

Til: Direktoratet for e-helse v/ Truls E. Losnegaard

Fra: Kluge Advokatfirma AS

Ansvarlig advokat: Arne Torsten Andersen

Vår ref.: 319620-008\2015866\

Dato: Oslo, 5. juli 2018

SAKEN GJELDER: Konsepter EIEJ – anskaffelses- og støtterettslige spørsmål

1 INNLEDNING

I Stortingsmelding nr. 9 2012-2013 er målsetningen «Én innbygger – én journal» («EIEJ») definert. I dette ligger at helsepersonell skal ha enkel og sikker tilgang til helseopplysninger, at innbyggerne skal ha tilgang på enkle og sikre digitale tjenester, og at data skal være tilgjengelig for kvalitetsforbedring, helseovervåking, styring og forskning. Et av tiltakene for å nå denne overordnede målsettingen, er å etablere en nasjonal IKT-løsning for kommunal helse- og omsorgstjeneste.¹

Helse- og omsorgsdepartementet har gitt Direktoratet for e-helse («direktoratet») i oppdrag å utarbeide en konseptvalgsutredning for etableringen av en slik nasjonal løsning. Det er tre konsepter som er aktuelle. Kluge er bedt om å gi en overordnet vurdering av hvilke statsstøtte- og anskaffelsesrettslige spørsmål disse tre konseptene kan gi opphav til. Hovedspørsmålet i notatet er om og eventuelt hvordan kommunene kan anskaffe EPJ-tjenester direkte fra en nasjonal tjenesteleverandør i samsvar med anskaffelsesreglene.

2 OPPSUMMERING

Hva gjelder de anskaffelsesrettslige spørsmålene er hovedproblemstillingen hvordan kommunene kan anskaffe EPJ-tjenester fra en nasjonal tjenesteleverandør i tråd med anskaffelsesregelverket – uten konkurranse. For konsept 1 – som er en videreføring av dagens situasjon – kan vi ikke se at det oppstår særskilte utfordringer. De andre konseptene reiser hver for seg ulike anskaffelsesrettslige spørsmål.

Som det fremgår nedenfor er det etter vårt syn problematisk for kommunene (og eventuelt kommunens selvstendige næringsdrivende avtaleparter, herunder fastlegene)² å kjøpe inn EPJ-tjenester fra den nasjonale tjenesteleverandøren i medhold av utvidet egenregi. Etter det vi kan se vil situasjonen være den samme uavhengig av om man tar utgangspunkt i konsept 4 eller 7.

Når det gjelder etablering av en enerettsmodell, vil dette i prinsippet kunne være aktuelt for begge konseptene.

¹ Forholdet til spesialisthelsetjenesten, herunder leveransen av eventuelle samhandlingstjenester er ikke vurdert i dette notatet.

² Gruppen selvstendig næringsdrivende avtaleparter omfatter – i tillegg til fastleger; fysioterapeuter, kiropraktorer mv. Vi antar imidlertid at fastlegene utgjør den langt største gruppen. Der vi i notatet henviser til fastlegene, mener vi også de andre selvstendig næringsdrivende avtalepartene.

Offentlig-offentlig samarbeid *kan* være et mulig grunnlag for leveranse av EPJ-tjenester til kommunene uten konkurranse. Det er imidlertid flere spørsmål som må underlegges nærmere vurdering, særlig i forbindelse med fastlegenes rolle i et eventuelt slikt samarbeid. Det må også vurderes nærmere om det foreligger et genuint samarbeid, og ikke bare en utveksling av tjenester mot vederlag.

Hva angår støtterettslige problemstillinger er det særlig spørsmålet om tjenesteleverandøren utøver økonomisk aktivitet som kommer på spissen. Dette gjelder imidlertid uavhengig av de ulike konseptene. Avhengig av den aktuelle finansieringsmodellen, kan det også oppstå spørsmål om fastlegene får en økonomisk fordel i strid med støtteregelverket. Dette er en relevant problemstilling under alle konseptene.

Oppsummert synes det overordnet å være et sentralt skille mellom konsept 1, som viderefører dagens situasjon, på den ene siden, og 4 og 7 på den andre. De to sistnevnte gir begge opphav til både like og ulike spørsmål av anskaffelsesrettslig karakter. Basert på de overordnede vurderinger som så langt er foretatt, har vi ikke grunnlag for å peke på ett av disse som enklere eller mer komplisert å gjennomføre.

De ulike konseptene gir gjennomgående opphav til relativt kompliserte juridiske problemstillinger. Dette notatet gir overordnede vurderinger av de ulike konseptene, og gir derfor ikke grunnlag for å treffe sikre konklusjoner.

3 OM KONSEPTENE

Som nevnt innledningsvis er det pr. i dag tre konsepter for realisering av en nasjonal IKT-løsning for kommunal helse- og omsorgstjeneste som er aktuelle. I det følgende gis en kort redegjørelse for de mest sentrale kjennetegnene ved disse konseptene.

