

PARTNERING OG OFFENTLIGE OPPDRAGSGIVERE

Kandidatnummer: 384

Veileder: Inger Roll-Matthiesen

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 16124 ord

24. april 2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>HVA ER PARTNERING?</u>	<u>2</u>
2.1	Partnering	2
2.2	Historikk	3
2.3	Partneringbegrepet	3
2.3.1	Definisjon?	3
2.3.2	Varianter	4
2.3.3	Offentlig-privat samarbeid	6
<u>3</u>	<u>HVORFOR PARTNERING?</u>	<u>7</u>
3.1	Tradisjonell entreprise	7
3.2	Nye arbeidsmetoder	10
3.3	Praktisk gjennomføring	12
3.3.1	Prosjekteringsfasen	12
3.3.2	Utførelsesfasen	15
3.4	Fordeler og ulemper	16
3.5	Når er partnering hensiktsmessig?	19
<u>4</u>	<u>RETTLIG REGULERING</u>	<u>20</u>
4.1	Kontraksgrunnlag	20
4.2	Partneringavtalen	21
4.3	Risikospørsmål	25

5	OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	29
5.1	Rettskildesituasjonen	29
5.2	Grunnleggende krav	30
5.3	Forskrift om offentlige anskaffelser	30
5.4	Nytt direktiv – ny norsk forskrift	34
6	PARTNERING VED OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	35
6.1	Innledning	35
6.2	Problemstillinger	35
6.3	De ulike anskaffelsesprosedyrer	36
6.3.1	Åpen anbudskonkurranse	36
6.3.2	Begrenset anbudskonkurranse	37
6.3.3	Konkurranse med forhandling	39
6.3.4	Konkurransepreget dialog	43
6.4	Sammenfatning	46
7	KVALIFIKASJONSFASEN	47
7.1	Kvalifikasjonskravene	48
7.2	Utvelgelsen av kvalifiserte leverandører	51
8	TILDELINGSFASEN	53
8.1	Tildelingskriterier	53
8.2	Avgjørelsen i KOFA 2003/201	55
9	OPPSUMMERING	58

1 Innledning

Denne oppgaven har til formål å beskrive kontraktsformen partnering ved landbaserte bygge- og anleggsprosjekter. Avgrensningen er valgt for å gi en egnet ramme for fremstillingen og fordi det særlig er innen bygge- og anleggssektoren vi nå ser en fremvekst av og interesse for partnering.

Fremveksten av partnering i Norge følger en internasjonal trend og mange aktører med erfaring fra partneringprosjekter omtaler modellen i til dels svært entusiastiske vendinger. Man møter imidlertid også uttalelser om at partnering bare er en kortvarig ”vekkelse”, med stor risiko og uten noe reelt nytt innhold. Da det også i meget begrenset grad er skrevet om partnering for landbasert virksomhet i Norge, synes temaet klart egnet for en analyse.

Partnering byr på spesielle utfordringer for oppdragsgivere som er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Dette regelverket inneholder bestemte og detaljerte prosedyrer for hvordan anskaffelser kan foretas. Et grunnleggende spørsmål blir derfor om anskaffelsesregelverket innebærer så store innskrenkninger i oppdragsgiverens frihet at partnering ikke er hensiktsmessig eller sågar ikke mulig. Utfordringene er særlig fremtredende der det er begrenset adgang til forhandlinger. For anskaffelser under terskelverdiene¹, og for oppdragsgivere innen forsyningssektoren, er det i betydelig grad adgang til å forhandle, og jeg vil derfor konsentrere meg om den delen av anskaffelsesregelverket som gjelder for klassisk sektor, over terskelverdiene.

¹ Terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er fra 12. januar 2006 41,25 mill. kroner eks. mva, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2 (1).

I første del av oppgaven vil jeg presentere partneringmodellen. Deretter behandler jeg regelverket om offentlige anskaffelser, med utgangspunkt i de særlige spørsmål partneringavtaler reiser.

2 Hva er partnering?

2.1 Partnering

Partnering er betegnelsen på en samarbeidsform mellom to eller flere parter. I bygg- og anleggsprosjekter benyttes partnering om en måte å organisere partenes ulike roller ved gjennomføringen av en entreprise. Partnering er ikke en ny entrepriseform men en *gjennomføringsmodell* som krever nye, og til dels utradisjonelle kontraktsreguleringer til forskjell fra alminnelig bestiller- og utførerregulering. I forhold til tradisjonelle entrepriser innebærer partnering et formalisert og utvidet samarbeid mellom byggherre, rådgivere og utførende parter.²

Tette samarbeid og joint ventures for å realisere felles mål er ikke noe nytt. Det er et kjent fenomen på leverandørsiden i form av oppdragssamarbeid og liknende der partene har felles interesser. Partnering innebærer derimot at parter som i utgangspunktet har *motstridende* interesser skaper felles mål som de samarbeider for å nå.³

Kjernen i en partneringprosess er derfor at partene inngår et tett samarbeid for å utvikle og gjennomføre et byggeprosjekt. Tanken er at alle som i praksis vil ha stor innflytelse på sluttresultatet skal involveres så tidlig som mulig, og dermed også bidra i planleggingen av prosjektet. Så snart byggherren har identifisert sine behov engasjerer han entreprenører, arkitekter og andre rådgivere og disse utvikler prosjektet i fellesskap. Det argumenteres for at denne type integrasjon stimulerer innovasjon, gir et mer effektivt samarbeid, en

² Tvarnø i Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002 s 76.

³ Thommesen s 1.

økonomisk og tidsmessig besparelse, større fleksibilitet under utførelsen og bedre kvalitet på sluttproduktet. I tillegg anføres det at risikoen for fastlåste konflikter reduseres vesentlig.

2.2 Historikk

Partnering, som modell i byggesammenheng, ble først benyttet av det amerikanske forsvaret på 1980-tallet. Partnering ble utviklet som en arbeidsmåte for å unngå rettsvister og dermed senke kostnadene ved byggeprosjekter.⁴ I Europa vokste partnering frem på begynnelsen av 90-tallet, først og fremst i Storbritannia. I Norden har partnering til nå hatt størst utbredelse i Danmark. Store prosjekter som blant annet Øresundforbindelsen er bygget med elementer av partnering og bruken øker stadig. I norsk sammenheng har partnering eksistert i offshorebransjen siden 1990-tallet. Ved landbaserte bygg- og anleggskontrakter er partnering fremdeles et relativt nytt fenomen, men interessen er sterkt stigende. Store bransjeaktører som NCC, Statsbygg og Veidekke satser nå aktivt på partnering. Som et eksempel er NCC i gang med det som antagelig er Skandinavias største partneringprosjekt, byggingen av fase 2 av St. Olavs Hospital i Trondheim til om lag én milliard kroner.

2.3 Partneringbegrepet

2.3.1 Definisjon?

I Norge omtales partnering også ofte som samspill eller entrepris etter samspillsmodellen, uten at dette innebærer noen realitetsforskjell.⁵ Begrepet ”partnering” tillegges også til dels svært forskjellig innhold.⁶ Dette vanskeliggjør en samlende definisjon.

⁴ Kadefors s 5

⁵ ”Entrepris etter samspillsmodellen” er imidlertid en uheldig betegnelse fordi det kan gi inntrykk av at partnering er en ny *entrepriseform*.

⁶ Partnering benyttes også i ulike sammensetninger som partneringprosess, partneringsamarbeid osv. Det er likevel neppe noen realitetsforskjell mellom disse sammensetningene og bare ”partnering”.

Partnering må (foreløpig) anses for vagt og flertydig til å være et rettslig begrep. Det kan hevdes at partnering snarere er en idé eller en *tankegang* som gjennomsyrrer organiseringen av et prosjekt. Modellen er fleksibel og forutsettes nærmere definert av partene selv i det konkrete tilfelle.

For å få et grep om hva som ligger i tankegangen ved partnering kan det pekes på noen karakteristiske trekk. Disse kan kalles *partneringelementer*. Noe av kjernen er at det dreier seg om et *tett samarbeid* basert på;

- dialog, åpenhet og tillit (herunder relasjonsbygging)
- tidlig involvering av sentrale aktører
- felles målsetninger (prosjektet i sentrum)
- felles økonomiske interesser
- åpen økonomi (dvs. åpne kalkyler og fortjenestemarginer)
- integrerte systemer for tvisteløsning.

Hver for seg er dette elementer som er viktige for å forbedre byggeprosesser. Det nye ved partnering er ikke elementene i seg selv, men *sammenstillingen* og bevisstgjøringen rundt disse. Den store effekten oppstår når alle elementene samordnes og trekker i samme retning. Partnering dreier seg mye om *holdninger satt i system*.

2.3.2 Varianter

Partneringmodellen finnes som nevnt i en rekke varianter. For å få en oversikt kan det være hensiktsmessige å trekke frem enkelte hovedretninger.

Et grunnleggende skille går mellom *prosjektpartnering* og *strategisk partnering*.

Prosjektpartnering er enkeltstående samarbeid på ett konkret prosjekt. Prosjektpartnering i ”full bredde” innebærer gjennomføring av et byggeprosjekt hvor alle partneringelementene inngår. Strategisk partnering er et systematisk partnersamarbeid mellom samme parter

over flere prosjekter. Dette kan gi store fordeler fordi partene blir vant til å jobbe sammen. Strategisk partnering er som hovedregel ikke mulig for offentlige oppdragsgivere på grunn av konkurranse- og likebehandlingskravene i regelverket om offentlige anskaffelser. Jeg vil derfor ikke behandle strategisk partnering i denne fremstillingen. Med ”partnering” menes dermed prosjektpartnering i det følgende.

Det kan diskuteres om det skal fastsettes visse krav for at det i det hele tatt skal foreligge partnering. Benyttes kun enkelte partneringelementer i en avtale kan man velge å kalle dette delvis partnering, eller å ikke benytte partneringbegrepet i det hele tatt. Andre vanlige betegnelser på samme situasjon er partneringliknende samarbeid og avtale med partneringelementer.

En form for delvis partnering er ikke å inkludere alle sentrale aktører i partneringavtalen.⁷

En annen variant som ofte kalles sen-partnering er der man inngår en partneringavtale kun for utførelsesfasen av byggeprosjektet. Det vesentligste av prosjekteringen er da gjort på forhånd, ikke ulikt mange tradisjonelle entrepriser. Ved sen-partnering går man altså glipp av entreprenørens råd og innspill under prosjekteringen men kan likevel oppnå gevinster med lavt konfliktnivå og gode samarbeidsforutsetninger under utførelsen. Sen-partnering kan dessuten være et hensiktsmessig alternativ der det er lite å vinne på å få alle parters kompetanse inn på et tidlig tidspunkt.

Et siste begrep som ofte dukker opp er ”uformell partnering”. Uformell partnering er der aktørene i en byggeprosess bruker partneringelementer uten at dette er bevisstgjort eller nedfelt i kontrakt. Dette er fullt mulig fordi mange av partneringelementene ikke er nye. Bruk av felles målsettinger, fellesaktiviteter og tett samarbeid med dialog om løsninger forekommer ofte i samarbeid som fungerer godt. Man kan derfor se uformell partnering som en slags *tilfeldig oppnåelse* av formålene med partnering.

⁷ Mer om partneringavtalen i punkt 4.2

2.3.3 Offentlig-privat samarbeid

Offentlig-privat samarbeid (OPS) har visse likhetstrekk med partneringavtaler hvor byggherren er offentlig oppdragsgiver. Begge institutt innebærer større grad av samarbeid mellom det offentlige og private, og begge institutt har en relativt kort historie i Norge. OPS er også i vinden og er et satsningsområde blant annet innen EU.⁸ Vanlige engelske betegnelser på OPS er PFI (Private Finance Initiative) og PPP (Public Private Partnership).

Ved arbeidet med denne fremstillingen har jeg gjentatte ganger møtt en viss forvirring rundt forholdet mellom OPS og partnering. Mye kan nok forklares med at OPS rent *språklig* omfatter svært mye, tilsynelatende et hvert samarbeid som involverer en privat og en offentlig part. I tillegg har partneringbegrepet som nevnt ingen skarp grense.

Partnering og OPS er imidlertid ikke det samme. De elementene som kanskje klarest kan beskrive forskjellene er *varighet, finansiering og drift*.

I prinsippet innebærer en OPS-avtale at en privat part helt eller delvis overtar finansiering, produksjon, drift og/eller risikoen for en offentlig tjeneste for en avtalt periode.⁹ Karakteristisk er at det gjerne dreier seg om å løse en konkret samfunnsoppgave som det offentlige tradisjonelt har håndtert på egenhånd.

I Norge har OPS særlig vært brukt ved bygging og drift av veier og annen infrastruktur, men vi har også eksempler fra blant annet Oslo på rehabilitering og drift av skolebygninger. Ved OPS overtar den private part normalt eiendomsretten over kontraktsgjenstanden for avtaleperioden og skaffer til veie nødvendig finansiering. Som

⁸ Se EU-kommisjonen såkalte ”grønnbok” om offentlig-privat samarbeid fra 2004 s 4 (COM (2004) 327), http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2004/com2004_0327en01.pdf

⁹ I veileder for konkurranseeksponering (august 2005) beskriver Moderniseringsdepartementet OPS generelt som ”at det offentlige inngår samarbeid med private leverandører om utvikling og/eller drift av tjenester eller infrastruktur som det offentlige har ansvaret for”, http://odin.dep.no/filarkiv/255800/Brukervalg_og_konkutting.pdf

vederlag betaler det offentlige en leie. Selv om dette ikke har vært vanlig i Norge, kan leien betales indirekte ved at for eksempel bompenger tilfaller den private. I sistnevnte tilfelle vil en betydelig del av finansieringsrisikoen være overført fra det offentlige til den private. Ved utløpet av OPS-avtalen, det kan gjerne være etter 10-30 år, tilbakefaller eiendomsretten til kontraktsgjenstanden det offentlige, som hovedregel vederlagsfritt.

Partnering dreier seg derimot om en ny måte å gjennomføre prosjektering og utførelsen av et konkret entrepriseprojekt. Den utførende part skal normalt ikke stå for finansiering av prosjektet eller drift etter at prosjektet er ferdig bygget. Partneringprosjekter har derfor verken de kompliserende sider knyttet til finansiering eller det langvarige perspektivet knyttet til drift som kjennetegner OPS-avtaler. I tillegg foretas utformingen av et OPS-prosjekt i hovedsak av utbyggeren, mens noe av poenget med partnering er at utformingen skal skje av flest mulig av partene *i felleskap*.

OPS reiser flere anskaffelsesrettslige spørsmål, blant annet knyttet til avgrensningen mot bygge- og anleggskonsesjoner. Den nye anskaffelsesprosedyren *konkurranspreget dialog* (se nedenfor i punkt 6.3.4) er også introdusert spesielt med tanke på OPS-avtaler. Fremstillingens omfang tillater imidlertid ikke en videre behandling av disse spørsmålene.

3 Hvorfor partnering?

3.1 Tradisjonell entreprise

En entreprise kan defineres som et kontraktsforhold der den ene part (entreprenøren), som selvstendig ervervsdrivende, påtar seg utførelsen av et bygge- eller anleggsarbeid for den annen part (byggherren).¹⁰ Hvordan forholdet mellom byggherre og entreprenør

¹⁰ Hagstrøm s 9.

organiseres avgjøres av entrepriseformen. I norsk byggevirkosomhet skilles det tradisjonelt mellom totalentrepriser og entrepriser hvor byggherren prosjekterer.

