

Samtidig er det etter FOA § 28-1 bokstav c en forutsetning at anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret. En tilsvarende reservasjon må etter Wiersholms syn gjelde i saken her.

EY-avtalen har fått et fundamentalt større omfang enn opprinnelig anslått i anskaffelsesdokumentene og har ved det endret karakter. Kontraktens omfang vil som nevnt kunne ha en innvirkning på om leverandører velger å delta i konkurranser eller ikke. Samlet sett er omfanget blitt så stort at det etter en totalvurdering av ovennevnte momenter må sies å representere en vesentlig endring i forskriftens forstand., jf. FOA § 28-2 bokstav a og c.

11.7 Konklusjon

Det faktiske volumet av Helseplattformens avrop overstiger EY-avtalens opprinnelige verdi i betydelig grad og må anses som en vesentlig endring. Helseplattformen har derfor brutt FOA § 28-2.

12. Potensielle konsekvenser av regelbruddet

12.1 Rettslig utgangspunkt

Som nevnt ovenfor, vil en vesentlig endring av en inngått kontrakt utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er ansett for å utgjøre ett spesielt alvorlig brudd på anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesregelverket inneholder videre særskilte mekanismer for å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser. Formålet med sanksjonene er å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, i tillegg til å gjenopprette konkurransesituasjonen.

Dersom det tas ut et søksmål for domstolene, er hovedregelen at retten skal kjenne den aktuelle kontrakten uten virkning når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.⁶⁹ Å kjenne en kontrakt uten virkning betyr at kontrakten opphører. Retten kan enten kjenne kontrakten uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Dersom retten kun kjenner kontrakten uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal retten i tillegg ilegge et overtredelsesgebyr.

Retten kan imidlertid unnlate å kjenne kontrakten uten virkning når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde den. Velger retten å benytte denne unntaksregelen, skal retten enten avkorte kontraktens lengde eller idømme et overtredelsesgebyr.

KOFA har ikke tilsvarende kompetanse til å kjenne en kontrakt uten virkning, men kan ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser. Overtredelsesgebyret kan, uavhengig om det blir ilagt av domstolen eller KOFA, beløpe seg til inntil 15 % av anskaffelsens verdi.⁷⁰ KOFA skal ilegge overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.⁷¹ Dersom oppdragsgiver uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, kan KOFA ilegge overtredelsesgebyr.⁷² Ved avgjørelsen av om det skal ilegges⁷³ overtredelsesgebyr, og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal det legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, preventive hensyn og om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige anskaffelser.⁷⁴

Klage- og søksmålsfristen for de overnevnte sanksjonene er to år fra kontrakten ble inngått.⁷⁵ Etter at fristen er utløpt, kan verken domstolen eller KOFA sanksjonere den aktuelle ulovlige direkte anskaffelsen.

12.2 Den konkrete vurdering og konklusjon

Som nevnt over er klage- og søksmålsfristen i saker som gjelder ulovlige direkteanskaffelser to år. Siste avrop på EY-avtalen ble foretatt 7. mai 2020. Det er dermed over to år siden siste avrop på EY-avtalen ble foretatt. Klage- og søksmålsfristen mot ulovlige direkte anskaffelser er derfor utløpt. Helseplattformen vil derfor ikke risikere å bli idømt særskilte anskaffelsesrettslige sanksjoner for bruddet.

Dersom det forutsettes at Helseplattformen eksempelvis hadde blitt innklaget til KOFA før utløpet av klagefristen, kunne Helseplattformen risikert å bli ilagt et overtredelsesgebyr som følge av den vesentlige endringen av EY-avtalen. KOFA måtte i vurderingen av om det skulle ilegges et overtredelsesgebyr vurdert bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, preventive hensyn og om Helseplattformen har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.⁷⁶

I denne vurderingen ville et relevant moment antagelig vært at Helseplattformen har hatt tilgang til den nasjonale rammeavtalen om konsulent tjenester IKT samtidig som EY-avtalen.⁷⁷ Dersom Helseplattformen hadde foretatt flere avrop på denne avtalen i stedet for å benytte EY-avtalen, så ville avropsvolumet på EY-avtalen vært mindre. Wiersholm har ikke foretatt en fullstendig vurdering av Helseplattformens adgang til heller å avrope hele volumet som ble avropt under EY-avtalen i medhold av de nasjonale rammeavtalene

⁶⁹ LOA § 13 første ledd bokstav a.

⁷⁰ LOA §§ 12 tredje ledd og 14 siste ledd.

⁷¹ LOA § 12 første ledd.

⁷² LOA § 12 første ledd.

⁷³ LOA §§ 12 tredje ledd og siste ledd.

⁷⁴ LOA §§ 12 tredje ledd og siste ledd.

⁷⁵ LOA §§ 12 fjerde ledd og 15 fjerde ledd.

⁷⁶ LOA § 12 tredje ledd.

⁷⁷ Gjeldende nasjonal rammeavtale om konsulent tjenester IKT ble inngått i januar 2020.

om konsulenttenester IKT som løp samtidig med EY-avtalen.⁷⁸ Det foreligger samtidig holdepunkter for at Helseplattformen kunne dekket hvert fall deler av sitt behov for leveranse av konsulenttenester gjennom den nasjonale rammeavtalen i stedet for EY-avtalen. Dersom sistnevnte legges til grunn, så kan tenkes at KOFA ville ansett tilstedeværelsen av den nasjonale rammeavtalen for konsulenttenester IKT som en formidlene omstendighet fordi avropene under EY-avtalen potensielt kunne vært gjennomført lovlig i medhold av en annen rammeavtale.

Disse forholdene ville antagelig hatt betydning for KOFAs vurdering av bruddets grovhet, og tilsier at bruddet ikke kan anses spesielt grovt.

13. Oppsummering og læringspunkter

13.1 Oppsummering

Wiersholms vurdering er at Helseplattformen hadde adgang til å benytte EY-avtalen etter selskapet ble opprettet i 2019.

Wiersholms vurdering er videre at det er foretatt en vesentlig endring av EY-avtalen. Dette skyldes at det er foretatt avrop som i vesentlig grad overstiger EY-avtalens estimerte verdi. Grunnen til at dette har skjedd er at det ikke har blitt foretatt en anskaffelsesrettslig vurdering i perioden fra 2019 og frem til i dag av omfanget av avropene under EY-avtalen har ligget innenfor de grenser anskaffelsesregelverket setter.

Spørsmålet om hvor stort volum som er lovlig å avrope under EY-avtalen har ikke blitt problematisert av Helseplattformen, Helseplattformens styre eller eierne av selskapet. Spørsmålet ble heller ikke aktualisert ved opprettelsen av Helseplattformen og "overføringen" av EY-avtalen fra Helse Midt-Norge til Helseplattformen. Dersom EY-avtalen hadde blitt avsluttet før dens tidsmessige utløp, ville Helseplattformens behov for kontinuitet i leveransene fra EY fremdeles vært til stede, ettersom Journalprosjektet ikke er fullført. Dette behovet kunne muligens blitt dekket gjennom de nasjonale rammeavtalene om konsulenttenester IKT som har løpt parallelt med EY-avtalen.

Wiersholm har som nevnt over ikke foretatt en fullstendig vurdering av Helseplattformens adgang å avrope hele volumet som ble avropt under EY-avtalen i medhold av de nasjonale rammeavtalene, men det foreligger samtidig holdepunkter for at Helseplattformen kunne dekket hvert fall deler av sitt behov for leveranse av konsulenttenester gjennom den nasjonale rammeavtalen i stedet for EY-avtalen. Forskjellen mellom avtalene er at den nasjonale rammeavtalen forutsetter gjennomføring av minikonkurranser som ikke nødvendigvis leder til avtaleinngåelse med EY. Det kunne derfor vært vanskelig å dekke behovet for kontinuitet i tjenestene fra EY under den nasjonale rammeavtalen. I lys av at Helseplattformen rent faktisk har foretatt minikonkurranser der EY i samtlige konkurranser med unntak av en var eneste tilbyder, så er det mye som tyder på at Helseplattformen kunne fått dekket behovet av leveranser fra EY i stor grad i medhold av den nasjonale rammeavtalen for konsulenttenester IKT.

Ytterligere bruk av den nasjonale rammeavtalen for konsulenttenester IKT og færre avrop på EY-avtalen kunne derfor antagelig redusert risikoen for brudd på anskaffelsesregelverket i forbindelse med bruken av EY-avtalen.

13.2 Læringspunkter

Anskaffelsesregelverket er i seg selv ikke til hinder for at det foretas kjøp av konsulenttenester i det omfang Helseplattformen har gjort. Avropene Helseplattformen har foretatt på EY-avtalen fremstår som saklig og forretningsmessig begrunnet.

⁷⁸ En slik fullstendig vurdering ville nødvendigvis involvert informasjonshenting fra andre foretak enn Helseplattformen ettersom det gjelder en nasjonal rammeavtale med en rekke tilsluttede oppdragsgivere.

Det fremstår som klart at det ikke hadde vært mulig å gjennomføre Journalprosjektet uten bistand fra eksterne ressurser. Et sentralt læringspunkt er derfor at Helseplattformen bør innrette sine anskaffelser av eksterne ressurser på en slik måte at avtalen dekker det omfangsmessige og tidsmessige behovet gjennom hele avtalens løpetid. Anskaffelsesregelverket åpner for slike løsninger. Sentrale forhold for oppnå dette er å foreta særskilt grundige vurderinger av en rammeavtales estimerte verdi. Wiersholm har ikke vurdert selve anskaffelsen av EY-avtalen i perioden 2014/2015, men dersom estimatet på den tiden hadde vært på eksempelvis 500 000 000 kr. ekskl. mva. og dermed mer realistisk, så ville anskaffelsesregelverket ikke blitt brutt i nærværende sak.

Et annet sentralt læringspunkt i lys av gjennomgangen over er å foreta en løpende monitorering av volumet som til enhver tid er avropt på rammeavtaler. Dette vil gi Helseplattformen oversikt over når faktisk avropt volum tilsvarer volumet som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Dette vil igjen gi Helseplattformen grunnlag for å vurdere om bruken av rammeavtalen må stoppe på et tidspunkt som reduserer risikoen for brudd på anskaffelsesregelverket betraktelig.

Avslutningsvis vil Wiersholm peke på at Helseplattformen har et krevende oppdrag, og forvalter et omfattende og komplisert prosjekt. Det har oppstått kompliserte rettslige problemstillinger, og det vil det etter all sannsynlighet også gjøre i tiden fremover. Helseplattformen bør derfor tilknytte seg juridisk kompetanse, gjerne en jurist som har jobbet med offentlige anskaffelser, kontraktsrett eller innenfor offentlig forvaltning.