

K E N D E L S E

Dojo Software ApS
(advokat Rune Hyllested, Aalborg)

mod

Region Nordjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Den 28. februar 2012 bekendtgjorde indklagede, Region Nordjylland, at regionen den 11. januar 2012 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse havde tildelt en kontrakt vedrørende et medicinmodul til CSC Scandihealth A/S. Som begrundelse anførte indklagede blandt andet: »Tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke kunne forudse, og under streng overholdelse af direktivets regler.«

Klagenævnet har den 2. marts 2012 modtaget en klage fra klageren, Dojo Software ApS, over indklagede.

Sagen drejer sig om, hvorvidt indklagede den 9. januar 2012 som følge af force majeure vedrørende en medicinhåndteringskontrakt var berettiget til at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c).

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle bestemme, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 8. juni 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 14. september 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem indklagede og CSC Scandihealth A/S for uden virkning.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 9. januar 2012 om at tildele kontrakten til CSC Scandihealth A/S.

Klageren har taget forbehold om at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 11. marts 2013 meddelt indklagedes kontraktpart, CSC Scandihealth A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

CSC Scandihealth A/S har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder:

Indklagede (Nordjyllands Amt, nu Region Nordjylland) indgik den 10. november 2004 en service- og licensaftale med Theriak ehf om licens til TMM - Theriak Medication Management system – samt løbende service, support og udvikling af systemet, der er et elektronisk medicinmodul med det formål at sikre kvaliteten i forbindelse med medicinhåndtering, således at patienterne får korrekt medicin i den rigtige dosis, på den rigtige måde, i den rigtige form og på det rigtige tidspunkt. Efter det oplyste var der den 24. november 2011, da Theriak ehf gik konkurs, ca. 5.000 brugere af systemet i indklagedes område.

Den 21. december 2007 indgik indklagede med Theriak ehf en service- og licensaftale, hvoraf blandt andet fremgår:

»1. System

Med denne aftale forpligter Theriak sig til at yde service på Theriak Therapy Management System i henhold til nærmere beskrivelse nedenfor.

...

2. Formål

I forbindelse med Amternes nedlæggelse og indførelse af Regioner i Danmark er RN indtrådt i og fortsætter det eksisterende samarbejde som reguleret i Serviceaftale af 10.11.2004.

...

10. Brugerlicens

De af serviceafgifterne dækkede licenser dækker brugen af TMM på alle sundhedsinstitutioner, som ejes af RN.

Licensrettighederne kan ikke udstrækkes til brug af TMM på yderligere sundhedsinstitutioner i tilfælde af, at regionens opgaveområde, geografiske område e.l. udvides i forbindelse med fremtidige strukturreformer, opgaveomlægninger mellem myndigheder etc.

Licensrettighederne og de hertil knyttede forpligtelser medfølger dog til andre offentlige myndigheder mv, som måtte overtage de dækkede sundhedsinstitutioner.

RN kan overlade driften af TMM til tredjemand.

TMM og dertil knyttet dokumentation, som er blevet installeret i RNs driftsmiljø, forbliver Theriaxs ejendom.

...

RNs rettigheder inkluderer ikke retten til at arbejde med, ændre, se på eller på andre måder påvirke programmernes kildekoder, jf. dog pkt. 11, inkluderet, men ikke begrænset til databasedesign, funktionalitet i centraliserede tjenester og funktionalitet i klientprogram. Der er ikke adgang til at benytte sig af delvise relationsdiagrammer eller SQL-kildekoder fra databaser, underliggende systemer eller systemkomponenter, eller dekompile kildekode eller information fra centraliserede tjenester eller klienter.

...

11. Source code

Theriak har i enhver henseende eneret til kildekoden (source code) jf dog nedenfor.

I nedenstående tilfælde er Theriak forpligtet til uden ophold at udlevere kildekoden til den af denne kontrakt omhandlede software, således at RN kan bruge kildekoden til vedligeholdelse og videreudvikling af softwaren indenfor RNs produktionsmiljø:

I tilfælde af Theriaks konkurs eller betalingsstandsning

...