Totalentreprise kjennetegnes ved at byggherren inngår kontrakt med én entreprenør som påtar seg både prosjektering og utførelse. Totalentreprise er derfor den entrepriseform som forutsetter minst involvering fra byggherren etter at kontrakt er inngått.

Der byggherren prosjekterer selv kan han velge mellom ulike entreprisemodeller ettersom hvor aktiv rolle han ønsker.¹¹

Ved delentreprise er byggherren prosjektstyrer og har en svært aktiv rolle. Han inngår kontrakter direkte med alle entreprenører, rådgivere og arkitekter som er nødvendige for å frembringe sluttproduktet.

Ved hovedentreprise engasjerer byggherren én entreprenør for alle bygningsmessige arbeider. Entreprenøren kan utføre arbeidene selv eller la seg bistå av underentreprenører. Ved generalentreprise påtar entreprenøren seg i tillegg å utføre de tekniske anleggsentrepriser. I begge tilfeller inngår byggherren selv kontrakt med arkitekter og andre rådgivere for prosjekteringen.

Når byggherren prosjekterer selv utføres hele prosjekteringen forut for valg av entreprenør. Byggherren engasjerer egne arkitekter og rådgivere, entreprenørene involveres som hovedregel ikke. Kontrakten med entreprenøren(e) inngås tvert imot *på grunnlag* av den ferdige prosjektbeskrivelsen byggherren leverer. Ønsker byggherren forandringer i det materiale han har levert i ettertid, må det skje gjennom endringsordrer. Slike endringer medfører normalt at entreprenøren har krav på tilleggsvederlag og forlenget byggetid.

¹¹ Også håndtering av selve byggherrerollen kan leies inn. Dette er hensiktsmessig der oppdragsgiveren har liten erfaring med byggeprosesser eller ikke ønsker å bruke mye tid i sin egen organisasjon.

Ved totalentreprise prosjekterer entreprenøren på bakgrunn av byggherrens funksjonsbeskrivelser. Entreprenøren vil som regel ha stor valgfrihet rundt konkrete løsninger så lenge kravene i byggherrens funksjonsbeskrivelse oppfylles. Etter at kontrakt er inngått vil både forandringer i funksjonsbeskrivelsen og begrensninger i entreprenørens valgfrihet være å anse som endringer.

Den rettslige reguleringen av entrepriser baseres i stor grad på standardkontrakter. Standardkontraktene (NS-kontraktene) er tilpasset de ulike entrepriseformene og utviklet av representanter for alle aktører i byggebransjen. For totalentreprise benyttes NS 3431, mens NS 8405 og forgjengeren NS 3430 benyttes der byggherren prosjekterer.¹²

Standardkontraktene er detaljerte. De har omfattende bestemmelser som regulerer rettsforholdet mellom partene hvis uforutsette omstendigheter inntreffer. Dette gjør standardene velegnet til å gi oversiktlige og forutsigbare samarbeidsforhold. Forutsetningen er selvsagt at bestemmelsene etterleves.

Utviklingen av standardkontraktene har gått i retning av stadig strengere reguleringer. Dette gjelder særlig systemene for varsling av krav.¹³ Varslingsreglene er i stor grad kombinert med preklusjon, det vil si at et ellers berettiget krav faller bort dersom det ikke meldes innen gitte frister. Varslingsfristene er i tillegg gjerne korte. Dette systemet krever en omfattende kontroll fra partene for å sikre egne interesser. Forholdet mellom aktørene i byggeprosessen preges derfor lett av hyppige krav og innsigelser. Forutsetningene for et godt samarbeidsklima kan på denne måten lett bli dårlig.

Dette forsterkes av at det foreligger en generell interessenmotsetning mellom byggherren og entreprenøren. Satt på spissen ønsker byggherren å få et best mulig produkt for minst mulig

¹² NS 8406 er nylig lansert som en forenklet utgave av NS 8405. Det gjenstår å se hvilken utbredelse standarden vil få.

¹³ Se for eksempel NS 8405 i forhold til NS 3430. En ny standard for totalentrepriser er under utvikling.

penger, mens entreprenøren ønsker å få mest mulig penger for minst mulig arbeid. Partene har altså *forskjellige målsettinger*. Den tradisjonelt sterke oppdelingen av oppgaver i byggeprosessen bidrar videre til at partene mangler incitamentet til å samarbeide. Det er i dette spennet partneringmodellen har vokst frem som en ny arbeidsmetode.

3.2 Nye arbeidsmetoder

Fremveksten av partneringmodellen som en ny arbeidsmetode for å gjennomføre prosjekter, synes i stor grad å være basert på misnøyen med det høye konfliktnivået som tradisjonelt har preget byggeprosjekter. Konfliktene dreier seg i all hovedsak om økonomi.

For å beskrive noe av problemet kan det være illustrerende å vise til Sir Michael Latham. Under et møte med britiske entreprenører i Birmingham i 1993 ble følgende ordveksling observert:

”Kunden sa: “Jeg er lei av bygg- og anleggssektoren. De respekterer verken budsjettet eller tidsrammene.”

Arkitekten sa: ”Det er kunden som har skylden. Han sier ikke hva han ønsker og ombestemmer seg hele tiden. Entreprenøren holder heller ikke det han lover.”

Entreprenøren sa: “Arkitektene aner ikke hva det vil si å bygge og derfor må vi hele tiden endre tegningene deres.”

Underentreprenøren sa: ”Entreprenøren har skylden. Han betaler dårlig og noen ganger betaler han ikke i det hele tatt”.”

Utsagnene beskriver en situasjon som ikke er uvanlig. Partene bruker uforholdsmessig mye tid på å krangle. Når uenigheter oppstår skylder partene på hverandre og ligger i en konstant ”krig” for å sikre sine egne interesser. Det blir viktigere å utpeke en sydebukk enn å finne løsninger. Det oppstår også et arbeidsmiljø som er til effektivt hinder for smidig samarbeid. Dersom tvister eskaleres og havner i retten pådrar partene seg samtidig store ekstrautgifter. Til syvende og sist bidrar dette til å øke det generelle kostnadsnivået.

Et sentralt spørsmål er hvorfor konflikter oppstår. *Thommesen* har studert spørsmålet nærmere og peker på tre sentrale faktorer.¹⁴ Det er manglende kompetanse og samarbeidsevne, manglende grundighet (herunder dårlig kontraktsgrunnlag) og en konfrontasjonsorientert samarbeidsstil med ensidig beskyttelse av egne interesser og urimelige krav.

Manglende kompetanse og grundighet angår faglige forhold, og påvirkes i utgangspunktet ikke av hvordan et prosjekt organiseres.

Det er i forhold til samarbeidsstilen partnering skal innbære store fordeler. Den grunnleggende interessemotsetningen mellom byggherre og entreprenører forsøkes redusert ved å oppstille felles mål og felles økonomiske interesser. Ved å fokusere på byggeprosjektet som en *helhet* uthviskes de tradisjonelle bestiller og utførerrollene. Slagordmessig går byggherre og entreprenør fra å være motparter i kontrakten til partnere i prosjektet.

At det oppstår uenigheter og konflikter kan likevel sjelden unngås i store bygge- og anleggsprosjekter. Prosjektene innebærer ofte kompliserte tekniske løsninger, uforutsette hendelser og partene er gjensidig avhengig av hverandres ytelser. Prosjektene er dessuten kostbare. Leverandørene kan også være valgt etter hard konkurranse med den konsekvens at marginene er presset.

Kanskje minst like viktig som å redusere mulighetene for at konflikter oppstår er derfor å redusere den *betydningen* en eventuell konflikt får. *Thommesen* peker på at de fleste byggeprosjekter gjerne starter i en god tone, men at denne forsvinner svært lett når konflikter oppstår og trekker ut i tid.¹⁵ Det viktigste for å redusere konflikters betydning er

¹⁴ *Thommesen* s 26. Funnene er basert på en rapport fra BAROK-prosjektet i 1998/1999 (Bygg og Anlegg – Rekruttering og Kompetanse), men resultatene må antas å være like aktuelle i dag.

¹⁵ *Thommesen* s 27.

å hindre at de får utvikle seg. En sentral del i partnering modellen er derfor å avtale effektive måter å håndtere konflikter på.

Ønsket om *lavere konfliktnivå* synes altså å være hovedgrunnen til fremveksten av partnering som arbeidsmetode. Dette skal oppnås ved å skape et tett *samarbeid* med *felles målsettinger*.

Partnering hevdes også å gi økonomiske og tidsmessige besparelser i forhold til en tradisjonell entreprise. Dette skal oppnås som en indirekte effekt av et lavere konfliktnivå og som et resultat av effektive løsninger gjennom utnyttelse av de ulike fagmiljøenes erfaring og kreativitet. I tillegg hevder aktører med erfaring fra partnering at arbeidsmiljøet blir bedre.

3.3 Praktisk gjennomføring

En byggeprosess består av en prosjekteringsfase og en utførelsesfase. Ved begge fasene innebærer partneringmodellen en annerledes gjennomføring enn ved tradisjonelle entrepriser. Et grunnleggende trekk ved partnering er at *samarbeid* er et overordnet mål og middel gjennom hele byggeprosessen.

3.3.1 Prosjekteringsfasen

Et særpreg ved partnering er at alle parter som forutsettes å ha stor påvirkning på sluttresultatet engasjeres så tidlig som mulig. I praksis betyr dette at byggeherren, så snart han har identifisert sine behov, velger en gruppe med entreprenører, arkitekter og andre rådgivere.

Så snart denne gruppen er valgt kaller byggeherren inn til et oppstartsmøte. Dette møtet kan med fordel ha et sosialt tilsnitt. At partene tilbringer tid sammen og bygger relasjoner i begynnelsen av prosjektet skaper en lagfølelse og danner grunnlag for et godt samarbeidsklima.

På oppstartsmøtet fastsettes overordnede målsetninger for prosjektet. Å definere felles målsetninger er helt sentralt. Ved et tradisjonell entreprise er aktørenes fokus gjerne utelukkende knyttet til *egne* målsetninger. Ved partnering utvider man horisonten til å tenke *prosjektets* målsetninger og inngår et samarbeid basert på at alle parter har en interesse av å nå fellesmålsettingene. Disse målsettingene skal tjene som retningslinjer gjennom hele prosessen og kan gjerne fastsettes i en slags ”partneringserklæring” eller intensjonsavtale. Selv om et slikt dokument neppe har selvstendig rettslig betydning, viser erfaring fra blant annet Statsbygg at partene *i praksis* tillegger den stor vekt under arbeidet med prosjektet.¹⁶

Gjennom hele prosjekteringsfasen legges det opp til et bredt samarbeid der alle parter skal ha en aktiv rolle. Det er likevel viktig å påpeke at byggherren selvsagt vil ha det siste ordet i diskusjoner om løsninger og lignende. Det er byggherren som skal benytte sluttresultatet og betale for arbeidet.

Når målsettingene er på plass kan selve prosjekteringen begynne. Ved å involvere entreprenøren og andre utførende parter i prosjekteringsprosessen åpnes det for en direkte dialog mellom de som tegner og de som skal bygge *når beslutningene tas*. For det første sikrer dette at begge parter blir mer fortrolig med hverandres roller og utfordringer. I tillegg kan entreprenøren og andre med fagansvar komme med innspill og kommentarer slik at valg av løsninger blir mest mulig smidige. Å hindre uklarhet her gir erfaringsmessig direkte utslag på utførelsens effektivitet og kostnader.

En tilsvarende situasjon vil tilsynelatende oppstå ved tradisjonell totalentreprise, der entreprenøren også har ansvaret for prosjekteringen. Den vesentligste forskjell er at ved totalentreprise forutsettes byggherrens funksjonsbeskrivelse å være låst på dette tidspunktet. Totalentreprenøren vil være bundet av de valg byggherren har foretatt. Ved partnering har byggherren derimot en aktiv rolle under hele prosjekteringen, og ulike

¹⁶ I følge samtale med juridisk direktør Bjørn Kuvås i Statsbygg.

løsninger kan diskuteres fortløpende. Dette gjør at byggherren bedre kan nyttiggjøre seg rådgivernes og entreprenørens kreativitet og fagkunnskap.

Også når prosjektets fremdrift skal planlegges er det verdifullt at de som skal utføre det fysiske arbeidet deltar. Dette gjør at partene kan identifisere og eventuelt unngå løsninger som vanskeliggjør en effektiv samordning på byggeplassen.

Ved slutten av prosjekteringsfasen utarbeider partene en såkalt *målsum*. Målsummen er helt sentral i partnering og kommer i stedet for en tradisjonell prisfastsettelse. Målsummen angir hva partene forventer at sluttproduktet skal koste. Den inkluderer både arbeidet i prosjekteringsfasen og utførelsesfasen. Målsummen vil i hovedsak bestå av selvkost, fortjeneste og avsetning til uforutsette hendelser.

Målsummen skal gi partene en felles økonomisk interesse. Dette skjer gjennom at partene avtaler hvordan avvik fra målsummen skal fordeles. Et utgangspunkt kan være at besparelser eller overskridelser i forhold til målsummen fordeles 50/50 mellom byggherre og rådgiver/entreprenør. Dermed får alle aktører et felles økonomisk incitament knyttet til *hele* prosjektet. Blir bygget billigere enn målsummen vil alle parter tjene på det. Hvordan fordelingsnøkkelen i forhold til målsummen er påvirker kontraktens risikofordeling og fastsettes i den enkelte avtale.

Utarbeidelsen av målsummen er svært viktig for at det videre samarbeid skal fungere godt. Det er derfor helt sentralt at partene bruker nok tid på prosessen frem til målsummen fastsettes. Settes målsummen for lavt skapes lett frustrasjoner og misnøye. En videre forutsetning ved målsumarbeidet er det såkalte ”åpen-bok prinsippet”. Prinsippet innebærer at entreprenøren legger til rette for åpenhet om prosjektets økonomi, herunder at priskalkyler og budsjetttrammer oppgis. Åpen økonomi kan være uvant og krevende for partene, men er en nødvendighet for å kunne jobbe med felles forutsetninger og risikodeling knyttet til målsummen.

Ved fastsettelsen av målsum og reguleringen av avvik kan det avtales at for eksempel byggherreinitierte endringer endrer målprisen. Dette vil gjennomgående være ønskelig for entreprenøren. Hva som skal endre målprisen vil til syvende og sist være en forhandlingssak mellom entreprenør og byggherre. Videre er det ikke noe i veien for at risikofaktorer som kan påvirke prosjektets total kostnader holdes utenfor målsummen, slik som for eksempel merkostnader i forbindelse med grunnforhold. Dette er en tradisjonell byggeherrerisiko som byggherren kan være svært vant til å ta. Det er imidlertid ikke hensiktsmessig å løfte ut *for mye* eller å ha for mange forhold som kan endre målsummen, da risikerer man at det økonomiske incitament ved å ha en felles interesse i å nå målsummen utvannes.

For byggherren vil det fremstå som ønskelig å forbeholde seg retten til å avslutte prosjektet dersom prosjekteringsfasen ikke har fungert tilfredsstillende, for eksempel ved at man ikke kommer frem til en omforent målsum. Det normale vil da være at byggherren kan kjøpe ut prosjektet ved å betale for den medgåtte timepris. Han kan da enten gjennomføre prosjektet som en tradisjonell entrepris eller eventuelt engasjere en ny entreprenør i en sen-partnering prosess.

