



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kunngjøringsplikt.

Innklagede har publisert en intensjonskunngjøring hvor det fremgår at man har til hensikt å gjøre endringer i en eksisterende kontrakt uten ny kunngjøring. Klager anførte at de endringer innklagede har skissert er vesentlige og ikke kan gjennomføres uten at det gjennomføres en ny konkurranse. Klagenemnda kom til at klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagenemndas avgjørelse 26. november 2020 i sak 2020/718

Klager: Åsen & Øvrelid AS

Innklaget: Helse Førde HF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen og Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF, på vegne av Helse Førde HF (heretter *innklagede*), kunngjorde 13. juni 2019 en konkurranse med forhandling for totalentreprise med samhandling for Nye Førde Sjukehus. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til 673 798 343 kroner ekskl. mva. Frist for å levere søknad om prekvalifisering var 12. august 2019. Tilbudsfrist var 16. september 2019.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.4 var anskaffelsen beskrevet på følgende måte:
«Helse Førde HF er et helseforetak under Helse Vest RHF. Helse Førde HF vil være oppdragsgiver og kontraktspart. Førde sentralsykehus er et somatisk og psykiatrisk sykehus for Sogn og Fjordane fylke. Sykehuset er lokalisert på Vie i Førde. Bygningsmasse til sykehuset skal utvides med ca. 11 000 m² nybygg og ombygging av eksisterende sykehus med ca. 40 000 m². Prosjektet skal være ferdig i 2027.»
- (3) Det var i punkt II.2.4 angitt at oppdraget var delt i fire delprosjekter. Delprosjektene var angitt som følgende:
 - *«Nybygg somatikk*
 - *Ombygging eksisterende psykiatri*
 - *Ombygging sentralblokk, plan 0-3*
 - *Ombygging sentralblokk, plan 4-8»*
- (4) Videre fremgikk det at alle *«delprosjektene skal gjennomføres som en totalentreprise med samhandling, og at de er delt inn i en samhandlingsfase og en gjennomføringsfase.»*
- (5) I konkurransegrunnlaget under punkt 1.1 *«Invitasjon»* fremgikk blant annet:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«Alle delprosjekta skal gjennomførast som ei totalentreprise med samhandling, og dei er delte inn i ein samhandlingsfase og ein gjennomføringsfase.

Oppdragsgjevar har følgjande førebels plan for overordna framdrift i prosjektet:

- *Inngåing av kontrakt november 2019.*
- *Gjennomføring av samhandlingsfase innan utgangen av juli 2020.*
- *Gjennomføringsfasen skal settast i gang innan august 2020.*

Konkurransen vert gjennomført som konkurranse med forhandling, jamfør regelverk om offentlig anskaffing. Anskaffingsprosessen vert gjennomført i dei trinna som går fram av punkt 3 nedanfor.

Etter at forhandlingane med leverandørane er gjennomført, vil prosjektdirektøren legge fram si innstilling for styret, som vil treffe den endelege avgjerda om prosjektet skal gjennomførast slik det er planlagt, og eventuelt treffe avgjerd om kva entreprenør som skal tildelast oppdraget. Vi presiserer at styret på fritt og sakleg grunnlag kan treffe avgjerd om at prosjektet ikkje skal gjennomførast, eller at det må endrast og endrast for gjennomføring av ein ny konkurranse. Leverandørane har i så fall ikkje krav på nokon form for erstatning, som for eksempel kostnader ved å delta i konkurransen.».

- (6) Av punkt 1.3 «Kort om det samlede oppdraget – og de ulike delprosjektene» fremgikk blant annet følgende:

«Oppdragsgiver er opptatt av å optimalisere kvalitet i alle faser av prosjektet. Oppgaven skal derfor ikke gjennomføres som en tradisjonell totalentreprise, men som totalentreprise med innledende samhandling for utvikling og optimalisering av alle deler av prosjektet, før gjennomføring av bygging som totalentreprise.

Prosjektet har som hovedoppgave å videreutvikle forprosjekt gjennom samhandling (heretter «samhandlingsfase») og deretter bygging (heretter «gjennomføringsfasen») av et nybygg for somatikk, og ombygging av sentralblokk, som skal legge til rette for at oppdragsgiver kan oppfylle nasjonale mål for utvikling av denne delen av helsetjenesten i Sogn og Fjordane. Samhandling og gjennomføring vil skje per delprosjekt, med nybygg somatikk som det første.»