Såfremt RN overtager kildekoden i ovennævnte tilfælde, får RN eneret til anvendelse, vedligeholdelse og udvikling af softwaren til benyttelse i RNs produktionsmiljø...«

Da Theriak ehf var blevet erklæret konkurs, blev medicin håndteringssystemet vedligeholdt af CIS Oncology, der er et datterselskab af CIS Healthcare ltd., der er et engelsk med Theriak ehf koncernforbundet selskab, som fra juli 2011 havde varetaget kommunikationen med indklagede på vegne Theriak ehf.

Forud for et direktionssmøde afholdt formentlig den 13. december 2011 blev der af indklagede udfærdiget sålydende dokument:

»2 Fremtidsscenarier omkring medicinmodulet Theriak.

Sagsfremstilling

Resume

...

Koncern IT har sammen med regionens jurister analyseret de mulige fremtidsscenarier, der er omkring medicinmodulet Theriak. På kort sigt er den eneste reelle mulighed at fortsætte anvendelsen af Theriak i Region Nordjylland efter aftaleindgåelse med CIS. Koncern IT vil derudover anbefale, at der snarest igangsættes et udbud om anskaffelse af et nyt medicinmodul. Hvis anbefalingen følges, vil konsekvensen være, at regionen anvender Theriak indtil udbuddet er gennemført, og det valgte medicinmodul kan tages i anvendelse ca. medio 2014.

...

Her-og nu-situationen

...

I løbet af 2011/januar 2012 bliver det afgjort om CIS overtager konkursboet efter Theriak ehf. Hvis de gør det, vil regionen kunne tegne en længerevarende driftsaftale, og således sikre, at Theriak også på den lidt længere bane anvendes til at understøtte medicineringsprocessen i regionen.

...

CIS som strategisk samarbejdspartner

CIS Healthcare er som førnævnt en britisk virksomhed med én storinvestor. Region Nordjylland har endnu ikke modtaget oplysninger fra CIS omkring organisationernes størrelse og økonomiske situation.

På baggrund af erfaringerne med Theriak bør regionen dog sikre sig, at CIS har den fornødne ballast både organisatorisk, videnskabeligt og økonomisk til både at drive og supportere løsningen samt til at kunne fortsætte videreudviklingen. Særligt videreudviklingen og prioriteringerne i den forbindelse kan blive en udfordring for en udenlandsk virksomhed, idet der løbende kommer nye danske tiltag inden for sundheds IT som nødvendigvis skal prioriteres ind.

...

Koncern IT og juridisk kontor anbefaler, at Region Nordjylland indgår aftale omkring support og vedligehold af Theriak inkl. leverance af FMK [Fælles Medicin Kort] funktionalitet med CIS. Idet der er tale om en strategisk samarbejdspartner for Region Nordjylland anbefaler Koncern IT, at der afholdes et møde mellem direktionen og CIS v/ ... snarest.

...

Forberedelse af udbud til anskaffelse af nyt medicinmodul

...

Det betyder at forberedelserne til udbud vil pågå fra februar måned i fællesadministrationen, mens Koncern IT forventer involvering af klinikere fra august 2012. Dette fører frem mod en annoncering af udbud primo 2013 med forventning om gennemførsel inkl. teknisk implementering medio 2014.

...«

Den 15. december 2011 meddelte CIS Healthcare ltd. indklagede, at selskabet som følge af, at det ikke var lykkedes at overtage nøglemedarbejderne fra Theriak ehf, ikke ville yde support og service efter den 22. december 2012.

Af et referat fra den lukkede del af et den 19. december 2011 afholdt forretningsudvalgsmøde hos indklagede fremgår under punkt 9:

»LUKKET PUNKT: Indgåelse af kontrakt uden udbud på medicinmodul fra CSC Scandihealth

...

Region Nordjylland har kontraktmæssig ret til kildekoden til Theriak i form af systemdokumentationen til egen drift og videreudvikling. Det vurderes dog, at Region Nordjylland ikke kan drage nytte heraf, endsige etablere en forsvarlig driftssituation ved egne medarbejdere eller ved

anden leverandør, medmindre pågældende leverandør råder over nøglemedarbejdere fra det konkursramte selskab.

En engelsk IT-leverandør – CIS Oncology – har haft nært samarbejde med det konkursramte selskab og arbejder efter det oplyste på at overtage systemrettigheder og forsøger at tiltrække tidligere nøglemedarbejdere. Pt. leverer det engelsk selskab nødvendig daglig support, men det engelske selskab har meddelt, at supporten ophører 22. december 2011 angiveligt, fordi det ikke lykkedes selskabet at overtage nøglemedarbejdere fra det konkursramte selskab. Supporten forventes overtaget af en række af de tidligere medarbejdere på Island, som ligeledes yder support til islandske hospitaler på Theriak.

Med hensyn til de fremtidige rettigheder til licenser fra konkursboet kan der først forventes en afklaring af dette om 3-7 uger. Region Nordjylland er indtil videre kun bekendt med at det omtalte engelske selskab ønsker at overtage rettighederne.

...

Indstilling

Administrationen indstiller, at Forretningsudvalget:

1. Godkender at indgåelse uden udbud af kontrakt med CSC Scandhealth om køb af Opus Medicin som en midlertidig løsning.

Beslutning

Forretningsudvalget traf på mødet den 19. december 2011 følgende beslutning:

Indstillingen blev godkendt.

...«

Ledende medarbejdere fra Theriak ehf arbejdede efter konkursen på at starte et selskab, der kunne videreføre arbejdet med medicinhåndteringssystemet. De pågældende personer startede »Our Company«, der den 4. januar 2012 blev stiftet som Dojo Software ApS (klageren) med en aktiekapital på 80.000 kr.

Indklagede har i et dokument af 20. december 2011 »kommenteret til hvert pkt. i udkast til kontrakt fra Our Company:

...

2. Duration

RN ønsker, som udgangspunkt at indgå en service og support aftale med henblik på at sikre drift og vedligehold de kommende måneder indtil konkursboet er opgjort og licensrettighederne er placeret.

Our Company foreslår 6 måneder – RN ønsker aftale indgået for 9 mdr.

Aftalen som RN ønsker at indgå omfatter i første fase sikring af drift, support og fejlrettelser.

...

En langsigtet kontrakt kan kun træde i kraft såfremt konkursboet er opgjort og licensrettighederne placeret – dvs. hvis de 6 måneder overskrides, fortsætter den midlertidige service- og support kontrakt.

...

3. Operational environment

I pkt. 2 står der, at OC behandler kildekoden, som var den ejet af OC.

I pkt. 3 står der, at RN skal sikre at OC har retsmæssig licens/adgang til at servicere systemet.

Hvilken kildekode opererer OC på? Den kildekode OC har, eller den kildekode RN afventer at få fra kurator?

...

14. Source code

Da kildekoden er erhvervet i forbindelse med konkurs har RN retigheden til at bruge den.

Bør specificeres nærmere.

...«

Den 22. december 2011 indgik indklagede og 6 navngivne personer fra det tidligere Theriak ehf, som kaldte sig »Our Company«, sålydende »Service- and developing agreement«:

»1. Scope of contract

By this agreement Our Company commits to provide service and development to the TMM client and related integrations in Region Nordjylland.

...

4.4 New versions and releases

...

Included in the agreed service fee is development to take FMK-version - version 4.1 - live in RN: This includes:

- FMK – interface version 1.2.4

...

11.1

Service fee

The service fee is 275.000 Dkr per month excl. VAT and taxes.

...«

Den 9. januar 2012 behandlede indklagede i sit forretningsudvalg som punkt 14: »Lukket punkt: Indgåelse af kontrakt«.

Udvalget besluttede under punktet på mødet blandt andet at godkende »anskaffelsen af Opus Medicin hos CSC Scandihealth«.

Regionen indgik den 11. januar 2012 med CSC Scandihealth en midlertidig aftale om indkøb af medicinmodulet Opus Medicin, som anvendes i andre regioner.

Den 20. februar 2012 spurgte klageren indklagede, hvorfor indklagede efter at have indgået en service- og vedligeholdelsesaftale med klageren havde valgt at indkøbe et nyt medicinsystem uden at gå i udbud.

Indklagede svarede den 21. februar 2012 således:

»...

I den konkrete situation har vi vurderet, at vi var i en sådan force majeure situation, at vi kunne købe et nyt medicinsystem uden forudgående udbud.

Dette var især begrundet ved:

- Det væsentlige behov for en sikker løsning hurtigt særligt af hensyn til patientsikkerhed
- Usikkerheden ved den aktuelle situation omkring driftssikkerheden på Theriak-systemet herunder om systemrettigheder til det hidtidige Theriak- system pga. konkursen og den heraf følgende usikkerhed omkring løbende support og service. På tidspunktet for vurderingen og beslutningerne var der ingen supportaftaler – og der var alene udsigt til en supportaftale med et lille, nystartet it-firma – det senere stiftede Dojo.
- Beslutningen om at købet var en midlertidig løsning med henblik på at gennemføre egentligt EU-udbud hurtigst muligt.

