



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede foretar løpende tjenesteanskaffelser fra et selskap som er heleid av et datterselskap av innklagede. Selskapet det anskaffes fra, har hele sin omsetning knyttet til innklagedes virksomhet. Basert på dette fant klagenemnda at unntaket for egenregi kom til anvendelse.

Klagenemndas avgjørelse 21. november 2005 i sak 2005/247

Klager: NorChip AS

Innklaget: Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Egenregi

Bakgrunn:

- (1) I mai 2002 ble selskapet GenDia etablert som et samarbeidsprosjekt mellom Avdeling for patologi ved det daværende Rikshospitalet HF og SINTEF kjemi. I henhold til innklagedes forklaring skulle GenDia etablere og drive et laboratorium for gendiagnoser. GenDia skulle bistås både av Rikshospitalet og SINTEF og ble eid av de to i fellesskap. Prosjektet utløp ved årsskiftet 2004/2005.
- (2) GenDia AS (heretter kalt GenDia) ble så etablert som eget aksjeselskap 2. februar 2005. I stiftelsesdokumentet heter det at selskapets formål er å *"utføre analyser basert på genteknologi for diagnostikk, generell risikovurdering og vurdering av terapi i forbindelse med kreftsykdommer"* og å *"utvikle nye analyseløsninger basert på genteknologi"*. Videre heter det at *"formålet kan fremmes ved deltagelse i eller samarbeid med andre foretak i inn- og utland"*.
- (3) I henhold til innklagedes forklaring har GenDia to ansatte, hvorav én, firmaets daglige leder, er ansatt i 80% stilling hos GenDia og 20% stilling ved Avdeling for patologi ved Rikshospitalet. De tre styremedlemmene i GenDia mottar ikke styrehonorar og har ingen opsjoner eller lignende rettigheter til fremtidige eierandeler i selskapet. Det tas ikke utbytte fra GenDia.
- (4) GenDia er heleid av Medinnova AS (heretter kalt Medinnova), som igjen er heleid av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (heretter også kalt innklagede). Medinnova ble unntatt fra skatteplikt ved Oslo likningskontors vedtak av 17. august 2005. Som begrunnelse for vedtaket het det blant annet:

”Ved avgjørelsen er det lagt vekt på at Medinnova AS har som formål å bidra til en effektiv utnyttelse av forskningsressursene innen Bio-medisin og helse ved Rikshospitalet og tilsvarende allmenntilgjengelige forskningsmiljøer. Medinnova AS anses således ikke å ha erverv til formål. Videre er det lagt vekt på at vedtektene klart angir at overskudd skal tilbakeføres til forskning i egen regi og kan ikke utdeles som utbytte til aksjonærene. Det er også lagt vekt på at selskapets virksomhet finansieres gjennom inntekter fra oppdrags- og bidragsforskning, donasjoner, stipender, priser og ulike honorarer.”

- (5) I avtalen mellom innklagede og GenDia AS av 29. april 2005, som erstatter den muntlige avtalen fra 1. januar 2005, heter det blant annet følgende:

”GenDia AS (heretter GenDia) og Avdeling for patologi, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (heretter RR-hospitalet) er enige om å samarbeide omkring utveksling av en molekylærgenetisk analyseservice. I først rekke vil dette begrense seg til supplerende tester av humant papillomavirus (HPV). Det kan bli aktuelt å utvide samarbeidet til å omfatte andre tester etter behov.

Intensjonen med samarbeidet er at GenDia skal kunne få utført undersøkelser fra RR-hospitalet i de tilfeller der det er aktuelt for GenDia å supplere egne undersøkelser.

[...]

Bakgrunn

GenDia tilbyr det offentlige og private helsevesen en service for HPV testing i tilknytning til undersøkelser av celler fra livmorhals. [...]

Logistikk

Celleprøver mottas fra rekvirenter ved GenDia til registrering, DNA isolasjon og HPV testing (Hybrid Capture II) DNA fra positive HPV prøver oversendes til Laboratorium for molekylærpatologi, Avdeling for patologi, for HPV genotyping dersom dette anses ønsket fra rekvirenter. Gjennom felles tilgang til svarsystemet ved RR-hospitalet (SymPathy®), legges resultatet fra analysene ved GenDia AS og RH-DNR, respektivt, for samkjøring med cytologi. Det endelige svaret fra HPV analysene og cytologi godkjennes av ansvarlig patolog ved Avdeling for patologi.

Økonomi

RR-hospitalet dekker de totale kostnader for analyser utført på GenDia og RR-hospitalet gjennom refusjon fra Rikstrygdeverket og de regionale helseforetak (RHF) etter inngåtte avtaler og gjeldende retningslinjer. GenDia fakturerer RR-hospitalet for utførte analyser inntil GenDia har etablert egne avtaler med helseforetakene og Rikstrygdeverket.

GenDia svarer for utgifter som påføres RR-hospitalet i form av leie av lokaler, bruk av personale og bruk av annen infrastruktur (datasystem, telefon etc).

Ansvar overfor kundene

GenDia står som ansvarlig overfor kundene når det gjelder forsendelse av prøvetakingsutstyr og håndtering av prøvemateriale og utførelse av screeningstesten og eventuell supplerende genotyping. Rikshospitalet har det overordnede

medisinskfaglige ansvaret ved formidling av korrekte diagnoser overfor rekvirenten av HPV analyser.”

- (6) Innklagede har forklart at rekvirentene kan være både privatpraktiserende og andre helseforetak. GenDia mottar de fysiske prøvene som kommer inn, mens rekvisisjonen sendes til innklagede v/Avdeling for patologi hos Rikshospitalet. Hos GenDia blir prøvene kjørt gjennom et analyseinstrument. Prøveresultatet blir så sendt til Avdeling for patologi hos innklagede som kontrollerer prøvesvarene og gjør en medisinskfaglig kvalitetssikring. Prøvesvarene blir så sendt fra innklagede til rekvirentene. GenDia fakturerer innklagede for tjenestene, mens innklagede mottar refusjon fra Rikstrygdeverket for den samlede tjenesten, dvs både den delen som utføres av GenDia og den delen som utføres av Rikshospitalet. I henhold til innklagedes forklaring er dette GenDias eneste omsetning.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (8) Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF gjennomfører ulovlige direkte anskaffelser ved innkjøp av tjenester for HPV-testing. I tillegg til å ha denne innklagede som kunde tilbyr GenDia HPV-tester direkte til private aktører i markedet. Unntaket for egenregi kan ikke komme til anvendelse ettersom GenDia er et selvstendig rettssubjekt.
- (9) Prøvene blir sendt direkte fra rekvirenten til GenDia. Prøvene som skal analyseres, kommer altså ikke fra innklagede, men fra ulike kunder/rekvirenter i markedet. For kundene er det GenDia som er tjenesteyter. Riktignok registreres prøvene hos innklagede, og de blir også fakturert derfra, men dette gjøres bare fordi det er nødvendig for å kreve refusjon fra Rikstrygdeverket. GenDia er dermed ingen underleverandør til innklagede.
- (10) GenDia ble etablert som et samarbeidsprosjekt mellom innklagede og SINTEF, og de to var eiere i fellesskap frem til årsskiftet 2004/2005. De anskaffelsene som ble foretatt før årsskiftet, var dermed uansett ulovlige direkte anskaffelser.
- (11) Helse Sør RHF er som eier av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, medansvarlig for de ulovlige direkte anskaffelsene som skjer.
- (12) Klager er leverandør av tilsvarende tjenester som GenDia, og har dermed saklig klageinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (13) Begge de innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (14) Med opprettelsen av GenDia har Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF valgt å organisere en del av sin virksomhet ved Avdeling for patologi som et eget aksjeselskap. Dette innebærer at Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og GenDia er forskjellige rettssubjekter. Organiseringen innebærer imidlertid ikke at tjenestene GenDia utfører, er eksterne. Det er en så sterk nærhet og avhengighet mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF virksomhet ved avdeling for patologi og

GenDia at tjenesten må anses for å bli utført i egenregi. Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har en kontroll over GenDia som tilsvarer den man har over interne avdelinger, og GenDia har hele sin omsetning rettet mot innklagede. Vilåårene for såkalt utvidet egenregi som EF-domstolen har oppstilt i Teckal-saken, er dermed oppfylt.

- (15) Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har organisert virksomhet i datterselskaper for å redusere styringsspennet og få mer fokus på kjernevirksomheten. Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har også erfart at når virksomhet som har rammebetingelser til det, organiseres som et selskap med selvstendig ansvar og eierskap til egen økonomi, virker dette gunstig på virksomhetens resultater. Et annet aspekt ved det å organisere virksomhet som aksjeselskap er at det setter virksomheten inn et prøvet og stabilt rammeverk som gir trygghet og forutsigbarhet i håndtering av økonomien.
- (16) For Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF har organisering av virksomhet i egne datterselskap vært et alternativ som gjør at virksomhet kan opprettholdes som egen i stedet for å sette virksomheten bort til eksterne tilbydere.
- (17) Når det gjelder de anskaffelsene som ble foretatt fra GenDia mens selskapet var eid av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og SINTEF i fellesskap, er disse foretatt over seks måneder før tidspunktet for klagen, og denne delen av klagen må derfor avvises.
- (18) Saken vedrører ikke Helse Sør RHF. Helse Sør RHF har verken hatt kontakt med GenDia eller oppfordret til kjøp fra GenDia.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager anfører at klager er aktuell leverandør av den typen tjenester som GenDia utfører. Ved vurderingen av om saklig klageinteresse foreligger, må klagenemnda bygge på klagers pretensjoner, iallfall så lenge disse ikke åpenbart er uriktige. Klagenemnda registrerer at klager er leverandør av medisinske tjenester og finner at klager har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (20) I henhold til samme bestemmelse må klage fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt i saken er inngått. Klagen er datert 7. september 2005, og klagenemnda kan derfor ikke ta stilling til om innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved de anskaffelsene som ble foretatt før årsskiftet 2004/2005, den gang innklagede, ifølge klager, ikke var eneeier av GenDia. Klagenemnda forstår partene slik at klagen ellers gjelder anskaffelser som skjer løpende, og klagen er dermed rettidig når det gjelder anskaffelser fra GenDia til innklagede etter dagens organisering.
- (21) Det er to innklagede i saken, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF. Slik klagenemnda forstår saksforholdet, skjer analysene gjennom et samarbeid mellom GenDia og Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, der dette helseforetaket betaler GenDia for den delen GenDia utfører. Etter klagenemndas vurdering utfører derfor GenDia tjenestene utelukkende til Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF. Helse Sør RHF foretar ingen anskaffelse på vegne av Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og bestiller heller ingen tjenester til seg selv. En oppfordring om at Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF skal gjøre dette på en bestemt måte, kan ikke anses dekket av

anskaffelsesregimet. Helseforetakene er egne rettssubjekter, selv om de er eid av de regionale helseforetakene, og klagen mot Helse Sør RHF forkastes derfor.

- (22) GenDia utfører nærmere bestemte helsetjenester for Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, og mottar betaling fra denne innklagede for dette arbeidet. Dette er en gjensidig bebyrdende avtale, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-4. Helsetjenester er uprioriterte tjenester, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 25, og anskaffelsen er derfor etter sin art regulert av forskriftens del I og III, jf § 2-1 (3).
- (23) Det sentrale spørsmålet i saken er om den tjenesten GenDia utfører for innklagede, skjer som egenregi, slik at plikten til å følge regelverket for offentlige anskaffelser bortfaller.
- (24) Det er på det rene at GenDia og Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF er forskjellige rettssubjekter. I henhold til EF-domstolens praksis kan imidlertid kontrakter fritt tildeles en annen juridisk person når oppdragstaker er underlagt en kontroll svarende til den som anskaffelsesmyndigheten selv utøver over interne organer, og når oppdragstaker har sin omsetning i det vesentlige knyttet til den kontrollerende myndighet, jf Teckal-dommen (C-107/98).
- (25) GenDia er heleid av et selskap som innklagede, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, igjen eier 100%. EF-domstolen slo i Stadt Halle-dommen (C 26/03) fast at egenregi er utelukket dersom et privat foretak er medeier i det rettssubjektet anskaffelsen skal skje fra. Klagenemnda finner det imidlertid klart at Medinnova ikke er et slikt privat foretak som utelukker innklagede fra å gjøre anskaffelser fra GenDia i egenregi, gitt eierforholdene og karakteren av Medinnovas virksomhet. Det faktum at styremedlemmene i GenDia verken mottar honorar eller opsjoner til å erverve aksjer i selskapet, bekrefter også dette, samt at GenDia ikke utbetaler utbytte bekrefter dette. Denne organiseringen av virksomheten kombinert med delingen av ansatte mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF (innklagede) og GenDia tilsier at innklagede har kontroll med GenDia på samme måte som med et internt organ.
- (26) Det synes som om klager tar samarbeidsavtalen mellom Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og GenDia til inntekt for at GenDia vil kunne tilby tjenester også til andre enn innklagede. I henhold til innklagedes forklaring er imidlertid GenDias omsetning fullt ut knyttet til innklagede og har hele tiden vært det. Klagenemnda finner etter dette at innklagedes anskaffelser av tjenester fra GenDia skjer i egenregi. Dersom eierskap eller omsetning skulle endre seg i fremtiden, slik samarbeidsdokumentet synes å forutsette, kan dette endre seg.

Konklusjon:

Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF og Helse Sør RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
21. november 2005

Siri Teigum