3.3.2 Utførelsesfasen

Når målsummen er fastsatt kan utførelsen begynne. Gjennom utførelsesfasen fortsetter det tette samarbeidet mellom partene, blant annet med jevnlig evalueringssamlinger mellom de involverte aktører. På disse møtene diskuteres endringer, forbedringer og problemer. Et sentralt poeng er også å identifisere eventuelle konflikter og forsøke å løse disse raskest mulig. En konfliktløsningsmodell bør derfor avtales.¹⁷ Det samme gjelder rutiner for håndtering av forsinkelser og feil underveis. Disse forutsettes også løst gjennom dialog mellom partene i stedet for gjennom krav på bakgrunn og strenge, preklusive varslingsregler. Dette er kjernen i samarbeidet under utførelsen. En løsningsorientert

¹⁷ Mer om dette i punkt 4.2.

tilnærming til uenigheter er mulig fordi partene har en felles økonomisk interesse i sluttresultatet, i stedet for bare i det enkelte delarbeid.

3.4 Fordeler og ulemper

En vesentlig fordel som partnering hevdes å medføre er allerede nevnt, nemlig utsiktene til en mindre konfliktfylt byggeprosess. I tillegg hevdes gjerne partnering å gi både kostnadmessige og tidsmessige besparelser, samtidig som sluttproduktet optimaliseres. Disse forholdene henger nøye sammen.

Det er imidlertid også viktig å være klar over at partnering krever mye av partene. Til dette hører blant annet at faktorer som åpen økonomi og brede dialoger om løsninger kan være uvant og kanskje oppleves som ukomfortabelt. Partene må også sette av tilstrekkelig tid og resurser for at samarbeidet skal fungere. Holdningene til partnering må dessuten være forankret i organisasjonene. Det er kanskje på dette grunnlag partnering har vært omtalt som krevende, men belønnende.

Rent kostnadmessig er partneringsamarbeidet ”fortungt”. Merkostnadene til fellesaktiviteter og prosjektering hvor alle parter er involverte bidrar til at partnering medfører kostnader tradisjonelle samarbeidsmodeller ikke har. Dette medfører at et partneringprosjekt starter med et kostnadmessig handikap. Motivasjonen er imidlertid at denne økte resursbruken skal oppveies av besparelser underveis. Dette skal skje gjennom å komme frem til mest mulig effektive løsninger under prosjekteringsfasen. Til dette kommer den indirekte økonomiske effekten av at byggherren får et presumptivt mer egnet sluttprodukt. En omfattende prosjekteringsfase skal også redusere behovet for fordyrende endringer underveis. I tillegg er lavere risiko for konflikter klart av økonomisk interesse.

Hvorvidt denne teorien slår til i praksis er det vanskelig å si noe generelt om. Hvert enkelt byggeprosjekt har så mange særtrekk at en sammenlikning av hva totalprisen vil være om det bygges på den ene eller andre måte er vanskelig. Dersom et bygg gjennomføres uten

endringer, overskridelser, uforutsette hendelser eller tvister synes det likevel sannsynlig at partnering vil være dyrere enn tradisjonelle metoder.

Sannsynligheten for at slike omstendigheter inntreer er imidlertid overhengende. Dette belaster prosjektkostnadene og spørsmålet hører klart hjemme i en totalprisvurdering. Redusert risiko for endringer og tvister kan derfor tilsi at partnering *reelt* sett vil bli billigere. Som en indikasjon på dette referer *Kadefors* til en amerikansk studie fra 1999. Man sammenliknet der mer enn 200 partneringprosjekter med et tilsvarende antall byggeprosjekter gjennomført etter tradisjonelle samarbeidsmodeller, og fant at bruk av partnering innebar betydelige fordeler med hensyn til tid, kostnader og konfliktnivå for prosjekter over 50 millioner kroner. For mindre prosjekter var fordelene mindre tydelige.¹⁸

Endringer og tvister påvirker også fremdriften. Særlig endringer vil lett innebære direkte forsinkelser ved at det gir entreprenøren rett til fristforlengelse. Tvister kan forsinke fremdriften på flere måter, for eksempel ved byggestans på grunn av omtvistede endringer. Det kan også tenkes at konflikter fører til utskiftning av aktører underveis med de forsinkelser og merkostnader dette drar med seg. En samarbeidsprosess som tar sikte på å redusere sannsynligheten for at disse faktorene inntreer, kan derfor lett gi positive fremdriftskonsekvenser. Ved partnering hevdes også at utførelsen kan påbegynnes tidligere enn ellers, blant annet fordi det i mindre grad må prosjekteres ”ned til siste skrue” når entreprenøren deltar i hele prosessen. Dette vil imidlertid i samme grad kunne være tilfellet ved en tradisjonell totalentreprise.

En innvending som ofte dukker opp mot partnering er at man går glipp av en ”sunn” konkurranse på totalpris. I og med at bygget ikke er prosjektert i detalj når man velger entreprenør kan det heller ikke angis en bindende totalpris. Priskonkurransen vil ved partnering måtte baseres på elementer som timepriser, riggekostnader og påslagsprosjenter. At samarbeidet skal foregå med åpne kalkyler kan oppveie noe av denne ulempen. Hvilken

¹⁸ *Kadefors* s 7.

konsekvens manglende konkurranse på totalpris får er likevel vanskelig å anslå. Det er grunn til å tro at problemet er størst i et presset leverandørmarked.

De momentene som er nevnt i tilknytning til besparelser vil først og fremst være fordeler for *byggherren*. Endringer kommer fra byggherren, og det er derfor han som vil ha interesse av at konsekvensene ved endringer reduseres. For entreprenøren vil endringsarbeid i de fleste tilfeller innebære et merarbeid som gir rett til ekstra vederlag og dermed høyere fortjeneste. Så lenge han har tilgjengelig kapasitet kan endringer derfor være en fordel. Endringer som medfører forlenget byggetid kan imidlertid også være til ulempe for entreprenøren hvis det gjør at han må utsette tilstøtende oppdrag. Et lavere konfliktnivå er en direkte fordel for alle involverte.

Et partneringsamarbeid *kan* også innebære redusert mulighet til fortjeneste for entreprenøren. Dette gjelder særlig i forhold til kontrakter med fastpris. Dersom entreprenøren greier å bygge billigere enn fastprisen beholder han denne fortjenesten. I partneringavtaler opererer man derimot med en målsum for hele prosjektet. Besparelser i forhold til målsummen skal typisk *deles* slik at byggherre og entreprenør får en felles økonomisk interesse.¹⁹ Dette innebærer imidlertid også at entreprenørens økonomiske risiko ved kostnadsoverskridelser reduseres tilsvarende. En overskridelse av en alminnelig fastpris vil han ellers måtte dekke fullt ut. En potensielt redusert fortjeneste er derfor neppe noen vesentlig reservasjon.

Partnering kan også medføre fordeler som ikke er av direkte økonomiske karakter. For eksempel fremholdes ofte at arbeidsmiljøet på byggeplassen blir bedre. Som et eksempel har entreprenøren NCC registrert en nedgang i den gjennomsnittlige fraværsprosenten fra 3,5 % til under 1 % ved partnering.²⁰

¹⁹ Detaljene rundt delingsforholdet vil selvsagt variere.

²⁰ Juristkontakt nr 9 2004.

3.5 Når er partnering hensiktsmessig?

Partnering dreier seg i betydelig grad om holdninger. En grunnleggende forutsetning for et vellykket partneringsamarbeid er at partene er *interessert* i å samarbeide og at de er inneforstått med hva et partneringsamarbeid innebærer. Det er derfor ikke gitt at partnering passer for alle prosjekter eller avtaleparter.

Partnering innebærer også at byggherren får en aktiv rolle, hvilket igjen forutsetter at byggherren har kompetanse og evne til å ta beslutninger underveis. En slik rolle forutsetter at byggherren har en organisasjon som kan håndtere partneringprosessen.²¹ Dersom denne delaktigheten ikke er ønskelig og/eller mulig vil en tradisjonell totalentreprise være et klart bedre alternativ.

Prosjektet bør også være av en viss størrelse for at det skal være egnet for partnering. Innslagene av hyppige møter, teambuildingaktiviteter og prosjektering i fellesskap medfører at partnering innebærer en del ekstrakostnader i forhold til andre samarbeidsmåter. Prosjektet må altså være av en slik størrelse at disse ”transaksjonskostnadene” er mindre enn den besparelse en effektiv gjennomføring kan gi.

Det vil også være lite hensiktsmessig å bruke partnering hvis prosjektet kan beskrives godt på forhånd. Dette vil kunne være tilfellet ved svært enkle prosjekter, for eksempel oppføring av en kald lagerbygning. Motsatt kan partnering være velegnet dersom prosjektet har en viss kompleksitet, selv om det størrelsesmessig er lite. Det avgjørende er om det vil være en fordel å utnytte alle parterers kompetanse under prosjekteringen.

Hvorvidt partnering er egnet for svært omfattende og komplekse prosjekter er det derimot en viss uenighet om. Faktorer som gjør et prosjekt særlig komplekst kan være tekniske

²¹ Også ved partnering kan håndtering av selve byggherrerollen leies inn. Dette kan være et alternativ der oppdragsgiveren har liten erfaring med byggeprosesser eller ikke ønsker å bruke mye tid i sin egen organisasjon.

løsninger, logistikk, tilgjengelighet på byggeplassen eller liknende. Et argumentet mot å bruke partnering i slike tilfeller er at prosessen blir uoversiktlig, tungrodd og ineffektiv dersom alle berørte aktører skal delta i prosjekteringen. Mye taler imidlertid for at partnering nettopp i slike tilfeller vil være særlig velegnet. Ved at prosjekteringen foretas i felleskap er det mer sannsynlig at forhold som kan bli problemer under utførelsesfasen identifiseres og løses ”før de oppstår”. Dette vil gi en vesentlig smidigere utførelsesprosess. I tillegg får partene tidlig oversikt over eventualiteter som vil påvirke prosjektkostnadene og kan kalkulere dette inn i målsummen. Betydningen av at alle parter i større grad blir fortrolige med *hele* byggeprosessen i løpet av prosjekteringen skal heller ikke undervurderes.

Utover dette vil konkrete forhold ved det foreliggende prosjekt avgjøre om partnering er hensiktsmessig. Også markedsmessige forhold vil kunne spille inn. Dersom entreprenørmarkedet er lite og/eller presset kan det være vanskelig å finne konkurransedyktige leverandørkonstellasjoner.

4 Rettslig regulering

4.1 Kontraktgrunnlag

Den rettslige reguleringen av entrepriser baseres tradisjonelt på en standardkontrakt (NS-kontraktene), med ulik grad av tilpasninger. Disse tilpassningene kan enten gjøres direkte ved å endre de aktuelle bestemmelsene i standardene eller indirekte ved at de inntas i en egen, overordnet avtale.

Selv om standardene er laget spesielt for bygge- og anleggskontrakter er de tilpasset en helt annen samarbeidsform enn partnering.²² Dette medfører at en del av bestemmelsene ikke

²² Det finnes (foreløpig) ingen standardkontrakt spesielt tilpasset partnering. Dersom utbredelsen av partnering fortsetter å øke er det ikke usannsynlig at dette vil komme.

passer i et partneringsamarbeid. Det kan derfor synes hensiktsmessig å ikke benytte standardkontrakter, men i stedet lage én avtale som uttømmende regulerer partenes mellomværende.²³ Utarbeidelsen av en slik avtale vil imidlertid være svært ressurskrevende. Det stiller også store krav til at oppdragsgiveren setter seg inn i alle områder som bør reguleres for å ha en forutsigbarhet hvis ”ting går galt”. Det ligger dessuten alltid en viss risiko i å benytte en ukjent og nyutviklet avtale. I de fleste tilfeller vil det derfor også ved partnering være både hensiktsmessig og nødvendig med standardkontrakter. Bruken av standardkontrakter i størst mulig grad gir også trygghet fordi de innarbeidet og kjente i bransjen.

I de partneringprosjekter jeg har studert har man derfor valgt å benytte en standardkontrakt ”i bunn”, og i tillegg en overordnet avtale, gjerne kalt *partneringavtale*. Ved å benytte en standardkontrakt og en partneringavtale i kombinasjon kan man regulere de særlige spørsmål partneringmodellen reiser uten unødig mye ressursbruk.

En slik kombinasjon er imidlertid ikke helt uproblematisk. Standardkontraktene er tilpasset en samarbeidssituasjon med tradisjonelle bestiller-utfører roller, helt ulikt partnering. Partneringavtalen må derfor inneholde bestemmelser for de områder standardkontraktene ikke passer og for de omstendigheter den ikke regulerer. De områdene dette særlig gjelder for er prosjektorganisering, vederlagsbestemmelser, konfliktløsning samt forholdet mellom partneringavtalen og standardkontrakten.

4.2 Partneringavtalen

Det som i første rekke vil særprege en partneringavtale er en utstrakt forankring av *holdninger* til et tett og løsningsorientert samarbeid. Dette forutsettes å være mer en bare pene ord da det er selve grunnstammen i partneringmodellen. Et overordnet mål for

²³ Til tross for ordlyden er det antatt at FOA § 3-9 ikke er til hinder for at annet enn standardkontrakter benyttes, jf. KOFA 2003/138.

partneringavtalen vil derfor være å danne grunnlag for en rettslig plikt til å samarbeide om å finne løsninger.

Hvilke parter partneringavtalen inngås mellom følger av hvilken entreprisform partneringmodellen tar utgangspunkt i. Dersom partneringsamarbeidet baseres på en totalentreprise inngås partneringavtalen kun mellom byggherre og en totalentreprenør. I andre tilfeller vil også sideentreprenører, arkitekter og andre rådgivere være parter i partneringavtalen. Hvor detaljert og omfattende partneringavtalen utformes vil avhenge av partenes ønsker og hva prosjektet krever. Som ellers bør avtalene gjenspeile prosjektets omfang.

For å oppnå fordelene ved et partneringsamarbeid er det likevel noen punkter som i alle tilfeller bør inngå i partneringavtalen. Å gjennomføre et prosjekt i partnering innebærer et tett samarbeid. For at dette skal fungere er det en forutsetning at alle involverte har den samme oppfatningen av hvordan samarbeidet skal foregå, ikke minst for å unngå konflikter. Partneringavtalen bør derfor ha bestemmelser om prosjektorganiseringen.

Prosjektorganiseringen beskriver hvordan samarbeidet konkret skal styres. Her fastsettes en styringsgruppe eller liknende som har det overordnede oppsyn med byggeprosessen, møter og fellesaktiviteter. Eventuelt kan det fastsettes flere slike fora. Det kan med fordel også inntas nærmere bestemmelser om arbeidsområder og ansvarsfordeling mellom de enkelte aktørene i partneringavtalen. Dette vil være særlig viktig dersom den ansvarsfordeling som følger av standardkontraktene skal avvikes.

Vederlaget baseres ved partnering på en målsum, og dette innebærer at standardkontraktens systemer for beregning av vederlag- og eventuelt tilleggsvederlag ved endringer ikke benyttes. Partneringavtalen må derfor regulere hvordan målsummen skal fastsettes. Elementene som inngår i målsummen vil typisk være entreprenørenes selvkost og avtalte påslag for det bygget som utformes i prosjekteringsfasen, en felles avsetning til uforutsette omstendigheter samt honorering for utført arbeid i prosjekteringsfasen.