- (7) Det var vedlagt en overordnet tentativ fremdriftsplan for prosjektet. Det var opplyst at det var tatt forbehold om endringer i denne, og at partene i samhandlingsfasen ville bli enige om en detaljert fremdriftsplan for prosjektet.
- (8) Om kontrakten fremgikk det blant annet av del 2 at det skulle inngås en totalentreprisekontrakt mellom partene, basert på NS 8407:2011, med de tillegg og endringer som går fram av konkurransegrunnlaget kapittel B.
- (9) Om kontraktsmodellen var det opplyst at «kontrakten er en samhandlingskontrakt som i langt større grad enn tradisjonelle entreprisekontrakter, legger opp til et nært samarbeid mellom partene når det gjelder å utvikle og gjennomføre prosjektet». I fase 1; Samhandlingsfasen; «Samhandlingsorganisasjonen, med byggherren og totalentreprenøren, skal i samhandlingsfasen, utvikle og prosjektere en løsning som ivaretar byggherrens krav og behov.». I fase 2, Gjennomføringsfasen; «Dersom resultatet

fra samhandlingsfasen gjør det mulig for oppdragsgiver å gå over i gjennomføringsfasen, vil kontrakten bli revidert i samsvar med den utvikling som har skjedd i løpet av samhandlingsfasen. Oppdragsgivers klare intensjon er at hele prosjektet fullt ut skal gjennomføres, men det gjøres oppmerksom på at oppdragsgiver har en avbestillingsrett for hvert enkelt delprosjekt, inntil gjennomføringsfase for hvert enkelt delprosjekt er bestilt, jf. Kapittel B punkt 44.».

- (10) I punkt 2.3 ble kontraktens dokumenter presentert. Det ble presisert «at de føringer som er gitt for prosjektet i ovennevnte dokumenter ikke er absolutte. Dette som følge av at totalentreprenøren må utvise stor grad av fleksibilitet og kreativitet i samhandlingsfasen, og utvikle prosjektet videre i samråd med byggherre, rådgivere og underleverandører. Det vil si at flere av de dokumentene som skal utvikles under de ovennevnte kapitler i stor grad vil måtte utvikles i samhandlingsfasen.».
- (11) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris, kostnad og kvalitet, basert på følgende *tildelingskriterier*:

Tildelingskriterier	Vekt
<i>Pris</i>	20 %
<i>Kompetanse og erfaring for tilbudt team</i>	45 %
<i>Oppgaveforståelse og gjennomføringsplan</i>	35 %

- (12) Innklagede mottok to tilbud i konkurransen, fra Veidekke Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) og Åsen & Øvrelid AS (heretter *klager*). Det ble gjennomført én forhandlingsrunde. Begge leverandørene leverte deretter et revidert og endelig tilbud. I tildelingsmelding 22. november 2019 ble valgte leverandør innstilt som nr. 1 i konkurransen. Det var oppgitt at evalueringen av tildelingskriteriene ga valgte leverandør en total poengsum på 9,47 poeng, mot klagers 8,45 poeng. Kontrakt med valgte leverandør ble signert 18. desember 2019.
- (13) Det ble avholdt et styremøte i Helse Førde den 23. mars 2020. Det ble fremlagt tre alternative forslag for prosjektet. Det ble vedtatt å arbeide videre med Alternativ 3 for nybygg somatikk, Livabygget i åtte etasjer. I møtet ble det også vedtatt at:
- «2. Styret ber administrerende direktør utarbeide planar for reduksjon av prosjektet tilsvarande 70 millionar kroner.*
- (...)*
- 4. Kostnadsmål for alle delprosjekta i Nye Førde sjukehus er 1 803 millionar i 2020 kroner.»*
- (14) Den 2. september 2020 vedtok styret at Helse Førde skulle gå videre med alternativ 3, Livabygget i åtte etasjer.
- (15) Innklagede kunngjorde 18. september 2020 en intensjonskunngjøring vedrørende endringer i Nye Førde Sjukehus, med følgende forklaring:

