

Bilag 1: Forløbet frem til Cerners frafald af klagen.

Der er stillet en række spørgsmål til besvarelse på baggrund af Politikens artikel den 18. februar 2018, der er baseret på journalisternes udlægning af processkrifter fra en retssag ved Klagenævnet for Udbud, der blev afsluttet uden kendelse fra nævnet.

Politiken anfører korrekt i følgende citat fra artikel den 18. februar 2018:

“Sagen endte efter godt et halvt år med, at regionernes advokat fra firmaet Lett i juni 2014 tilbød Cerners advokat at indgå et forlig om at afslutte sagen. Det var hans »klare vurdering, at regionerne ville få medhold i sagen«, men det ville koste tid og penge at føre sagen, så hvis Cerner ville trække sagen tilbage, ville regionerne betale egne omkostninger”.

For Politiken bliver dette nærmest til, at sagen lige så godt kunne falde ud til den ene som den anden side, og i en artikel den 21. februar 2018 betegnes sagen som afsluttet ved forlig.

Politikens artikler beror på aktindsigt, men Politiken fejlfortolker ifølge regionens advokat situationen.

Drøftelserne om forlig blev initieret af en henvendelse fra Cerners advokat Bech-Bruun den 7. juni 2014. Her skrev Bech-Bruun følgende i en mail til regionens advokatfirma, LETT (nu DLA Piper):

Citat fra mail sendt fra Bech-Bruun til LETT den 7. juni 2014:

”Ved brev af 4. juni 2014 har Klagenævnet for Udbud bestemt, at der skal afholdes mundtlig forhandling i ovennævnte sag. Jeg har i går forsøgt at ringe dig op med henblik på at drøfte mulighederne for en forligsmæssig løsning på sagen. Vil du ved lejlighed ringe mig op på min mobiltelefon ()? På forhånd tak”*

*advokatens mobiltelefonnummer er ikke medtaget i bilaget.

Regionerne ville selvsagt gerne have den ressourcekrævende sag afsluttet. Sagen trak på medarbejderressourcer, der mere hensigtsmæssigt kunne anvendes under den forestående implementering af Sundhedsplatformen, og der ville for alvor påløbe advokatomkostninger ved forberedelsen og gennemførelsen af den mundtlige hovedforhandling, der var Bech-Bruuns anledning til at indlede forligsdrøftelser.

Den 17. juni 2014 tilbød regionerne efter råd fra LETT, at sagen kunne afsluttes ved, at Cerner frafaldt klagen, hvorefter regionerne ville frafalde krav om at få tillagt sagsomkostninger. Ifølge advokaten ville regionen aldrig ved en vunden sag få dækket sine faktiske omkostninger gennem klagenævnets omkostningsafgørelse.

Den 19. jun. 2014 kl. 18.06 modtog LETT et modbud fra Bech-Bruun, hvorefter sagen kunne forliges mod, at regionerne betalte kr. 2 mio. i erstatning til Cerner. Tilbuddet var af en karakter, hvor LETT ved allerede i sin fremsendelsesmail til regionerne af 19. juni 2014 kl. 18.18 frarådede accept af tilbuddet, hvilket senere uddybedes ved mail af 26. juni 2014:

Citat fra mail sendt fra LETT til regionerne den 26. juni 2014:

”Jeg råder til, at regionerne takker nej til Cerners tilbud om at afslutte sagen mod betaling af kompensation på 2 mio. kr.

Jeg mener, at regionerne har en god sag, og der er ikke som led i den meget omfattende aktindsigt fremkommet materiale, der styrker Cerners sag. Cerner har alene fremlagt lidt korrespondance mellem Claus Balslev og Jan Kold/NNIT, som regionerne har tilbagevist betydningen af.

Cerners påstand vedrørende inhabilitet (påstand 1) er efter min opfattelse svagt funderet, og den foreliggende situation ligger langt fra tilfælde, hvor klagenævnet tidligere har statueret inhabilitet.

Cerners påstande vedrørende tilbudsevalueringen (påstand 2a-2c) angår dels forhold, hvor klagenævnet udøver et konkret skøn, dels forhold der ikke tidligere har været behandlet i praksis. Såfremt klagenævnet – mod forventning – giver Cerner medhold i en eller flere af disse påstande, er der ikke tale om forhold, der efter min opfattelse kan underbygge erstatning for positiv opfyldelsesinteresse endside forhold, der kan påvirke gyldigheden af den indgåede kontrakt. Jeg mener heller ikke, at Cerner har påvist et tilstrækkeligt grundlag for erstatning for negativ kontraktinteresse, jf. bl.a. at Cerner har indgivet ukonditionsmæssigt tilbud.

På dette grundlag mener jeg ikke, at der er anledning til at søge et forlig på det skitserede niveau.

Jeg foreslår derfor, at jeg til Cerner afviser tilbuddet samt blot henviser til, at regionernes tilbud af 17. juni fortsat er gældende frem til 1. juli 2014 som anført.”

Ved mail af 27. juni 2014 meddelte Cerners advokat, at regionernes tilbud kunne accepteres, jf. citat fra mail sendt fra Bech-Brunn til LETT den 27. juni 2014:

”Med henvisning til Deres brev af 17. juni 2014 skal jeg på vegne af Cerner meddele, at Cerner har valgt at acceptere Regionernes forligstilbud, hvorefter hver part bærer egne omkostninger. Vi beder jer for god ordens skyld bekræfte, at der er indgået forlig mellem parterne. Når bekræftelsen er modtaget, vil klagen blive trukket tilbage.”

Cernes advokat frafaldt herefter klagen over for Klagenævnet for Udbud ved skrivelse sendt til Klagenævnet for Udbud den 1. juli 2014, jf. citat fra mail fra Bech-Brunn til Klagenævnet for Udbud den 1. juli 2014:

”Jeg skal anmode om, at klagegebyret tilbagebetales til klager. Det er min vurdering, at der er stor sandsynlighed for, at min klient, Cerner Ireland Ltd., ville have fået helt eller delvist medhold i en eller flere af de nedlagte påstande.

På baggrund af det materiale, der er opnået aktindsigt i, vurderer jeg imidlertid, at det vil være vanskeligt at dokumentere, at Cerner Ireland Ltd. skulle have vundet udbuddet. Meget taler derfor for, at min klient i bedste fald alene ville kunne opnå tilkendelse af negativ kontraktinteresse.

Min klient har derfor valgt at forlige sagen for at spare tid og omkostninger for både Indklagede, Klagenævnet for Udbud og Cerner Ireland Ltd. På denne baggrund anmoder jeg om, at klagegebyret tilbageføres til klager.”

Som det er fremgået af det foregående, afspejler advokatens brev ikke forløbet, men regionerne så ingen grund til at indlede en formålsløs polemik over for nævnet. Det kunne også let have virket arrogant henset til, at Cerner intet havde fået ud af sin klage, og det må ikke glemmes, at regionerne havde værdsat Cerners kompetente deltagelse i udbudsprocessen. Klagenævnet for Udbud tilbagebetalte i øvrigt ikke klagegebyret.

Ved det såkaldte forlig frafaldt regionerne muligheden for at få tillagt sagsomkostninger fra Cerner for at få sat punktum uden yderligere ressourceforbrug.