...«

Senere samme dag svarede indklagede på et andet spørgsmål fra klageren:

»Du må under ingen omstændigheder opfatte bemærkningerne som mistillid til Dojo – men som en samlet objektiv vurdering af alle risiko-aspekter i situationen«.

Fælles Medicinkort (FMK) er en central database hos Lægemiddelstyrelsen, som indeholder oplysninger om alle danske borgeres medicinindkøb igennem de to seneste år samt en opdateret liste over borgernes aktuelle lægemiddelordinationer. Lægemiddelstyrelsen er ansvarlig for løsningen og udviklingen og driften.

Regeringen og Danske Regioner har den 12. juni 2010 indgået en aftale om et fælles medicinkort (FMK), der ifølge aftalen skulle være »udrullet« i samtlige regioner inden udgangen af 2011.

I maj og december 2009 indgik indklagede med Theriak ehf tillægsaftaler om levering af et 4.0 CPR-modul og om et 4.1 FMK modul. Sidstnævnte har til formål at højne sikkerheden og kvaliteten af behandlingen med medicin navnlig ved sektorskifte, hvor der er risiko for manglende, ufuldstændige eller forkerte oplysninger om medicinering af borgeren forud for sektorskiftet. Gennem FMK får det sundhedsfaglige personale elektronisk adgang til et altid opdateret medicinkort, uanset hvor og hvornår en praktiserende læge, en speciallæge eller en sygehuslæge har oprettet eller ændret ordinationer. Når FMK er fuldt implementeret, vil både borgeren, læger, vagtlæger, tandlæger og andre relevante sundhedspersoner, som har borgeren i behandling, have adgang til opdaterede medicinoplysninger. Lægen har adgang til disse oplysninger igennem vedkommendes eget it-system eller via sundhed.dk.

Der opstod forsinkelser for Theriak ehf vedrørende levering af FMK version 4.0, idet det skulle have været i drift ultimo 2009, men først var i drift i begyndelsen af 2011.

Idet implementeringen af FMK version 4.1 forudsatte, at version 4.0 var i drift, blev implementeringen af FMK ligeledes forsinket. Ifølge indklagede indeholdt version 4.0 mange fejl, og det tog tid at rette disse fejl. Fra juli 2011 overtog CIS Healthcare ltd. al kommunikation på vegne af Theriak ehf, og det var gennem dette selskab, der blev kommunikeret med Theriak ehf om bestræbelserne på at få leveret version 4.0 og 4.1 i efteråret 2011.

Indklagede har i august 2011 udfærdiget en længere redegørelse vedrørende »forløb vedr. 4.0 (cpr-løsning) og 4.1 (FMK)«.

Til brug for den mundtlige forhandling er der afgivet skriftlige erklæringer af klagerens direktør, Ellen Salomonsen, af indklagedes direktør, Dorte Stigaard og af indklagedes IT-chef, Lise Marcher. Erklæringerne er blevet uddybet under den mundtlige forhandling.

Ad påstand 1

Klageren har erklæret sig enig i, at indklagede var i en force majeure situation og dermed i en situation, der berettigede indklagede til at anvende hasteproceduren efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c), da Theriak ehf gik konkurs, og CIS Healthcare ltd. den 15. december 2011 meddelte, at support og service m.v. af medicin håndteringssystemet ville ophøre efter den 22. december 2011. Klageren har gjort gældende, at force majeure situationen ophørte den 22. december 2011, da indklagede indgik aftale om supportering og servicering med Our Company, der senere blev til klageren. Klageren bestod af nøglemedarbejderne fra Theriak ehf, og netop disse personer kunne yde den nødvendige support og service til indklagede. Indklagede var i besiddelse af kildekoden til systemet og havde ret til at anvende, vedligeholde og udvikle softwaren, ligesom indklagede kunne overlade driften af systemet til tredjemand.