Målsummen er også grunnlaget for den felles økonomiske interesse i prosjektet. For at dette skal oppnås er det svært viktig at det avtales hvordan overskridelser eller besparelser i forhold til målsummen skal fordeles. I tillegg til å fungere som et incitament til å arbeide frem kostnadseffektive løsninger påvirker fordelingsnøkkelen partneringsarbeidets økonomiske risikofordeling.

Partneringavtalen må videre bestemme hvilke omstendigheter som skal kunne endre målsummen underveis i prosjektet, herunder kan det være hensiktsmessig å definere hva som er en endring. Entreprenøren vil gjennomgående ønske at alle byggherreinitierte endringer påvirker målsummen. Etter standardkontraktene vil entreprenøren ha rett til tilleggsvederlag i slike tilfeller. Ved å velge en partneringmodell forutsetter derimot kanskje byggherren en større frihet til å endre detaljer underveis i forhold til tradisjonelle entrepriser, uten at dette medfører økte kostnader. Dette blir til syvende og sist en forhandlingssak mellom byggherre og entreprenør. Spørsmålet om kostnader ved endringer er en stadig kilde til konflikter i byggeprosjekter. Gjennom en grundig regulering av målsummen, i kombinasjon med åpen-bok prinsippet, må temperaturen likevel antas å bli vesentlig lavere i et partneringsamarbeid.

Et neste punkt partneringavtalen bør regulere er konfliktløsning. Selv om partneringmodellen forutsettes å generere langt færre konflikter enn andre samarbeidsmodeller er det svært viktig å ha et effektivt system for å håndtere de uenigheter som måtte oppstå. For at slike uenigheter ikke skal utvikle seg er det avgjørende at de *identifiseres* raskest mulig. Det er en forutsetning for at samarbeidet skal kunne fortsette å fungere at konflikter ikke utsettes.

Hvordan konflikter håndteres ved partnering skiller seg vesentlig fra det som er vanlig ved tradisjonelle entrepriser. Ved en partneringavtale er den primære tvisteløsningsmekanismen *dialog*. Dette kan ses på som en konkretisering av samarbeidsplikten, og partneringavtalen bør inneholde konkrete bestemmelser som pålegger partene å samarbeide aktivt for å løse

uenigheter. Selv om også standardkontrakter som NS 8405 har bestemmelser om samordnings- og lojalitetsplikt²⁴, forutsettes den rettslige rekkevidden av samarbeidsplikten å være vesentlig større ved partnering siden det er et av *formålene* ved avtalen.

Etter standardkontraktene identifiseres uenigheter typisk ved at det fremsettes krav. I mangel av incitament for å samarbeide om løsninger utsettes konfliktene og havner ofte i rettsapparatet. Ved partnering vil det normale være at varslings- og preklusjonsreglene i standardene settes helt til side. I stedet for å fremsette krav skal partene *diskutere løsninger* i fastsatte fora.

For at slik tvisteløsning skal fungere forutsettes det at partene har tett kontakt underveis i byggeprosessen. Det bør derfor avtales regelmessige møter mellom alle som er engasjert i utførelsesprosessen slik at eventuelle uenigheter kan identifiseres raskt. Målet med dette systemet er å løse konflikter på lavest mulig nivå slik at de ikke får utviklet seg.

Hvis uenigheter ikke kan løses der de oppstår fastsettes en ”konflikttrapp” slik at diskusjonen ”løftes” opp et nivå innen en kort frist, for eksempel en uke. Dette nivået kan være styringsgruppen eller et annet avtalt forum. For å fungere effektivt er det hensiktsmessig å forhåndsdefinere flere slike nivåer i organisasjonen.

Partneringavtalen bør også inneholde regler om et avtalehierarki slik at partneringavtalen gis forrang i forhold til andre avtaler, herunder standardkontraktene. Dette vil for øvrig normalt også følge av hierarkibestemmelser i standardkontraktene, for eksempel NS 8405 punkt 3.1 og alminnelige avtalerettslige prinsipper om at en spesiell avtale går foran en generell. For å unngå eventuelle uklarheter må det imidlertid anbefales å kommentere forholdet til standardkontraktene eksplisitt der partneringavtalen inneholder avvikende bestemmelser.

²⁴ Jf. NS 8405 punkt 5 og 18.3.

4.3 Risikospørsmål

I den litteratur og praksis jeg har funnet om partnering er det ikke referert til eksempler på tvister som har havnet i rettsapparatet. Selv om det ikke kan trekkes noen konklusjoner ut av dette, kan det være en indikasjon på at konfliktnivået *faktisk* er lavt. Med den sterkt økende bruk av partnering er det likevel ikke til å unngå at det før eller siden kommer en sak for domstolene.

Mangelen på rettslige avgjørelser gjør at spørsmålet om hvorvidt partnering innebærer større risiko enn tradisjonelle entrepriser må betegnes som usikker og uavklart. Enkelte momenter som vil være relevante ved vurderingen av konkrete risikospørsmål kan likevel antydes.

Innledningsvis er det grunn til å påpeke at et stort byggeprosjekt alltid stiller krav til at alle parter har et kompetent apparat for å håndtere byggesaken. Dette er nødvendig ved alle omfattende prosjekter. Mangel på profesjonell håndtering er et stort risikomoment. Dette endrer seg ikke ved å benytte partnering, kanskje snarere tvert i mot. Det kan hevdes at nettopp ved å velge en partneringmodell stilles ekstra store krav til kompetanse hos aktørene. Samarbeidet skal foregå tett gjennom hele prosessen, og arbeidsmåten med åpen økonomi kan være krevende. Ved å ha en felles økonomisk interesse i målsummen er partenes fortjeneste også i stor grad avhengig av andres ytelser. Dersom en part ”sluntrer unna” og ikke yter, slik som forutsatt, presses fundamentet for hele partneringsamarbeidet.

Som et utgangspunkt er min antagelse at partnering *ikke i seg selv* innebærer større risiko enn en tradisjonell gjennomføring av en entreprise. Det er likevel grunn til nok en gang å understreke partneringavtalens sentrale rolle. Mye av den usikkerhet partnering *kan* medføre ved en eventuell tvist, avhjelpest ved å lage en utførlig partneringavtale. Ved å utforme en partneringavtale med klart definerte oppgaver og ansvarsområder vil partene i stor grad kunne *regulere risikoen selv*. Dette vil også gi forutsigbarhet under byggeprosessen og ved en eventuell tvist.

Som beskrevet ovenfor er kontraktsgrunnlaget ved et tosporet. Partneringavtalen er den overordnede avtale mellom partene, standardkontraktene er sekundære. Dette medfører at bestemmelsene i standardkontrakten i utgangspunktet bare kommer til anvendelse på de forhold partneringavtalen ikke regulerer. Fordi partneringmodellen nødvendiggjør en del særlige bestemmelser, vil partneringavtalen antagelig ha en større rolle enn det en overordnet avtale ellers har ved tradisjonelle entrepriser.

Vurderingen av de særskilte risikospørsmål partnering reiser kan derfor ta utgangspunkt i de tilfeller partneringavtalen setter bestemmelser fra standardkontraktene *til side*. Standardkontraktene utgjør en helhet av formelle og omfattende reguleringer, og ved tilsidesettelse av enkelte bestemmelser er det avgjørende å vurdere hvilken konsekvens dette kan få.

Ansvar for feil og mangler vil i hovedsak ikke være annerledes ved partnering enn ved tradisjonelle entrepriser. Reglene følger av standardkontraktene og det er ikke noe i selve partneringmodellen som tilsier at disse bestemmelsene ikke er anvendelige.

Annerledes er det hvis det inntreffer uforutsette omstendigheter som ikke skyldes feil eller mangler. I tradisjonelle entrepriser tilfaller kostnadene ved slike omstendigheter den part som har risikoen for det område det uforutsette inntreffer. Utgangspunktet er at risikoplasseringen følger av standardkontraktene, som igjen følger et prinsipp om at risiko bæres av den part som best håndterer den.

Ved partnering endres dette utgangspunktet. Bruken av målsum innebærer at partene i betydelig grad har *felles risiko* for uforutsette omstendigheter. I målsummen inngår en avsetning til kostnader ved uforutsette omstendigheter. Dersom prosjektet ikke genererer slike kostnader, blir avsetningen fordelt som en fortjeneste mellom partene etter bestemmelsene i partneringavtalen. På samme måte *fordeles* kostnadene hvis de overstiger avsetningen i målsummen. Både byggherre og entreprenør vil altså sitte med risikoposter han tradisjonelt ikke har. Den ulempen dette måtte medføre kompenseres likevel langt på

vei av at konsekvensene av en fordyrende, uforutsett omstendighet, som en part ellers måtte bære alene, blir tilsvarende mindre.²⁵

De omfattende varslingsreglene ved krav i standardkontraktene er viktige for å sikre god prosessdokumentasjon. Dette reduseres bevisproblemer ved uenighet i etterkant.²⁶ Dersom det "skjærer seg" vil mangel på prosessdokumentasjon kunne være en betydelig ulempe og gi en lite forutsigbar posisjon for alle parter. Når man ved partnering setter de formelle varslingsreglene til side må prosessdokumentasjonen sikres på andre måter. Ved partnering kan et alternativ være å føre grundige referat og protokoller fra samarbeidsmøtene. Det vil være på disse møtene forhold som man tradisjonelt ville sendt krav om skal varsles.

Partneringavtalens konfliktløsningsmekanismer er nevnt tidligere. Lykkes det ikke partene å løse en konflikt etter partneringavtalens system vil reglene som følger av standardkontrakten komme til anvendelse. Dette vil i hovedsak være tredjepartsavgjørelser som voldgifts- og domstolsbehandling eller eventuelt oppmannsavgjørelser. I slike tilfeller vil den rettslige rekkevidden av partneringavtalens samarbeidsplikt komme på spissen.

Tvarnø argumenterer for å tolke og utfylle partneringavtalen strengt etter sitt *formål*, fremfor å benytte deklarasjonelle regler (og NS-kontraktene), alminnelige rettsprinsipper og sedvane.²⁷

Dette synes å være et fornuftig utgangspunkt. For at en formålstolkning skal ha best mulig forutsetninger er det viktig å definere og gjerne konkretisere formålene i partneringavtalen.

Det rettslige innhold av bestemmelser om plikt til tillitsfullt samarbeid, lojalitet m.v. er likevel langt fra gitt. Ved en fastlåst konflikt vil jo situasjonen ofte være slik at disse

²⁵ Det som nå er sagt er likevel bare et utgangspunkt, partene kan selvsagt avtale en annerledes fordeling, også ved partnering.

²⁶ Hvorvidt den dokumentasjonen standardene legger opp til *faktisk* foreligger er selvsagt en annen sak.

²⁷ *Tvarnø* i Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002 s 81.

pliktene har vært misligholdt over lengre tid ved at samarbeidet har *sluttet å fungere*. Det kan være grunn til å stille spørsmålstegn ved hvilken rekkevidde slike ”myke” prinsipper generelt har. Hvordan dette vil slå ut ved en rettslig prøving må i mangelen av rettspraksis anses som usikkert.

5 Offentlige anskaffelser

5.1 Rettskildesituasjonen

Den primære rettskilden for offentlige anskaffelser er Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (heretter LOA eller "Loven"). Med hjemmel i lovens § 11 er det gitt to sentrale forskrifter, en for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon, den såkalte Forsyningsforskriften av 5. desember 2003, og en for såkalt "klassisk sektor", det vil si øvrige offentlige oppdragsgivere, Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 (heretter FOA eller "Forskriften").

Det norske regelverket bygger i stor grad på EUs direktiver om offentlige anskaffelser og gjennomfører således en forpliktelse Norge har gjennom EØS-avtalen. Dette medfører at også EU-rettslige rettskilder kan være relevante for forståelsen av de norske bestemmelsene. Etter EØS-avtalens artikkel 6 skal norske domstoler tolke i samsvar med praksis fra EF-domstolen når den anvender norske lovbestemmelser som implementerer fellesskapsrettslige regler.²⁸ EF-domstolen har en sentral rolle i fellesskapsretten som en dynamisk fortolker og rettsutvikler. Domstolen har avsagt en rekke dommer i saker om offentlige anskaffelser, i motsetning til norske domstoler og EFTA-domstolen. EF-domstolens avgjørelser er derfor en viktig rettskilde.

Videre er det i medhold av LOA § 7a opprettet et uavhengig tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA eller Klagenemnda) avsier rådgivende uttalelser i klager om brudd på anskaffelsesregelverket. Den rettskildemessige vekten av klagenemndas avgjørelser begrenses av at uttalelsene kun er rådgivende og at de i motsetning til for eksempel Trygderettens avgjørelser skal bringes inn for tingretten i første instans. Klagenemnda har imidlertid siden opprettelsen 1. januar 2003 avgjort et stort antall saker, og disse avgjørelsene er i praksis en omfattende kilde til

²⁸ Formelt gjelder dette bare avgjørelser avsagt før EØS-avtalens ikrafttredelse, men Høyesterett har i en rekke saker lagt til grunn at plikten gir uttrykk for et mer generelt prinsipp, slik at også senere rettspraksis er relevant.

fortolkninger av regelverket. Avgjørelsens grundige form tilsier også at de bør tillegges en viss, om ikke betydelig vekt. Dette støttes av at KOFA er sammensatt av jurister med særlig kompetanse i anskaffelsesrettslige spørsmål, slik at den faglige kvaliteten på avgjørelsene er høy. Avgjørelsene er også lett tilgjengelige på internett med gode søkemuligheter og de etterleveres i stor grad i praksis. Samlet sett gjør dette at KOFA praksis fremstår som en viktig rettskilde i arbeid med anskaffelsesrettslige spørsmål.

5.2 Grunnleggende krav

Regelverket om offentlige anskaffelser er bygget opp rundt sentrale, grunnleggende krav som skal ivaretas i anskaffelsesprosedyren. Disse kommer til uttrykk i LOA § 5 og FOA § 3-1, hvor det oppstilles krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling i anskaffelsesprosessen. I tillegg skal oppdragsgiver opptre i henhold til god forretningsskikk og sikre at anskaffelser i størst mulig grad baseres på konkurranse. Dette skal bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål i LOA § 1 om å gi økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser.

De grunnleggende kravene skal ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen.²⁹ Ved avgjørelsen av konkrete anskaffelsesrettslige spørsmål legger EF-domstolen (og for så vidt KOFA) stor vekt på de grunnleggende kravene.

Kravene vil følgelig gjelde ved inngåelsen av partneringavtaler hvor oppdragsgiveren er å anse som offentlig oppdragsgiver.

5.3 Forskrift om offentlige anskaffelser

LOA gjelder for alle offentlige anskaffelser, uavhengig av verdi og anskaffelsesmetode. FOA kommer til anvendelse ved tildeling av offentlige vare-, tjeneste-, bygge- og

²⁹ Dette er understreket i en rekke dommer fra EF-domstolen, se for eksempel sak C-19/00 (SIAC).

anleggskontrakter etter § 1-3 (1), med de unntak som er følger av § 1-3 (2) og (3). Det unntaket som kan være relevant å nevne i sammenheng med inngåelse av partneringavtaler, er § 1-3 (2) bokstav b) som gjelder for avtaler om leie eller erverv av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom. Forskrift om offentlige anskaffelser får altså ikke anvendelse på slike avtaler. Jeg går ikke nærmere inn på unntakene her.

FOA § 1-2 angir hvilke oppdragsgivere som er omfattet av forskriften. Hvorvidt en oppdragsgiver omfattes av forskriften eller ikke kan til dels være vanskelig å avgjøre, og reiser en rekke grensedragnings spørsmål. Av hensyn til oppgavens omfang og tema vil jeg derfor kun skissere enkelte hovedpunkter som er særlig relevante her.

For det første gjelder forskriften for statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter, både der de opptrer på egenhånd og som en sammenslutning, jf. § 1-2 (1).

Offentligrettslige organer som ikke er sammensatt at myndigheter som nevnt i § 1-2 (1) omfattes etter § 1-2 (2) når tre vilkår er oppfylt. For det første må organet tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. § 1-2 (2) bokstav a). Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt må baseres på en konkret helhetsvurdering. Det vil blant annet være relevant å se på om det behov organets virksomhet oppfyller, av hensyn til allmennheten, vanligvis oppfylles av det offentlige selv, og på en annen måte enn ved tilgjengeligheten av varer og tjenester i markedet. Det er også relevant om organet er eksponert for konkurranse.³⁰ Etter bokstav b) er det videre et vilkår at organet er et selvstendig rettssubjekt. Endelig krever bokstav c) at organet er kontrollert, økonomisk eller organisatorisk, av offentlige myndigheter eller et offentligrettslig organ. For å ha økonomisk kontroll er det antatt at det offentlige må dekke mer enn 50 % av organets finansiering.³¹ Organisatorisk kontroll innehas gjennom instruksjonsmyndighet eller ved at det offentlige kan oppnevne mer enn halvparten av virksomhetens styrende organ.

³⁰ Slik i *Amdal/Roll-Matthiesen* s 83.

³¹ *Dragsten/Lindalen* s 118.

Begrepet ”offentligrettslig organ” i § 1-2 (2) må i alle tilfeller tolkes vidt i tråd anskaffelsesreglenes mål om å skape konkurranse og gjennomsiktighet.³² Etter § 1-2 (3) omfattes også visse bygge- og anleggskontrakter som foretas av oppdragsgivere som ellers ikke er underlagt anskaffelsesforskriften, forutsatt at mer enn 50 % av anskaffelsen er direkte subsidiert av det offentlige.

FOA gjelder kun ved tildelingen av ”kontrakt”. Kontrakt er definert i § 1-4 bokstav a) som en ”gjensidig bebyrdende avtale”, i tråd med alminnelig avtalerett. At kontrakten må være gjensidig bebyrdende innebærer at det skal skje en utveksling av ytelser, dette vil typisk bestå i at byggherren betaler et vederlag for tilførte materialer og utført arbeid. Kontrakten må inngås mellom en oppdragsgiver og en leverandør og være skriftlig. Skriftlighetskravet skal ikke tolkes strengt.³³

De kontrakter jeg vil konsentrere meg om i denne fremstillingen er bygge- og anleggskontrakter i henhold til § 1-4 bokstav c). Som nevnt helt innledningsvis forutsetter jeg at anskaffelsen er over terskelverdiene slik at det er bestemmelsene i FOA Del II som kommer til anvendelse.

For å benytte bestemmelsene om bygge- og anleggskontrakter på et partneringsprosjekt må to forhold kommenteres innledningsvis.

For det første kan det slås fast at selv om et prosjekt gjennomføres i partnering vil også slike ”samarbeidsavtaler” være gjensidig bebyrdende avtaler. At det er snakk om et bredt og integrert samarbeid endrer ikke dette faktum. Ved tildelingen av en partneringavtale er imidlertid ikke det endelige vederlaget byggherren skal betale fastsatt, dette skal som

³² *Amdal/Roll-Matthiesen* s 79 og *Dragsten/Lindalen* s 98.

³³ NOU 1997:21 side 122. For bygge- og anleggskontrakter over terskelverdiene fremstår det nærmest som utenkelig at skriftlighetskravet ikke er oppfylt.

beskrevet ovenfor settes som en målsum i slutten av prosjekteringsfasen.³⁴ Tilsvarende gjelder for leverandørens ytelse som heller ikke vil være endelig utformet på tildelingsstadiet. Den avtalen som inngås må like fullt anses som gjensidig bebyrdende, selv om de endelige ytelsene ikke er fastlagt. Anskaffelsesrettslig sett vil derfor kravet til kontrakt være oppfylt.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å inngå en partneringavtale for både prosjektering og utførelse av et byggeprosjekt må den kontrakten som fremlegges omfatte *hele prosjektet*. Som tidligere nevnt er det gjerne ønskelig for oppdragsgiver å ha en mulighet til å gå ut av partneringsamarbeidet etter prosjekteringsfasen. Dette kan reguleres som en oppsigelsesadgang i kontrakten eller ved at det lages en opsjon for utførelsesfasen. Dersom kontrakten bare omfatter prosjekteringsfasen blir inngåelsen av kontrakt for utførelsesfasen å anse som en ny anskaffelse.

Det andre er at partneringsamarbeidet (som tradisjonell totalentreprise) normalt inneholder elementer som isolert sett er tjenestekontrakter. Dette gjelder for eksempel arkitekttjenester og annen rådgivning, både for prosjekteringsfasen og utførelsesfasen. Ved klassifiseringen av om en kontrakt er en tjenestekontrakt eller bygge- og anleggskontrakt er det hovedformålet med avtalen som er avgjørende. EF-domstolen uttalte i sak C-221/92 (Casino) at *"(...) når de bygge- og anlægsarbejder, der skal utføres (...), kun er accessoriske i forhold til selve genstanden for det offentlige udbud, kan dette ikke betegnes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt etter direktiv 71/305"*. Situasjonen vil gjerne være den motsatte ved typiske bygge- og anleggskontrakter om for eksempel oppføringen av et bygg eller bygging av en bro. Prosjekteringen er en nødvendig forutsetning for utførelsen, men hovedformålet med avtalen er å frembringe sluttresultatet av selve utførelsen. De fleste partneringavtaler vil derfor rettslig sett være bygge- og anleggskontrakter, men dette må vurderes konkret i hvert tilfelle.

³⁴ At ikke den endelige totalprisen er fastsatt innebærer at det kan være usikkerhet om hvorvidt anskaffelsen er over eller under terskelverdiene. Dette er noe oppdragsgiveren må ta stilling til helt innledningsvis i anskaffelsesprosessen da det avgjør hvilken del av FOA som kommer til anvendelse.

5.4 Nytt direktiv – ny norsk forskrift

Ny forskrift om offentlige anskaffelser og ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene er i skrivende stund nettopp fremlagt. Bakgrunnen for dette er blant annet gjennomføringen i norsk rett av EU-direktivene 2004/17/EF og 2004/18/EF. De nye forskriftene er enda ikke trådt i kraft men dette forventes å skje i løpet av sommeren 2006.³⁵

De nye EU-direktivene er ment å forenkle deler av regelverket³⁶, men angir også nye måter å gjennomføre anskaffelsesprosedyrer. Av særlig interesse her er reglene i det klassiske direktivets artikkel 29 om såkalt ”competitive dialogue”. Anskaffelsesprosedyren er inntatt i den nye forskriftens § 14-2 under betegnelsen *konkurransepreget dialog*.³⁷

Reglene om konkurransepreget dialog er tilsynelatende svært relevante for denne oppgavens tema, og jeg vil derfor gi en presentasjon av anskaffelsesprosedyren nedenfor i punkt 6.3.4, hovedsakelig med utgangspunkt i EU-direktivets bestemmelser.

For øvrig vil jeg i hovedsak behandle spørsmålet om partneringavtaler for offentlige oppdragsgivere i forhold til dagens regelverk. Dette er dels fordi de nye forskriftenes endelige utforming ikke har foreligget under arbeidet med fremstillingen og dels fordi de grunnleggende problemstillinger jeg drøfter i det vesentlige vil være aktuelle også etter de nye bestemmelsene. Jeg vil likevel vise til de nye direktivene og forskriftene på enkelte punkter der det foreligger særlig relevante endringer.

³⁵ Foreløpig dato for ikrafttredelse er 01.07.2006, jf. Fornyings- og Administrasjonsdepartementets pressemelding nr 14/2006, <http://odin.dep.no/fad/norsk/aktuelt/pressesenter/pressem/071001-070014/dok-bn.html>.

³⁶ *Arrowsmith* s 151.

³⁷ Det er opp til hver enkelt medlemsstat i EU (og EØS) hvorvidt ”competitive dialogue” skal innføres.

6 Partnering ved offentlige anskaffelser

6.1 Innledning

Som nevnt helt innledningsvis benyttes partnering i stor utstrekning i blant annet Danmark. Der har offentlig sektor vært en pådriver for modellen. Danmark er som kjent en del av EU, og er følgelig underlagt tilsvarende direktiver som det norske anskaffelsesregelverk er basert på. Det bør derfor kunne konstateres at anskaffelsesregelverket ikke legger noen *avgjørende hindringer* for inngåelsen av en partneringavtale.

Selv om ikke anskaffelsesregelverket innebærer hindringer setter det klare *begrensinger*. Dette gjelder særlig i forhold til en offentlig byggherres frihet til å velge leverandører og mulighetene til samtaler og forhandlinger før tildeling av kontrakt. Jeg vil i det følgende se nærmere på hvilke begrensinger regelverket oppstiller og antyde retningslinjer for hvordan disse kan overholdes ved inngåelsen av en avtale basert på partneringmodellen.

6.2 Problemstillinger

Formålet med å inngå en partneringavtale er å samarbeide tett for å frembringe et optimalt sluttprodukt. Denne prosessen skal preges av åpenhet, tillit og gjensidig respekt. Ved et slikt nært samarbeid er en vesentlig suksessfaktor at det er god kjemi mellom selskapene som er involvert. Når en oppdragsgiver skal inngå en partneringavtale, er det derfor særlig ønskelig å kunne velge de rådgivere og entreprenører som han tror vil gi det beste samarbeidsklima, for derigjennom å oppfylle sitt anskaffelsesbehov beste mulig.

For oppdragsgivere som er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser er denne utvelgelsen underlagt formelle prosedyrer, og valg av leverandører på grunn av subjektive preferanser er utelukket. Regelverket oppstiller strenge handlingsrammer for inngåelsen av avtaler og kan nok oppleves som en "tvangstrøye" for oppdragsgiveren.

Det grunnleggende spørsmål er da om anskaffelsesregelverket medfører så store innskrenkninger i oppdragsgivers valgfrihet at en partneringavtale ikke er hensiktsmessig.

Denne problemstillingen er særlig relevant siden det som hovedregel gjelder et krav om anbudskonkurranse med den konsekvens at forhandlinger er forbudt. Utvelgelse og valg av leverandører skal utelukkende baseres på en skriftlig prosess. En slik formalistisk prosess påfører oppdragsgiveren store utfordringer med hensyn til å finne frem til de leverandører som er best egnet for et partnerskap.

6.3 De ulike anskaffelsesprosedyrer

Hovedregelen i forskrift om offentlige anskaffelser er at anskaffelser skal gjennomføres etter en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. FOA § 4-1. Denne regelen er videreført i det nye direktivet og i den nye norske forskriftens § 14-1 (1). Konkurranse med forhandling (med eller uten forutgående kunngjøring) og konkurransepreget dialog er unntaksbestemmelser som krever særskilt hjemmel.

6.3.1 Åpen anbudskonkurranse

Ved åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører inngi tilbud (FOA § 8-4 (1)). Dersom markedet oppfatter gjenstanden for konkurransen som attraktivt kan antall tilbud bli betydelig. Dette medfører den fordel at oppdragsgiveren får mange å velge mellom og kan danne seg et bredt bilde av hvilke løsninger markedet kan tilby. Mange tilbud innebærer imidlertid også at oppdragsgiveren får svært mye å sette seg inn i fordi han har plikt til å vurdere alle tilbud som oppfyller kvalifikasjonskravene for deltakelse i konkurransen. Det kan derfor medføre en betydelig (og uoversiktlig) ressursbruk.

Også for leverandørene kan åpen anbudskonkurranse være svært ressurskrevende. Deltakelse forutsetter at det utarbeides et komplett tilbud, noe som etter omstendighetene kan være et meget omfattende arbeid, og leverandørene har normalt lite grunnlag for å vurdere om dette arbeidet vil gi avkastning i form av kontraktstildeling. At oppdragsgiveren har til hensikt å tildele en partneringavtale kan komplisere tilbudsutformingen ytterligere for leverandørene. Partneringavtaler er fremdeles relativt nytt slik at potensielle leverandører må sette seg inn i hva partnering innebærer for å kunne

utarbeide tilbud. Dette er i seg selv kostnadskrevende. I tillegg vil de prosjekter partneringavtaler er særlig egnet for i seg selv være relativt omfattende eller kompliserte (jf. punkt 3.5).

Samlet sett kan dette innebære at mange leverandører vegrer seg for å inngi tilbud med det resultat at oppdragsgiveren får begrenset respons.

Fraværet av prekvalifisering, med en potensielt betydelig ressursbruk for oppdragsgiver og leverandører, medfører at åpen anbudskonkurranse generelt må anses som en lite egnet anskaffelsesmetode ved inngåelsen av partneringavtaler.

6.3.2 Begrenset anbudskonkurranse

Ved begrenset anbudskonkurranse foregår anskaffelsesprosessen i to trinn. Oppdragsgiver gjennomfører først en prekvalifisering for å velge ut antall leverandører som er angitt i kunngjøringen. Antall leverandører fastsettes på bakgrunn av den ytelse som skal anskaffes og skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Etter FOA § 8-4 (2) skal antallet ikke være mindre enn 5 eller høyere enn 20. Den nedre grense på 5 gjelder forutsatt at det foreligger et tilstrekkelig antall forespørsler. Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden dersom han hevder at det finnes mindre enn 5 egnede leverandører for den konkrete anskaffelse, undersøkelsen må baseres på generell informasjon om markedet.³⁸

Dragsten/Lindalen argumenterer for at det skal mye til før oppdragsgivers bevisbyrde er oppfylt i og med at leverandørmarkedet refererer seg til hele EØS-området³⁹. Det er i denne sammenheng også grunn til å påpeke at kvalifikasjonskravene må stå i forhold til det som skal anskaffes og kan følgelig ikke settes kunstig høyt for å ekskludere potensielle leverandører.⁴⁰

³⁸ *Amdal/Roll-Matthiesen* s 380.

³⁹ *Dragsten/Lindalen* s 1033.

⁴⁰ For en nærmere omtale av kvalifikasjonsfasen, se nedenfor i punkt 7.

Etter prekvalifiseringen inviteres de utvalgte leverandører til å inngi tilbud. Ved å kunne "sile" leverandørene gjennom en prekvalifisering får oppdragsgiveren en generell tilbakemelding på interessen for prosjektet i markedet, i tillegg til en oversikt over konkrete leverandørkonstellasjoner. Prosessen videre blir også mer oversiktlig for oppdragsgiveren fordi han vet hvor mange leverandører han skal forholde seg til.

I tillegg får leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene beskjed på et tidlig tidspunkt uten at de har brukt mye tid og penger på å utarbeide et fullstendig tilbud forgjeves. Det må antas at dette kan bidra til å gi økt oppslutning om prosjektet i forhold til en åpen anbudskonkurranse.

Adgangen til å prekvalifisere gjør at begrenset anbudskonkurranse er bedre egnet ved partneringavtaler enn åpen anbudskonkurranse. Begrenset anbudskonkurranse innebærer likevel også klare rammer for oppdragsgivers handlemåte i prosessen frem til valg av leverandører. Også ved begrenset anbudskonkurranse vil forhandlinger være forbudt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. FOA § 9-1 (1), og tildeling av kontrakt skal skje etter en skriftlig prosess på grunnlag av forhåndsopplyste tildelingskriterier (se mer nedenfor i punkt 8). Hvorvidt dette oppleves som så begrensende at en partneringavtale i det konkrete tilfelle ikke er ønskelig er noe en oppdragsgiveren må stilling til ved planleggelsen av en anskaffelse.