«Intensjonskunngjøring vedr. endringer Nye Førde Sjukehus

Helse Førde («HF») inngikk den 18. desember 2019 samhandlingskontrakt med Veidekke Entreprenør AS («Veidekke») om prosjektet Nye Førde Sjukehus («NFS»). Kontrakten er basert på flere delprosjekter som hver består av en samhandlingsfase og en gjennomføringsfase. HF har ubegrenset mulighet til å avbestille de resterende kontraktsarbeidene. Partene er nå i samhandlingsfasen for delprosjektet nybygg somatikk. HF behandlet den 18. mars 2020 flere alternativer for den videre utbyggingen av NFS. Det har blitt besluttet at HF skal gjennomføre et alternativ som innebærer at det såkalte Livabygget for nybygg somatikk skal bygges i åtte etasjer, i stedet for fire, slik det opprinnelig var forutsatt i konkurransen. HF har derfor til hensikt å inngå kontrakt med de endringene som er foreslått uten at det lyses ut ny konkurranse. HF er av den oppfatning at endringene, slik de er foreslått sammenlignet med den opprinnelige kunngjorte beskrivelsen, er av en slik karakter at de kan foretas uten at det må utlyses en ny konkurranse for prosjektet. Det er av betydning for vurderingen at kontrakten for NFS er en samhandlingskontrakt med klare føringer om at prosjektet nettopp skal utvikles i fellellskap mellom byggherre og valgte totalentreprenøren underveis. Dette har følgelig også betydning for hvilke endringer som kan gjøres i den kunngjorte beskrivelsen, før endringene må anses som vesentlige. HF sitt syn er at endringene som foreslås gjennomført ved Livabygget ikke er vesentlige endringer etter anskaffelsesregelverket. De vedtatte endringene består hovedsakelig i økt omfang nybygg, og redusert omfang av ombyggingsarbeider i eksisterende bygningsmasse. Endringene gjelder derfor først og fremst arbeidsmetode og ikke arbeidets karakter. Det er ikke tale om et kvalitativt sett annet prosjekt. Sykehuset skal være lokalisert samme sted og med det samme romfunksjonsprogrammet. For nærmere beskrivelse av de planlagte endringene, se vedlegget til denne intensjonskunngjøringen.

I forbindelse med de planlagte endringene har HF innhentet eksterne juridiske vurderinger fra tre uavhengige advokatfirmaer. Alle de tre juridiske vurderingene har konkludert med at endringene som er foreslått gjennomført for nybygg somatikk ikke innebærer noen vesentlig endring av den inngåtte kontrakten og at endringene kan gjennomføres med Veidekke uten at det gjennomføres en ny konkurranse. Endringene anses ikke å medføre at andre leverandører kunne deltatt i konkurransen eller at kontrakten kunne blitt tildelt en annen leverandør dersom endringene var en del av den opprinnelige konkurransen. Endringene anses heller ikke å endre kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren eller å utvide kontraktens omfang betydelig.

HF ønsker med denne intensjonskunngjøringen å gjøre markedet oppmerksom på at endringene vil bli gjennomført, og at kontrakt vil bli inngått den 14. desember 2020.»

- (16) Det var opplyst at verdien av endringen ekskl. mva. var 80 000 000 kroner.
- (17) Vedlagt intensjonskunngjøringen var «skildring av planlagde endringar mellom forprosjekt/føresurnad og prosjektet slik det no ligg med nybygg i åtte etasjar.»:

Nøkkeltal areal

Areal på nybygget er auka frå 5 070 m² til 13 350 m² BTA. For det eksisterande arealet som skal byggast om er ombyggingsgraden redusert, men arealet i eksisterande sentralblokk er totalt det same på knappe 40 000 m².

Nøkkeloppstilling funksjon

Prinsipp/kapasitet	2018	2020	Kommentar
<i>Opprusting av sengeetasjar i høgblokk</i>	<i>Ja, einerom</i>	<i>Nei</i>	<i>Nye sengerom i Livabygget</i>
<i>Dim. Sengekapasitet (2030/2040)</i>	<i>177</i>	<i>186</i>	<i>Totalkapasitet; Normalsenger, observasjonsmottak og pasienthotell</i>
<i>Normalsenger</i>	<i>133</i>	<i>137</i>	<i>Inklusiv nokre rom i eksisterande bygg</i>
<i>Andel einerom</i>	<i>90 %</i>	<i>90 %</i>	<i>Prosent av tal normalsenger</i>
<i>Pasienthotell</i>	<i>36</i>	<i>32</i>	<i>Pasienthotell + god start eining</i>
<i>Observasjonspost mottak</i>	<i>8</i>	<i>6</i>	<i>Tal plassar er vurdert på nytt</i>
<i>Poliklinikk i plan 1 og plan 3 eks. bygg</i>	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>	<i>Ulik løysing for tilleggsbehov. I 2020 er litt av plan 3 omdisponert til kontor.</i>
<i>Tal poliklinikkrom</i>	<i>130</i>	<i>158</i>	<i>Generelle undersøkelserom og spesialrom</i>
<i>Ombygging Angabygget</i>	<i>Ja</i>	<i>Rives</i>	
<i>Tal operasjonsstover</i>	<i>8+1</i>	<i>8+1</i>	<i>Uinnreia areal for 2 nye stover i Livabygget</i>
<i>Identifisert behov kontorplassar</i>	<i>320</i>	<i>390</i>	<i>HVIKT sin 38 plassar er inkludert i 2020</i>
<i>Manglande kontorplassar</i>	<i>70</i>	<i>0</i>	<i>For 2020 har vi dekning for kontorbehovet utan å nytte Angabygget</i>
<i>Tung overvaking</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	
<i>Intensiv</i>	<i>6</i>	<i>6</i>	
<i>Pre- og postoperative plassar</i>	<i>22</i>	<i>22</i>	
<i>Anestesi plassar</i>	<i>0</i>	<i>5</i>	
<i>Dialyse</i>	<i>14</i>	<i>14</i>	