Klageren har bestridt ikke at have den fornødne ballast organisatorisk og økonomisk til både at drive, supportere og udvikle medicin håndteringssystemet indtil et nyt udbud. Indklagede tildelte klageren opgaven den 22. december 2011, hvilket understøtter, at indklagede mente, at klageren magtede opgaven med at håndtere medicin håndteringssystemet. Efter dette tidspunkt forelå der derfor ikke force majeure. Klageren, der bestod af tidligere nøglemedarbejdere fra Theriak ehf, besad netop de kompetencer, der var nødvendige for at sikre driften af medicin håndteringssystemet. Indklagede har ikke godtgjort, at der efter, at klageren fik opgaven tildelt, forelå en situation omfattet af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c). Indklagede var derfor ikke berettiget til den 11. januar 2012 uden udbud at indgå kontrakt med CSC Scandihealth A/S. Indklagede har således handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, hvorfor kontrakten med CSC Scandihealth A/S skal erklæres for uden virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1.

Indklagede var således efter at have indgået aftale med klageren ikke berettiget til at indgå aftale med 3. mand, idet indklagede var sikret drift af me-

medicinhåndteringssystemet fra klageren. Indklagede har ved at indgå aftale uden forudgående udbud tillige handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, da der er sket forskelsbehandling af de parter, der kunne ønske at afgive tilbud.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at indklagede var i en force majeure situation, da Theriak ehf gik konkurs. Det var for indklagede uforudsigeligt, at Theriak ehf gik konkurs, og omstændighederne, der førte til konkursen, kunne ikke tilskrives indklagede. For at sikre, at indklagede havde et medicinbåndteringssystem efter den 22. december 2011, indgik indklagede aftale med Our Company, der senere blev til klageren, om supportering og vedligeholdelse m.v. af det tidligere indkøbte system. Indklagede har yderligere gjort gældende, at det var usikkert, om kildekoderne med alle disses rettigheder fra konkursboet efter Theriak ehf kunne overtages af indklagede, ligesom det var uvist, om klageren med sin økonomiske baggrund kunne magte opgaven med supportering og vedligeholdelse m.v. af systemet. Dertil kommer, at værdien af kildekoden dels afhang af, at der ligger en god beskrivelse bag kildekoden, dels at der var den fornødne kontakt til de personer, der havde programmeret kildekoden. Det var derfor tvingende nødvendigt for indklagede at indgå aftalen om medicinbåndteringssystemet Opus med CSC Scandihealth A/S. Betingelserne for at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c) var derfor opfyldt i den foreliggende situation. Det må i den forbindelse antages, at klageren under et sædvanligt udbud ville være blevet anset for uegnet til at løfte opgaven med servicering og udvikling af indklagedes elektroniske medicinbåndteringssystem. Det var derfor væsentligt for indklagede, at den periode, hvor klageren skulle supportere og udvikle systemet, blev så kort som mulig. Indklagede har endelig vedrørende klagerens overtagelse af vedligeholdelsen og udviklingen af medicinbåndteringssystemet gjort gældende, at indklagede med sit kendskab til Theriak ehf og dette selskabs hidtidige arbejde med både medicinbåndteringssystemet og FMK ikke kunne have den fornødne tiltro til, at det nystartede selskab kunne levere et driftssikkert system, indtil et nyt udbud kunne afholdes. Indklagede var også derfor nødt til at indkøbe det nye medicinbåndteringssystem.

Indklagede har henvist til Domstolens dom af 14. juni 2007 i sagen C-6/05, Medipac-Kazantzidis AE mod Venizelio-Panania og har gjort gældende, at såvel kontraktindgåelsen uden udbudsbekendtgørelse med CSC Scandi-

health A/S som med oprindelig klageren blev valgt for at sikre patientsikkerheden på sygehusene i Region Nordjylland. Hensynet til folkesundheden må efter den nævnte dom i et tilfælde som det foreliggende antages at kunne berettigede, at hensynet til varernes frie bevægelighed tilsidesættes blot de trufne foranstaltninger er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Indklagede har endelig gjort gældende, at hvis klagenævnet til trods for det anførte skulle finde, at kontrakten er indgået i strid med udbudsdirektivets regler, var der så væsentlige hensyn at tage til almenhedens interesse i form af beskyttelse af patientsikkerheden, at kontrakten nødvendigvis fortsat skal have virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 3.

Ad påstand 2

Klageren har til støtte for den subsidiære påstand gjort gældende, at indklagede har truffet en ulovlig beslutning ved tildeling af kontrakten til CSC Scandihealth A/S, idet der på tildelingstidspunktet ikke forelå en situation, der berettigede indklagede til at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Den indgåede kontrakt skal derfor annulleres, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1.

Indklagede har vedrørende denne påstand gjort de samme anbringender gældende som ad påstand 1 og har yderligere anført, at der ikke er grundlag for at annullere kontrakten med CSC Scandihealth A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2:

Der er mellem parterne enighed om, at indklagede var i en force majeure situation og dermed i en situation, der berettigede indklagede til at anvende hasteproceduren efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c), da Theriak ehf gik konkurs, og CIS Healthcare ltd. den 15. december meddelte, at support og service m.v. af medicin håndteringssystemet ville ophøre den 22. december 2011.

Aftalen mellem Theriak ehf og indklagede om service, support og udvikling af medicin håndtering blev oprindeligt indgået i 2004. Ifølge aftalen skulle Theriak ehf sikre medicin håndteringen for ca. 5.000 brugere i indklagedes område. Det var for indklagede ikke forudsigeligt, at Theriak ehf den 24. november 2011 gik konkurs. Det lægges til grund, at indklagedes medicin håndteringssystem efter konkursen blev vedligeholdt af CIS Oncologi, der er et datterselskab af CIS Healthcare ltd., som havde et samarbejde med og delvist ejerskab til Theriak ehf. Endvidere lægges det til grund, at CIS Healthcare ltd. efter Theriak ehf's konkurs arbejdede på at knytte Theriak ehf's nøglemedarbejdere til sig med henblik på fortsat at kunne yde support og service til indklagede, hvilke bestræbelser endte resultatløst. CIS Healthcare ltd. måtte derfor den 15. december 2011 meddele indklagede, at denne virksomheds support og service ville ophøre den 22. december 2011. Det lægges således til grund, at indklagede efter den 22. december 2011 stod uden support og service af medicin håndteringssystemet. Det er derfor godtgjort, at indklagede på dette tidspunkt befandt sig i en force majeure situation.

For at opnå den fornødne support og service til såvel medicin håndteringssystemet som FMK indgik indklagede den 22. december 2011 en aftale med 6 tidligere medarbejdere fra Theriak ehf, som da havde påbegyndt virksomhed under navnet Our Company, der den 4. januar 2012 blev stiftet som det klagende selskab. Selskabet har en aktiekapital på 80.000 kr.

Efter denne aftaleindgåelse besluttede indklagede den 9. januar 2012 at indgå aftale med CSC Scandihealth om levering og support af et nyt medicin håndteringssystem, Opus Medicin. Denne aftale blev ifølge indklagede indgået, fordi Dojo Software ApS var et nystiftet selskab med en lille kapital uden referencer, og hvor ejerkredsen bestod af medarbejdere, som indklagede gennem Theriak ehf havde erfaring med, samt hvor indklagede vidste, at udviklingsarbejdet blev udført med forsinkelser og for en dels vedkommende med en utilfredsstillende kvalitet. Dertil kom, at det må antages, at det var uafklaret, om indklagede kunne overtage systemrettighederne til medicin håndteringssystemet, og i givet fald var omfanget af disse rettigheder ukendte.

Det må antages, at ikke andre end de tidligere ansatte i Theriak ehf var i stand til at håndtere det af dette selskab udviklede og leverede medicinmodul. Indklagede var derfor forud for den 22. december 2011 med henblik på

opretholdelse af patientsikkerheden i regionen nødt til at indgå aftalen med Theriak ehf's tidligere ansatte om fortsat drift og vedligeholdelse af medicinhandlingssystemet.

Idet det efter bevisførelsen må lægges til grund, at det som følge af klagerens selskabs økonomiske baggrund og indklagedes hidtidige erfaring med løsningen af opgaverne af blandt andet de personer, der stod bag klageren, var usikkert, hvorvidt klageren var i stand til indtil afholdelse af et nyt udbud at vedligeholde og servicere systemet, findes indklagede henset til betydningen for patientsikkerheden af driften af et elektronisk medicinmodul på tidspunktet for indkøb af et nyt medicinhandlingssystem fortsat på aftaletidspunktet den 9. januar 2012 at have befundet sig i en situation omfattet af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c). Som følge af det anførte tages klagerens påstande ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale omkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig