
Notat

Til	KS v/Kristin Standal
Fra	Vaar Advokat AS v/ Marianne H. Dragsten, Sebastian Lervik, Thor Beke og Espen Bakjord
Ansvarlig advokat	Marianne H. Dragsten
Sted / dato	Oslo, 1.4.2020

Saken gjelder	Vurdering av adgang til direkte anskaffelse og hasteanskaffelse
----------------------	---

Vurdering av adgangen til å foreta direkte anskaffelse eller hasteanskaffelse av elektronisk medisineringsstøtte

1. Innledning

Nasjonalt Velferdsteknologiprogram har bedt om en vurdering av om det kan etableres fellesavtaler der kommuner gis tilgang på elektronisk medisineringsstøtte ved direkte anskaffelse eller en hasteprosedyre i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser.

Etter vår vurdering tilsier den aktuelle situasjonen med utbruddet av covid-19 og kommunenes umiddelbare behov for elektroniske medisindispensere, at det kan etableres kontrakter uten å gjennomføre en konkurranse. Vi mener forskriften § 13-3 bokstav e er oppfylt, gitt at det ikke er tid til å gjennomføre konkurranse, selv etter de kortere fristene i hasteprosedyrene som omtales nedenfor.

Videre vurderer vi at det er hjemmel for å benytte de kortere fristene (hasteprosedyre) som følger av forskriftens §§ 20-2 (3) og 20-4 (3), jf. 20-3 (5) a og b, for hhv. åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

1.1 Nærmere bakgrunn

80% av norske kommuner deltar i Nasjonalt Velferdsteknologiprogram. Programmet bistår kommunene med å implementere velferdsteknologi i helse- og omsorgstjenesten.

Ifm. koronakrisen har mange kommuner i programmet ytret ønske om umiddelbar hjelp til å gjennomføre anskaffelser av velferdsteknologi som kan hindre smittespredning samt sikre økt ressursutnyttelse av knapphetsfaktoren helsepersonell. Ifølge en undersøkelse Velferdsteknologiprogrammet sendte ut til alle kommunene 17. mars (r: 114) ønsker kommunene tilgang på elektronisk medisineringsstøtte for å dekke dette behovet.

Denne teknologien gjør det mulig å unngå besøk til tjenestemottakere som normalt mottar fysiske besøk fra pleiere som deler ut medisiner. Den elektroniske medisindispenseren hjelper brukeren til å ta medisinen selv, man får utnyttet personalet mer effektivt, og unngår fysiske besøk ute til brukeren der det er mulig.

En del kommuner har allerede anskaffet slike gjennom egne anskaffelser, eller fellesanskaffelser i interkommunale samarbeider.

Nasjonalt Velferdsteknologiprogram» Nasjonalt Velferdsteknologiprogram har formulert følgende spørsmål:

- a. Er en slik anskaffelse å anse som en «katastrofeanskaffelse» slik at man kan
 - i. gjennomføre en rettet anskaffelse til 3 tilbydere?
 - ii. gjennomføre en hasteprosedyre med kortere frist?

(Vi ønsker umiddelbar input på gjeldende regelverk, deres vurderinger, samt tidsrammen en slik anskaffelse må forholde seg til).

- b. Hvordan kan et program (som ikke er en selvstendig juridisk enhet) gjennomføre en fellesanskaffelse?
 - i. Bør KS være den juridiske enheten som anskaffer og forvalter avtalen i etterkant.
 - ii. Bør man etablere et vertskommunesamarbeid, hvor én kommune er juridisk part, og de andre anskaffer gjennom den ene kommunen?
 - 1. Hvordan organiseres dette avtalemessig på mest mulig effektive måte for å unngå unødvendig byråkrati for kommunene (kundene) og leverandøren.

2. Rettslige rammer

2.1 Direkte anskaffelse uten konkurranse

Selv om vi befinner oss over terskelverdiene i regelverket, åpner forskriften for at det i spesielle tilfeller kan inngås kontrakt uten at det blir gjennomført konkurranse. I denne saken mener vi den mest aktuelle bestemmelsen er anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav a. Bestemmelsen forutsetter at en av unntakshjemplene i § 13-3 kommer til anvendelse, se nedenfor om § 13-3 bokstav e.

En anskaffelse uten konkurranse iht. § 13-4 bokstav a innebærer i realiteten unntak fra nesten alle anskaffelsesregler. Regelen er ment å gjelde i de tilfeller der det ikke er mulig å skape konkurranse. Unntaket er derfor underlagt et strengt fortolkningsprinsipp og oppdragsgiveren vil ha bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. blant annet sak C-107/92 (EU-kommisjonen/Italia), C-337/05 (Augusta) premiss 57 flg. og C-385/02 (Magistrato per il Po de Parma).

Departementet påpeker i sin veileder (pkt. 18.3.1) at også der oppdragsgiveren er fritatt fra prinsippet om konkurranse, skal oppdragsgiveren overholde de andre grunnleggende prinsippene og de øvrige reglene i del III så langt de passer.¹

Departementet gir i sin veileder (pkt. 18.3.2) til anskaffelsesregelverket to eksempler på når bestemmelsen kan tenkes brukt, hvorav dette er det aktuelle eksempelet:

Et særlig aktuelt eksempel på dette er der oppdragsgiveren ikke har tid til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3 bokstav e på grunn av uforutsette forhold som naturulykker, epidemier e.l. Slike situasjoner kan gjøre det tvingende nødvendig å anskaffe direkte fra en leverandør, det vil si uten å gjennomføre en konkurranse etter § 13-3 bokstav e, fordi enhver forsinkelse kan være til skade for menneskers liv og helse.

I en situasjon der hver dag teller for å redde liv vil det typisk ikke være mulig å gjennomføre en konkurranse, og oppdragsgiver vil lovlig kunne foreta en direkte anskaffelse.

Når det gjelder anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav e, er dette en bestemmelse som gir oppdragsgiver adgang til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom:

det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke

¹ For eksempel: plikt til å føre anskaffelsesprotokoll og plikt til å kunngjøre inngåelse av kontrakt.

skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig.

Her er det altså snakk om å gjennomføre en konkurranse, men uten utlysning. Vilkårene for at bestemmelsen skal benyttes er dermed at:

- det foreligger forhold som ikke skyldes oppdragsgiver
- oppdragsgiver har ikke kunnet forutse forholdene
- forholdene har forårsaket anskaffelsesbehovet, dvs. det må være årsakssammenheng mellom forholdene og det oppståtte behovet
- forholdene gjør det umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

Samtlige vilkår må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal kunne anvendes.

Unntaksbestemmelsen skal fortolkes strengt, og det er oppdragsgiver som vil ha bevisbyrden for at unntakene kommer til anvendelse, slik blant annet EU-domstolen i sakene C-199/85, (kommisjonen mot Italia), C-394/02 (kommisjonen mot Hellas), og C-126/03 (Kommisjonen mot Tyskland).

«Forhold [...] som oppdragsgiver ikke kunne forutse» er først og fremst force majeure-lignende forhold. Eksempler på forhold som vil omfattes, er naturkatastrofer som for eksempel tsunamier og jordskjelv, som krever øyeblikkelig levering av livsnødvendige varer for å hjelpe og beskytte ofrene. Branner vil også kunne være «forhold» som berettiger bruk av unntaksbestemmelsen.

Det skal foretas en objektiv vurdering av om det foreligger uforutsette forhold. Avgjørende vil antagelig være hva en normalt påpasselig oppdragsgiver med forsvarlige rutiner rundt planlegging av fremtidige anskaffelser, ville ha forutsett, slik departementets veileder punkt 18.2.6.

Utbruddet av Covid-19 og virkningene dette har, må anses som en situasjon som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Anskaffelsesbehov som det offentlige får som følge av utbruddet, vil derfor falle innenfor unntaksbestemmelsen forutsatt at de øvrige vilkårene er oppfylt.

Ved bruk av § 13-3 e) som unntakshjemmel, er det viktig at avtalene som etableres, ikke innebærer at det blir foretatt kjøp i større utstrekning enn det som følger av det akutte behovet i og med covid-19-utbruddet.

2.2 Hasteprosedyre

Foreligger det et hastetilfelle, kan oppdragsgiver anvende minimumsfrister som er kortere enn de ordinære fristene. I en åpen anbudskonkurranse kan tilbudsfristen forkortes til 15 dager, jf. anskaffelsesforskriften § 20-2 (3). I en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen forkortes til 15 dager, og fristen for mottak av tilbud kan forkortes til 10 dager, jf. anskaffelsesforskriften § 20-4 (3), jf. § 20-3 (5) a og b. Et hastetilfelle foreligger i henhold til bestemmelsene dersom det «er umulig» å overholde de ordinære fristene.

Selv om det ikke fremkommer direkte av bestemmelsene, er en forutsetning at årsaken til at det haster, ligger utenfor oppdragsgivers kontroll. Dårlig planlegging fra oppdragsgivers side berettiger for eksempel ikke til bruk av hasteprosedyre. Som det fremgår av våre vurderinger ovenfor under punkt 2.1, ligger årsaken til at det haster i denne saken utenfor oppdragsgivers kontroll.

Fristene må videre være «umulig» å overholde. Det er altså ikke tilstrekkelig at det er store ulemper ved å kunngjøre en konkurranse i henhold til de ordinære fristene eller at dette antas å fordyre anskaffelsen. Begrepet «umulig» gir anvisning på at det skal mye til før hasteprosedyre kan anvendes. Det er først når det å overholde de ordinære minimumsfristene vil føre til at oppdragsgiver ikke får dekket et nødvendig behov eller at det på andre måter får alvorlige konsekvenser for oppdragsgiver eller tredjeperson, at vilkåret om umulighet er oppfylt. Umulighetskravet er typisk oppfylt dersom liv eller helse står i fare eller oppdragsgivers eiendom kan få alvorlige skader dersom man benytter minimumsfristene ved hasteprosedyre.

Siden en anskaffelse etter anskaffelsesforskriften §§ 20-2 og 20-4 kunngjøres, er det antatt at det er større adgang til å benytte disse unntaksbestemmelsene enn unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 13-3(e).

3. Vurdering og svar på spørsmål

3.1 a) Er en slik anskaffelse å anse som en «katastrofeanskaffelse» slik at man kan

3.1.1 i) foreta direkte anskaffelse (direkte henvendelse til tre leverandører)?

Etter vår vurdering tilsier den aktuelle situasjonen med utbruddet av covid-19 og kommunenes umiddelbare behov for elektroniske medisindispensere, at forskriften § 13-4 bokstav a kommer til anvendelse. Nærmere bestemt mener vi forskriften § 13-3 bokstav e er oppfylt, og at det ikke er tid til å gjennomføre konkurranse.

Denne situasjonen gir oppdragsgiverne en rett til å inngå kontrakt direkte med én eller flere leverandører uten at det gjennomføres konkurranse.

Det gjelder ingen bestemte tidsfrister for gjennomføringen av kontraktsforhandlingene. Kontrakten(e) kan dermed etableres ut fra den tiden som ansees forsvarlig og uavhengig av anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

Merk at det også må være umulig å overholde fristene i forskriftens §§ 20-2 (3) og 20-4 (3), jf. § 20-3 (5) a og b, for at oppdragsgiver skal kunne benytte seg av unntaksbestemmelsen i § 13-3 bokstav e.

3.1.2 i) gjennomføre en hasteprosedyre med kortere frist?

Etter vår mening innebærer den aktuelle situasjonen at vilkårene for å benytte hasteprosedyrene i anskaffelsesforskriftens §§ 20-2 og 20-4 er oppfylt.

Ved bruk av hasteprosedyrene kan anskaffelsen gjennomføres med følgende tidsplan:

Aktivitet	Apen anbudskonkurranse	Konkurranse med forhandling
Kunngjøring av konkurransen	Kunngjøringsdato (KD)	Kunngjøringsdato (KD)
Frist for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen	N/A	KD + 15
Vurdering av forespørsel om å delta i konkurransen og utsendelse av invitasjon om å inngi tilbud	N/A	KD + 17
Tilbudsfrist	KD + 15	KD + 27
Forhandlinger	N/A	KD + 34
Evaluering av tilbud	KD + 19	KD + 38
Tildeling av kontrakt	KD + 19	KD + 38
Utløp av karenstid og signering av kontrakt	KD + 30	KD + 49

Merk at denne tidsplanen er særdeles stram og forutsetter at det ikke oppstår forsinkelser f.eks. som følge av nødvendige avklaringer, klager, begrenset kapasitet på oppdragsgiversiden, osv. Tidsplanen tar heller ikke hensyn til helger og helligdager. Alle kalenderdager medregnes i fristberegningen, men dersom noen av fristene faller på en helg- eller helligdag, vil de i praksis ofte måtte utsettes til første påfølgende virkedag. Dette vil i så tilfelle føre til forsinkelser ift. den skisserte tidsplanen ovenfor.

3.2 b) Hvordan kan et program (som ikke er en selvstendig juridisk enhet) gjennomføre en fellesanskaffelse?

Vi er enige i at Nasjonalt Velferdsteknologiprogram ikke selv kan etablere en eller flere kontrakter som kommunene kan benytte seg av.

3.2.1 i) Bør KS være den juridiske enheten som anskaffer og forvalter avtalen i etterkant

Vi mener det er andre muligheter, slik at KS ikke behøver å forvalte avtalene, jf. nedenfor.

3.2.2 ii) Bør man etablere et vertskommunesamarbeid, hvor én kommune er juridisk part, og de andre anskaffer gjennom den ene kommunen? Hvordan organiseres dette avtalemessig [...]?

Det er en mulighet for kommunene å etablere en eller flere vertskommunesamarbeid. Hvis kommunene allerede inngår i slikt samarbeid i dag, kan det slik vi forstår det etableres nye vertskommunesamarbeid i tillegg til de eksisterende strukturene. Vi kan komme nærmere tilbake til dette dersom det blir aktuelt.

3.3 Forslag til gjennomføringsmodell

Helsedirektoratet, eller en annen oppdragsgiver f.eks. Sykehusinnkjøp, kan i prinsippet etablere rammeavtaler på vegne av de aktuelle kommunene. Vi mener et slikt statlig organ også kan etablere rammeavtaler som kommunene kan benytte. Alternativt kan én kommune gjennomføre anskaffelsen på vegne av de andre kommunene. Vi viser i denne forbindelse til anskaffelsesforskriften § 7-8 første ledd bokstav b. Bestemmelsen lyder:

(1) Oppdragsgiveren kan anskaffe

a) varer og tjenester fra innkjøpssentraler;

b) varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler. Dette kan skje ved at oppdragsgiveren bruker kontrakter som er tildelt, rammeavtaler som er inngått eller dynamiske innkjøpsordninger som er etablert av en innkjøpssentral. Oppdragsgiveren skal i så fall være identifisert i kunngjøringen

I henhold til bokstav b kan det etableres én eller flere rammeavtaler der kommunene selv gjør avrop i henhold til de behov kommunene har. Innkjøpssentralen, som enten kan være en statlig oppdragsgiver eller en vertskommune, kan i tilfelle koordinere innkjøpene. Avtalen inngås med vertskommunen, og de andre kommunene vil ha rett til å avrope varene (og evt. tjenestene) gjennom et elektronisk bestillingsregime. Det kan legges opp slik at kommunene bare behøver å forholde seg til avropskjemaet i bestillingssammenheng.

3.3.1 Gjennomføring ved bruk av hasteprosedyre

Dersom det gjennomføres en konkurranse iht. hasteprosedyrene, må alle kommunene som skal kunne benytte rammeavtalen nevnes i kunngjøringen, jf. forskriftens § 26-1 (3).

Dersom anskaffelsen gjennomføres ved bruk av hasteprosedyre kan rammeavtalen ha en normal varighet, hvilket som hovedregel er inntil fire år, jf. forskriftens § 26-1 (4). Dersom det foreligger «særlige forhold, for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov», kan en lengre varighet godtas, jf. § 26-1 (4). Merk at begrensningen av varigheten i disse bestemmelsene gjelder *rammeavtalen*. De enkelte avrop som inngås av kommunene på bakgrunn av rammeavtalen kan derfor ha en varighet som strekker seg utover de årene rammeavtalen gjelder. Innenfor rammeavtalens løpetid og økonomiske ramme, står kommunene fritt til å avrope det volumet de ønsker.

3.3.2 Gjennomføring ved bruk av unntakshjemmelen i § 13-3 e)

Dersom § 13-3 e) benyttes som unntakshjemmel, kan det argumenteres at det ikke er plikt til å kunngjøre hvilke kommuner som kan benytte rammeavtalen. Vi anbefaler imidlertid at dette presiseres i en melding om kontraktstildeling via Doffin/TED.

Ved bruk av § 13-3 e) som unntakshjemmel, er det også viktig at avtalene ikke innebærer at det blir foretatt kjøp i større utstrekning enn det som følger av det akutte behovet i og med covid-19-utbruddet.

Rammeavtalene kan f.eks. inngås uten en fastsatt varighet, men med adgang til å si opp på tre måneders varsel. Det kan inntas en bestemmelse om at avtalene bare kan benyttes så lenge myndighetene vurderer at det foreligger en unntakssituasjon. Det vil også gjelde egne avropsavtaler om leveransen og vedlikehold av varene og tjenestene, og disse avtalene bør kunne gis en normal varighet for denne type tjenester og produkter. Detaljer rundt disse forholdene kan vi komme nærmere tilbake til.