(18) Som «Kort omtale av kompleksitet og omfang» var det opplyst:

Det ligg framleis inne i prosjektet ombygging av teknisk kompliserte installasjonar i eksisterande bygg og tekniske anlegg som er utdaterte må rustast opp. Vi har med nybygget fått meir areal, og dette gjer at vi ikkje treng å endre inndeling av rom i eksisterande, men i større grad kan bruke inndelinga slik den er i eksisterande bygg. Det var planlagt i forprosjektet at eksisterande høgblokk skulle byggast om til einerom. Dette innreiingsarbeidet med tekniske installasjonar er i nybygget prinsipielt svært likt den innreiing av sengerom er no er planlagt i nybygget.

(19) Som «Prinsipielt oppriss som viser fysisk endring av nybygget» var det opplyst:

«Ved samanlikning oppstillinga så nyttar vi omgrepet tre etasjar for forprosjektløysinga og åtte etasjar slik prosjektet no er utvikla, då dette er det klinisk operative pluss teknikk som må plasserast i dei aktuelle etasjane. For begge løysingane er det ein underetasje og tidvis har det vore tekniske installasjonar på tak utan at dette er med i tal etasjar Nybygget i åtte etasjar er gjort litt kortare enn i forprosjektet. Tal sengeetasjar i nybygget har auka frå ein (1) til fem (5) etasjar. Nybygget inneheld i begge løysingane sterilsentral, operasjon og grøn garderobe. Teknisk areal er auka for å kunne betene det auka arealet i nybygget. Nybygget i åtte etasjar har fått plass til spesiellrom for poliklinikk og lagerfunksjonen.»

(20) Det var vidare presentert prinsippsskisser som viste endring mellom forprosjekt og alternativ med nybygg i åtte etasjer.

(21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. september 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.

(22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(23) Innklagende har ved intensjonskunngjøringen opplyst om sin beslutning om å inngå en endret kontrakt med valgte leverandør, uten å gjennomføre ny konkurranse, jf. klagenemndsforordningen §§ 6 og 12, og anskaffelsesforordningen §§ 8-18 og 21-5. Klagenemnda kan prøve lovmessigheten av denne beslutningen.

(24) Innklagede har vedtatt endringer av kontrakten som ikke kan foretas uten en ny konkurranse, da endringene er vesentlige, jf. forordningen § 28-1, jf. § 28-2. I korte trekk går endringene av kontrakten ut på at det skal bygges 180 % mer nybygg, ombyggingen blir mindre i omfang og kompleksitet, og entreprisekostnaden, og dermed kontraktens verdi, øker betydelig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(25) Innklagede ønsker at klagenemnda skal prøve lovmessigheten av styrevedtaket som ble fattet 2. september 2020 selv om man ser at det er åpenbare utfordringer med å ta stilling til en mulig fremtidig inngåelse av en gjennomføringsavtale som langt fra er ferdig utviklet.

(26) Innklagede gjør gjeldende at endringene av kontrakten er foretatt i medhold av konkurransegrunnlaget, og er dermed lovlige, jf. forordningen § 28-1 bokstav a).

(27) Verdien av endringene overstiger uansett ikke EØS-terskelverdien på 51,5 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter i forordningen § 5-3. Endringene utgjør mindre enn 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien og anskaffelsens overordnede karakter er ikke endret, jf. forordningen § 28-1 bokstav b).

(28) Endringene er uansett ikke vesentlige, jf. forordningen § 28-2, jf. § 28-1 bokstav f).