6.3.3 Konkurransen med forhandling

6.3.3.1 Vilkår

Konkurransen med forhandling er en anskaffelsesprosess som krever særskilt hjemmel. Jeg vil i denne sammenheng konsentrere meg på konkurransen med forhandling med forutgående kunngjøring etter reglene i FOA § 4-2.⁴¹

De tilfellene konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring kan benyttes er uttømmende opplistet i § 4-2. I forbindelse med denne oppgaven er det adgangen etter bokstav b) som krever en nærmere analyse.

§ 4-2 bokstav b) gir adgang til å benytte konkurransen med forhandling ”i særlige tilfeller hvor tjenesten eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd”. Ordlyden understreker at det dreier seg om en snever unntaksregel, og bestemmelsen skal tolkes strengt. Videre ligger kriteriet om ”ikke tillater” nært opp til umulighet slik at tilfeller der prissetting bare er *vanskelig* ikke omfattes. I større byggeprosjekter vil det ofte være betydelig usikkerhet rundt en samlet prisfastsettelse på forhånd. Dette er dermed ikke tilstrekkelig. Bransjen er vant til å forholde seg til dette og har erfaring i å angi priser som tar høyde for usikkerheten. Antagelig må det kreves at en prisfastsettelse vil være så usikker at det ikke er mulig for leverandørene å levere inn et tilbud i en anbudskonkurransen.⁴²

FOA § 4-2 bokstav b) har tradisjonelt blitt benyttet på OPS-avtaler og andre svært komplekse avtaler.⁴³ Mange av de momentene som gjør OPS-avtaler så komplekse at

⁴¹ Konkurransen med forhandling kan i ekstraordinære tilfeller også skje uten forutgående kunngjøring etter FOA § 4-3, men adgangen til dette er svært begrenset. En hovedgrunn er at hensynet til gjennomsiktighet ivaretas dårlig uten kunngjøringsplikt. § 4-3 reiser imidlertid ikke særlige spørsmål i denne sammenheng.

⁴² Slik er bestemmelsen tolket i Nærings- og handelsdepartementets veileder til offentlige anskaffelser s 35.

⁴³ *Amdal/Roll-Matthiesen* s 277 og *Dragsten/Lindalen* s 700. Det er likevel ikke gitt at det er adgang til å benytte konkurransen med forhandling ved OPS-avtaler, i hvert tilfelle må som alltid ellers foretas en konkret helhetsvurdering.

vilkårene i § 4-2 bokstav b) anses oppfylt, må også anses relevante for å vurdere om vilkårene for å bruke konkurranse med forhandling foreligger når det er tale om inngåelse av en partneringavtale. Anskaffelsesrettslig kan det imidlertid ikke trekkes noen generell analogi.

Det første spørsmålet som må reises er om også en partneringavtale etter sin art inneholder momenter som er relevante for å vurdere om vilkårene i § 4-2 bokstav b) er oppfylt.

Ved en partneringavtale kan ikke totalprisen angis som del av et tilbud. Dette henger sammen med at det som skal bygges ikke er prosjektert når anskaffelsesprosessen gjennomføres. Den endelige totalprisen settes som en målsum ved slutten av prosjekteringsfasen, det vil si etter at kontrakt er inngått. Noe av formålet med en partneringavtale er nettopp å benytte alle involverte aktørers kunnskap underveis for å utforme et produkt som er best mulig. Siden dette er en del av kjernen er en bindende totalpris heller ikke ønskelig. Dette tilsier at en samlet prisfastsettelse på forhånd ikke er mulig dersom formålet med en partneringavtale skal oppnås.

Det at prosjektert ikke er ferdigprosjektert før anskaffelsesprosessen er imidlertid ikke særegent for en partneringavtale, slik vil situasjonen også være ved en ordinær totalentreprise. En vesentlig forskjell er likevel at det da er en forutsetning at totalentreprenøren gir en samlet pris på *sitt* løsningsforslag. Når entreprenøren kan velge løsninger selv kan det sjelden påberopes umulighet rundt prisfastsettelsen. Dette er ikke mulig i et partneringsamarbeid. Denne forskjellen gjør at det kan argumenteres for at partneringavtalen etter sin *art* ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd, og at det dermed vil være adgang til å benytte konkurranse med forhandling etter FOA § 4-2 bokstav b) ved inngåelsen av kontrakter som baseres på partneringmodellen.

En innvending mot en slik argumentasjon er at FOA krever at det foreligger ”særlige tilfeller”. Etter hvert som partneringavtaler blir mer utbredt kan det virke unaturlig å kalle et hvert nytt partneringprosjekt for et særlig tilfelle, selv om de samme argumentene mot

samlet prisfastsettelse vil gjøre seg gjeldende. Det vil også harmonere dårlig med at konkurranse med forhandling er en unntaksregel og forutsettes å ha et snevert anvendelsesområde. Det er derfor neppe grunnlag for å hevde at ved å velge en partneringavtale er konkurranse med forhandling generelt tillatt.

Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling er oppfylt. LOA § 7 annet ledd gir domstolene adgang til å sette beslutninger som er i strid med bestemmelsene i loven eller forskriften til side inntil kontrakt er inngått. Anskaffelsesregelverket inneholder imidlertid ingen sanksjoner overfor den som benytter en ulovlig anskaffelsesmetode når kontrakt først er inngått. Antagelig får dette ingen konsekvenser annet enn et eventuelt dårlig omdømme i markedet eller liknende.⁴⁴ I spesielle tilfeller kan det kanskje tenkes ugyldighetssøksmål etter alminnelige avtalerettslige prinsipper om avtaler som strider mot lov.⁴⁵ Adgangen til å kjenne avtaler ugyldige i slike tilfeller er imidlertid svært snever og vil antagelig bare kunne være aktuelt i mer ekstreme tilfeller.⁴⁶

I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) foreslås endringer i LOA som blant annet innfører sanksjoner mot grove brudd på anskaffelsesregelverket. Sanksjoner på inntil 15 % av innkjøpets verdi skal kunne ilegges den som forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Departementet sier imidlertid uttrykkelig at det ikke er ønskelig å innføre hjemmel for å erklære kontrakter ugyldige.⁴⁷ Forslaget innebærer derfor ingen endring i rettsstilstanden i forhold til benyttelse av konkurranse med forhandling uten at vilkårene foreligger.

⁴⁴ Dette må kunne karakteriseres som en svakhet ved anskaffelsesreglene.

⁴⁵ Se *Woxholth* s 355

⁴⁶ Rt. 1995 s 46 og Rt. 1993 s 312.

⁴⁷ Ot.prp.nr.62 (2005-2006) s 9.

6.3.3.2 Gjennomføring

Gjennomføringen av konkurranse med forhandling reguleres av FOA § 9-3. I likhet med ved begrenset anbudskonkurranse skal det først foretas en prekvalifisering. Her er imidlertid det minste antallet leverandører 3, jf. § 9-3 (3), og det er ingen maksimalgrense. Forutsetningen om at det finnes et tilstrekkelig antall egnede leverandører for den konkrete anskaffelse gjelder også tilsvarende som ved begrenset anbudskonkurranse.⁴⁸

Gjennom prekvalifiseringen velger oppdragsgiver hvem som skal inviteres til å inngi tilbud. Når tilbudene er mottatt begynner selve forhandlingsfasen. Oppdragsgiver skal i utgangspunktet forhandle med alle som leverer gyldig tilbud, jf. FOA § 9-3 (3). Forhandlingsplikten gjelder imidlertid bare overfor leverandører som har ”*en reell mulighet for å få tildelt kontrakten*”. I denne vurderingen må oppdragsgiver ta høyde for at et tilbud kan endres betydelig i løpet av en forhandlingsprosess slik at kriteriet er strengt.⁴⁹ Bare forhold som ikke antas å kunne endres gjennom forhandlinger vil frata leverandøren ”reell mulighet”.⁵⁰

Forhandlingene kan omfatte alle sider av tilbudene (§ 9-3 (4)). Bestemmelsen inneholder ingen detaljert regulering av forhandlingsprosessen, slik at oppdragsgiver har en betydelig frihet. Forhandlingsrommet må ses i sammenheng med FOA § 5-4 som ikke tillater vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget og de grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen, jf. FOA § 9-3 (5). Dette forhindrer ikke at forhandlingsadgangen er svært vid. Etter den nye forskriftens § 20-11 (4) skal endringer som forhandlingene medfører i leverandørens tilbud dokumenteres skriftlig.

Retten til å forhandle vil normalt være en betydelig fordel for oppdragsgiver. For det første innebærer konkurransesituasjonen et incitament til leverandørene om å forbedre sider ved sine tilbud, både innhold og pris. Ved partneringavtaler knytter priskonkurransen seg til

⁴⁸ Se om begrenset anbudskonkurranse i punkt 6.3.2.

⁴⁹ KOFA 2003/262

⁵⁰ *Dragsten/Lindalen* s 1204.

elementer som timesatser, påslagsprosent og riggekostnader. Innholdsmessig gis oppdragsgiver mulighet til å endre konkrete løsningsforslag i leverandørens tilbud slik at de passer hans behov best mulig. En særlig fordel ved partneringavtaler kan være forhandlinger om leverandørens forslag til organisering og samarbeid. Det kan videre forhandles om hvordan selve partneringavtalen skal utformes. Har oppdragsgiveren liten erfaring med partneringavtaler kan det være svært fordelaktig å se hvilke løsningsforslag markedet tilbyr, og forhandle videre om disse.

Hvor omfattende forhandlinger det legges opp til velger oppdragsgiveren. Forhandlinger kan ta mye tid og omfanget må vurderes i forhold til de fordeler som kan oppnås. Når forhandlingene er sluttført velger oppdragsgiver det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig, jf. bestemmelsene i FOA § 10-2.

6.3.4 Konkurransepreget dialog

Konkurransepreget dialog er en ny anskaffelsesprosedyre. Prosedyren ble introdusert med det nye direktivet som et fleksibelt alternativ der vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling ikke er tilstede. Konkurransepreget dialog er tiltenkt særlig omfattende og kompliserte avtaler som for eksempel OPS-avtaler.⁵¹ Ved slike avtaler er det et stort behov for dialog for å oppnå en hensiktsmessig anskaffelse. Dette gjelder særlig fordi viktige sider ved prosjektet ikke lar seg beskrive detaljert på forhånd.

Disse forholdene synes umiddelbart også å gjøre prosedyren egnet for partneringavtaler.

Gjennomføringen av konkurransepreget dialog starter med en prekvalifisering. Deretter inviteres et kunngjort antall kvalifiserte leverandører til å inngi et tilbudsutkast, basert på en overordnet funksjonsbeskrivelse. På bakgrunn av tilbudsutkastet går oppdragsgiver i dialog med leverandørene. Formålet med dialogen er å identifisere og fastslå hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles (jf. den nye forskriftens § 20-8). Dialogen skal ta

⁵¹ *Arrowsmith* s 629.

utgangspunkt i tilbudet men alle sider ved dette kan diskuteres. Hvorvidt dialogen skal gå over flere faser med sikte på å sile antall leverandører er opp til oppdragsgiveren. Dersom en slik gradvis utvelgelse skal skje må det kunngjøres på forhånd. Når dialogfasen er gjennomført skal de gjenstående leverandørene utarbeide et endelig tilbud.

Oppdragsgiveren skal så velge det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig. Denne plikten til å inngi et endelig tilbud gjør at gjennomføringen av en konkurransepreget dialog skiller seg fra en konkurranse med forhandling.

Vilkårene for å bruke konkurransepreget dialog er at det foreligger en ”particularly complex contract”, jf. direktivets artikkel 29. I den nye norske forskriftens § 14-2 (1) er kravet formulert som ”særlig komplekse kontrakter”, for øvrig det samme som etter den danske utgaven av direktivet.

I EU-direktivets artikkel 1,11. c)⁵² defineres en kontrakt som særlig kompleks når oppdragsgiveren ikke er i stand til (”unable”) å presisere objektivt

- de tekniske vilkår som kan oppfylle behovene og formålene eller
- de rettslige og/eller finansielle forholdene i forbindelse med prosjektet.

At vilkårene er knyttet til kompleksitet *i seg selv* gjør at konkurransepreget dialog kan ha et videre anvendelsesområde enn konkurranse med forhandling. Som beskrevet ovenfor i 6.3.3.1 kreves det at det foreligger et *særlig tilfelle* og at kontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet *prisfastsettelse* på forhånd for at vilkårene for konkurranse med forhandling er oppfylt.

Det nærmere innhold av ”unable” i artikkel 1,11. bokstav c) er sentralt for å vurdere når konkurransepreget dialog kan benyttes.

⁵² Tilsvarende i den nye norske forskriftens § 14-2 (2).

Som bestemmelsens ordlyd antyder skal det en del til. Det er ikke tilstrekkelig at angivelsen kun er vanskelig. Kravet om objektivitet setter uansett begrensninger i betydningen av oppdragsgivers subjektive forutsetninger. Objektiv umulighet kan likevel neppe kreves.

Arrowsmith argumenterer for en bred tolkning av ”unable”, basert på 3 grunnlag.⁵³ For det første hensynene bak introduksjonen av prosedyren, nemlig å gi et fleksibelt alternativ til anbudskonkurranse der vilkårene for konkurranse med forhandling ikke foreligger. Videre anser hun ordlyden i artikkel 29 (3)⁵⁴ for å være best forenelig med et vidt anvendelsesområde når den sier at ”Contracting authorities shall open [...] a dialogue the aim of which shall be to identify and define the means best suited to satisfying their needs”. Endelig fremkommer det av fortalen til direktivet at konkurransepreget dialog er en mulighet der det er umulig å *vurdere* hva markedet har å tilby⁵⁵. Det siste antar hun særlig er tilfelle ved anskaffelser av varer og tjenester i markeder som er i rask og stadig utvikling (for eksempel IT-systemer).

På denne bakgrunn kan det synes som vel restriktivt når den danske Udbudsportalen⁵⁶ hevder at ”den umulighed der kræves skal tages meget bogstaveligt. Den konkurrenceprægede dialog vil derfor sandsynligvis få en meget begrænset anvendelse. Den er særligt tænkt til anvendelse på OPP'er (Offentligt-Privat Partnerskaber)”.

En innvending mot prosedyren konkurransepreget dialog kan være høye kostnader ved kontraktsinngåelsen. Kriteriet om at det skal utarbeides tilbud både før og etter dialogfasen innebærer høye kostnader for leverandørene. Dette tilsier at det kreves svært store

⁵³ *Arrowsmith* s 634 og 635.

⁵⁴ Som tilsvarer den nye forskriftens § 20-8.

⁵⁵ Fortalens avsnitt 31.

⁵⁶ Udbudsportalen er den danske utlysingsportalen for offentlige innkjøp, tilsvarende DOFFIN i Norge. Udbudsportalen har en rekke veiledninger og tolkninger av EU-direktivene i forbindelse med partnering på sine nettsider <http://www.udbudsportalen.dk/513429>

anskaffelser for at konkurransepreget dialog skal være hensiktsmessig. Disse kostnadene må oppveies av den fordel dialogen antas å gi. Ved en partneringavtale er min antagelse at dette bare unntaksvis vil være tilfellet.

6.4 Sammenfatning

Alle anskaffelsesprosedyrene kan i utgangspunktet benyttes ved inngåelsen av en partneringavtale. På bakgrunn av et ønske om å føre en forutgående dialog med potensielle leverandører, er det grunn til å tro at oppdragsgivere vil argumentere for at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling foreligger. Det vil dessuten alltid være en fordel å ha *mulighet* til å endre sider ved leverandørenes tilbud, om ikke annet så i det minste prisen. Hvor stor fordel forhandlinger innebærer utover dette, avhenger av den konkrete anskaffelse. En ulempe med konkurranse med forhandling kan være at oppdragsgiver må ta stilling til vanskelige bevisspørsmål for å vurdere om vilkårene for å bruke prosedyren foreligger. Der vilkårene ikke foreligger, og partneringavtalen er svært stor og komplisert, kan konkurransepreget dialog være et alternativ.⁵⁷

I valget mellom åpen eller begrenset anbudskonkurranse gjør muligheten til prekvalifisering at begrenset normalt å foretrekke. Dette kan stille seg annerledes dersom oppdragsgiver ut fra markedsundersøkelser eller liknende *vet* at det er få potensielle leverandører. Åpen anbudskonkurranse kan også gjennomføres på kortere tid enn begrenset anbudskonkurranse.⁵⁸

Det kan hevdes at bruk av partneringmodellen medfører at forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser innebærer mindre ulemper enn ved tradisjonelle entrepriser. Siden prosjekteringen uansett skal utføres etter kontraktstildeling er forutgående forhandlinger

⁵⁷ Dette forutsetter selvsagt at vilkårene for konkurransepreget dialog foreligger.

⁵⁸ Tilbudsfristen ved åpen anbudskonkurranse er minimum 52 dager etter FOA § 7-1(1). Ved begrenset anbudskonkurranse er det først en minimumsfrist på 37 dager for å motta forespørsel om deltakelse, og deretter minimum 40 dager for inngi tilbud, jf. FOA § 7-2.

rundt konkrete løsninger ved bygget ikke like viktig. Forskjellen fra en totalentreprise i denne sammenheng er at løsningene ved en partneringavtale skal utarbeides av oppdragsgiver og leverandør *i felleskap*. Ved totalentreprise forutsettes det at oppdragsgiveren (byggherren) *ikke* medvirker.⁵⁹ Poenget bør likevel ikke presses. Muligheten til å forhandle kan vanskelig fremstå som noen ulempe.

Forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften opphører ved kontraktsinngåelsen, og rettsforholdet mellom partene reguleres da av alminnelig kontraktsrett. I litteraturen er det likevel antatt at oppdragsgiveren ikke står helt fritt til å forhandle om endringer i leverandørens tilbud etter kontraktsinngåelse. Det argumenteres for at kravene til likebehandling og konkurranse i LOA § 5 setter en grense for hvor store endringer som kan foretas før det *i realiteten foreligger en ny anskaffelse*.⁶⁰ Også rene omgåelseshensyn kan anføres til støtte for et slikt syn. Konsekvensen er at partene, under den felles prosjekteringen i et partneringsamarbeid, ikke kan endre forhold som fremtrer som vesentlige ved leverandørens tilbud. Hvilken rekkevidde dette har må imidlertid anses som usikkert. Et klart eksempel er der oppdragsgiveren har tildelt kontrakt om oppføring av en skole og etter omfattende forhandlinger med leverandøren ender opp med et sykehjem. Det er likevel ikke alltid innlysende når det i realiteten foreligger en ny anskaffelse. Den nærmere rekkevidden vil avhenge av en helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.

7 Kvalifikasjonsfasen

Anskaffelsesprosessen har til formål å finne den eller de parter som best kan oppfylle det anskaffelsesbehov oppdragsgiveren har. Hvilken konstellasjon av leverandører som søkes vil avhenge av det konkrete prosjekt. Der oppdragsgiveren ønsker å inngå en avtale som

⁵⁹ Oppdragsgiveren kan selvsagt også påvirke valg av løsninger etter kontraktsinngåelse ved en totalentreprise, men dette vil da være endringer.

⁶⁰ *Amdal/Roll-Matthiesen* s 427-428 og *Dragsten/Lindalen* s 1165-1166.

både omfatter prosjektering og utførelse av et byggeprosjekt, vil han normalt ha behov for å engasjere entreprenører, arkitekter og andre rådgivere. Disse tilknyttes byggeprosjektet hver for seg eller samlet som en totalentreprenør, avhengig av hvilken entreprisform partneringsamarbeidet baseres på.⁶¹

Kvalifikasjonsfasen gir oppdragsgiver mulighet til å undersøke og sikre at leverandørene har de nødvendige forutsetninger for å kunne oppfylle kontrakten. Å stille kvalifikasjonskrav er i utgangspunktet valgfritt men trolig ønskelig for å unngå unødig ressursbruk hos oppdragsgiver og leverandører. I utgangspunktet er det dessuten oppdragsgivers eneste mulighet til å stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner.

7.1 Kvalifikasjonskravene

Utforming av kvalifikasjonskravene er i stor grad opp til oppdragsgiveren. Rammene for hvilke krav som kan benyttes antydes i FOA § 5-5. Der nevnes leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling som de relevante temaene. I bestemmelsens ordlyd er imidlertid angitt "herunder", noe som etter en naturlig språkforståelse tilsier at opplistingen ikke er uttømmende. Dette vil i så fall harmonere dårlig med EF-domstolen uttalelse i sak C-31/87 (Beentjes) der det ble lagt til grunn at oppdragsgiver kun kan vurdere leverandørens kvalifikasjoner på grunnlag av kriterier basert på deres økonomiske, finansielle eller tekniske kapasitet. Antagelig skyldes bruken av herunder at det etter § 5-7 flg. også kan stilles krav til organisering og liknende, men at dette ikke har vært ansett som kvalifikasjonskrav av EF-domstolen.⁶²

Ved vurderingen av hvilke konkrete krav som kan oppstilles gir angivelsen av hvilken dokumentasjon som kan kreves for at kvalifikasjonskravene er oppfylt, nyttig veiledning. De krav som stilles må kunne belyses av den dokumentasjon som kan kreves fremlagt. Bestemmelse om slik dokumentasjon finnes i FOA §§ 5-10 til 5-16.

⁶¹ Jf. beskrivelsen av ulike entreprisformer i punkt 3.1.

⁶² *Dragsten/Lindalen* s 813

For tekniske kvalifikasjoner angis hvilken dokumentasjon som kan kreves i § 5-11. Som ordlyden i bestemmelsen antyder er opplisningen i utgangspunktet ment å være uttømmende. Dette er også slått fast av EF-domstolen ved tolkningen av den direktivbestemmelse § 5-11 bygger på.⁶³ Dette innebærer at det ikke kan anvendes kvalifikasjonskrav som ikke følger naturlig av listen over dokumentasjon.

For kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle stilling står oppdragsgiver noe friere. § 5-10 angir referanser til hvilken dokumentasjon og informasjon som kan kreves fremlagt, og det er klart at kvalifikasjonskrav som følger naturlig av disse må kunne oppstilles. § 5-10 (2) sier imidlertid uttrykkelig at det også kan kreves annen dokumentasjon. Det må da antas at det også kan stilles andre kvalifikasjonskrav av økonomisk og finansiell karakter.

I alle tilfeller må kvalifikasjonskravene overholde reglene i § 5-2 (2) og (3). Det innebærer for det første at kravene skal sikre at leverandøren er egnet til å oppfylle den foreliggende kontraktsforpliktelse, for å sammenlikne med forvaltningsretten kan det ikke tas utenforliggende hensyn. Videre må ikke kvalifikasjonskravene diskriminere leverandørene på grunn av lokal eller nasjonal tilhørighet. I tillegg må kravene stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Dette proporsjonalitetsprinsipp relaterer seg til anskaffelsens størrelse, kompleksitet mv.

Kvalifikasjonskravene skal angis i kunngjøringen, men kan, og vil normalt, utdypes og presiseres i et eget kvalifikasjonsgrunnlag. Kunngjøringen skal etter FOA § 6-4 (5) ikke

⁶³ Sak C-76/81. Slik også i *Amdal/Roll-Matthiesen* s 312. Forfatterne refererer her også til nyere avgjørelser fra EF-domstolen der anskaffelsesregelverkets ikke-uttømmende karakter understrekes, og utelukker ikke at den tradisjonelle tolkning av § 5-11 kan bli utfordret. Det er også lett å være enig når de skriver at det er få grunner til å anvende reglene for dokumentasjon av økonomisk og finansiell stilling annerledes enn dokumentasjon av tekniske kvalifikasjoner.

overstige ca 650 ord, og normalt vil det være helt nødvendig å kunne oppstille mer utførlige kvalifikasjonskrav slik at denne grensen overstiges.

Utgangspunktet er at ethvert bygge- og anleggsprosjekt over terskelverdiene er såpass omfattende at oppdragsgiver er avhengig av å kunne kontrollere og stille krav til potensielle leverandørers kvalifikasjoner. Momenter som tilgang på kvalifisert arbeidskraft, utstyr og økonomisk soliditet er avgjørende for at leverandøren skal kunne oppfylle sine plikter. Kravene vil øke med størrelsen eller kompleksiteten på prosjektet. Disse sidene må vurderes uavhengig av entrepris- og samarbeidsform, og er ikke annerledes ved partnering.

Selv om bruk av partneringmodellen i utgangspunktet ikke i seg selv synes å nødvendiggjøre særskilte kvalifikasjonskrav, kan noen forhold bemerkes.

Det kan argumenteres for at bruk av partneringavtaler kompliserer den økonomiske siden av byggeprosjektet i forhold til tradisjonelle gjennomføringsmodeller. Ved en partneringavtale skal samarbeidet skje tett og med åpen økonomi. I tillegg har oppdragsgiveren og leverandøren en utstrakt *felles* økonomisk interesse tilknyttet målsummen. Dette gjør den gjensidige avhengigheten stor, slik at oppdragsgiveren kan ha en legitim interesse i å stille ekstra krav til leverandørens finansielle styrke.

Det kan også være relevant å undersøke om potensielle leverandører har erfaring fra partneringprosjekter. En innvending mot å *kreve* partneringerfaring kan være at partneringavtaler foreløpig er relativt nytt slik at oppdragsgiver risikerer å utelukke mange leverandører. Dette må vurderes i forhold til det foreliggende prosjekt.

Dersom det ikke kreves partneringerfaring kan et alternativt kvalifikasjonskrav være krav til erfaring fra arbeid på tidlige stadier, det vil særlig si entreprenørens deltakelse i prosjekteringsfasen. Partneringmodellen medfører at entreprenøren forutsettes å ha en aktiv rolle ved prosjekteringen, herunder vurdering og valg av løsninger. Dette skiller seg fra

tradisjonelle entrepriser (kanskje med unntak av totalentreprise), der entreprenøren bygger i henhold til de løsninger byggherren har valgt. Tidlig engasjering kan derfor være noe entreprenøren er uvant med, og som dermed *kan* medføre at partnersamarbeidet ikke vil fungere som forutsatt. Erfaring fra arbeid i en prosjekteringsfase vil følgelig måtte anses som en fordel, og oppdragsgiveren bør vurdere dette som et kvalifikasjonskrav.

7.2 Utvelgelsen av kvalifiserte leverandører

I de tilfeller oppdragsgiver har satt en øvre grense for hvor mange som kan delta i konkurransen oppstår spørsmålet om hvordan utvelgelsen skal skje hvis det er flere kvalifiserte leverandører enn det fastlagte antallet. Problemstillingen er ikke aktuell ved åpen anbudskonkurranse, hvor alle som oppfyller minstekravene har rett til å delta i konkurransen.

FOA § 8-4 (3) fastsetter at utvelgelsen skal skje *på grunnlag av* den informasjon som foreligger om leverandørens tekniske kvalifikasjoner samt tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Hvordan selve utvelgelsen skal skje er ikke nærmere regulert, men etter forarbeidene tilsynelatende opp til oppdragsgivers skjønn.⁶⁴ Utvelgelsen må imidlertid skje i samsvar med de overordnede krav til likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering. I den nye forskriftens § 17-6 (2) er det inntatt krav om at oppdragsgiver på forhånd må annonsere hvilke objektive og ikke diskriminerende kriterier eller regler han vil benytte ved utvelgelsen, dersom det på forhånd er fastsatt en grense for antall tilbydere.⁶⁵ Der oppdragsgiveren har fastsatt slike kriterier i forkant av anskaffelsesprosessen må en tilsvarende plikt også oppstilles etter dagens regelverk ut fra hensynet til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet.

Utvelgelsesproblematikken kompliseres ved at formålet med kvalifikasjonskravene er å sikre et minimum av kvalifikasjoner en leverandør må ha for å kunne levere den ytelse som

⁶⁴ NOU 1997:21 s 126.

⁶⁵ Bestemmelsen tilsvarer EU-direktivets artikkel 44.3.

skal anskaffes. Dette tilsier at de bare er minimumskrav, slik at det i utgangspunktet ikke er relevant at en leverandør er overkvalifisert. Når utvelgelsesspørsmålet ikke er regulert må det imidlertid også være adgang til å legge vekt på hvem som er best kvalifisert.

En annen metode kan være å velge de leverandører som etter en helhetsvurdering antas å ville gi den beste konkurransen. Denne tilnærmingen fanger opp det faktum at det ikke nødvendigvis er slik at den leverandøren som er best kvalifisert vil gi det beste tilbudet, så lenge minstekravene er oppfylt.

En mer kontroversiell utvelgelse er gjennom loddtrekning. Loddtrekning sikrer objektivitet og ikke-diskriminering men er i teorien antatt å være vanskelig forenelig med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i LOA § 5.⁶⁶ *Amdal/Roll-Matthiesen* argumenterer også for at loddtrekning kan hevdes å være i strid med god forretningsskikk etter LOA § 5 første ledd. Også ut fra en ren kommersiell vurdering synes loddtrekning å være mindre egnet. Der oppdragsgiver har en mulighet til å vurdere materielle og kvalitative sider ved potensielle leverandører vil han normalt også være interessert i å gjøre det.

Hvilken løsning som skal velges er altså uavklart, men det er klart at oppdragsgiveren står relativt fritt. Som *Dragsten/Lindalen* påpeker er beslutningen om å få delta i konkurransen svært viktig for leverandørene, og det er derfor uheldig at regelverket ikke gir nærmere retningslinjer for hvordan utvelgelsen skal foretas.⁶⁷ Når den nye forskriften trer i kraft er imidlertid dette spørsmålet mindre aktuelt på grunn av reguleringen i § 17-6 (2).

⁶⁶ *Amdal/Roll-Matthiesen* s 381 og *Dragsten/Lindalen* s 1042.

⁶⁷ *Dragsten/Lindalen* s 1041.

8 Tildelingsfasen

Etter kvalifikasjonsfasen kommer selve tildelingsfasen. Tildeling av kontrakt skal skje til det tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige eller utelukkende til det tilbud som har lavest pris, jf. FOA § 10-2. Bestemmelsen er videreført i den nye forskriftens § 22-2 (1).

Ved partnering må tildeling av kontrakt skje etter hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Tildeling på grunnlag av lavest pris er ikke mulig fordi den endelige utforming og prissetting av byggeprosjektet skal skje etter kontraktstildeling. En bindende totalpris kan derfor ikke angis i tilbudsfasen. Videre tilsier det tette samarbeid som forutsettes i en partneringavtale at det er avgjørende å kunne vurdere andre sider ved leverandørens tilbud enn bare pris.

8.1 Tildelingskriterier

Når tildeling skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbud må oppdragsgiver angi hvilke tildelingskriterier han vil legge til grunn. Tildelingskriteriene angir på hvilket grunnlag oppdragsgiver skal identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁶⁸ Tildeling av kontrakt skal utelukkende skje på grunnlag av de oppgitte kriterier, og alle kriteriene må vurderes. FOA § 10-2 (2) slår fast at tildelingskriteriene skal angis i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. EF-domstolen har også uttalt at tildelingskriteriene som utgangspunkt ikke kan endres underveis i anskaffelsesprosessen.⁶⁹ Utarbeidelsen av tildelingskriterier er derfor en svært viktig oppgave.

Ved en partneringavtale er det ønskelig for oppdragsgiveren å vurdere kriterier som belyser leverandørens evner til å være partner. Dette kan for eksempel være samspillsevne og forslått organisering og gjennomføring av partneringsamarbeidet.

⁶⁸ I denne forbindelse må økonomisk tolkes vidt, se mer nedenfor.

⁶⁹ Se sak C-448/01 (Wienstrom).

Det første spørsmål som må drøftes er hvilke rammer anskaffelsesregelverket setter for utformingen av tildelingskriterier. Jeg vil i denne sammenheng konsentrere meg om tildelingskriterier som er særlig relevante ved partneringavtaler.

De rettslige rammene finner vi i FOA § 10-2 (2). Etter tredje punktum kan det ”[...] benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv.”

Som den umiddelbare språklige forståelsen av ”mv” antyder er ikke oppstillingen uttømmende. Oppdragsgiver kan også legge vekt på andre forhold. Dette er påpekt i flere av EF-domstolens avgjørelser om tolkningen av direktivbestemmelsen som forskriften er utformet på bakgrunn av.⁷⁰ Selv om ikke kriterielisten er uttømmende gir den nyttige retningslinjer for hvilke tildelingskriterier som er tillatte. Innledningsvis må det antas at det er adgang til å oppstille tildelingskriterier som omfattes av det naturlige meningsinnhold i § 10-2 (2).

I det nye direktivet er det ikke angitt tilsvarende eksempler på konkrete tildelingskriterier. Etter artikkel 53 1. a) skal oppdragsgiver angi ”forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågående offentlige kontrakt, ...”. Den nye forskriftens § 22-2 (2) har en tilsvarende formulering; ”alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget”. § 22-2 (2) har imidlertid også konkrete eksempler på tildelingskriterier. Eksemplene er i det vesentlige tilsvarende som etter någjeldende § 10-2 (2), men nevner også uttrykkelig miljøegenskaper, driftsomkostninger og rentabilitet. Oppstillingen er ikke uttømmende.⁷¹

Disse forskjellene innebærer likevel neppe noen realitetsforskjell fra dagens regelverk. De grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen er dessuten de samme.

⁷⁰ Se blant annet C-513/99 avsnitt 54 og C-19/00 avsnitt 35.

⁷¹ Jf. ordlydens ”for eksempel”.

Ved utformingen av tildelingskriterier har Klagenemnda uttalt at oppdragsgiver som utgangspunkt har et vidt innkjøpsfaglig skjønn.⁷² Sammen med FOA § 10-2 danner de grunnleggende kravene i LOA § 5 en ramme for utøvelsen av dette skjønnet. Dette medfører at kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet må ivaretas ved utformingen av tildelingskriterier. § 5 tredje ledd sier også uttrykkelig at utvelgelse og tildeling må skje på bakgrunn av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. I tillegg må tildelingskriteriene sikre at anskaffelsen i størst mulig grad baseres på konkurranse, jf. FOA § 3-1 (1).

For å belyse de nærmere rammene for utformingen av tildelingskriterier ved partneringavtaler vil jeg ta utgangspunkt i KOFAs avgjørelse i sak 2003/201. Avgjørelsen fra Klagenemnda er den første (og så vidt vites, den eneste) som omhandler partnering, og blir av flere bransjeaktører karakterisert som en slags ”godkjennelse” av partneringavtaler for offentlige oppdragsgivere i Norge. Avgjørelsen belyser sentrale sider av forholdet mellom partnering og anskaffelsesregelverket, og peker på særlige spørsmål om utformingen av tildelingskriterier ved partneringavtaler.

8.2 Avgjørelsen i KOFA 2003/201

Innklaget i saken var Nord-Trøndelag fylkeskommune på bakgrunn av en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av en skole etter samspillmodellen (tilsvarende partnering, jf. punkt 2.3.1). Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Fylkeskommunen hadde anvendt tildelingskriteriene kompetanse, samspill og pris. Tilbud skulle inngis av en gruppe entreprenører og rådgivere, men organisert slik at kontrakt ble inngått mellom byggherre og en totalentreprenør. Prosjektet skulle gjennomføres i to trinn, en prosjekteringsfase og en utførelsesfase.

Under tildelingskriteriet ”pris”, som talte 20 %, skulle leverandørene angi komplett rigggkost og påslagsprosent. For dette formålet skulle en prosjektkostnad på 44.939

⁷² For eksempel i KOFA 2003/201.

millioner kroner til grunn, slik at tilbudene kunne vurderes likt. Prisen leverandørene oppga var bindende. Klager hevdet at tidelingskriteriet førte til manglende konkurranse i strid med lovens § 5 annet ledd og forskriftens § 3-1 (2) fordi de angitte kostnadspostene normalt bare ville utgjøre ca 10 % av byggesummen. Han anførte derfor at 80-90% av totalentreprisen var tildelt uten konkurranse.

Klagenemndas kommentarer til dette er kort, men konkluderer ”under en viss tvil” med at kravet til konkurranse ikke er brutt fordi leverandørene har hatt tilstrekkelig grunnlag for å utarbeide sammenliknbare tilbud.

Av dette kan utledes at det ikke er noe i veien for kun å benytte konkret angitte priselementer, det avgjørende er at reell konkurranse og likebehandling sikres. Den brede konkurransen ved en partneringavtale er ikke nødvendigvis på pris. Hvorvidt pris *må* inngå som et tildelingskriterium er ikke nærmere regulert i regelverket. For å sikre kravet til effektiv ressursbruk fremstår det imidlertid som noe underlig å tildele et stort bygge- og anleggsprosjekt uten noen form for konkurranse på pris. Spørsmålet er derfor muligens mest av teoretisk interesse. Pris, om enn bare på elementer som rigg og påslag, er også et hensiktsmessig kriterie i seg selv fordi det er lett å sammenligne og av utpreget objektiv karakter. Klagenemnda presiserer også at når tildeling til det økonomisk mest fordelaktige tilbud blir valgt, kan andre elementer enn pris tillegges utslagsgivende vekt.

De utslagsgivende tildelingskriterier i den forliggende sak var samspill (30 %) og kompetanse (50 %). Disse kriteriene var spesifisert nærmere i konkurransegrunnlaget, men dette endrer ikke deres utpregede skjønnsmessige karakter. Klager anførte da også at tildelingskriteriene var i strid med prinsippene i lovens § 5 fordi de ikke var objektive. Han anførte videre at kriteriene ikke var etterprøvbare og førte til forskjellsbehandling av leverandørene.

Klagenemnda var enig i at kriteriene er skjønnspregede og at de kan være vanskelige å vurdere objektivt slik regelverket forutsetter. At tildelingskriteriene skal kunne *vurderes* objektivt medfører imidlertid ikke at de må være rent kvantitative.

Til støtte for sitt syn siterer Klagenemnda EF-domstolens avgjørelse i sak T-4/01 (Renco) der den sier:

Direktivets artikkel 30, stk. 1, litra b), kan imidlertid ikke fortolkes således, at hvert af de af den ordregivende myndighed valgte udvælgelseskriterier til identificering af det økonomisk mest fordelagtige bud nødvendigvis skal være af kvantitativ karakter eller udelukkende skal baseres på priserne eller tariffene i det sammenfattende overslag. Forskellige forhold, der ikke udelukkende er kvantitative, kan påvirke udførelsen af arbejderne og dermed et buds økonomiske værdi.”

På bakgrunn av uttalelsen slår Klagenemnda fast at også kvalitative kriterier som kompetanse og samspillsevne kan benyttes ved valg av tilbud, og videre at den finner kriteriene relevante for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud i den aktuelle sak. I en partneringavtale er samspillet tett, og partene har en felles økonomisk interesse i å samarbeide. Tildelingskriterier knyttet til samarbeidsevne vil da være relevante for å fastlegge et tilbuds økonomiske verdi.

Kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, likebehandling og etterprøvnbarhet tilsier imidlertid at tildelingskriteriene må presiseres. De må formuleres så klart at de kan tolkes likt av leverandørene. Dette klarhetskravet er også presisert av EF-domstolen.⁷³

Klagenemndas begrunnelse i den refererte saken er knapp. Dette *kan* være påvirket av at den konkrete anskaffelsesprosessen ivaretok kravet til forutberegnelighet svært godt. Oppdragsgiveren hadde opptrådt ryddig ved å opplyse grundig om hvordan tildelingsprosessen skulle foregå. Tildelingskriteriene var også uttrykkelig presisert i konkurransegrunnlaget. Fra avgjørelsen synes det derfor å kunne utledes et *resonnement*

⁷³ Jf. sak C-448/01 (Wienstrom).

om at skjønnsmessige eller ”uvanlige” tildelingskriterier stiller ekstra krav til klarhet. Klarhetskrav skal sikre at alle leverandører har like muligheter til å utforme tilbud i tråd med oppdragsgiverens ønsker, dette fremstår som ekstra viktig der tildelingskriteriene beveger seg mot det kvalitative.

Etter FOA § 10-2 skal tildelingskriteriene ”om mulig” angis i prioritert rekkefølge. Krav til ”om mulig” er ikke fortolket strengt, men må sees i sammenheng med hensynene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Dersom oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for hvordan kriteriene skal prioriteres må han opplyse om det.⁷⁴ Klagenemnda uttalte også i sak 2004/16 at det i spesielle tilfeller ikke kan utelukkes at det må utledes en *plikt* om å angi prioriteringen på forhånd. Når slike spesielle tilfeller foreligger vil bero på en konkret vurdering.

I det nye direktivet er det inntatt et krav om at oppdragsgiver skal angi den relative vektning av hvert tildelingskriterie. Dersom dette ikke er mulig skal kriteriene angis i synkende rekkefølge etter viktighet.

9 Oppsummering

Studiet av partnering som fenomen har avdekket at partneringbegrepet ikke er skarpt avgrenset, men tillegges til dels forskjellig innhold. Partnering som modell for å gjennomføre et byggeprosjekt er utpreget fleksibel, og forutsettes tilpasset det konkrete prosjekt.

Noe av kjernen i hva som menes med partnering kan beskrives ved å se på trekk som er relativt sammenfallende, jeg har omtalt disse som partneringelementer. Enkelte av partneringelementer er velkjente, andre utradisjonelle. Tankegangen i partnering er at en

⁷⁴ Se *Amdal/Roll-Matthiesen* s 457 med videre referanse til EF-domstolen i sak C-470/99

sammenstilling av flest mulig partneringelementer gir den store gevinsten. Det må likevel forventes at også partneringelementene hver for seg vil kunne innebære fordeler i en konkret byggesak.

Det kan imidlertid også stilles spørsmålstegn ved hvor dyp den begeistring som kan enses rundt partnering er forankret. De fordeler partnering hevdes å innebære er i stor grad resultatene av et godt samarbeid, noe som tilsynelatende har vært mangelvare i bygge- og anleggsbransjen. Et godt samarbeid er likevel ikke noe partneringmodellen "har monopol på", og partnering er heller ikke i seg selv noen *garanti* for gode samarbeidsforhold. Den økende oppslutningen partneringmodellen både i Norge og internasjonalt antyder likevel at forutsetningene for velfungerende samarbeid *er* gode.

At byggherren er en offentlig oppdragsgiver medfører ingen avgjørende hindringer for partneringavtaler. I forhold til byggherrer som ikke er underlagt regelverket er imidlertid prosedyren for å velge leverandører strengt regulert. Dette er særlig tydelig der vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling ikke foreligger. Den ulempen dette måtte medføre gjør seg imidlertid gjeldende uavhengig av om det benyttes en partneringavtale eller en tradisjonell gjennomføringsmodell. Anskaffelsesregelverket er en del av rammevilkårene offentlige oppdragsgivere har, innskrenkningen i valgfrihet vil naturligvis foreligge uavhengig av hvordan et prosjekt organiseres. Den fleksibilitet partnering medfører med tanke på endring av løsninger underveis vil normalt være en betydelig fordel for byggherren, enten han er privat eller offentlig oppdragsgiver. Tilsvarende fordelaktig er utsiktene til en mindre konfliktfylt byggeprosess. Det kan derfor fastslås at partnering også vil kunne innebære betydelige fordeler for offentlige byggherrer.

Partneringavtaler kan imidlertid også medføre særlige utfordringer for offentlig oppdragsgivere. Utarbeidelsen av tildelingskriterier preges av at totalpris ikke kan benyttes. Pris vil ofte være et viktig eller til dels utslagsgivende kriterie ved tildelingen av offentlige bygge- og anleggskontrakter, ved bruk av partneringmodellen må tildeling i langt større grad skje på grunnlag av andre kriterier. Oppdragsgiveren må i det konkrete tilfelle vurdere

om dette er ønskelig, herunder om han er i stand til å angi andre tidelingskriterier som sikrer oppfyllelse av kravene til anskaffelsesprosessen. I forhold til en tradisjonell gjennomføring av en entreprise kan derfor partneringavtaler medføre at anskaffelsesprosessen oppleves som mer komplisert.

Avslutningsvis kan det også knyttes en kommentar til at de besparelser partnering hevdes å medføre, i sammenheng med et presumptivt færre antall kostbare tvister, sikrer ivaretagelsen av en mest mulig effektiv ressursbruk, jf. formålet i LOA § 1. Dersom erfaringene fra den videre bruken av partnering i Norge tilsier at partnering *faktisk* gir besparelser i forhold til andre samarbeidsmodeller, kan det stilles spørsmål ved om det offentlige på sikt bør ha en *plikt* til å vurdere bruk av partnering. En slik bestemmelse finnes allerede i Danmark, jf. den danske ”Bekendtgørelse om anvendelse af offentlig-privat partnerskab (OPP), partnering og oplysninger svarende til nøgletal, nr 1394 af 17/12/2004”.

10 Litteraturliste

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2. utgave, London 2005.

Dragsten, Marianne, og Lindalen, Esther, *Offentlige anskaffelser, Kommentanutgave*, Oslo 2005.

EØS-rett, Sejersted, Fredrik mfl., 2. utgave, Oslo 2004.

Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett – utvalgte emner*, Oslo 1997.

Kadefors, Anna, *Förtroende och samverkan i byggprocessen – förutsättningar och erfarenheter*, Göteborg 2002.

Roll-Matthiesen, Inger og Amdal, Gro, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser*, Oslo 2004.

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar, det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*, Oslo 1997.

Thommesen, Gøsta, *Konflikthåndteringsdesign: Effekter av partnering i byggeprosjekter*, Masteravhandling i konfliktmegling, Københavns universitet 2004.

Tvarnø, Christina D., *Partnering, en aftaleretslig utfordring*, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002 s 74-81.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 5. utgave, Oslo 2003.