Konsept 1 («Videreføring av virksomhetenes selvstendige ansvar») innebærer en videreføring av dagens ordning idet kommuner og selvstendig næringsdrivende avtaleparter, herunder fastleger, fortsatt vil ha et selvstendig ansvar for å anskaffe, innføre og drifte EPJ-systemer. Samtidig skal det skje en videreutvikling av sentrale løsninger. Det vil iverksettes samordnede tiltak for å bøte på noen av problemene som foreligger ved eksisterende EPJ-systemer, herunder knyttet til funksjonalitet og driftskvalitet, og for å bedre samhandling på tvers av virksomheter og -nivåer. Slike tiltak vil gjennomføres gjennom lov- og forskriftsendringer ved å pålegge aktørene særskilte krav til innholdet i de systemene som anskaffes.

I **konsept 4 («Nasjonal rammeavtale for kjerneløsninger»)** vil den nasjonale tjenesteleverandøren («NT») gjennomføre en sentral anskaffelse av nasjonale rammeavtaler med leverandører som hver for seg leverer en samlet løsning for kommunale helse- og omsorgstjenester. NT, eventuelt gjennom tredjepart, vil også være ansvarlig for drift av løsningene. Det vil være obligatorisk (i det minste på sikt) for alle kommuner og selvstendig næringsdrivende avtaleparter, herunder fastleger, å implementere løsningen fra én av de utvalgte leverandørene gjennom avrop på rammeavtalen. Tanken er at det skal anskaffes minst to leverandører. I tillegg vil det etableres nye nasjonale samhandlingsløsninger.

I konsept 1 vil det med andre ord være stor grad av lokal råderett over løsningene. Det vil også være noen grad av lokal råderett under konsept 4. I begge disse konseptene vil databehandleransvaret ligge lokalt.

I **konsept 7 («En nasjonal løsning – en kommunal journal»)** skal det gjennomføres et nasjonalt tiltak for anskaffelse, innføring og drift av kjerneløsning for kommunale helse- og omsorgstjenester. Dagens EPJ-systemer fases ut og erstattes av én felles løsning. For å sikre samhandling med spesialisthelsetjenesten anskaffes også en samhandlingsløsning. Både kommuner og fastleger pålegges å delta i en felles løsning.

Konsept 7 vil altså, i motsetning til konsept 1 og 4, innebære en felles, nasjonal løsning. Konsept 4 har preg av nasjonal løsning, men siden det skal være minst to leverandører, vil det ikke være et felles

journalssystem. I tillegg vil hver enkelt helsevirksomhet fortsatt være dataansvarlig og virksomhetenes journaler vil i utgangspunktet lagres adskilt fra hverandre.

Når det gjelder finansiering av de ulike konseptene, er dette pr. dags dato ikke klart. Det er imidlertid nærliggende at det i alle konsepter vil finne sted en form for brukerbetaling fra brukere av systemet.

4 NÆRMERE PROBLEMSTILLINGER UNDER KONSEPT 1

Under konsept 1 er situasjonen langt på vei den samme som i dag. Målsetningen om bedre samhandling og funksjonalitet skal nås ved at brukerne gjennom lovgivning pålegges krav til funksjonalitet og samhandling i systemene. Etter det vi forstår er det tiltenkt at brukerne på bakgrunn av dette stiller konkrete krav til funksjonalitet og samhandling når de selv anskaffer EPJ-systemer. På denne bakgrunn kan vi ikke se at konsept 1 skal gi opphav til særskilte spørsmål av anskaffelses- eller støtterettslig karakter.

For å unngå generelle EØS-rettslige spørsmål, er det imidlertid viktig å sikre at myndighetenes pålegg til brukerne av EPJ-systemer er fastsatt på riktig måte. Kriteriene bør generelt være saklige, objektive og ikke-diskriminerende. De bør typisk ikke formuleres på en slik måte at de i realiteten favoriserer visse typer av leverandører, f.eks. nasjonale leverandører, eller på annen måte er skreddersydd en eller flere bestemte leverandører. Dette vil normalt også følge av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, og vi antar at dette bør være fullt praktisk håndterbart.

Etter det vi forstår er det ikke aktuelt å stille krav fra myndighetene direkte til leverandørene som sådan, f.eks. krav om at leverandørene plikter å tilby til brukerne EPJ-systemer med en gitt funksjonalitet. Slike krav vil fort gi opphav til generelle EØS-rettslige spørsmål, idet de vil kunne anses som tekniske handelshindringer og dermed en restriksjon på det frie varebytte i EØS-avtalens forstand.

Utover en regulatorisk tilnærming med krav til brukerne, kunne det også tenkes mer incentivpregede ordninger for så vel brukere som leverandører av EPJ-løsninger. For det første kan det tenkes incentivordninger for *leverandørene* med hensyn til å utvikle produkter og tjenester med spesiell funksjonalitet. Slike ordninger vil, dog avhengig av hvordan de organiseres, mest sannsynlig oppfylle kriteriene for offentlig støtte. Dersom slike incentivordninger skal gjennomføres, vil det derfor være nødvendig å se nærmere på om det kan finnes anvendelige unntaksbestemmelser i EØS-avtalen som kan gi grunnlag for utarbeidelse av lovlige støtteordninger.

Et annet alternativ kan være å etablere økonomiske insentiver på *brukersiden*, slik at helsevirksomhetene kan bestille rikere funksjonalitet fra EPJ-leverandørene. I hovedsak vil det være støtterettslig uproblematisk med alle typer økonomiske insentiver til helsevirksomheter som ikke er foretak i EØS-rettslig forstand. Når det gjelder fastlegene, som utgjør den sentrale brukergruppen blant de selvstendig næringsdrivende avtalepartene, er forholdet til det statsstøtterettslige foretaksbegrepet uavklart. Hvorvidt fastlegene skal anses å drive økonomisk aktivitet, og dermed kan være støttemottakere under statsstøttereglene, er en selvstendig problemstilling som vi ikke går nærmere inn på i dette notatet.

5 NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGER UNDER KONSEPTENE 4 OG 7 – GRUNNLAG FOR KJØP FRA TJENESTELEVERANDØREN

5.1 Innledning

Konseptene 4 og 7 har flere likhetstrekk. Ett av disse er at NT i begge konseptene vil forestå en nasjonal anskaffelse av EPJ-system(er) og dessuten forvalte og drifte inngått avtale, muligens via tredjepart. Dette vil være en ordinær anskaffelse som må følge regelverket for offentlige anskaffelser. Selv om det forestås en ordinær anskaffelse med en (eller flere) ekstern(e) tredjeparter som leverandør, vil imidlertid NT tilføre et verdioøkende element. NT vil derfor også ha en leverandørfunksjon overfor brukerne. Det er derfor nødvendig å sikre at brukernes kjøp av slike tjenester fra NT skjer i samsvar med anskaffelsesreglene.

Det er flere ulike rettsgrunnlag som kan være aktuelle. I det følgende gis det derfor først i punkt 5.2 en oversikt over slike grunnlag, før grunnlagene gjennomgås i punktene 5.3 følgende. Der vurderingen eventuelt slår ulikt ut for de ulike konseptene, vil dette bemerkes.

5.2 Mulige rettsgrunnlag for kjøp fra tjenesteleverandøren³

Overordnet er det i korte trekk fire alternative rettsgrunnlag som kan være anvendelige for kjøp fra tjenesteleverandøren uten konkurranseutsetting:

- (i) utvidet egenregi;
- (ii) offentlig-offentlig samarbeid;
- (iii) enerett (i ulike varianter) og
- (iv) finansiering av tjenesteleverandørens tjenester over statsbudsjettet (ikke tjenestekjøp).

Som det blant annet fremgår av punkt iv over, vil finansieringen av de tjenester NT skal tilby generelt være av sentral betydning for vurderingen og hvilke grunnlag som vil være anvendelig. Enkelt sagt er det slik at dersom brukernes kjøp av tjenester finansieres gjennom brukerbetaling, vil anskaffelsesreglene i utgangspunktet komme til anvendelse. Motsatt; dersom ytelsene fra NT sentralfinansieres, vil anskaffelsesreglene generelt ikke komme til anvendelse. I sistnevnte fall vil det imidlertid også kunne oppstå spørsmål under støttereglene i relasjon til eventuelle foretak som tilgodeses gjennom slik finansiering.

Et annet spørsmål som vil ha avgjørende betydning for anvendeligheten av de aktuelle grunnlagene, er hvordan NT er organisert.⁴ For vurderingene i dette notatet legges til grunn at NT i grove trekk er organisert slik som Norsk Helsenett (NHN) er organisert pr. i dag.⁵ Dersom det legges til grunn at kommunene er med på eiersiden, vil vurderingen av utvidet egenregi kunne slå annerledes ut.

Innledningsvis nevnes at det oppstår en del særskilte problemstillinger knyttet til fastlegenes rolle i de ulike konseptene. Fra et støtterettslig perspektiv har fastlegene en noe uavklart posisjon. Fastlegenes rolle vil også gi opphav til en del spørsmål i de anskaffelsesrettslige problemstillingene som behandles i dette notatet.

5.3 Nærmere om utvidet egenregi

5.3.1 Kriterier

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 gjelder ikke anskaffelsesregelverket når ulike offentlige enheter inngår kontrakter seg i mellom innenfor såkalt utvidet egenregi. Tre vilkår må være oppfylt for at kontrakter kan inngås innenfor utvidet egenregi:

- Oppdragsgiveren må utøve en kontroll over tjenesteleverandøren tilsvarende den kontrollen oppdragsgiveren utøver over sin egen virksomhet (kontrollkriteriet);
- Mer enn 80 % av tjenesteleverandørens virksomhet må utføres for oppdragsgiveren eller virksomheter som oppdragsgiveren kontrollerer (aktivitetsvilkåret); og
- Det må ikke være private eierandeler hos tjenesteleverandøren.

³ Deler av innholdet i dette og de følgende punkter bygger på vurderinger Kluge tidligere har utført for direktoratet, herunder vårt notat «Etablering av nasjonal tjenesteleverandør – anskaffelses- og støtterettslige spørsmål – foreløpige vurderinger» datert 30. mai 2018.

⁴ Vi viser i den forbindelse til vårt notat «Etablering av nasjonal tjenesteleverandør – anskaffelses- og støtterettslige spørsmål – foreløpige vurderinger» datert 30. mai 2018, hvor alternative organisasjonsformer for NTL er behandlet.

⁵ Dette fordi HOD etter det opplyste har bedt direktoratet utrede en fremtidig NT med utgangspunkt i NHN.

5.3.2 Kontrollvilkåret

Kontrollvilkåret innebærer at oppdragsgiveren må ha en kontroll over leverandøren som tilsvarer kontrollen over enheter i egen organisasjon. Brukerne, dvs. kommunene, må således utøve en kontroll over tjenesteleverandøren lik den kontrollen disse utøver over sin egen organisasjon.

Så lenge kommunene (og eventuelle andre brukere) ikke er inne på eiersiden hos NT, vil de ikke ha kontroll over tjenesteleverandøren. Den innflytelsen kommunen utøver på NT i kraft av å være kjøper/avtaker av tjenester, vil ikke være tilstrekkelig til å gi slik kontroll som kreves under dette kriteriet. Utvidet egenregi vil derfor neppe være anvendelig for de tjenestene som ytes til kommunene eller til selvstendig næringsdrivende avtaleparter.

For ordens skyld nevnes at dersom NT organiseres slik at kommunene er inne på eiersiden, vil dette – forutsatt strukturert på riktig måte – kunne åpne for at kontrollkriteriet kan oppfylles.⁶ Det vil i så fall være en rekke spørsmål som vil måtte avklares i denne forbindelse, herunder sammensetningen av de styrende organer, eierbrøker mv. Det må også tas stilling til fastlegenes rolle i et slikt bilde.

5.3.3 Aktivitetsvilkåret

Aktivitetsvilkåret innebærer at mer enn 80 % av tjenesteleverandørens aktivitet må utføres for oppdragsgiveren eller virksomheter som oppdragsgiveren kontrollerer. I henhold til nyere praksis, herunder EU-domstolens avgjørelse i sak C-553/15 avsagt i desember 2016, skal aktivitet som utføres for andre enn eierne ikke regnes som utført for oppdragsgiver i vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt, selv om slik aktivitet utføres for andre offentlige aktører. Gitt dagens organisering av NHN, med statlig eierskap, vil i så fall aktivitet som tjenesteleverandøren utøver for kommunal helsesektor, herunder fastlegene, sannsynligvis ikke kunne regnes med i omsetningen mot staten. Dette tilsier at aktivitetsvilkåret ikke vil være oppfylt så lenge kommunene ikke er inne på eiersiden i NT, jf. forrige punkt.⁷

I denne sammenhengen er det et spørsmål hvordan aktiviteten til tjenesteleverandøren skal beregnes. Etter forskriften § 3-4 første ledd skal beregningen av den prosentvise aktiviteten enten baseres på gjennomsnittlig omsetning eller annen aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til tjenesteleveransen. Etter det vi forstår finansieres (deler av) NHNs tjenesteleveranser til kommunene i dag via statsbudsjettet. Med andre ord er det ikke direkte omsetning knyttet til NHNs tjenesteleveranser til kommunene, men NHN tilføres midler over statsbudsjettet (og kommunen tildeles motsvarende reduserte midler i form av nedtrekk på statlige bevilgninger). Dette kunne muligens tilsi at det alt vesentlige av tjenesteleverandørens omsetning må sies å være knyttet til staten, og at aktivitetsvilkåret således likevel er oppfylt. Tjenesteytelser til kommunen vil etter all sannsynlighet i et slikt tilfelle uansett ikke være omfattet av anskaffelsesregelverket fordi det ikke utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt. Vi går derfor ikke nærmere inn på dette her.

5.3.4 Private eierandeler

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at det skal foreligge utvidet egenregi etter anskaffelsesforskriften § 3-3, er at det ikke må være noen private eierandeler hos leverandøren. Det er pr. i dag ingen private eierandeler inne i NHN, og slik vi oppfatter det er det lite sannsynlig at det vil være aktuelt med private eierinteresser i NT fremover. I så fall vil vilkåret være oppfylt.

⁶ Dette behandles i vårt notat «Etablering av nasjonal tjenesteleverandør – anskaffelses- og støtterettslige spørsmål – foreløpige vurderinger» datert 30. mai 2018.

⁷ Dette tilsier for øvrig etter vårt syn også at dersom aktiviteten tjenesteleverandøren utøver for kommunal helsesektor (og ev. fastleger) overstiger 20 % av dens samlede aktivitet, vil det være tvilsomt også om staten, herunder spesialisthelsetjenesten, i medhold av utvidet egenregi kan motta tjenester fra tjenesteleverandøren uten konkurranse.

5.3.5 Oppsummering

Som gjennomgangen over viser vil det høyst sannsynlig være problematisk for kommunene (og eventuelt fastlegene) å kjøpe inn EPJ-tjenester fra NT i medhold av utvidet egenregi gitt dagens organisering av NT. Etter det vi kan se vil situasjonen være den samme uavhengig av om en tar utgangspunkt i konsept 4 eller 7.

5.4 Enerett/eneleverandør

Et annet potensielt rettsgrunnlag knytter seg til tildeling av enerett eller andre former for eneleverandørunntak. Det følger av anskaffelsesforskriften § 2-3 at dersom en aktør lovlig er tildelt en enerett, er tjenestekjøp fra enerettsleverandøren unntatt fra anskaffelsesregelverket. Unntaket bygger på at den aktuelle leverandøren har en enerett forut for tildelingen av den aktuelle kontrakten. Eneretten må være tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenelig med EØS-avtalen. Dette innebærer at eneretten må begrunnes i et såkalt tvingende allment hensyn (for eksempel helsen til befolkningen), eneretten må være egnet til å oppnå formålet og eneretten må være nødvendig for å oppnå formålet. Med andre ord må det samme målet ikke kunne nås med mindre inngripende midler enn eneretten.

Som et utgangspunkt vil enerettsunntaket ikke være anvendelig dersom markedet tilbyr de aktuelle tjenestene i tilstrekkelig grad allerede. Det skal sterkere hensyn til for å forsvare en enerett der det allerede eksisterer et marked. Det er imidlertid viktig å ha klart for seg *hva* eneretten skal knytte seg til. At det er leverandører i markedet av EPJ som sådan, vil ikke ha noen betydning forutsatt at det uansett skal kjøpes «noe mer» fra NT enn rene EPJ-tjenester, nemlig en integrert eller isolert samhandlingsløsning som gjør at systemene kommuniserer med hverandre. Vi oppfatter at både konsept 4 og 7 skal omfatte en slik samhandlingsløsning.

En enerettsmodell vil i prinsippet kunne være aktuell for begge modellene. Samtidig må det avklares hva eneretten rent faktisk skal omfatte. Det NT tilbyr i konsept 4 og 7 vil ikke være journalsystemer som sådan, men derimot en totalløsning som omfatter journalsystemløsninger fra tredjepart med drift og integrerte samhandlingsløsninger.

En særlig problemstilling under konsept 4 og 7 når det gjelder eneretten, er elementet av frivillighet i en overgangsperiode. Etter det vi forstår vil det i en periode være frivillig for kommuner og selvstendige næringsdrivende avtaleparter å delta i samarbeidet. Videre skal spesialisthelsetjenesten samt enkelte andre brukergrupper uansett ikke delta i ordningen.⁸ Det vil dermed likevel kunne være en rekke ulike aktive leverandører i markedet, hvilket gir opphav til spørsmålet om en eventuell enerett vil være reell og nødvendig og oppfylle kravene til enerett i EØS-rettslig forstand. Gitt at det uansett skal anskaffes «noe mer» enn en ren EPJ-løsning fra NT, er det ikke sikkert at dette spørsmålet kommer på spissen. Det er også nødvendig å se nærmere på forholdet til brukergrupper utenfor konseptene for å ta endelig stilling til disse spørsmålene.

En del av de tjenestene som NHN yter pr. i dag, hviler på enerettsunntaket idet NHN er tildelt en enerett til å utføre visse tjenester av allmenn økonomisk betydning for norsk helsevesen. De tjenester som NHN utfører som er omfattet av eneretten, er således ikke underlagt lovens og forskriftens bestemmelser. Det kan være visse rettslige utfordringer knyttet til utformingen av dagens enerett.⁹ Ved en eventuell utvidelse av eneretten for en fremtidig nasjonal tjenesteleverandør, eventuelt endring i eneretten, slik at eneretten omfatter tilbud av EPJ-tjenester og tilhørende samhandlingstjenester, er det viktig å sikre at eneretten er utformet på en slik måte at den fullt ut er i samsvar med EØS-retten.

⁸ Blant annet virksomheter i Midt-Norge og uavhengige private helseaktører.

⁹ Vi viser i denne forbindelse til rapporten fra advokatfirmaet ALT fra november 2015, som peker på enkelte rettslige utfordringer med dagens enerettsløsning.

Som et alternativ til å formulere og kunnngjøre en enerett kan man tenke seg at man gjennom lov eller forskrift pålegger først kommuner og fastleger, og senere eventuelt også spesialisthelsetjenesten, å bruke en nasjonal EPJ-løsning. Fordelen med en slik regulering er at den kan gjøres mer fleksibel som en gradvis innføring med overgangsordninger, slik at kjøperne for eksempel kun blir forpliktet til å knytte seg til den nasjonale løsningen når eksisterende avtaler utløper. Man vil med en slik regulering dessuten oppnå at brukerne faktisk forpliktes rettslig til å benytte den nasjonale løsningen, med de eventuelle incitamentsvirkninger dette medfører for en rask utrulling. Også et pålegg om bruk må være klarert opp mot EØS-retten. Det er de samme generelle vilkårene som vil måtte være oppfylt her som ved tildeling av en enerett etter § 2-3, men det kan tenkes at det vil bli enklere å klarere et mer avgrenset pålegg opp mot EØS-retten enn en mer generell enerett.

Spørsmålet er hvordan en slik forpliktelse til å benytte den nasjonale tjenesteleverandøren stiller seg anskaffelsesrettslig. Et slikt pålegg kan innebære at det kun finnes én leverandør i markedet, slik at unntaket om eneleverandører i § 13-4 kan komme til anvendelse.

I likhet med en enerettsløsning kan det også oppstå spørsmål om et pålegg om bruk i kombinasjon med § 13-4 er anvendelig i en fase hvor det er frivillig å benytte løsningen. Vi antar at det vil være en gradvis innføring av pålegget om bruk. Vi mener at en slik gradvis innføring med pålegg om bruk vil være forsvarlig forutsatt at den gradvise innføringen har gode grunner for seg, typisk at dette er en løsning hvor det ikke er mulig at hele helsetjenesten tar i bruk samme løsning samtidig.¹⁰

Den prinsipielle forskjellen mellom de to fremgangsmåtene (innføring av generell enerett vs. suksessiv innføring av pålegg om bruk) antas å være liten. Etter vårt syn vil det uansett være adgang å unnta kommunenes anskaffelse av EPJ-tjenester fra konkurransen enten dersom det er tildelt en enerett eller lovgiver har bestemt at kommunene skal benytte seg av den nasjonale tjenesteleverandørens løsning. Forutsetningen er i begge tilfeller at pålegg eller enerett er klarert opp mot EØS-retten. Rent reguleringsteknisk fremstår en gradvis innføring om pålegg av bruk i kombinasjon med eneleverandør unntaket i § 13-4 muligens som den mest praktiske fremgangsmåte.

5.5 Offentlig-offentlig samarbeid

5.5.1 Innledning

Et alternativ til ovennevnte rettsgrunnlag er reglene om såkalt offentlig-offentlig samarbeid. Etter anskaffelsesforskriften § 3-3 er det tre vilkår som må være oppfylt for at et offentlig-offentlig samarbeid skal foreligge:

- Samarbeidet har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål;
- Samarbeidet blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser; og
- Mindre enn 20 % av aktiviteten som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.

Dersom samtlige vilkår er oppfylt, vil samarbeidet falle utenfor anskaffelsesregelverkets virkeområde.

Det er to innfallsvinkler til spørsmålet om offentlig-offentlig samarbeid. For det første kan et offentlig-offentlig samarbeid knytte seg til EPJ-løsninger som sådan. En kan imidlertid også ha en bredere tilnærming til problemstillingen; et samarbeid om EPJ-løsninger kan inngå i et bredere offentlig-offentlig samarbeid knyttet til det å sikre helsetjenester av høy kvalitet til befolkningen. I det følgende er det den førstnevnte innfallsvinkel som behandles.¹¹

¹⁰ En slik løsning er valgt i reseptformidlerforskriften, hvor det fremgår av § 2-1 fjerde ledd at «Meldeplikten gjelder ikke dersom rekvirenten, ved rekvirering, ikke har tilgang til et datasystem som gir rekvirenten mulighet til å sende elektroniske resepter».

¹¹ Vi viser for øvrig til vårt notat av 30. mai 2018 hva gjelder den andre problemstillingen.

5.5.2 Samarbeidet har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål

Det første vilkåret som må foreligge er at samarbeidet må gjelde *offentlige oppgaver*. Etter vårt syn er det nærliggende at det er det å sikre sømløs ytelse av nødvendige helsetjenester til pasientene som defineres som det overordnede målet for samarbeidet. Dette omfatter de løsninger som ligger inne i EIEJ-prosjektet, herunder løsninger knyttet til tilgang til helseopplysninger, pasientrettet planlegging, saksbehandling og koordinering, organisering av ytelsene fra helsepersonell knyttet til behandling mv. samt kunnskapsutveksling knyttet til pasienttjenestene. Samhandling, og da særlig i tilknytning til felles journalsystem, vil være av avgjørende betydning for den totale opplevelsen av og innholdet i de aktuelle tjenestene så vel fra et brukerperspektiv som fra et pasientperspektiv. Mens pasienten vil oppleve en betydelig forbedret tjeneste, vil samhandlingsløsningene gi brukerne mulighet til å yte helsetjenester av høy kvalitet. Dette må anses å være en klart offentlig oppgave.

Det er også nødvendig å se på *hvilke* tjenester de ulike aktørene skal yte inn i samarbeidet for å oppfylle den offentlige oppgaven. I denne sammenhengen vil det være naturlig å ta utgangspunkt i de oppgavene aktørene utøver i dag.

Det følger av spesialisthelsetjenesteloven § 3-2 første ledd at helseinstitusjoner «skal sørge for at journal- og informasjonssystemene ved institusjonen er forsvarlig. Den skal ta hensyn til behovet for effektiv elektronisk samhandling ved anskaffelse og videreutvikling av sine journal- og informasjonssystemer». For kommunene og fastlegenes del følger tilsvarende bestemmelse av helse- og omsorgstjenesteloven § 5-10 første ledd. NHN har – etter enerett – ansvaret for å levere og sikre den nasjonale infrastrukturen for effektiv samhandling mellom aktørene (samt ansvaret for en rekke andre tjenester). Tilsvarende vil kunne gjelde for den nasjonale tjenesteleverandøren i fremtiden. Dette underbygger at samtlige parter på ulike måter har plikter som kan ytes som bidrag inn i samarbeidet.

I samarbeidet om å yte tjenester til befolkningen, er det ikke et krav at alle partene yter *samme* tjenester. Tjenestene kan være komplementære, og etter vårt syn fremstår det som nærliggende å anse de tjenester som skal ytes til befolkningen nettopp som dette, jf. over.

Det er også et krav om at det eksisterer et *genuint samarbeid* partene i mellom. Det må således foretas en avgrensning mot rene tjenestekjøp. Dersom samarbeidet i større utstrekning har karakter av utveksling av tjenester mellom de samarbeidende parter, eventuelt tjenestekjøp fra én av partene, vil vilkårene etter forskriften neppe være oppfylt.

Fra et slikt perspektiv kan tjenesteleverandørens ytelse i samarbeidet anføres å være nødvendig for oppgaven det er å tilby sømløse helsetjenester til befolkningen. Uten disse ytelsene vil stat og kommune ikke kunne yte tjenester av samme kvalitet. Departementet har i sin veileder til anskaffelsesregelverket også antatt at det offentlige samarbeidet kan omfatte støttetjenester, for eksempel regnskaps- IKT- og kantinetjenester. Etter vårt syn bør det kunne argumenteres for at i hvert fall deler av tjenesteleverandørens virksomhet anses som støttetjenester som er nødvendig for å oppnå formålet med samarbeidet.

På den annen side er det uklart hvorvidt kommuner og andre brukere, herunder fastleger, vil bidra overfor tjenesteleverandøren utover eventuell betaling. Dette svekker argumentasjonen om at det foreligger et genuint samarbeid, idet det etter vårt syn trolig vil være et krav at samtlige parter yter et bidrag inn i samarbeidet som går utover ren tjenesteutveksling. Det kan også stilles spørsmål ved om den overordnede målsettingen med samarbeidet – å yte sømløse helsetjenester av høy kvalitet til befolkningen – blir for vid til at det er snakk om et genuint samarbeid i anskaffelsesrettslig forstand for å nå dette målet.

For å avklare om det foreligger et genuint samarbeid, vil det være nødvendig å se nærmere på de konkrete tjenestene den enkelte aktør skal yte og hvordan dette er regulert i dag. For pasientjournaltjenester ligger databehandleransvaret hos den behandlende helsevirksomhet. Isolert sett vil dette muligens trekke i retning av at det ikke foreligger et samarbeid. Her kan det imidlertid tenkes at

det kan ha betydning for vurderingen dersom en i stedet velger å etablere sentrale tjenester, hvor også databehandleransvaret sentraliseres og legges til tjenesteleverandøren. Dette er særlig aktuelt i konsept 7. I dette konseptet vil det kunne argumenteres for at den enkelte helsevirksomhetens bruk av de sentrale tjenestene i seg selv er helsevirksomhetenes bidrag til et genuint samarbeid.

Et viktig spørsmål er også *hvem* som skal defineres inn som en samarbeidende part i eventuelt offentlig-offentlig samarbeid. Stat og kommune er selvsikre deltakere, men det må også ses nærmere på om og eventuelt hvilken rolle fastlegene skal ha i et slikt samarbeid. Et offentlig-offentlig samarbeid kan kun inngås mellom offentlige oppdragsgivere, jf. anskaffelsesforskriften § 3-3. Fastleger er ikke en offentlig oppdragsgiver i relasjon til anskaffelsesforskriften § 3-3. I utgangspunktet kan fastleger derfor ikke delta som en part i samarbeidet. På den andre siden kan det også argumenteres for at fastlegene må anses som kommunens «forlengede arm», slik at de må kunne anses for å utgjøre en offentlig oppdragsgiver etter § 3-3. Dette vil også kunne ha betydning for hvordan målsettingen for samarbeidet defineres, og ikke minst for vurderingen av om det foreligger et genuint samarbeid.

5.5.3 Samarbeidet må utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser

Det andre vilkåret som må være oppfylt, er at samarbeidet må utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser. I dette vilkåret ligger det blant annet at det kun er et begrenset rom for finansielle transaksjoner mellom partene. Finansielle transaksjoner må i utgangspunktet være begrenset til kostnadsdekning. Departementet har i sin veileder til anskaffelsesregelverket imidlertid lagt til grunn at det også kan være et visst rom for å ta fortjeneste utover ren kostnadsdekning innenfor et offentlig-offentlig samarbeid. Departementet viser blant annet til at overskudd må kunne investeres i tjenesten som samarbeidet gjelder. Det må således avklares nærmere hvordan EPJ-tjenestene som den nasjonale tjenesteleverandøren yter til kommunene skal betales for, herunder hvordan kostnadene leverandørene har ved å yte tjenestene, skal dekkes.

5.5.4 Mindre enn 20 % av aktivitetene som samarbeidet omfatter må utføres for andre enn oppdragsgiverne

Offentlig-offentlig samarbeid er kun anvendelig der mindre enn 20 % av aktiviteten som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne. Hvordan samarbeidet konkret er definert, og ikke minst om fastlegene er deltakere i samarbeidet eller ikke, vil ha betydning for denne vurderingen.

Det sentrale er om 20 % av aktivitetene utføres *for andre enn oppdragsgiverne*. Det viktigste spørsmålet er derfor om fastlegene skal anses som del av samarbeidet, eventuelt om omsetning til fastlegene likevel kan anses som en del av kommunens omsetning. Dersom fastlegenes virksomhet utgjør under 20 % av de totale aktivitetene i samarbeidet, vil problemstillingen ikke komme på spissen. Det er nødvendig å utrede nærmere hvordan 20 %-grensen skal trekkes i lys av dette.

5.5.5 Oppsummering

Offentlig-offentlig samarbeid *kan* være et mulig grunnlag for organisering av EPJ-tjenester. Det er imidlertid flere spørsmål som må underlegges nærmere vurdering, særlig i forbindelse med fastlegenes rolle i et eventuelt slikt samarbeid. Det må også vurderes nærmere om det foreligger et genuint samarbeid, og ikke bare en utveksling av tjenester mot vederlag. En slik vurdering må gjøres med utgangspunkt i de tjenestene som aktørene skal bidra med inn i samarbeidet. I denne forbindelse vil det kunne styrke argumentasjonen for at det foreligger et genuint samarbeid dersom samarbeidet reguleres gjennom lov/forskrift.

5.6 Ingen gjensidig bebyrdende kontrakt – nedtrekk over statsbudsjettet

En annen mulig løsning for organisering av tilbud av EPJ-tjenester, er budsjettfinansiering. Med budsjettfinansiering menes at det ikke går midler fra «kjøper» av tjenestene til leverandøren. Dette vil kunne tale for at det ikke foreligger noen gjensidig bebyrdende kontakt, jf. anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a. Dette kan eventuelt gjennomføres i kombinasjon med en enerettsmodell. Vi har forstått at det

i dag for enkelte av de tjenester som ytes fra NHN til kommunene, ikke ytes noen direkte betaling fra kommunene. Disse tjenestene er i stedet finansiert direkte over statsbudsjettet. Som skissert i ALT-rapporten av november 2015, er dette en løsning som etter vårt syn vil innebære at det ikke inngås noen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand mellom tjenesteleverandøren og de ulike kommunene. Denne løsningen er dermed et robust grunnlag for å unnta fra anskaffelsesreglene de tjenestene som ytes til kommunen pr. i dag.

Selv om dette kan være en farbar vei fra et juridisk perspektiv, kan det likevel være grunner til at dette er en lite ønskelig løsning. Normalt vil en tjenestekjøper ha større eierskap og incitament til å følge opp leveranser fra tjenesteleverandøren enn der det ikke betales et vederlag, men hvor vederlaget i stedet er knyttet til et nedtrekk på budsjettene.

5.7 Andre grunnlag

Et annet spørsmål er om et eventuelt pålegg om bruk av den nasjonale tjenesteleverandøren kan innebære at det ikke inngås kontrakt mellom kommuner/fastleger og tjenesteleverandøren. EU-domstolen har i enkelte avgjørelser uttalelser som kan tas til inntekt for at når en virksomhet er pålagt å utføre en oppgave for en offentlig oppdragsgiver, inngås det ikke noen kontrakt mellom virksomheten og den offentlige oppdragsgiveren. De nærmere grensene for når et slikt pålegg innebærer at det ikke inngås en kontrakt, er imidlertid beheftet med betydelig tvil.¹²

Det eksisterer også enkelte særskilte unntak i regelverket fra plikten til å kunngjøre en konkurranse, f.eks. unntaket for sikkerhetsanskaffelser. Etter anskaffelsesforskriften § 2-1 bokstav b) gjelder anskaffelsesforskriften ikke anskaffelser som faller inn under anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet som definert i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser («FOSA»). FOSA gjelder i første rekke anskaffelser til forsvarsformål og levering av graderte tjenester.

Etter anskaffelsesforskriften § 2-2 gjelder loven og forskriften heller ikke for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123 eller anskaffelser som er erklært hemmelige eller bare kan utføres under særlige sikkerhetstiltak i henhold til lov, forskrift eller forvaltningsvedtak.

Vi har ikke foretatt noen grundig vurdering av anvendeligheten av slike unntak. Umiddelbart fremstår slike unntak mindre aktuelt. Bestemmelsene skal tolkes snevert, og sikter i første rekke til anskaffelser som er av vesentlig sikkerhetsinteresser for Norge. Vår overordnede vurdering er derfor at slike unntak fremstår mindre aktuelle.

6 STØTTERETTLIGE SPØRSMÅL

Overordnet er det et sentralt spørsmål hvorvidt tjenesteleverandøren i ulike sammenhenger kan anses å utøve økonomisk aktivitet, dvs. opptrer som et foretak i støtterettslig forstand. Dette er ett av fem kriterier som må være oppfylt for at støtte i EØS-rettslig forstand skal anses å foreligge. Hvis tjenesteleverandøren utøver økonomisk aktivitet, vil direkte eller indirekte overføringer fra staten til tjenesteleverandøren kunne anses som støtte. En slik vurdering vil avhenge av en rekke faktorer, blant annet finansiering, tilrettelegging og organisering av tjenesten.

Et annet spørsmål som oppstår er om overføringer til fastlegene er å anse som støtte i EØS-rettslig forstand. Dette vil avhengig av den valgte finansieringsmodellen, og er etter vårt syn aktuelt for konsept 4 og 7. Det vil også kunne komme på spissen i konsept 1 for det tilfellet at det er aktuelt å gi tilskudd til fastlegene for å kunne anskaffe samhandlingstjenester. Dersom myndighetene finansierer anskaffelsen av EPJ-systemene for fastlegene, er det en mulighet for at dette vil kunne anses som statsstøtte til fastlegene.

¹² Se Jannicke Wiggins bok *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor – kontraktsbegrepets grenser*, hvor det konkluderes på side 271 at det er et åpent spørsmål om hvor grensen går mellom kontrakter på den ene siden og lov og administrative bestemmelser som rettsgrunnlag for tjenesteytelser på den andre siden.

Dette følger av det som er nevnt avslutningsvis i punkt 5.2 ovenfor, om at fastlegene har en noe uavklart støtterettslig posisjon.