Klagenemndas vurdering:

- (29) Innklagede inngikk 18. desember 2019 en totalentreprisekontrakt med samhandling, med valgte leverandør for prosjektet Nye Førde Sjukehus. Anskaffelsen var delt inn i fire delprosjekter, hvorav hvert delprosjekt besto av en samhandlingsfase som skulle lede til inngåelse av kontrakt for en påfølgende gjennomføringsfase. Anskaffelsen ble gjennomført som konkurranse med forhandling, med estimert verdi på 674 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 fulgte anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (30) Slik klagenemnda forstår det, ble det på styremøte i Helse Førde 2. september 2020 vedtatt at det første delprosjektet i kontrakten, «*Nybygg somatikk*», skulle bygges i åtte etasjer, i tråd med alternativ 3.
- (31) Ved intensjonskunngjøring 18. september 2020 kunngjorde innklagede at man hadde besluttet å inngå kontrakt med valgte leverandør for gjennomføring av delprosjekt «*nybygg somatikk*» uten kunngjøring. Bakgrunnen for at innklagede valgte å publisere en intensjonskunngjøring, var at partene i samhandlingsfasen hadde gjort en rekke endringer i delprosjekt 1. Innklagede hadde likevel vurdert at endringene i delprosjektet ikke innebar en vesentlig endring av samhandlingskontrakten, og at inngåelse av kontrakt derfor kunne gjøres uten kunngjøring. Innklagede har opplyst at kontrakt for delprosjekt I vil bli inngått 14. desember 2020.
- (32) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 første ledd at klage til klagenemnda må gjelde «*unntattelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.*»
- (33) Klagenemnda legger til grunn at vedtaket i styremøtet om endringene i delprosjektet «*Nybygg somatikk*», er en beslutning i klagenemndsforordningens forstand, slik at klagenemnda kan prøve lovmessigheten av denne dersom også de øvrige vilkårene for å ta klagen til behandling er til stede.
- (34) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd, at enhver med saklig klageinteresse kan fremsette klage senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. For klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er det ikke noe krav om saklig klageinteresse, og klagefristen er to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13a.
- (35) Klagenemnda bemerker at reglene om klagefrist og klageinteresse i klagenemndsforordningen ikke passer på en sak som dette, hvor beslutningen som anføres å være ulovlig, er fattet mer enn seks måneder etter inngåelse av samhandlingskontrakten, men før signering av den aktuelle delkontrakten. Basert på det resultatet klagenemnda har kommet til, er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt klagen er fremsatt rettidig.
- (36) Klager har bedt klagenemnda ta stilling til om de endringene innklagede har vedtatt og intensjonskunngjort at man vil gjøre i delprosjektet «*Nybygg somatikk*», vil medføre at innklagede gjør en vesentlig endring av kontrakten, jf. anskaffelsesforordningen §§ 28-1 og 28-2. Slik klagenemnda forstår det, ber klager dermed i realiteten om en vurdering av om en signering av kontrakten med det innholdet som er intensjonskunngjort, vil være en ulovlig direkte anskaffelse.

- (37) For at klagenemnda skal kunne vurdere om det foreligger en eller flere materielle endringer i kontrakten, må det være avklart hva endringene går ut på.
- (38) I denne saken er prosjektet fortsatt i samhandlingsfasen for delprosjekt «*Nybygg somatikk*». Funksjoner og løsninger er derfor under utvikling og er ikke endelig avklart. Det er heller ikke avklart hvilke økonomiske konsekvenser endringen vil ha i prosjektet. Klagenemnda viser til at prosjektet ligger an til å overstige vedtatt budsjettamme, men at innklagede har opplyst at prosjektorganisasjonen arbeider sammen med valgte leverandør for å bringe kostnadene innenfor den vedtatte rammen.
- (39) Til tross for at det i intensjonskunngjøringen er opplyst at verdien av endringen ekskl. mva. var 80 millioner kroner, har innklagede opplyst at det er uaktuelt å inngå kontrakt med valgte leverandør i henhold til beslutningen på styremøtet, dersom de vedtatte endringene vil overstige 15 prosent av opprinnelig anslått entreprisestkostnad og medføre et pristillegg som er høyere enn 51,5 millioner kroner. Innklagede vil da benytte sin avbestillingsrett.
- (40) Klagenemnda er derfor av den oppfatningen at det verken er mulig eller hensiktsmessig å uttale seg om potensielle endringer av prosjektet basert på et hypotetisk og uavklart faktum som uansett trolig vil endre seg, og det gjelder selv om begge parter har gitt uttrykk for at de ønsker at klagen blir behandlet. At prosessreglene i klagenemndsforordningen ikke er tilpasset behandling av denne type forhold, er i seg selv også et argument for at klagenemnda ikke skal behandle denne typen saker.
- (41) Klagenemnda har etter dette kommet til at saken avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk